

Dossier : 2011-823(CPP)

ENTRE :

PETER J. MALLEAU,

appellant,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé,

et

DILEONARDO CONSTRUCTION LTD.,

intervenante.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appel entendu sur preuve commune avec l'appel
de *Peter J. Malleau* (2011-824(EI)),
le 26 novembre 2012, à Hamilton (Ontario).

Devant : L'honorable juge suppléant Rommel G. Masse

Comparutions :

Pour l'appellant : L'appellant lui-même
Avocat de l'intimé : M^e Gregory B. King
Représentant de l'intervenante : M. Luciano (Lou) DiLeonardo

JUGEMENT

L'appel interjeté en vertu du paragraphe 28(1) du *Régime de pensions du Canada* est rejeté, et la décision du ministre du Revenu national est confirmée, conformément aux motifs du jugement ci-joints.

Signé à Montréal (Québec), ce 12^e jour de février 2013.

« Rommel G. Masse »

Juge suppléant Masse

Traduction certifiée conforme
ce 28^e jour de mars 2013.
Alya Kaddour-Lord, traductrice

Dossier : 2011-824(EI)

ENTRE :

PETER J. MALLEAU,

appellant,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé,

et

DILEONARDO CONSTRUCTION LTD.,

intervenante.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appel entendu sur preuve commune avec l'appel
de *Peter J. Malleau* (2011-823(CPP)),
le 26 novembre 2012, à Hamilton (Ontario).

Devant : L'honorable juge suppléant Rommel G. Masse

Comparutions :

Pour l'appelant : L'appelant lui-même
Avocat de l'intimé : M^e Gregory B. King
Représentant de l'intervenante : M. Luciano (Lou) DiLeonardo

JUGEMENT

L'appel interjeté en vertu du paragraphe 103(1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* est rejeté, et la décision du ministre du Revenu national est confirmée, conformément aux motifs du jugement ci-joints.

Signé à Montréal (Québec), ce 12^e jour de février 2013.

« Rommel G. Masse »

Juge suppléant Masse

Traduction certifiée conforme
ce 28^e jour de mars 2013.

Alya Kaddour-Lord, traductrice

Référence : 2013 CCI47
Date : 20130212
Dossiers : 2011-823(CPP)
2011-824(EI)

ENTRE :

PETER J. MALLEAU,

appellant,

et

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL,

intimé,

et

DILEONARDO CONSTRUCTION LTD.,

intervenante.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT

Le juge suppléant Masse

[1] Les présents appels ont été entendus ensemble à Hamilton (Ontario), le 26 novembre 2012.

[2] DiLeonardo Construction Ltd. (l'« intervenante » ou le « payeur ») exploite une entreprise de construction de maisons neuves et de rénovation établie dans la région de Hamilton. Luciano DiLeonardo dirige les activités quotidiennes de l'entreprise et prend les décisions importantes au nom de celle-ci. Peter J. Malleau (l'« appellant » ou le « travailleur ») est un charpentier qualifié qui a travaillé pour le payeur jusqu'à la fin du mois d'août 2010.

[3] Après avoir cessé de travailler pour le payeur, l'appelant a présenté une demande de prestations d'assurance-emploi. Ressources humaines et Développement des compétences Canada a renvoyé sa demande au ministre du Revenu national (le « ministre ») pour qu'une décision soit rendue à l'égard de l'emploi que l'appelant avait occupé auprès du payeur. L'appelant et le payeur ont tous deux été avisés par lettre datée du 1^{er} décembre 2010 qu'il avait été établi que l'appelant occupait un emploi assurable au sens de l'alinéa 5(1)a) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (la « Loi »), et un emploi ouvrant droit à pension au sens de l'alinéa 6(1)a) du *Régime de pensions du Canada* (le « Régime »), quand il travaillait pour le payeur pendant la période allant du 28 septembre 2009 au 26 août 2010.

[4] Le payeur n'a pas souscrit à cette décision et il a interjeté appel devant le chef des Appels le 19 janvier 2011. Le 14 mars 2011, le ministre a informé l'appelant et le payeur que la décision avait été infirmée. Le ministre a établi que l'appelant n'occupait pas un emploi assurable ou ouvrant droit à pension, vu qu'il n'exerçait pas d'emploi en vertu d'un contrat de louage de services au sens de l'alinéa 5(1)a) de la Loi, et qu'il n'occupait pas un emploi au sens de l'alinéa 6(1)a) du Régime pendant la période en cause. L'appelant a immédiatement interjeté appel de ces décisions devant la Cour, et le payeur a déposé un avis d'intervention.

[5] La question à trancher est de savoir si l'appelant était un employé du payeur pendant la période en cause ou s'il fournissait des services de sous-traitance au payeur à titre d'entrepreneur indépendant.

Le contexte factuel

[6] Seuls trois témoins ont déposé à l'audience : l'appelant, Peter J. Malleau, sa femme, Mary Radu, et Luciano DiLeonardo. L'appelant est un charpentier compétent qui a travaillé dur tout au long de sa carrière dans l'industrie de la construction. C'est en juin 2005 qu'il a rencontré pour la première fois Luciano DiLeonardo, propriétaire et exploitant de l'intervenante. À l'époque, M. Malleau travaillait à un contrat au domicile du comptable de M. DiLeonardo. M. DiLeonardo est passé par hasard et a fait la connaissance de M. Malleau. M. DiLeonardo a aimé la façon de travailler de M. Malleau et il lui a demandé d'effectuer certains travaux pour le compte de l'intervenante, pour un salaire horaire de 15 \$ à l'époque. M. Malleau a accepté. M. Malleau tenait un registre de ses heures de travail, établissait et présentait périodiquement une facture, et était payé par chèque. M. Malleau admet volontiers qu'à l'époque, il avait le statut de sous-traitant. Cela a duré pendant assez longtemps. Pendant cette période, M. Malleau ne travaillait pas exclusivement pour le payeur; il lui arrivait parfois de travailler pour d'autres entrepreneurs et de revenir travailler

pour le payeur en tant que sous-traitant. Même quand l'appelant travaillait pour d'autres employeurs, lui et M. DiLeonardo restaient en contact, et ils sont devenus amis.

[7] D'après M. Malleau, M. DiLeonardo envisageait de mettre sur pied une entreprise d'installation de panneaux électriques solaires et il souhaitait lui payer des cours pour qu'il soit habilité à effectuer les travaux d'installation de tels panneaux. À cette fin, M. Malleau a obtenu une certification en matière de prévention des chutes à l'été 2009. M. DiLeonardo a reconnu qu'il aurait engagé M. Malleau comme employé à temps plein si cette entreprise avait été lancée avec succès. Toutefois, l'entreprise d'installation de panneaux solaires n'a jamais vu le jour.

[8] En septembre 2009, à la suite d'importantes inondations, le payeur a eu beaucoup de travail à effectuer dans l'est de la ville de Hamilton. M. DiLeonardo est allé voir M. Malleau et lui a demandé d'effectuer une partie du travail pour lui parce que le payeur n'était pas capable de répondre à la demande. M. Malleau affirme qu'il a dit à M. DiLeonardo qu'il ne souhaitait plus travailler comme sous-traitant et que M. DiLeonardo l'a donc engagé comme employé à temps plein. M. DiLeonardo conteste cette affirmation. Toutefois, ils se sont effectivement entendus sur un taux horaire de 25 \$. M. Malleau a rempli un formulaire TD1 aux fins des retenues à la source et a communiqué son numéro d'assurance sociale. M. DiLeonardo conteste cette affirmation.

[9] L'appelant a déclaré qu'à partir de ce moment, il s'était considéré comme un employé à temps plein. Il devait tenir un registre des heures de travail qu'il effectuait sur divers chantiers et communiquer ces informations à M. DiLeonardo à des fins comptables. M. Malleau consignait ses heures de travail sur un calendrier qu'il a conservé et fourni à la Cour. Toutes les deux semaines, il recevait un chèque et tout semblait en ordre, mais il n'a jamais reçu de fiche de paie faisant état des retenues en détail. Il semblait à M. Malleau que les chèques s'élevaient à ce qu'il s'attendait à gagner pour une semaine de travail de 40 heures payée au taux horaire de 25 \$ après retenues. Cela a duré pendant six à huit mois, mais l'appelant n'a jamais reçu de fiche de paie sur laquelle il était question de retenues à la source. Quand le moment est venu de produire sa déclaration de revenus, M. Malleau a demandé à M. DiLeonardo quand il pouvait s'attendre à recevoir son relevé T-4, et M. DiLeonardo lui a simplement répondu qu'il était trop occupé pour y voir.

[10] La situation s'est envenimée vers la fin du mois d'août 2010. D'après l'appelant, M. DiLeonardo l'évitait et inventait des excuses pour ne pas le payer. D'après M. Malleau, il y avait un écart d'environ 5 200 \$ entre les sommes qui lui

avaient été versées et celles qu'il s'attendait à recevoir. Il est devenu clair qu'il n'était payé que pour les heures qu'il avait inscrites à son calendrier, c'est-à-dire les heures de travail effectuées sur divers chantiers, et qu'il n'était pas payé pour des journées de travail de huit heures, comme l'aurait été un employé à temps plein. M. Malleau prenait du retard dans le paiement de ses factures et avait besoin d'argent. Lui et M. DiLeonardo ont eu une rencontre, qui a donné lieu à une discussion très houleuse au sujet de l'argent qui était prétendument dû à M. Malleau et aux heures de travail que ce dernier avait effectuées sur divers chantiers. M. Malleau a eu l'impression que celui qu'il avait considéré comme un ami avait abusé de sa confiance, et il a donc démissionné.

[11] Lors du contre-interrogatoire, l'appelant a déclaré qu'il avait toujours eu le sentiment qu'il prendrait sa retraite en tant qu'employé de M. DiLeonardo et qu'il deviendrait son gestionnaire immobilier. En tant que sous-traitant, il avait présenté des factures pour ses services jusqu'en juin 2009, mais il avait cessé de le faire après cette date parce qu'il pensait qu'il était alors devenu un employé. Avant juin 2009, il avait pour pratique de prendre l'information inscrite dans son calendrier relativement aux heures de travail qu'il avait effectuées, de transcrire ces informations sur une facture et de présenter celle-ci à M. DiLeonardo pour paiement. Il n'a plus soumis de factures à partir de juin 2009, mais il a continué d'inscrire ses heures de travail dans ses calendriers. L'appelant convient du fait que tous les chèques qu'il a reçus pendant la période en cause faisaient état de sommes arrondies, mais il pensait néanmoins que des retenues à la source avaient été effectuées. Sur la ligne d'objet de la plupart de ces chèques apparaissait la mention « *sub* » [vraisemblablement employée pour « *subcontractor* » (sous-traitant)], mais M. Malleau a déclaré qu'il ne l'avait pas remarquée. Il a continué à travailler de cette manière, sans recevoir de fiche de paie détaillée montrant que des retenues avaient été effectuées pour la période allant de la fin du mois de septembre 2009 à la fin du mois d'août 2010. Il affirme qu'il n'a pas travaillé pour d'autres employeurs pendant la période en cause. M. DiLeonardo prétend le contraire. L'appelant convient du fait qu'il arrivait parfois que sa femme l'accompagne sur le chantier pour l'aider; elle le conduisait d'un endroit à l'autre pour qu'il ramasse des matériaux et elle l'aidait à faire du nettoyage. M. DiLeonardo ne rémunérait pas la femme de l'appelant pour ce travail.

[12] M. DiLeonardo a déclaré que le travail de M. Malleau comme charpentier sous-traitant était exceptionnel, mais qu'il y avait eu des interruptions fréquentes dans leur relation d'emploi. M. Malleau partait alors travailler pour d'autres entrepreneurs. Avant la période en cause, chaque fois que M. Malleau avait besoin d'argent, M. DiLeonardo libellait simplement un chèque à l'ordre de M. Malleau, et la facture pour le travail effectué suivait un peu plus tard. Il arrivait fréquemment à M. Malleau

d'avoir du retard pour la présentation de ses factures. M. DiLeonardo a convenu du fait que M. Malleau n'avait jamais produit de factures pour la période en cause. D'après M. DiLeonardo, les calendriers de M. Malleau étaient simplement un moyen pour ce dernier de tenir un registre des heures de travail qu'il effectuait sur chaque chantier, et il était payé sur cette base. M. DiLeonardo n'a jamais accepté de lui payer huit heures de travail par jour à titre d'employé. Personne n'a jamais empêché M. Malleau d'accepter d'autres contrats auprès d'autres entrepreneurs généraux. Il appartenait à M. Malleau de choisir ses contrats. M. DiLeonardo n'a jamais contrôlé la manière dont M. Malleau effectuait son travail et M. Malleau faisait son travail avec un minimum de supervision, voire aucune supervision. La dispute qui a mis fin à leur relation concernait le calcul du temps consacré à un travail en particulier; M. Malleau voulait être payé et M. DiLeonardo voulait un compte-rendu exact de ses heures de travail. M. Malleau a le sentiment d'avoir été sous-payé et M. DiLeonardo celui d'avoir trop payé. Aucun changement n'est intervenu dans leur relation en septembre 2009. M. DiLeonardo a toujours considéré que M. Malleau était un sous-traitant indépendant et jamais un employé à temps plein; toutefois, M. DiLeonardo admet que, si l'entreprise d'installation de panneaux solaires avait vu le jour, il aurait alors vraisemblablement engagé M. Malleau comme employé à temps plein. Il n'a jamais été question du fait que M. Malleau devienne un employé à temps plein de DiLeonardo Construction Ltd., sauf en ce qui concerne l'entreprise d'installation de panneaux solaires.

La thèse de l'appelant

[13] M. Malleau prétend que, tout au long de la période en cause, il ne travaillait pas comme sous-traitant indépendant pour DiLeonardo Construction Ltd., mais plutôt comme employé à temps plein. La relation employeur-sous-traitant indépendant a pris fin en septembre 2009, et, de ce moment jusqu'à la fin du mois d'août 2010, M. Malleau a occupé un emploi ouvrant droit à pension et assurable, conformément aux définitions que le Régime et la Loi donnent de ces termes. Il a aussi formulé de graves allégations de malhonnêteté à l'égard de M. DiLeonardo, accusant ce dernier d'imposture et de vol et aussi d'avoir fait de fausses déclarations au sujet de son emploi. Il soutient que M. DiLeonardo a fait des retenues sur son salaire au titre de l'impôt sur le revenu, du Régime de pensions du Canada (« RPC ») et de l'assurance-emploi, et qu'il a manqué à son obligation de verser ces sommes à l'ARC.

La thèse de l'intimé et de l'intervenante

[14] M. DiLeonardo affirme qu'il n'a retenu aucune somme au titre de l'impôt sur le revenu, du RPC et de l'assurance-emploi sur les sommes qu'il a versées à

M. Malleau parce que ce dernier était un entrepreneur indépendant, et non un employé. Par conséquent, il n'avait aucune somme à verser à l'ARC. M. DiLeonardo a en tout temps soutenu que M. Malleau ne travaillait pour DiLeonardo Construction Ltd. qu'en qualité de sous-traitant indépendant et non en qualité d'employé à temps plein. M. Malleau n'a jamais été un employé à temps plein du payeur. Le ministre se range à cet avis.

La loi

[15] Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes :

Le Régime de pensions du Canada, L.R.C., 1985, ch. C-8 :

6(1) Ouvrent droit à pension les emplois suivants :

a) l'emploi au Canada qui n'est pas un emploi excepté;

[...]

La Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23 :

5(1) Sous réserve du paragraphe (2), est un emploi assurable :

a) l'emploi exercé au Canada pour un ou plusieurs employeurs, aux termes d'un contrat de louage de services ou d'apprentissage exprès ou tacite, écrit ou verbal, que l'employé reçoive sa rémunération de l'employeur ou d'une autre personne et que la rémunération soit calculée soit au temps ou aux pièces, soit en partie au temps et en partie aux pièces, soit de toute autre manière;

[...]

Analyse

[16] La question que la Cour doit trancher est de savoir si M. Malleau occupait un emploi ouvrant droit à pension ou assurable auprès de l'intervenante, au sens de l'alinéa 6(1)a) du Régime et de l'alinéa 5(1)a) de la Loi, pendant la période en cause. Autrement dit, était-il un employé de DiLeonardo Construction Ltd., auquel cas, il occupait un emploi ouvrant droit à pension et assurable, ou fournissait-il ses services à titre de sous-traitant indépendant, auquel cas il n'occupait pas un emploi ouvrant droit à pension ou assurable.

[17] Comme l'a souligné M^e King, avocat de l'intimée, la loi n'aide pas vraiment à établir ce qu'est un emploi ouvrant droit à pension et assurable. Il manque visiblement une définition du terme « contrat de louage de services », employé dans la définition d'« emploi assurable » que donne la Loi.

[18] L'arrêt de principe qui définit les critères en fonction desquels un tribunal décide si une personne est un employeur ou un entrepreneur indépendant est l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 3 C.F. 553 (CAF). S'exprimant au nom de la Cour, le juge MacGuigan a défini le critère permettant d'établir si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant. La Cour doit ainsi examiner le critère à quatre volets :

- (1) le contrôle;
- (2) la propriété des instruments de travail;
- (3) les possibilités de profit;
- (4) les risques de perte.

[19] Ces éléments doivent être examinés ensemble plutôt que séparément. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive et d'autres éléments peuvent s'avérer importants en fonction des circonstances propres à chaque affaire.

[20] Dans l'arrêt *TBT Personnel Services Inc. c. Canada*, 2011 CAF 256, [2011] A.C.F. n^o 1340, la Cour d'appel fédérale a résumé les principes applicables de manière succincte. Aux paragraphes 8 et 9 de cet arrêt, la juge Sharlow, qui s'exprimait au nom de la Cour, a formulé les observations suivantes :

[8] L'arrêt qui fait autorité en ce qui concerne les principes pour établir une distinction entre un contrat de louage de services et un contrat d'entreprise est *Wiebe Door Services Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.). Le juge Major, rédigeant l'arrêt de la Cour suprême du Canada, a approuvé *Wiebe Door* dans l'arrêt *67112 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59 (CanLII), 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983. Il a résumé, aux paragraphes 47 et 48, les principes pertinents comme suit :

47. [...] La question centrale est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte. Pour répondre à cette question, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Cependant, il faut

aussi se demander, notamment, si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches.

48. Ces facteurs, il est bon de le répéter, ne sont pas exhaustifs et il n'y a pas de manière préétablie de les appliquer. Leur importance relative respective dépend des circonstances et des faits particuliers de l'affaire.

[9] Dans les arrêts *Wolf c. Canada*, 2002 CAF 96 (CanLII), 2002 CAF 96, [2002] 4 C.F. 396 (C.A.), et *Royal Winnipeg Ballet c. Canada (Ministre du Revenu national – M.N.R.)* 2006 CAF 87 (CanLII), 2006 CAF 87, [2007] 1 R.C.F. 35, la Cour a ajouté que lorsqu'il est établi que les parties avaient l'intention commune d'établir une relation juridique entre elles, il est nécessaire de tenir compte de cette preuve, mais il est également nécessaire d'examiner les facteurs exposés dans *Wiebe Door* afin de déterminer si les faits concordent avec l'intention déclarée des parties.

[21] Le juge Boyle de la Cour a passé en revue les principes applicables dans la décision *Wellbuilt General Contracting Ltd. c. M.N.R.*, 2010 CCI 541, [2010] A.C.I. n° 418 (« *Wellbuilt* »). Le juge Boyle a déclaré que le critère à appliquer pour établir si un travailleur est un employé ou un travailleur autonome avait été défini par la jurisprudence et qu'il était bien établi. La question doit être tranchée en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et en prenant en considération un certain nombre de critères ou lignes directrices utiles, qui sont les suivants : 1) l'intention des parties; 2) le contrôle sur les activités; 3) la propriété des instruments de travail; 4) la possibilité de profit ou le risque de perte; 5) ce qui a été qualifié de critère de l'intégration dans l'entreprise, de l'association ou de l'entrepreneuriat. Le juge Boyle fait observer que la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'arrêt *Royal Winnipeg Ballet c. M.R.N.*, 2006 CAF 87, indique l'importance particulière des critères relatifs à l'intention des parties et au contrôle dans ces déterminations. L'intention des parties est un critère important à prendre en considération, avec tous les autres facteurs. En fait, d'après le juge Boyle, l'intention pourrait bien être l'une des principales considérations.

[22] Pour résumer, pour décider si un travailleur est un employé ou un entrepreneur indépendant, la Cour doit poser les questions suivantes :

- (1) Quelle est l'intention commune des parties?

- (2) Quel est le degré de contrôle exercé par le travailleur qui fournit les services sur la gestion du temps et la façon d'accomplir le travail? Afin d'exercer un contrôle, l'employeur n'a pas besoin de compétences ou de connaissances spécialisées relativement au travail que l'employeur doit accomplir.
- (3) Le travailleur possède-t-il ses propres instruments?
- (4) Le travailleur engage-t-il ses propres assistants?
- (5) Quel est le degré de risque financier assumé par le travailleur?
- (6) Quel degré de responsabilité le travailleur assume-t-il en matière d'investissement et de gestion?
- (7) Le travailleur a-t-il l'occasion de tirer profit d'une gestion saine dans l'accomplissement de ses tâches, et le cas échéant, dans quelle mesure?

[23] J'examinerai à présent quelques-uns des éléments qui sont à mon sens importants pour rendre une décision adéquate en l'espèce.

L'intention des parties

[24] Quand les deux parties s'entendent sur ce qu'était leur intention commune, l'affaire est close parce qu'il n'y a pas de question en litige. Toutefois, les choses ne sont pas aussi claires quand les deux parties expriment des points de vue contraires au moment où un différend naît. La Cour doit alors établir quelle était la véritable intention des parties, en se fondant sur la façon dont elles interagissaient entre elles au moment où la relation a été établie.

[25] En l'espèce, M. Malleau a travaillé pour le payeur en tant qu'entrepreneur indépendant pendant des années avant de prétendument travailler pour lui comme employé, après septembre 2009. Il a dès lors considéré qu'il était un employé, sur la base d'une entente conclue avec M. DiLeonardo. Toutefois, il convient de souligner que les manifestations extérieures de leur relation, après septembre 2009, n'étaient en aucune manière différentes, que ce soit sur la forme ou sur le fond, de ce qu'elles avaient été avant septembre 2009. La seule différence repose sur le fait que M. Malleau a arrêté de présenter des factures pour le travail qu'il effectuait, mais cela cadre avec le fait qu'il se voyait comme un employé plutôt que comme un sous-traitant indépendant, même s'il fournissait les mêmes services qu'avant. Rien

n'a vraiment changé, en dehors de la perception que M. Malleau avait de la relation. Je souscris à l'opinion de M^e King, avocat de l'intimée, selon laquelle cet élément n'est pas d'un grand secours pour établir si M. Malleau était un employé ou un sous-traitant indépendant, et ce, même si cet élément donne bel et bien à penser qu'on était en présence d'une relation entrepreneur général-sous-traitant indépendant plutôt qu'employeur-employé.

Le contrôle

[26] Il est clair que M. Malleau jouissait de beaucoup d'autonomie dans son travail. Il travaillait seul, et j'accepte le témoignage de M. DiLeonardo selon lequel M. Malleau était libre d'accepter ou de refuser les travaux qu'il lui proposait. M. Malleau travaillait sur divers chantiers et rencontrait M. DiLeonardo, qui l'informait de la nature du travail à effectuer. M. Malleau effectuait son travail avec peu de supervision, voire aucune, comme les autres sous-traitants, même si M. DiLeonardo se trouvait souvent sur les lieux de travail lui aussi. Il est clair que M. Malleau consignait ses heures dans son calendrier personnel, comme il le faisait toujours quand il était sous-traitant. À cet égard, rien n'a changé par rapport à l'époque où M. Malleau était un sous-traitant. L'examen du critère de « contrôle » donne à penser que M. Malleau était un sous-traitant indépendant plutôt qu'un employé.

La propriété des instruments de travail

[27] Qu'il ait été un employé ou un sous-traitant indépendant, M. Malleau devait fournir ses propres instruments de travail, comme ses bottes de sécurité, son casque de protection, son marteau, d'autres outils à main et son porte-outils. Il s'agit d'une pratique commune dans l'industrie de la construction. Il est également courant dans cette industrie que l'employeur ou l'entrepreneur général fournisse les instruments de travail plus chers et spécialisés dont le sous-traitant aura besoin. Je suis d'avis que l'examen du critère de la propriété des instruments de travail n'est pas ici d'un grand secours pour établir si M. Malleau était un employé ou un sous-traitant indépendant. Aux paragraphes 25 et 26 de la décision *Wellbuilt*, le juge Boyle de la Cour a formulé les observations suivantes :

[25] Il arrive souvent, tout au moins dans certains secteurs du commerce et dans certains métiers, comme dans le cas des mécaniciens d'automobiles, de certains travailleurs forestiers et certains travailleurs de la construction, que l'on s'attende à ce que tous les travailleurs, qu'ils soient employés ou entrepreneurs indépendants, possèdent et fournissent leurs propres outils à main de base, leurs propres lames et leurs propres mèches et ainsi de suite, ou que l'on exige qu'ils possèdent et

fournissent de tels outils; en pareil cas, le critère de la propriété des instruments de travail ne peut pas faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre.

[26] De toute évidence, la plupart des gros outils nécessaires à l'entreprise de construction de Wellbuilt appartenaient à Wellbuilt et ils étaient fournis aux travailleurs, qu'ils soient employés ou entrepreneurs indépendants. Dans ce segment de l'industrie de la construction, la propriété des instruments de travail ne semble pas très révélatrice ou particulièrement utile étant donné qu'il ne serait pas incompatible pour un employé d'avoir à engager de gros montants pour se procurer des outils de base et qu'il ne serait pas non plus incompatible pour un entrepreneur indépendant de ne pas être obligé de fournir tous les outils nécessaires à son travail. Chaque secteur du commerce au Canada est libre d'adopter des pratiques qui sont sensées sur le plan économique et qui s'appliquent bien à ce secteur. En l'espèce, le critère de la propriété des instruments de travail fait légèrement pencher la balance en faveur du statut d'employé, mais il n'est certes pas incompatible avec le statut d'entrepreneur indépendant que les parties voulaient établir.

[28] En l'espèce, je suis d'avis que le critère de la propriété des instruments de travail n'est d'aucun secours pour établir si M. Malleau était un employé ou un entrepreneur indépendant.

La possibilité de profit ou le risque de perte

[29] J'accepte le fait que M. Malleau était libre de travailler pour d'autres entrepreneurs s'il le souhaitait. J'accepte le témoignage de M. DiLeonardo selon lequel M. Malleau n'avait pas à fournir ses services à l'intervenante exclusivement. Le fait que M. Malleau ait fait ce choix n'est pas déterminant; cela montre simplement que M. Malleau souhaitait travailler pour l'intervenante exclusivement. Son taux de rémunération a été négocié. Ses possibilités de réaliser un profit ou ses risques d'enregistrer des pertes dépendaient entièrement de sa capacité d'accomplir le travail rapidement et efficacement, ainsi que de sa disposition à accepter des contrats d'autres entrepreneurs. Dans la décision *Wellbuilt*, le juge Boyle a formulé des observations intéressantes à l'égard du critère de la possibilité de profit et du risque de perte. Dans cette décision, tout comme en l'espèce, les travailleurs étaient rémunérés à l'heure. Ils étaient responsables de leurs déplacements quotidiens pour se rendre sur des chantiers particuliers et en revenir. Le juge Boyle a souligné que le risque financier assumé par les personnes qui gagnent une rémunération horaire, qu'il s'agisse d'employés ou d'entrepreneurs indépendants, est souvent minime, en particulier dans le cas d'entrepreneurs indépendants travaillant dans des entreprises qui n'exigent pas de mises de fonds élevées en sus des véhicules et des outils de base. Le juge Boyle a fait observer que cela comprendrait un grand nombre de métiers de la construction. Le seul vrai risque financier pour les travailleurs était que

l'entrepreneur général n'avait peut-être pas suffisamment de travail à leur offrir chaque semaine pour les occuper tous les jours à plein temps. Toutefois, quand il n'y a pas de travail à temps plein, le risque de perte peut certainement être atténué par l'acceptation de contrats pendant le temps libre. Le juge Boyle fait observer que, eu égard aux faits de l'affaire dont il était saisi et dans le contexte de l'industrie de la construction, des travaux de sous-traitance et des sous-traitants, l'analyse de la possibilité de profit et du risque de perte ne penchait, selon lui, ni d'un côté ni de l'autre.

[30] Je souscris à l'opinion du juge Boyle, selon laquelle, dans l'industrie de la construction, la possibilité de profit et le risque de perte n'est pas un critère solide pour établir si un travailleur est un employé ou un sous-traitant.

La sous-traitance et l'embauche d'assistants

[31] L'appelant fournissait ses services personnellement. Il convient de souligner que sa femme l'aidait en le conduisant d'un endroit à l'autre pour qu'il ramasse des matériaux et en l'aidant sur le chantier, par exemple pour le nettoyage. Il s'agit d'un indice éloquent du fait que l'appelant n'était pas un employé, mais qu'il travaillait plutôt à son compte, étant donné que le payeur n'était en aucune manière responsable de rémunérer le travail effectué par la femme de l'appelant.

Le mode de rémunération

[32] En règle générale, et je reconnais qu'il peut exister des exceptions propres à certaines industries, un employé est payé à intervalles réguliers, normalement toutes les semaines ou toutes les deux semaines, et les retenues au titre de l'impôt sur le revenu, du RPC, de l'assurance-emploi et de la part des avantages sociaux financée par les employés et les autres retenues à la source font l'objet de prélèvements sur le salaire brut. Le jour de paie serait invariablement le même chaque semaine. Une fiche de paie confirme ces retenues ainsi que le montant du salaire brut. En l'espèce, du 28 septembre 2009 jusqu'à la fin du mois d'août 2010, il y aurait eu environ 22 périodes de paye à la quinzaine. D'après l'onglet 3 du recueil de documents de l'intimé, l'intervenante a délivré 15 chèques à M. Malleau pendant cette période, pour un total de 23 600 \$ (en tenant pour acquis que ce sont là tous les chèques qui lui ont été délivrés). Sur ces 15 chèques, huit portaient la mention « *sub* » sur la ligne d'objet, ce qui montre, selon M. DiLeonardo, qu'il s'agissait de paiements en échange de services de sous-traitance. Il s'agissait toujours de chiffres ronds : il y avait quatre chèques de 2 000 \$, trois de 1 600 \$, six de 1 500 \$, un de 1 300 \$ et un de 500 \$. Ces chèques n'ont pas été émis selon un calendrier préétabli; ils ont été

délivrés à peu près n'importe quel jour de la semaine, y compris samedi et dimanche. Ces chèques ont été émis à aussi peu que deux semaines d'intervalle et à autant que huit semaines d'intervalle. Ainsi, M. Malleau était payé sur une base irrégulière et peu fréquemment, et non pas aux deux semaines, comme un employé pourrait s'y attendre. Les chèques faisaient tous état de chiffres ronds, et non de sommes précises en dollars et en cents. Cela ne concorde pas avec une situation où des retenues auraient été effectuées au titre de l'impôt sur le revenu, du RPC, de l'assurance-emploi, de la part des avantages sociaux financée par les employés ou d'autres retenues à la source. Aucune fiche de paie n'a jamais été produite ou remise à M. Malleau. Cette situation a duré pendant près d'une année, en dépit du fait que M. Malleau affirme qu'il a régulièrement demandé à M. DiLeonardo de lui remettre une fiche de paie détaillée. La manière dont M. Malleau a été payé est un indicateur solide du fait qu'il n'était pas un employé du payeur, mais qu'il était plutôt payé comme un sous-traitant indépendant pour les travaux de sous-traitance précis qu'il effectuait.

Le fardeau de la preuve

[33] Je dois me pencher sur la question du fardeau de la preuve applicable ainsi que sur la question de savoir à quelle partie ce fardeau incombe.

[34] Aux termes de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, il revient à l'appelant de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les hypothèses sur lesquelles le ministre s'est fondé pour rendre sa décision selon laquelle l'appelant n'occupait pas un emploi ouvrant droit à pension ou assurable sont erronées. L'appelant s'acquitte de ce fardeau de preuve initial quand il présente au moins une preuve *prima facie* qui démolit les hypothèses du ministre. Le fardeau de la preuve revient alors au ministre, qui doit réfuter la preuve *prima facie* produite par le contribuable et prouver l'exactitude de ses hypothèses. En règle générale, une preuve *prima facie* se définit comme une preuve suffisante pour établir un fait jusqu'à preuve du contraire. Dans la décision *Stewart c. M.R.N.*, [2000] A.C.I. n° 53, le juge Cain s'est ainsi exprimé :

[23] Une preuve *prima facie* est celle qui est étayée par des éléments de preuve qui créent un tel degré de probabilité en sa faveur que la cour doit l'accepter si elle y ajoute foi, à moins qu'elle ne soit contredite ou que le contraire ne soit prouvé. [...]

En outre, au paragraphe 20 de l'arrêt *Voitures Orly Inc. c. Canada*, 2005 CAF 425, la Cour d'appel fédérale s'est ainsi exprimée :

[20] [...] le fardeau de la preuve imposé au contribuable ne doit pas être renversé à la légère ou arbitrairement. [...]

[35] En l'espèce, je ne suis pas convaincu que l'appelant s'est déchargé du fardeau de la preuve qui lui incombait.

Conclusion

[36] L'examen de l'ensemble de la preuve ainsi que des principes applicables m'amène à conclure que M. Malleau était bien un sous-traitant indépendant pendant la période en cause. Il n'y a rien qui a changé dans la relation de M. Malleau et de M. DiLeonardo entre le moment où l'appelant a commencé à travailler pour DiLeonardo Construction Ltd. en 2005 et le moment où leur relation a pris fin en 2010.

[37] M. Malleau ne m'a pas convaincu que son statut était passé de celui d'un sous-traitant à celui d'un employé.

[38] Par conséquent, je conclus que M. Malleau n'occupait pas un emploi assurable ou ouvrant droit à pension auprès de l'intervenante pendant la période en cause.

[39] En conclusion, l'appel est rejeté.

Signé à Montréal (Québec), ce 12^e jour de février 2013.

« Rommel G. Masse »

Juge suppléant Masse

Traduction certifiée conforme
ce 28^e jour de mars 2013.

Alya Kaddour-Lord, traductrice

RÉFÉRENCE : 2013 CCI47

N^{OS} DES DOSSIERS DE LA COUR : 2011-823(CPP)
2011-824(EI)

INTITULÉS : Peter J. Malleau c. Le ministre du Revenu national et DiLeonardo Construction Ltd.

LIEU DE L' AUDIENCE : Hamilton (Ontario)

DATE DE L' AUDIENCE : Le 26 novembre 2012

MOTIFS DU JUGEMENT : L'honorable juge suppléant
Rommel G. Masse

DATE DU JUGEMENT : Le 12 février 2013

COMPARUTIONS:

Pour l'appelant : L'appelant lui-même
Avocat de l'intimé : M^e Gregory B. King
Représentant de l'intervenante : M. Luciano (Lou) DiLeonardo

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelant :

Nom :

Cabinet :

Pour l'intimé : William F. Pentney
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada