

Dossier : 2010-3907(EI)

ENTRE :

SYLVIE MORIN,

appelante,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé.

Appel entendu le 6 février 2012, à Québec (Québec).
Devant : L'honorable juge Alain Tardif

Comparutions :

Avocat de l'appelante : M^c Daniel Payette

Avocate de l'intimé : M^c Christina Ham

JUGEMENT

L'appel interjeté en vertu de l'alinéa 5(1)a) et le paragraphe 93(3) de la *Loi sur l'assurance-emploi* est rejeté et la décision du ministre du Revenu national, en date du 30 septembre 2010 est confirmée, selon les motifs du jugement ci-joints.

Signé à Ottawa, Canada, ce 30^e jour de mai 2012.

« Alain Tardif »

Juge Tardif

Référence : 2012CCI149

Date : 20120530

Dossier : 2010-3907(EI)

ENTRE :

SYLVIE MORIN,

appelante,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé.

MOTIFS DU JUGEMENT

Le juge Tardif

[1] Il s'agit d'un appel relatif à l'assurabilité du travail exécuté par une dame, à titre de gardienne d'un jeune enfant lors de la période allant du 24 août au 31 décembre 2009. L'appelante soutient que le travail en question a été effectué dans le cadre d'un contrat de services alors que l'intimé a conclu que ce même travail avait été effectué dans le cadre d'un contrat de louage de services.

[2] L'appel a été initié au moyen d'un avis dont le contenu est le suivant :

1. L'appelante Sylvie Morin est professeur permanente en sciences de l'administration (marketing) à l'Université du Québec à Rimouski (UQAR).
2. Le 1^{er} juin 2009, l'appelante, qui enseignait principalement au campus de Rimouski de cette université depuis 2003, a été transférée au campus de Lévis.
3. L'appelante est la mère d'un enfant, prénommé Louis, qui avait quatorze mois en août 2009 et qui est son premier et seul enfant.
4. À la reprise de la session universitaire d'automne 2009, cet enfant se trouvait en attente de service de garde au CPE L'arc-en-ciel de Lévis aux termes d'une entente en négociation avec l'UQAR donnant préséance

- d'admission aux enfants des professeurs, des employés et des étudiants de l'UQAR.
5. Comme elle donnait deux cours, de trois heures chacun, à la session d'automne 2009, l'appelante a donc cherché une personne fiable pouvant prendre charge de la garde de son enfant Louis pendant ses heures d'enseignement et de présence à l'université, soit une vingtaine d'heures par semaine en moyenne, réparties sur quatre jours.
 6. Le ou vers le 24 août 2009, après avoir reçu quelques offres de services, l'appelante a donc retenu les services de Claire Malenfant dans le cadre d'un contrat de services pour prendre soin de son enfant, de manière occasionnelle et temporaire, dans l'attente de cette admission en garderie.
 7. Claire Malenfant n'avait pas de formation scolaire reliée, mais de l'expérience dans les soins des enfants pour avoir élevé les deux siens.
 8. Lorsqu'elle a retenu les services de Claire Malenfant, l'appelante a discuté avec elle de savoir si cette dernière préférait un contrat de services ou un contrat de travail.
 9. Claire Malenfant a indiqué elle-même qu'elle souhaitait un contrat de services en raison de sa situation personnelle actuelle (elle recevait une pension alimentaire et elle ne voulait pas des déductions à la source d'un employé).
 10. L'appelante n'a pas d'entreprise personnelle ni n'est un « employeur ». Sa convention collective lui impose de fournir ses services exclusifs à l'Université et lorsqu'elle utilise pour son enseignement ou ses travaux de recherche l'aide de diverses personnes, ces dernières sont embauchées comme salariés de l'Université.
 11. L'appelante recherchait une personne pour lui fournir des services domestiques purement personnels.
 12. L'appelante préférait donc aussi être liée à Claire Malenfant par un contrat de services.
 13. Les parties se sont donc clairement entendues sur un contrat de services entre elles.
 14. Le nombre d'heures par semaine était variable selon le calendrier universitaire (réunions additionnelles, surcroît de travail de l'appelante ou, inversement, semaine de relâche, congés des fêtes).
 15. Les parties se sont entendues sur une rémunération hebdomadaire garantie, équivalente à 20 heures de services, payée même si les heures n'étaient pas réellement effectuées.
 16. Au-delà de ces vingt heures de services de garde par semaine, Claire Malenfant recevait une majoration en proportion du nombre d'heures de services de garde effectives, laquelle a varié.
 17. Il était clairement établi que les services étaient requis de manière temporaire et que l'appelante pouvait en tout temps mettre un terme aux services de Claire Malenfant sans préavis ni indemnité, notamment dès l'entrée de son enfant en garderie.

18. Claire Malenfant devait aussi pouvoir fournir ses services dans différents lieux, savoir chez le père de l'enfant à Lévis, chez elle à son propre domicile, ou chez l'appelante à son domicile de Rivière-Trois-Pistoles, ce à quoi Claire Malenfant avait consenti.
19. Claire Malenfant devait fournir un reçu à chaque vendredi, pour le montant forfaitaire convenu et ses éventuels dépassements, et l'appelante (ou dans certains cas lorsqu'elle était absente le père de l'enfant) lui remettait un chèque personnel en paiement.
20. À la demande expresse de madame Malenfant, on ne prélevait aucune cotisation à aucun régime social, cette dernière souhaitant et devant prendre charge de ses remises d'impôts et autres contributions. Elle n'était couverte par aucun décret, aucune convention collective, ni aucun contrat de travail.
21. L'appelante n'avait aucun « contrôle » sur les services rendus par Claire Malenfant.
22. Par définition, ces services étaient rendus en son absence.
23. Ces services ont finalement toujours été rendus à l'extérieur du domicile de l'appelante, à savoir chez le père de l'enfant qui réside à proximité de son lieu de travail, chez madame Malenfant elle-même, et dans d'autres lieux où cette dernière décidait elle-même, de son propre chef, d'amener l'enfant (chez sa voisine infirmière, dans un restaurant tenu par une amie, chez des amis ayant des enfants).
24. Madame Malenfant était laissée seule avec l'enfant et elle décidait elle-même de l'horaire et des activités de l'enfant, ainsi que des endroits où l'amener (parc, centre d'achat, etc.).
25. Ces services, rendus sans surveillance, supposaient un niveau très élevé de confiance dans les méthodes d'éducation et de soins dont madame Malenfant décidait elle-même.
26. Les seules instructions que l'appelante pouvait donner étaient de nature générale savoir uniquement les périodes où les fournir et de suivre des consignes usuelles de santé et de sécurité pour un enfant en bas âge (comme ne pas oublier de lui donner la médication qui lui avait été prescrite).
27. Lorsque ses services ont été retenus, madame Malenfant avait indiqué qu'elle n'était pas très bonne en cuisine mais qu'elle pouvait préparer des plats simples pour l'enfant. Or, il s'est avéré qu'elle avait de la difficulté à cuisiner même des mets préparés.
28. Il fut donc convenu qu'elle devait ramener l'enfant à son père pour le dîner que ce dernier préparait. Madame Malenfant mangeait néanmoins avec l'enfant, le nourrissait, et cette période de services lui était payée.
29. Le contrat entre l'appelante et madame Malenfant était un contrat auquel les deux parties pouvaient mettre un terme en tout temps, sans avis, comme seul l'autorise le contrat de services.
30. Madame Malenfant avait d'ailleurs elle-même décidé de le résilier, après quelques semaines, sans préavis, et elle avait envisagé d'ouvrir une garderie familiale chez-elle, mais elle était revenue sur sa décision.

31. L'appelante avait prévenu madame Malenfant qu'elle pouvait en tout temps ne plus requérir ses services si son enfant recevait la place en garderie qu'elle attendait et madame Malenfant y avait consenti.
32. Madame Malenfant a elle-même effectué plusieurs démarches, de sa propre initiative, en vue de trouver une telle place dans une garderie.
33. Madame Malenfant n'avait donc aucune sécurité et elle assumait pleinement le risque de l'entrepreneur.
34. L'appelante n'a pas fourni d'outils de travail à madame Malenfant.
35. L'enfant avait seulement ses propres effets personnels (couches, vêtements, jouets, poussette), qui ne sont fournis par aucun service de garde ni même les hôpitaux.
36. Quand madame Malenfant décidait d'amener l'enfant chez elle, ou chez des tiers, (souvent sa voisine infirmière), elle utilisait ses propres choses dont elle avait besoin, sur place, incluant des jouets et des équipements appartenant à sa voisine.
37. L'appelante n'a pas fourni à madame Malenfant de vêtements de travail et il lui incombait d'avoir le nécessaire – par exemple des vêtements extérieurs chauds pour promener l'enfant ou un téléphone cellulaire pour communiquer en cas d'urgence – à ses seuls frais.
38. Il n'existait aucune exclusivité pour les services.
39. Rien n'interdisait à madame Malenfant de fournir ses services de gardienne à d'autres personnes et rien ne permettait à l'appelante même de savoir si elle a ou n'a pas gardé d'autres enfants pendant ou en dehors des heures où elle lui fournissait ses services de garde.
40. Madame Malenfant avait envisagé d'ouvrir une garderie familiale chez elle et elle avait pleine liberté de le faire. Quant elle en a informée l'appelante, cette dernière lui a seulement indiqué qu'elle n'avait pas choisi ce type de services, en attente d'une place dans un CPE et que, comme cliente, elle devrait y penser si madame Malenfant faisait le choix de ce moyen d'offrir ses services.
41. Madame Malenfant a finalement décidé ne pas ouvrir sa garderie familiale pour des raisons qui lui sont personnelles alors que l'appelante n'avait aucune autorité sur elle qui ait pu l'en empêcher de quelque manière.
42. Madame Malenfant pouvait se livrer à d'autres activités, personnelles ou pour le compte de tiers, lorsqu'elle fournissait ses services (par exemple téléphones personnels, magasinage personnel, démarche diverses pour son propre compte).
43. Il n'existait aucune intégration dans le cadre d'une éventuelle « entreprise » de l'appelante.

[3] Étant hors délai, l'intimé n'a pas pu produire de réponse à l'avis d'appel. En vertu d'une ordonnance de cette Cour en date du 21 avril 2011, les faits énumérés à l'avis d'appel sont réputés exacts.

[4] À la demande de l'intimé, madame Malenfant, la gardienne, a expliqué et décrit le cheminement qui l'avait conduit à exécuter le travail en litige. Elle a expliqué avoir pris connaissance d'une offre d'emploi sur un site spécialisé, soit celui d'Emploi-Québec.

[5] Elle a dès lors exprimé son intérêt pour le travail offert; elle a rencontré l'appelante qui lui a expliqué ce à quoi consistait le travail. Après discussion et évaluation de la compétence et des aptitudes de madame Malenfant pour le travail, il fut alors convenu d'une méthode de rémunération hebdomadaire et d'un horaire de travail avec des heures très précises de début et de fin du travail. Le travail devait généralement être effectué du lundi au jeudi inclusivement. L'appelante lui a indiqué que la formule de rémunération changerait après quelques mois.

[6] Il s'agissait essentiellement d'un travail de gardienne du jeune enfant. L'appelante exigeait que son enfant soit le plus souvent à l'extérieur soutenant qu'il adorait être à l'extérieur et faire des promenades en poussette. À un moment donné, l'obligation de donner le bain à l'enfant s'est ajoutée.

[7] Madame Malenfant a expliqué que beau temps mauvais temps, elle faisait de très longues promenades avec l'enfant conformément aux attentes et exigences de l'appelante.

[8] À quelques reprises lors de son témoignage, elle a indiqué qu'à certaines occasions, elle trouvait très particulier le fait que les parents lui imposent de sortir et de promener l'enfant, notamment lors de journées pluvieuses ou de grand froid.

[9] Elle a, à cet égard, donné l'exemple où elle croyait inapproprié pour l'enfant de sortir à l'extérieur compte tenu du grand froid. Elle a donc pris l'initiative de demander au père si elle pouvait faire la marche à l'intérieur d'un centre commercial ce à quoi le père a acquiescé allant même la reconduire avec sa voiture au centre commercial.

[10] Elle a indiqué qu'elle devait respecter les heures quant au début des périodes de travail; elle a aussi affirmé qu'elle devait toujours être de retour à la maison à une heure prédéterminée pour que l'enfant puisse prendre ses médicaments.

[11] Lors des marches qui constituaient une partie très importante de la prestation de travail, elle se rendait au parc, chez elle, à un restaurant ou chez sa voisine qui avait la passion des enfants.

[12] Il s'agissait généralement de courts arrêts lors desquels elle allait boire, à la toilette ou se réchauffer. Sa voisine aimait beaucoup les enfants; elle avait fait une très longue carrière comme infirmière responsable dans un département des naissances. Elle avait chez elle un certain inventaire de choses qui plaisaient aux enfants qu'elle gardait à l'occasion; il s'agissait d'enfants de sa famille. Elle a même offert des jouets à l'enfant de l'appelante dont madame Malenfant avait la responsabilité.

[13] Mesdames Demers et Wajiki ont toutes deux témoigné à la demande de l'appelante. Elles ont essentiellement validé et confirmé le témoignage de madame Malenfant.

[14] L'agent des appels a aussi témoigné. Il a expliqué le cheminement qui l'avait conduit à conclure que le contrat en était un de contrat de louage de services. De son témoignage, il est ressorti quelque chose d'inhabituel relativement à ce genre de dossier, en ce qu'il a tiré une conclusion sans préalablement obtenir la version de l'appelante.

[15] Il a expliqué avoir fait de nombreuses tentatives sans succès. Il a décrit toutes ces initiatives par ordre chronologique sur une période de près de trois mois. Il a finalement conclu qu'il n'aurait probablement jamais la version détaillée de l'appelante à la lecture d'un document reçu par télécopieur.

[16] Le document en question mettait en doute la pertinence de l'enquête, sa qualité mais aussi et surtout son impartialité et son objectivité. Il a donc procédé à l'analyse à partir principalement des explications et pièces fournies par madame Malenfant.

[17] Le procureur de l'appelante, aussi le père du jeune enfant, a témoigné. Il a expliqué avoir initié le processus visant à recruter une gardienne répondant aux attentes de la mère. Il a cédulé les entrevues. Il a agi en respectant le choix de la mère et appelante.

[18] Ce sont là essentiellement les faits relatés pertinents à la période en litige. Tout le reste de son témoignage a consisté à faire des hypothèses, des spéculations, des interprétations et des perceptions.

[19] L'appelante n'a pas témoigné, si ce n'est que par le biais de son avis d'appel dont le contenu est réputé exact aux termes de l'ordonnance en date du 21 avril 2011 et, conséquemment, suffisant selon le procureur de l'appelante.

[20] Pour disposer de l'appel, le tribunal dispose d'une procédure écrite qui est l'avis d'appel et de cinq témoignages dont il a été fait mention précédemment. Deux témoignages m'apparaissent beaucoup plus importants; celui de madame Malenfant et celui de l'avocat au dossier, soit maître Daniel Payette.

[21] Il aurait été intéressant et très pertinent d'entendre l'appelante; son procureur à cet égard a indiqué que le tribunal devait s'en remettre au contenu de l'avis d'appel et que le contenu faisait foi jusqu'à preuve du contraire.

[22] Or, le contenu de l'avis d'appel a été contredit sur plusieurs de ces éléments fondamentaux, et ce, par le biais du long témoignage de madame Malenfant.

[23] En pareille situation et particulièrement lorsque les faits sont déterminants quant au droit applicable, la crédibilité revêt une très grande importance.

[24] Or, je n'ai aucune raison d'écarter le témoignage de madame Malenfant. Elle a témoigné avec spontanéité et simplicité. Elle a répondu franchement et précisément, bien qu'elle ait à quelques reprises mentionné ne pas se souvenir de certains détails. Il ne s'agissait manifestement pas d'une personne qui voulait cacher ou maquiller quoi que ce soit.

[25] D'ailleurs, elle a fait certaines remarques qui validaient sa crédibilité, mais aussi le raisonnement logique de ses réponses. Ainsi, lors du contre-interrogatoire, elle a candidement répliqué entendre pour la première fois des expressions telle « la livraison de services »; elle n'était manifestement pas à l'aise avec une partie du vocabulaire nuancé quant à la nature du contrat litigieux.

[26] Elle a expliqué avoir pris connaissance de l'offre d'emploi par le biais d'internet, ce qui s'est avéré confirmé par le témoignage de maître Payette. Ce dernier a indiqué avoir été la personne à l'origine de l'offre d'emploi (Pièce I-1) où, à la rubrique « exigences et condition de travail », il est stipulé ce qui suit :

Exigences et conditions de travail

Scolarité : Secondaire

Années d'expérience reliées à l'emploi : 1 à 6 mois d'expérience

Description des compétences : sens des responsabilités, affection pour les enfants, entraîné, aimer la promenade

Langue(s) demandée(s) : français : très bonne connaissance
anglais : aucune connaissance

Salaire offert : selon l'expérience de 8,00 \$ à : 12,00 \$ - de l'heure

Nombre d'heures par semaine : 25,00

Statut d'emploi : permanent
 temps partiel
 jour, soir

Précisions : 3 journées et un soir (mercredi) par semaine
Date prévue d'entrée en fonction : 2009-08-17

[27] En vertu du texte de l'offre d'emploi, l'employeur et la personne à contacter étaient Daniel Payette qui s'avère être l'avocat au dossier et qui a témoigné.

[28] À partir du texte de l'annonce, il plaide notamment qu'il s'agit là d'un emploi occasionnel. Ses prétentions à cet égard sont exprimées à son plan de plaidoyer comme suit :

I. L'appelante n'a pas d'« entreprise » et elle n'est pas un « employeur » tandis que les services rendus par madame Malenfant consistaient en services occasionnels, temporaires, purement personnels et domestiques, de garde d'enfant de l'appelante, qui se trouvaient donc expressément exclus selon les termes de l'alinéa 5(2)a) de la *Loi sur l'assurance emploi*, que l'intimé n'a malheureusement pas considérée, ainsi qu'il l'aurait dû.

[29] Or, strictement rien dans la preuve n'appuie ou ne valide le statut de travail occasionnel.

[30] Un travail qui est exécuté par la même personne pour le même payeur, et ce, de façon exclusive pour une longue période, de manière continue, constitue une situation qui milite très fortement pour la présence d'un contrat de louage de services plutôt que d'un contrat d'entreprise. De plus, une telle réalité réfute ou contredit totalement la thèse du travail occasionnel.

[31] Les chèques valident et confirment la prépondérance de la preuve voulant que le travail a été effectué en conformité avec le contenu de l'offre d'emploi.

[32] De son côté, madame Malenfant a affirmé que, dès son embauche, il avait été clairement convenu que la façon d'être rémunéré serait modifiée à un moment donné, et ce, pour l'exécution du même travail principal qui consistait à garder l'enfant de l'appelante et du père, maître Payette.

[33] Les faits soumis en preuve, bien que l'appelante et son procureur pouvaient avoir une perception différente quant à la nature du contrat litigieux, réfutent totalement l'interprétation voulant qu'il se soit agi d'un emploi occasionnel, exécuté dans le cadre d'un contrat d'entreprise.

[34] Une telle interprétation sous-entendrait que le tribunal écarte totalement le témoignage de madame Malenfant pour le motif qu'elle a menti ou tout fait pour induire en erreur le tribunal, ce qui n'est pas le cas. Son témoignage a été, au contraire, crédible et très vraisemblable.

[35] Madame Malenfant a témoigné d'une manière telle que son témoignage est tout à fait crédible. Elle a été explicite et a fait l'objet d'un contre-interrogatoire serré qui n'a fait ressortir aucun élément qui soit de nature à discréditer ou affecter la vraisemblance des explications fournies.

[36] Elle a pris connaissance de l'offre d'emploi décrite à la Pièce I-1; elle a obtenu une entrevue, et de cette entrevue une entente de travail est intervenue. Elle a bien compris les exigences, elle les a acceptés; elle a été honnête quant à ses limites et qualifications.

[37] Elle a mérité la confiance de l'appelante qui a accepté de lui confier son fils qu'elle promenait tous les jours ou presque à l'extérieur. Un tel lien de confiance est en soi quelque chose de très particulier en ce qu'il ne s'agit pas là d'une voiture que l'on confie au garagiste, de l'installation d'une douche ou des travaux de peinture.

[38] L'appelante a accepté les qualifications et compétences de madame Malenfant, elle l'a considérée comme une personne mature, fiable, responsable puisqu'elle lui confiait son enfant. Il ne s'agit aucunement de la gardienne dont les services étaient retenus pour quelques heures voire quelques jours.

[39] Il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée auquel il pouvait être mis fin pour une foule de raisons dont certaines ont été mentionnées; je fais notamment référence à la demande acceptée dans une garderie. Il ne s'agissait aucunement de la jeune fille à qui l'on demande de garder une soirée, voire pour les sorties ponctuelles.

[40] Il s'agissait d'un contrat dont le contenu, les limites, etc., ont été convenus dans un climat de confiance où les nuances ne sont pas nécessaires, d'autant plus que la prestation de travail devait s'effectuer en l'absence de l'appelante, payeur de la rémunération. La confiance existait et l'appelante tenait pour acquis que la prestation de travail serait livrée suivant ses instructions.

[41] L'appelante, par le biais de son procureur, a soutenu que son absence lors des périodes de garde faisait en sorte qu'elle ne pouvait avoir de contrôle sur le travail exécuté et conséquemment qu'il n'y avait pas de lien de subordination. Selon elle, la

gardienne avait toute la liberté, l'autonomie voire la capacité de faire autre chose, conduisant à la non-exclusivité.

[42] L'avis d'appel fait mention qu'elle avait un cellulaire et qu'elle pouvait l'utiliser. Ce sont là des arguments tout à fait impertinents. Un contrat de louage de services n'exige aucunement que le payeur soit présent lors de l'exécution du travail.

[43] En réplique à une décision où il était question de garde d'enfants plus âgés et en mesure de s'exprimer, l'appelante a soutenu que la décision n'était pas pertinente étant donné l'âge des enfants en ce qu'ils pouvaient s'exprimer.

[44] À ce stade, je me permettrai une seule remarque; même à un très très jeune âge, un enfant voire un bébé est en mesure de s'exprimer et exprimer ses sentiments, cela suppose cependant que les parents soient en mesure de lire ce que l'enfant exprime.

[45] En l'espèce, je ne m'attarderai pas sur l'argument que l'absence du payeur l'empêche d'exercer tout pouvoir de contrôle; la jurisprudence a rappelé à maintes reprises que la notion de contrôle devait s'apprécier au niveau de son pouvoir, sa capacité à l'exercer et qu'il n'était pas essentiel de répertorier des situations où il avait été exercé. La dimension présence physique lors de l'exécution de la prestation de travail n'est absolument pas essentielle comme l'a soutenu l'appelante.

[46] La prestation de travail fournie par madame Malenfant l'a été à l'intérieur d'un encadrement bien défini que l'appelante a modifié pour différentes raisons à diverses reprises, le tout nécessitant certains ajustements au niveau de la gardienne.

[47] Elle devait commencer à telle heure, revenir à telle heure pour les repas et médicaments. Elle devait sortir l'enfant, et ce, bien qu'elle n'était pas en accord avec de telles sorties.

[48] L'appelante a soutenu que le tribunal devait prendre en compte les dispositions du droit civil étant donné que le contrat de travail avait eu lieu dans la province de Québec.

[49] Il s'agit-là d'une prétention tout à fait adéquate qui ne fait aucunement l'objet de controverse, d'autant plus que je suis d'avis qu'en cette matière le régime de common law et celui du droit civil sont tout à fait cohérents. Dans un cas comme dans l'autre, le lien de subordination est essentiel et distingue le contrat d'entreprise du contrat de louage de services.

[50] L'absence d'un lien de subordination permet de conclure à un contrat d'entreprise alors que sa présence permet de conclure à un contrat de louage de services en tenant pour acquis qu'il y a eu aussi prestation de travail et une contrepartie le plus souvent monétaire, définie comme rémunération.

[51] Sur cette question, il m'apparaît utile de reproduire un long extrait de la décision dans l'affaire *Grimard c. Canada*, 2009 CarswellNat 323, 2009 CAF 47, 2009 D.T.C. 5056 (Fr.), [2009] 6 C.T.C. 7

c) L'antinomie droit civil et common law

27 Mais il serait erroné de croire qu'il y a antinomie entre les principes du droit civil québécois sur la question et ce qu'il est convenu d'appeler les critères de common law, soit le contrôle, la propriété des outils, l'expectative de profits et les risques de perte et, enfin, l'intégration du travailleur à l'entreprise.

28 Je reconnais d'emblée, et c'est souvent le cas, qu'il y a une différence de conceptualisation entre le régime de common law et celui du droit civil, laquelle emporte une autre différence, cette fois-ci, au niveau de l'approche quant à la caractérisation de la nature du contrat de travail et de celle du contrat d'entreprise. L'une, l'approche de droit civil, se veut cartésienne et synthétique. L'autre, de common law, analytique.

29 C'est ainsi que le droit civil québécois, quant à lui, définit les éléments requis pour l'existence d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise. Pour sa part, la common law énumère plutôt des facteurs ou critères qui, si présents, servent à déterminer l'existence ou non de tels contrats.

30 L'article 2085 du Code exige, entre autres pour qu'il y ait un contrat de travail, la présence d'une direction ou d'un contrôle du travail par l'employeur. Son pendant pour le contrat d'entreprise, l'article 2099, requiert une absence de lien de subordination entre l'entrepreneur et le client quant à l'exécution du contrat.

31 Selon les dictionnaires Le Petit Robert et Le Petit Larousse Illustré, la subordination d'une personne implique la dépendance de celle-ci à une autre ou son assujettissement au contrôle de cette dernière. Le contrat d'entreprise se caractérise donc par une absence de contrôle de l'exécution du travail, un contrôle qu'il ne faut pas confondre avec celui de la qualité et du résultat. Le législateur québécois y ajoute également comme élément de définition le libre choix par l'entrepreneur des moyens d'exécution du contrat.

32 Un contrat se forme par l'accord des volontés des parties à ce contrat. Donc, au stade de l'interprétation du contrat, les articles 1425 et 1426 du Code exigent que l'on recherche la commune intention des parties et que l'on tienne compte d'un

certain nombre de facteurs dont, par exemple, les circonstances dans lesquelles il a été conclu.

33 Pour importante qu'elle soit, l'intention des parties n'est pas à elle seule déterminante de la qualification du contrat: voir *D&J Driveway Inc. c. Canada (MRN)*, 2003 CAF 453; *Dynamex Canada Inc. c. Canada*, 2003 CAF 248. De fait, le comportement des parties dans l'exécution du contrat doit refléter et actualiser cette intention commune, sinon la qualification du contrat se fera en fonction de ce que révèle la réalité factuelle et non de ce que prétendent les parties.

34 En outre, comme le fait remarquer à juste titre le juge, des tiers, dont l'État, peuvent avoir un intérêt à ce que les lois créant des charges sociales pour l'employeur et l'employé soient respectées alors que la tentation peut-être grande pour l'une ou l'autre des parties au contrat, ou les deux, de vouloir les éviter ou de vouloir profiter d'avantages fiscaux qui s'offrent aux entrepreneurs, mais non aux employés.

35 Par contraste, comme je l'ai déjà mentionné, la common law a développé des critères pour analyser la relation entre les parties. Mais il ne faut pas croire que ces critères dits de common law ne sont d'aucune utilité (voire même qu'ils seraient à proscrire et leur usage constituerait une hérésie) dans la qualification d'un contrat de travail en vertu du droit civil québécois.

36 Dans l'affaire *Wolf c. La Reine*, [2002] 4 C.F. 396, notre collègue, le juge Décary, citait l'extrait suivant de feu Robert P. Gagnon tiré de son volume *Le droit du travail au Québec*, 5^e éd., Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2003, p. 67 et précisant le contenu de la notion de subordination en droit civil québécois:

Historiquement, le droit civil a d'abord élaboré une notion de subordination juridique dite stricte ou classique qui a servi de critère d'application du principe de la responsabilité civile du commettant pour le dommage causé par son préposé dans l'exécution de ses fonctions (art. 1054 C.c.B.-C.; art. 1463 C.c.Q.). Cette subordination juridique classique était caractérisée par le contrôle immédiat exercé par l'employeur sur l'exécution du travail de l'employé quant à sa nature et à ses modalités. Elle s'est progressivement assouplie pour donner naissance à la notion de subordination juridique au sens large. La diversification et la spécialisation des occupations et des techniques de travail ont, en effet, rendu souvent irréaliste que l'employeur soit en mesure de dicter ou même de surveiller de façon immédiate l'exécution du travail. On en est ainsi venu à assimiler la subordination à la faculté, laissée à celui qu'on reconnaîtra alors comme l'employeur, de déterminer le travail à exécuter, d'encadrer cette exécution et de la contrôler. En renversant la perspective, le salarié sera celui qui

accepte de s'intégrer dans le cadre de fonctionnement d'une entreprise pour la faire bénéficier de son travail. En pratique, on recherchera la présence d'un certain nombre d'indices d'encadrement, d'ailleurs susceptibles de varier selon les contextes: présence obligatoire à un lieu de travail, assignation plus ou moins régulière du travail, imposition de règles de conduite ou de comportement, exigence de rapports d'activité, contrôle de la quantité ou de la qualité de la prestation, etc. Le travail à domicile n'exclut pas une telle intégration à l'entreprise.

[Je souligne]

37 On retrouve dans cet extrait la notion de contrôle sur l'exécution du travail aussi présente dans les critères de la common law, à cette différence que la notion de contrôle est, en vertu du droit civil québécois, plus qu'un simple critère comme en common law. Elle est une caractéristique essentielle du contrat de travail: voir *D&J Driveway*, précité, au paragraphe 16 de cette décision; et *9041-6868 Québec Inc. c. Canada (ministre du Revenu national)*, 2005 CAF 334.

38 Mais on peut également noter dans l'extrait de M^e Gagnon que le concept juridique de subordination ou contrôle, pour que l'on puisse conclure à sa présence dans une relation de travail, fait aussi appel en pratique à ce que l'auteur appelle des indices d'encadrement, que notre Cour a qualifié de points de repère dans *Le Livreur Plus Inc. c. MRN*, 2004 CAF 68 au paragraphe 18; et *Charbonneau c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)* (1996), 207 N.R. 299, au paragraphe 3.

[...]

43 En somme, il n'y a pas, à mon avis, d'antinomie entre les principes du droit civil québécois et les soi-disant critères de common law utilisés pour qualifier la nature juridique de la relation de travail entre deux parties. Dans la recherche d'un lien de subordination juridique, c'est-à-dire de ce contrôle du travail, exigé par le droit civil du Québec pour l'existence d'un contrat de travail, aucune erreur ne résulte du fait que le tribunal prenne en compte, comme indices d'encadrement, les autres critères mis de l'avant par la common law, soit la propriété des outils, l'expectative de profits et les risques de pertes, ainsi que l'intégration dans l'entreprise.

[52] L'appelante plaide l'intention et la volonté clairement exprimées des parties lors de la création du lien juridique, dont l'objet était l'exécution d'un travail de gardienne d'enfant. Au tout début de l'audition, j'ai cru bon faire certaines observations à cet égard étant donné l'importance accordée à cet aspect dans le contenu de l'avis d'appel.

[53] Sur cette question, l'honorable juge Létourneau de la Cour d'appel fédérale, s'exprimait dans l'affaire *D&J Driveway Inc. c. Ministre du Revenu national*, 2003 CAF 453, comme suit :

1 Nous sommes encore une fois saisis de la difficile et évasive question de l'assurabilité d'un emploi. Comme c'est souvent le cas, elle se soulève dans un contexte où l'intention des parties n'est pas consignée par écrit et où cette dernière n'a pas été établie, ou n'a pas fait l'objet de recherche auprès des témoins, à l'audience devant la Cour canadienne de l'impôt.

2 Nous reconnaissons d'emblée que la stipulation des parties quant à la nature de leurs relations contractuelles n'est pas nécessairement déterminante et que la cour chargée d'examiner cette question peut en arriver à une détermination contraire sur la foi de la preuve qui lui est soumise : *Dynamex Canada inc. c. Canada* [2003] 305 N.R. 295 (C.A.F.). Mais cette stipulation ou l'interrogatoire des parties sur la question peuvent s'avérer un instrument utile d'interprétation de la nature du contrat intervenu entre les participants.

[54] En l'espèce, ce qui fut défini comme clair et précis par l'avocat de l'appelante qui n'était pas présent au moment de l'entente et qui n'a pas jugé bon et approprié de préparer un contrat précis et spécifique alors qu'il avait lui-même placé la commande auprès d'Emploi-Québec (Pièce I-1) est très loin d'être aussi clair pour la personne qui a exécuté le travail litigieux; malgré les prétentions de l'appelante exprimées par son avocat, la gardienne n'était pas en mesure de comprendre suffisamment bien pour donner un consentement éclairé. D'autant plus que sa compréhension était clairement différente de celle de l'appelante. Les faits révélés par la preuve ont clairement démontré que la compréhension, perception et interprétation de la gardienne étaient d'ailleurs les bonnes.

[55] Encore là, il eut fallu que les modalités d'exécution du travail soient cohérentes avec la lettre et l'esprit de cette supposée entente totalement absente de la preuve. La preuve ne permet pas de faire un tel constat et de tirer pareilles conclusions.

[56] Les prétentions de l'appelante à l'effet qu'il s'agissait d'un travail essentiellement occasionnel ne sont aucunement validées par les faits. D'ailleurs, une telle interprétation ne correspond pas à la description de l'annonce visant à recruter une personne pour l'exécution du travail.

[57] Je rappelle que la commande ou l'offre d'emploi a été faite à l'initiative de maître Payette lui-même, selon son propre témoignage.

[58] Je ne mets pas en doute les compétences de maître Payette pour exprimer et formuler les attentes de l'appelante. Je rappelle également que ce dernier a été associé au processus de sélection en ce qu'il a lui-même planifié les rencontres auxquelles il n'a cependant pas assisté. Il n'a également pas préparé d'écrit ou de document permettant de lire la volonté des parties ce qui aurait permis de renseigner théoriquement la gardienne; d'autre part, un tel écrit aurait très certainement suscité une réaction de cette dernière.

[59] Ainsi, pour disposer du dossier quant à la question de savoir s'il s'agissait d'un travail occasionnel ou non, la cour dispose du long témoignage précis et crédible de madame Malenfant et du contenu de l'avis d'appel de l'appelante qui n'a pas jugé bon témoigner.

[60] Je retiens la version et les faits établis par la gardienne et conclus qu'il ne s'agissait pas d'un travail occasionnel, mais d'un contrat à durée indéterminée.

[61] Finalement, l'appelante soutient que la preuve disponible a établi qu'il y avait eu absence de tout contrôle ou incapacité d'exercer un quelconque contrôle.

[62] Je ne m'attarderai pas sur les critères établis par la common law à savoir la propriété des outils, le risque de pertes et la chance de profit et finalement l'intégration.

[63] En territoire couvert par le droit civil, les trois conditions essentielles pour la présence d'un contrat de louage de services sont :

- (1) La rémunération
- (2) Une prestation de travail
- (3) Un lien de subordination

En l'espèce, les trois éléments essentiels sont présents. Il n'y a aucun doute quant à la rémunération et à la prestation de travail; la seule controverse se situe au niveau du lien de subordination. À cet égard, la prépondérance de la preuve est à savoir qu'un tel lien de subordination a existé. En effet, la personne qui fournit la prestation de travail est assujettie à l'autorité ou au pouvoir de contrôle du payeur de la rémunération.

[64] Il s'agit d'abord et avant tout d'une question d'ordre factuel où les faits établis par la preuve ont démontré d'une manière prépondérante que la gardienne était assujettie à l'autorité de l'appelante qui avait toute la capacité d'intervenir quant à la

façon ou les manières que devait avoir la gardienne avec l'enfant. La gardienne n'avait pas, sous peine d'être licenciée, la capacité de refuser d'exécuter les instructions de l'appelante.

[65] Pour ces raisons, l'appel doit être rejeté et le bienfondé de la détermination à l'origine de l'appel est confirmé.

Signé à Ottawa, Canada, ce 30^e jour de mai 2012.

« Alain Tardif »

Juge Tardif

RÉFÉRENCE : 2012CCI149
N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2010-3907(EI)
INTITULÉ DE LA CAUSE : SYLVIE MORIN ET M.R.N.
LIEU DE L'AUDIENCE : Québec (Québec)
DATE DE L'AUDIENCE : Le 6 février 2012
MOTIFS DU JUGEMENT PAR : L'honorable juge Alain Tardif
DATE DU JUGEMENT : Le 30 mai 2012

COMPARUTIONS :

Avocat de l'appelante : M^e Daniel Payette

Avocate de l'intimé : M^e Christina Ham

AVOCAT INSCRIT AU DOSSIER :

Pour l'appelante:

Nom : M^e Daniel Payette
Cabinet : Cabinet Payette
Lévis (Québec)

Pour l'intimé : Myles J. Kirvan
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada