

ÊTRE SALARIÉ OU ENTREPRENEUR DANS L'EXÉCUTION D'UN TRAVAIL TECHNIQUE

Revue internationale sur le travail et la société

Jean-Claude Bernatchez¹

Année : 2012

Volume : 10

Numéro : 1

Pages : 1-11

ISSN : 1705-6616

Sujets : Salarié, entrepreneur, portée, limites, contexte canadien, lois du travail

Au Canada, l'organisation du travail, au cours des dernières décennies, a permis la croissance du statut d'entrepreneur dans divers contextes mais spécialement au niveau des tâches liées au travail de techniciens. C'est le cas dans l'industrie canadienne des télécommunications telles que les entreprises de téléphonie, de télédiffusion et d'internet. Par exemple, l'installation de modems ou d'appareils « wifi » est confiée souvent à des techniciens payés à l'acte selon un statut d'entrepreneur. La fonction de ces entrepreneurs « techniciens » offre très peu de ressemblance, notamment au plan de l'autonomie et des responsabilités, avec celle dévolue à un entrepreneur classique tel le dirigeant d'une entreprise manufacturière. Le

¹ Jean-Claude Bernatchez est professeur titulaire et directeur du DESS et de la Maîtrise en relations de travail à l'Université du Québec à Trois-Rivières. Membre du Centre de recherche en gestion des organisations et des relations sociales « CERGORS » de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et de l'Académie des sciences du management de Paris, il intervient aussi à titre d'arbitre de griefs sous le Code canadien du travail.

Jean-claude.bernatchez@uqtr.ca

travail de tels entrepreneurs « techniciens » en est un d'exécution au même titre qu'un salarié syndiqué dans un contexte industriel.

L'objectif de cet article est d'une part de différencier les notions de salarié et d'entrepreneur dans le contexte d'un travail répétitif et technique et d'autre part de saisir quelque peu leur portée et leurs limites aux plans jurisprudentiel ou doctrinal. Dans une certaine mesure, il est étonnant de voir des techniciens effectuant un travail répétitif et manuel au rang d'entrepreneur. Car cette condition s'éloigne grandement de l'entrepreneur classique qui dirige une entreprise avec tout ce que cela comporte tant au niveau des facteurs d'ambiance et des mobiles valorisants du travail¹. Mais le modèle qui s'est développé en contexte canadien tient le coup nonobstant sa grande ressemblance, au plan de l'exécution du travail, avec le salariat. En cela, les décisions des tribunaux supérieurs lui ont fourni une certaine légitimité de telle sorte que la pérennité de ce type d'entrepreneuriat semble plutôt stable. Précisons que ce modèle entrepreneurial résiste davantage à la syndicalisation que son vis-à-vis salarial.

L'accès à la syndicalisation

Au Québec, un salarié est « une personne qui travaille pour un employeur moyennant une rémunération ». Ce statut exclut un gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés². Ce faisant, le Québec a interdit le développement d'un syndicalisme de cadres. À contrario, le Gouvernement fédéral l'a autorisé. Un employé est alors défini comme une « personne travaillant pour un employeur; y sont assimilés les entrepreneurs indépendants et les agents de police privés. Sont exclus du champ d'application de la présente définition les personnes occupant un poste de direction... »³. Ainsi, bon nombre d'entreprises canadiennes sous l'égide du *Code canadien du travail* ont vu leurs cadres intermédiaires se syndicaliser. C'est le cas notamment dans le secteur des communications. Par conséquent, un entrepreneur, spécialement au niveau fédéral, peut avoir accès à la syndicalisation mais l'organisation du travail dans lequel son travail est inséré rend la démarche plus difficile que dans une manufacture ou une installation portuaire par exemple, là où les travailleurs se côtoient quotidiennement dans des groupes bien constitués.

Deux indicateurs

En relations de travail, par exemple lors d'une audition suite à un grief, il appartient normalement à la partie qui allègue qu'une personne n'est pas un salarié d'en faire la preuve. Deux indicateurs peuvent alors être considérés : le premier est la dépendance économique et le second est l'obligation d'accomplir certaines tâches dans le cadre d'un contrat d'entreprise. En outre, le fait pour un individu d'être doté du statut de "personne morale" ne règle pas d'emblée la question de savoir s'il est salarié ou entrepreneur⁴. En la matière, ce n'est pas le titre de l'individu qui compte, c'est l'exercice de sa fonction proprement dite, dans ses composantes intrinsèques⁵ ou extrinsèques⁶. La première, soit la composante intrinsèque, concerne les opérations techniques du travail. Que l'installation d'un modem ou d'un système d'alarme soit l'œuvre d'un salarié ou d'un entrepreneur, c'est la même chose, c'est-à-dire, la même démarche technique. La seconde, soit la composante extrinsèque, réfère à ce qui entoure le travail proprement dit comme l'autonomie du technicien, son intégration à l'entreprise ou ses risques de profits et pertes.

Un contexte de société

L'expression « employé » ou « salarié » est exhaustive⁷. Cela peut englober toute personne qui, dans sa relation de travail avec un employeur, est placée sous sa dépendance juridique ou économique. Il s'agit donc d'un concept d'application générale dans des contextes très diversifiées. La distinction entre les statuts de salarié et d'entrepreneur doit pouvoir se faire d'une manière limpide. Fudge, Tucker et Vosko (2003) ont réalisé une étude comparative pertinente sur les concepts d'entrepreneuriat et de salariat. Selon eux, il n'y a pas de véritable intérêt à maintenir une confusion identitaire entre les deux statuts⁸ soit ceux d'entrepreneur ou de salarié. De l'étude précitée, il se dégage qu'il n'est pas à l'avantage, des entreprises, des travailleurs et de la société en général, de maintenir une confusion à ce sujet. À contrario, il y a plutôt intérêt à agir de telle sorte que les citoyens qualifiés d'entrepreneurs ou de salariés le soient réellement. De là, la nécessité d'utiliser des critères opérationnels aptes à les distinguer.

L'entrepreneuriat

Si le concept de salariat peut se comprendre aisément par la dimension dirigeant-dirigé, celui d'entrepreneuriat est d'une compréhension moins accessible. Voici quelques critères empiriques utiles susceptibles de faire ressortir le statut d'entrepreneur :

- Il a créé une entreprise en bonne et due forme (Bygrave et Hofer, 1991)⁹;
- Il possède ses propres sources d'approvisionnement (Audretsch, 2002)¹⁰;
- Il prend des risques (Lash et Yami, 2008)¹¹;
- Il innove (Commission européenne, 2003)¹²;
- Il crée de la valeur (Roberts et Woods, 2005)¹³;
- Il fait des profits ou risque des pertes (Carre et Thurik, 2005)¹⁴;
- Il dépiste ou exploite des occasions d'affaires (Verstraete et Fayolle, 2004)¹⁵;
- Il mobilise des ressources (Landstrom, 1999)¹⁶.

Le salariat

Le salariat postule une dépendance économique. Celle-ci peut être évaluée selon la situation objective entre une personne et son donneur d'ouvrage quelle que soit la nature du contrat formel de travail intervenu entre les deux parties précitées¹⁷. Un certain nombre d'indicateurs peuvent s'avérer utiles afin d'apprécier si un intervenant est un salarié¹⁸ :

1. Son travail est intégré à la structure de l'employeur;
2. Il travaille pour un seul employeur;
3. Il ne possède pas d'autres débouchés ou clients;
4. Il n'a pas investi de capital lors de l'établissement du lien de droit avec l'employeur;
5. Il est sous le contrôle administratif de l'employeur;
6. Il ne court pas le risque de faire des profits ou de subir des pertes;
7. Ses risques se limitent essentiellement à l'investissement de son temps;
8. Ses revenus sont garantis s'il exécute, dans des conditions semblables, un travail similaire à celui fait par d'autres employés du même employeur;
9. Son refus de travailler est ou serait un facteur de dissension.

Dans l'évaluation du statut des traducteurs à l'emploi de TV 5¹⁹, le CCRI²⁰ conclut en l'absence du statut d'entrepreneurs en s'appuyant sur les motifs suivants :

1. Ils devaient utiliser du matériel fourni par l'employeur;
2. Ils devaient remettre une facture aux deux semaines;
3. Ils recevaient leur paie en même temps que celle des salariés;
4. Ils formaient une équipe intégrée au sein de l'organisation, de manière similaire aux autres services;
5. Ils devaient rendre compte de leurs absences maladie ou autre et de la prise de vacances.

L'affaire Sagaz

La Cour suprême du Canada dans l'affaire Sagaz²¹, fait valoir notamment qu'aucun critère universel ne permet de déterminer de manière absolument concluante qu'une personne est un employé « salarié » ou un entrepreneur indépendant. Par conséquent, il faut d'abord saisir la relation globale que les parties entretiennent entre elles, soit l'individu salarié ou non et le donneur d'ouvrage. Dans l'affaire précitée, la Cour traite abondamment de la question centrale : est-ce que la personne concernée intervient ou non en tant qu'individu œuvrant à son propre compte? Elle précise en outre que la réponse à cette question complexe réside spécialement dans la détermination du degré de contrôle qu'un employeur exerce réellement sur les activités du travailleur. S'ajoute la question des circonstances évoquées précédemment. L'individu fournit-il son propre outillage? Peut-il engager des assistants? Prend-il des risques financiers? Est-il responsable d'une mise de fonds? Tire-t-il profit de l'exécution de ses tâches?

La Cour ajoute que les circonstances précitées ne sont pas exhaustives. Par conséquent, il n'y a pas de standards clairement identifiables pour les évaluer précisément. Tenant compte de cela, l'arbitre n'a d'autre choix que s'en remettre à l'importance relative desdites circonstances en regard des faits particuliers de l'affaire sous considération. Il s'en remet spécialement aux éléments liés au travail du plaignant dans leurs dimensions intrinsèque ou extrinsèque.

L'affaire Wiebe

L'élaboration de critères relativement opérationnels afin de déterminer si un individu en situation de travail est salarié ou entrepreneur fut notamment l'œuvre de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Wiebe²². S'inspirant notamment de la doctrine sur le sujet, la Cour y traite de quatre « 4 » critères essentiels :

1. **Le contrôle** : Ce critère consiste à déterminer le degré de contrôle qu'une partie exerce sur l'autre dans la relation de travail. S'il y a un degré élevé de contrôle, le particulier assujéti à ce contrôle sera considéré comme étant un salarié. Toutefois, s'il n'y a guère ou pas du tout de contrôle et que le particulier est raisonnablement libre de déterminer quand et comment accomplir le travail, il sera généralement considéré comme un entrepreneur indépendant.
2. **La propriété des instruments de travail** : Ce critère consiste à déterminer qui est propriétaire du matériel utilisé pour accomplir le travail. Si ce matériel appartient à l'employeur, une relation employeur-salarié peut exister. Toutefois, si un particulier fournit ses propres instruments de travail, il est susceptible d'être considéré comme un entrepreneur indépendant.
3. **Les possibilités de bénéfices ou de risques** : Ce critère consiste à déterminer ce qui est en jeu pour les parties dans leur contrat. Si le particulier risque de perdre de l'argent dans la relation, il sera probablement considéré comme étant un entrepreneur. Toutefois, s'il n'a aucun risque de perte, il sera considéré comme étant un salarié.
4. **Le degré d'intégration** : Ce critère consiste à déterminer si le travail accompli par une partie à la relation fait partie intégrante de l'entreprise de l'autre partie ou y est simplement accessoire. En présence d'intégration, il s'agira d'un salarié. À contrario, il s'agira d'un entrepreneur.

Quatre motifs distinctifs

Subséquentement, la Cour fédérale a pris soin d'orienter l'angle d'analyse qu'il fallait privilégier pour trancher la délicate question de savoir si un intervenant en situation de travail était salarié ou entrepreneur²³. Comme plusieurs critères peuvent être applicables selon les situations, et que l'intensité desdits critères fluctue selon le contexte en cause, il s'impose de considérer l'ensemble de la preuve en tenant des critères pertinents, autant que faire se peut.

Dès lors, il faut attribuer à la preuve déposée par les parties, le poids que les circonstances peuvent exiger.

La Cour canadienne de l'impôt évalua le statut de techniciens dans le secteur de la câblodistribution et de la fourniture de service internet²⁴. La Cour conclut au statut d'entrepreneur aux motifs suivants :

1. **Le contrôle** : Chaque technicien pouvait accepter ou refuser un ordre de travail, ou encore l'échanger avec celui d'un autre travailleur. Lorsque le travail était terminé, et que son paiement avait été perçu, le cas échéant, le technicien le faisait savoir à l'appelante en l'occurrence « Access Communications ». À la fin de la journée, le technicien se rendait dans les locaux de l'appelante, y déposait les ordres de travail exécutés et remettait à l'appelante le bilan des paiements qu'il avait reçus ainsi que les sommes connexes. Le technicien décidait du travail qu'il allait effectuer, de la manière de l'exécuter et du moment de le faire.
2. **La propriété des instruments de travail, les possibilités de bénéfice et les risques de perte** : Chaque technicien assumait le coût des outils, les dépenses liées à son véhicule, le coût de remplacement des outils de l'appelante qui étaient perdus et le risque de ne pas avoir de travail ou d'en manquer. L'appelante attribuait un certain nombre de points à chaque travail à faire. Le technicien devait, à ses frais et sur son temps, apporter les correctifs qu'il fallait à tout travail ayant fait l'objet d'une plainte. Si l'ordre de travail indiquait qu'il devait percevoir un paiement, les points attribués à cette tâche ne lui étaient accordés que lorsque le paiement était effectivement perçu. En outre, si un client s'était plaint de son travail, le travailleur n'était payé que lorsqu'il avait donné suite à une plainte à la satisfaction du client. Finalement, chaque technicien avait des possibilités de bénéfice et courait le risque de perte.
3. **L'intégration** : L'appelante pouvait exploiter son entreprise sans les installateurs car elle employait également des installateurs salariés. Les ordres de travail étaient répartis entre ces derniers, après quoi l'excédent était confié aux installateurs ayant conclu un contrat visé en l'espèce. Ces travailleurs étaient également libres de travailler pour d'autres employeurs.

En vertu d'un contrat de louage de services, la compétence utilisée est partie de l'entreprise. Il s'agit donc d'un salarié. Il existe alors un lien de dépendance ou un état de subordination du salarié à l'égard de l'employeur²⁵. Par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat d'entreprise, la compétence de l'intervenant n'est pas intégrée à l'entreprise. Elle est davantage accessoire²⁶. Il s'agit donc d'un entrepreneur.

Or le critère fondamental maintes fois évoqué de longue date pour confirmer ou infirmer l'existence d'une relation employeur-salarié est celui du contrôle²⁷. Cela se traduit spécialement par le droit de donner des ordres et des instructions au salarié sur la manière d'exécuter son travail²⁸. Néanmoins, le critère du contrôle, ainsi défini, soit donner des directives précises sur la façon d'exécuter le travail, s'avère inapplicable lorsqu'il s'agit de professionnels investis par la force des choses d'un niveau d'autonomie élevé²⁹.

Les critères les uns par les autres

Par conséquent et subséquemment, les critères précédemment cités furent précisés afin de permettre aux acteurs sociaux concernés de mieux différencier le salarié de l'entrepreneur³⁰. Lesdits critères doivent être appliqués les uns par les autres afin d'interpréter l'ensemble de la problématique en cause. Vient ensuite la dimension intégrative. Qualifié d'abord de critère d'organisation, la jurisprudence s'en sert ultérieurement pour construire le critère d'intégration³¹. Dans tous les cas, le critère d'intégration s'applique du point de vue du salarié par opposition à celui de l'employeur.

L'intervenant qui s'est engagé à exécuter des tâches données les accomplit-il en tant que personne dans les affaires à son compte³²? Si la réponse est affirmative, il s'agit d'un entrepreneur. Dans le cas contraire, il s'agit d'un salarié. Dans tous les cas, le degré de contrôle fait partie de la plupart des diagnostics malgré son caractère limitatif face au travail professionnel. De cela découle un certain nombre de questions :

- L'intervenant fournit-il son propre outillage ?
- Engage-t-il lui-même des aides ?
- Quelle est l'étendue de ses risques financiers ?
- Jusqu'à quel point est-il responsable des mises de fonds et de la gestion ?

- Peut-il tirer véritablement profit d'une gestion saine de l'accomplissement de ses tâches ?

La considération des critères les uns par les autres ou le critère multiple vise à prendre en compte la complexité du travail d'un intervenant dans ses composantes intrinsèque ou extrinsèque³³. Par exemple, pour évaluer le travail professionnalisé, le critère de contrôle s'avère nettement imparfait. Surgit alors le concept de « bon sens »³⁴. Il est toujours important d'évaluer le plus justement possible la relation globale que les parties entretiennent entre elles. Les critères n'ont pas tous la même importance. Il faut donc soupeser les facteurs les uns par rapport aux autres en retenant ceux qui tendent davantage vers l'optimalité³⁵.

Conclusion

Les conditions de travail du technicien entrepreneur, au plan extrinsèque, sont abondamment distinctes de celles du salariat spécialement au plan fiscal et de la responsabilisation du donneur d'ouvrage à son endroit. En clair, il ne bénéficie pas des lois du travail relatives aux conditions de travail. Payé à l'acte, travaillant la plupart du temps pour un seul client, il ne compte pas ses heures d'ouvrage. Son entreprise ne compte souvent qu'un seul intervenant c'est-à-dire lui-même. Lors d'une fin de contrat, il a très peu de recours. Par ailleurs, contrairement au salarié, il a droit aux exemptions fiscales dévolues au statut d'entrepreneur.

Ce contexte de l'entrepreneur « déguisé en salarié » est-il susceptible de s'élargir vers d'autres secteurs d'emplois comme les manufactures ou le secteur public ? C'est là que le syndicalisme est susceptible de faire preuve de vigilance. À priori, les forces qui voudraient son élargissement ne se sont pas encore organisées d'une manière éminemment visible. L'entrepreneuriat appliqué à des travailleurs dont la tâche est répétitive et qui n'ont qu'un seul client favorise une grande flexibilité des sites de travail. Mais cette forme d'organisation du travail soulève une vaste problématique au niveau de la qualité et de la sécurité des emplois. Reste à voir son évolution future. Est-ce qu'il y aura resserrement du côté du salariat ou élargissement vers d'autres milieux industriels? Voilà un domaine susceptible de soulever l'intérêt croissant des acteurs sociaux face à un monde industriel en mutation.

NOTES DE FIN DE DOCUMENT

- ¹ À ce sujet, voir Frédérick Herzberg, (1971) *Le travail et la nature de l'homme*, Entreprise moderne d'édition, Paris, 213 p.
- ² Article 1.L, *Code du travail du Québec*.
- ³ Article 3. (1) du *Code canadien du travail*.
- ⁴ Voir Cascades Carriers s.e.c (2010) CCRI, no. 520.
- ⁵ La composante intrinsèque réfère au contenu du travail proprement dit.
- ⁶ La composante extrinsèque réfère à ce qui entoure le travail.
- ⁷ Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, (2004) CCRI no 282; 120 CLRBR (2d) 280.
- ⁸ Fudge Judy, Tucker Eric et Vosko Lead, (2003) «Employee or Independant Contractor ? Charting the Legal Significance of the Distinction in Canada», *Canadian Labour and Employment Law Journal*, 10, p. 193-230.
- ⁹ Bygrave, W.D. et Hofer, C.W. (1991) «Theorizing about entrepreneurship, Entrepreneurship : Theory and Practice», Vol. 16, no. 2, p. 13-22.
- ¹⁰ Audretsch, D.B. (2002) «Entrepreneurship : A Survey of the Literature», Institute for Development Strategies, Indiana University and Center for Economic Policy Research, London.
- ¹¹ Lash, F et Yami, S. (2008) «The Nature and Focus of Entrepreneurship Research in France over the Last Decade : A French Touch», *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 32, no. 2, p. 339-360.
- ¹² Commission européenne (2003) Livre vert : L'esprit d'entreprise en Europe, Belgique
- ¹³ Roberts, D. et Woods, C. (2005) «Aspiring Nascent and Fedgling Entrepreneurship : An Investigation of the Business Start-Up Process», *Entrepreneurship and Regional Development*, Vol. 17, No. 2, p. 109-127
- ¹⁴ Carre, M. et Thurik, R. (2005) «Understanding the Role of Entrepreneurship for Economic Growth», *Centre for Advanced Small Business Economics*, Rotterdam School of Economics, Erasmus University.
- ¹⁵ Verstraete, T. et Fayolle, A. (2004) «Quatre paradigmes pour cerner le domaine de la PME», Recherche en entrepreneuriat, 7è Congrès international francophone en entrepreneuriat et PME, Montpellier, 27-29 octobre.
- ¹⁶ Landstrom, H (1999) «The Roots of Entrepreneurship Research », *New-England Journal of Entrepreneurship*, vol. 2, no. 2, p. 9-20.
- ¹⁷ Maritime-Ontario. Parcel Division, (2000) CCRI no. 100.
- ¹⁸ Société Radio-Canada (1982), 44 di 179 (CCRT).

-
- ¹⁹ Consortium de télévision Québec Canada Inc, (2003) CCRI, no. 235; et 105 CLRBR (2d) 109.
- ²⁰ Conseil canadien des relations industrielles.
- ²¹ 671122 Ontario Ltd. C Sagaz Industries Canada Inc., (2001) 2 R.C.S. 983, par. 46-48.
- ²² Wiebe Door Services Ltd c MRN (1986) 3 C.F. 553, 87 D.T.C. 5025.
- ²³ Moose Jaw Kinsman Flying Fins c Ministre du revenu national, C.A.F., no A-531-87, 15, Janvier 88 D.T.C. 6099.
- ²⁴ Access Communications Costco-operative Limited c La Reine, 2003, CCI 873, (Can LII)
- ²⁵ Sur le lien de dépendance ou de subordination, voir Canada (Procureur général) c. Jencan Ltd, (1998) 1, CF, 187.
- ²⁶ Stevenson Jordans et al vs MacDonald and Evans, (1951) T.L.R. 101.
- ²⁷ R. vs Walker, (1858) 27, L.J.M.C. 207.
- ²⁸ Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théorêt c. Laurent et al., (1978) 1, R.C.S. 605.
- ²⁹ Atiyah, P. S., Vicarious Liability in the Law of Torts, Londres, Butterworth, 1967, p. 41.
- ³⁰ Montreal v. Montreal Locomotive »Works Ltd. et al., (1947) 1 D.L.R. 161 (pp. 169-170).
- ³¹ Voir Stevenson, Jordan et al, op. cit.
- ³² Market Investigations Ltd, v. Minister of Social Security (1968) 3 All E. R. 732.
- ³³ Sur le critère multiple, voir Morren v. Swinton et Pendlebury Borough Council (1985) 57, 6.
- ³⁴ Cassidy v. Minister of Health (1975) 2, K.B. 343 ou Whittaker v. Minister of Pensions and National Insurance, (1967) 1, Q. B. 156.
- ³⁵ Voir P.S. Atiyah, op.cit.