

Conférence internationale du Travail, 95^e session, 2006

Rapport V(1)

La relation de travail

Cinquième question à l'ordre du jour

Bureau international du Travail Genève

ISBN 92-2-216611-6
ISSN 0251-3218

Première édition 2005

Les désignations utilisées dans les publications du BIT, qui sont conformes à la pratique des Nations Unies, et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Bureau international du Travail aucune prise de position quant au statut juridique de tel ou tel pays, zone ou territoire, ou de ses autorités, ni quant au tracé de ses frontières.

La mention ou la non-mention de telle ou telle entreprise ou de tel ou tel produit ou procédé commercial n'implique de la part du Bureau international du Travail aucune appréciation favorable ou défavorable.

Les publications du Bureau international du Travail peuvent être obtenues dans les principales librairies ou auprès des bureaux locaux du BIT. On peut aussi se les procurer directement, de même qu'un catalogue ou une liste des nouvelles publications, à l'adresse suivante: Publications du BIT, Bureau international du Travail, CH-1211 Genève 22, Suisse, ou par email: pubvente@ilo.org ou par notre site web: www.ilo.org/pblns.

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	1
Chapitre I. La relation de travail: vue d'ensemble des difficultés et opportunités	3
Evolution des débats de l'OIT sur la relation de travail	4
La relation de travail et le droit	6
La relation de travail et la protection des travailleurs	8
Contexte de l'absence de protection	8
Répercussions du manque de protection	10
Incertitudes de la législation	11
Rapprocher la loi et la réalité	15
Clarifier le champ d'application de la législation	15
Ajuster les limites de la législation	16
L'équilibre entre équité et adaptabilité	16
Respect et mise en application de la loi	17
Chapitre II. Analyse comparative des tendances et problèmes de la réglementation	19
Le droit et la relation de travail	19
Définitions portant sur le fond	20
Définitions descriptives	21
Les parties à une relation de travail	22
Etablir l'existence d'une relation de travail	24
Le principe de <i>réalité des faits</i>	24
Détermination par la loi	27
Alléger la charge de la preuve	29
Clarifier le champ de la relation de travail	31
Définir le champ de la relation de travail	32
Tracer la frontière entre travail indépendant et travail dépendant	34
L'approche combinée	36
Classement de certains types de travail	38
Etendre le champ d'application de la législation aux travailleurs assimilés	40
Evolution de la jurisprudence	40
Réglementation de la relation de travail «triangulaire»	44
Qui est l'employeur (le pourvoyeur de main-d'œuvre)?	44
Quelle position l'utilisateur occupe-t-il?	48
Quels sont les droits des travailleurs?	50
Respect et mise en application de la loi	53

	<i>Page</i>
Chapitre III. Un nouvel instrument: base et contenu possible d'une recommandation	57
Structure du questionnaire	58
Contenu du questionnaire	58
Section I. Forme de l'instrument international	58
Section II. Préambule.....	58
Section III. Contenu de l'instrument	59
Section IV. Autres questions	62
Questionnaire	63
Annexe 1. Résolution concernant la possible adoption d'instruments internationaux pour la protection des travailleurs se trouvant dans les situations identifiées par la Commission du travail en sous-traitance.....	75
Annexe 2. Résolution concernant la relation de travail	76
Annexe 3. Emploi par statut et par sexe, année la plus récente	82
Annexe 4. Législation examinée	92

Introduction

1. La question de la relation de travail sera examinée selon la procédure de simple discussion prévue à l'article 38 du Règlement de la Conférence. Conformément aux dispositions de cet article, le Bureau a établi le présent rapport sommaire qui porte sur la législation et la pratique de plus de 60 Etats Membres de l'OIT représentant différentes régions ainsi que différents systèmes et traditions juridiques. Ce rapport contient une analyse comparative des principales évolutions et des tendances nouvelles, qui se fonde sur un examen des textes législatifs, de la jurisprudence et d'autres formes de réglementation. Il s'accompagne d'un questionnaire établi en vue de la préparation d'une recommandation. Les gouvernements sont invités à donner des réponses détaillées à ce questionnaire. Sur la base de ces réponses, le Bureau établira un rapport définitif conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 38 du Règlement de la Conférence. Ce rapport définitif contiendra un projet de recommandation qui sera soumis à la Conférence.

2. Conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 38 du Règlement, le présent rapport doit parvenir aux gouvernements au plus tard dix-huit mois avant l'ouverture de la 95^e session (2006) de la Conférence et, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de ce même article, le rapport définitif devra être communiqué aux gouvernements au plus tard quatre mois avant l'ouverture de cette même session. Pour que le Bureau ait le temps d'examiner les réponses au questionnaire et d'établir le rapport définitif, les gouvernements sont priés de veiller à ce que leurs réponses au questionnaire parviennent au Bureau international du Travail, à Genève, d'ici au 1^{er} juillet 2005 ou d'ici au 1^{er} août 2005 dans le cas des pays fédératifs et des pays où il est nécessaire de traduire le questionnaire dans la langue nationale.

3. Le Bureau appelle l'attention des gouvernements sur les dispositions du paragraphe 1 de l'article 38 du Règlement de la Conférence qui les invitent à consulter les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives avant d'arrêter définitivement leurs réponses. Les réponses des gouvernements devraient refléter les résultats de ces consultations et indiquer les organisations qui ont été consultées.

4. Le présent rapport comprend trois chapitres. Le chapitre I rappelle les discussions que l'OIT a consacrées au cours des dix dernières années à la relation de travail, notamment les discussions de 1997 et 1998 sur le «travail en sous-traitance», la Réunion d'experts de 2002 sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection et la discussion générale de 2003. Il récapitule aussi les questions les plus pertinentes résultant des 39 études nationales menées à bien durant la période 1999-2001. Le chapitre II donne une vue d'ensemble des tendances et des problèmes concernant la manière dont les aspects généraux de la relation de travail sont réglementés dans différents pays. Il se fonde sur une analyse comparative des législations de plus de 60 Etats Membres de l'OIT, et il affine et complète les informations sur la législation et la pratique contenues dans le rapport soumis pour une discussion générale à la

91^e session (2003) de la Conférence internationale du Travail ¹. Le chapitre III explique brièvement la raison d'être du questionnaire ainsi que sa structure et son contenu.

¹ *Le champ de la relation de travail*, rapport V, Conférence internationale du Travail, 91^e session, Genève, 2003.

Chapitre I

La relation de travail: vue d'ensemble des difficultés et opportunités

5. La relation de travail est une notion juridique largement utilisée dans des pays du monde entier pour désigner la relation entre une personne appelée «salarié» (souvent aussi «travailleur») et un «employeur» pour lequel le «salarié» exécute un travail dans des conditions définies, contre rémunération. Quelle que soit la définition qui en est donnée, c'est cette relation qui crée des droits et obligations réciproques entre le salarié et l'employeur. Depuis toujours, et aujourd'hui encore, c'est principalement par ce biais que les travailleurs accèdent aux droits et prestations associés à l'emploi en vertu de la législation du travail et de la sécurité sociale. C'est le critère clé pour déterminer la nature et l'ampleur des droits et obligations des employeurs vis-à-vis des travailleurs.

6. Les profonds changements intervenus dans le monde du travail et notamment sur le marché du travail ont donné naissance à de nouvelles formes de relations qui ne cadrent pas toujours avec les paramètres de la relation de travail. La flexibilité s'est accrue sur le marché du travail mais un nombre croissant de travailleurs ont désormais un statut qui n'est pas clair en matière d'emploi et, de ce fait, ne bénéficient pas de la protection normalement associée à la relation de travail. En 2004, le Directeur général du BIT a décrit ainsi le défi à relever:

L'Etat a un rôle primordial à jouer dans la mise en place d'un cadre institutionnel favorable permettant, en répondant aux exigences changeantes d'une économie mondialisée, de concilier le besoin de flexibilité des entreprises et le besoin de sécurité des travailleurs ... Une stratégie dynamique de gestion des changements sur le marché du travail est au cœur des politiques nationales visant à faire face aux défis sociaux posés par la mondialisation¹.

7. Le cadre juridique régissant la relation de travail est un élément important d'une politique nationale visant à gérer les changements du marché du travail en tenant compte des besoins de flexibilité et de sécurité.

8. Sous une forme ou sous une autre, la question de la relation de travail est à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail depuis plus de dix ans. Les différentes étapes des débats dont elle a fait l'objet et qui ont abouti à la discussion générale de 2003 sont résumées ci-après, de même que sont résumées les questions les plus pertinentes découlant des études nationales de 1999-2001 qui ont servi de base au rapport établi par le Bureau pour la discussion générale de 2003 et qui sont recensées et analysées en détail dans ce rapport².

¹ BIT: *Une mondialisation juste: Le rôle de l'OIT*, rapport du Directeur général sur la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, Conférence internationale du Travail, 92^e session, 2004, pp. 18-19.

² BIT: *Le champ de la relation de travail*, rapport V, Conférence internationale du Travail, 91^e session, 2003.

Evolution des débats de l'OIT sur la relation de travail

9. L'OIT s'est fondée sur la relation de travail pour analyser différentes formes de travail. Ces dernières années, la Conférence a consacré des discussions aux travailleurs indépendants, aux travailleurs migrants, aux travailleurs à domicile, aux travailleurs des agences d'emploi privées, aux enfants astreints au travail, aux travailleurs des coopératives, aux travailleurs de l'économie informelle, aux travailleurs du secteur de la pêche. Elle a aussi examiné la question de la relation de travail dans le cadre de ses discussions sur la sécurité sociale et la protection de la maternité.

10. En 1997 et 1998, la Conférence s'est saisie d'une question intitulée «travail en sous-traitance»³. Son intention initiale était de protéger certaines catégories de travailleurs qui ne l'étaient pas encore en adoptant une convention et une recommandation mais la proposition faite dans ce sens n'a pas été acceptée. Toutefois, à la fin de la deuxième discussion, en 1998, la Conférence a adopté une résolution qui invite le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à inscrire ces questions à l'ordre du jour d'une future session de la Conférence en vue de la possible adoption d'une convention complétée par une recommandation si cette adoption était, selon les procédures normales, considérée comme nécessaire par la Conférence. Le Conseil d'administration a aussi été invité à charger le Directeur général:

- a) d'organiser des réunions d'experts en vue d'examiner au moins les questions suivantes qui se sont posées lors des délibérations de la commission:
 - i) quels travailleurs se trouvant dans les situations que la commission a commencé à identifier ont besoin d'être protégés;
 - ii) les moyens appropriés par lesquels ces travailleurs peuvent être protégés et la possibilité de traiter séparément les différentes situations;
 - iii) comment définir ces travailleurs, compte tenu des différents systèmes juridiques en vigueur et des différences linguistiques⁴.

11. Il est à noter que, dans les différents débats mentionnés ci-dessus, les délégués de toutes les régions ont à plusieurs reprises évoqué la relation de travail, sous ses différentes formes et acceptions, comme un concept familier à tous.

12. Conformément à la résolution de 1998, une réunion tripartite d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection a été organisée à Genève en mai 2000⁵. La déclaration commune adoptée par la réunion⁶ a montré que

³ Pour les rapports de la commission de la Conférence sur le travail en sous-traitance et la discussion de ces rapports en séance plénière, voir BIT: *Compte rendu des travaux*, Conférence internationale du Travail, 85^e session, Genève, 1997, vingtième séance, 18 juin, et *Compte rendu provisoire* n° 18; *Compte rendu des travaux*, Conférence internationale du Travail, 86^e session, Genève, 1998, *Comptes rendus provisoires* n°s 16 et 21. Le Bureau a préparé les documents suivants comme base de discussion: *Le travail en sous-traitance*, rapports VI(1) et (2), Conférence internationale du Travail, 85^e session, Genève, 1997; et *Le travail en sous-traitance*, rapports V(1), (2A) et (2B), Conférence internationale du Travail, 86^e session, Genève, 1998.

⁴ *Compte rendu des travaux*, 86^e session, *op. cit.*, *Compte rendu provisoire* n° 16, p. 16/74. Voir annexe 1.

⁵ Comme base des discussions de la réunion, le Bureau a préparé le document suivant: *Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (le champ de la relation d'emploi)*, document technique de base (Genève, 2000), document MEWNP/2000, consultable à l'adresse <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/publ/mewnp/index.htm>. Le rapport de la réunion figure dans le document *Rapport de la réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection*, document MEWNP/2000/4(Rév.), annexé au document GB.279/2, 279^e session du Conseil d'administration, Genève, nov. 2000 (<http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/gb-2.pdf>).

⁶ *Rapport de la réunion d'experts...*, *op. cit.*, paragr. 107.

le «phénomène mondial de transformation qui affecte la nature du travail a conduit à des situations dans lesquelles le champ d'application de la relation de travail (qui détermine si les travailleurs ont droit ou non à la protection prévue par la législation) ne concorde pas avec la réalité de la relation de travail. Cela a pour conséquence de priver de toute protection, en fait ou en droit, des travailleurs qui devraient être protégés par la législation du travail⁷.» Les débats ont aussi montré que la mesure dans laquelle le champ d'application de la relation de travail ne concorde pas avec la réalité varie tant d'un pays à l'autre que d'un secteur à l'autre à l'intérieur d'un même pays. Il est évident aussi que certains pays ont ajusté en conséquence le champ d'application de la relation de travail mais que cela n'a pas été le cas de tous.

13. Dans leur déclaration commune, les experts constatent que différentes études nationales ont grandement contribué à alimenter les banques d'informations disponibles sur la relation de travail et sur la mesure dans laquelle des travailleurs dépendants ont cessé d'être protégés par la législation du travail. Ils sont convenus que les pays devraient adopter ou poursuivre une politique nationale aux termes de laquelle ils devraient, à des intervalles appropriés, réviser et, si nécessaire, clarifier ou adapter le champ d'application de la relation de travail dans la législation en prenant en considération les réalités de l'emploi. Cette révision devrait être menée en toute transparence avec la participation des partenaires sociaux. Les experts sont également convenus que le BIT pourrait jouer un rôle majeur en aidant les pays à élaborer des politiques propres à assurer que les lois qui régissent la relation de travail couvrent les travailleurs qui ont besoin de protection.

14. A la suite de la résolution adoptée par la Conférence en 1998, le Bureau a entrepris une série d'études nationales⁸. L'objectif de ces études était d'aider à identifier et décrire les principales situations dans lesquelles les travailleurs manquent d'une protection appropriée ainsi que les problèmes causés par l'absence ou l'insuffisance de cette protection et de suggérer des mesures pour y remédier.

15. Les recherches ont confirmé l'importance universelle de la notion de relation de travail, sur laquelle reposent dans une large mesure les systèmes de protection du travail.

⁷ Les experts travailleurs et gouvernementaux ont estimé que cette tendance va en s'accroissant tandis que les experts employeurs ont jugé que cela n'est pas avéré.

⁸ Une première série d'études sur la protection des travailleurs a été organisée en 1999 pour les 29 pays suivants (le nom du ou des auteurs figurent entre parenthèses): *Afrique du Sud* (Halton Cheadle et Marlea Clarke); *Allemagne* (Rolf Wank); *Argentine* (Adrián Goldín et Silvio Feldman); *Australie* (Alan Clayton et Richard Mitchel); *Brésil* (José Francisco Siqueira Neto); *Cameroun* (Paul Gérard Pougoué); *Chili* (María Ester Feres; Helia Henríquez; José Luis Ugarte); *République de Corée* (Park Jong-Hee); *Etats-Unis* (Alan Hyde); *France* (Françoise Larré et Vincent Wauquier); *Hongrie* (Lajos Héthy); *Inde* (Rajasi Clerck et B.B. Patel); *République islamique d'Iran* (Kgeshavad Monshizadeh); *Italie* (Stefano Liebman); *Japon* (Mutsuko Asakura); *Maroc* (Mohamed Korri Youssoufi); *Mexique* (Carlos Reynoso Castillo); *Nigéria* (Femi Falana); *Pakistan* (Iftikhar Ahmad et Nausheen Ahmad); *Pérou* (Marta Vieira et Alfredo Villavicencio); *Philippines* (Bach Macaraya); *Pologne* (Marek Pliszkiwicz); *Royaume-Uni* (Mark Freedland); *Fédération de Russie* (Janna Gorbatcheva); *Slovénie* (Polonia Koncar); *République tchèque* (Marcela Kubincová); *Trinité-et-Tobago* (Roodal Moonilal); *Uruguay* (Antonio Grzetich et Hugo Fernández Brignoni) et *Venezuela* (Oscar Hernández Alvarez et Jaqueline Richter Duprat). En 2000-01, lorsque la question a été inscrite à l'ordre du jour de la Conférence en vue d'une discussion générale, une nouvelle série d'études a été organisée: *Afrique du Sud* (Marlea Clarke avec Shane Godfrey et Jan Theron); *Bulgarie* (Ivan Neykov); *Costa Rica* (Fernando Bolaños Céspedes); *El Salvador* (Carolina Quinteros et Dulceamor Navarrete); *Finlande* (Mari Leisti; en collaboration avec Heli Ahokas et Jorma Saloheimo); *Irlande* (Ivana Bacik); *Jamaïque* (Orville W. Taylor); *Panama* (Rolando Murgas Torrazza et Vasco Torres de León); *Sri Lanka* (R.K. Suresh Chandra) et *Thaïlande* (Charit Meesit). La plupart de ces études peuvent être consultées à l'adresse: http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/ll/er_back.htm. Dans le présent rapport, le nom du pays sera mentionné en italique pour renvoyer à ces études. Le deuxième rapport sur l'Afrique du Sud est mentionné comme *Afrique du Sud 2002*.

Elles ont mis en évidence les carences de la réglementation du champ d'application de la relation de travail et ont confirmé l'ampleur et les incidences des problèmes liés à l'absence de protection des travailleurs.

16. A sa 91^e session (juin 2003), la Conférence a consacré une discussion générale au champ de la relation de travail. Durant cette discussion, beaucoup de délégués ont souligné que le concept de relation de travail est commun à l'ensemble des systèmes et traditions juridiques. Il existe dans la législation du travail et les conventions collectives des droits qui sont propres aux travailleurs qui sont liés par une relation de travail. L'une des conséquences associées aux changements de la structure du marché du travail et de l'organisation du travail, ainsi qu'à la mauvaise application de la loi, est qu'il y a de plus en plus de travailleurs qui, bien qu'étant des salariés, sont privés de la protection attachée à la relation de travail. Gouvernements, employeurs et travailleurs ont déclaré partager un même souci, à savoir que la législation du travail s'applique à tous les travailleurs qui sont liés par une relation de travail et que les diverses modalités selon lesquelles un travail est exécuté puissent s'inscrire dans un cadre juridique adapté.

17. Dans ses conclusions concernant la relation de travail⁹, la Conférence a reconnu que la protection des travailleurs est au cœur du mandat de l'OIT et que, dans le cadre de l'Agenda du travail décent, tous les travailleurs, quel que soit leur statut, devraient travailler dans des conditions décentes et dans la dignité.

18. La Conférence a indiqué que l'OIT devrait envisager d'adopter une réponse internationale à ce sujet et qu'une recommandation serait une réponse appropriée. Cette recommandation devrait être axée sur la question des relations de travail déguisées et sur la nécessité de disposer de mécanismes garantissant que les personnes engagées dans une relation de travail ont accès à la protection qui leur est due au niveau national. Elle devrait proposer des orientations aux Etats Membres sans donner de définition universelle du contenu de la relation de travail. Elle devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la diversité des traditions en matière de relations économiques, sociales, juridiques et professionnelles, ainsi que de la dimension relative à l'égalité entre les hommes et les femmes. Cette recommandation devrait éviter tout conflit avec les relations contractuelles authentiquement indépendantes ou véritablement commerciales et promouvoir la négociation collective et le dialogue social, en tant que moyen d'apporter des solutions aux problèmes au niveau national; à cet égard, elle devrait prendre en considération les évolutions récentes de la relation de travail.

La relation de travail et le droit

19. La *relation de travail* est une notion juridique sur laquelle repose le fonctionnement du marché du travail dans beaucoup de pays. C'est ce qui a notamment été confirmé par les discussions de la Conférence internationale du Travail sur le «travail en sous-traitance» en 1997 et 1998, par les discussions qui ont conduit à l'adoption de la convention (n° 181) sur les agences d'emploi privées, 1997, par les études nationales conduites par le BIT, par la Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection, et par la discussion générale que la Conférence a consacrée en 2003 au champ de la relation de travail. Cela se reflète aussi dans bon nombre de normes internationales du travail: certaines conventions et recommandations

⁹ BIT: *Compte rendu provisoire* n° 21, Conférence internationale du Travail, 91^e session, Genève, 2003, pp. 21/56-62.

de l'OIT visent tous les travailleurs sans distinction tandis que d'autres portent expressément sur les travailleurs indépendants ou travailleurs à leur compte ou s'appliquent uniquement aux personnes qui sont parties à une relation de travail.

20. La relation de travail reste le cadre le plus important du travail dans beaucoup de pays¹⁰. En outre, une étude publiée en 2000 montre que, dans les pays industrialisés notamment, la relation de travail n'est pas seulement prédominante, elle est aussi durable, bien que l'on entende souvent dire que les grands changements qui sont intervenus ont réduit la stabilité et accru la flexibilité numérique¹¹. Une autre étude, publiée en 2001, aboutit à des résultats analogues pour six pays en transition¹².

21. La situation varie bien entendu selon les pays. Là où l'économie formelle n'absorbe qu'une très petite partie de la population et où le nombre de travailleurs indépendants est d'autant plus grand que le taux de chômage est élevé, la réalité tend à être différente. Toutefois, même dans ce cas, les salariés peuvent former une forte proportion des travailleurs.

22. L'émergence, un peu partout, de nouvelles formes d'emploi est fréquemment évoquée dans le contexte des changements apportés à l'organisation du travail et de sa flexibilisation. Toutefois, ces nouvelles formes d'emploi peuvent être comprises de différentes manières et avoir différentes significations, notamment sous l'angle juridique. C'est pourquoi il y a lieu de faire ici une importante distinction.

23. Une personne peut travailler, soit dans le cadre d'une relation de travail, sous l'autorité d'un employeur et contre rémunération, soit dans le cadre d'une relation civile/commerciale, de manière indépendante et contre des honoraires. Chacune de ces relations a certaines caractéristiques qui varient d'un pays à l'autre et qui déterminent dans quelle mesure le travail relève d'une relation de travail ou d'une relation civile/commerciale.

24. Dans certains pays et dans certains secteurs plus que dans d'autres, la relation de travail s'est diversifiée. Elle est devenue multiforme et, à côté des salariés à plein temps traditionnels, les employeurs recourent de plus en plus à des travailleurs selon d'autres modalités qui leur permettent d'utiliser leur travail le plus efficacement possible. Beaucoup de gens acceptent un emploi de courte durée ou acceptent de travailler certains jours de la semaine, faute d'autres possibilités. Dans d'autres cas, ces options conviennent à la fois aux travailleurs et à l'entreprise. Le recours à différents types d'emploi est en soi une réponse légitime aux défis que doivent relever les entreprises et répond aux besoins de certains salariés qui aspirent à plus de flexibilité. Ces différentes formes d'emploi se situent *dans le cadre* de la relation de travail.

25. Parallèlement, il existe des relations contractuelles civiles ou commerciales dans le cadre desquelles une entreprise peut avoir recours aux services de travailleurs indépendants dans des conditions qui diffèrent de celles qui s'appliquent à la relation de travail. Le recours à ces arrangements contractuels se développe depuis quelques années. D'un point de vue juridique, il se situe *hors du cadre* de la relation de travail.

¹⁰ Voir annexe 3.

¹¹ P. Auer et S. Cazes: «L'emploi durable persiste dans les pays industrialisés», *Revue internationale du Travail* (Genève), vol. 139 (2000), n° 4, pp. 427-459.

¹² S. Cazes et A. Nesporova: «Trop grande insécurité de l'emploi dans les économies en transition?», *Revue internationale du Travail* (Genève), vol. 140 (2001), n° 3, pp. 345-380, et tableau 4.

26. La détermination de l'existence d'une relation de travail devrait être guidée par les *faits* et non par la dénomination ou la forme convenue par les parties. L'existence d'une relation de travail dépend de certaines conditions objectives et non pas de la manière dont l'une ou l'autre des parties ou les deux décrivent leur relation. C'est le principe de la *réalité des faits*. Ce principe, expressément consacré par le système juridique de certains pays, est aussi fréquemment appliqué par les juges en l'absence de réglementation explicite.

27. Plusieurs *facteurs*¹³ sont utilisés dans beaucoup de pays pour déterminer l'existence d'une relation de travail. Ces facteurs varient mais certains des plus couramment employés sont le degré de subordination vis-à-vis de l'employeur, le fait de travailler au profit d'un tiers et l'obligation de suivre des instructions. Dans certains cas, la législation va plus loin et classe parmi les salariés des travailleurs dont la situation peut être ambiguë ou présume que, dans leur cas, il y a bien relation de travail. A l'inverse, la législation peut préciser que certains arrangements contractuels ne sont pas des relations de travail.

28. Certains systèmes juridiques utilisent divers *indicateurs* pour déterminer si les facteurs pertinents sont présents et donc s'il existe une relation de travail. Ces indicateurs sont notamment les suivants: quel est le degré d'intégration dans une organisation? Qui contrôle les conditions de travail? Des outils, matériaux ou machines, ou une formation sont-ils fournis? La rémunération est-elle versée périodiquement et constitue-t-elle une part importante du revenu des travailleurs? Dans les pays de *common law*, les juges se fondent sur certains critères découlant de la jurisprudence (par exemple le contrôle, l'intégration dans l'entreprise, la réalité économique, le risque financier, la réciprocité des obligations). Dans tous les systèmes, le juge doit en principe statuer en considération des faits, quelle que soit la manière dont les parties conçoivent ou décrivent leur relation contractuelle.

29. L'existence d'un cadre juridique réglementant la fourniture de travail n'exclut évidemment pas des désaccords lorsqu'il s'agit de déterminer dans tel ou tel cas s'il existe ou non une relation de travail. De fait, les litiges sont fréquents en raison de la prolifération et de la grande diversité des situations dans lesquelles le statut du travailleur n'est pas clair.

La relation de travail et la protection des travailleurs

Contexte de l'absence de protection

30. La réunion d'experts de mai 2000 a insisté sur l'absence de protection des travailleurs dans les cas où ils ne sont pas couverts par la législation qui délimite le champ de la relation de travail. Le contexte dans lequel est apparue cette absence de protection varie considérablement d'une région et d'un pays à l'autre mais, dans tous les cas, il est lié à des changements importants de la structure de l'emploi. Certains de ces

¹³ Dans beaucoup de pays, on utilise indifféremment les mots *facteurs*, *indicateurs* et *critères*, sans les distinguer clairement. Dans le présent rapport, nous utiliserons le mot *facteurs* pour désigner les éléments qualitatifs qui peuvent prouver l'existence d'une relation de travail. Le mot *indicateurs* sera utilisé pour désigner les circonstances qui peuvent aider à vérifier si, dans le cas considéré, ces *facteurs* sont présents. Cette distinction est établie à des fins méthodologiques et se reflète dans le questionnaire qui accompagne le présent rapport.

changements sont associés à la mondialisation¹⁴, à l'évolution technologique et aux transformations de l'organisation et du fonctionnement des entreprises, qui vont souvent de pair avec des restructurations dans un environnement extrêmement concurrentiel. La Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation indique que «la mondialisation a déclenché toute une série de changements de grande ampleur auxquels personne n'échappe»¹⁵. Les avantages qui résultent de ces changements sont très inégaux selon les pays, les secteurs et les entreprises¹⁶.

31. L'évolution de la situation des travailleurs et les licenciements en masse, notamment dans les pays en développement ou en transition, sont fréquemment associés à de grandes crises financières, à la dette extérieure, aux programmes d'ajustement structurel et aux privatisations. Ces réalités se sont traduites par une réduction radicale des capacités financières de ces pays et par une détérioration de l'emploi et des conditions de travail. Dans ce contexte, la croissance de l'économie informelle et de l'emploi non déclaré a été particulièrement significative.

32. La structure de la main-d'œuvre a aussi changé sous l'effet des migrations entre pays et entre secteurs de l'économie¹⁷. D'autres facteurs ont joué: importance croissante du secteur des services, augmentation du taux d'activité des femmes, meilleures qualifications des jeunes générations dans certains pays, déqualification des travailleurs dans d'autres. L'évolution des modes de vie, des niveaux d'instruction et des aspirations conduit aussi certains travailleurs à souhaiter plus de flexibilité. Ces mutations influent inévitablement sur l'attitude des travailleurs et sur la façon dont ils s'y prennent pour trouver un emploi et le conserver.

33. Pour leur part, beaucoup d'entreprises ont organisé leurs activités de manière à utiliser la main-d'œuvre d'une façon de plus en plus diversifiée et sélective, en proposant des contrats de divers types, en décentralisant leurs activités au bénéfice de sous-traitants ou de travailleurs indépendants, ou en recourant à des agences de travail temporaire. Cette politique est favorisée par un progrès technique rapide et par la mise en œuvre de nouveaux systèmes de gestion répondant aux exigences nouvelles de la concurrence. Cette flexibilité a fréquemment été précédée ou accompagnée de réformes législatives et

¹⁴ Pour la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation, les principales caractéristiques de la mondialisation sont «la libéralisation du commerce international, l'expansion des IDE et l'émergence de mouvements financiers transfrontières massifs». Voir *Une mondialisation juste: Créer des opportunités pour tous*, rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation (Genève, BIT, 2004), p. 27.

¹⁵ *Ibid.*, p. x.

¹⁶ En ce qui concerne l'impact de ces changements sur les différentes régions, voir rapport de la Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation (Genève, 2004); D. Dollar et A. Kraay: *Trade, growth, and poverty*, World Bank Policy Research Department Working Paper n° 2615 (Washington, DC, Banque mondiale, 2001); K. Watkins: «Making globalization work for the poor», *Finance and Development* (Washington, DC), vol. 39, n° 1, mars 2002; P. Warr: *Poverty incidence and sectoral growth: Evidence from Southeast Asia*, WIDER Discussion Paper n° 2002/20 (Helsinki, Université des Nations Unies, World Institute for Development Economics Research, fév. 2002); E. Lee: *La crise financière asiatique: Les enjeux d'une politique sociale* (Genève, BIT, 1998); T. Ademola Oyejide: «Globalisation and its economic impact: An African perspective», dans l'ouvrage publié sous la direction de J. Semboja, J. Mwapachu et E. Jansen: *Local perspectives on globalisation: The African case* (Dar es-Salaam, Mkuki na Nyota Publishers, 2002); S. da Silva: *Is globalization the reason for national socioeconomic problems?* (Genève, BIT, 2001).

¹⁷ Les travailleurs migrants ont fait l'objet d'une discussion générale à la session de 2004 de la Conférence internationale du Travail. Voir BIT: *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, rapport VI, Conférence internationale du Travail, 92^e session, Genève, 2004.

institutionnelles visant à renforcer l'offre et la demande de main-d'œuvre ou à promouvoir le travail indépendant afin de stimuler la création d'emplois.

Répercussions du manque de protection

34. Bien entendu, ce sont avant tout les travailleurs et leurs familles qui souffrent des conséquences du manque de protection. Toutefois, l'absence de droits ou de garanties des travailleurs peut aussi être contraire aux intérêts de l'entreprise et avoir des effets négatifs sur la société. On notera par ailleurs que certains signes semblent indiquer que les changements touchent davantage les femmes que les hommes. Les travailleurs concernés, outre qu'ils perdent les droits conférés par la législation du travail, éprouvent des difficultés à obtenir la protection des services d'inspection compétents ou à recourir aux tribunaux du travail. Dans beaucoup de pays, ils sont complètement exclus de la sécurité sociale ou se situent en marge de celle-ci, de sorte que les prestations qu'ils reçoivent sont inférieures à celles dont bénéficient les travailleurs ayant le statut de salariés.

35. Le manque de protection des travailleurs peut également être défavorable aux employeurs dans la mesure où cette situation nuit à la productivité et fausse la concurrence au niveau national, sectoriel ou international, et cela souvent au détriment de ceux qui respectent la loi¹⁸. L'absence de certaines garanties juridiques peut également donner lieu à des décisions judiciaires qui attribuent à des travailleurs indépendants la qualité de salariés, ce qui peut avoir de lourdes conséquences financières pour les entreprises. Par ailleurs, les travailleurs qui n'ont aucune perspective de stabilité ou d'avancement peuvent difficilement se sentir liés à l'entreprise, ce qui risque d'entraîner une rotation du personnel de plus en plus rapide et coûteuse.

36. Une autre dimension du problème est que l'on tend à délaissier la formation, y compris la formation à des tâches comportant des risques. Les entreprises peuvent hésiter à investir dans la formation de travailleurs qui ne resteront sans doute pas longtemps à leur service. Celles qui ont recours à des sous-traitants ne sont guère incitées à former les travailleurs ainsi recrutés, sauf dans des cas très particuliers¹⁹. Les travailleurs non formés risquent plus que les autres d'être victimes d'accidents et peuvent nuire à la compétitivité de l'entreprise. En outre, le manque d'investissement dans la formation peut avoir un effet négatif sur la compétitivité du pays. Enfin, l'image négative de certains secteurs où beaucoup de travailleurs ne sont pas protégés fait qu'ils ont du mal à recruter du personnel et à le conserver. Le bâtiment est l'un de ces secteurs.

37. Le manque de protection des travailleurs peut également avoir des effets sur la sécurité et la santé des tiers et de la société en général. Certains accidents tels que ceux

¹⁸ Le problème de la concurrence est expressément mentionné dans la première convention collective nationale signée en décembre 2000 en Italie pour régir le cas des travailleurs non salariés dans le secteur des études de marché. Les parties s'y engagent à mettre en place des garanties pour les travailleurs et les entreprises afin de protéger les travailleurs et de décourager le recours à des travailleurs en situation irrégulière, ce qui fausse la concurrence. Voir «Agreement signed for atypical workers in market research», *European Industrial Relations Observatory On-line (Eironline)*, <http://www.eiro.eurofound.ie/2001/01/inbrief/IT0101171N.html>.

¹⁹ Pour remédier aux difficultés d'accès à la formation des travailleurs du bâtiment, diverses dispositions ont été proposées. Voir BIT: *L'industrie de la construction au XXI^e siècle: Image de marque, perspectives d'emploi et qualifications professionnelles*, rapport soumis aux fins de discussion à une réunion tripartite organisée à Genève en 2001, document TMCIT/2001. Voir <http://www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/techmeet/tmcit01/tmcitr.pdf>.

causés par des poids lourds²⁰ ou certains accidents industriels majeurs se sont soldés par de lourdes pertes humaines et par des dommages à l'environnement. Un lien entre les risques d'accident et le manque de protection des travailleurs s'observe également dans des situations où l'on a beaucoup recours à la sous-traitance²¹. Le problème ne tient pas à la sous-traitance mais à sa mauvaise utilisation, qui peut créer ou aggraver les risques.

38. Le manque de protection peut aussi avoir de lourdes conséquences financières (cotisations de sécurité sociale et impôts non payés)²². Aux Etats-Unis, par exemple, selon les estimations de la direction du Trésor, le classement incorrect de travailleurs dépendants (salariés) dans la catégorie des indépendants entraîne chaque année une perte de quelque 2,6 milliards de dollars de cotisations non payées à la sécurité sociale, au système de santé Medicare et au régime fédéral d'assurance chômage, ainsi qu'une perte de 1,6 milliard de dollars d'impôts sur le revenu non payés. En définitive, la protection est nécessaire non seulement parce qu'elle profite aux travailleurs et aux entreprises, mais également pour le bien public.

Incertitudes de la législation

39. Les différends concernant la nature juridique d'une relation visant la fourniture d'un travail sont de plus en plus fréquents. La relation de travail peut être *objectivement ambiguë* ou *déguisée*. Dans l'un et l'autre cas, il existe une incertitude quant au champ d'application de la loi, ce qui peut réduire la protection à néant.

40. Les problèmes auxquels sont confrontés les travailleurs en cas de relation de travail «triangulaire» soulèvent des questions juridiques différentes. Il s'agit de travailleurs employés par une entreprise (l'entreprise «prestataire») qui exécutent un travail pour un tiers (l'entreprise «utilisatrice») auquel leur employeur fournit de la main-d'œuvre ou des services. Le statut de ces salariés ne souffre d'aucune ambiguïté mais ils ont souvent du mal à établir qui est leur employeur, quels sont leurs droits et qui est responsable vis-à-vis d'eux.

41. Les changements de statut juridique des travailleurs, qu'ils soient réels ou apparents, semblent être un signe des temps et s'observent couramment non seulement

²⁰ Par exemple, l'une des études nationales mentionne une collision entre un semi-remorque et deux voitures, qui a entraîné la mort de 6 personnes en Australie en 1999. Cet accident était dû à l'extrême fatigue du conducteur qui conduisait sous l'effet de stimulants qui lui avaient été remis par son employeur et par un collègue. La conduite pendant de longues heures dépassant la durée autorisée par la réglementation en vigueur faisait partie de la politique de l'entreprise de transport. Voir *Australie* (p. 65). Le non-respect de la réglementation a aussi été invoqué à propos d'une collision de camions ayant fait 11 victimes dans le tunnel du Saint-Gothard, en Suisse, le 24 octobre 2001. Voir International Road Transport Union (IRU), communiqué de presse n° 625, du 30 octobre 2001. Voir aussi: «Gothard: les camionneurs européens dénoncent leurs moutons noirs», *Le Temps* (Genève), 31 oct. 2001.

²¹ Le 21 septembre 2001, l'explosion du complexe chimique AZF à Toulouse a tué 30 personnes. Des centaines d'autres ont été blessées et des milliers d'habitations ont été endommagées. La commission d'enquête a évoqué les «sous-traitances en cascade» comme facteur aggravant le risque d'accident industriel majeur. Elle a proposé, entre autres, que cette pratique soit interdite dans les complexes industriels à haut risque et que les conditions de travail et la protection du personnel externe soient améliorées. Voir Assemblée nationale: *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur*, n° 3559, 29 janv. 2002 (<http://www.assemblee-nationale.fr/Rap-enq/r3559/r3559-01.asp>). A la suite de cet accident, une loi sur la prévention des risques technologiques et naturels et la réparation des dommages a été adoptée en 2003 (n° 2003-699, 30 juillet 2003), qui modifie le Code du travail.

²² Voir United States General Accounting Office: *Contingent workers: Incomes and benefits lag behind those of rest of workforce*, GAO/HEHS-00-76, juin 2000, <http://www.gao.gov/new.items/he00076.pdf>.

dans des secteurs traditionnels tels que le transport (camionneurs, chauffeurs de taxi), le bâtiment ou l'habillement mais aussi dans de nouveaux secteurs (par exemple, vendeurs des grands magasins, grande distribution, agences de sécurité privées), même si les différences sont considérables d'un pays et d'une région à l'autre.

La relation de travail objectivement ambiguë

42. Dans une relation de travail normale, le statut du travailleur ne soulève pas en principe de question. Dans certains cas, toutefois, un travailleur peut bénéficier d'une large marge d'autonomie et ce facteur à lui seul peut jeter un doute sur son statut du point de vue de l'emploi. Dans certaines situations, les principaux facteurs qui caractérisent la relation de travail ne sont pas clairement apparents. Il n'y a pas volonté délibérée de dissimulation mais plutôt un doute réel quant à l'existence d'une relation de travail. Cette situation peut résulter de la forme particulièrement complexe de la relation entre le travailleur et la personne à qui il fournit son travail, ou de l'évolution de cette relation dans le temps. Par exemple, des personnes qui exercent en principe à titre indépendant, comme des électriciens, des plombiers ou encore des programmeurs, peuvent, avec le temps, finir par travailler en permanence pour un seul client.

43. Dans d'autres cas, notamment dans des milieux de travail qui ont connu des changements majeurs, il est possible, voire nécessaire, de recourir à toute une série de formules d'emploi flexibles et dynamiques qu'il peut être difficile de faire rentrer dans le cadre traditionnel de la relation de travail. Il se peut qu'une personne soit engagée à distance pour effectuer un travail donné, sans que le nombre d'heures ou de jours de travail soit fixé, avec un type de rémunération spécial, et qu'elle soit laissée pleinement libre d'organiser son travail. Les travailleurs peuvent même ne jamais mettre les pieds dans l'entreprise si, par exemple, ils sont engagés et travaillent via Internet et sont payés par l'intermédiaire d'une banque. Toutefois, et peut-être du fait qu'ils utilisent du matériel fourni par l'entreprise, suivent ses instructions et sont soumis à un contrôle subtil mais rigoureux, il arrive que l'entreprise les considère tout naturellement comme des salariés. L'apparition de «cyberpigistes» est un autre phénomène qui remet en cause le cadre traditionnel de l'emploi²³.

44. A mi-chemin entre l'emploi indépendant et l'emploi salarié se situent les travailleurs «économiquement dépendants» qui sont en principe des indépendants mais qui dépendent en fait de quelques «clients», voire d'un seul. Ces situations ne sont pas faciles à décrire, et encore moins à quantifier, en raison de leur hétérogénéité et du manque de définitions et d'outils statistiques.

45. Dans le cas où il est clair que le contrat est destiné à obtenir les services d'un travailleur indépendant, il est dans l'intérêt de l'employeur de s'assurer qu'il n'y a pas de confusion quant au statut de celui-ci car sa responsabilité pourrait être engagée si les autorités aboutissaient à la conclusion que le travailleur en question est en réalité un salarié²⁴.

²³ Voir L. Karoly et C. Panis: *The 21st century at work: Forces shaping the future workforce and workplace in the United States* (Santa Monica, Californie, RAND, 2004).

²⁴ Voir, par exemple, S. Fishman: *Hiring independent contractors: The employer's legal guide*, 4^e édition (Berkeley, Nolo, 2003).

La relation de travail déguisée

46. Déguiser une relation de travail consiste à lui donner une apparence différente de la réalité afin d'annuler ou de diminuer la protection assurée par la loi ou d'échapper à la fiscalité et aux obligations en matière de sécurité sociale. Il s'agit donc d'un acte qui vise à dissimuler ou à déformer la relation de travail en la revêtant d'un autre aspect juridique ou en lui donnant une autre forme. La relation de travail déguisée peut aussi correspondre à une situation où l'on dissimule l'*identité de l'employeur* en désignant comme l'employeur un intermédiaire, afin de libérer l'employeur véritable de toute implication dans la relation de travail et surtout de toute responsabilité vis-à-vis des travailleurs.

47. La façon la plus radicale de déguiser une relation de travail consiste à lui conférer l'apparence d'une relation de *nature juridique différente*, qu'elle soit civile, commerciale, familiale ou autre. Certaines des modalités contractuelles les plus fréquemment utilisées pour déguiser la relation de travail consistent en toute une gamme de contrats civils et commerciaux qui peuvent lui donner l'apparence du travail indépendant.

48. La deuxième manière de déguiser la relation de travail consiste à agir sur la *forme* de cette relation. L'existence d'une relation de travail n'est pas remise en question mais la nature de cette relation est délibérément présentée de façon trompeuse afin de refuser certains droits et prestations aux travailleurs. Aux fins du présent rapport, cette manipulation est considérée comme créant une autre forme de relation de travail déguisée ayant pour résultat de priver de protection les travailleurs en question. C'est ce qui se produit par exemple lorsqu'un contrat est conclu pour une période déterminée ou pour l'exécution d'une tâche précise mais qu'il est renouvelé de façon répétée, avec ou sans interruption. L'effet le plus visible de ce type de manipulation est que le travailleur est privé des droits et prestations que la législation du travail ou la négociation collective assure aux salariés.

49. La tendance à remplacer le contrat de travail par d'autres types de contrat de façon à ne pas accorder la protection prévue par la convention (n° 158) sur le licenciement, 1982, a été relevée par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations en 1995²⁵.

La relation de travail «triangulaire»

50. Comme cela a été indiqué plus haut, une relation de travail «triangulaire» est constituée lorsqu'un salarié d'une entreprise (l'entreprise «prestataire») effectue une tâche pour un tiers (l'entreprise «utilisatrice»). De nombreux types de contrats peuvent être utilisés pour établir en bonne et due forme un accord de prestation de travail. Ces contrats peuvent être avantageux pour les travailleurs du prestataire en ce qui concerne les débouchés, l'expérience et l'intérêt professionnel. Toutefois, du point de vue juridique, ils peuvent présenter des difficultés d'ordre technique puisque les travailleurs intéressés peuvent être en rapport avec deux interlocuteurs ou davantage qui, chacun, assument certaines des fonctions d'un employeur traditionnel.

51. Bien sûr, il existe aussi des cas de *relations de travail «triangulaires» déguisées ou objectivement ambiguës*. Une relation de travail «triangulaire» suppose normalement l'existence d'un contrat civil ou commercial entre l'utilisateur et le prestataire. Or il se

²⁵ BIT: *Protection contre le licenciement injustifié*, rapport III (partie 4B), Conférence internationale du Travail, 82^e session, Genève, 1995, paragr. 56.

peut qu'il n'y ait pas de contrat de ce type et que le prestataire ne soit pas une entreprise à proprement parler mais un *intermédiaire* de l'utilisateur supposé, l'objectif étant de cacher l'identité de l'utilisateur en tant que véritable employeur.

52. La relation de travail «triangulaire» a toujours existé mais elle est en expansion. Les études nationales ont mis en évidence la tendance des entreprises, dans beaucoup de pays, à déployer leurs activités par le biais d'autres entreprises ou en collaboration avec elles. En pareil cas, des travailleurs fournis par différentes entreprises peuvent travailler dans les locaux de l'utilisateur ou à l'extérieur, voire à l'étranger.

53. La relation de travail «triangulaire» peut revêtir diverses formes. La plus connue est le recours à des sous-traitants et à des agences d'emploi privées. Autre modalité très fréquente: le franchisage. Dans ce cas, une entreprise autorise une autre entreprise ou un particulier à utiliser, en principe de façon indépendante, sa marque ou ses produits. Toutefois, le franchisé a des obligations financières envers le franchiseur, lequel exerce normalement un contrôle sur le franchisé, y compris sur son personnel.

54. Dans une relation de travail où le travailleur a un seul interlocuteur, l'identité de l'employeur ne fait habituellement pas de doute: il s'agit de la personne qui a engagé le travailleur ou qui remplit les fonctions normales de l'employeur: assigner des tâches, garantir les moyens de le faire, donner des instructions, superviser l'accomplissement du travail, payer les salaires, assumer les risques, faire des bénéfices, mettre un terme à la relation de travail, etc. La situation peut être différente dans une relation de travail «triangulaire» où ces rôles sont assumés séparément ou conjointement par plusieurs personnes, l'une ou plusieurs d'entre elles pouvant être considérées comme étant l'employeur. En pareil cas, le travailleur peut donc raisonnablement se demander qui est son employeur. En particulier, il peut ne pas savoir exactement à qui demander le paiement de sa rémunération ou d'une indemnisation en cas d'accident du travail ou s'il peut se retourner contre l'utilisateur au cas où l'employeur direct disparaît ou devient insolvable. Les doutes quant à l'identité de l'employeur ou à la place de l'utilisateur dans la relation de travail conduisent à se poser des questions essentielles dans le cadre d'une relation de travail «triangulaire»: Quels sont les droits du travailleur? S'agit-il des droits dont il est convenu avec son employeur (l'entreprise prestataire), de ceux des personnes employées par l'utilisateur ou d'une conjugaison des deux?

55. Les travailleurs peuvent se demander qui est responsable de leurs droits. Logiquement – et c'est normalement ce que la loi prévoit –, c'est l'employeur le premier responsable, qu'il s'agisse d'un sous-traitant, d'une agence d'emploi, d'une coopérative ou de tout autre type d'entreprise ou d'entité. Cela étant, l'utilisateur peut jouer un rôle crucial dans le respect de ces droits (temps de travail, pauses, congés payés, etc.). Il arrive que la législation donne aussi, dans une certaine mesure, cette responsabilité à l'utilisateur puisqu'il bénéficie directement des services du travailleur et que, souvent, il apparaît être l'employeur ou quelqu'un d'analogue. Selon les cas et la législation nationale, l'employeur (ou prestataire) et l'utilisateur ont des responsabilités conjointes et diverses. Ainsi, le travailleur peut faire valoir ses droits devant l'un ou l'autre, ou les deux, sans distinction. Dans d'autres cas, l'utilisateur a une responsabilité subsidiaire: une action ne peut être intentée contre lui que si le prestataire n'a pas tenu ses engagements. Un certain nombre d'instruments de l'OIT traitent de cette question ²⁶.

²⁶ Par exemple, la convention (n° 94) sur les clauses de travail (contrats publics), 1949, prévoit un certain nombre de garanties pour les travailleurs des entreprises engagées par les pouvoirs publics. La convention (n° 162) sur

56. Déterminer l'identité de l'employeur et des autres parties à la relation de travail «triangulaire», les droits des travailleurs et l'identité des personnes responsables du respect de ces droits soulève des problèmes juridiques difficiles. L'important est de veiller à ce que, dans ce type de relation, les travailleurs jouissent du niveau de protection que la loi prévoit habituellement pour les travailleurs liés par une relation de travail bilatérale, sans pour autant entraver les initiatives légitimes des entreprises privées ou publiques.

57. En résumé, en cas de relation de travail «triangulaire», les travailleurs sont souvent en présence de multiples interlocuteurs. Il est essentiel qu'ils sachent qui est l'employeur, quels sont leurs droits et qui est responsable de ces droits. Il importe de déterminer le rôle de l'utilisateur vis-à-vis des salariés de l'entreprise prestataire. Il convient d'envisager cette question de façon équilibrée et constructive en tenant compte des difficultés juridiques qui se posent et des intérêts légitimes qui existent.

Rapprocher la loi et la réalité

58. Il importe de combler l'écart qui se creuse de plus en plus entre la loi et la réalité de la relation de travail. L'objectif devrait être d'actualiser et de préciser la législation de façon à pouvoir reconnaître plus facilement l'existence d'une relation de travail et à dissuader les parties d'essayer de dissimuler cette relation. Vu la prolifération des situations dans lesquelles la relation de travail est déguisée ou objectivement ambiguë, ainsi que des relations «triangulaires», les Etats Membres pourraient, en collaboration avec les partenaires sociaux, réexaminer leur législation de manière à en déceler les lacunes éventuelles compte tenu de leurs problèmes particuliers et du droit comparé. Ils pourraient ensuite préciser la nature et l'étendue des mesures à prendre. Il serait alors possible d'instaurer un processus dynamique de mise à jour continue de la législation qui régit la relation de travail.

Clarifier le champ d'application de la législation

59. Dans un premier temps, il s'agirait de clarifier, de compléter et de définir de façon aussi précise que possible le champ d'application de la législation. A cet égard, il serait sans doute utile d'étudier les formes les plus courantes de relation de travail déguisée et les cas où il est le plus difficile de savoir si l'on est en présence d'un contrat de travail ou d'un contrat civil ou commercial. Il s'agirait de remédier aux lacunes techniques de la législation de façon à pouvoir traiter les cas de relation de travail objectivement ambiguë et à s'attaquer au phénomène de la relation de travail déguisée. Pour ce qui est des relations «triangulaires», il faudrait rendre la législation plus claire afin que les salariés sachent qui est l'employeur, quels sont leurs droits et qui est responsable vis-à-vis d'eux.

l'amiante, 1986, établit que, chaque fois que plusieurs employeurs se livrent simultanément à des activités sur un même lieu de travail, ils doivent collaborer en vue d'appliquer les mesures prescrites de protection, sans préjudice de la responsabilité de chacun d'eux à l'égard de la sécurité et de la santé des travailleurs qu'ils emploient. La convention (n° 167) sur la sécurité et la santé dans la construction, 1988, établit une obligation analogue et précise les obligations et responsabilités des employeurs. Elle définit le terme «employeur» qui désigne l'entrepreneur principal, l'entrepreneur ou le sous-traitant. On trouve des dispositions semblables dans les conventions (n° 148) sur le milieu de travail (pollution de l'air, bruit et vibrations), 1977, (n° 152) sur la sécurité et l'hygiène dans les manutentions portuaires, 1979, (n° 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981, et (n° 176) sur la sécurité et la santé dans les mines, 1995. En outre, la convention (n° 177) sur le travail à domicile, 1996, se réfère aux obligations respectives des employeurs et des intermédiaires, et la convention (n° 181) sur les agences d'emploi privées, 1997, traite des responsabilités de ces agences et des entreprises utilisatrices en ce qui concerne les travailleurs des agences.

60. On trouve dans le droit comparé toutes sortes de notions et concepts qui ont trait à ce que l'on entend par relation de travail ainsi qu'une description des différents facteurs et indicateurs utilisés pour établir l'existence de cette relation. Il existe en outre des mécanismes et institutions chargés de faire appliquer la loi et de garantir les droits des travailleurs. D'une façon générale, ils permettent une bonne application de la réglementation de la relation de travail, de sorte que l'on peut d'ordinaire déterminer le statut du travailleur. Toutefois, la loi ne traite pas de ces différents aspects de la même manière ni avec la même précision ou la même efficacité dans tous les pays (voir chapitre II).

Ajuster les limites de la législation

61. Cet effort de clarification ne suffira peut-être pas pour régler les cas qui se situent hors du champ d'application actuel de la législation. Il faudra aussi en ajuster les limites, ce qui peut se faire de diverses façons. Premièrement, dans le cas de la relation de travail objectivement ambiguë, caractérisée par le fait que les éléments de la relation de travail ou certains d'entre eux sont flous ou absents, il faut adapter la législation de façon à pouvoir identifier plus clairement la relation de travail lorsqu'elle existe. Deuxièmement, on peut étendre la législation de façon à y inclure des catégories de salariés ou des secteurs qui sont explicitement ou implicitement exclus de son champ d'application. Ces exclusions concernent souvent les salariés des petites entreprises et des micro-entreprises ainsi que de certaines zones franches d'exportation. En outre, il y a des pays où la législation du travail n'est applicable qu'à certains salariés, auquel cas des mesures pourraient être prises pour promouvoir progressivement une application plus générale de cette législation. Troisièmement, même si le champ d'application de la loi est adéquat, il peut être interprété de façon étroite par les tribunaux. Le développement de facteurs et indicateurs servant à déterminer l'existence d'une relation de travail permettrait de rendre plus cohérentes et prévisibles les décisions judiciaires.

L'équilibre entre équité et adaptabilité

62. Le manque de protection des travailleurs soulève des questions d'équité, d'une part, et de flexibilité ou d'adaptabilité, de l'autre. Il importe de rechercher un équilibre entre ces deux facteurs dans le cadre d'un dialogue social visant à aboutir à un large consensus. Les employeurs sont en permanence confrontés à des problèmes de survie dans un environnement mondial concurrentiel et recherchent, comme c'est leur droit, des solutions viables parmi toutes les options offertes par les différentes formes d'emploi. D'un autre côté, les entreprises sont dans l'impossibilité d'améliorer leur productivité si leur personnel est peu qualifié, démotivé et instable.

63. L'équilibre entre l'équité et l'adaptabilité est au cœur même de l'Agenda du travail décent, cadre permettant de concilier les différents intérêts et de parvenir à un consensus par le dialogue social. Les pays ont adopté diverses solutions institutionnelles et politiques pour concilier ces intérêts divergents. Par exemple, un certain nombre de pays d'Europe ont cherché à éviter les situations dans lesquelles la flexibilité entraîne l'insécurité pour favoriser des solutions où la sécurité favorise la flexibilité²⁷.

²⁷ P. Auer: *La reprise de l'emploi en Europe: l'exemple de l'Autriche, du Danemark, de l'Irlande et des Pays-Bas* (Genève, BIT, 2002).

Respect et mise en application de la loi

64. Le problème de la relation de travail objectivement ambiguë, déguisée ou «triangulaire» ne saurait toutefois être imputé seulement à un manque de clarté ou au champ d'application trop restreint de la loi. Il existe un autre phénomène dont les conséquences sont particulièrement graves dans certains pays: le non-respect de la loi et l'insuffisance de sa mise en application.

65. Le non-respect de la loi est un phénomène particulièrement répandu dans les pays en développement, encore qu'il s'observe également dans les pays industriels. Les études confirment une opinion courante, à savoir que les mécanismes traditionnels conçus pour assurer l'application de la législation du travail ne sont pas utilisés comme il faudrait. En particulier, les mécanismes et procédures permettant de déterminer s'il existe une relation de travail et de préciser l'identité des parties sont généralement insuffisants pour prévenir les infractions ou sauvegarder les droits des travailleurs. Ces problèmes sont particulièrement aigus dans l'économie informelle.

66. L'application de la législation du travail par les autorités administratives et judiciaires se heurte à des contraintes financières dans la plupart des pays. En outre, les pouvoirs restreints de ces autorités et l'inefficacité des mécanismes d'application qui existent empêchent souvent ces autorités de faire leur travail.

67. Les inspecteurs du travail rencontrent souvent des difficultés énormes pour s'acquitter de leur tâche. Dans certains pays, la probabilité qu'un inspecteur vienne visiter une entreprise donnée, décèle des lacunes, impose des mesures correctives et les fasse appliquer est très faible, voire inexistante. Les grandes entreprises posent des problèmes particuliers, ainsi que les entreprises éloignées et, pour différentes raisons, les petites et micro-entreprises. La situation est encore plus incertaine quant aux possibilités d'action des inspecteurs du travail en cas de relation de travail déguisée objectivement ambiguë, même dans les pays où les inspecteurs possèdent les pouvoirs nécessaires pour identifier le problème et y remédier.

68. En principe, tous les travailleurs ont accès aux tribunaux. En fait, dans certains pays, les obstacles sont de taille, et rares sont les travailleurs qui peuvent se permettre d'entamer des procédures longues, coûteuses et à l'issue incertaine. Plus rares encore, naturellement, sont les travailleurs qui, ayant un emploi, saisissent les tribunaux au sujet de leur statut.

69. Pour une meilleure protection des travailleurs dans le cadre d'une relation de travail, il faut que les mécanismes et institutions chargés d'assurer l'application de la législation du travail fonctionnent efficacement. Chaque pays devrait, en fonction des lacunes éventuelles de son système juridique et de l'organisation ou du fonctionnement de ses institutions du travail, envisager de rationaliser l'inspection du travail et de la rendre plus efficace en la dotant de pouvoirs de conseil et de surveillance adaptés aux nécessités de notre époque.

Chapitre II

Analyse comparative des tendances et problèmes de la réglementation

70. Le présent chapitre donne une vue d'ensemble de la manière dont les aspects généraux de la relation de travail sont réglementés dans différents pays et s'attache en particulier à décrire le champ de cette relation. Il se fonde sur un examen de la législation de plus de 60 Etats Membres de l'OIT¹. Cette analyse comparative développe et complète les informations sur le droit et la pratique figurant dans le rapport soumis à la 91^e session de la Conférence internationale du Travail (2003)². Le présent chapitre contient aussi d'autres informations utiles au sujet du type de mesures réglementaires que les Etats Membres pourraient envisager d'adopter lorsqu'ils élaborent et mettent en œuvre une politique en matière de relations de travail.

Le droit et la relation de travail

71. Dans de nombreux pays, la législation du travail contient des dispositions relatives à la relation de travail et, en particulier, à son champ. Malgré certaines similitudes, les législations nationales du travail ne couvrent pas toutes le sujet de manière exhaustive ou identique. Certaines dispositions réglementent le contrat de travail en tant que contrat spécifique, en précisant sa définition, les différentes parties et leurs obligations respectives. D'autres visent à faciliter la reconnaissance de l'existence d'une relation de travail et prévoient des mécanismes administratifs et judiciaires permettant de veiller au respect de la loi et d'en assurer l'application.

72. D'une manière générale, la relation de travail établit un lien juridique entre la personne qui effectue le travail et la personne au profit de laquelle ce travail est effectué contre rémunération, sous certaines conditions fixées par la législation et la pratique nationales.

73. Certaines législations définissent le contrat de travail comme le cadre de cette relation et précisent également ce que l'on entend par salarié et par employeur³. Un

¹ Voir à l'annexe 4 la liste des législations nationales.

² BIT: *Le champ de la relation de travail*, *op. cit.*

³ Voir, par exemple, les études nationales suivantes: *Afrique du Sud* (pp. 10-13); *Argentine* (p. 2); *Brésil* (pp. 16-17); *Cameroun* (p. 11); *Chili* (p. 9); *République de Corée* (pp. 3-6); *Costa Rica* (pp. 2; 7-9; 45); *El Salvador* (pp. 6-7); *Inde* (pp. 6-8; 10-14; 19); *Iran*; *République islamique d'* (p. 7); *Italie* (p. 2); *Jamaïque* (pp. 8-9); *Maroc* (pp. 2-5); *Mexique* (p. 9); *Nigéria* (p. 7); *Panama* (pp. 6-8; 17-19); *Pérou* (pp. 6-12); *Pologne* (pp. 2; 11); *Royaume-Uni* (p. 9); *Fédération de Russie* (pp. 2; 12); *République tchèque* (p. 4); *Trinité-et-Tobago* (pp. 15-17, 27-30); *Venezuela* (pp. 6-12) (<http://ilo.org/english/dialogue/ifpdial/11/er.htm>).

sous-traitant ou une agence de placement peut entrer dans la définition de l'«employeur», et la loi peut imposer certaines obligations à l'utilisateur de leurs services.

74. Dans bon nombre de pays, la législation comporte une définition du contrat de travail portant sur le fond, formulée de manière à établir quels sont les *facteurs* constitutifs d'un tel contrat et, partant, ce qui le distingue d'autres contrats similaires. Dans d'autres pays, en revanche, la législation est moins détaillée et le soin de déterminer s'il existe un contrat de travail est laissé en grande partie à la jurisprudence.

Définitions portant sur le fond

75. Les lois qui contiennent des définitions portant sur le fond disposent essentiellement que le contrat de travail est un accord par lequel une personne s'engage à effectuer un travail pour une autre personne moyennant le paiement d'une rémunération et à des conditions déterminées. Certains *facteurs* sont utilisés pour déterminer si un contrat est ou non un contrat de travail; la description de ces facteurs varie d'un pays à l'autre par la formulation et le niveau de détail.

76. En Argentine et en El Salvador, par exemple, la loi stipule que le travail est exécuté dans des conditions de *dépendance* par rapport à l'employeur; au Chili, l'expression utilisée est *dépendance et subordination*; au Panama, *subordination ou dépendance*; en Colombie, *dépendance ou subordination permanentes*; au Costa Rica, *dépendance permanente et direction directe ou déléguée*; au Nicaragua, *subordination* vis-à-vis d'un employeur; au Mexique et au Pérou, l'expression utilisée est *travail subordonné*; au Venezuela, *travail pour un tiers et dans des conditions de dépendance par rapport à celui-ci*⁴. En France, la jurisprudence a conclu que le contrat de travail implique des prestations effectuées par des personnes, directement ou par une personne interposée, pour un donneur d'ouvrage *dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination à l'égard de celui-ci*⁵. D'autres législations évoquent un travail effectué selon des réglementations internes ou sous la supervision de l'employeur⁶.

77. Les législations du Bénin, du Burkina Faso, du Congo, du Gabon, du Niger et du Rwanda, notamment, ainsi que le Code du travail du Portugal, énoncent que le travail effectué dans le cadre d'un contrat de travail est exécuté sous *la direction et/ou l'autorité* de l'employeur. On trouve d'autres variantes de ces *facteurs* en Finlande, où la législation fait état de travail effectué sous *la direction et le contrôle* de l'employeur; à Bahreïn et au Qatar, de travail exécuté sous *la direction ou la surveillance* de l'employeur; en Tunisie, sous *la direction et le contrôle* de l'employeur; et, au Maroc, sous *la direction* de l'employeur. En Angola et au Botswana, un contrat de travail est réputé exister si le travailleur effectue le travail sous les *ordres* de l'employeur; en Slovénie, l'expression utilisée est *conformément aux instructions et sous le contrôle de l'employeur*⁷.

⁴ Voir respectivement Argentine, LCT, art. 21; El Salvador, art. 17; Chili, art. 7; Panama, art. 62; Colombie, art. 22.1 et art. 23.1; Costa Rica, art. 18; Nicaragua, art. 19; Mexique, art. 20; Pérou, LPCL, art. 4; Venezuela, art. 67.

⁵ Code du travail, 65^e édition (Paris, Dalloz, 2003), p. 23. Voir également Estonie, art. 1.

⁶ Lettonie, art. 28(2); Lituanie, art. 93; Fédération de Russie, art. 56.

⁷ Voir Bénin, art. 9; Burkina Faso, art. 10; République démocratique du Congo, art. 7(c); Gabon, art. 18; Niger, art. 37; Rwanda, art. 5; Portugal, art. 10; Finlande, chap. 1, art. 1; Qatar, art. 1.9; Bahreïn, art. 38; Tunisie, art. 6; Maroc, art. 6; Angola, art. 53(2)(f); Botswana, art. 2; Slovénie, art. 4. Pour une définition du travail dépendant dans les pays de l'Union européenne, voir le tableau comparé dans R. Pedersini: «Travailleurs économiquement

78. Les *facteurs* les plus couramment utilisés pour déterminer si le travail est effectué dans le cadre d'un contrat de travail sont donc la *dépendance* et la *subordination*, ou le travail effectué sous la *direction*, l'*autorité*, la *surveillance* ou le *contrôle* de l'employeur, ou conformément à ses *ordres* ou *instructions* ou pour le *compte de l'employeur*. Certains systèmes juridiques utilisent les termes *dépendance* et *subordination* soit comme alternative, soit ensemble, tantôt avec des sens différents, tantôt comme synonymes.

79. Au Panama, par exemple, la législation attribue un sens différent à chaque terme, et chacun est assorti d'un qualificatif différent: *subordination juridique* et *dépendance économique*. Par *subordination juridique*, on entend que l'employeur ou son/ses représentant(s) direct(s) dirige(nt) ou est(son)t susceptible(s) de diriger l'exécution du travail. Une *dépendance économique* est réputée exister lorsque les montants reçus par le travailleur forment sa source de revenu unique ou principale, lorsque ces montants sont versés par une personne ou une entreprise suite à l'activité du travailleur, et lorsque celui-ci ne jouit pas de l'autonomie économique et est, sur le plan économique, lié à la sphère d'activité dans laquelle opère la personne ou l'entreprise qui peut être considérée comme l'employeur. Il est intéressant de noter qu'en cas de doute la *dépendance économique* peut être utilisée comme *facteur* pour déterminer s'il existe une relation de travail⁸.

80. Au Costa Rica et au Panama, la législation admet qu'il existe des degrés dans la subordination, puisqu'elle reconnaît qu'il peut y avoir une relation de travail même dans les cas de subordination «minimale» ou «restreinte»⁹.

81. Dans certains pays, le Code du travail définit non seulement le contrat de travail mais aussi la relation de travail, par laquelle on entend le fait d'effectuer un service, quelle que soit la nature de l'accord qui régit son exécution¹⁰. Dans la législation d'un des pays, le contrat de travail est placé dans le contexte plus large de la relation de travail¹¹. Le Code du travail du Panama stipule qu'une relation de travail a le même effet qu'un contrat de travail¹².

Définitions descriptives

82. Dans d'autres pays, principalement ceux de *common law*, le contrat de travail est simplement décrit sans faire référence aux facteurs qui en font un contrat de travail. Au Kenya, il est défini comme un contrat en vertu duquel une personne convient de travailler comme salarié; au Nigéria, comme le fait d'être au service d'un employeur comme travailleur ou, au Lesotho et en Indonésie, comme un contrat entre un employeur et un salarié; en Irlande et en Nouvelle-Zélande, comme un contrat de service; en République de Corée, comme un contrat en vertu duquel une personne s'engage à

dépendants, droit du travail et relations industrielles», *Observatoire européen des relations industrielles on-line*, <http://www.eiro.eurofound.ie/2002/05/study/TNO2051015.html>.

⁸ Panama, art. 64 et 65.

⁹ Afin d'accroître la portée de la législation du travail, l'existence d'une relation de travail est reconnue même dans des cas de «subordination minimale» au *Costa Rica* (pp. 3 et 62) et de «subordination restreinte ou diffuse» au *Panama* (pp. 7 et 13).

¹⁰ Argentine, LCT, art. 23; Mexique, art. 20; Panama, art. 62.

¹¹ Venezuela, Titre II.

¹² Panama, art. 62.

travailler contre rémunération¹³. Au Cambodge et en Chine, il a été défini comme un contrat entre un travailleur et un employeur qui établit une relation de travail¹⁴. En Malaisie, un contrat de service est défini comme un accord par lequel une personne accepte d'en employer une autre en tant que salarié, lequel accepte de servir son employeur¹⁵.

83. Toutefois, même les pays dont la législation ne contient pas de définition portant sur le fond de la relation ou du contrat de travail peuvent avoir des dispositions qui donnent une idée claire des conditions dans lesquelles un travailleur est lié par une telle relation ou un tel contrat de travail. Par exemple, les dispositions qui régissent les devoirs d'un travailleur comprennent souvent l'obligation de respecter les ordres et les instructions de l'employeur – ce qui est une caractéristique de l'emploi salarié – et cela fournit un indicateur important pour déterminer l'existence d'un contrat de travail¹⁶.

Les parties à une relation de travail

84. Dans beaucoup d'Etats, la législation définit également les parties à la relation ou au contrat de travail et, dans certains cas, cette définition sert à répéter ou à préciser les conditions auxquelles le travail est effectué dans la relation de travail.

Le salarié ou travailleur

85. Le terme «travailleur» est souvent utilisé pour désigner une personne qui fournit des services dans le cadre d'une relation de travail encore que, à proprement parler, ce terme générique peut aussi désigner les travailleurs indépendants. Au Chili, un «travailleur» est par définition une personne qui travaille dans des conditions de *dépendance ou de subordination*; au Mexique, une personne qui effectue un *travail personnel en situation de subordination* ou, au Nicaragua, sous la *direction de l'employeur et en situation de subordination directe ou déléguée par rapport à lui*¹⁷.

86. Par contre, dans les pays où les définitions descriptives sont la règle, la législation énonce simplement qu'un salarié est une personne qui travaille pour un employeur. Au Lesotho, par exemple, on entend par salarié toute personne qui travaille en n'importe quelle qualité au titre d'un contrat conclu avec un employeur; en Thaïlande, une personne qui convient d'effectuer un travail pour un employeur contre salaire, quelle que soit la désignation utilisée pour décrire son statut; en Australie, toute personne dont l'activité habituelle est celle d'un salarié, à l'exclusion d'une personne qui effectue un stage en vue d'une formation professionnelle; au Pakistan, toute personne ne relevant pas de la définition d'employeur qui est employée directement ou par l'entremise d'un sous-traitant dans un établissement ou une industrie contre rémunération ou gratification, que les conditions d'emploi soient explicites ou implicites; au Royaume-Uni, une personne qui a conclu un contrat de travail ou travaille au titre d'un tel contrat (ou a travaillé au titre d'un tel contrat si l'emploi a cessé)¹⁸. Dans ces cas, une définition

¹³ Voir Kenya, art. 2; Nigéria, art. 91(1); Lesotho, art. 3; Indonésie, art. 1(14); Irlande, art. 2(1); Nouvelle-Zélande, art. 5; République de Corée, art. 17.

¹⁴ Cambodge, art. 65; Chine, art. 16.

¹⁵ Malaisie, art. 2(1).

¹⁶ Voir par exemple Angola, art. 53 (2)(f); Slovaquie, art. 32.

¹⁷ Chili, art. 3; Mexique, art. 8; Nicaragua, art. 6.

¹⁸ Voir respectivement Lesotho, art. 3; Thaïlande, art. 5; Australie, art. 4(1); Pakistan, art. 2; Royaume-Uni, Employment Rights Act, 1996, art. 230(1). Pour d'autres définitions des termes «travailleur» ou «salarié», voir

renvoie à une autre, et aucune ne définit le terme avec précision. Il est dès lors d'autant plus important dans ces pays que la jurisprudence établit les *facteurs* et les *indicateurs* qui distinguent un contrat ou une relation de travail et identifient ses parties. Ce qui est remarquable, c'est la convergence importante entre les systèmes juridiques de différents pays, s'agissant de la manière dont ils traitent cet aspect et d'autres de la relation de travail, même entre pays qui ont des traditions juridiques différentes ou qui sont situés dans différentes régions du monde.

87. En tout état de cause et quelle que soit la définition utilisée, le concept de travailleur dans une relation de travail doit être vu par opposition à celui de travailleur indépendant ou non dépendant; au Chili, par exemple, un travailleur indépendant est par définition une personne qui, dans l'exercice de son activité, ne dépend pas d'un employeur ou n'a pas de travailleurs qui dépendent de lui¹⁹.

L'employeur

88. Certaines lois se bornent à définir l'employeur comme la personne qui emploie le travailleur ou utilise ses services, éventuellement dans le cadre d'un contrat de travail²⁰. Au Venezuela, l'employeur est une personne responsable d'une entreprise ou d'un lieu de travail où des travailleurs effectuent leur travail. Au Brésil, l'employeur est défini plus précisément comme celui qui assume le risque d'entreprise, embauche, paie la rémunération et dirige l'exécution de services²¹. Au Viet Nam, l'employeur est défini par trois fonctions: embaucher et employer un salarié et lui verser un salaire²².

89. En Espagne, la loi cite aussi expressément les employeurs dont l'activité légale est la fourniture de main-d'œuvre. Est employeur ou chef d'entreprise toute personne morale ou physique ou toute société en copropriété qui reçoit des services exécutés par des travailleurs employés par une tierce personne et qui sont intégrés dans l'organisation et relèvent de sa direction, ainsi que les personnes engagées afin d'être proposées à des entreprises utilisatrices par des entreprises de travail temporaire établies légalement²³.

90. Au Royaume-Uni, la définition contenue dans la législation est la suivante: le terme «employeur», par rapport à un salarié ou un travailleur, s'entend de la personne qui emploie le salarié ou le travailleur (ou l'employait si l'emploi a cessé)²⁴.

91. Aux Philippines, la législation définit l'employeur de travailleurs à domicile par rapport à certains aspects spécifiques qui ont trait à la situation de l'employeur et par rapport à la relation de l'employeur avec le travailleur. Dans ce contexte, on entend par «employeur» toute personne physique ou morale qui, pour son propre compte ou

Botswana, art. 2; Kenya, art. 2; Maurice, art. 2; Nigéria, art. 91(1); Zambie, art. 3(1); Irlande, art. 2(1); Slovaquie, art. 5(1); Bangladesh, art. 2; Pays-Bas, Code civil, art. 7:659; Nouvelle-Zélande, art. 6; Philippines, art. 13; Sri Lanka, art. 2(1); Trinité-et-Tobago, art. 5.2(1).

¹⁹ Chili, art. 3c.

²⁰ Argentine, LCT, art. 26; Canada, Code du travail, art. 3; Chili, art. 3; Colombie, art. 22(2); Costa Rica, art. 2; Mexique, art. 10; Nicaragua, art. 8; Panama, art. 87; Bahreïn, art. 1; République démocratique du Congo, art. 7(b); Ghana, art. 175; République islamique d'Iran, art. 3; Qatar, art. 1.4; Thaïlande, art. 5; Malaisie, art. 2(1); Nouvelle-Zélande, art. 5; Lettonie, art. 4; Slovaquie, art. 5(2).

²¹ Brésil, art. 2; Venezuela, art. 49.

²² Viet Nam, art. 6.

²³ Charte des travailleurs, art. 1(2).

²⁴ Employment Rights Act 1996, art. 230(4).

bénéfice ou au nom de toute personne domiciliée en dehors des Philippines, directement ou indirectement ou par l'entremise de tout salarié, agent, entrepreneur, sous-traitant ou de toute autre personne, livre ou fait livrer ou vend tous biens ou articles à transformer dans ou à proximité d'un domicile pour être ensuite restitués, écoulés ou distribués conformément à ses instructions, puis les rachète lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers après transformation²⁵.

92. Certaines définitions de l'employeur désignent la personne qui conclut le contrat avec le travailleur et peuvent, dans ce cas, désigner également une personne qui représente l'employeur. Au Botswana, par exemple, l'employeur est défini comme étant la personne qui a conclu un contrat de travail en vue d'obtenir les services de toute personne, y compris l'Etat ou une autorité publique, ou la personne qui est propriétaire, exploitant actuel ou gestionnaire responsable de l'établissement, du commerce ou de l'entreprise de tout type dans lequel le salarié est engagé²⁶.

93. Dans d'autres pays, la loi mentionne explicitement les représentants de l'employeur et établit une distinction entre ceux-ci et les employeurs²⁷.

Etablir l'existence d'une relation de travail

94. Même lorsque la législation contient des dispositions claires qui régissent la relation de travail, il peut être difficile, voire impossible, d'établir si, dans un cas précis, il existe effectivement une relation de travail. Dans bien des cas, un travailleur ne saisira pas les tribunaux tant que le contrat de travail est en vigueur de crainte de perdre son emploi et, lorsque le contrat expire, il peut être encore plus difficile de rassembler et de soumettre des éléments de preuve.

95. Lorsque l'on compare les législations, on constate que plusieurs moyens différents sont utilisés pour alléger la charge de la preuve pour le travailleur et faciliter, pour le juge, l'établissement de l'existence d'une relation de travail. Le plus important est peut-être l'application universelle du principe dit «de réalité des faits».

Le principe de *réalité des faits*

96. Comme indiqué au chapitre premier, l'existence d'une relation de travail doit être déterminée d'après la *réalité* de ce qui a été effectivement convenu et exécuté par les parties et non d'après la façon dont l'un ou l'autre, ou les deux, décrivent leur relation. C'est ce que l'on appelle en droit le principe de *réalité des faits*²⁸.

97. En règle générale, le juge doit statuer en considération des faits. Par exemple, dans beaucoup de pays, la loi prévoit que le contrat de travail peut être explicite ou implicite²⁹. Prévoir la possibilité d'un contrat implicite équivaut à donner du poids aux

²⁵ Omnibus Rules Implementing the Labor Code, Rule XIV, art. 2(b).

²⁶ Botswana, art. 2. Pour des définitions similaires, voir Lesotho, art. 3; Nigéria, art. 91(1); Bangladesh, art. 2.

²⁷ Mexique, art. 11; Panama, art. 88; Venezuela, art. 50.

²⁸ Voir *Allemagne* (pp. 4; 39); *Argentine* (p. 14); *Cameroun* (p. 15); *Chili* (p. 20); *République de Corée* (p. 4); *Costa Rica* (p. 3); *Etats-Unis* (p. 96); *France* (p. 33); *Mexique* (p. 10); *Pakistan* (p. 4); *Panama* (p. 9); *Pérou* (p. 8); *Pologne* (p. 2); *Royaume-Uni* (pp. 33-34); *Fédération de Russie* (p. 35); *Slovénie* (p. 9); *Trinité-et-Tobago* (pp. 18; 20; 30-32); *Uruguay* (p. 6). En *Italie* (p. 10), les juges semblent accorder plus de poids aux intentions réelles des parties.

²⁹ Voir notamment *Ghana*, art. 175; *Irlande*, art. 2(1); *Kenya*, art. 2; *Lesotho*, art. 3; *Malaisie*, art. 2(1); *Malawi*, art. 3; *Maurice*, art. 2; *Sri Lanka*, art. 2(1); *Thaïlande*, art. 5; *Zambie*, art. 3(1).

faits qui entourent l'accord conclu entre l'employeur et le travailleur lorsque cet accord n'existe pas par écrit et aussi, probablement, dans les cas où les faits constituent une réalité différente de ce qui pourrait figurer dans un contrat écrit. L'idée d'un contrat implicite est en train de gagner en importance dans la jurisprudence³⁰.

98. D'autres lois définissent le travailleur comme une personne qui s'engage à placer son activité professionnelle sous la direction et l'autorité d'un employeur contre rémunération et précisent en outre que, pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne doit être tenu compte ni du statut juridique de l'employeur ni de celui du travailleur³¹. De même, un autre code du travail prévoit que, dans les cas où il a été établi en justice qu'un contrat civil régit effectivement les relations de travail entre le salarié et l'employeur, les dispositions de la législation du travail s'appliquent à ces relations³².

99. En ce qui concerne la rémunération – un des éléments essentiels du contrat de travail –, la loi s'applique en Finlande même en l'absence de tout accord au sujet de la rémunération si les *faits* indiquent que l'intention n'était pas de faire effectuer le travail sans rémunération³³.

100. Pour établir les faits, certains systèmes juridiques se fondent sur divers *indicateurs* pour déterminer s'il existe ou non une relation de travail. Il s'agit notamment du fait que le travailleur obéit aux instructions de l'employeur ou est à sa disposition, et de l'inégalité socio-économique entre les parties³⁴.

³⁰ Voir plus loin sous *Fourniture de main-d'œuvre au titre de contrats commerciaux*, un exemple concernant le Royaume-Uni.

³¹ Voir Bénin, art. 2; Burkina Faso, art. 1; Cameroun, art. 1(2); Gabon, art. 1; Niger, art. 2.

³² Voir Fédération de Russie, art. 11.

³³ Finlande, chap. 1, art. 1.

³⁴ Voir *Italie* (pp. 5-12). En *République de Corée*, une décision de 1994 de la Cour suprême énumère les facteurs suivants: «... l'employeur détermine la nature du travail; le salarié est soumis à une réglementation; l'employeur contrôle concrètement et individuellement l'exécution du travail; le salarié peut faire exécuter son travail par un tiers; la possession de diverses matières premières ou d'outils de travail; la nature de la rémunération du travail; l'existence d'un salaire de base ou fixe; la perception d'un impôt sur le revenu à la source; la poursuite de la fourniture de main-d'œuvre et le contrôle exclusif de l'employeur; la reconnaissance du statut de salarié par d'autres lois telles que la loi sur la prévoyance sociale et les situations économique et sociale des deux parties». Au *Panama* (pp. 14-17), les facteurs suivants sont mentionnés: 1) existence manifeste d'une relation de travail; 2) indicateurs qui par eux-mêmes ne caractérisent pas une relation de travail; 3) facteurs qui, pris conjointement, peuvent exclure la relation de travail; 4) critères apparents d'exclusion d'une relation de travail qui, toutefois, ne sont pas suffisants pour exclure totalement la possibilité de l'existence d'une telle relation. Aux *Pays-Bas*, «lors de la détermination de la nature réelle de la relation de travail, le juge pourrait tenir compte des indicateurs suivants: les heures de travail et le lieu de travail sont fixés par l'employeur; l'employeur donne des instructions contraignantes au sujet du contenu, de l'exécution et de l'organisation concrète du travail, ou a le pouvoir de le faire; les absences doivent être signalées à l'employeur; l'employeur tient un registre des vacances et des congés; le travailleur reçoit un salaire mensuel ou hebdomadaire fixe; le travailleur est rémunéré pendant les congés de maladie; le travailleur est censé assister aux réunions du personnel/fait partie de l'organisation des travailleurs; les travailleurs reçoivent des instructions concernant les vêtements; le travailleur n'est pas propriétaire des matériaux et du matériel utilisés pour le travail; le travail est effectué sous la direction et la supervision de l'employeur; le travailleur doit être appelable à tout moment par l'employeur; le travailleur est tenu d'effectuer le travail en personne (...). Les juges mentionnent habituellement un certain nombre d'indicateurs pour fonder leur décision ...». C. Bosse: *The scope of the employment relationship in the Netherlands* (Université de Tilbourg, 2004), document non publié, pp. 5-6. Voir également les indicateurs de dépendance ou de subordination juridique ou économique, et l'indépendance, en *Argentine* (pp. 15-17), en *République islamique d'Iran* (pp. 8-11), au *Japon* (p. 10), au *Maroc* (pp. 5-8), au *Pérou* (pp. 6-8), en *Fédération de Russie* (pp. 12, 35-37), en *Uruguay* (pp. 2-4).

101. Dans les pays de *common law*, les juges fondent leurs décisions sur certains critères élaborés par la jurisprudence, par exemple les critères du contrôle, de l'intégration dans l'entreprise, de la réalité économique (qui supporte le risque financier?) et de la réciprocité des obligations ³⁵.

102. Certains systèmes juridiques vont même jusqu'à prévoir des dispositions pour lutter contre la dissimulation ou la fraude afin que le principe de *réalité des faits* l'emporte, dans l'intérêt du travailleur et/ou des institutions fiscales ou de sécurité sociale. Au Panama, par exemple, le Code du travail prévoit que, pour établir s'il y a ou non relation de travail ou pour déterminer quels sont les sujets d'une telle relation, les contrats fictifs ne peuvent être pris en compte, pas plus que la participation d'intermédiaires comme employeurs allégués ni la création ou l'exploitation d'une entité juridique fictive en tant qu'employeur. Il dispose en outre que, lorsqu'une entité juridique tente d'échapper à ses obligations par l'usage de faux ou de documents contrefaits ou en créant ou exploitant une entité juridique, le travailleur employé par cette entité peut également faire valoir ses droits en matière de travail à l'encontre des actionnaires, des associés ou des membres de ladite entité. La loi stipule encore que la participation simulée d'une entité juridique à l'exécution du service ou du travail n'empêche pas que la personne physique concernée soit considérée comme un travailleur ³⁶. En Argentine, un contrat est nul s'il a été conclu sur la base d'une fraude ou en éludant frauduleusement la législation du travail, soit en simulant des conditions contractuelles qui ne relèvent pas d'un contrat de travail, soit en recourant à des intermédiaires ou par tout autre moyen; dans ces cas, la relation reste régie par la loi sur les contrats de travail ³⁷. En Argentine toujours, la loi mentionne spécialement le recours frauduleux au système coopératif en vue d'éluder l'application de la législation du travail et encourage la régularisation de la relation de travail tout en dissuadant de s'y soustraire en prévoyant des amendes et, en cas d'observation spontanée, des exemptions de cotisations et d'amendes ³⁸. Au Chili, outre la responsabilité solidaire, la loi prévoit l'application d'amendes à l'employeur qui simule l'embauche de travailleurs par l'intermédiaire de tiers ou à toute autre personne qui utilise tout subterfuge pour dissimuler, déguiser ou modifier son identité ou son capital afin de se soustraire à ses obligations en matière de main-d'œuvre et de sécurité sociale. La loi définit dans ces cas le subterfuge comme toute modification par la mise en place de sociétés distinctes, la création d'identités juridiques séparées, la fragmentation de l'entreprise ou d'autres mesures qui entraînent une diminution ou la perte des droits individuels ou collectifs des travailleurs. De plus, le délai pour introduire un recours et faire valoir ses droits à cet égard a été porté à cinq ans ³⁹. Enfin, certaines lois protègent les travailleurs à domicile, même lorsque la relation avec l'employeur consiste en l'achat de matières premières à l'employeur par le travailleur et en la vente au premier des produits fabriqués au moyen

³⁵ *Royaume-Uni* (p. 6). Voir également *Australie* (pp. 29-30); *Etats-Unis* (pp. 55-62); *Inde* (pp. 19-20); *Jamaïque* (p. 10); *Nigéria* (p. 15); *Pakistan* (p. 4); *Trinité-et-Tobago* (pp. 18-19).

³⁶ Panama, art. 63, 92 et 93.

³⁷ Argentine, LCT, art. 14. De même, voir Brésil, art. 9; El Salvador, art. 17; et Mexique, art. 256, s'agissant du secteur des transports routiers.

³⁸ Argentine, loi nationale sur l'emploi, art. 2(j), 7, 8 et 12.

³⁹ Chili, art. 478.

de ces matières premières comme s'il s'agissait d'une opération commerciale de vente et d'achat⁴⁰.

Détermination par la loi

103. Certains systèmes juridiques vont plus loin et décrivent certaines situations potentiellement ambiguës ou controversées comme des relations de travail, soit de manière générale, soit à certaines conditions, ou présument du moins qu'il s'agit de relations de travail.

104. En Espagne, par exemple, la loi considère que les sportifs professionnels ont une relation de travail particulière lorsqu'ils se livrent volontairement et régulièrement, contre rémunération, à la pratique d'un sport pour le compte et dans le cadre de l'organisation d'un organisme ou d'un club sportif et sous sa direction. Inversement, les personnes qui se livrent à la pratique d'un sport dans un club et sont uniquement défrayées pour les dépenses encourues dans le cadre de la pratique de ce sport ne sont pas couvertes par la loi⁴¹. Il en va de même pour les artistes du spectacle qui s'engagent dans une relation avec un organisateur de spectacles ou un imprésario pour son compte et sous sa direction et son organisation⁴².

105. En France, les catégories suivantes sont présumées avoir une relation de travail sous certaines conditions: artistes du spectacle (comme en Espagne), mannequins, journalistes professionnels, voyageurs, représentants et placiers⁴³. La loi mexicaine contient des dispositions similaires pour les représentants de commerce, les courtiers en assurances, les voyageurs de commerce, les promoteurs des ventes et les catégories assimilées⁴⁴. Au Mexique et au Panama, la loi mentionne divers travailleurs des transports publics (chauffeurs, conducteurs de machine, conducteurs, etc.)⁴⁵.

106. Le Code français du travail va plus loin encore et protège certains travailleurs, qu'ils aient ou non un contrat de travail, sous réserve que leur activité réponde à certaines conditions⁴⁶.

107. Dans certains cas, la législation précise si un type déterminé de travail est exclu de son champ d'application ou s'il donne lieu ou non à un contrat de travail, selon les conditions dans lesquelles il est effectué. Au Chili, par exemple, le travail à domicile est

⁴⁰ El Salvador, art. 71; Mexique, art. 312; Venezuela, art. 293.

⁴¹ Espagne, Charte des travailleurs, art. 2(1)(d), et décret royal 1006/1985 du 26 juin réglementant la relation de travail particulière des sportifs professionnels.

⁴² Espagne, Charte des travailleurs, art. 2(1)(e) et décret royal 1435/1985 réglementant la relation de travail particulière des artistes du spectacle.

⁴³ France, art. L.761-2, L.762-1, L.763-1 et L.751-1. Le Code du travail attribue expressément le statut de salariés à certains travailleurs tels que les travailleurs à domicile, les journalistes indépendants et les acteurs qui, en raison de leurs conditions particulières de travail, pourraient être considérés comme des travailleurs indépendants (L.721-1, L.721-6, L-761-1).

⁴⁴ Mexique, art. 285.

⁴⁵ Mexique, art. 256; Panama, art. 245. Au *Panama* (pp. 9-14), les personnes suivantes sont considérées comme étant des salariés économiquement dépendants: métayers et fermiers; agents commerciaux, vendeurs et travailleurs assimilés à l'exception de ceux qui n'exécutent pas le travail en personne ou seulement occasionnellement; artistes, musiciens et conférenciers; chauffeurs de moyens de transport; enseignants; marchands de crèmes glacées et assimilés; travailleurs des coopératives, et apprentis. On retrouve la même définition large, par exemple au Queensland, *Australie* (pp. 68-69), dans la loi de 1999 sur les relations professionnelles.

⁴⁶ France, art. L.781-1 et L. 782-1.

réputé être un emploi s'il n'est ni discontinu, ni sporadique; par contre, le travail fait par des personnes qui effectuent un travail ou des services directement pour le public, ou le travail à domicile qui est effectué de manière discontinue ou sporadique, n'est pas considéré comme donnant lieu à un contrat de travail, pas plus que le travail effectué par un étudiant ou un diplômé de l'enseignement supérieur ou de l'enseignement secondaire professionnel et technique pendant une durée déterminée en vue de remplir une obligation de travail pratique, même si l'entreprise où le travail est effectué assure la nourriture et le transport ou verse une allocation en lieu et place de ces avantages⁴⁷. La législation mexicaine contient des dispositions similaires concernant les travailleurs à domicile⁴⁸. En Finlande, la législation précise que le simple fait que le travail est exécuté au domicile du salarié ou dans un endroit choisi par lui, ou exécuté en utilisant les outils et les machines du salarié ne fait pas obstacle à l'application de la loi⁴⁹.

108. En Colombie, les vendeurs de polices d'assurance, d'obligations d'épargne et de tickets de paris peuvent être ou non des salariés, selon qu'ils ont signé un contrat de travail ou qu'ils recourent à leurs propres moyens, ne sont pas dépendants d'une entreprise et ont un contrat de type commercial⁵⁰.

109. Inversement, la législation peut préciser que certaines formes d'emploi ne sont pas des relations de travail⁵¹, ou exclure certaines catégories du champ de ces relations, tandis que d'autres lois autorisent l'Etat à décréter de telles exclusions. Le cas le plus courant est l'exclusion totale ou partielle des fonctionnaires et des travailleurs assimilés⁵²; moins souvent, celle des travailleurs du secteur public. Certaines lois mentionnent également le travail ou les services forcés ou le travail effectué par les détenus⁵³; les activités ordinaires non professionnelles⁵⁴; les gens de maison et les personnes assimilées⁵⁵; les membres de coopératives⁵⁶. En Espagne, la législation exclut les consultants en affaires, le travail effectué par amitié, spontanément ou par sympathie, l'activité commerciale et le travail effectué par des membres de la famille, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il s'agit de salariés⁵⁷. Certains pays ont exclu les entreprises comptant moins d'un certain nombre de travailleurs du champ d'application

⁴⁷ Chili, art. 8.

⁴⁸ Mexique, art. 311-316.

⁴⁹ Finlande, chap. 1, art. 1.

⁵⁰ Colombie, art. 94-97, et 97B.

⁵¹ Au Panama (p. 30), par exemple, les travailleurs à domicile ne sont pas considérés comme des travailleurs liés par une relation de travail et sont dès lors exclus du champ d'application de la législation du travail. Loi n° 1 du 17 mars 1986 promulguant des normes du travail pour promouvoir l'emploi et la productivité ainsi que d'autres réglementations, art. 7.

⁵² Par exemple Bahreïn, art. 2; Bénin, art. 2; Cambodge, art. 1; Cameroun, art. 1(3); Chili, art. 1; El Salvador, art. 2; Gabon, art. 1; Ghana, art. 1; Kenya, art. 1; Lesotho, art. 2; Malawi, art. 2; Pakistan, art. 1; Panama, art. 2; Qatar, art. 3(1); Viet Nam, art. 4.

⁵³ Espagne, Charte des travailleurs, art. 1(3)(b); Finlande, chap. 1, art. 2; Estonie, art. 7.

⁵⁴ Finlande, chap. 1, art. 2.

⁵⁵ Bahreïn, art. 2; Qatar, art. 3(4).

⁵⁶ Angola, art. 1(5); Brésil, art. 442, qui précise qu'il n'existe pas de relation de travail entre une coopérative, quel que soit son secteur d'activité, et ses membres, ou entre ceux-ci et les utilisateurs des coopératives; Colombie, loi portant révision de la législation sur les coopératives, art. 59; Viet Nam, art. 4.

⁵⁷ Espagne, Charte des travailleurs, art. 1(3).

de la législation sur la relation de travail ou de certaines de ses dispositions⁵⁸. D'autres ont adopté des réglementations spéciales sur la relation de travail de certaines catégories de travailleurs; dans le cas du Maroc, ces statuts ne peuvent restreindre leurs droits⁵⁹.

110. La législation d'autres pays autorise le gouvernement à ajuster le champ de la législation sur la relation de travail, ce qui peut se faire en incluant certaines catégories de travailleurs. Au Royaume-Uni, par exemple, un décret peut prévoir que les personnes doivent être traitées comme parties à des contrats de travailleurs ou à des contrats de travail⁶⁰. En Afrique du Sud, «le ministre peut, sur le conseil de la commission (sur les conditions d'emploi) et par avis au *Journal officiel*, considérer toute catégorie de personnes mentionnées dans l'avis comme [...] des salariés aux fins de la totalité ou d'une partie de la loi, de toute autre loi sur l'emploi autre que la loi sur l'assurance chômage (loi n° 30 de 1966), ou de toute autre décision sectorielle»⁶¹. Au Botswana, l'exclusion partielle ou totale d'une profession déterminée par décret ministériel est possible⁶².

Alléger la charge de la preuve

111. Pour alléger la charge de la preuve pour les travailleurs qui tentent de démontrer l'existence d'un contrat de travail, la loi peut prévoir que ces contrats sont consensuels, c'est-à-dire découlent uniquement du consentement des parties, sans autres formalités⁶³. Cela étant, la loi peut exiger que le contrat soit établi par écrit, pour diverses raisons qui ont trait au respect des dispositions ou aux éléments probants; elle peut aussi poser pour principe que la relation de travail existe lorsque les services sont fournis. Le Code du travail de la Fédération de Russie prévoit à cet égard qu'un contrat de travail qui n'est pas établi en bonne et due forme est réputé conclu si le salarié commence à travailler au vu et au su de l'employeur ou son représentant ou sur ses instructions. Dès que le salarié commence à travailler, l'employeur doit établir un contrat de travail écrit trois jours au plus tard à compter du jour où le salarié a entamé le travail⁶⁴.

⁵⁸ En République islamique d'Iran, les entreprises qui comptent moins de 10 travailleurs peuvent être temporairement exclues de certaines dispositions du Code du travail si les circonstances le justifient (art. 191). En République de Corée, la loi sur les normes du travail s'applique uniquement aux entreprises ou aux lieux de travail dans lesquels plus de 5 travailleurs sont normalement employés (art. 10). Le Pérou a adopté à titre temporaire (pour une durée de cinq ans au plus) des réglementations spéciales du travail pour les micro et petites entreprises (1 à 50 travailleurs) dont le chiffre d'affaires annuel est limité (loi sur la promotion et la régularisation des petites entreprises et des micro-entreprises, art. 43 et suiv.).

⁵⁹ Maroc, art. 3.

⁶⁰ Employment Relations Act 1999, art. 23(4).

⁶¹ Loi (n° 11) de 2002 modifiant les conditions de base en matière d'emploi, art. 83.

⁶² Botswana, art. 106.

⁶³ Dans certains pays, la législation prévoit à cet égard que le contrat de travail peut être verbal ou écrit, explicite ou implicite, ou le définir quelle que soit sa forme ou sa dénomination. C'est le cas par exemple dans les pays suivants: Argentine, LCT, art. 21; Botswana, art. 106; Brésil, art. 422; Cambodge, art. 65; Colombie, art. 37; El Salvador, art. 17; Espagne, Charte des travailleurs, art. 8; Finlande, chap. 1, art. 3 (un contrat de travail peut être verbal, écrit ou sous forme électronique); Ghana, art. 175; Indonésie, art. 51; Lesotho, art. 3; Mexique, art. 20; Nicaragua, art. 19; Panama, art. 62; Portugal, art. 102; Trinité-et-Tobago, art. 2.

⁶⁴ Fédération de Russie, art. 67.

112. Il est courant, par ailleurs, que la loi prévoit expressément que l'existence de la relation de travail peut être prouvée par tous moyens ordinaires ou prévus par la loi ⁶⁵.

113. Un élément de certitude important, qui facilite également la preuve de l'existence d'un contrat de travail, est l'obligation faite à l'employeur d'informer les salariés des conditions qui s'appliquent au contrat en leur fournissant un contrat écrit, une lettre d'engagement ou tout autre document reprenant les aspects essentiels du contrat ou de la relation de travail. Cette obligation est prévue expressément dans l'Union européenne ⁶⁶ et est développée dans la législation nationale ⁶⁷. Le non-respect de cette obligation peut avoir pour conséquence que le travailleur met en doute son statut de salarié. Inversement, le fait de disposer des informations en question par écrit facilite la preuve de ce statut par le travailleur.

114. Dans ce même but d'allègement de la charge de la preuve, certaines lois prévoient la présomption de l'existence d'une relation ou d'un contrat de travail ⁶⁸.

115. La loi peut prévoir par exemple, avec certaines variantes, qu'une relation ou un contrat de travail est présumé exister entre une personne qui fournit un service personnel et la personne qui le reçoit ⁶⁹; ou s'il est prouvé que le travailleur a fourni des services pendant plus de deux journées consécutives ou qu'il existe une preuve de la relation de subordination ⁷⁰. Aux Pays-Bas, la loi dispose que toute personne qui, chaque semaine ou pendant vingt heures par mois au moins, travaille contre rémunération au profit d'une autre personne pendant trois mois consécutifs est présumée effectuer ce travail au titre d'un contrat de travail ⁷¹. Au Portugal, une relation de travail est présumée exister si tous les critères suivants sont réunis: *a)* le travailleur fait partie de la structure organisationnelle du bénéficiaire de son activité et fournit un service selon les instructions de celui-ci; *b)* le travail est effectué dans l'entreprise du bénéficiaire ou dans un lieu qui en dépend, selon un horaire préétabli; *c)* le travailleur est rémunéré pour le temps qu'il consacre à l'activité ou est économiquement dépendant du bénéficiaire de l'activité; *d)* les outils de travail sont fournis pour l'essentiel par le bénéficiaire; *e)* les services sont fournis pendant une période ininterrompue de quatre-vingt-dix jours ⁷². En Slovaquie, en cas de litige au sujet de l'existence d'une relation de travail entre le travailleur et l'employeur, il est présumé que cette relation existe si certains *indicateurs* sont présents; en Estonie, les parties sont réputées avoir conclu un contrat de travail, sauf si l'employeur allégué démontre le contraire ou s'il est évident que les parties ont conclu

⁶⁵ Voir par exemple: Burkina Faso, art. 12; Lettonie, art. 41(1); Maroc, art. 18; Mexique, art. 776; Niger, art. 39; Rwanda, art. 7; Argentine, LCT, art. 50; Brésil, art. 456; Colombie, art. 54; Qatar, art. 38; Tunisie, art. 6.

⁶⁶ Art. 2 et 3 de la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 288 du 18/10/1991, http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/directive91_533_fr.pdf.

⁶⁷ Voir par exemple: Finlande, chap. 2, art. 4; Pays-Bas, Code civil, art. 7:655; Espagne, Charte des travailleurs, art. 8.3; Royaume-Uni, Employment Relations Act 1996, art. 1-7.

⁶⁸ Le Code du travail du Panama énumère huit présomptions concernant l'existence d'une relation de travail et ses autres aspects (art. 737).

⁶⁹ Argentine, LCT, art. 23; Chili, art. 8; Costa Rica, art. 18; Espagne, Charte des travailleurs, art. 8(1); Mexique, art. 21; Panama, art. 66; Venezuela, art. 65.

⁷⁰ El Salvador, art. 20.

⁷¹ Pays-Bas, Code civil, art. 7:610a.

⁷² Portugal, art. 12.

un type différent de contrat⁷³. En Malaisie, l'emploi, l'embauche ou l'engagement en sous-traitance d'une personne ou d'un groupe de personnes en vue d'effectuer un travail autre qu'au titre d'un contrat de service peut être interdit; dans ce cas, la personne ou le groupe de personnes employé, embauché ou engagé en sous-traitance est réputé être un salarié ou un groupe de salariés, et la personne ou l'institution qui l'emploie, l'embauche ou l'engage en sous-traitance est réputée être l'employeur. Le non-respect de ces dispositions est un délit⁷⁴.

116. La loi peut aussi exiger que le contrat soit établi par écrit, l'employeur s'exposant à des poursuites judiciaires si le contrat est purement verbal. Dans un des pays, en l'absence de contrat écrit, les faits ou les circonstances dont le travailleur allègue qu'ils auraient dû figurer dans le contrat sont présumés exister, à preuve du contraire hors de tout doute raisonnable⁷⁵.

117. Outre la présomption d'existence d'un contrat de travail, la loi peut également prévoir une présomption en ce qui concerne ses conditions, par exemple en considérant, dans certaines circonstances, qu'un contrat a une durée indéterminée, même si une durée déterminée est indiquée, lorsque la nature du travail confié au travailleur est permanente dans l'entreprise⁷⁶.

Clarifier le champ de la relation de travail

118. La législation adoptée dans certains pays depuis la fin du XX^e siècle contient des dispositions qui recentrent la relation de travail en vue d'étendre à de nouvelles catégories de travailleurs le champ d'application de la loi et, partant, sa protection; de lutter contre les relations de travail déguisées ou frauduleuses et d'améliorer le respect de la loi; d'alléger la charge de la preuve pour le travailleur, en particulier lorsqu'il tente de prouver l'existence d'une relation de travail dans un cas précis. Parallèlement à cette réglementation adoptée en réponse à la préoccupation croissante que suscite l'absence de protection de travailleurs qui se trouvent effectivement dans une relation de travail qui pourrait être ambiguë ou déguisée, la jurisprudence a eu tendance en permanence à appliquer l'approche classique de la relation de travail à des situations nouvelles et complexes.

119. Le souci de clarifier le champ de la relation de travail s'est exprimé de diverses manières. L'une des réponses a consisté à tenter de redéfinir le champ de la relation de travail avec davantage de précision, quelle que soit la forme du contrat, ou à mettre en place des mécanismes destinés à ajuster le champ d'application de la législation à l'évolution des besoins. Une autre démarche a consisté à tracer plus clairement la frontière entre le travail dépendant et le travail indépendant. Une troisième option consiste à combiner ces deux éléments. Par ailleurs, des dispositions ont été introduites dans la législation en vue de traiter certains types de travail qui, jusque-là, étaient insuffisamment définis dans certains pays. Enfin, dans un des codes du travail, la protection qu'offre le contrat de travail a été étendue à des contrats équivalents. Ces cinq

⁷³ Slovénie, art. 16; Estonie, art. 8.

⁷⁴ Malaisie, art. 2A.

⁷⁵ Panama, art. 69.

⁷⁶ El Salvador, art. 25.

approches sont décrites dans les paragraphes qui suivent et sont illustrées par des références à la jurisprudence.

Définir le champ de la relation de travail

120. La Nouvelle-Zélande traite de la protection des travailleurs dans la loi sur la relation de travail; celle-ci donne une large définition de tous les travailleurs visés par ses dispositions et confère à des organismes indépendants, comme le tribunal du travail ou l'office de l'emploi, le pouvoir d'établir la nature véritable des liens entre la personne qui effectue un travail et l'entité qui utilise ses services. Ce pouvoir joue un rôle clé pour éliminer les situations où la relation de travail est frauduleuse ou déguisée. L'article 6 de la loi a la teneur suivante:

- 1) Dans la présente loi, sauf si le contexte justifie une autre interprétation, le terme «salarié»:
 - a) désigne toute personne, de quelque âge que ce soit, employée par un employeur pour effectuer un travail contre rémunération en vertu d'un contrat de travail;
 - b) y compris:
 - i) tout travailleur à domicile; ou
 - ii) toute personne ayant l'intention de travailler; mais
 - c) ne s'applique pas à une personne bénévole qui:
 - i) n'escompte pas une rémunération pour le travail à effectuer en tant que bénévole; et
 - ii) ne reçoit pas de rémunération pour le travail effectué en tant que bénévole.
- 2) Afin de déterminer, aux fins du paragraphe 1 a), si une personne est employée par une autre personne au titre d'un contrat de travail, le tribunal ou l'office, selon le cas, doit établir la nature réelle de la relation existant entre ces deux personnes.

121. En Finlande, la loi sur les contrats de travail s'applique aux contrats de travail conclus par un ou des salariés, en vertu desquels ils acceptent d'effectuer personnellement un travail pour le compte d'un employeur, sous la direction et le contrôle de celui-ci, contre rétribution ou contre toute autre forme de rémunération⁷⁷. La loi réaffirme l'interdiction de la discrimination, l'exigence de l'égalité de traitement et le caractère général de la relation de travail; elle prévoit que ses dispositions ne cessent pas de s'appliquer du fait que le salarié utilise ses propres outils de travail. La législation finlandaise prévoyait déjà que le contrat de travail peut revêtir n'importe quelle forme⁷⁸. Les nouvelles dispositions législatives précisent que le contrat peut être oral, écrit ou établi sous forme électronique⁷⁹, cette dernière permettant de définir plus facilement la relation de travail, même entre des personnes se trouvant dans des pays différents et qui ne se connaissent pas.

⁷⁷ Finlande, chap. 1, art. 1.

⁷⁸ La loi n° 320 sur les contrats de travail (1970), telle qu'amendée, a été abrogée par la nouvelle loi.

⁷⁹ Finlande, chap. 1, art. 3.

122. Comme d'autres législations, dont certaines sont fort anciennes, la législation finlandaise privilégie les contrats de durée indéterminée: la loi n'autorise les contrats de durée déterminée que sous réserve de justification. Elle garantit aussi la conservation, par les travailleurs, des droits acquis dans le cadre d'une relation de travail continue, même avec de brèves interruptions. De cette manière, la situation d'un travailleur au bénéfice d'un contrat de durée déterminée se rapproche de celle d'un travailleur ayant un contrat de durée indéterminée. Les contrats à durée déterminée conclus ou renouvelés consécutivement sans justification sont considérés comme ayant une durée de validité indéterminée. Les dispositions qui réaffirment la préférence pour le contrat de durée indéterminée revêtent une importance particulière car l'un des principaux éléments de la récente évolution de la relation de travail en Finlande a été la multiplication des contrats de durée déterminée. Ce phénomène n'a pas touché les hommes et les femmes de la même manière: selon les données de 1999, 21 pour cent des travailleuses et 15 pour cent des travailleurs sont employés au titre de contrats de durée déterminée⁸⁰.

123. De même, la législation néo-zélandaise prévoit que, en concluant un contrat de travail de durée déterminée qui prendra fin à une date spécifiée, lors d'un événement particulier ou à l'issue d'un projet, l'employeur doit avoir «des raisons valables et raisonnablement fondées» pour préciser que l'emploi d'un salarié se terminera de la manière indiquée. La loi indique que les raisons suivantes ne sont pas des «raisons valables»: «a) exclure ou limiter les droits du salarié en vertu de la présente loi; b) établir qu'un salarié peut être mis au bénéfice d'un emploi permanent»⁸¹.

124. Au Royaume-Uni, la loi elle-même autorise le gouvernement à adapter son champ d'application, ce qui constitue une prérogative nouvelle destinée à résoudre les problèmes de plus en plus aigus que posent les formes déguisées et objectivement ambiguës de relation de travail. En vertu de l'article 23 de la loi de 1999 sur la relation de travail, le gouvernement peut conférer des droits à certains travailleurs vis-à-vis d'un employeur (quelle que soit la manière dont il est défini), et peut prévoir que ces personnes seront traitées comme étant parties à des contrats de travail, et préciser également les personnes devant être considérées comme leurs employeurs.

125. En Inde, la Commission nationale du travail a été créée en octobre 1999. Elle avait pour mission de rationaliser la législation en vigueur concernant le travail dans le «secteur organisé», et de suggérer une législation protectrice assurant un minimum de protection aux travailleurs du «secteur non organisé»⁸². La commission suggère dans son rapport que, afin d'assurer une application universelle de la loi, la définition du travailleur doit être la même dans tous les textes législatifs. Elle recommande l'adoption d'une loi spéciale visant les petites entreprises, c'est-à-dire les entreprises occupant moins de 20 travailleurs. Elle considère en effet que la législation existante qui vise les grandes entreprises ne convient pas aux petites entreprises et qu'une telle loi non seulement protégerait les travailleurs de ce secteur, mais en outre rendrait plus facile l'application de la législation par les petits établissements⁸³.

⁸⁰ *Finlande* (pp. 3, 11-16).

⁸¹ Nouvelle-Zélande, art. 66.

⁸² Selon le rapport de la commission, le secteur non organisé représente 92 pour cent de la main-d'œuvre totale; 32 pour cent des travailleurs du secteur non organisé et des travailleurs indépendants sont des femmes. Report of the National Commission on Labour, juin 2002, paragr. 1.15, 1.22, <http://www.labour.nic.in/comm2/nlcreport.html>.

⁸³ *Ibid.*, paragr. 1.17, 6.21, 6.28, 6.30.

Tracer la frontière entre travail indépendant et travail dépendant

126. En Irlande, la difficulté de distinguer travailleurs dépendants et travailleurs indépendants a conduit à un consensus entre le gouvernement et les organisations d'employeurs et de travailleurs. Le système irlandais des relations professionnelles s'appuie sur un large partenariat social que reflète un accord national sur les augmentations de salaires et sur d'autres questions⁸⁴.

127. Dans le cadre des négociations sur l'accord 2000-2002 dit «Programme pour la prospérité et l'équité» (PPF), il a été convenu de mettre en place un groupe devant se prononcer sur la question du statut des travailleurs (Employment Status Group) dont le mandat est d'établir une définition uniforme du «salarié». Faute de définition juridique du salarié ou du travailleur indépendant, des préoccupations s'exprimaient de plus en plus au sujet du nombre croissant de travailleurs classés comme «indépendants», alors qu'il était avéré que le statut de «salariés» reflétait mieux leur situation.

128. Cette question est fondamentale du fait que certains aspects – manière dont les impôts et les cotisations de sécurité sociale sont acquittés, droit aux prestations de chômage, d'invalidité ou de maladie, droits divers conférés par la législation du travail, responsabilité vis-à-vis du travail effectué – dépendent de la question de savoir si le travailleur est considéré comme un salarié. Toute classification erronée d'un travailleur peut également avoir des conséquences graves, y compris des sanctions, pour l'employeur. Enfin, les autorités fiscales ont tout intérêt à ce que les travailleurs soient classés dans la catégorie appropriée et elles déploient de gros efforts pour déterminer qui est un salarié et qui est un travailleur indépendant, de façon à prévenir la fraude fiscale. Le groupe du statut des travailleurs a élaboré une série d'*indicateurs* permettant de vérifier si les travailleurs sont des salariés ou des personnes occupées à leur compte (voir encadré 1). Avec ces *indicateurs* présents à l'esprit, encore que tous ne s'appliquent pas nécessairement dans chaque cas, et compte tenu de l'ensemble du travail effectué par l'intéressé, y compris les conditions de travail et la nature réelle de la relation de travail, il devrait être plus facile d'établir son statut.

⁸⁴ Voir *Irlande* (pp. 1-4) et R. Pedersini, *op. cit.*

Encadré 1
Irlande: Code de bonne pratique permettant de déterminer
si un travailleur est salarié ou indépendant

Salarié

Une personne est normalement considérée comme étant salariée si elle:

- travaille sous l'autorité d'une autre personne qui lui indique comment, quand et où le travail doit être effectué;
- fournit seulement un travail;
- reçoit un salaire horaire/hebdomadaire/mensuel fixe;
- ne peut sous-traiter le travail. Si le travail peut être sous-traité et rémunéré par la personne qui sous-traite, la relation employeur/salarié est simplement déplacée;
- ne fournit pas de matières premières pour l'exécution du travail;
- ne fournit pas de matériel autre que de petits outils professionnels. La fourniture d'outils ou de matériel ne revêt pas nécessairement une grande importance lorsqu'il s'agit de déterminer le statut de l'intéressé, compte tenu de tous les éléments du cas;
- n'est pas exposée à un risque financier associé à l'exécution du travail;
- n'assume pas de responsabilités d'investissement ou de direction;
- n'a pas la possibilité de tirer profit d'une bonne gestion concernant le calendrier des engagements ou l'exécution de tâches résultant de ces engagements;
- travaille un nombre d'heures fixe ou un nombre donné d'heures par semaine ou par mois;
- travaille pour une seule personne ou pour un seul établissement;
- est défrayée de ses dépenses de subsistance ou de voyage;
- a droit à une rémunération complémentaire ou à des congés au titre des heures supplémentaires.

Indépendant

Une personne est normalement considérée comme étant un travailleur indépendant si elle:

- possède sa propre affaire;
- est exposée à un risque financier du fait qu'elle doit supporter le coût d'un travail défectueux ou inférieur aux normes effectué au titre du contrat;
- assume la responsabilité des investissements et de la direction de l'entreprise;
- a la possibilité de tirer profit d'une bonne gestion concernant l'établissement du calendrier et l'exécution des tâches et engagements;
- décide qui fait le travail, où, quand et comment;
- est libre de recruter d'autres personnes, à des conditions fixées par elle, pour effectuer le travail convenu;
- peut fournir les mêmes services à plus d'une personne ou plus d'un établissement en même temps;
- fournit les matières premières nécessaires;
- fournit le matériel et les machines nécessaires, autres que les petits outils ou équipements professionnels, ce qui, dans un contexte général, ne saurait indiquer que la personne en question travaille à son compte;
- possède un lieu de travail fixe où les matières premières, le matériel, etc. peuvent être entreposés;
- fixe les coûts et convient d'un prix pour le travail;
- souscrit sa propre assurance;
- détermine les heures de travail correspondant à l'exécution du travail convenu.

Source: Programme for Prosperity and Fairness, Employment Status Group: *Code of practice for determining employment or self-employment status of individuals* (Dublin, juillet 2001).

129. Le groupe du statut des travailleurs ne s'est pas borné à établir des *indicateurs* distinguant travailleurs indépendants et salariés; il a également étudié la manière dont ils devraient être formulés. Il a rejeté l'idée de les faire figurer dans un texte de loi et a préféré en faire l'objet d'un code de bonne pratique dont l'application serait purement volontaire. Le code présente l'intérêt d'avoir été approuvé par consensus par les organismes représentatifs des employeurs et des travailleurs, ainsi que par les autorités compétentes⁸⁵. Bien que n'ayant pas force obligatoire, on s'attend à ce qu'il soit pris en compte par les organismes responsables du traitement des différends relatifs au statut des travailleurs. Son application sera contrôlée par le groupe lui-même qui en évaluera l'efficacité.

130. En Allemagne, il existe une définition juridique du salarié aux fins de la sécurité sociale, et cela depuis janvier 1999, date à laquelle le nouveau code de la sécurité sociale est entré en vigueur. Est présumé salarié quiconque répond au moins à deux des *indicateurs* suivants: n'avoir pas à son service de salarié soumis aux obligations liées à la sécurité sociale, travailler usuellement pour une seule personne, exécuter le même travail que les salariés ordinaires, avoir déjà effectué le même travail en tant que salarié et ne manifester aucun signe indiquant qu'il exerce des activités de chef d'entreprise. L'idée sous-jacente était de parvenir à une définition suffisamment précise et pratique de façon à réduire les risques de dissimulation de la relation de travail et à faciliter la prise en compte de situations intermédiaires entre une relation de travail authentique et une relation de travail déguisée⁸⁶.

L'approche combinée

131. La récente réforme adoptée en 2002 en Afrique du Sud⁸⁷ combine un certain nombre d'éléments susmentionnés ainsi que d'autres afin de recentrer la relation de travail. Cette réforme, qui révisé la législation du travail adoptée en 1995 et 1997, est importante non seulement par son contenu, mais également du fait qu'elle découle d'un dialogue social dynamique, efficace et constructif auquel ont participé tous les intéressés⁸⁸. Entre autres aspects, la réforme vise le champ de la relation de travail, point particulièrement litigieux dans un pays où les relations bilatérales ambiguës et

⁸⁵ Le principe d'un code de bonne pratique a des précédents: en effet, les commissaires des recettes fiscales et le ministère des Affaires sociales, communautaires et familiales ont publié un document intitulé *Employed or Self-Employed – A Guide for Tax and Social Insurance* (1998); voir aussi The Revenue Commissioners, *Employees and Contractors in the Construction Industry* (1996); il existe également toute une série de publications d'information du ministère de l'Entreprise, du Commerce et de l'Emploi qui, bien que ne se référant pas explicitement au statut de «salarié», exposent l'ensemble des droits des salariés.

⁸⁶ *Allemagne* (pp. 4-6). Voir également Pedersini, *op. cit.*

⁸⁷ Loi modificatrice n° 11/2002 sur les conditions d'emploi de base (BCEA) et loi modificatrice n° 12/2002 sur les relations professionnelles.

⁸⁸ La réforme, annoncée en 1999, a commencé par des consultations avec toutes les parties prenantes: tribunal du travail, Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage (CCMA), conseils de négociation collective. Les projets de textes ont été publiés aux fins de consultation du public et de discussions par le Conseil national du développement économique et de la main-d'œuvre (NEDLAC) en juillet 2000. Lorsque les négociations du NEDLAC ont échoué, elles ont continué au sein d'une commission tripartite de trois membres, tandis que se tenaient en parallèle des négociations visant à trouver des points d'accord de base au sein du Conseil du travail du Millénaire (MLC). Un accord conjoint de principe conclu au sein du MLC a ouvert la voie à un accord en juillet 2001, après quoi un comité de rédaction juridique a préparé les projets de réforme. Ces textes ont été promulgués le 1^{er} août 2002. *Afrique du Sud*, 2002 (pp. 44-50).

«triangulaires» prolifèrent depuis une dizaine d'années, et surtout depuis l'adoption de la loi de 1995⁸⁹.

132. Deux éléments nouveaux visent à préciser et à adapter le champ d'application de la loi. Le premier élément, qui rappelle la conception allemande et le code irlandais de bonne pratique, est une large présomption favorisant le statut de salarié, ainsi qu'on peut le voir dans la loi modificatrice de 2002 sur les conditions d'emploi de base et dans la loi modificatrice de 2002 sur les relations professionnelles⁹⁰. Selon cette présomption, une personne est censée être un salarié si elle répond à un ou plusieurs des sept *indicateurs* définis par la loi (voir encadré 2).

133. Cependant, la présomption en faveur du statut de salarié ne s'applique pas dans le cas des travailleurs bénéficiant d'un certain niveau de revenu. Lors de l'adoption de la loi sur les conditions d'emploi de base (BCEA) en 2002, le seuil de revenu a été fixé à 89 445 rands (10 000 dollars) par an⁹¹.

134. A titre complémentaire, la loi a invité le Conseil national du développement économique et de la main-d'œuvre (NEDLAC) à préparer et à publier un code de bonne pratique contenant des directives qui permettent de déterminer si une personne donnée, même si ses revenus dépassent la limite susmentionnée, est salariée⁹². L'autre innovation réside dans les pouvoirs très spéciaux accordés au ministre et lui permettant de classer n'importe quelle catégorie de personnes dans celle des salariés aux fins de la législation de l'emploi⁹³. Il ne s'agit pas uniquement de préciser la portée de la loi mais également de la modifier par arrêté ministériel.

⁸⁹ *Ibid.* (pp. 13, 22).

⁹⁰ *Ibid.* (pp. 50-54).

⁹¹ Selon l'enquête sur la main-d'œuvre de 2001, 600 000 personnes pourvues d'un emploi sur 10 millions gagnent plus de 8 000 rands par mois. Environ 5,5 pour cent du total des personnes pourvues d'un emploi perçoivent donc des gains supérieurs au seuil fixé par la loi modificatrice sur les conditions d'emploi de base (BCEA). Voir *Afrique du Sud* 2002 (p. 53). La BCEA dispose que le ministre du Travail est habilité à fixer le montant du seuil de revenu sur avis de la Commission sur les conditions d'emploi et après publication d'un avis au Journal officiel. Conformément à cette procédure, le seuil de revenu a été porté à 115 572 rands au 24 mars 2003 (Avis du gouvernement n° 356, *Journal officiel* n° 25012 du 14 mars 2003).

⁹² Art. 51 de la loi de 2002 sur les relations professionnelles, qui modifie l'article 200A de la loi de 1995 sur les relations professionnelles.

⁹³ Art. 83 de la loi BCEA, telle qu'amendée par l'article 20 de la loi de 2002 sur les conditions d'emploi de base. Voir *Afrique du Sud*, 2002 (p. 54).

Encadré 2

Afrique du Sud: présomption de statut de salarié

Une personne est censée être salariée si elle répond à l'un des indicateurs suivants:

- le travail de cette personne est soumis au contrôle ou à la direction d'un tiers;
- la durée de travail de cette personne est soumise au contrôle ou à la direction d'un tiers;
- lorsqu'une personne travaille pour une entreprise, la personne en question fait partie de cette entreprise;
- la personne en question a travaillé pour cette autre personne pendant en moyenne 40 heures au moins par mois au cours des trois derniers mois;
- la personne en question dépend économiquement de l'autre personne pour laquelle elle travaille ou à laquelle elle assure un service;
- la personne en question reçoit des outils de travail ou du matériel de l'autre personne;
- la personne en question ne travaille ou n'assure un service que pour une seule personne.

Source: Article 83A introduit dans la loi sur les conditions d'emploi de base, 1997 (BCEA) par la loi modificatrice de 2002 sur les conditions d'emploi de base, article 21.

135. Au Pérou, le projet de loi générale de juillet 2002 sur le travail contient une définition large et précise de son champ d'application. Ce projet est destiné à réglementer la fourniture de services à titre individuel, sur une base de subordination et contre rémunération, au titre d'un contrat oral ou écrit, quelle qu'en soit la désignation ou la forme. Un travailleur ne perd pas son statut même si les services personnels qu'il fournit le sont par le biais d'une entité juridique. Ainsi, la fourniture de services comporte un lien de subordination lorsqu'un travailleur assure un service au sein d'une entreprise et sous la direction de l'employeur ou d'un tiers lorsque la loi l'autorise. Le projet de loi établit une présomption selon laquelle toute fourniture de services rémunérés comporte un lien de subordination et un contrat de travail existe dès lors qu'il y a fourniture de services sur un lieu de travail. En outre, le projet mentionne des éléments qui ne sont pas essentiels pour la classification d'une relation de travail, mais qui peuvent servir d'indicateurs à cet effet, ou pour déterminer le droit à certaines prérogatives. De même, le projet de loi définit les parties au contrat de travail (employeur et travailleur) et suppose que ces contrats sont de durée indéterminée⁹⁴.

136. Parmi les initiatives prises pour recentrer la relation de travail figure la constitution, en 2002, au Québec, d'un comité d'experts chargé de préparer un rapport sur les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle⁹⁵. La mise en place de ce comité se justifie par l'évolution des relations de travail liées aux nouveaux modes opératoires de certaines entreprises et par la fourniture de certains services publics, ainsi que par l'apparition de nouveaux travailleurs indépendants dont certains ne le sont qu'en apparence, tandis que d'autres le sont authentiquement.

Classement de certains types de travail

137. Parallèlement aux dispositions générales sur le champ de la relation de travail, il existe des dispositions visant spécialement certains travailleurs ou certains types de

⁹⁴ Voir projet de loi générale sur le travail, juillet 2002 (art. I-IX et 1, 4-7, 11,14-17).

⁹⁵ J. Bernier, G. Vallée et C. Jobin: *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, rapport final, Canada, Québec, ministère du Travail, 2003, http://www.travail.gouv.qc.ca/actualite/travail_non_traditionnel/Bernier2003/index.html

travail et s'efforçant de déterminer l'existence d'une relation de travail. C'est le cas du travail à domicile et du télétravail, des personnes travaillant pour des agences d'emploi privées, et des coopératives de travailleurs.

138. Au Chili, depuis la réforme du Code du travail en 2001, il est présumé que le travail à domicile qui n'est ni interrompu ni occasionnel comporte un lien de subordination⁹⁶. De son côté, la nouvelle loi finlandaise sur les contrats de travail dispose expressément qu'elle ne cesse pas de s'appliquer par le simple fait que le travail est effectué à domicile⁹⁷.

139. En Nouvelle-Zélande, la loi sur la relation de travail insiste particulièrement sur le cas des travailleurs à domicile. Est réputé salarié quiconque est lié par un contrat de travail. Toutefois, la loi englobe aussi expressément les travailleurs à domicile, lesquels peuvent néanmoins être recrutés, employés ou engagés en vertu d'une forme de contrat où les parties sont techniquement un vendeur et un acheteur⁹⁸. En ce qui concerne précisément la vente et l'achat de services à domicile, la loi organique du travail du Venezuela, telle que modifiée en 1997, considère comme employeur la personne qui, avec une certaine régularité, vend des matériaux à une autre personne pour qu'ils soient traités ou manufacturés à domicile, puis achète le produit à un prix déterminé, la première personne étant l'employeur (*patrono*) et la seconde un travailleur à domicile⁹⁹.

140. Le projet de loi péruvien susmentionné prévoit que le service est considéré comme service personnel dans le cas du travail à domicile, même s'il est fourni avec l'assistance de la famille directe du travailleur, laquelle dépend économiquement de celui-ci¹⁰⁰.

141. En ce qui concerne le télétravail qui représente, à certains égards, une forme moderne de travail à domicile, un accord-cadre conclu en 2002 au niveau de l'Union européenne comporte une réglementation émanant des partenaires sociaux eux-mêmes¹⁰¹. L'accord-cadre recouvre différentes formes de télétravail mais se borne à envisager le télétravail régulier, c'est-à-dire celui qui se déroule dans le cadre d'un contrat ou d'une relation de travail et qui est fondé sur la reconnaissance du fait que les télétravailleurs possèdent les mêmes droits que les salariés occupés dans les locaux de l'employeur. L'accord contient une disposition destinée à prévenir toute ambiguïté concernant le statut des travailleurs et une «conversion» éventuelle au travail indépendant: «le passage au télétravail en tant que tel, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut au regard de l'emploi du télétravailleur»¹⁰².

⁹⁶ Chili, art. 8, tel qu'amendé par l'article 5 de la loi n° 19.759.

⁹⁷ Finlande, chap.1, art. 1.

⁹⁸ Nouvelle-Zélande, art. 5.

⁹⁹ Venezuela, art. 293.

¹⁰⁰ Art. II, préambule.

¹⁰¹ Les partenaires sociaux européens étaient invités «à négocier des accords en vue de moderniser l'organisation du travail, incluant des arrangements de travail flexibles, dans le but d'améliorer la productivité et la compétitivité des entreprises et de réaliser l'équilibre nécessaire entre la flexibilité et la sécurité». Point 1, paragr. 1, de l'accord-cadre sur le télétravail, http://europa.eu.int/commentaires/employment_social/views/2002/jul/telework_en.pdf.

¹⁰² *Ibid.*, point 1, paragr. 3; points 2 et 3, paragr. 4.

142. Au Pérou, le projet de loi générale sur le travail définit le télétravail et propose des indicateurs qui peuvent aider à identifier un lien de subordination¹⁰³. Le Code du travail chilien exclut le télétravail (défini comme un service réalisé au moyen d'un ordinateur ou des télécommunications en dehors des locaux de l'entreprise) du champ d'application de la réglementation sur la durée du travail¹⁰⁴.

143. En ce qui concerne les coopératives, la recommandation (n° 193) sur la promotion des coopératives, 2002, prévoit que la politique nationale devrait en particulier promouvoir l'application à tous les travailleurs des coopératives, sans distinction, des normes du travail fondamentales et de la Déclaration relative aux droits et principes fondamentaux au travail.

Etendre le champ d'application de la législation aux travailleurs assimilés

144. Le Code du travail portugais prévoit un élargissement partiel de son champ d'application au-delà des limites du contrat de travail qui, comme indiqué ci-avant, concerne les travailleurs exécutant des services sous l'autorité et la direction d'un ou de plusieurs tiers. Il dispose ce qui suit: «Les contrats qui concernent l'exécution d'un travail en dehors du lien de subordination sont soumis aux principes consacrés par le présent code, en particulier pour ce qui est des droits de la personne, de l'égalité, de la non-discrimination et de la sécurité et la santé au travail, sans préjudice de toutes dispositions d'une législation spéciale, si le travailleur est jugé se trouver dans une situation de dépendance économique par rapport au bénéficiaire de son activité¹⁰⁵». Le code indique que ces contrats sont «traités comme» (*contratos equiparados*) un contrat de travail et les soumet aux principes énoncés dans le code.

Evolution de la jurisprudence

145. S'agissant de l'évolution de la relation de travail, il est intéressant et utile de se pencher sur la jurisprudence. Les juges et les organes judiciaires jouent un rôle clé dans la classification du statut des travailleurs en fonction des situations réelles. Certaines décisions prises dans différents pays méritent d'être mentionnées.

146. Le cas Denny, en Irlande¹⁰⁶, a marqué un important précédent juridique dans ce domaine, ainsi que l'a signalé dans son rapport le groupe du statut au regard de l'emploi¹⁰⁷. Une femme avait signé un contrat de travail en tant que démonstratrice avec Denny, fabricant de produits alimentaires et, à ce titre, avait été inscrite sur une liste de démonstrateurs qui présentaient divers produits à titre gratuit aux clients. Lorsqu'un magasin avait besoin d'un démonstrateur, un membre de la liste était contacté par l'entreprise qui l'employait et invité à faire la démonstration. Le démonstrateur présentait ensuite une facture signée par le gérant du magasin. Il était payé à la journée et

¹⁰³ Art. 39: «Le contrat de travail à distance régit l'exécution du travail hors de la présence physique du travailleur dans l'entreprise avec laquelle il est relié par ordinateur, par les télécommunications, etc., ce qui permet d'assurer un contrôle.» Voir aussi l'article 40.

¹⁰⁴ Art. 22 du Code du travail, tel qu'amendé par l'article 7 de la loi n° 19.759.

¹⁰⁵ Portugal, art. 10, 13.

¹⁰⁶ Cour suprême: *Henry Denny & Sons Ltd. trading as Kerry Foods v. The Minister for Social Welfare* (1998), 1 IR 34.

¹⁰⁷ *Irlande* (pp. 10-12).

recevait une indemnité de kilométrage, mais ne pouvait ni participer à un régime de retraite ni adhérer à un syndicat. Le contrat annuel fut renouvelé plusieurs fois. Toutefois, le contrat pour l'année 1993 stipulait que la femme était indépendante et que, à ce titre, elle était responsable de sa propre situation fiscale. A l'époque, la personne en question travaillait en moyenne vingt-huit heures par semaine pendant quarante-huit à cinquante semaines par an au cours desquelles elle assurait une cinquantaine de démonstrations. Cela se faisait sans contrôle du fabricant de produits alimentaires, mais elle respectait un certain nombre d'instructions raisonnables du propriétaire des magasins, ainsi que des instructions écrites de la firme, laquelle lui fournissait le matériel nécessaire aux démonstrations et les autorisations requises. Le procès avait été intenté du fait qu'on ne savait pas si la personne en question travaillait à son compte ou était salariée, auquel cas elle aurait dû être assurée par l'entreprise. La Cour suprême a considéré, au vu des éléments de l'affaire et des principes généraux appliqués par les tribunaux, que cette personne était salariée, liée en tant que telle par un contrat de travail, du fait qu'elle avait assuré des services pour le compte d'une autre personne et non pour son propre compte.

147. Dans un autre cas, toujours en Irlande¹⁰⁸, le tribunal du travail a analysé la situation d'un inspecteur vétérinaire temporaire à temps partiel qui travaillait pour le Département de l'agriculture depuis 1966, de façon à déterminer s'il s'agissait ou non d'un salarié. Ainsi que le tribunal l'a exprimé, la distinction entre contrat *de travail* et contrat *d'entreprise* est ténue et entourée d'arguties juridiques, ce qui complique le traitement des cas marginaux. Le tribunal a étudié les dispositions du recueil de directives permettant de déterminer si une personne est un travailleur indépendant ou un salarié, publié par le groupe du statut au regard de l'emploi. A la lumière de ce recueil et de diverses autres vérifications, le tribunal a conclu que, en raison du droit de refuser un travail et du degré de contrôle exercé par l'inspecteur vétérinaire sur sa propre activité, celui-ci était une personne libre, économiquement indépendante de la personne pour laquelle il assurait un service. Le tribunal a conclu, par conséquent, que l'intéressé était employé aux termes d'un contrat *d'entreprise* et n'était pas un «salarié».

148. En Afrique du Sud, un entrepreneur spécialisé dans la fabrication et l'installation de placards avait persuadé la grande majorité des travailleurs qu'il employait de démissionner et de continuer à fournir leurs services en tant que travailleurs indépendants. Le tribunal du travail a cherché à déterminer si les contrats passés avec les travailleurs étaient authentiques et conclus de bonne foi, sur la base du cas de l'un d'entre eux. Il a constaté que le travailleur en question se bornait à participer au chargement des placards sur un véhicule, puis les nettoyait et les retouchait une fois installés, et que ce travail faisait partie intégrante des services assurés par l'entrepreneur. Le tribunal a soutenu que l'entrepreneur avait joué un «mauvais tour» au travailleur en lui faisant croire qu'il travaillait à son compte, ce qui le privait de toutes les protections accordées aux salariés par la loi. Il a conclu que le contrat était une imposture, même si le travailleur y avait consenti¹⁰⁹.

149. Aux Pays-Bas, le tribunal de première instance d'Apeldoorn a conclu en 2004, conformément à la jurisprudence de la Cour suprême néerlandaise, que «l'existence d'un lien de subordination n'implique pas que l'employeur donne effectivement des

¹⁰⁸ Tribunal du travail, Département de l'agriculture, de l'alimentation et du développement rural, Maurice O'Reilly, DWT0232, 18 juin 2002.

¹⁰⁹ *Building Bargaining Council (Southern & Eastern Cape) v. Melmons Cabinets CC & Another* (2001) 22ILJ 120 (LC), Labour Court (P478/00), 23 nov. 2000.

instructions au salarié: il suffit qu'il ait l'*autorité* pour ce faire»¹¹⁰. Conformément aussi à la jurisprudence, la Cour d'appel de Middelburg a estimé que le contenu d'un accord écrit ne constitue pas une preuve incontestable de l'existence d'un contrat de travail. Il faut également tenir compte de l'objet du contrat et des modalités de son exécution. Dans le cas d'un conseiller médical, le tribunal a conclu qu'il existait un contrat de travail, compte tenu des faits suivants: *a)* l'intéressé ne travaillait pour aucun autre donneur d'ordres que l'«employeur»; *b)* il était tenu de s'adapter à la méthode et à l'organisation de travail de l'«employeur»; *c)* il recevait des instructions au sujet du contenu de son travail; *d)* il travaillait au bureau de l'«employeur» à jours et heures fixes; *e)* il ne pouvait prendre de congé sans l'accord de l'«employeur»; *f)* son salaire était fixé conformément à une directive de l'Association des médecins salariés; *g)* l'«employeur» prélevait des impôts et des cotisations; *h)* l'intéressé était tenu d'exécuter le travail en personne¹¹¹.

150. En France, la Cour de cassation a examiné le cas d'une personne qui conduisait un taxi aux termes d'un contrat mensuel renouvelable par tacite reconduction, dit «contrat de louage d'un véhicule équipé en taxi», et payait une somme décrite dans le contrat comme une «location». La Cour a considéré que ce contrat dissimulait un contrat de travail, étant donné que le chauffeur de taxi était lié par de nombreuses et strictes obligations concernant l'utilisation et l'entretien du véhicule, ce qui le plaçait dans une situation de subordination¹¹².

151. Toujours en France, la Cour de cassation a examiné le cas de travailleurs chargés de la livraison de colis en vertu d'un accord de franchise. Les «franchisés» prennent les colis dans des locaux loués par le «franchiseur» et les livrent selon un calendrier et un itinéraire fixés par celui-ci. Les tarifs sont fixés par l'entreprise qui perçoit directement le montant des factures auprès des clients. La Cour de cassation a examiné le cas de trois «franchisés», opérant dans différentes régions, et a rendu trois arrêts distincts le même jour¹¹³. Elle a estimé que les dispositions du Code du travail s'appliquent également aux personnes dont les activités consistent essentiellement à enlever des commandes ou à recevoir des objets en vue de traitement, emmagasinage ou transport, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes s'acquittent de leur travail dans des locaux fournis ou approuvés par ladite entreprise et à des conditions ou à des prix fixés par celle-ci, sans qu'il soit nécessaire d'établir un lien de subordination. Il semble que l'on ait affaire, dans ces cas, à une extension de la portée du Code du travail à certains travailleurs «franchisés»¹¹⁴.

152. Un cas qui s'est présenté au Venezuela impliquait des distributeurs de bières et autres produits qui tous avaient constitué une société à responsabilité limitée. Les distributeurs achetaient des produits à un prix fixé par l'entreprise et les vendaient à des détaillants dans une zone déterminée en les transportant dans des camions portant l'emblème de l'entreprise de brasserie, à un prix différent, également fixé par l'entreprise. Leur profit était constitué par la différence entre les deux prix. Ils n'avaient

¹¹⁰ Tribunal de première instance d'Apeldoorn, 10 mars 2004, *JAR* 2004/75, cité dans Bosse, *op. cit.*, p. 6.

¹¹¹ Cour d'appel de Middelburg, 5 fév. 2003, *JAR* 2003/66, *ibid.*, p. 6.

¹¹² Arrêt n° 5371 du 19 décembre 2000. Voir *Le Monde* du 22 décembre 2000.

¹¹³ Arrêts n°s 50105034, 35 et 36 du 4 décembre 2001. Voir *Libération* du 28 janvier 2002, et *Droit social*, n° 2, fév. 2002, pp. 162-163.

¹¹⁴ A. Jeammaud: «L'assimilation de franchisés aux salariés», *Droit social, op. cit.*, pp. 158-161.

pas le droit de vendre des produits hors de la zone qui leur était assignée, ou de vendre des produits autres que ceux de l'entreprise dans la zone en question. Dans un cas, la Cour suprême a considéré que les distributeurs étaient en réalité des salariés étant donné qu'il avait été prouvé qu'ils assuraient des services personnels bien qu'étant enregistrés comme une entreprise commerciale, et que leur travail était organisé en fonction de contrats commerciaux distincts d'achat et de vente. Toutefois, 80 autres cas ont été soumis à médiation et conciliation devant le même tribunal, et les parties ont admis que les rapports étaient de nature commerciale ¹¹⁵.

153. De même, après trois ans de service pour une compagnie aérienne vénézuélienne, une hôtesse de l'air avait été suspendue de vol et exclue d'une formation devant lui permettre de monter en grade parce qu'elle était enceinte, et cela sans recevoir de nouvelle affectation. L'intéressée s'était donc vue privée de tout revenu puisqu'elle recevait uniquement une rémunération mensuelle à la commission en fonction des vols réalisés et qu'elle n'avait pas été déclarée à la caisse de sécurité sociale. La compagnie aérienne a nié avoir noué une relation de travail avec l'hôtesse de l'air, alléguant qu'elle avait conclu avec elle un contrat commercial en sa qualité de représentante d'une société anonyme. Cependant, après avoir constaté les services effectivement fournis par l'hôtesse de l'air à la compagnie aérienne, le tribunal de première instance a considéré que la relation de travail entre les deux parties était avérée, et il a fait droit à la demande de la travailleuse ¹¹⁶.

154. Depuis 1987, une grande entreprise d'électronique des Etats-Unis recrutait des «salariés d'agences temporaires (*agency employees*)» et des «travailleurs indépendants (*freelancers*)». Les travailleurs indépendants avaient accepté par écrit de ne pas bénéficier de certaines prestations dues aux salariés, y compris l'accès à un système d'actionnariat. Le tribunal a considéré toutefois que tant les «employés d'agence» que les travailleurs indépendants étaient en fait des employés de l'entreprise en application de la *common law* ¹¹⁷. Après plusieurs années de négociation, la décision a permis d'aboutir à un compromis en vertu duquel l'entreprise acceptait de verser quelque 97 millions de dollars d'indemnités aux travailleurs concernés. En outre, l'entreprise a modifié sa politique de recrutement et de classification du personnel, d'où il est résulté que le statut de salarié a été reconnu à environ 3 000 travailleurs de la catégorie qui, à ce titre, ont pu participer aux plans et programmes existants en faveur des salariés ¹¹⁸.

155. En ce qui concerne la jurisprudence, la lenteur des décisions de justice pose un problème et, même après un long délai, il arrive souvent que les avantages prévus ne soient qu'au bénéfice de quelques demandeurs. Dans deux des trois décisions susmentionnées, concernant des contrats de franchise en France, le procès a duré environ quatre ans alors que les relations entre les parties avaient à peine dépassé trois ans. La

¹¹⁵ Cour suprême, Chambre sociale de cassation, décisions des 15 mars 2000 et 17 octobre 2002. Dans un cas concernant les travailleurs de la même entreprise, tout en signalant qu'il n'avait pas compétence pour exprimer une opinion sur le lien juridique (commercial ou de travail) entre les distributeurs et les vendeurs intéressés et l'entreprise, le Comité de la liberté syndicale a conclu que les personnes s'occupant de distribution et de vente de bière devraient être habilitées à créer des organisations de leur choix (convention n° 87, art. 2). Comité de la liberté syndicale, 281^e rapport, cas n° 1578, *Bulletin officiel* (Genève, BIT), 1992, série B, n° 1, parag. 395-396.

¹¹⁶ Tribunal de première instance chargé des questions de travail, Etat de Vargas, 28 avril 1999.

¹¹⁷ *Vizcaino v. United States District Court*, 173 F 3d 713 (9^e circuit, 1999); voir *Etats-Unis* (pp. 114-119).

¹¹⁸ *United States District Court, Western District of Washington, Seattle, Vizcaino et al. v. Microsoft Corporation et al., Hughes et al. v. Microsoft Corporation et al.*, accord pour le règlement de l'action collective en justice, 8 déc. 2000; Cour d'appel des Etats-Unis (9^e circuit), n° 01-35494, 15 mai 2002.

procédure engagée aux Etats-Unis contre une entreprise d'électronique a duré plus de huit ans et ne s'est terminée que par un règlement privé entre les parties. Il n'empêche que cette affaire a eu des répercussions pour plusieurs milliers de personnes¹¹⁹, tandis que les autres décisions mentionnées (France) n'ont intéressé directement que les plaignants.

Réglementation de la relation de travail «triangulaire»

156. Les dispositions législatives qui régissent les relations de travail «triangulaires» sont nettement moins développées et moins courantes que celles qui concernent la relation bilatérale classique entre un employeur et un travailleur, en particulier dans certaines régions. Le contraste est marqué entre, d'une part, les systèmes juridiques qui prévoient des cas de relations de travail «triangulaires» et, d'autre part, ceux qui ne les mentionnent pas ou uniquement de manière incidente. Les lois qui traitent des relations de travail «triangulaires» contiennent des dispositions relatives à l'identité des employeurs et, éventuellement, aux responsabilités respectives de l'employeur et de l'utilisateur, ainsi qu'aux droits des travailleurs.

157. Les paragraphes qui suivent donnent quelques exemples de dispositions législatives qui concernent certains aspects fondamentaux de la relation de travail «triangulaire».

158. Les lois sont généralement centrées sur deux types principaux de relation «triangulaire»: l'exécution de travail et de services, d'une part, et la fourniture de main-d'œuvre au titre de contrats commerciaux, d'autre part. Dans les deux cas, la législation nationale comporte des dispositions qui identifient l'employeur, mentionnent les conditions de travail et les droits des travailleurs, et fixent les obligations et responsabilités du prestataire et de l'utilisateur¹²⁰.

Qui est l'employeur (le pourvoyeur de main-d'œuvre)?

159. Les lois, tant anciennes que nouvelles, désignent l'employeur (le pourvoyeur de main-d'œuvre) comme étant la personne ou l'entreprise qui emploie le travailleur, l'utilisateur étant celui qui utilise les services de main-d'œuvre fournis – même si cette qualification varie dans certains pays.

Contrats de travail ou de services

160. La plupart des dispositions relatives aux relations de travail «triangulaires» font référence à l'exécution d'un travail ou de services sous contrat. Si l'on compare les lois, on constate que ce type de relation «triangulaire» est réglementé sous trois angles différents: ceux de l'employeur, de l'utilisateur et du travailleur.

¹¹⁹ La Cour d'appel «a observé que le procès avait également servi les employeurs et les travailleurs à l'échelon national en permettant de préciser la réglementation régissant la classification des travailleurs temporaires. En outre, elle a noté que, à la suite de ce procès, de nombreux travailleurs qui, autrement, auraient été classés comme travailleurs «occasionnels» recevaient les prestations associées à un emploi à plein temps», Cour d'appel des Etats-Unis (9^e circuit), n° 01-35494, 15 mai 2002, p. 7011.

¹²⁰ Aux fins du présent rapport et du rapport V établi en vue de la discussion générale de 2003, le BIT utilise les termes «prestataire» et «utilisateur» pour désigner les parties autres que le travailleur à une relation de travail «triangulaire». Toutefois, le présent chapitre étant basé sur un examen du droit et de la pratique, on trouvera des termes et expressions tels que «entrepreneur», «sous-traitant», «entreprise principale» et «employeur indirect» pour désigner les parties, dans la mesure où ils correspondent à la terminologie utilisée dans les lois en question.

161. Certaines lois classent parmi les employeurs une personne physique ou morale qui, en utilisant son matériel et son personnel propres, s'engage à effectuer un travail ou à fournir un service au bénéfice d'un tiers¹²¹. L'image traditionnelle de l'entreprise sous-traitante (*contratista*) correspond, au Chili, dans le contexte des entreprises commerciales ou agro-industrielles s'occupant d'agriculture, de foresterie et d'activités similaires, à la personne physique ou morale qui recrute directement des travailleurs afin de fournir des services à des tiers¹²². En Espagne, la Charte des travailleurs évoque également le sous-traitant à propos de la réglementation du statut des utilisateurs qui recrutent d'autres personnes pour l'exécution d'un travail ou la fourniture de services en rapport avec leurs propres activités¹²³.

162. Dans d'autres législations, le terme «sous-traitant» est également utilisé pour désigner celui qui fournit de la main-d'œuvre à un commettant¹²⁴; à Maurice, l'expression utilisée est «entrepreneur de travaux» (*job contractor*)¹²⁵, tandis que d'autres lois encore mentionnent les sous-traitants sans définir le terme mais peuvent préciser leurs obligations ou leurs responsabilités, ou les deux.

163. De même, dans certains pays africains, la loi reconnaît le «tâcheron» ou «maître ouvrier», qui est un sous-traitant indépendant qui conclut avec une entreprise ou un directeur de projet un contrat portant sur l'exécution de travaux ou de services à un prix convenu¹²⁶.

164. En France, le Code du travail aborde cette question sous un angle différent. Il mentionne un système dans lequel une entreprise industrielle ou commerciale conclut, avec une personne qui embauche les travailleurs nécessaires mais qui ne possède pas d'entreprise et n'est pas un artisan indépendant, un contrat portant sur l'exécution de certains travaux ou la fourniture de certains services. Si la personne qui embauche les travailleurs ne respecte pas ses obligations envers eux, la responsabilité est, dans certaines circonstances, transférée à l'entreprise commerciale ou industrielle. Le Code tunisien du travail contient les mêmes dispositions¹²⁷. De même, le Code marocain du travail définit le contrat de sous-entreprise comme étant un contrat écrit par lequel une entreprise passe un contrat avec un sous-traitant pour l'exécution de tâches ou de services déterminés¹²⁸.

165. Les entreprises pourvoyeuses de main-d'œuvre assument les obligations habituelles de tout employeur, auxquelles d'autres peuvent toutefois venir s'ajouter. En Espagne, par exemple, elles sont tenues de communiquer par écrit, à leurs travailleurs mais aussi à

¹²¹ Voir notamment Cambodge, art. 45, 47; Colombie, art. 34; Costa Rica; art. 3; Mexique, art. 13; Nicaragua, art. 9; Panama, art. 89.

¹²² Circulaire n° 153 publiée en application de l'article 92*bis* du Code du travail (adopté en vertu de l'article 14 de la loi n° 19.759).

¹²³ Espagne, art. 42(1) de la Charte des travailleurs, telle que modifiée par l'article 2 du décret-loi royal n° 5/2001.

¹²⁴ Botswana, art. 2(1).

¹²⁵ Maurice, loi du travail, art. 2.

¹²⁶ Gabon, art. 113; Bénin, art. 75-78; Burkina Faso, art. 54-58; Cameroun, art. 48-51; Niger, art. 20, 21.

¹²⁷ France, art. L. 125-2; Tunisie, art. 28-30.

¹²⁸ Maroc, art. 86; voir aussi République démocratique du Congo, art. 82-85.

l'institution de sécurité sociale, l'identité de l'entreprise utilisatrice à laquelle elles fournissent des services ¹²⁹.

Fourniture de main-d'œuvre au titre de contrats commerciaux

166. A la différence des contrats de travail ou de services, les contrats qui concernent la fourniture de main-d'œuvre sont généralement beaucoup plus limités, en ce sens qu'ils ne peuvent être exécutés que par certaines entreprises et dans certaines circonstances ¹³⁰. La fourniture de main-d'œuvre dans des conditions autres que celles qui sont prévues par la législation peut être explicitement interdite, voire constituer un délit.

167. En ce qui concerne la fourniture de main-d'œuvre par des agences d'emploi privées, la convention (n° 181) et la recommandation (n° 188) sur les agences d'emploi privées, 1997, attribuent à l'agence la fonction d'employeur de travailleurs aux fins de les mettre à la disposition d'un tiers désigné comme «entreprise utilisatrice». Les interlocuteurs des travailleurs sont l'agence qui les emploie et les clients de l'agence pour lesquels ils assurent des services ¹³¹.

168. Certains systèmes juridiques nationaux comportent des dispositions régissant les agences d'emploi privées, qui sont souvent conformes aux principes définis dans les instruments de l'OIT. Les problèmes relatifs à la protection des travailleurs des agences se présentent principalement dans les pays qui n'ont pas de législation appropriée ou dans lesquels la loi n'est pas effectivement appliquée ¹³².

169. Dans beaucoup de pays, l'employeur est normalement l'agence d'emploi, mais ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, au Royaume-Uni, une décision récente indique un changement dans la relation juridique entre les travailleurs des agences de travail temporaire et ceux qui utilisent leurs services. Une personne était enregistrée auprès d'une agence d'emploi au titre d'un «accord de travailleur temporaire», qui énonçait clairement que ses dispositions «ne constituent pas un contrat de travail entre l'agence et le travailleur, ni entre celui-ci et le client». Pendant plusieurs années, la personne en question avait été affectée par l'agence à un travail de femme de ménage, exclusivement dans un home de soins de longue durée relevant du conseil local et hébergeant des personnes présentant des troubles mentaux. Le conseil exerçait, par l'entremise de la direction du home, le contrôle quotidien sur son travail et lui fournissait les produits et le matériel de nettoyage ainsi que les vêtements de protection. Elle travaillait selon l'horaire de travail prescrit, cinq jours par semaine. L'agence lui versait son salaire, qu'elle prélevait sur le prix de ses services facturé au conseil. En avril 2001, suite à un incident au home, le conseil a demandé qu'elle soit retirée de l'accord, et l'agence lui a signalé qu'elle n'aurait plus de travail pour elle. La travailleuse a introduit un recours pour licenciement abusif. Une décision rendue en première instance a conclu que, en l'absence de contrat de travail, elle n'avait pas été employée par l'agence ou par le conseil. En appel, le tribunal a estimé qu'elle avait été employée par l'agence en raison du contrôle important que celle-ci exerçait sur elle et du caractère réciproque des

¹²⁹ Espagne, Charte des travailleurs, art. 42(3).

¹³⁰ Voir par exemple Espagne, art. 43; Cameroun, art. 26; France, art. L.125-1; Maroc, art. 477-483, 497, 498; Niger, art. 18, 19; Slovénie, art. 57.

¹³¹ Art. 1(1)b).

¹³² Aux Pays-Bas, par exemple, l'Association générale des entreprises d'emploi temporaire (ABU) signale une augmentation du phénomène du placement illégal. Voir Bosse, *op. cit.*, p. 14 et <http://www.abu.nl/abu/pagina.asp?pagkey=37892>.

obligations entre l'agence et la travailleuse. Toutefois, en instance, la Cour d'appel a estimé que l'on pouvait conclure à l'existence d'un contrat de travail entre le conseil et la travailleuse, existence qui découlait nécessairement du comportement des parties et du travail effectué si le «minimum irréductible d'obligations réciproques nécessaire à un contrat de travail» était présent¹³³. «... Cette relation contractuelle peut exister implicitement, qu'il y ait ou non un contrat de travail explicite, même si le contrat conclu entre le travailleur et l'agence, comme c'est le cas en l'espèce, stipule expressément qu'il n'existe pas de contrat de travail avec l'utilisateur final (ou avec l'agence)»¹³⁴. La Cour d'appel a conclu que le Tribunal du travail s'était trompé en estimant que la demanderesse n'était pas une salariée du conseil, auquel elle avait été affectée par l'agence en qualité de femme d'ouvrage pendant plusieurs années, au motif qu'il n'existait pas de contrat explicite entre la requérante et le conseil. En statuant ainsi, le tribunal avait omis d'envisager la possibilité de l'existence d'un contrat de travail implicite entre la requérante et le conseil.

170. Plusieurs pays ont vu apparaître un système nouveau de fourniture de main-d'œuvre, sous la forme de «coopératives de travailleurs». En Colombie, par exemple, des travailleurs ont constitué des coopératives de travailleurs en vue de produire certains biens, d'effectuer certains travaux ou de fournir certains services. Le travail doit être effectué de préférence par les membres de la coopérative, qui ne sont pas soumis à la législation applicable aux travailleurs dépendants, contrairement aux travailleurs employés par la coopérative. Les membres de la coopérative peuvent même offrir leur travail par solidarité, lorsque la coopérative est en phase de démarrage ou en période de crise, soit à titre gratuit, soit contre une rémunération convenue¹³⁵.

171. Ce système a toutefois donné lieu à des relations de travail déguisées et frauduleuses qui ont fait l'objet de sanctions. En Colombie, par exemple, certaines informations parues dans la presse ont fait état d'une enquête portant sur 200 coopératives de travailleurs. L'enquête a conclu que «certaines agences de travail temporaire exerçaient leurs activités sous l'apparence de coopératives en vue d'échapper à l'impôt et aux cotisations de sécurité sociale»¹³⁶.

172. En Argentine, la loi prévoit que les coopératives de travailleurs ne peuvent exercer leurs activités comme entreprises de travail occasionnel ou temporaire ou fournir tous autres services normalement fournis par des agences d'emploi¹³⁷.

173. Une agence d'emploi privée qui a conclu un contrat avec une entreprise utilisatrice assume les obligations normales de tout employeur mais on peut avoir aussi d'autres obligations. Par exemple, elle peut être tenue d'informer les travailleurs et leurs représentants de l'identité de l'entreprise utilisatrice et des conditions du contrat qui a été conclu, de son objet, sa durée et son lieu d'exécution, du nombre de travailleurs concernés et des mesures prises pour coordonner les activités de prévention du risque d'accident du travail¹³⁸.

¹³³ *Dacas v. Brook Street Bureau (UK) Ltd*, [2004] EWCA Civ 217, *Industrial Relations Law Reports*, vol. 33, n° 5, mai 2004, pp. 358-360.

¹³⁴ M. Rubinstein: «Highlights», *Industrial Relations Law Reports*, *op. cit.*, p. 345.

¹³⁵ Loi révisant la législation des coopératives, art. 70 et 57-60.

¹³⁶ *El País* (Cali), 30 avril 2004.

¹³⁷ Voir Argentine, loi de réglementation du travail, art. 40.

¹³⁸ Par exemple Espagne, art. 42 de la Charte des travailleurs.

Quelle position l'utilisateur occupe-t-il?

174. Les entreprises prestataires – pourvoyeuses de main-d'œuvre – sont normalement des employeurs; elles sont liées par un contrat commercial à une entreprise utilisatrice, à laquelle elles fournissent des services. Certaines lois désignent l'utilisateur comme l'«entrepreneur principal»¹³⁹. En Finlande, la loi sur les contrats de travail mentionne l'«entreprise utilisatrice» dans les cas où l'entreprise affecte un salarié à une autre entreprise¹⁴⁰.

175. La législation de certains pays fixe les obligations et les responsabilités de l'utilisateur au regard des travailleurs de l'entreprise pourvoyeuse de main-d'œuvre. Les obligations de l'utilisateur peuvent concerner des aspects tels que le choix et le contrôle du pourvoyeur de main-d'œuvre, la communication à ses propres salariés des conditions de l'accord conclu avec le pourvoyeur de main-d'œuvre, le respect des prescriptions en matière de main-d'œuvre et de sécurité sociale, le versement de salaires minima et autres rémunérations par le pourvoyeur de main-d'œuvre, l'insertion de clauses relatives à la main-d'œuvre dans le contrat conclu avec celle-ci, et la conservation d'un exemplaire des accords conclus avec le pourvoyeur de main-d'œuvre.

176. La responsabilité de l'utilisateur dans le choix et le contrôle de l'entreprise pourvoyeuse avec laquelle il traite concerne généralement l'obligation de veiller à ce que celle-ci soit dûment enregistrée, s'il y a lieu. En Espagne, l'utilisateur, désigné par la loi comme l'entreprise principale, est également tenu:

- a) de s'assurer que l'entreprise est à jour en ce qui concerne la sécurité sociale;
- b) d'informer les représentants légaux de ses propres travailleurs des conditions de chaque contrat conclu avec un entrepreneur ou un sous-traitant;
- c) d'informer le comité d'entreprise des conditions dans lesquelles la sous-traitance doit avoir lieu¹⁴¹.

177. Lorsque la main-d'œuvre est mise à disposition par une agence d'emploi, l'entreprise utilisatrice est normalement responsable des conditions légales et convenues du travail – horaires, travail de nuit, jours de repos hebdomadaire et congés, santé et sécurité, travail des femmes, des enfants et des jeunes. L'utilisateur assume par ailleurs les obligations en matière de santé au travail et, en principe, il doit fournir l'équipement de protection personnelle¹⁴².

178. Le prix trop faible versé par l'utilisateur au sous-traitant est ce qui a motivé une autre décision prononcée par un tribunal du district de New York, aux Etats-Unis. En vertu de la loi sur les pratiques équitables de travail, et à la demande du département du Travail, le tribunal a interdit à un fabricant de vêtements de vendre des produits fabriqués par des sous-traitants en violation de la réglementation sur le salaire minimum et la rémunération des heures supplémentaires. Indépendamment du préjudice causé aux travailleurs, le jugement a considéré que cette production à bas prix conférerait un avantage relatif à ceux qui enfreignaient la loi et un désavantage relatif aux producteurs

¹³⁹ Espagne, art. 42(2) de la Charte des travailleurs, telle que modifiée par l'article 2 du décret-loi royal n° 5/2001 du 2 mars; Brésil, art. 455; Maroc, art. 87 et 89.

¹⁴⁰ Finlande, chap. 1, art. 7, et chap. 2, art. 9.

¹⁴¹ Charte des travailleurs, art. 42(1), 42(4) et 64.

¹⁴² Voir, par exemple, France, art. L.124-4-6.

et distributeurs qui la respectaient¹⁴³. Le tribunal est allé plus loin et a ordonné à l'entreprise d'examiner, avant de conclure tout accord avec un sous-traitant, si le prix qu'elle lui proposait était suffisant pour permettre à celui-ci de respecter la réglementation sur le salaire minimum et les heures supplémentaires. L'entreprise était tenue de vérifier en outre si le sous-traitant avait la volonté et la capacité de respecter cette réglementation, et d'exiger de ce dernier qu'il l'en informe immédiatement si tel n'était pas le cas. Chaque sous-traitant devait permettre à l'entreprise d'inspecter ses dossiers, et l'entreprise devait les vérifier si elle supposait que le sous-traitant était en infraction. En deuxième lieu, les sous-traitants devaient garantir par écrit à l'entreprise que leur production était conforme à la loi. A son tour, l'entreprise en question était tenue de tenir à jour et de conserver toutes les informations utiles sur les accords conclus avec les sous-traitants et de répondre rapidement à toute requête du département du Travail au sujet de ces informations. Enfin, si un sous-traitant enfreignait la réglementation sur le salaire minimum et les heures supplémentaires, l'entreprise devait en informer le département du Travail et s'abstenir de commercialiser des produits fabriqués en violation de la loi.

179. Au Botswana, la loi de 1982 sur l'emploi, conformément à la convention (n° 94) sur les clauses de travail (contrats publics), 1949, prévoit l'insertion dans certains contrats publics, en ce qui concerne les contrats de travail, d'une clause déclaratoire aux termes de laquelle tout contrat de travail conclu en vertu du contrat sera régi par la loi sur l'emploi¹⁴⁴.

180. Il y a aussi des dispositions qui établissent la responsabilité légale de l'utilisateur en cas de non-respect de la loi par le prestataire. Ce principe figure dans la législation de beaucoup de pays depuis fort longtemps et il continue d'être reconnu ou réitéré dans les nouveaux textes. L'utilisateur peut être subsidiairement responsable de l'exécution de certaines obligations en cas de défaillance de l'entreprise prestataire¹⁴⁵, ou être solidairement responsable pour les transferts et l'exécution de travaux ou de services par un entrepreneur ou un sous-traitant¹⁴⁶. Au Venezuela, la loi ne prévoit cette responsabilité que lorsque l'activité de l'entreprise prestataire fait partie intégrante de celle de l'entreprise utilisatrice ou y est liée¹⁴⁷. Le Code du travail panaméen stipule que l'utilisateur doit être considéré comme l'employeur de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise prestataire lorsque celle-ci travaille principalement ou exclusivement pour l'entreprise utilisatrice, mais que les deux entreprises sont solidairement responsables pour la totalité des avantages et rémunérations dus aux travailleurs¹⁴⁸.

181. A Maurice, la loi stipule que, s'agissant d'obtenir le paiement de sa rémunération, un travailleur employé par un sous-traitant a les mêmes privilèges au regard des biens de l'utilisateur que ceux dont il jouirait s'il était employé directement par lui sans

¹⁴³ Tribunal de district des Etats-Unis (District sud de New York), 992F. Supp. 677, 5 fév. 1998. En 1997, selon les informations fournies à propos de ce cas par le département du Travail, quelque 63 pour cent des sous-traitants fabriquant des vêtements dans la ville de New York enfreignaient les dispositions de la loi sur les pratiques équitables de travail en matière de salaire minimum et d'heures supplémentaires.

¹⁴⁴ Botswana, art. 134.

¹⁴⁵ Brésil, art. 455; Chili, art. 63.

¹⁴⁶ Colombie, art. 34; Mexique, art. 13 et 15; Panama, art. 89 et 90.

¹⁴⁷ Venezuela, art. 55 et 56.

¹⁴⁸ Panama, art. 90. Disposition similaire: Mexique, art. 15.

intervention de l'entreprise prestataire¹⁴⁹. Au Chili, l'utilisateur n'est pas subsidiairement responsable dans les cas où les travaux de construction sont effectués à un prix convenu au préalable, lorsque la personne qui a commandé le travail est une personne physique¹⁵⁰.

182. Quant aux limites de la responsabilité de l'utilisateur, la Cour suprême d'Argentine a déclaré que cette responsabilité ne s'étend pas au versement des arriérés de salaire et des primes de licenciement dus aux salariés des entreprises ayant obtenu une concession pour l'exploitation de services de restauration dans les locaux de l'utilisateur¹⁵¹. En Inde, la Cour suprême a rendu un arrêt en vertu duquel l'entreprise utilisatrice n'est pas tenue d'intégrer dans son personnel les travailleurs employés par un prestataire ou recrutés par son intermédiaire¹⁵².

183. En Australie, le tribunal fédéral a fixé des limites au transfert d'activités et de travailleurs à un tiers ou à une autre entreprise. Il avait à connaître du licenciement de travailleurs chargés des soins à des personnes âgées, défavorisées ou handicapées, à domicile ou dans le cadre communautaire, par le conseil du Greater Dandenong, dans l'Etat de Victoria¹⁵³. La prestation de ces services avait fait l'objet d'un appel d'offres en régime de concurrence alors que l'on savait déjà que le personnel employé par le conseil ne serait pas en mesure de concourir, sauf à accepter une diminution des droits acquis par la négociation collective, et que la plupart des membres de ce personnel seraient licenciés. L'appel d'offres fut remporté par une entreprise proposant des services à un tarif inférieur, avec également des conditions de travail inférieures, à la suite de quoi la plupart des membres du personnel furent licenciés; par la suite, quelques-uns d'entre eux furent employés par l'adjudicataire, mais à des conditions inférieures. Le tribunal a considéré que le licenciement avait eu lieu pour une «raison interdite», en violation de la loi de 1996 sur les relations sur les lieux de travail – eu égard aux droits acquis en vertu des négociations collectives – et, par conséquent, de la liberté syndicale.

Quels sont les droits des travailleurs?

184. La troisième question fondamentale en ce qui concerne les travailleurs participant à une relation de travail «triangulaire» a trait à leurs droits.

185. En principe, les droits des salariés doivent être au minimum ceux qui sont prévus par la législation et les conventions collectives et ceux qui figurent dans le contrat de travail. Toutefois, lorsque le travail est effectué pour le compte d'une entreprise prestataire au profit d'un tiers qui emploie également des salariés, l'égalisation des conditions de travail est souvent réclamée. Cette exigence peut devenir plus pressante si les intéressés travaillent dans les locaux ou sur les chantiers de l'utilisateur, aux côtés du personnel de celui-ci, et si les deux activités parallèles ont la même valeur. C'est ce qui se passe souvent lorsqu'un salarié d'une agence est affecté à une équipe de salariés de

¹⁴⁹ Loi du travail, art. 42.

¹⁵⁰ Chili, art. 63.

¹⁵¹ CS, «Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve A S.A. y otro», 14 sept. 2000, E. 119.XXXIV-DT, 2001-A, 98, *Derecho del trabajo*, n° 7, juillet 2001.

¹⁵² Affaire *Steel Authority of India*, arrêt du 30 août 2001.

¹⁵³ *Australian Municipal, Administrative, Clerical and Services Union (AMACSU) v. Greater Dandenong City Council* (2000), 48 Australian Industrial Law Reports 4-326.

l'entreprise utilisatrice pour effectuer les mêmes travaux que ceux-ci. En outre, un problème d'infraction à la législation peut surgir lorsqu'il est fait appel à une entreprise prestataire pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles. Cela s'est produit à propos des salaires et des conditions de travail dans le cas susmentionné soumis au Tribunal du district sud de New York ou à propos de l'exercice de droits collectifs dans le cas soumis au Tribunal fédéral d'Australie, comme on l'a vu plus haut.

186. Certains systèmes juridiques prévoient, en matière de négociation collective, de liberté syndicale et de certaines conditions de travail, des droits opposables à l'entreprise utilisatrice, ou des droits analogues à ceux qui sont reconnus par l'utilisateur à ses propres salariés.

187. En Argentine, la loi sur les contrats de travail stipule qu'un travailleur embauché par l'entremise d'une agence de travail temporaire est protégé par la convention collective, représenté par l'organisation syndicale, et bénéficie de l'institution sociale pour l'activité ou la catégorie dont relève effectivement l'entreprise utilisatrice¹⁵⁴.

188. La loi finlandaise sur les contrats de travail vise explicitement à promouvoir la négociation collective en faveur des travailleurs affectés à une entreprise. Elle prévoit que chaque employeur doit au moins appliquer une convention collective nationale. Si une entreprise prestataire n'est pas liée par une convention collective, la convention collective appliquée par l'entreprise utilisatrice doit au minimum être appliquée au personnel de la première entreprise¹⁵⁵.

189. Le droit des travailleurs fournis par des agences de négocier collectivement a fait l'objet, aux Etats-Unis, d'une décision du National Labor Relations Board (NLRB) qui revêt une grande importance non seulement en raison du problème juridique qui se posait et du fait que le NLRB a inversé sa position antérieure, mais également parce qu'il situe le problème dans la perspective plus large des travailleurs dits «occasionnels» et de la nécessité de recentrer la protection prévue par la Loi sur les relations professionnelles¹⁵⁶. En l'occurrence, le NLRB a cherché à déterminer si les travailleurs fournis par une agence d'emploi pouvaient être intégrés dans la même unité de négociation que les salariés de l'entreprise utilisatrice. Celle-ci avait donné son accord, mais rien n'indiquait que l'agence l'ait fait. Pour le NLRB, il était évident que l'entreprise utilisatrice et l'agence étaient co-employeurs des travailleurs fournis par cette dernière, étant donné que l'une et l'autre intervenaient dans les domaines liés à la relation de travail tels que le recrutement, le licenciement, la discipline, le contrôle et la direction, de sorte qu'elles régissaient conjointement des aspects essentiels de cette relation. Les travailleurs de l'agence travaillaient aux côtés du personnel de l'entreprise utilisatrice, exécutaient le même travail et étaient soumis à la même supervision. Le NLRB est parvenu à la conclusion que les travailleurs employés conjointement par un employeur «utilisateur» et par un employeur «fournisseur», en l'occurrence une agence d'emploi, pouvaient être intégrés dans la même unité de négociation collective sans que l'agence ait à donner son accord. S'agissant du consentement de l'employeur, le NLRB a inversé sa position antérieure. Dorénavant, selon sa nouvelle conception, c'est l'idée de la «communauté d'intérêts» qui prévaut: en d'autres termes, il a été démontré que les

¹⁵⁴ Argentine, art. 29*bis*.

¹⁵⁵ Finlande, chap. 2, art. 7 et 9.

¹⁵⁶ Voir [331 NLRB n° 173], M.B. Sturgis, Inc., 14-RC-11572, http://www.nlr.gov/nlr/shared_files/decisions/331/331-173-htm.

travailleurs temporaires étaient soumis au même régime que les permanents au regard de la surveillance, des conditions d'emploi, du salaire, des horaires et conditions de travail.

190. Aux termes de la loi slovène sur l'emploi, le contrat de travail d'une personne affectée par l'employeur à la fourniture de services pour un utilisateur doit stipuler que le niveau du salaire et de la rémunération est fonction du travail réellement effectué chez l'utilisateur, compte tenu des conventions collectives et des lois générales applicables aux différents utilisateurs. En outre, pendant la durée du travail effectué par le travailleur auprès de l'utilisateur, l'utilisateur et le travailleur doivent, pour ce qui est des droits et des obligations directement liés à l'exécution du travail, prendre en compte les dispositions de la loi en question, des conventions collectives obligatoires pour l'utilisateur, ou des lois générales applicables à l'utilisateur¹⁵⁷.

191. S'agissant tant des entreprises de services que des coopératives de travailleurs, la législation péruvienne prévoit que leurs travailleurs et leurs membres jouissent des droits et des avantages applicables aux autres travailleurs du secteur privé et que, pendant leur affectation auprès d'une entreprise utilisatrice, ils ont droit à la rémunération et aux conditions de travail offertes par l'entreprise à ses propres travailleurs¹⁵⁸.

192. Dans le même ordre d'idées, au Niger, le salaire versé à un travailleur temporaire d'une agence d'emploi pendant chaque mission ne peut être inférieur à ce qu'il aurait perçu s'il avait été employé par l'entreprise utilisatrice¹⁵⁹.

193. A Maurice, la loi contient des dispositions détaillées qui interdisent expressément, de la part des sous-traitants, des agences d'emploi et des commettants, toute discrimination et tout harcèlement sexuel à l'égard des travailleurs contractuels¹⁶⁰. En France, les travailleurs employés au titre d'un contrat d'emploi temporaire ont accès, dans l'entreprise de l'utilisateur, au transport collectif et aux infrastructures collectives (en particulier de restauration) dont disposent les salariés de l'entreprise, aux mêmes conditions que ceux-ci¹⁶¹.

194. Aux Pays-Bas, la convention collective 2004-2009 pour l'emploi temporaire prévoit la protection progressive des travailleurs en fonction de la durée de leur service, selon trois phases: i) phase A: jusqu'à soixante-dix-huit semaines de travail pour la même agence d'emploi temporaire; ii) phase B: jusqu'à deux ans ou huit contrats dans l'agence; iii) phase C: au bout de trois ans et demi, le travailleur obtient un contrat à durée indéterminée avec l'agence d'emploi. Après vingt-six semaines dans la même entreprise utilisatrice, le travailleur temporaire recevra le même salaire que les travailleurs comparables de l'entreprise utilisatrice. Si, dans la phase B, le travail temporaire prend fin alors que l'un des contrats est en cours, l'agence d'emploi est tenue de verser le salaire jusqu'à la fin de la période prévue¹⁶².

¹⁵⁷ Slovaquie, art. 60(2) et 62(2).

¹⁵⁸ Loi réglementant l'activité des entreprises spéciales de services et des coopératives de travailleurs, art. 7.

¹⁵⁹ Niger, art. 16.

¹⁶⁰ Maurice, art. 10, 11 et 21 de la loi sur la discrimination fondée sur le sexe.

¹⁶¹ France, art. L. 124-4-7.

¹⁶² Bosse, *op. cit.*, pp. 8-9. Voir le résumé de la convention collective à l'adresse <http://www.abu.nl/assets/abu/overabu/cao/Samenvatting%20CAO%20Engels.pdf>.

Respect et mise en application de la loi

195. Les dispositions relatives au respect et à la mise en application de la loi sont très importantes, en particulier dans les cas complexes où le travailleur n'est pas en mesure de faire valoir effectivement ses droits.

196. Certaines initiatives récentes ont mis en lumière des problèmes de respect et de mise en application de la législation du travail et visent à apporter une solution appropriée. En ce qui concerne l'observation volontaire de la loi, une tendance apparaît qui se reflète dans une série de déclarations, codes de bonne pratique et accords-cadres conclus entre des organisations internationales d'employeurs et de travailleurs en vue de promouvoir l'application. Il s'agit là d'une évolution cruciale et incontournable dans le cadre d'une économie mondialisée où le comportement des entreprises est étroitement surveillé par les actionnaires, les consommateurs, les médias et les organisations de travailleurs. En ce qui concerne le rôle de l'Etat en tant que garant du respect de la loi, et indépendamment du recentrage général de la législation déjà mentionné, certaines dispositions et certains mécanismes ont été mis en place qui sont spécialement conçus pour éviter les situations où existeraient des doutes ou des pratiques illégales concernant le statut des travailleurs, ou afin de résoudre efficacement les problèmes, encore que les difficultés d'accès aux tribunaux soient toujours un défi majeur.

197. La loi finlandaise sur les contrats de travail fixe en détail l'obligation de l'employeur d'informer le salarié des termes de son contrat¹⁶³. Elle vise de fait à protéger le salarié; toutefois, elle fait en sorte que l'employeur doit décider d'emblée du statut qu'il attribue au travailleur, car il n'a à fournir les informations requises par la loi que dans le cas du statut de dépendance. Les travailleurs qui ne reçoivent pas ces informations, mais estiment être dépendants, peuvent porter plainte auprès de l'autorité compétente.

198. La réforme de la loi sud-africaine sur les conditions d'emploi de base est plus explicite à cet égard étant donné qu'elle met en place un mécanisme consultatif institutionnel en faveur des travailleurs qui ont des doutes quant à leur statut. Toute personne, à l'exception de celle dont le revenu dépasse une certaine limite¹⁶⁴, peut s'adresser à la Commission de conciliation, de médiation et d'arbitrage (CCMA) de façon que celle-ci vérifie si elle a ou non le statut de salarié¹⁶⁵.

199. Au Québec, une nouvelle loi prévoit la mise en place d'un mécanisme de prévention analogue non seulement pour permettre de déterminer si un travailleur est salarié, mais également pour déterminer si le salarié sera converti en «travailleur indépendant non salarié» à la suite de changements pouvant être apportés à l'entreprise par l'employeur. L'employeur doit informer l'association de salariés concernée des changements qu'il se propose d'introduire. Si l'association n'est pas d'avis, comme l'employeur, que les changements entraîneront une modification du statut des salariés, elle peut requérir l'avis de la Commission des relations du travail. Si l'association s'adresse à la commission, l'employeur ne peut mettre en application les changements

¹⁶³ Finlande, chap. 2, art. 4.

¹⁶⁴ Art. 6(3) de la loi sur les conditions d'emploi de base.

¹⁶⁵ Art. 200A(3) de la loi de 1995 sur les relations professionnelles, telle qu'amendée par l'article 51 de la loi modificatrice de 2002 sur les relations professionnelles. Voir *Afrique du Sud*, 2002 (p. 53).

annoncés jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision ou que les deux parties soient parvenues à un accord ¹⁶⁶.

200. La réforme du Code du travail chilien comporte diverses mesures importantes conçues pour prévenir les pratiques illégales dans la relation de travail et promouvoir l'application de la législation. Elle prévoit une lourde amende à l'encontre des employeurs qui simulent le recrutement de travailleurs par l'intermédiaire de tiers ou qui utilisent des subterfuges pour déguiser ou modifier leur identité ou leur capital afin de se soustraire aux obligations en matière de main-d'œuvre et de sécurité sociale ¹⁶⁷. La réforme autorise également la création de 300 postes d'inspecteurs du travail et l'adoption de dispositions destinées à renforcer l'application de la législation du travail ¹⁶⁸.

201. Le projet de loi générale sur le travail présenté au Pérou comporte un certain nombre de dispositions importantes à cet égard: il réaffirme le *principe de réalité*; il exige de l'employeur qu'il tienne un registre des travailleurs à domicile et qu'il en communique un exemplaire au travailleur; il exige également l'enregistrement des prestataires de services et il étend expressément l'application de la loi aux membres des coopératives ¹⁶⁹.

202. La législation de certains pays contient également des dispositions particulières visant à renforcer les droits des travailleurs engagés dans des relations de travail de type «triangulaire». Ces dispositions concernent essentiellement l'activité elle-même du pourvoyeur de main-d'œuvre, la supervision à assurer par l'utilisateur, le contrat de travail, la supervision administrative et l'accès aux juridictions du travail.

203. Quant à l'activité du pourvoyeur de main-d'œuvre, il existe des dispositions qui imposent l'obtention d'une autorisation ou l'enregistrement pour pouvoir exercer cette activité ou celle d'agence d'emploi, ou encore pour créer une coopérative de travailleurs. Des garanties de solvabilité peuvent également être exigées.

204. Au Niger et au Pérou, la législation prévoit que la fourniture de main-d'œuvre doit être la seule activité de l'entreprise ¹⁷⁰. En droit péruvien, les entreprises pourvoyeuses d'emploi et les coopératives de travailleurs sont tenues de verser une caution garantissant l'exécution de leurs obligations en matière de main-d'œuvre et de sécurité pour les travailleurs affectés à une entreprise utilisatrice ¹⁷¹.

205. Dans les pays africains qui pratiquent le système du *tâcheron*, l'entrepreneur commettant a l'obligation de tenir une liste de tous les *tâcherons* avec lesquels il a conclu un contrat ¹⁷².

¹⁶⁶ Projet de loi n° 31 (2001, chap. 26): loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et amendant d'autres dispositions législatives, art. 20.0.1, ajouté par l'article 11 du projet, 21 juin 2001.

¹⁶⁷ Art. 478 du Code du travail, tel qu'amendé par l'article 100 de la loi n° 19.759.

¹⁶⁸ Dispositions provisoires 6 et 7 de la loi n° 19.759.

¹⁶⁹ Art. XI.6, préambule, et art. 35, 73 et 60.

¹⁷⁰ Niger, art. 15; Pérou, n° 27626, art. 2.

¹⁷¹ Pérou, *ibid.*, art. 24.

¹⁷² Bénin, art. 78; Burkina Faso, art. 57; Cameroun, art. 51.

206. Aux Etats-Unis, l'Etat de Californie exige de certains sous-traitants qu'ils obtiennent une licence pour exercer leur activité auprès des bureaux du commissaire général du travail ¹⁷³.

207. En France, pour exploiter une agence d'emploi, la loi impose une déclaration auprès de l'autorité administrative indiquant les caractéristiques juridiques de l'entreprise, les noms des directeurs et la zone géographique et le type de professions dans lesquels elle compte exercer ses activités; l'agence doit en outre fournir une garantie financière suffisante. On trouve une situation analogue au Pérou dans le cas des agences d'emploi et des coopératives. Dès l'instant où l'agence ou la coopérative est en activité, elle est tenue de conclure avec ses clients des contrats de mise à dispositions des travailleurs qui leur sont affectés. Ces contrats doivent mentionner les motifs et les caractéristiques de l'affectation. En outre, elle doit notifier à l'autorité compétente les contrats de travail qui ont été conclus ¹⁷⁴.

208. En conclusion, l'étude de la législation et de la pratique réalisée pour le présent rapport montre que, dans l'ensemble, les problèmes généraux liés au respect de la législation du travail et à sa mise en application concernent également la relation de travail. Des mesures spécifiques ont certes été adoptées dans certains pays pour combattre le phénomène des relations de travail déguisées et les problèmes qui entourent les relations de travail de type «triangulaire», mais il n'existe guère d'indices d'une tentative cohérente et déterminée d'apporter une solution aux problèmes du manque de respect de la loi et de sa mise en application défailante. Il est intéressant, dans ce contexte, de renvoyer aux conclusions de la discussion générale de 2003 sur le champ de la relation de travail, qui formule des recommandations précises concernant les problèmes de mise en application et de respect de la loi ¹⁷⁵.

¹⁷³ Code du travail de Californie, art. 1682-1689.

¹⁷⁴ France, art. L.124-8 et L.124-10.

¹⁷⁵ Voir annexe 2, en particulier les paragraphes 11, 12 et 13.

Chapitre III

Un nouvel instrument: base et contenu possible d'une recommandation

209. La résolution et les conclusions adoptées par la Conférence internationale du Travail à sa 91^e session (2003)¹, à l'issue de la discussion générale, envisagent pour l'OIT un rôle important en ce qui concerne le champ et l'application de la relation de travail, notamment la poursuite des recherches et un programme de coopération technique, d'assistance et de conseil au profit des Etats Membres. Les conclusions indiquent aussi que l'OIT devrait envisager d'adopter une réponse internationale. La résolution de la 86^e session (1998) de la Conférence internationale du Travail² évoque également la possibilité d'adopter des instruments internationaux pour la protection des travailleurs se trouvant dans les situations identifiées par la Commission du travail en sous-traitance.

210. La discussion générale de 2003 a donné aux mandants tripartites de l'OIT l'occasion d'analyser en détail la nature et l'ampleur du problème sur la base de leur connaissance et de leur expérience de la question au niveau national ainsi que des recherches entreprises par le Bureau. L'image dynamique qui en est ressortie est que cet important problème a de multiples facettes; il s'agit d'un phénomène complexe et de plus en plus répandu; les solutions possibles sont diverses et évolutives mais on observe aussi beaucoup de tendances et d'éléments communs dans les réponses adoptées dans les différents pays et régions. L'importance de l'action à entreprendre au niveau national a été soulignée tout au long de la discussion. Les conclusions indiquent que cette action devrait notamment consister à mettre en place un cadre approprié, en concertation avec les partenaires sociaux, à améliorer la collecte des données statistiques, à promouvoir l'égalité entre hommes et femmes et à améliorer le respect et la mise en application de la loi. Cette approche est analogue à celle adoptée par la Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection, organisée à Genève en mai 2000.

211. Pour la préparation du présent questionnaire, le Bureau a pris en compte les paramètres indiqués dans la résolution de 2003 en vue d'une éventuelle norme internationale. Une recommandation, instrument proposé en 2003 par la Conférence internationale du Travail, est par définition un instrument promotionnel et aurait l'avantage d'encourager les Etats Membres à formuler et à appliquer progressivement des politiques nationales ayant un objectif commun mais adaptées aux spécificités de chaque pays. Par sa nature même, une recommandation n'imposerait pas d'obligations

¹ Voir annexe 2.

² Voir annexe 1.

précises et détaillées aux Etats Membres, hormis celle de présenter des rapports conformément à la Constitution de l'OIT.

212. Les paragraphes qui suivent expliquent brièvement la structure et le contenu du questionnaire afin d'aider les gouvernements des Etats Membres ainsi que les organisations d'employeurs et de travailleurs à préparer leurs réponses. Le questionnaire vise à identifier les éléments essentiels d'une éventuelle recommandation qui offrirait aux Etats Membres un cadre propre à faciliter et guider l'élaboration et la mise à jour de leur politiques, législations et approches face aux problèmes que pose la détermination de l'existence d'une relation de travail et du statut des travailleurs.

Structure du questionnaire

213. Le questionnaire comprend quatre grandes sections: forme de l'instrument international; préambule; contenu de l'instrument; autres questions. Il débute par quelques questions préliminaires qui devraient permettre de compléter et d'affiner les informations disponibles sur la législation et la jurisprudence.

Contenu du questionnaire

Section I. Forme de l'instrument international

214. Le questionnaire a été établi en vue de l'adoption, en 2006, d'une recommandation, conformément à l'approche adoptée lors de la discussion générale de 2003. Dans les conclusions de cette discussion, il est clairement indiqué que l'OIT devrait envisager l'adoption d'une réponse internationale et qu'une recommandation serait une réponse appropriée³. Les *questions 1 et 2* traitent de ce point.

215. Une fois une question inscrite à l'ordre du jour de la Conférence, les Etats Membres sont invités à faire connaître leurs vues en répondant à un questionnaire. Il appartiendra aux délégués qui participeront à la 94^e session de la Conférence internationale du Travail, en 2006, de prendre une décision. Conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail, «si la Conférence se prononce pour l'adoption de propositions relatives à un objet à l'ordre du jour, elle aura à déterminer si ces propositions devront prendre la forme: *a)* d'une convention internationale; *b)* ou bien d'une recommandation, lorsque l'objet traité ou un de ses aspects ne se prête pas à l'adoption immédiate d'une convention».

Section II. Préambule

216. Les instruments de l'OIT commencent normalement par un préambule. La *question 3* porte sur les éléments qui devraient figurer dans ce préambule, y compris des références aux instruments et politiques de l'OIT.

217. Les considérations suivantes sont évoquées: 1) compte tenu des changements importants en cours sur le marché du travail et dans l'organisation du travail, il est parfois difficile d'établir s'il existe ou non une relation de travail, pour différentes raisons qui sont précisées; 2) dans certains cas, il existe une relation de travail mais il est parfois difficile de déterminer qui est l'employeur, quels sont les droits du travailleur et

³ Voir point 25 des conclusions concernant la relation de travail (annexe 2).

qui en est responsable; 3) en raison de ces difficultés, certains travailleurs sont, dans la pratique, exclus du champ d'application de la législation du travail; 4) les Etats devraient donc formuler et mettre en œuvre une politique visant à assurer à ces travailleurs une protection adéquate, en prenant aussi en compte la question de l'égalité entre hommes et femmes; 5) le préambule devrait réaffirmer l'importance et l'utilité du dialogue social dans ce domaine; 6) il devrait se référer à la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail ainsi qu'à d'autres instruments pertinents.

Section III. Contenu de l'instrument

218. Compte tenu des problèmes créés par l'absence de protection des travailleurs qui, pour une ou plusieurs des raisons mentionnées dans la *question 3*, n'entrent pas dans le champ de la relation de travail, le nouvel instrument devrait avoir pour but d'encourager les Etats à élaborer et mettre en œuvre une politique qui permette de traiter le problème d'une manière dynamique et adaptée aux spécificités nationales. Ce point est traité dans la *question 4*. L'approche proposée consiste à revoir à des intervalles appropriés et, si nécessaire, à préciser ou adapter le champ d'application de la législation afin de garantir une protection adéquate aux travailleurs qui, dans les faits, sont partie à une relation de travail.

219. Pour une bonne application du nouvel instrument, il ne suffira pas d'adopter une mesure spécifique, par exemple le réexamen ou la révision de la législation pertinente, aussi efficace que puisse être cette mesure. Le nouvel instrument aura aussi pour mérite d'appeler l'attention des Etats sur la nécessité de promouvoir la volonté politique de protéger les travailleurs considérés et, sur cette base, de mettre en œuvre un processus permanent qui tiendra compte de l'ampleur et des caractéristiques du problème de la relation de travail au niveau national. Ce processus pourrait conduire à des propositions qui pourraient elles-mêmes se traduire par des mesures appropriées à court, moyen ou long terme, mesures qui seraient régulièrement évaluées et dont l'impact serait vérifié.

220. Il est tout à fait possible et il serait d'ailleurs souhaitable que les Etats Membres aient déjà une politique analogue à celle proposée dans cette section du questionnaire ou qu'ils élaborent et mettent en œuvre une telle politique. En pareil cas, le nouvel instrument suggérerait à ces Etats de poursuivre cette politique et de l'évaluer à des intervalles appropriés.

221. Le nouvel instrument ne donnerait pas aux Etats Membres d'instructions spécifiques concernant la forme ou le contenu de la politique à adopter. Il appartiendrait à chaque Etat de choisir des moyens appropriés pour suivre l'évolution des réalités du marché du travail, identifier les situations dans lesquelles certains travailleurs sont dépourvus de protection, soit que la législation soit insuffisante, soit qu'elle soit mal appliquée, et adopter des mesures pour remédier à ces lacunes.

222. Toutefois, le nouvel instrument suggérerait certains éléments qui pourraient faire partie de la politique nationale. Dans la section III du questionnaire, ces éléments sont présentés dans les *questions 5 à 16* sous les six sous-rubriques suivantes: contenu de la politique nationale; consultation et mise en œuvre; détermination de l'existence d'une relation de travail; règlement des différends; respect et mise en application; contrats civils ou commerciaux.

223. La *question 5* établit le principe de la *primauté des faits*, reconnu dans beaucoup de systèmes juridiques nationaux. Ce principe pourrait s'appliquer à l'examen des situations dans lesquelles la relation de travail est ambiguë, présentée à tort par les parties comme une relation civile ou commerciale, ou déguisée d'une autre manière.

224. Le premier paragraphe de la *question 6* traite d'autres aspects fondamentaux de la politique à adopter, qui pourraient être traités dans le nouvel instrument: cette politique devrait être nationale, transparente et formulée sur une base tripartite. Le rapport montre clairement que l'absence de protection de certains travailleurs s'observe dans beaucoup de secteurs et que c'est un problème qui intéresse l'Etat et la société en général, en plus des partenaires sociaux. Il faut donc trouver des solutions efficaces, équilibrées et harmonieuses qui tiennent dûment compte de ces divers intérêts. D'où la nécessaire transparence dans la conception et la mise en œuvre de cette politique. La meilleure solution consiste à s'assurer la participation des autorités compétentes ainsi que des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives. Le rapport illustre la valeur du dialogue social dans ce domaine en citant l'exemple de certains pays.

225. Le problème de l'absence de protection de travailleurs qui sont en fait partie à une relation de travail est fondamentalement le même partout mais la nature et l'étendue de la protection des travailleurs en question devraient être déterminées au niveau national, c'est-à-dire conformément à la législation et à la pratique de chaque pays.

226. Le nouvel instrument laisse aux Etats Membres une assez grande marge de manœuvre mais, pour orienter leur action, un certain nombre de mesures qui pourraient figurer dans la politique nationale sont mentionnées dans le deuxième paragraphe de la *question 6*.

227. Comme il a déjà été indiqué, il est capital que les partenaires sociaux participent à la conception de la politique nationale. Dans la sous-rubrique qui porte sur la consultation et la mise en œuvre, la *question 7* propose l'établissement d'un mécanisme nouveau ou la désignation d'un mécanisme existant afin d'examiner l'évolution du marché du travail et de l'organisation du travail et conseiller le gouvernement sur l'adoption et la mise en œuvre des mesures visées à la *question 6*. Il peut s'agir soit d'un mécanisme compétent uniquement dans le domaine considéré, soit d'un mécanisme ayant des attributions plus larges. Quel que soit le cas, ce qui est important c'est que ce mécanisme soit approprié et qu'il permette un partage des informations et des consultations efficaces.

228. Les *questions 8 et 9* indiquent les conditions qui devraient être réunies par ce mécanisme de consultation pour qu'il fonctionne au mieux. Premièrement, il devrait prévoir la participation des autorités compétentes et des organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs (*question 8*); deuxièmement, la consultation de ces organisations devrait avoir lieu à des intervalles rapprochés, garantir la représentation des employeurs et des travailleurs sur un pied d'égalité et s'appuyer sur des rapports d'experts ou des études techniques utilisant des méthodes acceptées par les parties (*question 9*).

229. Pour que la politique nationale soit transparente et que le gouvernement soit parfaitement informé des vues des autorités compétentes et des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, il faut que le mécanisme de consultation mis en place pour la conception et la mise en œuvre de cette politique soit conforme à un certain nombre de conditions, notamment celles énoncées aux *questions 7, 8 et 9*. Toutefois, ces conditions ne devraient pas avoir pour effet de compliquer inutilement ce mécanisme et le processus de consultation. Les Etats Membres devraient concevoir des solutions et modalités qui soient bien adaptées à leur expérience et aux spécificités nationales. Il faudrait avant tout s'attacher à promouvoir l'idée qu'une telle politique est nécessaire et à favoriser un consensus afin de mettre en place des méthodes simples mais efficaces de mise en œuvre.

230. Les questions relatives à la conception et à la mise en œuvre d'une politique visant la relation de travail soulèvent inévitablement la question de ce qu'il faut entendre par relation de travail et des moyens de déterminer son existence, notamment si la relation de travail est objectivement ambiguë ou déguisée. Ces points sont traités dans les *questions 10 à 12* qui portent sur la détermination de l'existence d'une relation de travail.

231. Sur ce plan, le questionnaire tient compte des conclusions de la discussion générale de 2003. Le nouvel instrument ne donnerait pas une définition de la relation de travail, laissant ce soin à chaque Etat Membre. En revanche, il donnerait des orientations méthodologiques qui pourraient être utiles aux Etats Membres pour mettre au point une définition nationale satisfaisante de la relation de travail, c'est-à-dire une définition qui aidera à déterminer l'existence de cette relation de travail et à régler les différends concernant le statut des travailleurs. Il s'agirait de préciser, en termes généraux, ce qui peut constituer une relation de travail et de mentionner les *facteurs* et *indicateurs* pouvant éventuellement être utilisés pour l'identifier, sur la base des enseignements tirés d'un examen de la législation.

232. Il convient de noter que certaines tendances communes s'observent dans la législation examinée, même dans les lois qui se contentent de décrire la relation de travail. Le problème, auquel il est difficile de trouver une solution bien définie et généralement satisfaisante, ce sont les *facteurs* qui déterminent l'existence d'une relation de travail et qui distinguent un salarié d'un travailleur indépendant.

233. Les *questions 11 et 12* visent à promouvoir la recherche d'instruments qui aideront à identifier la relation de travail.

234. La *question 11* vise à vérifier si le nouvel instrument devrait disposer que l'existence d'une relation de travail sera déterminée sur la base de *facteurs* établis par la législation et la pratique nationales, comme cela est déjà le cas dans la législation et la jurisprudence de beaucoup d'Etats Membres, et s'il devrait mentionner une liste d'*indicateurs* qui serviraient à établir la présence de ces *facteurs*.

235. La *question 12* concerne la *preuve* de l'existence d'une relation de travail. Vu les difficultés auxquelles les travailleurs se trouvent d'ordinaire confrontés dans ce domaine, certaines législations nationales disposent, de différentes manières et en différents termes, que l'existence d'une relation de travail sera déterminée sur la base de certains *indicateurs*. Dans certains pays, ces *indicateurs* ont été établis par la jurisprudence. La question vise à déterminer si le nouvel instrument devrait également disposer que, une fois qu'un ou plusieurs des *indicateurs* ont été identifiés, la relation entre le travailleur et la personne au profit de laquelle il exécute un travail sera considérée, jusqu'à preuve du contraire, comme une relation de travail.

236. La section suivante traite du règlement des différends relatifs à la relation de travail. Il ne suffit pas de concevoir et de mettre en œuvre une politique nationale. Il faut aussi que les travailleurs et les employeurs aient des moyens efficaces et rapides de prévenir et de régler les différends auxquels peut donner lieu le statut des travailleurs. L'accès des travailleurs aux tribunaux est essentiel pour garantir leurs droits; quant aux employeurs, l'existence de procédures efficaces de prévention et de règlement des différends est une garantie de certitude et de sécurité juridique.

237. Sur ce plan, le questionnaire demande si le nouvel instrument devrait disposer que des procédures administratives ou autres, efficaces et rapides, devraient être établies pour permettre à l'autorité compétente de connaître des différends concernant le statut des travailleurs (*question 13*) et que le règlement de ces différends relèvera des tribunaux

du travail, d'autres tribunaux, de l'arbitrage ou d'autres organes, conformément à la législation et à la pratique nationales (*question 14*).

238. Il est essentiel d'assurer le respect des lois relatives à la relation de travail par les parties concernées mais il faut aussi que les autorités aient l'obligation et la possibilité de mettre en application ces lois. Le questionnaire demande donc si le nouvel instrument devrait prévoir que des mesures de mise en application effectives et efficaces devraient être prises par les autorités compétentes, conformément à la législation et à la pratique nationales (*question 15*).

239. La section III se termine par la question du droit des employeurs d'établir des relations contractuelles civiles ou commerciales (*question 16*). Tout au long des discussions sur la relation de travail, il a été souligné que la réglementation ne doit pas empiéter sur le droit d'une personne de conclure des contrats civils ou commerciaux pour s'assurer les services d'une autre personne. Cette question a été dûment clarifiée dans les rapports du BIT et les discussions de l'OIT. Une personne peut exécuter un travail dans le cadre d'une relation de travail ou dans le cadre d'une relation civile ou commerciale ou d'ailleurs dans tout autre cadre. La nature du contrat sera finalement déterminée non pas en fonction de la façon dont les parties le désigneront mais conformément au principe de la *primauté des faits*. La question 15 vise à établir si l'instrument devrait prévoir qu'aucune de ses dispositions ne pourra être interprétée comme limitant, d'une manière quelconque, le droit des employeurs d'établir des relations contractuelles civiles ou commerciales.

Section IV. Autres questions

240. Le questionnaire comprend deux dernières questions, l'une sur les spécificités de la législation et de la pratique nationales qui pourraient rendre difficile l'application du nouvel instrument (*question 17*) et l'autre sur les points qui ne sont pas inclus dans le questionnaire (*question 18*). Les réponses à ces deux questions aideront beaucoup à ce que le nouvel instrument reflète au mieux les préoccupations et suggestions des Etats Membres.

Questionnaire

Le questionnaire ci-après a été préparé en conformité avec l'article 38¹ du Règlement de la Conférence internationale du Travail pour connaître l'avis des Etats Membres sur la possibilité d'adopter des normes internationales du travail dans le domaine traité par le présent rapport et sur les éléments que de telles normes pourraient contenir. Conformément à cet article, les gouvernements sont priés de donner leur avis après avoir consulté les organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs. Cette consultation est obligatoire pour les Membres qui ont ratifié la convention (n° 144) sur les consultations tripartites relatives aux normes internationales du travail, 1976². Conformément à la pratique établie, les organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs peuvent faire parvenir leurs réponses directement au Bureau. Pour pouvoir être prises en compte, les réponses devront parvenir au Bureau au plus tard le 1^{er} juillet 2005 ou, dans le cas des Etats fédératifs et des pays dans lesquels il est nécessaire de traduire le questionnaire dans la langue nationale, le 1^{er} août 2005. Le questionnaire figurera aussi sur le site Web de l'OIT (<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/ifpdial/index.htm>).

Lorsqu'ils prépareront leurs réponses, les Membres se rappelleront que, à la lumière des conclusions et de la résolution adoptées par la Conférence internationale du Travail à sa 91^e session (2003) à l'issue de la discussion générale sur la question de la relation de travail, l'action normative dans ce cas pourrait s'orienter vers l'adoption d'un instrument, à savoir une recommandation. Cet instrument pourrait consacrer le principe que les Etats doivent s'appliquer à poursuivre une politique de clarification et d'adaptation du champ de la législation du travail, compte tenu de la réalité de l'emploi et du marché du travail et en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, et veiller à l'application effective de la législation. L'instrument pourrait aussi énumérer un certain nombre de mesures qui pourraient être prises au niveau national pour mettre en œuvre cette politique. Le Bureau a établi le présent questionnaire en tenant compte de cette hypothèse. Dans le cas où les Membres seraient d'un avis différent, ils sont priés de bien vouloir l'indiquer dans leurs réponses.

¹ Procédure de simple discussion.

² Aux termes de l'article 5, paragraphe 1 *a*), de la convention n° 144, les procédures visées par cette convention devront avoir pour objet des consultations sur les réponses des gouvernements aux questionnaires sur les points inscrits à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail et les commentaires des gouvernements sur les projets de textes qui doivent être discutés par la Conférence.

Questions préliminaires*

Si la législation ou la jurisprudence de votre pays sont mentionnées dans le présent rapport, veuillez indiquer:

a) *si les références sont correctes:*

Oui Non

Dans le cas contraire, veuillez indiquer les corrections à apporter:

b) *toute autre législation ou jurisprudence pertinente (prière de transmettre copie des textes si possible):*

Si la législation ou la jurisprudence de votre pays ne sont pas mentionnées dans le présent rapport, veuillez indiquer tout élément de l'une ou de l'autre applicable à certains ou à l'ensemble des points abordés dans le chapitre II du rapport, et nous adresser copie des textes pertinents, si possible.

I. Forme de l'instrument international

1. *La Conférence internationale du Travail devrait-elle adopter un instrument concernant la relation de travail?*

Oui Non

Commentaires:

2. *Dans l'affirmative, cet instrument devrait-il prendre la forme d'une recommandation?*

Oui Non

Commentaires:

* Si besoin est, veuillez faire figurer vos commentaires supplémentaires sur une feuille séparée (format A4).

II. Préambule

3. *Le préambule de l'instrument devrait-il:*

1) *considérer que, compte tenu des changements importants en cours sur le marché du travail et dans l'organisation du travail, il est parfois difficile d'établir s'il existe ou non une relation de travail, à cause de l'une des raisons ci-après ou d'une combinaison de plusieurs d'entre elles:*

a) *le cadre législatif n'est pas clair, le champ d'application de la législation est trop restreint ou inadapté pour toute autre raison;*

Oui Non

Commentaires:

b) *la relation de travail est ambiguë;*

Oui Non

Commentaires:

c) *la relation de travail est déguisée?*

Oui Non

Commentaires:

2) *considérer qu'il peut exister une relation de travail, mais qu'il est parfois difficile de déterminer qui est l'employeur, quels sont les droits du travailleur et qui en est responsable?*

Oui Non

Commentaires:

3) *considérer que, en raison de ces difficultés, des travailleurs qui devraient être protégés dans le cadre d'une relation de travail peuvent en réalité se trouver exclus du champ d'application de la législation du travail et, en conséquence, être dépourvus de protection?*

Oui Non

Commentaires:

- 4) *considérer que les Membres devraient formuler et mettre en œuvre une politique nationale visant à revoir périodiquement l'application de la législation du travail afin d'assurer une protection adéquate des travailleurs visés ci-dessus, en prenant également en considération la dimension hommes-femmes?*

Oui Non

Commentaires:

- 5) *réaffirmer l'importance et l'utilité du dialogue social comme moyen de formuler et de mettre en œuvre une politique nationale visant à protéger ces travailleurs?*

Oui Non

Commentaires:

- 6) *se référer à la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et à d'autres instruments pertinents de l'OIT (à préciser)?*

Oui Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser:

III. Contenu de l'instrument

Politique nationale de protection des travailleurs engagés dans une relation de travail

4. *L'instrument devrait-il prévoir que les Membres devraient élaborer et mettre en œuvre ou poursuivre une politique nationale ayant pour fin de revoir à des intervalles appropriés et, si nécessaire, de préciser ou d'adapter le champ d'application de la législation afin de garantir aux travailleurs une protection adéquate dans le cadre d'une relation de travail?*

Oui Non

Commentaires:

Contenu de la politique nationale

5. *L'instrument devrait-il prévoir que, aux fins de la politique nationale visée à la question 4, l'existence d'une relation de travail devrait être déterminée en fonction des faits, quel que soit l'accord, contractuel ou autre, arrêté par les parties?*

Oui Non

Commentaires:

6. 1) *L'instrument devrait-il prévoir que la nature et l'étendue de la protection visée à la question 4 devraient être déterminées conformément à la législation et à la pratique nationales, mais qu'en tout état de cause la politique en question devrait être menée en toute transparence avec la participation des organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs?*³

Oui Non

Commentaires:

- 2) *Cette politique nationale devrait-elle inclure au moins les mesures suivantes:*

- a) *fournir aux intéressés, en particulier aux employeurs et aux travailleurs, des orientations relatives aux moyens de déterminer l'existence d'une relation de travail?*

Oui Non

Commentaires:

³ Paragraphe 5 de la Déclaration commune des experts participant à la Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (Genève, 15-19 mai 2000) dans BIT: *Rapport de la réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin d'une protection*, document MEWNP/2000/4(Rev.) annexé au document GB.279/2, Conseil d'administration, 279^e session, Genève, nov. 2000, <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/gb/docs/gb279/pdf/gb-2.pdf>, paragr. 107.

b) *combattre la relation de travail déguisée?*

Oui Non

Commentaires:

c) *établir des règles claires pour les situations dans lesquelles les salariés d'une personne (le «prestataire») travaillent pour une autre personne (l'«utilisateur»)?*

Oui Non

Commentaires:

Dans l'affirmative, ces règles devraient-elles aborder, entre autres, les points suivants:

i) *qui est l'employeur?*

Oui Non

Commentaires:

ii) *quelles sont les conditions de travail, y compris la rémunération, compte tenu du principe de l'égalité de chances et de traitement?*

Oui Non

Commentaires:

iii) *les responsabilités conjointe et séparée du prestataire et de l'utilisateur, de telle sorte que les salariés soient effectivement protégés?*

Oui Non

Commentaires:

d) *éviter toute immixtion dans les relations contractuelles civiles ou commerciales?*

Oui Non

Commentaires:

e) *garantir l'accès à des mécanismes appropriés de règlement des différends en vue de la détermination du statut des travailleurs?*

Oui Non

Commentaires:

f) *prévoir une mise en application effective et efficace?*

Oui Non

Commentaires:

Autres mesures:

Consultation et mise en œuvre

7. *L'instrument devrait-il prévoir l'établissement d'un mécanisme nouveau ou la désignation d'un mécanisme existant approprié chargé d'examiner l'évolution du marché du travail et de l'organisation du travail ainsi que de conseiller le gouvernement sur l'adoption et la mise en œuvre des mesures visées à la question 6?*

Oui Non

Commentaires:

8. *Un tel mécanisme devrait-il prévoir la participation des autorités compétentes et des organisations les plus représentatives d'employeurs et de travailleurs?*

Oui Non

Commentaires:

9. *L'instrument devrait-il prévoir que, dans le cadre du mécanisme visé à la question 8, la consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressés devrait:*

a) *se tenir à des intervalles rapprochés?*

Oui Non

Commentaires:

b) *garantir la représentation des employeurs et des travailleurs sur un pied d'égalité?*

Oui Non

Commentaires:

c) *s'appuyer sur des rapports d'experts ou des études techniques utilisant des méthodes acceptées par les parties?*

Oui Non

Commentaires:

Détermination de l'existence d'une relation de travail

10. *L'instrument devrait-il préciser que la relation de travail crée un lien juridique entre la personne qui exécute un travail et la personne pour le compte de qui le travail est exécuté en contrepartie d'une rémunération, dans certaines conditions établies par la législation et la pratique nationales?*

Oui Non

Commentaires:

11. 1) *L'instrument devrait-il prévoir que l'existence d'une relation de travail sera déterminée sur la base de facteurs (tels que la subordination, le travail pour le compte d'une autre personne, le travail réalisé selon instructions) établis par la législation et la pratique nationales?*

Oui Non

Commentaires:

2) *L'instrument devrait-il prévoir une liste d'indicateurs pouvant aider à établir les facteurs mentionnés à la question 11 (1) (par exemple, la personne qui détermine les conditions de travail; si la rémunération est payée de manière périodique et constitue une partie significative des revenus du travailleur; si les outils, les matériaux et les machines sont fournis; si le travail est exécuté uniquement ou principalement pour le compte d'une seule personne; le degré d'intégration du travailleur dans l'activité)?*

Oui Non

Commentaires:

3) *Dans l'affirmative, veuillez préciser les indicateurs qui peuvent être utilisés.*

12. *L'instrument devrait-il prévoir que, lorsqu'un ou plusieurs des indicateurs, tels que déterminés par la législation et la pratique nationales, sont constatés, la relation entre le travailleur qui exécute le travail et la personne pour le compte de qui le travail est exécuté devrait, jusqu'à preuve du contraire, être considérée comme une relation de travail?*

Oui Non

Commentaires:

Règlement des différends

13. *L'instrument devrait-il prévoir que des procédures administratives ou autres, efficaces et rapides, devraient être établies pour permettre à l'autorité compétente de connaître des différends concernant le statut des travailleurs au regard de l'emploi?*

Oui Non

Commentaires:

14. *L'instrument devrait-il prévoir que le règlement des différends, en vue de la détermination du statut des travailleurs, relèvera des tribunaux du travail, d'autres tribunaux, de l'arbitrage ou d'autres organes, conformément à la législation et à la pratique nationales?*

Oui Non

Commentaires:

Respect et mise en application

15. *L'instrument devrait-il prévoir que des mesures de mise en application effectives et efficaces seront prises par les autorités compétentes conformément à la législation et à la pratique nationales?*

Oui Non

Commentaires:

Contrats civils ou commerciaux

16. *L'instrument devrait-il prévoir qu'aucune de ses dispositions ne pourra être interprétée comme limitant, d'une manière quelconque, le droit des employeurs d'établir des relations contractuelles civiles ou commerciales?*

Oui Non

Commentaires:

IV. Autres questions

17. *Existe-t-il des particularités de la législation et de la pratique nationales susceptibles de créer des difficultés dans l'application de l'instrument tel que proposé dans le présent rapport?*

Oui Non

Dans l'affirmative, comment surmonter ces difficultés?

18. *Existe-t-il d'autres questions pertinentes qui ne sont pas couvertes par le questionnaire?*

Oui Non

Dans l'affirmative, prière de préciser lesquelles:

Annexe 1

Résolution concernant la possible adoption d'instruments internationaux pour la protection des travailleurs se trouvant dans les situations identifiées par la Commission du travail en sous-traitance

La Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail,

Réunie à Genève pour sa quatre-vingt-sixième session, du 2 au 18 juin 1998;

Ayant adopté le rapport de la commission instituée pour examiner la cinquième question à l'ordre du jour;

Notant que la Commission du travail en sous-traitance a commencé à identifier des situations dans lesquelles des travailleurs ont besoin d'être protégés; et

Notant que la commission a fait des progrès dans l'examen de ces questions,

Invite le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à inscrire ces questions à l'ordre du jour d'une future session de la Conférence internationale du Travail en vue de la possible adoption d'une convention complétée par une recommandation si cette adoption est, selon les procédures normales, considérée comme nécessaire par la Conférence. Le Conseil d'administration est invité également à prendre cette mesure de façon que ce processus soit mené à son terme dans un délai qui ne dépasse pas quatre ans à compter de cette année;

Invite en outre le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à charger le Directeur général:

- a) d'organiser des réunions d'experts en vue d'examiner au moins les questions suivantes, qui se sont posées lors des délibérations de la commission:
 - i) quels travailleurs se trouvant dans les situations que la commission a commencé à identifier ont besoin d'être protégés;
 - ii) les moyens appropriés par lesquels ces travailleurs peuvent être protégés et la possibilité de traiter séparément les différentes situations;
 - iii) comment définir ces travailleurs, compte tenu des différents systèmes juridiques en vigueur et des différences linguistiques;
- b) de prendre d'autres mesures en vue de mener à bien le travail entrepris par la Commission du travail en sous-traitance.

Annexe 2

Résolution concernant la relation de travail

La Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, réunie en sa 91^e session (2003),

Ayant tenu une discussion générale en se fondant sur le rapport V intitulé *Le champ de la relation de travail*,

1. Adopte les conclusions suivantes;
2. Invite le Conseil d'administration à en tenir compte dans la planification des activités futures concernant la relation de travail, et à prier le Directeur général de les prendre en considération aussi bien lors de l'élaboration du programme et budget pour l'exercice 2004-05 que pour l'affectation des autres ressources disponibles au cours de l'exercice 2004-05.

Conclusions concernant la relation de travail

1. La protection des travailleurs est au cœur du mandat de l'OIT. Dans le cadre de l'agenda du travail décent, tous les travailleurs, quel que soit leur statut, devraient travailler dans des conditions décentes et dans la dignité. Il existe des droits prévus par la législation et les conventions collectives qui s'appliquent ou sont attachés aux travailleurs qui travaillent dans le cadre d'une relation de travail. Le terme *salarié* est un terme juridique qui désigne une personne qui est partie à un certain type de relation juridique normalement dénommée relation de travail. Le terme *travailleur* est un terme plus général qui s'applique à tout travailleur, qu'il soit ou non salarié. Le terme *employeur* se réfère à la personne physique ou morale pour laquelle un salarié travaille ou fournit des services dans le cadre d'une relation de travail. La relation de travail se définit comme le lien juridique entre une personne, appelée «le salarié», et une autre personne, appelée «l'employeur», à qui il fournit un travail ou des services, dans certaines conditions et contre rémunération. Le travail indépendant fondé sur une relation contractuelle commerciale ou civile est par définition exclu du champ de la relation de travail.

2. La vocation du droit du travail est, entre autres choses, de compenser le déséquilibre qui peut exister dans le pouvoir de négociation des parties à la relation de travail. Le concept de relation de travail est universel et se retrouve dans tous les systèmes et traditions juridiques, mais les obligations et droits qui y sont associés varient d'un pays à l'autre. De même, les critères permettant de déterminer s'il y a ou non relation de travail peuvent varier, et ce même s'il existe des notions communes à beaucoup de pays telles que la dépendance ou la subordination. Quels que soient les critères utilisés, gouvernements, employeurs et travailleurs partagent le même souci, à savoir que ces critères soient assez clairs pour permettre de déterminer facilement le champ d'application des diverses lois et qu'ils incluent ceux qui sont censés être inclus, c'est-à-dire ceux qui sont dans une relation de travail.

3. Les changements de la structure du marché du travail et de l'organisation du travail donnent lieu à des changements des modalités de travail qui s'inscrivent, ou non, dans le cadre de la relation de travail. Dans certaines situations, il peut être difficile de déterminer si le travailleur est un salarié ou un véritable travailleur indépendant.

4. L'une des conséquences associées aux changements de la structure du marché du travail et de l'organisation du travail, ainsi qu'à l'application insuffisante de la loi, est le phénomène de plus en plus répandu des travailleurs qui sont en fait des salariés mais sont privés de la protection liée à la relation de travail. Cette forme de faux travail indépendant est plus courante dans les pays où l'économie informelle est plus présente. Toutefois, beaucoup de pays dotés de marchés du travail bien

structurés constatent que le phénomène prend de l'ampleur. Certaines de ces évolutions sont récentes, d'autres remontent à plusieurs décennies.

5. Il est dans l'intérêt de tous les acteurs du marché du travail de veiller à ce que le large éventail des modalités selon lesquelles un travail est exécuté ou des services sont fournis par un travailleur puisse s'inscrire dans un cadre juridique adapté. Des règles claires sont indispensables pour une bonne gouvernance du marché du travail. Cette tâche s'avère difficile dans beaucoup de pays pour l'un ou l'autre ou une combinaison des facteurs suivants:

- la loi n'est pas claire, son champ d'application est trop restreint ou elle est inadaptée pour toute autre raison;
- la relation de travail est déguisée sous la forme d'un arrangement civil ou commercial;
- la relation de travail est ambiguë;
- le travailleur est en fait un salarié, mais on ne sait pas très bien qui est son employeur, quels sont les droits du travailleur et contre qui recourir pour faire valoir ces droits;
- la loi n'est pas respectée, ni mise en application.

6. Il est reconnu que toutes les parties ont intérêt à ce que la loi soit claire et prévisible. Les employeurs et les travailleurs doivent savoir quel est leur statut et, par conséquent, quels sont leurs droits et obligations respectifs en vertu de la loi. A cette fin, la loi doit être libellée de manière à être adaptée au contexte national et à offrir la sécurité et la flexibilité nécessaires pour répondre aux réalités du marché du travail et lui être bénéfique. Même si la loi ne peut jamais prévoir absolument toutes les situations qui se présenteront sur le marché du travail, il est néanmoins important d'éviter de créer ou de laisser persister des vides juridiques. La loi et son interprétation doivent être compatibles avec les objectifs du travail décent, à savoir promouvoir l'emploi en quantité et en qualité, et être assez souples pour ne pas faire obstacle aux formes novatrices d'emploi décent et favoriser ce type d'emploi ainsi que la croissance. Le dialogue social avec participation tripartite est un moyen essentiel de garantir que la réforme des lois aille dans le sens de la clarté et de la prévisibilité en ménageant la souplesse requise.

7. Il y a emploi *déguisé* lorsque l'employeur traite un travailleur salarié autrement que comme un salarié afin de dissimuler son statut juridique réel, éventuellement en recourant indûment à des arrangements civils ou commerciaux. Cette pratique porte préjudice aux travailleurs comme aux employeurs, elle constitue un abus qui va à l'encontre du travail décent et ne saurait être tolérée. Faux travail indépendant, fausse sous-traitance, y compris l'établissement de pseudo-coopératives, faux contrats d'entreprise, et prétendue restructuration de l'entreprise figurent parmi les moyens les plus fréquemment utilisés pour déguiser la relation de travail. Les pratiques de ce genre peuvent avoir pour effet de priver le travailleur de la protection découlant de la législation du travail et d'éviter certains coûts, comme les impôts et les charges de sécurité sociale. Il est avéré que ces pratiques sont plus courantes dans certains domaines d'activités; toutefois, gouvernements, employeurs et travailleurs devraient prendre des mesures énergiques pour les combattre, où qu'elles se manifestent.

8. Il y a relation ambiguë lorsque le travail est exécuté ou les services sont fournis dans des conditions telles qu'il existe un doute réel et authentique quant à l'existence ou non d'une relation de travail. Ainsi, faire la distinction entre travail dépendant et travail indépendant présente de grandes difficultés dans un nombre croissant de cas, même lorsqu'il n'existe pas d'intention de déguiser la relation de travail. A cet égard, il est reconnu que les distinctions entre salarié et travailleur indépendant se sont estompées dans de nombreux domaines. L'une des caractéristiques de certaines nouvelles formes de travail est l'autonomie ou l'indépendance accrue du salarié.

9. Dans le cas de la relation de travail dite *triangulaire*, c'est-à-dire lorsque le travail ou les services sont fournis à un tiers (l'utilisateur), il y a lieu d'examiner dans quelle mesure elle induit une absence de protection préjudiciable au salarié. Dans ces situations, le problème est de savoir qui est l'employeur, quels sont les droits du travailleur, qui en est responsable. Des mécanismes sont donc nécessaires pour clarifier la relation entre les diverses parties, afin d'assigner les responsabilités respectives. A cet égard, il faut noter qu'une forme particulière de relation de travail triangulaire, qui concerne la fourniture de travail ou de services par l'intermédiaire d'une agence de travail temporaire, fait l'objet de la convention (n° 181) et de la recommandation (n° 188) sur les agences d'emploi privées, 1997.

10. Le respect de la loi est un principe fondamental et l'Etat doit s'engager fermement à assurer son application, en soutenant tous les mécanismes qui facilitent le processus et en y associant les partenaires sociaux s'il y a lieu. Il faudrait promouvoir la coopération entre les diverses administrations publiques concernées, notamment l'inspection du travail, les services de la sécurité sociale et l'administration fiscale, et éventuellement aussi renforcer la coordination avec les services de police et de douane. Cela permettrait de mettre en commun les ressources et données disponibles et de les utiliser plus efficacement pour combattre les abus découlant des relations d'emploi déguisées. Les administrations du travail et leurs services ont un rôle crucial à jouer pour contrôler l'application de la loi, rassembler des données fiables sur les tendances du marché du travail et l'évolution des modalités de travail, ainsi que pour combattre les relations de travail déguisées.

11. Il faut reconnaître que si beaucoup de pays disposent de mécanismes et d'institutions fiables pour l'application de la loi, beaucoup d'autres ne sont pas dans ce cas. La mise en application insuffisante et le non-respect de la loi peuvent expliquer en grande partie pourquoi beaucoup de travailleurs sont dépourvus de protection. La mise en œuvre et l'application des droits liés à l'emploi ne sont guère effectives dans beaucoup de pays en raison du manque de ressources et de formation et de l'inadaptation du cadre juridique. La convention (n° 81) sur l'inspection du travail, 1947, prévoit que le système d'inspection du travail doit assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs occupés à leur tâche. On rappellera qu'en vertu de cette convention le personnel d'inspection doit être composé de fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service leur assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure indue.

12. Le problème de la mise en application n'est pas qu'une question de ressources; il est essentiel aussi que le personnel de l'administration du travail, et en particulier les inspecteurs du travail, s'il y a lieu, soient correctement formés. Cela signifie qu'ils doivent avoir une bonne connaissance du droit applicable, y compris les décisions des tribunaux concernant les moyens de déterminer l'existence de la relation de travail. Des matériels didactiques pouvant comprendre des directives élaborées par les partenaires sociaux contribueraient grandement à relever les qualifications de ce personnel et son aptitude à traiter effectivement les problèmes liés aux relations déguisées et ambiguës. Par ailleurs, on pourrait promouvoir l'échange de données d'expérience et de méthodes de travail entre pays en détachant des cadres, notamment entre les administrations du travail et les services d'inspection du travail, s'il y a lieu, des pays développés et des pays en développement.

13. Conformément au rôle que prévoit pour elles la convention (n° 150) sur l'administration du travail, 1978, les administrations du travail peuvent aussi apporter une contribution décisive aux premiers stades de la formulation de la législation traitant des problèmes liés au champ de la relation de travail. Il est hautement souhaitable que les organisations tant d'employeurs que de travailleurs soient étroitement associées aux processus et mécanismes d'élaboration de la législation, de manière qu'il puisse être tiré parti à cet effet des connaissances et de l'expérience des principaux acteurs du marché du travail. Si les lois doivent être suffisamment claires et précises pour produire des résultats prévisibles, il importe qu'elles ne créent pas de rigidités ni de conflit avec les relations contractuelles authentiquement indépendantes ou véritablement commerciales.

14. Le dispositif et les procédures administratives de règlement des différends concernant la détermination du statut des travailleurs rendent un service important qui incombe aux administrations compétentes. Selon le système de relations professionnelles en vigueur dans un pays donné, ce dispositif peut être tripartite ou bipartite. Sa compétence peut être générale ou circonscrite à des secteurs spécifiés de l'économie. Il est essentiel que les employeurs et les travailleurs aient facilement accès à des procédures et mécanismes transparents, rapides et équitables de règlement des différends concernant le statut au regard de l'emploi.

15. Il est démontré que l'absence de protection des travailleurs dépendants aggrave les inégalités entre hommes et femmes sur le marché du travail. Les données confirment l'augmentation du taux d'activité des femmes partout dans le monde, surtout dans l'économie informelle, où la part relative des relations de travail ambiguës ou déguisées est élevée. Cette dimension du problème est d'autant plus grave que les femmes sont majoritaires dans des secteurs et professions où les relations de travail sont assez souvent déguisées et ambiguës, tels que travail domestique, textile et habillement, commerce et supermarchés, personnels infirmiers et de soins aux personnes, travail à domicile. L'exclusion ou la limitation du bénéfice de certains droits, par exemple dans certaines zones franches d'exportation, frappent les femmes de façon nettement disproportionnée.

16. Pour compenser cet impact inégalitaire, il faut que les politiques d'égalité entre hommes et femmes soient plus claires et que les lois et accords nationaux en la matière soient mieux appliqués. A l'échelle internationale, la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, et la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, s'appliquent sans ambiguïté à tous les travailleurs, et la convention (n° 183) sur la protection de la maternité, 2000, précise qu'elle «s'applique à toutes les femmes employées, y compris les femmes qui le sont dans le cadre de formes atypiques de travail dépendant».

17. Les gouvernements doivent être encouragés à établir, en consultation avec les partenaires sociaux, un cadre pour l'élaboration d'une politique nationale afin de mieux évaluer et traiter les divers problèmes relatifs au champ de la relation de travail. Comme indiqué dans la déclaration commune des experts participant à la Réunion d'experts sur les travailleurs se trouvant dans des situations où ils ont besoin de protection (15-19 mai 2000), cette politique devrait comprendre, sans s'y limiter, les éléments suivants:

- fournir aux travailleurs et aux employeurs des orientations claires relatives à la relation de travail, en particulier pour ce qui est de la distinction entre travailleurs dépendants et indépendants;
- fournir une protection efficace aux travailleurs;
- combattre les relations d'emploi déguisées qui ont pour effet de priver les travailleurs dépendants de toute protection juridique;
- éviter tout conflit avec les relations contractuelles authentiquement indépendantes ou véritablement commerciales;
- fournir l'accès à des mécanismes appropriés de règlement des conflits en vue de la détermination du statut des travailleurs.

18. Ce cadre pour l'élaboration d'une politique nationale devrait prévoir la collecte de données statistiques, des activités de recherche et l'observation périodique de l'évolution de la structure et des modalités du travail aux niveaux national et sectoriel. La méthodologie utilisée pour ce faire devrait être déterminée à l'issue d'un processus de dialogue social. Toutes les données collectées devraient être ventilées par sexe, et les activités de recherche et d'observation menées à l'échelle nationale et sectorielle devraient expressément tenir compte de la dimension sexospécifique du problème et d'autres aspects de la diversité.

19. Les administrations nationales du travail et les services associés devraient régulièrement suivre leurs programmes et procédures de mise en application. Il faudrait notamment identifier les secteurs et groupes professionnels où prévalent les relations de travail déguisées et adopter une approche stratégique pour faire appliquer la loi. Les professions et les secteurs à forte proportion de main-d'œuvre féminine appellent une attention spéciale. Des programmes novateurs d'information et d'éducation, ainsi que des stratégies et des services d'approche des personnes non couvertes devraient être mis en place. Les partenaires sociaux devraient être associés à la conception et à la mise en œuvre de ces activités.

Rôle de l'OIT

20. L'OIT a un rôle important à jouer dans ce domaine et la capacité du Bureau de collecter des données comparables et de mener des études comparatives est largement reconnue. Ce travail aide tous les mandants à mieux comprendre et évaluer le phénomène. Le Bureau devrait élargir sa base de connaissances et l'utiliser pour promouvoir de bonnes pratiques. A cet effet, il pourrait notamment:

- faire réaliser des études nationales périodiques qui rendent compte des réformes en cours de la législation du travail dans le domaine du champ de la relation de travail;
- faire une analyse comparative des informations reçues et des études réalisées, afin d'identifier les tendances et les nouveautés en matière d'élaboration des politiques;
- produire des publications sur des aspects spécifiques de la question qui offrent une description du phénomène dans les différents pays et examinent les mesures mises en œuvre;
- entreprendre des études sur la dimension régionale, sectorielle et sexospécifique de la question;

- travailler à l'élaboration de données comparatives utilisables et établir des catégories de données;
- organiser des réunions aux niveaux régional et sous-régional afin de promouvoir l'échange d'expériences, diffuser les résultats des études nationales et renforcer les capacités et les connaissances des mandants de l'OIT;
- organiser, s'il y a lieu, des réunions d'experts chargés d'examiner des aspects spécifiques de la question;
- inscrire au programme de certaines réunions sectorielles l'examen de questions apparentées.

L'OIT devrait allouer des ressources à la mise en place d'un programme de coopération technique, d'assistance et de conseils à l'intention des Etats Membres dans le domaine du champ de la relation de travail et de son application, afin de traiter les points suivants:

- portée de la loi;
- aspects généraux de la relation de travail;
- accès aux tribunaux;
- élaboration de principes d'action et développement des capacités en vue de renforcer les moyens administratifs et judiciaires propres à encourager le respect de la loi.

Lorsqu'il abordera cette question, le BIT devra se référer aux conclusions de la Commission de l'économie informelle, en particulier celles qui concernent l'importance de la gouvernance et le cadre juridique et institutionnel.

21. Le respect et la mise en application de la loi constituant un aspect critique de la question, le Bureau devrait renforcer son assistance aux administrations nationales du travail, notamment aux services d'inspection du travail. Il lui faudrait aussi revoir, s'il y a lieu, son organisation interne concernant l'administration et l'inspection du travail pour offrir aux mandants des services plus cohérents et plus efficaces dans ce domaine.

22. Dans la plupart des pays, les tribunaux jouent un rôle essentiel dans la résolution des conflits concernant le statut des travailleurs au regard de l'emploi. Il est très souhaitable que les juges, les médiateurs et autres fonctionnaires habilités qui connaissent de ces conflits reçoivent une formation appropriée, y compris en matière de normes internationales du travail, de droit comparé et de jurisprudence. Le Bureau devrait être encouragé à renforcer son programme de collaboration et de coopération avec les fonctionnaires habilités et les juges des organes et tribunaux compétents.

23. Il est reconnu qu'un nombre non négligeable de mesures novatrices ont été adoptées dans beaucoup de pays en vue de traiter les problèmes relatifs à la détermination du statut des travailleurs au regard de l'emploi. En coopération avec les partenaires sociaux, les Etats Membres devraient s'attacher à rechercher des solutions appropriées et viables à ces problèmes. Chaque Etat devrait entreprendre un examen approfondi des lacunes existantes en vue de trouver des solutions adéquates et équilibrées qui tiennent compte des divers intérêts en présence. Parmi les mesures qui ont été prises, des lois ont été révisées ou élaborées, d'autres encore ont été introduites par le biais de la jurisprudence. Les mesures adoptées par les pays sont notamment les suivantes:

- la loi définit la relation de travail;
- la loi établit une présomption juridique d'existence de la relation de travail si le travail est exécuté ou les services sont fournis dans des conditions spécifiques, à moins qu'il ne soit démontré que les parties n'avaient pas l'intention de s'engager dans une relation de travail;
- la loi, la jurisprudence ou un code de bonne pratique élaboré par ou avec les partenaires sociaux énumère les critères permettant d'identifier la relation de travail.

Diverses initiatives bipartites et tripartites ont également contribué à traiter ces problèmes à l'échelle nationale: directives, codes volontaires, mécanismes et procédures de règlement des différends. Toutes ces mesures devraient être poursuivies, le BIT fournissant l'expertise technique si nécessaire.

24. L'OIT devrait intensifier son dialogue avec les autres institutions internationales, y compris les institutions financières internationales dont les politiques peuvent influencer sur la relation de travail.

25. L'OIT devrait envisager l'adoption d'une réponse internationale à ce sujet. La commission estime qu'une recommandation est une réponse appropriée. Cette recommandation devrait être axée sur la question des relations de travail déguisées et sur la nécessité de disposer de mécanismes garantissant que les personnes engagées dans une relation de travail ont accès à la protection qui leur est due au niveau national. Elle devrait proposer des orientations aux Etats Membres sans donner de définition universelle du contenu de la relation de travail. Elle devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la diversité des traditions en matière de relations économiques, sociales, juridiques et professionnelles, ainsi que de la dimension relative à l'égalité entre les hommes et les femmes. Cette recommandation devrait éviter tout conflit avec les relations contractuelles authentiquement indépendantes ou véritablement commerciales, et promouvoir la négociation collective et le dialogue social, en tant que moyen d'apporter des solutions au problème au niveau national; à cet égard, elle devrait prendre en considération les évolutions récentes de la relation de travail ainsi que les présentes conclusions. Il est donc demandé au Conseil d'administration du BIT d'inscrire cette question à l'ordre du jour d'une prochaine session de la Conférence internationale du Travail. La question des relations du travail triangulaires n'a pas été réglée.

Annexe 3

Emploi par statut et par sexe, année la plus récente

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Allemagne	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	36 172,0	88,6	10,4	1,1	0,0
			Hommes	19 996,0	86,1	13,4	0,5	0,0
			Femmes	16 176,0	91,7	6,6	1,8	0,0
Anguilla	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	5,5	0,0	0,0	0,0	0,0
			Hommes	3,0	0,0	0,0	0,0	0,0
			Femmes	2,5	0,0	0,0	0,0	0,0
Antilles néerlandaises	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	52,2	87,8	9,0	0,5	2,7
			Hommes	27,3	84,0	13,2	0,1	2,7
			Femmes	24,9	92,0	4,3	1,0	2,7
Argentine	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	8 570,8	71,8	27,1	1,1	0,0
			Hommes	4 887,7	66,5	32,8	0,8	0,0
			Femmes	3 683,1	79,0	19,5	1,6	0,0
Australie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	9 311,4	86,2	13,3	0,4	0,0
			Hommes	5 191,9	83,5	16,2	0,3	0,0
			Femmes	4 119,5	89,7	9,7	0,6	0,0
Autriche	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 798,4	87,4	10,7	2,3	0,0
			Hommes	2 101,8	86,3	12,6	1,3	0,0
			Femmes	1 696,7	88,7	8,3	3,4	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Bangladesh	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	51 764,0	12,6	35,3	33,8	18,3
			Hommes	32 369,0	15,2	49,8	10,1	24,9
			Femmes	19 395,0	8,3	11,0	73,2	7,4
Belgique	Estimations officielles	1999	Total	3 847,6	82,1	14,7	3,2	0,0
			Hommes	2 201,6	80,7	18,5	0,8	0,0
			Femmes	1 645,9	84,1	9,5	6,4	0,0
Belize	Enquêtes main-d'œuvre	1999	Total	84,7	0,0	31,5	3,4	0,1
			Hommes	58,6	0,0	34,5	3,3	0,1
			Femmes	26,1	0,0	24,9	3,5	0,1
Bolivie	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	2 096,0	49,7	42,2	7,8	0,4
			Hommes	1 171,1	54,7	39,5	5,2	0,7
			Femmes	924,9	43,3	45,5	11,1	0,1
Botswana	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	483,4	69,7	13,2	17,1	0,0
			Hommes	269,4	71,2	11,9	16,9	0,0
			Femmes	214,0	67,9	14,7	17,4	0,0
Bulgarie	Enquêtes main-d'œuvre	2003	Total	2 834,0	84,7	13,1	1,9	0,3
			Hommes	1 500,0	81,5	16,8	1,3	0,3
			Femmes	1 334,0	88,2	8,9	2,3	0,3
Cambodge	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	6 243,3	16,2	40,9	42,8	0,1
			Hommes	3 017,1	19,1	49,3	31,6	0,1
			Femmes	3 226,2	13,6	33,0	53,3	0,1
Canada	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	15 411,8	84,8	15,0	0,2	0,0
			Hommes	8 262,0	81,5	18,3	0,1	0,0
			Femmes	7 149,8	88,5	11,2	0,3	0,0
Chili	Enquêtes main-d'œuvre	2003	Total	5 675,1	68,2	29,7	2,0	0,0
			Hommes	3 749,7	65,7	32,9	1,4	0,0
			Femmes	1 925,4	73,2	23,5	3,3	0,0
Chypre	Enquêtes main-d'œuvre	2003	Total	327,1	76,3	20,2	3,5	0,0
			Hommes	181,6	69,9	29,0	1,1	0,0
			Femmes	145,5	84,3	9,2	6,5	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Colombie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	16 619,9	49,6	44,2	6,0	0,3
			Hommes	9 935,0	47,8	47,6	4,2	0,3
			Femmes	6 685,0	52,1	39,0	8,6	0,2
Corée, Rép. de	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	21 061,0	62,4	28,5	9,1	0,0
			Hommes	12 353,0	63,5	34,7	1,8	0,0
			Femmes	8 707,0	60,8	19,7	19,5	0,0
Costa Rica	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	1 640,4	69,5	27,9	2,6	0,0
			Hommes	1 069,0	68,6	29,3	2,1	0,0
			Femmes	571,4	71,1	25,3	3,6	0,0
Croatie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 536,4	75,8	20,4	3,8	0,0
			Hommes	850,5	74,8	23,4	1,8	0,0
			Femmes	685,9	77,0	16,6	6,3	0,0
Danemark	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 692,5	91,2	8,1	0,7	0,0
			Hommes	1 447,8	88,3	11,4	0,3	0,0
			Femmes	1 244,6	94,7	4,2	1,2	0,0
République dominicaine	Estimations officielles	1997	Total	2 652,0	52,3	42,7	5,0	0,0
			Hommes	1 891,4	47,1	47,6	5,3	0,0
			Femmes	760,6	65,4	30,6	4,0	0,0
Egypte	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	17 556,7	61,5	29,2	9,3	0,0
			Hommes	14 361,1	60,8	31,6	7,6	0,0
			Femmes	3 195,6	64,8	18,2	17,0	0,0
El Salvador	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 520,1	53,5	32,6	8,7	5,2
			Hommes	1 467,6	61,5	28,3	8,5	1,8
			Femmes	1 052,4	42,3	38,7	9,0	10,0
Equateur	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 459,4	58,4	36,5	5,2	0,0
			Hommes	2 131,7	60,4	36,5	3,0	0,0
			Femmes	1 327,7	55,0	36,3	8,6	0,0
Espagne	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	16 694,6	81,5	16,3	1,6	0,7
			Hommes	10 284,3	79,1	19,2	0,9	0,7
			Femmes	6 410,2	85,2	11,5	2,7	0,6

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Estonie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	594,3	91,1	7,5	0,4	0,0
			Hommes	72 903,0	91,6	8,3	0,1	0,0
			Femmes	69 734,0	85,8	5,3	0,1	0,0
Etats-Unis	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	136 485,0	92,8	7,1	0,1	0,0
			Hommes	72 903,0	91,6	8,3	0,1	0,0
			Femmes	69 734,0	85,8	5,3	0,1	0,0
Ethiopie	Enquêtes main-d'œuvre	1999	Total	24 896,6	8,2	44,3	47,0	0,5
			Hommes	14 117,8	9,5	55,6	34,3	0,5
			Femmes	10 778,8	6,4	29,5	63,6	0,6
Ex-Rép. yougoslave de Macédoine	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	545,1	72,7	15,8	11,4	0,0
			Hommes	327,3	71,8	21,2	7,0	0,0
			Femmes	217,8	74,2	7,8	18,1	0,0
Finlande	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 385,0	86,4	12,3	0,4	0,9
			Hommes	1 247,0	82,1	16,0	0,4	1,6
			Femmes	1 138,0	91,2	8,3	0,4	0,0
Géorgie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 813,7	34,1	37,0	28,8	0,1
			Hommes	954,3	33,8	46,2	19,9	0,1
			Femmes	856,4	34,4	26,7	38,8	0,1
Grèce	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 948,9	60,2	32,0	7,8	0,0
			Hommes	2 442,5	58,2	38,0	3,9	0,0
			Femmes	1 506,4	63,5	22,3	14,2	0,0
Grenade	Enquêtes main-d'œuvre	1991	Total	24,7	75,4	19,6	0,0	5,0
Honduras	Enquêtes main-d'œuvre	1999	Total	2 299,0	46,8	39,7	13,0	0,5
			Hommes	1 472,1	48,1	39,1	12,3	0,6
			Femmes	826,9	136,0	40,9	14,3	0,3
Hong Kong, Chine	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 223,3	87,3	12,0	0,7	0,0
			Hommes	1 780,7	82,5	17,3	0,2	0,0
			Femmes	1 442,5	93,3	5,4	1,4	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Hongrie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 921,9	86,7	12,6	0,5	0,2
			Hommes	2 126,5	83,1	16,2	0,4	0,3
			Femmes	1 795,4	90,8	8,3	0,7	0,2
Ile de Man	Recensement population	2001	Total	39,1	85,4	14,6	0,0	0,0
			Hommes	21,3	79,7	20,3	0,0	0,0
			Femmes	17,8	92,3	7,7	0,0	0,0
Iran, Rép. islamique d'	Recensement population	1996	Total	14 571,6	51,7	39,3	5,5	3,6
			Hommes	12 806,2	51,4	41,9	3,4	3,4
			Femmes	1 765,4	53,7	20,6	20,8	4,9
Irlande	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 749,9	82,3	16,8	0,9	0,0
			Hommes	1 017,2	74,9	24,3	0,7	0,0
			Femmes	732,7	92,5	6,3	1,2	0,0
Islande	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	156,7	83,4	16,3	0,3	0,0
			Hommes	83,0	76,4	23,3	0,2	0,0
			Femmes	73,8	91,2	8,4	0,3	0,0
Israël	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 330,2	86,2	11,4	0,4	1,9
			Hommes	1 257,6	81,9	15,9	0,2	1,9
			Femmes	1 072,6	91,2	6,1	0,7	2,0
Italie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	22 133,0	72,9	22,2	4,1	0,9
			Hommes	13 769,0	69,2	26,9	3,0	0,9
			Femmes	8 365,0	78,9	14,4	5,8	0,9
Jamaïque	Enquêtes main-d'œuvre	1998	Total	954,3	59,0	38,2	2,2	0,5
			Hommes	553,7	54,3	43,8	1,3	0,6
			Femmes	400,6	65,5	30,5	3,4	0,5
Japon	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	63 160,0	84,5	10,4	4,7	0,4
			Hommes	37 190,0	84,9	13,1	1,6	0,4
			Femmes	25 970,0	83,8	6,6	9,2	0,4
Lettonie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 006,9	87,0	9,3	3,7	0,0
			Hommes	516,6	85,1	11,4	3,5	0,0
			Femmes	490,2	89,0	7,1	3,9	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Lituanie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 438,0	79,6	16,9	3,5	0,0
			Hommes	726,2	76,4	20,8	2,8	0,0
			Femmes	711,8	82,9	12,9	4,3	0,0
Macao, Chine	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	202,6	89,0	9,4	1,6	0,0
			Hommes	1 047,0	85,6	13,9	0,5	0,0
			Femmes	95,6	92,9	4,3	2,8	0,0
Madagascar	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	8 098,5	15,0	43,7	40,6	0,7
			Hommes	4 135,7	17,8	51,6	29,7	0,8
			Femmes	3 962,8	12,0	35,4	51,9	0,6
Malaisie	Enquêtes main-d'œuvre	2003	Total	9 869,7	3,4	91,8	4,8	0,0
			Hommes	6 323,6	4,6	93,2	2,2	0,0
			Femmes	3 546,1	1,2	89,2	9,6	0,0
Malawi	Recensement population	1998	Total	4 458,9	12,9	84,6	2,5	0,0
			Hommes	2 208,9	21,2	76,0	2,8	0,0
			Femmes	2 250,0	4,8	93,1	2,1	0,0
Maldives	Recensement population	2000	Total	86,2	23,8	51,6	2,0	22,6
			Hommes	57,4	21,3	59,4	1,3	18,1
			Femmes	28,9	28,8	36,2	3,4	31,6
Malte	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	147,9	85,1	14,2	0,0	0,0
			Hommes	101,2	82,8	17,2	0,0	0,0
			Femmes	45,9	91,8	6,3	0,0	0,0
Maroc	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	9 487,5	38,0	28,5	29,9	3,7
			Hommes	7 100,6	39,5	33,8	22,2	4,4
			Femmes	2 387,0	33,4	12,7	52,5	1,5
Maurice	Enquêtes main-d'œuvre	1995	Total	436,3	80,9	16,7	2,4	0,0
			Hommes	299,3	78,8	19,6	1,6	0,0
			Femmes	137,0	85,5	10,4	4,1	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Mexique	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	40 302,0	62,3	28,6	9,1	0,0
			Hommes	26 383,2	62,1	30,8	7,0	0,0
			Femmes	13 918,8	62,7	24,4	12,9	0,0
Moldova, Rép. de	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 356,5	64,0	33,6	2,4	0,1
			Hommes	661,3	62,9	35,7	1,3	0,1
			Femmes	695,2	65	31,5	3,4	0,0
Mongolie	Recensement population	2000	Total	779,2	41,2	32,5	25,3	0,9
			Hommes	420,5	39,3	45,6	14,0	1,1
			Femmes	358,7	43,6	17,1	38,6	0,7
Norvège	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 269,0	92,5	7,0	0,3	0,2
			Hommes	1 198,0	89,8	9,7	0,3	0,3
			Femmes	1 071,0	95,4	3,9	0,4	0,3
Nouvelle-Calédonie	Recensement population	1996	Total	64,4	83,8	15,9	0,3	0,0
			Hommes	39,6	80,5	19,3	0,3	0,0
			Femmes	24,8	89,1	10,4	0,5	0,0
Nouvelle-Zélande	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 921,0	80,7	18,6	0,7	0,0
			Hommes	1 045,1	75,5	24,0	0,5	0,0
			Femmes	875,9	86,8	12,3	0,9	0,0
Oman	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	281,6	87,8	11,4	0,0	0,8
			Hommes	243,1	87,8	11,6	0,0	0,5
			Femmes	38,6	87,8	9,9	0,0	2,3
Pakistan	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	38 882,0	39,9	39,3	20,8	0,0
			Hommes	33 189,0	40,3	43,3	16,4	0,0
			Femmes	5 693,0	37,1	16,0	46,9	0,0
Panama	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 080,5	64,9	31,7	3,4	0,0
			Hommes	703,3	59,5	37,4	3,1	0,0
			Femmes	377,2	74,9	21,1	4,0	0,0
Pays-Bas	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	7 952,0	88,9	10,5	0,6	0,0
			Hommes	4 484,0	87,2	12,7	0,2	0,0
			Femmes	3 468,0	91,2	7,7	1,1	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Pérou	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	7 619,9	43,7	43,1	7,7	5,5
			Hommes	4 232,6	52,1	42,2	4,7	1,1
			Femmes	3 387,3	33,2	44,1	11,5	11,1
Pologne	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	13 617,0	72,7	21,8	5,5	0,0
			Hommes	7 432,0	70,2	25,7	4,0	0,0
			Femmes	6 185,0	75,7	17,1	7,2	0,0
Porto Rico	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 190,0	85,1	14,3	0,6	0,0
			Hommes	676,0	80,2	19,8	0,0	0,0
			Femmes	514,0	91,6	7,0	1,2	0,0
Portugal	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	5 127,7	73,1	24,9	1,6	0,5
			Hommes	2 796,8	71,8	26,9	1,0	0,5
			Femmes	2 330,9	74,8	22,6	2,3	0,4
Qatar	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	310,3	0,0	0,0	0,0	0,0
			Hommes	266,4	0,0	0,0	0,0	0,0
			Femmes	43,9	0,0	0,0	0,0	0,0
Roumanie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	9 234,2	61,7	23,0	15,1	0,3
			Hommes	5 031,5	63,0	28,6	8,1	0,3
			Femmes	4 202,6	60,1	16,2	23,4	0,3
Roumanie	Estimations officielles	1994	Total	10 011,6	61,9	25,2	12,8	0,0
			Hommes	5 342,1	66,4	27,9	5,7	0,0
			Femmes	4 669,5	56,9	22,2	21,0	0,0
Royaume-Uni	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	27 820,8	87,2	12,5	0,3	0,0
			Hommes	14 973,4	82,9	16,9	0,2	0,0
			Femmes	12 847,4	92,2	7,4	0,4	0,0
Fédération de Russie	Enquêtes main-d'œuvre	1999	Total	60 408,0	92,6	5,3	0,2	1,9
			Hommes	31 524,0	91,6	6,0	0,2	2,2
			Femmes	28 884,0	93,8	4,5	0,2	1,5
Fédération de Russie	Estimations officielles	2002	Total	65 650,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Saint-Marin	Estimations officielles	2002	Total	19,4	88,5	11,5	0,0	0,0
			Hommes	11,5	86,6	13,4	0,0	0,0
			Femmes	7,9	91,2	8,7	0,0	0,0

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Singapour	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 033,7	86,5	12,7	0,7	0,0
			Hommes	1 122,6	82,0	17,7	0,3	0,0
			Femmes	911,1	92,1	6,6	1,3	0,0
Slovaquie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	2 164,6	90,0	9,6	0,1	0,3
			Hommes	1 177,1	86,9	12,9	0,1	0,1
			Femmes	987,5	93,6	5,7	0,2	0,5
Slovénie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	896,0	86,0	9,8	4,2	0,0
			Hommes	488,0	83,4	13,5	3,1	0,0
			Femmes	409,0	89,0	5,1	5,6	0,0
Sri Lanka	Enquêtes main-d'œuvre	1998	Total	5 946,2	0,0	0,0	0,0	0,0
			Hommes	3 855,3	0,0	0,0	0,0	0,0
			Femmes	2 090,8	0,0	0,0	0,0	0,0
Suède	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	4 234,0	90,4	9,4	0,3	0,0
			Hommes	2 191,0	86,1	13,7	0,3	0,0
			Femmes	2 043,0	94,9	4,8	0,2	0,0
Suisse	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	3 951,0	82,6	15,1	2,4	0,0
			Hommes	2 169,0	80,3	18,0	1,8	0,0
			Femmes	1 782,0	85,3	11,6	3,1	0,0
Tanzanie, Rép.-Unie de	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	16 914,8	6,9	8,4	3,8	81,0
République tchèque	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	4 765,0	83,2	15,4	0,6	0,8
			Hommes	2 700,0	79,0	19,9	0,1	0,9
			Femmes	2 065,0	88,8	9,5	1,2	0,5
Thaïlande	Enquêtes main-d'œuvre	2000	Total	34 676,3	40,5	34,8	24,6	0,1
			Hommes	19 081,2	40,9	43,1	16	0,1
			Femmes	15 595,1	40,2	24,5	35,2	0,1

Pays ou territoire	Source	Dernière année disponible	Sexe	Emploi total (milliers)	Salariés (%)	Employeurs et travailleurs indépendants (%)	Travailleurs familiaux non rémunérés (%)	Autres catégories et personnes non classables (%)
Trinité-et-Tobago	Enquêtes main-d'œuvre	2001	Total	525,1	77,3	20,8	1,0	0,9
			Hommes	329,0	74,2	24,3	0,5	1,0
			Femmes	196,1	82,4	14,9	1,9	0,8
Tunisie	Enquêtes main-d'œuvre	1989	Total	2 951,2	64,3	26,8	8,7	0,2
			Hommes	1 592,8	69,0	24,4	5,7	0,9
			Femmes	386,0	58,6	19,3	21,8	0,3
Turquie	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	20 287,0	50,9	29,2	19,9	0,0
			Hommes	14 615,0	55,7	35,4	8,9	0,0
			Femmes	5 673,0	38,8	13,2	48,1	0,0
Ukraine	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	20 554,7	87,6	10,9	1,5	0,0
			Hommes	10 470,5	87,8	11,2	1,1	0,0
			Femmes	10 084,2	87,4	10,6	2,0	0,0
Uruguay	Enquêtes main-d'œuvre	2002	Total	1 032,0	70,2	28,5	1,4	0,0
			Hommes	589,7	65,5	33,6	0,9	0,0
			Femmes	442,3	76,4	21,6	2,0	0,0
Yémen	Enquêtes main-d'œuvre	1999	Total	3 621,7	41,6	33,2	0,3	24,9
			Hommes	2 731,6	50,7	36,2	0,3	12,8
			Femmes	890,1	13,8	24,0	0,3	39,4
Rive occidentale et bande de Gaza	Enquêtes main-d'œuvre	2003	Total	591,1	57,2	31,4	11,4	0,0
			Hommes	489,6	57,7	35,3	7,0	0,0
			Femmes	101,5	55,0	12,5	32,5	0,0

Source: BIT: LABORSTA.

Annexe 4

Législation examinée ¹

Etats arabes

Bahreïn	Décret-loi princier n° 23 du 16 juin 1976 portant promulgation de la loi sur le travail dans le secteur privé.
Qatar	Loi n° 14 de 2004.

Afrique

Afrique du Sud	Basic Conditions of Employment Act, 1997 (Act No. 75, 1997) (BCEA). Basic Conditions of Employment Amendment Act, 2002 (Act No. 11, 2002). Labour Relations Amendment Act, 2002 (LRA), (Act No. 12, 2002).
Angola	Lei Geral do Trabalho, 11 novembre 1981.
Bénin	Loi n° 98-004 du 27 janvier 1998, portant Code du travail.
Botswana	Employment Act, 1982 (No. 29).
Burkina Faso	Loi n° 11-92/ADP du 22 décembre 1992, portant Code du travail.
Cameroun	Loi n° 92/007 du 14 août 1992, portant Code du travail.
Gabon	Loi n° 3/94 du 21 novembre 1994, portant Code du travail. Loi n° 12/2000 du 12 octobre 2000, portant modification de certains articles du Code du travail.
Ghana	Labour Act, 2003 (No. 651).
Kenya	Employment Act (Chapter 226), No. 2 of 1976 (consolidated to 1984).
Lesotho	Labour Code Order, 1992 (Order No. 24 of 1992).
Malawi	Employment Act, 2000 (No. 6 of 2000).
Maroc	Dahir n° 1-03-194 du 14 rejev 1424 (11 sept. 2003) portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au Code du travail.
Maurice	Labour Act [Loi du travail], 1975 (No. 50) (consolidation as amended up to 2002). Sex Discrimination Act (No. 43), 2002.
Niger	Ordonnance n° 96-039 du 29 juin 1996, portant Code du travail.
Nigéria	Labour Act (Chapter 198), 1974, No. 21.
République démocratique du Congo	Loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002, portant Code du travail.

¹ Beaucoup de ces textes figurent, le cas échéant avec une traduction, dans la base de données NATLEX du BIT (voir http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browser.home).

Rwanda	Loi n° 51/2001 du 30 décembre 2001, portant Code du travail.
Tunisie	Loi n° 66-27 du 30 avril 1966, dans sa teneur révisée au 15 juillet 1996, portant Code du travail.
Zambie	Industrial and Labour Relations Act, 1993 (No. 27 of 1993), as amended up to Act No. 13 of 1994.
Amériques	
Argentine	Ley núm. 25877 sobre Régimen Laboral, 2/3/2004. Ley Nacional de Empleo, Ley núm. 24.013, 5/12/1991. Ley de Contrato de Trabajo [LCI], Ley núm. 20.744, de 1974, ordenada por Decreto núm. 390, de 1976.
Brésil	Consolidação das leis do trabalho, décret législatif n° 5452, 1 ^{er} mai 1943, avec amendements.
Canada	Codu travail, tel qu'amendé.
Canada, Québec	Code du travail, version à jour au 1 ^{er} août 2004.
Chili	Código del Trabajo, Decreto con fuerza de ley núm. 1, 31/7/2002.
Colombie	Código Sustantivo del Trabajo, Decretos núms. 2663 y 3743 de 1950. Reforma del Código Sustantivo del Trabajo, adoptada por ley núm. 50 de 1990. Ley núm. 79 de 1988 por la cual se actualiza la legislación cooperativa del 23 diciembre 1988.
Costa Rica	Código de Trabajo, version actualizada hasta 1995.
El Salvador	Código del Trabajo, Decreto núm. 15 de 23 junio de 1972, versión con reformas incorporadas hasta julio de 1995.
Etats-Unis	California Labour Code.
Mexique	Ley Federal del Trabajo, octobre de 1995.
Nicaragua	Ley núm. 185, Código del Trabajo, 30/10/1996.
Panama	Código del Trabajo, adoptado por Decreto de Gabinete núm. 252, con modificaciones introducidas hasta la ley núm. 44, de agosto de 1995.
Pérou	Ley (núm. 28015) de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, 2/7/2003. Ley (núm. 27626) que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, 9/1/2002. Ley de productividad y competitividad laboral [PCL], adoptada por Decreto Legislativo núm. 728 de 1997.
Trinité-et-Tobago	Industrial Relations Act, 31/7/1972.
Venezuela	Ley Orgánica del trabajo, reformada en 1997.
Europe et Asie centrale	
Espagne	Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido adoptado por real decreto legislativo 1/1995 (versión 2003). Real Decreto núm. 1006/1985 de 26 de junio por lo cual se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Real Decreto núm. 1435/1985 de 2 de agosto por lo cual se regula la relación laboral especial de las artistas en espectáculos públicos.
Estonie	Loi sur les contrats de travail, 1992, telle qu'amendée jusqu'en 2003.
Finlande	Loi (n° 55) sur les contrats de travail, 2001.
France	Code du travail, 1973, tel qu'amendé.
Irlande	Employment Equality Act (No. 21, 1998).
Lettonie	Loi du travail, 20/6/2001.
Lituanie	Code du travail, loi n° IX-926 du 4 juin 2002.

Pays-Bas	Code civil, cité par C. Bosse: «The scope of the employment relationship in the Netherlands» (Université de Tilbourg, 2004), document non publié.
Portugal	Loi n° 99/2003 portant Code du travail.
Royaume-Uni	Employment Rights Act 1996. Employment Relations Act 1999.
Fédération de Russie	Code du travail, 30/12/2001.
Slovénie	Loi sur la relation de travail du 24/4/2002 (texte n° 2006).

Asie et Pacifique

Australie	Workplace Relations Act 1996 (as amended up to 12 March 1997). Industrial Relations Act 1988 (No. 86).
Bangladesh	Employment of Labour (Standing Orders) Act, 1965 (Act VIII of 1965).
Cambodge	Loi du 10 janvier 1997 portant Code du travail.
Chine	Législation du travail, promulguée par le décret n° 28 du Président de la République populaire de Chine, 5 juillet 1994.
Corée, République de	Loi sur les normes du travail n° 5309, 13/3/1997.
Indonésie	Loi n° 13, 2003, concernant la main-d'œuvre.
Iran, République islamique d'	Code du travail en date du 20 novembre 1990.
Malaisie	Employment Act 1955 (No. 265) (revised up to 1981).
Nouvelle-Zélande	Employment Relations Act, 2000 (No. 24), 19/8/2000.
Pakistan	Industrial Relations Ordinance, 2002.
Philippines	Labor Code of the Philippines, Presidential Decree No. 442 of 1974, as amended.
Sri Lanka	Workmen's Compensation Ordinance, 1935.
Thaïlande	Loi sur la protection de la main-d'œuvre, 1998.
Viet Nam	Code du travail, 23/6/1994.
