



EMPLOYÉ OU ENTREPRENEUR INDÉPENDANT?

Il y a deux ou trois générations, la carrière des Canadiens suivait une voie plutôt prévisible : après avoir terminé leurs études secondaires, collégiales ou universitaires, les sortants entraient au service d'une entreprise en tant qu'employés à temps plein et, le plus souvent, demeuraient avec cette entreprise pour le reste de leur vie active. Ils prenaient ensuite leur retraite à 65 ans grâce au financement, du moins en partie, d'un régime de retraite d'employeur.



Wolters Kluwer

Les façons dont le milieu de travail canadien a changé au cours des dernières générations sont pratiquement innombrables. Les emplois permanents à temps plein sont dorénavant assez rares, particulièrement pour les jeunes Canadiens, et les régimes de retraite d'employeur à prestations déterminées sont carrément en voie de disparition. Néanmoins, la différence la plus évidente est l'intense mouvement qui caractérise les milieux de travail d'aujourd'hui. Dans plusieurs entreprises, on retrouve seulement quelques employés permanents à temps plein auxquels s'ajoute un personnel changeant qui comprend des personnes travaillant à des contrats temporaires ou renouvelables, ou embauchées pour une période plus longue. Ces personnes peuvent également être des travailleurs saisonniers, qui se joignent à une entreprise pendant les périodes occupées ou pour travailler sur un projet particulier, mais aussi des travailleurs à temps partiel, qu'ils soient temporaires ou permanents. Certains d'entre eux peuvent être d'anciens employés dont le poste a été aboli (ou qui ont commencé leur retraite) et qui offrent maintenant des services à l'entreprise en tant que conseillers, que ce soit pour un projet précis ou à long terme.

Toutes ces possibilités nous poussent à nous interroger à savoir qui, de nos jours, peut être considéré comme un simple employé. Cette question peut sembler purement théorique et sans portée pratique, mais en réalité, la détermination du statut d'emploi a des conséquences pratiques, juridiques et financières considérables pour les employeurs et les employés. Les particuliers ayant le statut d'employé bénéficient de bien plus de droits et d'avantages juridiques et financiers que les travailleurs autonomes. De l'autre côté, intégrer une personne dans l'entreprise en tant qu'employé engendre un grand nombre d'obligations financières et juridiques pour un employeur. Omettre de répondre à ces obligations, surtout lorsqu'il est question des obligations financières, entraîne habituellement l'imposition de pénalités et d'intérêts.

De manière générale, les énoncés suivants s'appliquent pour un particulier considéré comme un employé.

- L'impôt sur le revenu est déduit de la paie d'un employé pour être remis aux autorités fiscales en son nom.
- Les cotisations au Régime de pensions du Canada (RPC) et à l'assurance emploi (AE) sont déduites de la paie d'un employé pour être remises au gouvernement fédéral avec les cotisations au RPC et à l'AE devant être payées par l'employeur. Le total de ces deux cotisations est utilisé afin de déterminer l'admissibilité de l'employé aux prestations du RPC et de l'AE, ainsi que le montant des prestations, le cas échéant.
- Un employé peut habituellement, si son emploi prend fin pour une raison autre qu'un licenciement motivé, recevoir les prestations de l'AE.
- Si l'emploi d'un employé prend fin pour une raison autre qu'un licenciement motivé, l'employé a droit à un préavis de cessation d'emploi ou à une indemnité en remplacement de ce préavis. Le préavis minimum requis est fixé par la loi.
- Si l'entreprise offre des avantages sociaux, comme des prestations d'assurance maladie complémentaire ou un régime de pension, en général, seuls les employés peuvent bénéficier de ces avantages.

À l'inverse, un employeur doit répondre aux obligations suivantes à l'égard de chaque personne considérée comme un employé de son entreprise.

- L'employeur doit déduire de la paie de l'employé l'impôt sur le revenu ainsi que les cotisations au RPC et à l'AE et les remettre au gouvernement fédéral au nom de l'employé. L'employeur doit également verser au RPC des cotisations égales à celles de l'employé et des cotisations à l'AE correspondant à 1,4 fois le montant des cotisations de l'employé. Tous ces montants doivent être remis au gouvernement fédéral selon un calendrier préétabli et, une fois versés, ils s'accumulent au nom de l'employé.
- L'employeur doit fournir à l'employé un préavis de cessation d'emploi ou une indemnité en remplacement de ce préavis si l'emploi de



l'employé prend fin pour une raison autre qu'un licenciement motivé. L'employeur doit également satisfaire à toutes les autres exigences prévues par les lois sur les normes d'emploi de la province où l'entreprise est située.

Il est évident que, dans la plupart des cas, l'existence d'une relation employeur employé profite davantage à l'employé qu'à l'employeur. Par conséquent, c'est sans surprise qu'en général, lorsqu'un litige survient à ce sujet, c'est l'« employé » qui soutient l'existence d'une relation employeur-employé, alors que l'« employeur » considère que le particulier est et a toujours été un entrepreneur indépendant.

Bien sûr, la situation idéale pour les deux parties est d'établir d'emblée la nature de la relation de travail et de s'assurer que les obligations et responsabilités découlant de cette détermination soient respectées par chacun. Les paragraphes qui suivent constituent un sommaire des règles servant à déterminer si une relation employeur-employé existe, et si les obligations inhérentes à cette relation doivent donc être respectées.

Quelles que soient les circonstances, savoir si une personne est un employé est une détermination qui repose toujours sur l'examen des faits, ou, comme le cite l'Agence du revenu du Canada

(ARC) : « Les faits qui entourent l'ensemble de la relation de travail établiront le statut d'emploi ». De plus, d'innombrables procédures judiciaires ont traité de la question à savoir qui est considéré comme un employé, et ces procédures ont permis de condenser les critères à appliquer en une analyse précise en deux temps. La première étape de cette analyse consiste à demander au travailleur et au payeur (pour utiliser la terminologie adoptée par l'ARC) quelle était leur intention lorsqu'ils se sont entendus sur les conditions de travail. Les deux parties avaient-elles l'intention de créer une relation employeur employé, ou le travailleur a-t-il conclu un contrat afin de fournir ses services en tant qu'entrepreneur indépendant? Parfois, cette intention est documentée dans un contrat ou un autre document écrit, et dans d'autres circonstances, l'accord conclu entre les parties est strictement verbal. Dans les deux cas, l'intention de chacune des parties, et non seulement l'intention d'une partie ou de l'autre, doit être incluse dans l'analyse.

Lorsque l'intention des deux parties est connue, la deuxième étape de l'analyse consiste à examiner les réalités quotidiennes de la relation de travail afin d'évaluer si ces faits représentent réellement l'intention indiquée des parties. Pour ce faire, les éléments suivants sont pris en compte :

- le niveau de contrôle du payeur sur les activités du travailleur;
- le fait que le travailleur fournisse ses propres outils et matériaux;
- le fait que le travailleur puisse sous-traiter le travail ou engager des assistants;
- le niveau de risque financier pris par le travailleur; et
- les possibilités de profit ou les risques de perte pour le travailleur.

Niveau de contrôle

Dans la majorité des milieux de travail, l'employeur exerce un niveau de contrôle considérable sur ses employés, particulièrement lorsqu'il s'agit d'employés avec peu d'expérience. L'employeur exige que l'employé soit dans ses locaux à des jours précis de la semaine et pour un nombre d'heures spécifique. Bien que plusieurs entreprises aient adopté un « horaire flexible » ou d'autres politiques semblables, il reste que l'employé doit travailler un nombre d'heures préétabli selon une structure imposée par l'employeur. De plus, même si l'horaire de travail est irrégulier ou à temps partiel, l'employé doit être disponible pour un certain nombre d'heures chaque semaine ou pour certains jours de la semaine. L'employeur détermine aussi les tâches attribuées à l'employé et, généralement, la façon dont elles doivent être exécutées. De plus, bien que des négociations de salaire puissent avoir lieu, la rémunération de l'employé demeure du ressort de l'employeur.

En revanche, même si un entrepreneur indépendant peut, dans certains cas, utiliser les locaux d'une entreprise à des fins professionnelles, il est habituellement libre de travailler où il le veut et n'a pas à se trouver dans les locaux de l'entreprise pour un nombre précis d'heures chaque semaine. De manière générale, les entrepreneurs indépendants travaillent sans supervision, négocient les tâches qu'ils effectueront avec l'entreprise et sont libres de refuser du travail.

Propriété des outils et du matériel

Hormis, peut-être, l'achat de l'uniforme d'une entreprise pour certains postes, les employés ont rarement à posséder ou à fournir les outils et le matériel requis pour accomplir leur travail. Quelle que soit leur fonction, les employés travaillent dans un espace de travail dont

l'employeur est le propriétaire ou le locataire et exécutent leur travail à l'aide d'ordinateurs, d'une machinerie ou de matériel que détient l'employeur. Lorsque des réparations ou des mises à jour sont nécessaires pour ce matériel, ou lorsque de la formation est requise pour les employés qui l'utilisent, c'est l'employeur qui organise et paie les réparations, les mises à jour ou la formation. De plus, ces formations ont lieu durant les heures de travail normales de l'employé.

Cela n'est habituellement pas le cas pour les entrepreneurs indépendants, surtout parce qu'en général, ils ne travaillent pas dans les locaux de l'entreprise. Ceux-ci acquièrent, paient, assurent et entretiennent le matériel dont ils ont besoin pour effectuer leur travail et, la plupart du temps, fournissent leurs propres espaces de travail et paient les frais qui y sont associés. Si un entrepreneur indépendant a besoin d'une formation afin de se perfectionner, il en assume les coûts et suit la formation sur son propre temps.

En outre, dans les cas plutôt inhabituels où un employé – le plus souvent un travailleur qualifié, comme un mécanicien automobile – possède ses propres outils spécialisés, les tribunaux ont reconnu que ce travailleur ne doit pas être considéré automatiquement comme étant un travailleur indépendant. La propriété d'outils doit plutôt être examinée dans le contexte des conditions de travail générales de cette personne.

Sous-traitance ou embauche d'assistants

Il va sans dire qu'un employé n'a jamais le droit d'embaucher une autre personne pour l'assister dans son travail, ou de conclure un contrat de sous-traitance avec une autre personne pour un projet qui lui était confié. Un employé doit toujours effectuer lui-même les tâches qui lui sont attribuées, et s'il a besoin d'aide, celle-ci doit être offerte par un autre employé supervisé et payé par l'employeur. Les entrepreneurs indépendants, quant à eux, peuvent engager toute personne qu'ils jugent apte à les assister dans leur travail, que ce soit sur une base temporaire ou permanente. Le travailleur indépendant doit alors en assumer les coûts.

Risque financier – possibilités de profit/risques de perte

Le risque financier assumé par un particulier – plus précisément, ses possibilités de réaliser un profit (ou son exposition à un risque de perte) – est un indicateur important de l'existence d'une



relation employeur-employé. Les employés travaillent pour une rémunération définie, qu'elle soit fixée comme un salaire annuel, ou un taux à l'heure, à la commission ou à la pièce. Bien que les employés concernés par les trois dernières catégories de salaire puissent voir leur salaire varier à la hausse ou à la baisse selon le nombre d'heures travaillées, le volume des ventes ou le nombre de pièces produites, cette fluctuation ne correspond pas au profit ou à la perte. Il y a présence d'un profit lorsque les revenus sont supérieurs aux dépenses, et présence d'une perte dans le cas contraire. Pour les employés, les revenus et les dépenses ne font pas partie du calcul, puisqu'ils n'assument pas les dépenses devant être engagées afin qu'ils puissent effectuer leur travail, et leur rémunération n'est pas directement liée au profit que leur travail génère pour l'employeur.

Lorsque l'employeur est dans une situation de perte (autrement dit, les revenus de la vente de biens ou de services ne couvrent pas les coûts pour l'employeur, y compris la rémunération des employés pour avoir produit ces biens ou services), la rémunération versée aux employés demeure la même. Évidemment, le contraire est aussi vrai : lorsque les profits d'un employeur augmentent, cette hausse du profit revient à l'employeur ou aux actionnaires de l'entreprise. Elle ne se reflète pas directement dans la rémunération des employés.

Les employeurs peuvent et accordent souvent une augmentation de salaire aux employés

lorsque l'entreprise se porte bien, ou même une « participation aux bénéfices » selon le profit. Encore une fois, cela ne correspond pas à des possibilités de profit. L'employeur n'est pas tenu d'offrir ces augmentations ou participations, et lorsqu'il le fait, il décide de leur montant et des conditions associées.

La nature et le niveau du risque financier pris par un entrepreneur indépendant sont très différents. Ces derniers concluent généralement un accord qui prévoit un revenu spécifique à verser pour des services précis qu'ils acceptent de fournir, habituellement selon un calendrier prédéfini. Le paiement convenu représente la meilleure estimation de ce qu'il en coûtera au travailleur indépendant pour créer et livrer ces services, en incluant une marge de profit. Si cette estimation des coûts se révèle une sous estimation, de sorte que la marge de profit soit diminuée, ou encore que le revenu ne couvre même pas les coûts du travailleur, le profit réduit ou la perte doit être absorbé par celui-ci. Évidemment, le contraire est aussi vrai : si les coûts sont inférieurs à ce qui était prévu, l'augmentation du profit revient à l'entrepreneur.

Lorsque les circonstances générales d'une relation de travail donnée sont analysées à la lumière de ces facteurs, il est possible d'évaluer si les réalités de cette relation appuient l'intention des deux parties. En fin de compte, ce sont ces réalités qui détermineront l'existence de la relation employeur-employé et, le cas échéant, les droits et obligations découlant de cette relation devront être respectés. Les conséquences de cette détermination sont qu'il n'est pas possible pour les parties (même si elles sont toutes deux d'accord) de transformer une relation qui est clairement d'ordre employeur employé en une relation d'affaires simplement en indiquant dans un contrat que le travailleur n'est pas un employé. Cette stratégie a été tentée à maintes reprises, et ces accords ne sont pas reconnus par les tribunaux dans les cas où les faits objectifs confirment l'existence d'une relation employeur-employé. Bien qu'il n'y ait rien de mal à indiquer dans un contrat de travail



que l'une des parties au contrat n'est pas un employé, il est impératif que les conditions de travail convenues et appliquées soient conformes à l'intention déclarée.

À ces fins, il est utile d'indiquer dans le contrat de travail en quoi consistent ces conditions. Plus précisément, le contrat peut spécifier les responsabilités et droits respectifs des parties en ce qui concerne les quatre facteurs décrits précédemment. À cet égard, l'inclusion des clauses suivantes à un contrat aidera à déterminer que la personne en question est un entrepreneur indépendant plutôt qu'un employé.

- Le contrat indique que la personne n'a pas à travailler dans les locaux de l'entreprise où les services sont rendus.
- Le contrat exige que la personne possède et entretienne, à ses frais, tout matériel (p. ex. matériel et logiciels informatiques) requis pour fournir les services faisant l'objet du contrat.
- Le contrat précise que la personne doit présenter une facture à l'entreprise à l'égard des services rendus, pour laquelle un paiement sera effectué selon les modalités énoncées dans le contrat. Il peut être judicieux de spécifier que la personne, si la loi l'exige, imposera la taxe de vente harmonisée et la taxe sur les produits et services à l'égard des services rendus.
- Le contrat précise que la personne sera entièrement responsable du paiement de l'impôt sur le revenu sur les montants facturés et payés, et qu'aucune déduction ne sera faite par l'entreprise pour l'impôt sur le revenu ni pour les cotisations au RPC ou à l'AE.
- Le contrat précise que la personne n'aura droit à aucun des avantages fournis aux employés de l'entreprise.

Les propriétaires d'entreprise ou les gestionnaires des ressources humaines qui connaissent les facteurs servant à déterminer l'existence d'une relation employeur employé

sont davantage en mesure d'éviter les écueils pouvant faire en sorte que les intentions des parties ne concordent pas avec la nature des conditions de travail données. De manière plus positive, ces connaissances permettent aux deux parties de structurer la relation de travail de façon à ce qu'elle soit conforme à leur intention.

Toutefois, même en connaissant bien ces facteurs, il existe des situations pour lesquelles il peut être très ardu d'effectuer cette détermination avec confiance. Prenons, par exemple, le cas d'un employé à la retraite ou dont le poste à temps plein a été aboli, mais qui continue à offrir pratiquement les mêmes services à son ancien employeur en tant que conseiller ou entrepreneur indépendant. Des raisons légitimes peuvent expliquer pourquoi une relation employeur-employé peut évoluer en une relation d'affaires, mais il existe aussi des cas où des employeurs ont simplement cherché à transformer un employé existant en entrepreneur indépendant alors qu'aucun changement notable n'avait été apporté aux responsabilités ou aux conditions de travail de cet employé. Dans ces circonstances, l'ARC tentera probablement de déterminer s'il y a réellement eu un changement, et si elle est d'avis que cela n'est pas le cas, l'employeur sera tenu responsable d'avoir omis de retenir et de verser les retenues à la source (impôt sur le revenu et cotisations au RPC et à l'AE) et, bien souvent, des intérêts et des pénalités seront imposés sur les montants non versés. On a déjà également vu des cas où, après un certain temps, un ancien travailleur intente une action en justice en affirmant qu'il a toujours été un employé, et que son ancien employeur était donc responsable du paiement de cotisations au RPC ou (particulièrement) à l'AE; l'ancien travailleur souhaite donc pouvoir réclamer des prestations d'AE.

Il vaut la peine d'obtenir la décision de l'Agence au sujet du statut d'emploi d'un particulier, surtout dans des situations pour lesquelles il existe un doute sur le statut du travailleur, ou si les conditions

de travail risquent d'être de longue durée (et particulièrement si ces deux hypothèses s'appliquent). Cette décision peut être demandée par l'une ou l'autre des parties.

Il n'est pas difficile d'obtenir une décision de l'ARC – l'entreprise peut en faire la demande en ligne à l'aide du service Demander une décision RPC/AE disponible dans Mon dossier d'entreprise sur le site Web de l'Agence. Sinon, l'entreprise ou le travailleur peut demander une décision en envoyant une lettre ou un formulaire CPT1, Demande de décision quant au statut d'un travailleur aux fins du régime de pensions du Canada et/ou de la Loi sur l'assurance-emploi rempli à son bureau des services fiscaux local. Le formulaire CPT1 peut être obtenu sur le site Web du gouvernement du Canada, au <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/formulaires-publications/formulaires/cpt1-demande-decision-quant-statut-travailleur-fins-regime-pensions-canada-loi-assurance-emploi.html>, ou en téléphonant au Service de demandes de renseignements sur l'impôt des particuliers de l'ARC, au 1-800-959 7383. La liste des bureaux des services fiscaux de l'ARC peut être consultée sur le site Web du gouvernement fédéral, au <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/organisation/coordonnees/bureaux-services-fiscaux-centres-fiscaux.html>.

Une fois la décision rendue, si l'une ou l'autre des parties est en désaccord, elle peut choisir de porter la décision en appel. Pour obtenir des renseignements sur la façon de faire, veuillez visiter le site Web de l'ARC, au www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tg/p133/p133-12f.pdf.

Bien qu'il soit évidemment préférable de demander une décision à l'égard du statut d'emploi d'un travailleur le plus tôt possible dans la relation de travail, la demande peut être effectuée (par l'entreprise ou le travailleur) au plus tard le 30 juin de l'année suivant l'année concernée. Par exemple, si le travail en question a lieu en 2017, la demande de décision doit être effectuée au plus tard le 30 juin 2018.

Le temps et les efforts nécessaires pour s'assurer de la détermination appropriée du statut d'emploi d'un travailleur donné peuvent sembler déraisonnables, et les critères à appliquer, vagues et difficiles à évaluer. Néanmoins, cette détermination fait partie des réalités commerciales du marché du travail d'aujourd'hui. Non seulement chaque milieu de travail comprend des particuliers qui travaillent dans diverses conditions, il est de plus parfaitement possible que deux personnes accomplissant essentiellement les mêmes tâches aient un statut d'emploi différent (et donc des droits différents) à l'égard de ce travail. Étant donné les conséquences financières négatives imposées au propriétaire de l'entreprise en cas d'omission de déterminer correctement le statut d'emploi de chaque travailleur et de respecter les obligations qui y sont associées, il est judicieux d'effectuer un travail initial à ce sujet, ce qui permettra d'éviter ces conséquences.

