

Les Cahiers de droit



Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique

Pierre Verge

Volume 52, Number 2, June 2011

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1006412ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1006412ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

Classical labour law stems from the reality of the self-producing firm and its salaried personnel. The contemporary tendency to externalize production alters the context of work. In the forefront is the network firm, in particular that of transnational scope and its line of activity, through corporate or contractual arrangements, and in its periphery the so — called independent worker. Is contemporary labour law in synch with this evolution ? It is incumbent upon it to protect the autonomous as well as the salaried worker, whatever the type of firm that derives benefits from his/her personal work. Fundamental human rights are involved. It has to provide these categories of workers with adequate work regimes, directly and through appropriate support to collective bargaining activity. Its mandatory character is only capable of a national reach. It now coexists with a plethora of « soft law » instruments. They mostly exhort but are able to reflect the scale of the network firm be it transnational. The hybrid nature of labour law is getting even more accentuated. A doctrinal synthesis relates these various universal currents ; Canadian labour law, namely that applicable to Quebec, is involved.

Cite this article

Verge, P. (2011). Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique. *Les Cahiers de droit*, 52(2), 135–166. <https://doi.org/10.7202/1006412ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 2011

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique*

Pierre VERGE**

Le droit du travail classique s'était édifié à partir de la réalité de l'entreprise physique de production et de son salariat. La tendance contemporaine à l'extériorisation de la production modifie de plus en plus le contexte du travail. Elle met à l'avant-plan l'entreprise-réseau, en particulier celle qui est d'envergure transnationale et sa chaîne de production, sociétale ou contractuelle, de même que, au dernier niveau, le travailleur dit indépendant. Le droit du travail contemporain suit-il cette évolution ? Il a vocation de protéger aussi bien le travailleur autonome que le salarié, quel que soit le type d'entreprise bénéficiaire de son travail personnel. Les droits fondamentaux de la personne sont en cause. Il revient à la législation du travail d'établir pour ces catégories de travailleurs des régimes de travail appropriés, directement ou en fournissant un cadre de négociation collective approprié. Forte de son caractère impératif, elle n'a cependant qu'une portée nationale. Elle coexiste désormais avec une pléthore d'instruments de « droit mou », plutôt incitatifs, mais à la mesure de l'entreprise-réseau, même si cette dernière est de dimension transnationale. Le droit du travail devient encore plus hybride. Une synthèse doctrinale met en relation ces différents courants d'envergure universelle ; le point de chute est le droit canadien du travail, en l'occurrence celui qui s'applique au Québec.

* L'auteur, sans pour autant engager leur responsabilité, remercie vivement ses collègues, Anne-Marie Laflamme, Christian Brunelle et Dominic Roux, pour leurs judicieux commentaires.

** Professeur émérite, Faculté de droit, Université Laval, membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

Classical labour law stems from the reality of the self-producing firm and its salaried personnel. The contemporary tendency to externalize production alters the context of work. In the forefront is the network firm, in particular that of transnational scope and its line of activity, through corporate or contractual arrangements, and in its periphery the so-called independent worker. Is contemporary labour law in synch with this evolution? It is incumbent upon it to protect the autonomous as well as the salaried worker, whatever the type of firm that derives benefits from his/her personal work. Fundamental human rights are involved. It has to provide these categories of workers with adequate work regimes, directly and through appropriate support to collective bargaining activity. Its mandatory character is only capable of a national reach. It now coexists with a plethora of « soft law » instruments. They mostly exhort but are able to reflect the scale of the network firm be it transnational. The hybrid nature of labour law is getting even more accentuated. A doctrinal synthesis relates these various universal currents; Canadian labour law, namely that applicable to Quebec, is involved.

	<i>Pages</i>
1 De nouveaux acteurs	139
1.1 La dissolution de l'employeur unitaire.....	140
1.2 La dilution du salarié	143
2 Un droit commensurable?	151
2.1 L'identification du droit relatif au travail aux droits fondamentaux de la personne lui donne vocation d'atteindre tous les travailleurs.....	152
2.2 L'entreprise-réseau mobilise une normativité hybride.....	156
2.2.1 La normativité privée permet d'atteindre l'entreprise-réseau dans son ensemble.....	158
2.2.2 La nécessité du droit étatique pour assurer le caractère d'ordre public du droit du travail	162
Conclusion	165

Le droit du travail classique s'est graduellement édifié dans différents contextes nationaux depuis la fin du XIX^e siècle et tout au long du siècle suivant; le droit international de l'Organisation internationale du travail

(OIT) l'a favorisé à partir des lendemains de la Première Guerre mondiale. Son émergence et son développement, maintes fois exposés, sont liés à l'industrialisation des sociétés¹. Notamment sous l'impulsion du syndicalisme et de son pouvoir politique, il s'est exprimé aussi bien sous le couvert de l'autonomie collective, qui lui est caractéristique, que par l'entremise de l'action étatique, à la fois régulatrice de cette dernière et directement normative. Conçu en bonne partie en fonction de l'entreprise de production verticalement intégrée, de l'entreprise fordiste ainsi que du rapport salarial continu et subordonné, ce droit du travail doit principalement assurer la protection du salarié placé dans une situation de sujétion privée par rapport à l'employeur et voir au bon fonctionnement de l'économie à travers la solution des conflits sociaux dans les milieux salariés².

Or, particulièrement depuis quelques décennies, la mondialisation de la production de biens et services a grandement avivé la concurrence entre les entreprises et conduit — phénomène tout aussi abondamment décrit — à l'implantation de nouveaux modèles de production axés sur la flexibilité des structures entrepreneuriales et celle du travail³. Les avancées technologiques, en particulier l'informatique, ont aussi favorisé cette transformation marquée, disons-le immédiatement, par la disparition partielle de l'entreprise de production au profit de l'entreprise-réseau souvent d'envergure internationale. Cette dernière, décentralisée, en vient à miser sur l'autonomie et l'indépendance du travailleur. Les formes du travail qui

-
1. Voir notamment, pour ce qui est du contexte européen, Bob HEPPLÉ (dir.), *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Londres, Mansell, 1986, et, avec accent sur les pays de l'Amérique latine, Héctor-Hugo BARBAGALATA, *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009. Pour ce qui est du Canada, voir notamment Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 29-54.
 2. Voir notamment Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 31-66.
 3. Voir ainsi : Jacques BÉLANGER, Anthony GILES et Gregor MURRAY, « Vers un nouveau modèle de production : possibilités, tensions et contradictions », dans Gregor MURRAY et autres (dir.), *L'organisation de la production et du travail : vers un nouveau modèle ?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 13 ; Arturo S. BRONSTEIN, *International and Comparative Labour Law. Current challenges*, New York, Palgrave MacMillan, 2009, p. 11-17 ; Katherine V.W. STONE, « Flexibilization, Globalization, and Privatization : Three Challenges to Labour Rights in our Time », dans Brian BERCUSSON et Cynthia ESTLUND (dir.), *Regulating Labour in the Wake of Globalisation. New Challenges, New Institutions*, Oxford, Hart, 2008, p. 115 ; Massimo D'ANTONA, « Labour Law at the Century's End. An Identity Crisis ? », dans Joanne CONAGHAN, Richard M. FISCHL et Karl KLARE (dir.), *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 31, aux pages 31-40.

tiennent à ces caractères et dont l'importance croît, continuent, certes, de coexister, à des degrés variables selon les sociétés, avec le travail subordonné traditionnel. Elles rejoignent aussi le travail informel, d'une façon quelque peu paradoxale, vu les inégalités réelles entre les situations en cause.

Parallèlement à cette évolution de la réalité des entreprises et du travail, le droit applicable au travail poursuit son propre chemin, et ce, sans qu'il y ait un lien nécessaire de causalité entre les deux phénomènes, mais sans exclure non plus une telle possibilité. Ainsi, par référence au droit applicable au Québec, en contexte canadien, à titre illustratif de tendances beaucoup plus générales ayant cours dans les pays occidentaux industrialisés, se constatent, au fil des mêmes décennies, une plus grande « humanisation » du droit commun et une importance accrue des droits fondamentaux de la personne. L'influence du droit international n'y est pas étrangère. Cela conduit notamment à ce qui a été appelé la « constitutionnalisation » du droit du travail⁴. Comme il sera vu plus loin, cette évolution substantielle se manifeste aussi, d'un point de vue instrumental cette fois, à travers une diversification des formes d'expression du droit, le « droit mou » (*soft law*) côtoyant l'apport classique du législateur, quand il ne l'affadit pas⁵.

L'objet du présent texte est d'exposer, par autant de tableaux successifs des aspects dominants de ces deux types de transformation, celle qui est relative à la scène du travail, et à ses acteurs, dans l'« entreprise-réseau » (partie 1) et celle qui traverse le droit applicable au travail (partie 2). Il sera principalement fait appel en cela à des apports doctrinaux américains et européens. En dépit de particularismes nationaux, il s'agit, en effet, pour ce qui est des deux types de transformation, de mouvements qui, dans leur essence, se retrouvent aussi bien dans la société québécoise, qui sert d'ancrage juridique au présent exposé, qu'au-delà de celle-ci : sans doute la mondialisation est-elle à l'œuvre dans l'un et l'autre cas...

-
4. Voir notamment : Claire LA HOVARY, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2009 ; Isabelle DAUGAREILH (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; Judy FUDGE, « The New Discourse of Labor Rights: From Social to Fundamental Rights ? », (2007-2008) 29 *Comp. Lab. L. & Pol'y. J.* 29 ; et, pour ce qui est du Québec, sous la direction de Christian Brunelle, le numéro des *Cahiers de droit* intitulé : « La constitutionnalisation du droit au travail » : (2007) 48 (1-2) *C. de D.* 1-328.
 5. Voir aussi : Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Paris, Dalloz, 2006, p. 130 et suiv. ; Renée-Claude DROUIN, « Responsabiliser l'entreprise transnationale : portrait d'une normativité du travail en évolution », dans Pierre VERGE (dir.), *Droit international du travail. Perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 283, et, plus généralement, Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

Les tableaux récapitulatifs ainsi dressés devraient nous permettre de répondre à la préoccupation suivante : tout en admettant que les situations de salariat classique continuent de se maintenir dans une certaine proportion et qu'il en va de même du droit du travail tout aussi classique les régissant, le droit applicable au travail en cours de développement (partie 2) est-il à la mesure des nouvelles réalités de l'entreprise et de celles du travail qui s'y rattachent, leur est-il compatible, est-il susceptible de satisfaire à leurs besoins (partie 1) ?

1 De nouveaux acteurs

Dans l'économie contemporaine du savoir, l'entreprise moderne obéit à un « principe de subsidiarité » : elle tend à ne plus produire elle-même que ce qu'elle ne peut obtenir plus efficacement à l'extérieur⁶. À l'entreprise fordiste de production, organisée hiérarchiquement et faisant appel au travail subordonné, se substitue un centre de décision et de coordination d'un ensemble d'unités de production organisées en réseau, noyau dur doté d'un personnel d'encadrement réduit⁷. Les connexions et les nœuds

6. André SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et codes de conduite. Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, coll. « Bibliothèque de droit social », Paris, L.G.D.J., 2002, p. 20. Pour un constat de l'universalité du phénomène, voir notamment A. BRONSTEIN, préc., note 3, p. 61-67.

7. Entreprise-réseau ou réseau d'entreprises ? Laquelle de ces deux expressions rend le mieux le phénomène d'« externalisation » de la production de l'entreprise ? Les agents auxquels l'entreprise a recours – travail indépendant, autres entreprises de dimension typiquement plus réduite et à finalité plus pointue, souvent en cascade –, envisagés isolément les uns des autres, semblent bien constitutifs d'un réseau d'entreprises. Au regard toutefois de l'entreprise qui se décentralise ainsi, l'expression « entreprise-réseau », pour regrouper à la fois le pôle directeur, l'entreprise mère et les divers agents auxquels elle a ainsi recours, paraît rendre avec plus d'insistance le fait que, à des degrés variables selon les cas, chacun de ces derniers agents se trouve soumis à l'influence dominante de l'entreprise mère, à son pouvoir de direction. Il en va des conditions d'application du droit du travail, de la réalité à laquelle il doit faire face. C'est ce qui nous porte à préférer l'expression « entreprise-réseau » pour traduire couramment le phénomène d'externalisation de la production. Il n'empêche que la notion juridique d'entreprise – ensemble ordonné de facteurs de production, humains et matériels, orientés vers la réalisation d'une fin économique déterminée – peut conduire à distinguer plus strictement, pour ce qui est de la réaction possible du droit à l'égard du phénomène d'externalisation de la production, des situations où les agents productifs auxquels l'entreprise, en ce sens strict, a recours peuvent être tenus comme autant d'éléments constitutifs de cette entreprise d'autres situations qui ne donnent pas lieu à ce constat. Pour ce qui est de ces autres situations où il se révèle impossible d'intégrer ces agents à l'entreprise originelle et dont ils continuent de se distinguer, elles incitent toutefois à prendre acte de l'existence d'un réseau d'entreprises, au sens strict, ainsi formé. Ces agents s'insèrent en effet dans la sphère d'influence de l'entité à la tête d'un tel réseau.

sont plus importants que les hiérarchies⁸. Des relations contractuelles, axées sur le partenariat et la collaboration, traduisent cette organisation réticulaire. Cette réalité est diversifiée. Tantôt il s'agira ainsi de formes de collaboration «contractuelle», d'un caractère relativement stable, qui lieront le pôle décisionnel entrepreneurial à autant de sous-traitants, de franchisés, de fournisseurs—parfois en succession—de travailleurs indépendants... Tantôt, nous serons en présence d'une collaboration structurelle, ou «institutionnelle», constituée de rapports sociétaux dans un même groupe, souvent pyramidal, et agissant sous une même bannière, rapports qui peuvent d'ailleurs aussi revêtir une forme contractuelle entre ces diverses sociétés d'une même famille «corporative»⁹.

Pour autant, les catégories essentielles du droit du travail classique, celles qui tiennent à la relation binaire employeur-salarié, s'estompent. D'une part, la figure unitaire de l'employeur ne se laisse plus alors saisir simplement en raison de la décentralisation coordonnée de la direction de l'entreprise (1.1); de même, pour ce qui est cette fois de l'offre du travail, le travailleur plus ou moins autonome ou indépendant se substitue alors au salarié traditionnel (1.2).

1.1 La dissolution de l'employeur unitaire

L'externalisation de l'activité productive de l'entreprise sous diverses formes entraîne la dislocation du pouvoir patronal qui s'exerçait de façon unitaire dans l'entreprise classique de production¹⁰. Ainsi, la gestion immédiate du travail relève bien de l'unité satellite de production, mais le contrôle en dernier ressort de cette dernière activité appartient au centre décisionnel de l'entreprise-réseau, qu'elle présente un visage contractuel ou sociétal, en l'occurrence, dans ce dernier cas la société mère à qui cette entreprise appartient. Cette autorité dernière pourra en venir à décider d'aspects plus fondamentaux touchant au même travail, comme sa délocalisation ou sa cessation¹¹. Il n'existe plus de centre d'imputation unique de la responsabilité patronale. L'effectivité du droit du travail en est touchée. Autrement

8. Voir Elsa PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, coll. «Bibliothèque de droit social», Paris, L.G.D.J., 2008, p. 2-5.

9. Voir Marie-Laure MORIN, «Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi», *Dr. social* 2001.5.478.

10. Voir ainsi Marie-Laure MORIN, «Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises», *Revue internationale du travail*, vol. 144, n° 1, mars 2005, p. 5.

11. Voir ainsi Guylaine VALLÉE, «Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre: des principes aux manifestations actuelles», (2007) 86 *R. du B. can.* 247, 264 *in fine*.

dit, le risque de l'entreprise se trouve à tout le moins partagé¹². L'entreprise classique de production l'assumait entièrement, en ce qui avait trait tant à la prestation du travail qu'à son exécution ; le salarié, en retour de la sujétion qu'il acceptait à l'endroit de l'employeur, s'en trouvait exempté. Dans l'entreprise-réseau, «la structure réseau perme[t] à la firme "amirale" de conserver le pouvoir de décision et le contrôle de l'activité, tandis que les risques [de l'emploi] sont transférés sur les entreprises "satellites"¹³». Le phénomène a cours que l'entreprise-réseau soit d'envergure nationale ou transnationale. À la périphérie, le travailleur indépendant lié à l'entreprise-réseau assume également lui-même les risques du travail, qu'il s'agisse de sa fourniture, de sa rémunération ou encore d'assurer son exécution dans des conditions appropriées et sécuritaires. Ces différents aspects du travail ne sont plus garantis par toute la force patrimoniale de l'employeur unitaire ; cette assurance est désormais transférée sur les titulaires d'unités productives plus réduites, quand ce n'est pas sur le travailleur indépendant. Enfin, l'organisation de l'entreprise en réseau entraîne un fractionnement de la communauté de travail qui était à la mesure de l'entreprise classique, lequel est susceptible d'avoir une influence négative sur la représentation collective des travailleurs en cause, de même que sur la légalité des actions collectives qu'ils peuvent entreprendre, du moins selon un régime juridique centré sur l'unité de production, comme c'est le cas des lois canadiennes régissant couramment les rapports collectifs du travail.

Comment le droit applicable au travail peut-il appréhender ce phénomène de l'entreprise-réseau ?

Ce droit le fera en définitive dans la mesure où il parviendra à reconstituer le périmètre de l'entreprise, à reconnaître celle-ci dans sa totalité en dépit de sa fragmentation contractuelle ou sociétale résultant de l'extériorisation du travail¹⁴. Il doit en cela rechercher le bénéficiaire en dernier ressort du profit résultant de l'entreprise entière. En premier lieu, il s'agit de reconstituer l'entreprise physique de production. L'affirmation de son unité en dépit de sa concession partielle par voie de sous-contrat, typiquement *in situ*, comme dans le cas du gardiennage, par exemple, en est

12. M.-L. MORIN, préc., note 9, et Marie-Laure MORIN, «Partage des risques et responsabilité de l'emploi. Contribution au débat sur la réforme du droit du travail», *Dr. social* 2000.7&8.730.

13. E. PESKINE, préc., note 8, p. 6.

14. Voir : M.-L. MORIN, préc., note 10, à la page 15 ; Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, p. 179. Pour un exposé détaillé de cette démarche en fonction du droit canadien, voir Pierre VERGE avec la participation de Sophie DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, partie I.

une première manifestation¹⁵. Il pourrait aussi s'agir de la technique de la reconnaissance de l'«employeur unique», que véhicule notamment la loi fédérale régissant les rapports collectifs du travail, laquelle permet de décider que des «entreprises fédérales associées ou connexes [...], exploitées par plusieurs employeurs en assurant en commun le contrôle ou la direction constituent une entreprise unique et que ces employeurs constituent eux-mêmes un employeur unique¹⁶». Cependant, l'effectivité du droit du travail exige aussi de dépasser la notion physique de l'entreprise pour saisir dans toute son ampleur l'«entreprise» qui correspond à la concentration réelle du pouvoir patronal, lui-même à la mesure de la concentration patrimoniale ou financière. Est-il possible d'accepter alors de s'écarter de l'autonomie formelle, de la personnalité juridique distincte des sociétés apparentées dont il s'agit, pour mieux reconnaître la réalité du «groupe de sociétés»? À travers ce dernier se poursuit, en effet, en dépit de la pluralité de sociétés qui le composent, la réalisation d'une même finalité financière, notamment au moyen de l'exploitation, sous une même bannière, d'une pluralité d'entreprises physiques, que la vocation de chacune soit identique, complémentaire ou même disparate par rapport à celle des autres. Il s'agit alors, selon la nature précise de l'obligation liée au travail en cause, sinon d'affirmer juridiquement le groupe lui-même, du moins de reconnaître dans cet ensemble sociétal une pluralité de pôles d'imputation, autant de sociétés débitrices, soit solidairement, soit conjointement. Ce sera typiquement la filiale qui contrôle immédiatement le travail et la société mère qui en bénéficie en dernier ressort.

La législation en ce sens ne peut toutefois qu'avoir une portée territoriale nationale, plus restreinte que l'envergure de l'entreprise transnationale ou du consortium transnational¹⁷. Semblablement, mais sous réserve de la même limite, la législation traitant de la représentation et de la négociation collectives, de même que des conflits du travail, doit, selon ces deux grands modes précédents de reconstitution de l'entreprise réelle, en venir à se montrer à la mesure de son unicité retrouvée.

15. Voir ainsi : *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 45 (ci-après «C.t.»); *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 44 (ci-après «C.c.t.»).

16. C.c.t., art. 35 ; par exemple : *I.A.M., Local 148 v. Air Canada* (1989), 79 d.i. 98 (C.C.R.T.). En droit français, la notion d'unité économique et sociale est aussi significative dans cette perspective. Voir Jean PÉLISSIER, Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKÈS, *Droit du travail*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 1039-1045.

17. Voir Pierre VERGE, «Droit national du travail et transnationalité des rapports de travail», dans P. VERGE, préc., note 5, p. 33. Sur la nécessité de repenser le concept d'employeur compte tenu de cette limite territoriale au regard de l'importance des entreprises transnationales, voir Marie-Ange MOREAU, «Les restructurations dans les groupes multinationaux», *Dr. social* 2010.11.1052, 1059.

1.2 La dilution du salarié

« L'emploi désigne un échange fondateur entre la subordination et la sécurité¹⁸. » Selon le contrat de travail, la sujétion à l'endroit de l'employeur, l'intégration du salarié dans l'entreprise de ce dernier, qui en assume le risque, se compense par une certaine sécurité du travail et l'obtention d'un statut qui y correspond¹⁹. Pour sa part, l'employeur trouve alors un avantage économique à bénéficier à l'interne du travail plutôt que de recourir à des agents extérieurs sur le marché pour réaliser sa fin productive²⁰. De là, avec cette phase de l'industrialisation, une affirmation graduellement plus ample du contrat de louage de service personnel, à l'origine du contrat de travail, que l'actuel *Code civil du Québec* actuel distingue désormais nettement du contrat d'entreprise²¹. À l'époque contemporaine de l'entreprise-réseau, le travailleur, qu'il soit ou non un salarié subordonné, continue toujours de se rattacher à une organisation, mais cette dernière est à la fois souple et multipolaire²². Il en est bien ainsi même si le travail est externalisé et les risques liés à sa prestation ainsi que ceux qui sont relatifs à son exécution sont transférés hors de l'entreprise. Cette dernière en bénéficie

18. Alain SUPIOT, « Texte introductif : Entre marché et régulation : les nouvelles régulations sociales assurent-elles une sécurité tout au long de la vie ? », dans Peter AUER et Bernard GAZIER (dir.), *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Dynamique du changement et protection des travailleurs*, compte-rendu des débats du 2^e Symposium France/OIT tenu à Lyon en janvier 2002, Genève, Organisation internationale du travail, 2002, p. 167, à la page 170.
19. Judy FUDGE, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO, « Employee or Independent Contractor? Charting the Legal Significance of the Distinction in Canada », (2003) 10 *C.L.E.L.J.* 193.
20. Ronald H. COASE, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, p. 38, 53 et 54; Simon DEAKIN, « L'évolution de la relation d'emploi », dans P. AUER et B. GAZIER (dir.), préc., note 18, p. 213, à la page 215.
21. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085 et 2098. Sur l'implantation historique du contrat de louage de service personnel au Québec, voir : John W. CAIRNS, « Employment in the *Civil Code of Lower Canada*: Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform », (1986-1987) 32 *R.D. McGill* 673; Marie-France BICH, « Droit du travail québécois : genèse et génération », dans H. Patrick GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 515. En droit français, voir Alain SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. social* 2000.2.131, 131 et 132; pour ce qui est de la common law, voir Judy FUDGE, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO, « Changing Boundaries in Employment : Developing a New Platform for Labour Law », (2003) 10 *C.L.E.L.J.* 329, 344-350, tradition qui n'a été portée à distinguer nettement le contrat de travail du contrat d'entreprise qu'à une époque relativement tardive (*id.*, 350).
22. Paul DAVIES et Mark FREEDLAND, « The Complexities of the Employing Enterprise », dans Guy DAVIDOV et Brian LANGILLE (dir.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Portland, Hart, 2006, p. 273, aux pages 283-285.

toujours sous le couvert d'un travail autonome, ou indépendant, selon le droit commun²³. Il peut alors s'agir d'un contrat d'entreprise, pour réaliser une forme d'impartition ou de sous-traitance, d'une franchise, ou d'un autre type de contrat de dépendance²⁴. En effet, d'une façon caractéristique, un ensemble d'obligations lie le travailleur à son cocontractant, lesquelles ont trait à l'exécution d'un résultat convenu—respect d'un ensemble de normes commerciales ou techniques—et le rattachent à l'entreprise dont il dépend économiquement. Il n'est pas un simple agent libre sur la scène du marché comme l'entrepreneur qui s'adresse au public en général. Soit dit en passant, ce travail appelé «indépendant», lorsqu'il est ainsi encadré, n'est pas sans se rapprocher de certaines manifestations contemporaines du travail subordonné, lequel continue de coexister dans l'ensemble de l'économie, manifestations qui se caractérisent par une plus grande autonomie dans l'exécution du travail et qui misent sur la capacité d'initiative du salarié²⁵. Le travailleur dit autonome, mais qui se rattache néanmoins avec plus ou moins de durabilité à l'entreprise-réseau, est bien présent dans la réalité canadienne²⁶.

Le même travailleur se situe pour ainsi dire à la médiane d'un continuum allant du travail subordonné à l'agent libre sur le marché. Il remet en cause les frontières du droit du travail, du moins s'il fallait entendre par là un droit du travail centré exclusivement sur le travail salarié, ou dérivé de l'emploi. Il lui faudrait alors, en effet, s'ouvrir à ces nouvelles réalités

-
23. Voir: Antoine LYON-CAEN, «Droit du travail, subordination et décentralisation productive», dans Héloïse PETIT et Nadine THÈVENOT (dir.), *Les nouvelles frontières du travail subordonné. Approche pluridisciplinaire*, journées d'étude tenues à Paris les 18 et 19 novembre 2004, Paris, Éditions La Découverte, 2006, p. 87, à la page 93; M.-L. MORIN, préc., note 12; Judy FUDGE, «The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection», dans G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), préc., note 22, p. 295, à la page 302.
24. Voir *passim* Georges J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, coll. «Bibliothèque de droit privé», Paris, L.G.D.J., 1986.
25. Voir: A. SUPLOT, préc., note 14, p. 132-139; E. PESKINE, préc., note 8, p. 160.
26. Voir ainsi: Judy FUDGE, «The New Workplace: Surveying the Landscape», (2009) 33 *Man. L.J.* 131; Stéphanie BERNSTEIN et autres, «Les transformations des relations d'emploi: une sécurité compromise?», *Regards sur le travail*, vol. 6, n° 1, automne 2009, p. 19. Selon l'*Enquête sur la population active* publiée périodiquement par Statistique Canada, en 2010, les 2,7 millions de travailleurs autonomes représentaient 16 p. 100 de la population active occupée. Il s'agit toutefois d'une catégorie globale regroupant des réalités diversifiées (propriétaire d'entreprise constituée, ou non, en société, avec ou sans employés, de même que travailleurs familiaux non rémunérés).

du travail²⁷. Cependant, il serait, du moins historiquement, plus exact d'affirmer que ce droit du travail ne fait en cela qu'occuper tout son territoire et se montrer fidèle à sa vocation originelle : elle englobe l'ensemble du travail, qu'il soit salarié ou autonome.

La seconde partie du présent texte posera, en effet, que le droit du travail dans ses aspects essentiels trouve son fondement dans les droits fondamentaux de la personne ; à ce titre, il s'adresse à tous les travailleurs. L'affirmation initiale de la compétence de l'OIT, à partir des avis de la Cour permanente de justice internationale, l'illustre d'ailleurs²⁸. Ces dernières années, l'OIT devait manifester son souci relatif à la portée de la relation de travail au regard du « phénomène de plus en plus répandu des travailleurs dépendants qui ne bénéficient d'aucune protection », notamment dans des contextes de sous-traitance²⁹. Les longs débats à ce sujet devaient donner lieu à l'adoption, en 2006, de la *Recommandation (R198) sur la relation du travail*³⁰, d'une portée plutôt générale. Elle préconise spécialement l'adoption de politiques nationales fournissant aux intéressés, en particulier aux employeurs et aux travailleurs, des « orientations sur la manière de déterminer efficacement l'existence d'une relation de travail, ainsi que sur la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants³¹ ».

Comment le droit du travail peut-il donc faire place à cette réalité grandissante du travail caractérisé à la fois, d'une manière quelque peu antinomique, par l'autonomie et par le rattachement à l'entreprise-réseau ?

Le droit du travail doit s'appliquer à toute personne qui vend sa capacité de travail à autrui. L'assimilation du travailleur dit autonome au salarié traditionnel, l'élargissement de cette dernière notion dans une certaine mesure, ne permet que d'y parvenir en partie. De là aussi la recherche de

27. Voir notamment J. FUDGE, préc., note 23. Voir aussi, à partir de l'observation d'une réalité régionale particulière, Rose-Marie BELLE ANTOINE, « Rethinking Labor Law in the New Commonwealth Caribbean Economy : A Framework for Change », (2010-2011) 32 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 343, 350.

28. Voir : Guillaume H. CAMERLYNCK, *Droit du travail*, vol. 8 « Droit international du travail », par Nicolas VALTICOS, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1983, p. 83, 185 et suiv., en particulier à la page 191 ; Isabelle DUPLESSIS, « Le recours à la Constitution de l'OIT dans l'acquisition de son autonomie institutionnelle », *Rev. B.D.I.* 2004.1.37, 47.

29. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), *Le champ de la relation de travail*, rapport V, Conférence internationale du travail, 91^e sess., Genève, 2003, p. 2, [En ligne], [www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf] (26 avril 2011).

30. CONFÉRENCE GÉNÉRALE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Recommandation (n° 198) sur la relation de travail*, 95^e sess., Genève, 15 juin 2006, art. 4 (a).

31. *Id.*, art. 4 (a). Voir Enrique MARÍN, « The Employment Relationship : The Issue at the International Level », dans G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), préc., note 22, p. 339.

régimes affranchis de ce rapprochement et fondés plus généralement sur l'exercice de l'activité professionnelle³².

Rappelons que les droits canadiens du travail, dont le droit québécois, ne sont pas unifiés et réunissent un ensemble disparate de lois axées chacune sur la poursuite d'un objet propre, en fonction duquel s'établit leur domaine d'application³³. Dans l'ordre fédéral, la notion d'«entrepreneur dépendant» est venue élargir la notion d'«employé» aux fins de la partie I du *Code canadien du travail* consacrée aux rapports collectifs du travail, lorsque le travail accompli entraîne à la fois une situation de dépendance économique envers le bénéficiaire et l'insertion dans son organisation. Il s'agit de «la personne qui exécute, qu'elle soit employée ou non en vertu d'un contrat de travail, un ouvrage ou des services pour le compte d'une autre personne selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour elle³⁴». Elle n'y a toutefois pas essaimé au-delà de cette Partie I. Elle a cependant influé sur certains rapports d'étude contemporains. Ainsi en est-il de l'introduction préconisée de la notion de «travailleur autonome», de portée plus réduite, qui a pour objet de rendre applicables certaines dispositions protectrices de la partie III de ce même code à différents secteurs d'activité définis par règlement officiel³⁵. Plus généralement en serait-il des principales lois québécoises concernant le travail (*Code du travail*, *Loi sur les normes du travail*³⁶, *Loi sur les décrets de convention collective*³⁷, *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³⁸, *Loi*

32. Voir E. PESKINE, préc., note 8, p. 217-219.

33. Pour un exposé détaillé du domaine d'application des principales lois canadiennes, voir notamment : Judy FUDGE, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO, *Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs*, rapport remis à la Commission du droit du Canada, Ottawa, 2002, p. 61-110; J. FUDGE, E. TUCKER et L.F. VOSKO, préc., note 19; pour ce qui est de la législation québécoise, voir QUÉBEC, MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, par Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, rapport final, Québec, Éditeur officiel du Québec, 2003.

34. C.c.t., art. 3, s.v. «entrepreneur dépendant»; pour un exemple d'une telle qualification : *Syndicat des employé-es de TV5 – CSN et Consortium de télévision Québec Canada Inc.*, [2003] C.C.R.I. n° 224 (travail de traducteurs quasi exclusivement pour l'employeur et assujettissement à certaines mesures de contrôle administratif de sa part).

35. CANADA, COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES, *Équité au travail. Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Examen des normes du travail fédérales par Harry W. ARTHURS, Ottawa, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006, p. 68.

36. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

37. *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2.

38. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

sur l'équité salariale³⁹ et (sous réserve) *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁴⁰) si leur définition du « salarié » était révisée et ne devait comprendre que les éléments suivants :

- 1) une personne qui travaille pour une autre personne moyennant rémunération ;
- 2) que cette personne soit salariée ou non en vertu d'un contrat de travail ;
- 3) et qui s'oblige à fournir personnellement une prestation de travail pour cette autre personne dans un cadre ou selon des modalités telles qu'elle est placée sous la dépendance économique de cette dernière⁴¹.

Toutefois, au regard de l'externalisation du travail dans l'entreprise-réseau, un tel élargissement de la notion de salarié risque de laisser pour compte le petit entrepreneur qui est étroitement lié à une entreprise par son propre travail s'il est par ailleurs en mesure de faire montre d'initiative dans l'agencement des facteurs productifs dont il a la maîtrise en vue d'un meilleur rendement économique et s'il peut aussi avoir recours à un personnel salarié réduit, au-delà de la situation de son propre remplacement temporaire⁴². La référence à la notion de « salarié », même élargie, est en effet de nature à inciter à exclusion du domaine d'application de la loi toute situation se rapprochant, à certains égards, de la notion d'entrepreneur « indépendant » à laquelle elle s'oppose classiquement.

À titre comparatif, certains droits étrangers laissent place, explicitement ou non selon le cas, à des catégories intermédiaires de travailleurs « parasubordonnés », qui bénéficient d'une façon plus ou moins étendue des

39. *Loi sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12.001.

40. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001.

41. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 33, p. 431 ; voir, pour l'ensemble des recommandations relatives au champ d'application des différentes lois en cause, p. 426-444. À noter que la *Loi sur les normes du travail*, préc., note 36, comprend déjà dans sa définition de « salarié » la personne qui, dans l'exécution du travail convenu, fournit le matériel nécessaire et retient en guise de rémunération la différence entre la somme reçue et les frais d'exécution. Il ne s'agirait toutefois pas là d'un « entrepreneur dépendant » au sens de la partie I du *Code canadien du travail*, car la situation visée par la définition inclut la subordination juridique et n'exige pas la dépendance économique (p. 437).

42. À titre d'illustration : *Copeland et Société canadienne des postes* (1989), 78 d.i. 158 (C.C.R.T.). Selon Katherine V.W. STONE, « Rethinking Labour Law : Employment Protection for Boundaryless Workers », dans G. DAVIDOV et B. LANGILLE (dir.), préc., note 22, p. 155, à la page 178, « Thus, the challenge [...] today is not to recreate the [...] worker-employer attachment, but to find a means to provide workers with support structures to enable them to weather career transitions. »

droits et des obligations prévus dans leur législation relative au travail⁴³. En droit français, certaines dispositions du *Code du travail*—codification de portée autrement plus englobante que celle de la législation spécifique du même nom en vigueur au Québec—sont applicables à certaines professions particulières, dont celle de « gérant de succursale ». Il s'agit de personnes « [d]ont la profession consiste essentiellement : soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise⁴⁴ ». Cette situation de « dépendance » dans l'« indépendance » illustre bien déjà le fait que l'appréhension d'une activité professionnelle généralement et pour elle-même est de nature à dégager la détermination du champ d'application du droit du travail de l'influence exclusive du statut de salarié, même atténué. D'une façon particulière, cette démarche tend à favoriser la mise en place de diverses formules de représentation et de négociation collectives adaptées au travail dont il s'agit et donne ainsi ouverture à l'exercice de la liberté fondamentale d'association⁴⁵.

La législation québécoise relative au travail s'est, il est vrai, traditionnellement édifiée sur le salariat et non sur l'activité professionnelle⁴⁶. Toutefois, la *Loi sur les syndicats professionnels*, adoptée en 1924 dans cette dernière perspective, permet toujours de constituer volontairement

43. Voir ainsi : Adalberto PERULLI, « Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries », dans Giuseppe CASALE (dir.), *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Genève, International Labour Office, 2011, p. 137 ; Orsola RAZZOLINI, « The Need to Go Beyond the Contract: "Economic" and "Bureaucratic" Dependence in Personal Work Relations », (2009-2010) 31 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 267 (droit français : *id.*, 289-291 ; droit italien : *id.*, 295-299) ; Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Éditions Sirey, 1990, p. 42-55 ; Alain SUPLOT (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission européenne*, Paris, Flammarion, 1999 (droit allemand : *id.*, p. 332 et 333 – un travail « semblable » à celui du salarié).
44. Code du travail français, art. L7321-2 (2) (a) et suiv. Voir au sujet de l'application jurisprudentielle à des pompistes vendeurs d'essence dans une station-service : G. LYON-CAEN, préc., note 43, p. 52 ; O. RAZZOLINI, préc., note 43, 290.
45. Françoise CARRÉ, « Quelles politiques publiques pour la citoyenneté au travail ? », dans Michel COUTU et Gregor MURRAY (dir.), *Travail et citoyenneté. Quel avenir ?*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2010, p. 397, aux pages 411 et 412.
46. Cette dernière possibilité a jadis été entrevue pour le droit français : Paul DURAND, « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Dr. social* 1952.7.437 ; pour sa réactualisation : Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. social* 1997.6.616, 624.

des associations sur une telle base⁴⁷. De plus, outre certaines lois régissant les producteurs agricoles⁴⁸, des lois contemporaines sont venues régir le travail se rattachant à des professions particulières⁴⁹. Les unes, comme celles qui sont relatives aux artistes de la scène, du disque ou du cinéma⁵⁰, ou celles qui se rapportent aux personnes responsables d'un service de garde en milieu familial⁵¹, établissent des régimes complets de négociation collective, obligatoires à certaines conditions, au bénéfice de travailleurs autonomes. Les autres, qui aménagent respectivement la représentation collective dans l'industrie du camionnage⁵² et dans celle du taxi⁵³, traitent de façon plus ténue de l'exercice de l'activité professionnelle en cause par des travailleurs autonomes, parmi d'autres catégories de travailleurs. La présence de cette pluralité de lois, dont la spécificité reflète celle des milieux visés et leurs besoins, devait néanmoins conduire le *Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle* à préconiser l'établissement d'un régime-cadre de représentation collective pour tous les travailleurs non salariés, même s'il avait déjà recommandé, comme nous l'avons vu, l'élargissement de la notion de « salarié » dans les principales

47. *Loi sur les syndicats professionnels*, L.R.Q., c. S-40, art. 1.

48. *Loi sur les producteurs agricoles*, L.R.Q., c. P-28 ; *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, L.R.Q., c. M-35.1.

49. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 33, p. 521-525, résument notamment ces lois ; également : Guylaine VALLÉE, *Pour une meilleure protection des travailleurs vulnérables : des scénarios de politiques publiques*, Collection sur les travailleurs vulnérables, n° 2, Ottawa, Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques, 2005, p. 41-45.

50. *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., c. S-32.1 (ces artistes peuvent être des travailleurs juridiquement indépendants, même constitués en personne morale : art. 2 et 3) ; selon une loi fédérale correspondante, ils sont de tels entrepreneurs indépendants : *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, c. 33, art. 6 (2) (b). Voir Elizabeth MACPHERSON, « Collective Bargaining for Independent Contractors : Is the Status of the Artist Act a Model for Other Industrial Sectors ? », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 355. Voir aussi, mais de façon moins interventionniste, la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01.

51. *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, L.R.Q., c. R-24.0.1 ; *Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, L.R.Q., c. R-24.0.2.

52. *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12, art. 48.2-48.11.23.

53. *Loi concernant les services de transport par taxi*, L.R.Q., c. S-6.01, art. 31-47. Voir Urwana COQUAUD, « Le difficile encadrement juridique des travailleurs autonomes en situation précaire : le cas des chauffeurs locataires de taxi », *Relations industrielles*, vol. 64, n° 1, 2009, p. 95.

lois concernant le travail, de manière à y inclure, plus ou moins, sans le nommer pour autant, l'«entrepreneur dépendant»⁵⁴.

Sans doute l'avancée la plus complète à l'heure actuelle en ce qui a trait à la définition des conditions de travail relative au travail autonome réside-t-elle dans une loi espagnole de 2007 : *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*⁵⁵. Comme son titre l'indique, cette loi traite du travail indépendant dans son ensemble, pour lui-même⁵⁶. Elle s'applique au travail à titre onéreux d'une personne physique, pour son propre compte, et non soumis à l'autorité d'une autre personne ni organisé par elle, peu importe que ce travail soit, ou non, l'occasion de recourir à des travailleurs pour le compte d'autrui (art. 1). La loi définit un statut général correspondant à ce champ premier d'application. Il se compose de droits fondamentaux, dont le droit à un travail librement choisi et à la liberté d'initiative économique. Cette loi assure ainsi notamment le droit à l'égalité, en particulier dans le cas de travailleurs handicapés, de même que, de façon détaillée, le droit à la sécurité au travail, le droit à la propriété intellectuelle, à la formation professionnelle et à la conciliation travail-famille, y compris le droit de suspendre l'activité professionnelle advenant la naissance ou l'adoption d'un enfant. Le statut général comporte aussi différentes mesures assurant la sécurité contractuelle, dont, en particulier, la solidarité de l'entreprise principale, bénéficiaire de travail, pour le paiement de la rémunération convenue, s'il y a sous-traitance. Enfin, la loi aménage le droit d'association de tous ces travailleurs autonomes et leur prévoit un régime de sécurité sociale.

Le régime général précédent n'empêche cependant pas la loi de prévoir une sous-catégorie à l'intérieur du domaine du travail autonome : les travailleurs indépendants économiquement «dépendants»⁵⁷. Des critères précis permettent de les distinguer, dont celui de percevoir au moins 75 p. 100 de leurs revenus d'un même client et de ne pas eux-mêmes sous-traiter ou avoir recours à des salariés. Ces travailleurs paraissent se rapprocher des «entrepreneurs dépendants» du droit canadien. Leur situation, qui voisine

54. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 33, p. 519 et suiv.

55. *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo*, BOE-A-2007-13409, BOE n° 166, 12 juillet 2007, p. 29964-29978, [En ligne], [www.boe.es/boe/dias/2000/7/12pdfs/A22964-29978.pdf] (26 avril 2011).

56. Jaime CABEZA PEREIRO, «Le statut du travailleur indépendant en Espagne», *Revue internationale du travail*, vol. 147, n° 1, mars 2008, p. 97. Voir aussi : Esther SÁNCHEZ TORRES, «The Spanish Law on Dependent Self-Employed Workers: A New Evolution in Labor Law», (2009-2010) 31 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 231.

57. Voir Guillermo L. BARRIOS BAUDOR, «Travail autonome “économiquement dépendant” en Espagne», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2008.43.

ainsi à certains égards le salariat, leur vaut un régime protecteur plus accentué que celui qui concerne le travail autonome en général. Il dispose de façon détaillée de la durée du travail, établit différents motifs justifiant son interruption et régit la résiliation du contrat, dont l'exigence d'une juste cause à ce sujet. Des accords (collectifs) d'intérêt « professionnel », dont la loi traite aussi dans le détail, peuvent établir un contenu convenu, minimal et obligatoire des contrats individuels conclus par les travailleurs « indépendants dépendants économiquement » membres d'associations ou de syndicats parties à de tels accords.

La récente loi espagnole témoigne, par la distinction qu'elle établit entre ses deux grandes catégories de travailleurs indépendants, qu'une gradation s'impose pour ce qui est du contenu précis des statuts s'attachant aux différents types de travailleurs qu'il est possible de distinguer. Chacune d'entre elles a ses caractéristiques et ses exigences propres. À la base, des droits fondamentaux appartiennent à l'ensemble des travailleurs ; par la suite, la dépendance de l'exécutant à l'endroit d'autrui appelle, en fonction de la nature et de l'importance de cette forme d'aliénation, une intervention législative plus poussée. De là, l'application souhaitable de différentes « plateformes », ou niveaux d'intervention, dans l'élaboration des politiques publiques relatives au travail au bénéfice d'autrui, qu'il s'exécute aussi bien pour l'entreprise-réseau qu'à l'intérieur d'une entreprise classique de production⁵⁸.

2 Un droit commensurable ?

Ainsi, l'entreprise-réseau est souvent complexe, étagée et d'envergure transnationale. Dans cette organisation, le travailleur est plus ou moins éloigné du centre décisionnel qui, en dernier ressort, à la maîtrise de son activité professionnelle. À moins d'y demeurer un salarié, il devient lui-même un entrepreneur placé dans une situation de dépendance, d'intensité variable selon le cas, envers cette organisation. Les mutations contemporaines du droit applicable au travail permettent-elles de saisir cette nouvelle donne ? Cette question entraîne la considération des sources, des fondements, de ce droit (2.1), de même que celle de la nature des instruments diversifiés à travers lesquels il s'exprime maintenant (2.2).

58. Voir notamment : Brian A. LANGILLE, « Labour Policy in Canada – New Platform, New Paradigm », (2002) 28 *Ann. de pol.* 133 ; G. VALLÉE, préc., note 49, p. 5 et suiv. ; J. FUDGE, E. TUCKER et L.F. VOSKO, préc., note 33, p. 124-140 ; E. PESKINE, préc., note 8, p. 213-219 ; A. SUPLOT, préc., note 43, p. 88-90.

2.1 L'identification du droit relatif au travail aux droits fondamentaux de la personne lui donne vocation d'atteindre tous les travailleurs

Une réalité foncière s'impose : « le travailleur est d'abord une personne qui ne peut abdiquer cette qualité en se mettant à la disposition d'un employeur ». De la dignité de cette personne humaine découlent un ensemble de droits fondamentaux qui doivent prévaloir en contexte de travail⁵⁹. À noter que l'affirmation de cette réalité n'a été ni immédiate ni constante. Deux grands courants historiques ont été à l'œuvre.

Le premier courant s'identifiait originellement au mouvement ouvrier. Prenant acte de la réalité conflictuelle du travail, il a permis d'assurer dans les pays industrialisés occidentaux, dont le Canada, à la fois par la négociation collective et l'action parlementaire, le développement d'un droit du travail concrétisant les droits des salariés⁶⁰. Première consécration internationale publique des droits des « travailleurs » à la « justice sociale », la *Constitution de l'Organisation internationale du travail*, du 28 juin 1919, que nous pouvons rattacher au premier pôle, concernait cependant plus amplement le travail, sans le restreindre au salariat. Le fait voir son préambule⁶¹. Il en va de même de la *Déclaration de Philadelphie concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail*, du 10 mai 1944, partie intégrante de la constitution de l'OIT tant par les énoncés des principes fondamentaux sur lesquels est fondée cette dernière, que par ceux qui sont relatifs à son programme d'action⁶².

Ce premier parcours se distingue historiquement de celui de l'affirmation plus générale et explicite des droits fondamentaux de la personne avec lequel il est pourtant en synergie : « En effet, les droits du travail devraient être conçus comme faisant partie intégrante des droits de la personne et non

59. Jean-Maurice VERDIER, « En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme », dans Pierre COUVRAI, *Les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 427, à la page 427.

60. Voir notamment, *supra*, note 1.

61. *Constitution de l'Organisation internationale du travail et textes sélectionnés*, Genève, BIT, 2010, [En ligne], [www.ilo.org/public/french/bureau/leg/download/constitution.pdf] (26 avril 2011). Voir : Isabelle DUPLESSIS, « Un abrégé de l'histoire des normes de l'OIT et de leur application », dans P. VERGE, préc., note 5, p. 63 ; Léon-Eli TROCKET, *Législation sociale internationale*, t. 1, Cahiers de l'Institut de sociologie Solvay, Bruxelles, Éditions de la Librairie encyclopédique, 1952, p. 471 : « Il est manifeste que ces notions [comprises dans le préambule] ont un caractère tout à fait général et ne donnent nulle l'impression de ne s'appliquer qu'aux seuls travailleurs salariés. »

62. Voir : Eddy LEE, « La Déclaration de Philadelphie : rétrospective et prospective », *Revue internationale du travail*, vol. 133, n° 4, 1994, p. 513 ; Alain SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

comme formant une catégorie à part. C'est loin d'être le cas et bien souvent les droits du travail et les droits de la personne sont conçus comme deux entités séparées⁶³. » Il s'agit, sur le plan universel, des grandes proclamations des droits de la personne dans l'univers de l'Organisation des Nations Unies (ONU) au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, d'instruments qui proclament le droit de « toute personne » notamment à l'absence de discrimination au travail librement choisi, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à une rémunération équitable, au droit de fonder et d'appartenir à un syndicat, au droit à la liberté de réunion et d'association, à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques (*Déclaration universelle des droits de l'homme*⁶⁴, adoptée le 10 décembre 1948). Ce sont là autant de droits que viendront préciser en 1966, selon le cas, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁵ et, surtout, le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁶⁶. Ce dernier sera en particulier explicite en ce qui a trait à l'orientation et à la formation professionnelles, à la sécurité et à l'hygiène au travail, de même qu'au droit de grève⁶⁷. Sur un plan régional, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*, proclamait des droits semblables en 1948 en faveur de « toute personne⁶⁸ », dont le « droit au travail dans des conditions dignes » (art. 14).

En somme, dès lors, un ensemble de droits tant civils et politiques qu'économiques et sociaux, indissociables, d'application immédiate ou progressive selon leur formulation précise, s'imposaient aux États de la communauté visée ; il leur revenait non seulement de les respecter, eux-mêmes, mais aussi de les faire respecter et de les promouvoir dans leur territoire respectif.

Ainsi, sur ce plan national, la *Charte des droits et libertés de la personne*, qu'a adoptée le Québec en 1975, venait y affirmer, en ce qui a

63. C. LA HOVARY, préc., note 4, p. 37.

64. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (10 décembre 1948).

65. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 (n° 14668), [1976] R.T. Can. n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976 ; adhésion du Canada le 19 mai 1976).

66. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, (1976) 993 R.T.N.U. 3 (n° 14531), [1976] R.T. Can. n° 46 (entré en vigueur le 23 mars 1976 ; entrée en vigueur au Canada le 19 août 1976).

67. Pour un exposé de ces contenus, voir Dominic ROUX, « Le “droit à un travail décent” affirmé dans les normes internationales de l'ONU et de l'OEA. Ou la longue marche d'un vieux couple : le droit du travail et les droits de la personne », dans P. VERGE, préc., note 5, p. 143.

68. *Id. Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*, 2 mai 1948.

trait en particulier au travail, non seulement la liberté d'association et de réunion pacifique de « toute personne », de même que son droit à la protection contre la discrimination, mais également, parmi les droits économiques et sociaux, le « droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique⁶⁹ ». La mise en œuvre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982, a aussi eu pour effet indirect de stimuler celle de la Charte québécoise, de portée « quasi constitutionnelle ». Si, à la différence de cette dernière, la Charte canadienne n'est opposable qu'aux pouvoirs législatifs et gouvernementaux, à l'exclusion des personnes privées, les débats qu'a engendrés son interprétation dans des contextes de travail tant en ce qui a trait aux libertés fondamentales, dont celle d'association, ou d'établissement, de même qu'au droit de quiconque à l'égalité, indépendamment de toute discrimination, ont fortement marqué l'empreinte des droits fondamentaux de la personne dans les milieux de travail⁷⁰. Le droit international du travail pertinent contribue à l'élaboration de la jurisprudence qui en découle⁷¹.

L'évocation du discours public contemporain sur les droits fondamentaux de la personne au travail doit aussi s'étendre à différents instruments internationaux, à la fois déclaratifs et promotionnels, en particulier les déclarations de 1998 et de 2008 de l'OIT⁷². La première, relative aux droits et aux principes fondamentaux au travail, déclare l'obligation des membres de l'OIT de respecter les principes inhérents à quatre droits fondamentaux — la liberté d'association et le droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé, celle du travail des enfants et

69. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 46 (ci-après « Charte québécoise »). Sur l'ensemble de cette charte, voir notamment le numéro thématique de la *Revue du Barreau* intitulé « La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives », dont Denis NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec : naissance d'un "nouveau salarié" dans un droit en mutation », (2006) *R. du B.* 399, 417 : un « "nouveau droit du travail" qui se définit [...] par une ouverture accrue à l'égard de la personne même du salarié, de ses différences, de ses droits fondamentaux ».

70. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 2, 6 et 15 (ci-après « Charte canadienne »). Voir notamment Christian BRUNELLE, « The Growing Impact of Human Rights on Canadian Labour Law », dans Colin FENWICK et Tonia NOVITZ (dir.), *Human Rights at Work. Perspectives on Law and Regulation*, Portland, Hart, 2010, p. 119.

71. Par exemple : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 69 et suiv. ; voir à ce sujet Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », dans P. VERGE, préc., note 5, p. 347, aux pages 412-434.

72. Voir notamment I. DUPLESSIS, préc., note 61, aux pages 123-131.

de la discrimination en matière d'emploi et de profession—et prévoit un mécanisme de suivi promotionnel à leur sujet. La seconde déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, encourage l'Agenda du travail décent de l'OIT, lequel s'articule autour de quatre objectifs stratégiques, énoncés dans une perspective d'universalité : promotion de l'emploi dans un environnement durable ; renforcement de la sécurité sociale ; promotion du dialogue social et du tripartisme ; et respect des droits fondamentaux au travail. Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'autant de principes généraux que d'autres instruments internationaux ou transnationaux répercuteront à leur tour⁷³. Sous réserve de la portée précise à apporter à chaque énoncé dans les différents instruments en cause, se dégage de l'ensemble du droit international relatif aux droits fondamentaux de la personne au travail un véritable « enchevêtrement » ou « foisonnement » normatif⁷⁴. Les valeurs qu'il véhicule lui confèrent un « cachet éthique⁷⁵ ». Telle prééminence des normes du travail ainsi conçues à travers le prisme des droits fondamentaux de la personne conduit à constater, tout aussi, globalement et en un sens large, la « constitutionnalisation des droits du travail⁷⁶ ». Cet infléchissement contemporain en ce sens est bien constaté⁷⁷.

Les deux grands courants historiques précédents convergent donc vers le rattachement des droits sociaux liés au travail à la personne du travailleur, quelle que soit l'assise contractuelle de ce travail. Ils ne sont

73. Par exemple, l'*Accord de coopération dans le domaine du travail*, Canada et République du Pérou, 29 mai 2008, se réfère à la Déclaration de 1998 de l'OIT, de même qu'à son agenda pour le travail décent (art. 1) ; des renvois similaires se trouvent aussi dans certains codes de conduite privés et accords-cadres internationaux (ACI) ; voir R.-C. DROUIN, préc., note 5, à la page 309.

74. Pierre RODIÈRE, « Le juge, les droits fondamentaux et l'enchevêtrement normatif : extension des droits fondamentaux/déconstruction du droit social ? », dans Marie-Ange MOREAU, Horatia MUIR WATT et Pierre RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Paris, Dalloz, 2010, p. 15.

75. C. LA HOVARY, préc., note 4, p. 40 ; Amartya SEN, « Travail et droits », *Revue internationale du travail*, vol. 139, n° 2, juin 2000, p. 129, à la page 133.

76. Voir ainsi Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », (2007) 48 *C. de D.* 5. À distinguer toutefois ce sens général de « constitutionnalisation » de la portée constitutionnelle au sens strict dont peuvent se réclamer certains droits du travail faisant partie du « bloc constitutionnel » d'un système juridique national particulier, comme la liberté d'association en droit canadien.

77. Parmi les auteurs canadiens, voir notamment : Judy FUDGE, « The New Discourse of Labor Rights : From Social to Fundamental Rights ? », (2007-2008) 29 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 29, 31, 40 et 42 ; C. BRUNELLE, préc., note 70, à la page 134 ; D. NADEAU, préc., note 69, à la page 417 ; G. VALLÉE, préc., note 49, p. 22-26 ; Lucie LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 452.

pas l'apanage du salarié, mais appartiennent à tout travailleur. Ils appartiennent, avec plus ou moins d'intensité, selon la nature précise du droit dont il s'agit, au domaine des droits de la personne, ce qui leur confère une importance particulière, voire, dans certains cas, une prééminence certaine dans l'ordre juridique. Par rapport à la conception nord-américaine de la législation du travail classique qui a régné jusqu'à maintenant, d'une façon générale, il s'agit là d'un paradigme différent : il y a dépassement du salariat⁷⁸. Cette position juridique rejoint d'ailleurs l'objectif contemporain de « travail décent » de l'OIT, qui s'étend à tous les travailleurs, y compris les travailleurs indépendants, de l'économie tant structurée qu'informelle⁷⁹.

Ce défi entraîne celui de le relever à l'intérieur des structures de l'entreprise-réseau. Sa complexité nécessite de faire appel à une normativité hybride.

2.2 L'entreprise-réseau mobilise une normativité hybride

Le droit contemporain se caractérise par la diversité de ses sources normatives⁸⁰. C'est là l'expression du pluralisme juridique, sur le plan à la fois national et transnational⁸¹. Ce pluralisme juridique a toutefois des racines plus anciennes : l'émergence historique de l'autonomie collective en témoigne sur le plan des relations de travail. Dans l'ordre national, son accentuation tient en partie à la transformation du rôle de l'État dans la société. Bien qu'il y conserve toujours un rôle central et que sa fonction normative s'exprime encore couramment de façon classique, il laisse davantage de place aux acteurs privés qui s'intéressent à l'élaboration des normes

78. Voir James A. GROSS, « Takin' It to the Man : Human Rights at the American Workplace », dans J.A. GROSS et Lance COMPA (dir.), *Human Rights in Labor and Employment Relations. International and Domestic Perspectives*, Champaign, Labor and Employment Relations Association, 2009, p. 13, à la page 37. L'auteur y oppose une conception des droits du travail qui se dégage des droits fondamentaux de la personne à celle qui est entretenue par le « pluralisme industriel ». Ce dernier conduit à négocier collectivement des compromis par rapport aux droits fondamentaux de la personne. À noter toutefois que des lois canadiennes encadrant généralement la négociation collective des salariés subordonnent explicitement cette négociation au respect de la législation d'ordre public, ce qui s'impose de toute façon ; par exemple, C.t., art. 62. Voir aussi : J. FUDGE, préc., note 77, 31-40 ; Stéphanie BERNSTEIN, « Travail et citoyenneté : redéfinir les communautés, éliminer les frontières », dans M. COUTU et G. MURRAY, préc., note 45, p. 371, aux pages 384 et 385.

79. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Un travail décent*, rapport du directeur général, Conférence internationale du travail, 87^e sess., 1999, Genève, 1999 ; A. SEN, préc., note 75, à la page 137. Voir aussi R.-M. BELLE ANTOINE, préc., note 27, 366-368.

80. Pour une étude d'ensemble de la situation, voir K. BENYKHLEF, préc., note 5, en particulier aux pages 13 et 87.

81. *Id.*, p. 55 ; A. SOBCHAK, préc., note 6, p. 201 et 204.

qui les concernent⁸². La tendance à la «déréglementation» de la part de l'État, à laquelle peut notamment conduire une carence de ressources, peut le porter à l'abstention sur le plan normatif et à laisser ainsi le champ libre à l'initiative privée. Il pourra autrement se contenter de fixer des orientations, des objectifs généraux à atteindre, y compris au besoin un cadre procédural général à cette fin, quitte à laisser aux milieux visés le soin de définir eux-mêmes de façon plus précise et technique le contenu normatif⁸³. La normativité privée qui en résultera sera typiquement marquée de souplesse et de flexibilité et se montrera adaptée aux besoins du milieu dont il s'agit. Cela vaut en particulier des moyens diversifiés d'assurer l'effectivité de la norme, sa «sanction» au sens large. Ils peuvent aller de la persuasion à des formes de contrainte, par exemple, le déni d'appartenance au milieu dont il s'agit⁸⁴. Dans l'ordre transnational cette fois, l'existence de la normativité privée est d'une importance autrement plus considérable étant donné l'absence de pouvoir souverain commensurable, à la différence de la sphère étatique (et sous réserve du contexte européen).

En bref, le droit contemporain conjugue normativité publique et normativité privée. Le droit du travail n'échappe pas à ce phénomène, comme cela a souventes fois été observé⁸⁵. Il s'agit pour nous d'examiner les apports de ces différents ordres juridiques à l'entreprise-réseau ainsi que leurs limites respectives. Si la normativité privée, avec toute la souplesse qui la caractérise, permet de l'appréhender dans toute sa totalité, même au besoin en dépit de son envergure transnationale (2.2.1), en revanche elle se montre dénuée de toute la force impérative dont est capable la normativité publique, laquelle paraît ainsi nécessaire pour assurer le caractère d'ordre public du droit du travail au sein de cette entreprise-réseau (2.2.2).

82. Voir ainsi Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, 198.

83. K. BENYEKHLEF, préc., note 5, p. 826.

84. *Id.*, p. 799-804 ; A. SOBCZAK, préc., note 6, p. 214.

85. Voir ainsi : Karl KLARE, « The Horizons of Transformative Labour and Employment Law », dans J. CONAGHAN, R. M. FISCHL et K. KLARE (dir.), préc., note 3, p. 3, à la page 27 (« multivalent legal orders ») ; Bob HEPPLÉ, « Enforcement : the Law and Politics of Cooperation and Compliance », dans Bob HEPPLÉ (dir.), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 238, à la page 256 ; M.-A. MOREAU, préc., note 5, p. 13 (« diversification des sources normatives ») ; Harry ARTHURS, « Corporate Self-Regulation : Political Economy, State Regulation and Reflexive Labour Law », dans B. BERCUSSON et C. ESTLUND (dir.), préc., note 3, p. 19, à la page 28 ; J. FUDGE, préc., note 4, 53-57 (« A Shift from Regulation (Hard Law) to Governance (Soft Law) ? »).

2.2.1 La normativité privée permet d'atteindre l'entreprise-réseau dans son ensemble

L'activité des entreprises-réseaux les plus significatives est d'envergure transnationale; les relations de travail qui s'y greffent peuvent atteindre une telle dimension. Les êtres humains qui y travaillent s'envisagent alors non pas « comme les citoyens de différents États » auxquels ils appartiennent, mais dans une perspective globale ou mondiale⁸⁶: « la mondialisation contraint à penser le droit dans une dimension *transnationale*⁸⁷ ». Le droit national, qu'il s'agisse de celui d'un des pays d'implantation de l'entreprise, ou de celui de son pays d'origine, n'a qu'une vocation territoriale et ne peut y arriver⁸⁸. Le droit international, dont le souci est la conformité des droits nationaux à ses valeurs fondamentales relatives au travail, n'y parvient que marginalement. Il s'agirait ainsi de l'apport possible du droit coutumier s'attachant à certains impératifs fondamentaux relatifs au travail⁸⁹. Il y a aussi à tenir compte, mais de façon plus significative, de ses énoncés de « droit mou », dénués de toute impérativité, comme c'est le cas notamment des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* ou de la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT*, qui viennent préciser le comportement des entreprises transnationales au regard de leur « responsabilité sociale »⁹⁰. Ces deux instruments, observons-le, se refusent à apporter une définition précise de l'« entreprise multinationale »; ils s'en font toutefois une conception « sociétale » et traitent ainsi de bonnes pratiques de

86. A. SEN, préc., note 75, à la page 137.

87. M.-A. MOREAU, préc., note 5, p. 18; Marie-Ange MOREAU, « The Originality of Transnational Social Norms as a Response to Globalisation », dans B. BERCUSSON et C. ESTLUND (dir.), préc., note 3, p. 253, à la page 254; Gregor MURRAY et Gilles TRUDEAU, « Une régulation sociale de l'entreprise mondialisée ? Introduction », *Relations industrielles*, vol. 59, n° 1, 2004, p. 3, à la page 9: « L'internationalisation de l'économie et le développement de la firme mondialisée interpellent l'avènement d'un nouvel ordre social, dont le contenu reste à définir mais dans lequel le droit national du travail aura perdu sa centralité. »

88. Voir notamment: P. VERGE, préc., note 17; Patrick MACKLEM, « Labour Law Beyond Borders », (2002) 5 *J. Int'l Econ. L.* 605, 611.

89. Voir, du moins en ce sens, Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 247, cité par C. LA HOVARY, préc., note 4, p. 140. Il ne s'agirait alors toutefois que de devoirs incombant à l'entreprise, la mise en œuvre de ceux-ci ne pouvant être assurée que par le droit national la régissant.

90. Voir: R.-C. DROUIN, préc., note 5, aux pages 292-298; P. VERGE et S. DUFOUR, préc., note 14, p. 115-119.

travail à l'intérieur d'un même « groupe », soit entre une « société mère » et les différentes « entités » locales, ou filiales, qui en relèvent⁹¹.

Certaines entreprises transnationales en viennent toutefois à « s'auto-réguler » volontairement sur le plan du travail, soit qu'elles agissent alors unilatéralement ou avec le concours d'autres entités. Les types d'instruments qui en résultent font abstraction des frontières des différents pays où ces entreprises exercent leur activité et leur contenu est de nature à dépasser les inégalités sociales qui peuvent exister entre ces pays. Ces instruments sont communément vus comme autant de manifestations de cette « responsabilité sociale de l'entreprise », même si des considérations variables se rattachant en définitive à la situation concurrentielle de l'entreprise n'y sont pas étrangères⁹².

Ainsi en est-il des codes de conduite privés. Ils « peuvent être envisagés comme une affirmation de valeurs générales par laquelle une entreprise exprime son intention de se comporter selon des principes éthiques établis et des standards reliés aux droits de la personne et autres sujets à caractère social⁹³ ». Il s'agit d'initiatives unilatérales et volontaires, typiquement de la part de grandes entreprises, le plus souvent transnationales et soucieuses de leur image auprès d'un public consommateur. D'une formulation souvent générale, leur contenu varie d'une entreprise à l'autre ; c'est le cas de la place respective faite à chacun des grands principes de droit

91. Voir ainsi la préface des principes de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la section IV « Emploi et relations professionnelles », art. 3 et 6. Cela n'empêche toutefois pas l'OCDE d'observer dans cette préface que « des liens plus étroits avec les fournisseurs et les sous traitants ont tendance à estomper les frontières de l'entreprise » ; pour ce qui est de la Déclaration de l'OIT, voir les articles 6 et 56.

92. Il s'agit alors, pour reprendre une définition de la Communauté européenne, de « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Voir Alain SUPLOT, « Du nouveau au *self-service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social. Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541, à la page 548 ; à distinguer évidemment ce concept, selon l'auteur, de la responsabilité au sens strict, laquelle suppose d'avoir à répondre devant un tiers. Voir aussi : M.-A. MOREAU, préc., note 5, p. 181 et 315-326 ; Isabelle DAUGAREILH, « La responsabilité sociale des entreprises transnationales et les droits fondamentaux de l'homme au travail : le contre-exemple des accords internationaux », dans I. DAUGAREILH, préc., note 4, p. 349 ; André SOBCZAK, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Menace ou opportunité pour le droit du travail ? », *Relations industrielles*, vol. 59, n° 1, 2004, p. 26. La norme ISO 26 000-2010 de l'Organisation internationale de normalisation – qui n'est pas une organisation de certification – apporte des lignes directrices harmonisées fondées sur un consensus international d'experts qui concrétisent cette responsabilité sociétale notamment en matière de travail en vue d'un « développement durable ».

93. R.-C. DROUIN, préc., note 5, à la page 299. Voir aux pages 298 à 309 sur les codes de conduite corporatifs.

du travail, l'interdiction de discrimination, par exemple, tendant à figurer plus souvent que la liberté d'association⁹⁴. Leur mise en œuvre repose sur leur auteur : l'entreprise elle-même, laquelle peut avoir recours à des audits externes pour en vérifier l'application auprès de ses sous-traitants, procédé qui a alors l'avantage d'introduire une certaine distance entre le surveillant et le surveillé. Les comportements des consommateurs de son produit pourront en définitive en venir à influencer sur les conditions de travail dans sa chaîne de production⁹⁵. Si ces considérations factuelles en viennent ainsi à jouer un rôle primordial dans l'application de l'engagement unilatéral que représente le code de conduite, la possibilité plutôt théorique de son effet juridique, que ce soit auprès des consommateurs ou même des salariés, n'est pas exclue pour autant⁹⁶. Ces codes de conduite ont l'avantage de pouvoir correspondre à la configuration des entreprises qui les adoptent. Ils peuvent aussi contribuer à la propagation de sains principes de travail. Toutefois, unilatéraux qu'ils sont, leur élaboration ne procède pas d'une perspective d'intérêt public, comme c'est le cas des lois relatives au travail édictées par l'État. Elle se fait aussi en l'absence d'une collaboration avec les travailleurs de l'entreprise⁹⁷.

Certains organismes non gouvernementaux de promotion des droits fondamentaux des travailleurs ont élaboré des codes de conduite inspirés en bonne part de l'univers normatif de l'OIT et de l'ONU⁹⁸. L'adhésion de l'entreprise-réseau à l'un ou l'autre de ceux-ci entraîne typiquement l'obligation de voir à leur respect dans toute leur chaîne de production. Comme les codes de conduite que se donnent les entreprises, ils peuvent prendre en considération l'envergure réelle de l'entreprise-réseau. À titre illustratif, le code proposé par la Social Accountability International, qui sert à accréditer des lieux de travail, tient l'entreprise (*company*) diversement responsable de la conduite de ses sous-traitants, « sous-sous-traitants » ou fournisseurs envers leur personnel, salarié ou autre, en plus de ses

94. *Id.*, à la page 303 ; Adelle BLACKETT, « Global Governance, Legal Pluralism and the Decentered State : A Labor Law Critique of Codes of Corporate Conduct », (2000-2001) 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 401, 411 ; A. SOBCZAK, préc., note 92, à la page 47.

95. Voir A. SOBCZAK, préc., note 92, à la page 47.

96. A. SOBCZAK, préc., note 6, p. 290-314 ; Guylaine VALLÉE, « Les codes de conduite des entreprises multinationales et l'action syndicale internationale. Réflexions sur la contribution du droit étatique », *Relations industrielles*, vol. 58, n° 3, 2003, p. 363, à la page 388.

97. R.-C. DROUIN, préc., note 5, à la page 307 ; Lance COMPA, « Corporate Social Responsibility and Workers' Rights », (2008-2009) 30 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 1, 4 ; Harry ARTHURS, « Private Ordering and Workers' Rights in the Global Economy : Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation », dans J. CONAGHAN, R.M. FILSCH et K. KLARE (dir.), préc., note 3, p. 471, à la page 487.

98. Voir, au sujet de ces instruments, R.-C. DROUIN, préc., note 5, aux pages 310-322.

propres obligations⁹⁹. Des examinateurs externes, eux-mêmes agréés par la *Social Accountability International*, mais choisis par l'entreprise en cause, accréditent localement les lieux de travail respectueux des standards et en surveillent l'application, qui se veut un processus d'amélioration continue.

Les accords-cadres internationaux (ACI) intervenus entre diverses entreprises transnationales — plus d'une soixantaine en 2010, en majorité d'origine européenne — et des fédérations syndicales internationales correspondant à leur champ d'activité respectif, auxquelles se joignent aussi à l'occasion des groupements affiliés, présentent évidemment l'avantage de se rattacher à l'autonomie collective, largement entendue et dénuée de tout apport public¹⁰⁰. Ils ont aussi pour objet la protection des droits fondamentaux des travailleurs, notamment ceux qui sont énoncés dans la Déclaration de 1998 de l'OIT, à laquelle ils se réfèrent généralement, de même qu'aux conventions fondamentales de l'OIT. Ils ont aussi en commun de traiter des principes relatifs à différents sujets tels que la sécurité et la santé au travail dans l'entreprise, la durée et la rémunération du travail, la protection de l'emploi et celle de l'environnement. Leur mise en œuvre se fonde sur le dialogue social entre les signataires et leurs affiliés, attitude qui se traduit généralement par l'établissement d'un organe paritaire et d'une procédure d'information et de consultation¹⁰¹. Certains accords prévoient aussi la réception de plaintes de la part de salariés ou d'éléments syndicaux. Les signataires n'envisagent pas de conférer une portée juridique à leur entente, même s'il serait possible d'envisager théoriquement sa réception dans les ordres juridiques internes des pays d'implantation de l'entreprise¹⁰². Il s'agit plutôt d'assurer concrètement son rayonnement, selon un principe de subsidiarité, par l'adoption et l'application de conventions collectives internes, respectueuses de l'entente-cadre, au sein de l'entreprise dans son

99. SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL (SAI), *Social Accountability 8000*, International Standard SA8000, New York, SAI, 2008, p. 9 (art. 9.7), [En ligne], [www.sa-intl.org/] (4 mai 2011); voir aussi A. BLACKETT, préc., note 94, 415-417. Pour sa part, l'entreprise désireuse de voir son produit agréé par la Fair Labor Association doit s'engager « à adopter et [à] faire adopter par [ses] sous-traitants et fournisseurs le code de conduite de l'organisation » : R.-C. DROUIN, préc., note 5, à la page 315, et [En ligne], [www.fairlabor.org/] (4 mai 2011).

100. Au sujet des ACI, voir R.-C. DROUIN, préc., note 5, aux pages 323-330, de même que les articles mentionnés *infra*, notes 101-104. Voir aussi Reynald BOURQUE, « International Framework Agreements and the Future of Collective Bargaining in Multinational Companies », *Just Labour. A Canadian Journal of Work and Society*, vol. 12, printemps 2008, p. 30.

101. Voir Renée-Claude DROUIN, « Procédures de règlement interne des différends de droit du travail dans l'entreprise multinationale », dans M.-A. MOREAU, H.M. WATT et P. RODIÈRE (dir.), préc., note 74, p. 185.

102. Voir ainsi R.-C. DROUIN, préc., note 5, à la page 330.

ensemble. L'aire d'application de l'ACI s'étend aux filiales de l'entreprise, en raison de l'influence à leur endroit de la société mère signataire et, possiblement, en raison de leur adhésion officielle à l'entente. Il revient aussi à ses signataires de déterminer sa portée à l'endroit des sous-traitants et fournisseurs de l'entreprise. La «définition conventionnelle du périmètre de l'entreprise» varie¹⁰³. Les ACI «contiennent généralement des stipulations par lesquelles les entreprises signataires s'engagent à "encourager" leurs sous-traitants à se conformer au texte de l'accord-cadre, ou encore à "exiger" de leurs partenaires d'affaires qu'ils respectent les principes établis par l'ACI¹⁰⁴». Précisons que leur application ne va pas sans difficulté à l'occasion¹⁰⁵.

En somme, les trois types de précédents de normativité privée se montrent aptes à engager l'entreprise-réseau dans toute son envergure. Leur réalisation et leur application reposent cependant sur la culture de chaque entreprise, ses valeurs et son objectif de rentabilité. Leur existence et leur contenu, le cas échéant, sont donc variables d'une entreprise à l'autre, à la différence de la portée de la législation étatique.

2.2.2 La nécessité du droit étatique pour assurer le caractère d'ordre public du droit du travail

En effet, par son système de législation du travail, l'État d'exécution du travail—il s'agit en l'occurrence du territoire québécois—s'assure, avec toute l'impérativité voulue de ses lois, de l'existence d'un ordre social approprié¹⁰⁶. Ses mesures doivent rejoindre le travailleur indépendant comme le salarié, que ces personnes se rattachent plus ou moins étroitement à une entreprise-réseau ou à une entreprise classique de production. À l'instar du travail salarié, la diversité des situations composant la réalité du travail indépendant nécessite la complémentarité de l'action étatique établissant directement des conditions de travail d'ordre public et celle qui permet la mise en œuvre de l'autonomie collective.

103. Voir I. DAUGAREILH, préc., note 92, à la page 365.

104. Voir : R.-C. DROUIN, préc., note 101, à la page 196 ; Renée-Claude DROUIN, «Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale», (2006) 47 C. de D. 703, 747 et suiv. ; Renée-Claude DROUIN, «Promoting Fundamental Labor Rights Through International Framework Agreements: Practical Outcomes and Present Challenges», (2009-2010) 31 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 591, 621 et suiv.

105. *Id.*

106. Dans le cas de l'entreprise transnationale, cette responsabilité de l'État d'exécution du travail n'exclut pas par ailleurs celle de l'État d'origine de cette entreprise : voir O. DE SCHUTTER, «Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine», dans M.-A. MOREAU, H.M. WATT et P. RODIÈRE (dir.), préc., note 74, p. 107.

Plusieurs aspects du régime de travail personnel indépendant qui place l'exécutant dans une situation de dépendance à l'endroit de l'entreprise bénéficiaire de son activité sont, avons-nous vu, de nature à faire appel à l'intervention législative. La loi espagnole à laquelle nous avons précédemment fait référence l'illustre bien¹⁰⁷. Au Québec, sa situation serait à parfaire. Certes, certaines mesures prééminentes s'appliquent indistinctement et au travailleur indépendant et au salarié. Il en est ainsi de la protection de la liberté générale d'association¹⁰⁸ et des interdictions de discrimination¹⁰⁹. De même en est-il de la proclamation générale du droit à des conditions de travail «justes et raisonnables» de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹¹⁰. S'ajoutent par ailleurs différentes lois contributives assurant des droits à des prestations sociales, en particulier au moment de la retraite¹¹¹. Quant à la *Loi sur l'assurance-emploi*, conçue dans son ensemble en fonction du salariat¹¹², elle permet désormais à des Canadiens qui exploitent leur propre entreprise de conclure une entente avec la Commission de l'assurance-emploi du Canada afin de bénéficier de prestations parentales, de maladie et de «compassion»¹¹³. Le travailleur autonome québécois est déjà admissible aux prestations de maternité, de paternité et parentales offertes par le régime québécois d'assurance parentale¹¹⁴. Enfin, quelques autres lois assimilent de façon plus limitée le travailleur autonome au travailleur salarié. C'est le cas, notamment, de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹¹⁵. Cependant, ce bref inventaire permet de constater du même coup que le législateur pourrait aussi compléter un éventuel régime de base du travail personnel indépendant. Il pourrait alors s'agir, à titre illustratif, de mesures protectrices, au-delà du droit commun, du droit à la rétribution convenue, de celui au repos, à l'indemnisation en raison de la rupture abusive du

107. Voir *supra*, note 55.

108. Charte canadienne, art. 2 (d); Charte québécoise, art. 3.

109. Charte québécoise, art. 10, 12, 13 et 16. Toutefois, dans le cas de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 7, ce ne pourrait être que le résultat de l'attribution jurisprudentielle d'un sens large au terme «employeur».

110. Charte québécoise, art. 46.

111. *Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 2; *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8, art. 10.

112. *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23.

113. *Id.*, art. 152.01 et suiv.

114. *Loi sur l'assurance parentale*, L.R.Q., c. A-29.011, art. 3, 6 et 43.

115. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, préc., note 40, art. 9.

contrat, à la formation professionnelle de même qu'à la santé et à la sécurité au travail¹¹⁶...

Il revient cependant aux milieux intéressés d'établir par la négociation collective, au-delà de ce seuil légal entrevu, des régimes de travail appropriés à chacun de ceux-ci, pour le travail autonome. Les quelques régimes collectifs actuels concernant des travailleurs québécois semblent privilégier des approches sectorielles¹¹⁷; il n'y a toutefois pas lieu d'exclure pour autant la négociation à l'échelle de l'entreprise à laquelle s'est habitué le salariat en milieu nord-américain¹¹⁸. Sur le plan national, il serait désirable que, l'instar de ce qui a cours pour ce salariat, le législateur favorise la négociation collective par l'établissement de modèles adaptés. La récente entente collective relative aux travailleurs des services de garde en milieu familial, sous l'égide de la loi éponyme, en témoigne éloquentement, bien que ce régime ne se rattache pas à l'entreprise-réseau privée¹¹⁹. Enfin, de façon sous-jacente à toute cette activité collective liée au travail dit «indépendant», il y aurait tout lieu d'actualiser des exceptions aux prohibitions des coalitions restrictives de la concurrence commerciale. En effet, les exceptions excluant l'exercice de la liberté syndicale de la portée des interdictions des coalitions attentatoires à la libre concurrence commerciale se limitent toujours, selon leur conception initiale, à l'activité des groupements d'ouvriers, maintenant dits d'employés¹²⁰. Il y aurait donc lieu d'étendre leur portée à l'activité collective de protection professionnelle

116. Voir Katherine LIPPEL, «La protection défaillante de la santé des travailleurs autonomes et des sous-traitants en droit québécois de la santé au travail», *Santé, Société et Solidarité*, vol. 3, n° 2, 2004, p. 101. La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, préc., note 38, qui s'applique généralement à la personne qui exécute un contrat de travail (art. 3), impose les obligations d'un tel travailleur à la «personne physique [qui.] faisant affaires pour son propre compte, [...] exécute, pour autrui et sans l'aide de travailleurs, des travaux sur un lieu de travail où se trouvent des travailleurs» (art. 7, al. 1). Ce n'est donc pas une mesure protectrice pour les travailleurs indépendants.

117. Voir *supra*, notes 49-51.

118. Sur la détermination et la coordination de niveaux de négociation appropriés, voir Véronique MARLEAU, «Globalization, Decentralization and the Role of Subsidiarity in the Labour Setting», dans John D.R. CRAIG et S. Michael LYNK (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 108.

119. *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, préc., note 51. L'entente collective conclue le 25 novembre 2010 donne notamment à ces travailleurs autonomes accès à des régimes de protection sociale et à des congés payés, outre qu'elle prévoit une hausse de leur subvention gouvernementale.

120. *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 4; *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 466, qui n'emploie cependant que le terme «syndicat» pour définir l'exception à l'acte illégal destiné à restreindre le commerce. Voir J. FUDGE, E. TUCKER et L.F. VOSKO, préc., note 21, 356 et 365. À titre comparatif, selon le droit communautaire européen,

des entrepreneurs indépendants¹²¹. L'absence d'une telle explicitation législative ne pourrait désormais que conduire à l'examen de la validité constitutionnelle de l'atteinte à la liberté syndicale de ces derniers pouvant résulter de l'application de ces dispositions protectrices de la libre concurrence commerciale¹²².

Conclusion

La scène actuelle du travail est donc marquée par l'imposante présence de l'entreprise-réseau, en particulier celle d'envergure transnationale, ainsi que par celle du recours au travail indépendant. De son côté, la législation classique du travail coexiste avec une diversité d'instruments de « droit mou », en particulier de nature privée. Envisagé globalement, ce droit peut être vu d'une façon pyramidale : à sa base, différents modes de régulation qui relèvent davantage de l'exhortation, mais qui présentent l'avantage de l'étendue transnationale ; au sommet, si la gravité de la situation l'exige, la contrainte de la sanction s'attachant à la loi¹²³. Les composantes de ce droit hybride sont complémentaires¹²⁴. Toutefois, le recours au « droit mou » ne saurait se substituer à la loi lorsque l'impérativité de celle-ci l'exige¹²⁵.

L'utilisation conjuguée des différents éléments constitutifs du droit du travail qui se forme ainsi s'impose forcément, à défaut de droit supranational, dans le contexte de l'entreprise-réseau d'envergure transnationale¹²⁶.

« [t]ant qu'il est respectueux de son objet [améliorer les conditions d'emploi et de travail], le droit de négociation collective échappe au droit de la concurrence » : Pierre RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 448-452.

121. La *Loi sur le statut de l'artiste*, préc., note 50, renferme déjà une telle explicitation en faveur des associations agréées des artistes (art. 9 (2)), qu'elle tient pour des entrepreneurs indépendants.
122. Charte canadienne, art. 2 (d), *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 71. Cet arrêt, qui inclut le processus de négociation collective dans la compréhension de la liberté constitutionnelle d'association, concernait dans l'immédiat, il est vrai, des « salariés » ; il en était de même de son argumentaire basé sur le développement historique du syndicalisme et de la négociation collective au pays (*id.*, par. 40-63). Cependant, la liberté d'association alors affirmée n'est-elle pas générale et non limitée aux seuls « salariés » ? La Cour elle-même s'exprime en termes équivoques, faisant successivement allusion aux « syndiqués » (*id.*, par. 19), aux « employés » (*id.*, par. 87) et aux « travailleurs » (*id.*, par. 89).
123. Voir Colin FENWICK et Tonia NOVITZ, « Conclusion : Regulating to Protect Workers' Human Rights », dans C. FENWICK et T. NOVITZ (dir.), préc., note 70, p. 585, aux pages 602 et suiv.
124. Voir Cynthia ESTLUND, « Rebuilding the Law of the Workplace in an Era of Self-Regulation », dans B. BERCUSSON et C. ESTLUND (dir.), préc., note 3, p. 89.
125. Voir B. HEPPLER, préc., note 85, à la page 256.
126. Voir M.-A. MOREAU, préc., note 87.

L'atténuation de la place de l'État dans la société est également de nature à conduire plus largement à une semblable évolution au regard du travail se rattachant à des entreprises dont l'activité demeure purement nationale. Quelle que soit cependant la nature de l'entreprise, ce droit est appelé à laisser place aussi bien au travail indépendant qu'au salariat, dans le respect des différences de statut des travailleurs. Quant à son adéquation par rapport aux innombrables situations qu'il est appelé à régir, la réponse ne peut que dépendre, tout comme cela a été le cas du développement du droit du travail classique, de la vitalité d'une vie syndicale, et sans doute aussi associative, qui l'utilise et le soutient par des actions collectives. Ces dernières, elles aussi, doivent conjuguer, de façon concordante à la configuration de l'entreprise, l'échelle locale et l'échelle transnationale¹²⁷.

127. Voir B. HEPPLÉ, *préc.*, note 85, aux pages 252 et suiv.