

Dossier : 2007-3168(EI)

ENTRE :

JOCELYNE TREMBLAY,

appelante,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé.

Appel entendu le 28 octobre 2008, à Baie-Comeau (Québec).

Devant : L'honorable juge Réal Favreau

Comparutions :

Représentant de l'appelante : Edgar Harvey
Avocate de l'intimé : M^e Christina Ham

JUGEMENT

L'appel interjeté en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'encontre de la décision de l'intimé selon laquelle l'appelante n'occupait pas un emploi assurable au sens de l'article 5 de ladite Loi pendant la période du 15 avril 2006 au 26 août 2006 est rejeté selon les motifs du jugement ci-joints.

Signé à Montréal (Québec), ce 21^e jour de janvier 2009.

« Réal Favreau »

Juge Favreau

Référence : 2009 CCI 30

Date : 20090121

Dossier : 2007-3168(EI)

ENTRE :

JOCELYNE TREMBLAY,

appelante,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé.

MOTIFS DU JUGEMENT

Le juge Favreau

[1] La question en litige dans le présent appel est de savoir si la décision du ministre du Revenu national (le « ministre »), selon laquelle madame Jocelyne Tremblay n'occupait pas un emploi assurable auprès de monsieur Claude Gagnon (le « payeur ») aux fins de la *Loi sur l'assurance-emploi* (la « Loi ») pendant la période du 15 avril 2006 au 26 août 2006, était une décision raisonnable compte tenu de la rétribution, des modalités de l'emploi, de la nature et de l'importance du travail accompli.

[2] Le paragraphe 5(2) de la *Loi* prévoit notamment ce qui suit :

5. [...]

Restriction

(2) N'est pas un emploi assurable :

[...]

i) l'emploi dans le cadre duquel l'employeur et l'employé ont entre eux un lien de dépendance.

[3] Le paragraphe 5(3) de la *Loi* prévoit ce qui suit :

Personnes liées

(3) Pour l'application de l'alinéa (2)i) :

a) la question de savoir si des personnes ont entre elles un lien de dépendance est déterminée conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) l'employeur et l'employé, lorsqu'ils sont des personnes liées au sens de cette loi, sont réputés ne pas avoir de lien de dépendance si le ministre du Revenu national est convaincu qu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, notamment la rétribution versée, les modalités d'emploi ainsi que la durée, la nature et l'importance du travail accompli, qu'ils auraient conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu de lien de dépendance.

[4] L'appelante et le payeur sont des personnes liées au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'appelante étant la conjointe de fait de monsieur Claude Gagnon depuis une dizaine d'années.

[5] Le ministre s'est fondé sur les faits décrits aux alinéas (a) à (z) du paragraphe 6 de la réponse à l'avis d'appel pour conclure que l'appelante et le payeur n'auraient pas conclu entre eux un contrat de travail à peu près semblable s'ils n'avaient pas eu de lien de dépendance. Ces faits sont les suivants :

- a) depuis le 29 avril 2006, le payeur exploite un casse-croûte sous la raison sociale de Casse-Croûte Fritou; [admis]
- b) le payeur avait immatriculé son commerce le 3 avril 2006; [admis]
- c) le payeur devait exploiter son commerce à l'année longue mais à cause d'un manque de clientèle, il décidait de l'exploiter d'avril à septembre de chaque année; [admis]
- d) le payeur louait la place d'affaires du commerce, le casse-croûte, situé sur le boulevard Bélanger à Baie-Comeau; [admis]
- e) le payeur offrait le service de commandes à apporter et 27 places assises pour les clients désirant manger sur place; [admis]
- f) le payeur offrait les services conventionnels de repas rapides (fast food) soit principalement des frites, chiens chauds et hamburgers; [admis]
- g) durant la saison en litige, les heures d'ouverture du commerce ont variées comme suit :
de mai à juillet : de 11 h à 21 ou 22 h;
en août : de 12 h 30 à 14 h et de 18 h à 20 h; [admis]
- h) le casse-croûte était fermé les lundis et parfois les mardis mais ouvert les samedis et dimanches; [admis]

- i) l'appelante a été embauchée principalement à titre de serveuse; elle consacrait 70 % de son temps de travail à servir aux tables et au comptoir de commandes; [admis]
- j) l'appelante consacrait le reste de son temps de travail à plusieurs tâches diverses soit aider à la cuisine, nettoyer les tables, compter la caisse et s'occuper de quelques tâches administratives; [admis]
- k) l'appelante pouvait signer les chèques au nom du payeur; [admis mais rarement fait]
- l) le payeur travaillait lui-même au casse-croûte et, en juin, il a embauché une autre personne, qui travaillait uniquement sur appel, pour l'aider à la cuisine; [admis]
- m) l'appelante a mentionné qu'initialement elle faisait des semaines de 60 heures par semaine mais que par la suite ses heures étaient plutôt de 40 heures par semaine; [nié tel que rédigé parce qu'au début elle faisait 40 heures et par la suite 60 heures]
- n) le registre de paie du payeur indique plutôt que l'appelante a été rémunérée pour 40 heures par semaine au début soit en mai, 60 heures par semaine en juin et juillet et 30 heures en août; [admis]
- o) l'appelante a mentionné qu'elle ne marquait pas ses heures d'entrées ni de sorties mais plutôt le nombre total d'heures accomplies dans une journée alors que le payeur a mentionné que l'appelante marquait ses heures d'entrées et de sorties sur une feuille déposée sur le comptoir à chaque jour; [nié tel que rédigé]
- p) l'appelante recevait une rémunération de 12 \$ de l'heure plus les pourboires; [admis]
- q) l'autre employée recevait une rémunération de 7,75 \$ de l'heure sans pourboires, elle faisait 15 heures par semaine; [ignoré]
- r) l'appelante était rémunérée par chèque, aux deux semaines; [admis]
- s) dans une première version, le payeur a mentionné qu'il avait cessé ses activités à cause de problèmes de santé de l'appelante pour ensuite mentionner que c'était plutôt dû au manque d'achalandage qu'il avait fermé le casse-croûte; [nié quant aux problèmes de santé de l'appelante]
- t) en mai 2006, le chiffre d'affaires du payeur indique des revenus similaires au mois de juin alors que l'appelante était inscrite au registre de paie pour 40 heures alors qu'en juin elle était inscrite pour 60 heures par semaine; [ignoré]
- u) de plus, malgré des revenus équivalents, le payeur a embauché une autre personne à temps partiel en juin 2006 alors qu'il travaillait seul avec l'appelante en mai et que cette dernière aurait fait moins d'heures en mai qu'en juin; [admis avec explications, la raison étant que monsieur Gagnon avait des malaises causés par un problème de ventilation];
- v) le nombre d'heures de travail inscrit au registre des salaires du payeur n'est pas proportionnel au chiffre d'affaires du payeur; [ignoré]
- w) les faits obtenus des parties démontrent que l'appelante, au cours de la période en litige, rendait des services sans être rémunérée par le payeur; [nié, l'appelante étant payée pour toutes les heures de travail]

- x) selon une publication d'emploi Québec, le salaire horaire médian pour un serveur dans cette région est de 10 \$ alors que l'appelante recevait 12 \$ de l'heure; [ignoré]
- y) au cours de l'année 2006, le payeur a réalisé une perte de 8 906 et a versé, uniquement à l'appelante, 10 560 \$ en salaire; [admis pour le salaire de l'appelante et nié pour le reste]
- z) le salaire versé à l'appelante est déraisonnable compte tenu des faibles revenus engendrés par l'exploitation du commerce du payeur. [nié]

[6] Comme on peut le constater à la lecture du paragraphe précédent, le litige porte surtout sur le salaire horaire versé à l'appelante et sur la fourniture de services par l'appelante sans rémunération.

[7] Le salaire de base de l'appelante était de 12 \$ de l'heure plus les pourboires. L'appelante était la seule employée à pourboires. L'aide-cuisinière engagée à raison de 15 heures par semaine durant quatre semaines en juin et juillet 2006 recevait une rémunération de 7,75 \$ de l'heure sans pourboires. Monsieur Claude Gagnon occupait le poste de cuisinier, ce qui comprenait les tâches de marmiton, de concierge et la gestion de l'inventaire, et ne recevait pas de salaire pour son travail. Au cours de la période de 19 semaines, l'appelante a déclaré avoir reçu 1 985 \$ en pourboires lors de ses 880 heures de travail.

[8] En plus d'être serveuse aux tables, l'appelante s'occupait de la caisse et elle balançait les rubans de caisse à la fermeture. Monsieur Gagnon ne s'occupait pas de la caisse. L'appelante s'occupait également du courrier et préparait les chèques pour signature par monsieur Gagnon pour acquitter des comptes à payer, y compris ceux des fournisseurs. Tel qu'exigé par la Banque Nationale du Canada, elle avait le pouvoir de signer des chèques du payeur mais elle n'en signait pas. Elle remettait les chèques aux fournisseurs et elle effectuait des dépôts à la banque. Enfin, elle comptabilisait les heures travaillées par l'aide-cuisinière.

[9] L'appelante comptabilisait elle-même ses heures de travail et elle transmettait par téléphone, au comptable, ses heures travaillées aux 15 jours afin qu'il puisse préparer les paies. Elle était payée par chèque aux deux semaines. Le nombre d'heures effectivement travaillées par l'appelante au cours de la période en litige n'a pas été déterminé avec exactitude. L'horaire du casse-croûte a beaucoup varié pendant la période et le payeur n'a pas été en mesure de fournir des informations précises quant aux heures d'ouverture du casse-croûte sur une base mensuelle, hebdomadaire ou quotidienne. Le registre des heures du payeur indique que l'appelante effectuait 30, 40 ou 60 heures par semaine, sauf la semaine se terminant

le 14 avril 2006. Selon le rapport de l'agent des appels daté du 15 mars 2007, le payeur a déclaré à l'agent d'assurabilité que l'appelante faisait 50 à 60 heures par semaine au début et par la suite 40 heures. Ce fait aurait été réitéré à l'agent des appels. L'appelante a, quant à elle, mentionné à l'agent des appels qu'elle n'avait jamais effectué du travail sans rétribution et qu'elle n'avait jamais travaillé plus de 40 heures par semaine. Cette version de l'appelante ne concorde pas avec le registre des heures travaillées.

[10] Autre constatation, le registre des salaires n'est pas proportionnel au chiffre d'affaires du payeur. Le registre indique que l'appelante n'a effectué que 40 heures par semaine en mai alors qu'au cours du mois de juin, mois au cours duquel le chiffre d'affaires était semblable à celui du mois de mai, l'appelante a effectué 60 heures de travail par semaine. De plus, au cours du mois de juillet, le chiffre d'affaires indique une baisse de 16% par rapport au mois de juin, alors que l'appelante effectuait encore 60 heures par semaine. Suite à son analyse, l'agent des appels a conclu que l'appelante a effectué environ 10% de ses heures totales, accomplies au cours de la période en litige, sans rétribution. Ce fait a d'ailleurs été reconnu par le représentant de l'appelante dans la lettre qu'il a adressée à la Cour le 15 mai 2007 pour contester la décision rendue par le ministre. Voici ce qu'il a dit à ce sujet au 3^e paragraphe de sa lettre :

Dans les premiers mois où l'activité était intense, des heures supplémentaires ont été effectuées par madame Jocelyne Tremblay. Elle a été rémunérée sous forme d'heures de congé durant les périodes tranquilles. M. Claude Gagnon a toujours cherché à économiser sur l'embauche du personnel supplémentaire. Les heures de travail réelles de Mme Jocelyne Tremblay n'ont pas toutes été comptabilisées.

[11] L'emploi de l'appelante auprès du payeur devait être un emploi permanent à plein temps mais l'ouverture à proximité d'un commerce compétiteur a fait chuter l'achalandage de sorte que le payeur a dû fermer son casse-croûte en août 2006.

[12] Selon le représentant de l'appelante, le salaire de base de 12 \$ l'heure plus les pourboires, représentaient un salaire compétitif dans le secteur de la restauration lequel était pleinement justifié parce que l'appelante rendait des services de gérance, de cuisinière en plus des services de serveuse. D'après une publication du gouvernement du Québec, le salaire horaire médian d'une serveuse sur la Côte-Nord était de 10 \$ l'heure entre 2003 et 2005 alors que selon Service Canada (Guide des taux de salaires publié le 24 octobre 2008), le salaire moyen d'une serveuse sur la Côte-Nord était de 8,10 \$ l'heure.

[13] Concernant la conclusion de l'agent d'assurabilité à l'effet que l'appelante aurait travaillé environ 10% de son temps au cours du mois de mai sans être rétribuée, le représentant de l'appelante prétend que le calcul est faussé parce que l'appelante a fait plus d'heures en juin qu'en mai simplement à cause d'heures d'ouverture prolongées, la température permettant de garder le commerce ouvert plus longtemps en soirée. Selon lui, l'appelante a fait plus d'heures en juin pour des raisons qui ne sont pas en relation avec le chiffre d'affaires. Si l'agent d'assurabilité avait tenu compte dans son calcul, des informations additionnelles fournies concernant les heures d'ensoleillement et les températures plus chaudes en soirée en juin, le temps non rétribué aurait été ramené de 10% à 2%. Quelque soit le pourcentage exact du travail non rétribué effectué par l'appelante, celui-ci se situe en deça de 10%, ce qui a pour effet de rendre les modalités du contrat du travail de l'appelante « à peu près semblables » à celles du contrat qui aurait été conclu si les parties n'avaient pas eu de lien de dépendance. Le représentant de l'appelante a soutenu que le ministre ne doit pas adopter un sens plus restrictif de l'expression « à peu près » que celui que l'Agence du revenu du Canada a adopté pour interpréter l'expression « la totalité ou presque » et il a cité l'extrait suivant (paragraphe 15) de la décision rendue dans *Brenda Regular c. Le ministre du Revenu national*, 2007 CCI 664 :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne l'interprétation de l'expression "la totalité ou presque" aux fins de la LIR, l'Agence du revenu du Canada (l'"ARC") a toujours soutenu que cette expression signifiait 90 % ou plus. Cela se reflète dans plusieurs interprétations techniques de l'ARC, aux paragraphes 18 et 24 du bulletin d'interprétation IT-151R5 et au paragraphe 1 du bulletin d'interprétation IT-507R. Lorsque le ministre évalue si les modalités d'un contrat de travail sont "à peu près semblables" à celles du contrat qui aurait été conclu si les parties n'avaient pas eu de lien de dépendance, il me semble que le ministre ne devrait pas adopter un sens plus restrictif de l'expression "à peu près" que celui que l'ARC a adopté pour interpréter l'expression "la totalité ou presque".

[14] Concernant la référence au paragraphe 6(y) de la réponse à l'avis d'appel au fait que le payeur a réalisé une perte de 8 906 \$ au cours de l'année 2006 alors qu'il a versé à l'appelante 10 506 \$ en salaire, le représentant de l'appelante a souligné que cette affirmation résultait d'une analyse de l'état des résultats mensuels pour la période du 18 avril au 31 décembre 2006 et il a fourni les explications suivantes :

- a) le commerce a absorbé une perte de 4 256 \$ en avril causée surtout par les frais de démarrage;

- b) entre mai et juillet, le chiffre d'affaire a totalisé 30 105 \$ alors que les salaires et avantages sociaux se sont élevés à 9 727 \$, soit une dépense en salaires équivalente à 33% des ventes. Au cours de cette période, le payeur a réalisé un profit de 2 844 \$;
- c) la majeure partie des pertes a été subie entre les mois d'août et décembre, soit après la fermeture du commerce, et sont attribuables au loyer de 550 \$ par mois, aux frais de chauffage et de comptabilité.

Analyse

[15] Le rôle dévolu à cette Cour lorsque le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire a fait l'objet de plusieurs décisions jurisprudentielles dont celle rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Jencan Ltd. (C.A.)*, [1997] A.C.F. 876, [1998] 1 C.F. 187. Les extraits suivants tirés de l'affaire *Jencan* résument bien le rôle dévolu à cette Cour :

[. . .] « Comme il s'agit d'une décision rendue en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, par opposition à une décision quasi-judiciaire, il s'ensuit que la Cour de l'impôt doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de la décision du ministre lorsque celui-ci exerce ce pouvoir ».⁶ [. . .]

[. . .] « Compte tenu de ce qui précède, le juge suppléant de la Cour de l'impôt n'était pas justifié d'intervenir dans la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) que s'il était établi que le ministre avait exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui était contraire à la loi. [. . .] La Cour de l'impôt est justifiée de modifier la décision rendue par le ministre en vertu du sous-alinéa 3(2)c)(ii) en examinant le bien-fondé de cette dernière lorsqu'il est établi, selon le cas, que le ministre (i) a agi de mauvaise foi ou dans un but ou un mobile illicites; (ii) n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes comme l'exige expressément le sous-alinéa 3(2)c)(ii); (iii) a tenu compte d'un facteur non pertinent⁷ [. . .]

[16] La question qu'il importe maintenant de se poser est de savoir si, à la lumière des faits et des explications additionnelles fournies par l'appelante et son représentant, la décision du ministre apparaît toujours raisonnable? À mon avis, il est raisonnable que le ministre ait conclu que l'appelante n'aurait pas conclu un contrat de travail à peu près semblable n'eût été de son lien de dépendance avec le payeur.

⁶ Paragraphe 33

⁷ Paragraphe 37

[17] La preuve a démontré que l'appelante jouissait d'un haut degré d'autonomie et de liberté. Elle s'occupait de la gérance du casse-croûte et elle transigeait avec les fournisseurs. Elle fermait la caisse seule et préparait les chèques pour signature par le payeur et était elle-même autorisée à les signer. À l'occasion, elle effectuait les dépôts au compte de banque et comptabilisait elle-même ses heures travaillées et elle les communiquait directement au comptable de l'entreprise. Elle faisait de même pour les ajustements à ses heures de travail.

[18] Il a été démontré que le salaire de base de l'appelante était d'au moins 2 \$ de l'heure plus élevé que le salaire horaire médian pour un serveur dans la région.

[19] Il a été admis que l'appelante avait réalisé des heures non rémunérées au cours du mois de mai 2006 même si les parties ne s'entendent pas sur le pourcentage exact des heures non rémunérées (2% versus 10%).

[20] La preuve a également révélé que le payeur n'a pas fourni d'informations précises quant aux heures d'ouverture et de fermeture du casse-croûte au cours de la période, ni quant aux heures effectivement travaillées par l'appelante.

[21] À mon avis, l'appelante et le payeur n'ont pas réussi à renverser le fardeau de la preuve qui consistait à démontrer que la décision du ministre était déraisonnable compte tenu des circonstances. Selon moi, il s'agit ici d'un cas où la Cour ne doit pas intervenir pour substituer son opinion à celle du ministre. Le ministre a tenu compte de toutes les circonstances pertinentes et n'a pas attribué d'importance à un facteur non pertinent. Le travail non rémunéré est certainement un facteur pertinent même si une certaine flexibilité doit exister dans la détermination des modalités à peu près semblables du contrat du travail.

[22] Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Signé à Montréal, Québec, ce 21^e jour de janvier 2009.

« Réal Favreau »

Juge Favreau

RÉFÉRENCE : 2009 CCI 30
N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2007-3168(EI)
INTITULÉ DE LA CAUSE : Jocelyne Tremblay et M.R.N.
LIEU DE L'AUDIENCE : Baie-Comeau (Québec)
DATE DE L'AUDIENCE : le 28 octobre 2008
MOTIFS DU JUGEMENT PAR : L'honorable juge Réal Favreau
DATE DU JUGEMENT : le 21 janvier 2009

COMPARUTIONS :

Représentant de l'appelante : Edgar Harvey
Avocate de l'intimé : M^e Christina Ham

AVOCAT INSCRIT AU DOSSIER :

Pour l'appelant:

Nom :

Cabinet :

Pour l'intimé : John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada