

Les droits au travail des travailleurs étrangers temporaires « peu spécialisés » : (petit) voyage à l'interface du droit du travail et du droit de l'immigration

Dalia Gesualdi-Fecteau*

INTRODUCTION	221
I- L'ENCADREMENT DES FLUX MIGRATOIRES	226
A. Politiques, programmes et mobilité de la main- d'œuvre en Amérique du Nord : (très bref) retour historique	226
B. Les programmes de travail temporaire au Canada : état des lieux	231
1. <i>Le Programme des aides familiaux résidents</i> (PAFR).	236
2. <i>Le Programme des travailleurs agricoles</i> saisonniers (PTAS)	239

* Professeure, Département des sciences juridiques, UQAM. Ce texte est tiré de notre thèse de doctorat, actuellement en rédaction, qui s'intitule *Les travailleurs étrangers temporaires « peu spécialisés » : une étude de l'effectivité du droit du travail*, Faculté de droit, Université de Montréal. Le recours au masculin est utilisé pour alléger le texte. Lorsque la réalité démographique de la main-d'œuvre l'impose, l'auteure aura recours au féminin.

3.	<i>Le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET)</i>	242
II-	Interventions de la Commission des normes du travail auprès des travailleurs étrangers temporaires entre 2009 et 2012 : quelques constats	251
A.	Retour sur une intervention novatrice et singulière	254
B.	Constats et tendances constatées	256
III-	La mise en œuvre des droits au travail des travailleurs étrangers temporaires : une analyse à l'intersection du droit du travail et du droit de l'immigration	258
A.	Mise en œuvre des droits et recours prévus à la <i>Loi sur les normes du travail</i>	259
B.	Effectivité des normes et des recours visant la protection de l'emploi	267
	CONCLUSION	279

INTRODUCTION

Depuis l'adoption du GATT¹, en 1947, et la mise en place d'institutions internationales commerciales, suite aux accords de Bretton Woods, il est loisible de constater que la plupart des pays sont favorables à l'abaissement des obstacles au commerce international et à la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel pour la mise en œuvre et le suivi de ces accords commerciaux, mais qu'ils maintiennent des restrictions sur les mouvements de main-d'œuvre². Qui plus est, dans la majorité des États, les politiques visant la mobilité de la main-d'œuvre dite faiblement spécialisée sont plus restrictives que celles concernant les travailleurs migrants qualifiés qui pourront généralement choisir entre plusieurs destinations, et ce, entre autres, compte tenu de l'asymétrie entre l'offre et la demande³.

Au niveau international, malgré l'adoption par l'ONU et l'OIT de certains instruments internationaux destinés à la protection des travailleurs migrants⁴, certains constatent que la gouvernance et la libéralisation de flux internationaux de main-d'œuvre ne reçoivent pas le même degré de soutien institutionnel international que celui

-
1. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T. Can. 27.
 2. Martin RUHS, « Potentiel des programmes de migration temporaire dans l'organisation des migrations internationales » (2006) 145(2) *Revue internationale du travail* 7, 23. Voir également Michael J. TREBILCOCK, « The Law and Economics of Immigration Policy », (2003) 5(2) *American Law and Economics Review* 271.
 3. Martin RUHS et Philip MARTIN, « Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Program », (2008) 42(1) *International Migration Review* 249, 254.
 4. Notamment, la *Convention n° 97 sur les travailleurs migrants*, adoptée le 1^{er} juillet 1949, 32^e session de la Conférence internationale du Travail, OIT, Genève (entrée en vigueur le 22 janvier 1952) et la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, Res. A.G. 45/158 (Annexe) 30 I.L.M. 1521 (1991). Voir également, OIT, *Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits*, Adoptée par la Réunion tripartite d'experts sur le cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre, Genève, 31 octobre 2005. Sur cet instrument, voir Leah F. VOSKO, « Out of the Shadows? The Non-Binding Multilateral Framework on Migration, (2006) and Prospects for Using International Labour Regulation to Forge Global Labour Market Membership », dans Guy DAVIDOV et Brian LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 365.

accordé, par exemple, à la libéralisation des capitaux internationaux⁵.

L'encadrement de ces flux migratoires demeure une prérogative des États qui déterminent selon quelles conditions certaines personnes peuvent accéder à leur territoire. Les travailleurs migrants dont le statut est régularisé relèvent de différents régimes d'admission dans le pays d'accueil. Ils peuvent s'installer de façon définitive dans le pays d'accueil ; cette forme d'immigration est généralement réservée aux travailleurs dits qualifiés ou intervient à des fins de regroupement familial ou de réinstallation des réfugiés⁶. Par ailleurs, les travailleurs migrants répondent à des besoins de main-d'œuvre qualifiée de temporaire par les États d'accueil. Ces migrants ne seront autorisés à s'installer dans le pays que pour occuper un emploi déterminé, et ce, pour une durée limitée après quoi ils devront généralement quitter le territoire. Ces distinctions ne sont pas uniquement de nature sémantique : elles caractériseront la nature et la portée des droits des migrants dans le pays d'accueil et la façon dont le comportement de ceux-ci sera modélisé par les politiques d'immigration⁷.

Au Canada, un travailleur peut accéder au marché du travail en fonction d'une multiplicité de statuts qui relèvent des catégories créées par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸. Ainsi, un travailleur migrant pourra accéder au territoire par le biais de l'immigration permanente : il s'agira des travailleurs qui bénéficient de tous les avantages de la citoyenneté ou de la résidence permanente quant à la mobilité professionnelle⁹. Par ailleurs, certains travailleurs migrants accéderont au marché du travail canadien par le biais de l'immigration temporaire. Ceux-ci, qualifiés de travailleurs étrangers temporaires, partagent comme caractéristique commune le fait de ne pas disposer des mêmes privilèges que les résidents permanents ou les citoyens en matière de mobilité professionnelle et de durée du séjour.

5. Martin RUHS, « Potentiel des programmes de migration temporaire dans l'organisation des migrations internationales », (2006) 145(2) *Revue internationale du travail* 7, 23.

6. BIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, OIT, Genève, 92^e sess., 2004, p. 10.

7. Martin RUHS et Bridget ANDERSON (dir.), *Who Needs Migrant Workers? Labour Shortages, Immigration, and Public Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 13.

8. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27 (ci-après L.I.P.R.).

9. Sur la sélection des résidents permanents, voir art. 12 et s. L.I.P.R. et *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 53 et s. [ci-après « RIPR »].

Il importe de souligner qu'il existe tout un débat dans la littérature quant à l'usage de cette expression ; plusieurs auteurs estiment que le recours à l'expression « travailleurs étrangers temporaires » obscurcirait leur importance structurelle sur le marché du travail et préfèrent la locution « travailleurs migrants »¹⁰. Nous préconiserons le recours à l'expression « travailleurs étrangers temporaires » pour deux raisons. D'une part, les programmes qui seront ci-envisagés réfèrent à cette formulation et d'autre part, nous estimons que la locution « travailleurs migrants » vise plusieurs catégories de travailleurs qui ne seront pas visées dans cette recherche. Ces distinctions ne sont pas uniquement de nature sémantique : elles caractériseront la nature et la portée des droits des migrants dans le pays d'accueil et la façon dont le comportement de ceux-ci sera modélisé par les politiques d'immigration¹¹. À titre illustratif, la *Convention n° 97 sur les travailleurs migrants*¹² de l'OIT désigne le travailleur migrant comme « une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant »¹³. En plus de certaines catégories spécifiques de travailleurs, sont exclus de cette définition statutaire les travailleurs dont la situation sur le territoire du pays d'accueil n'est pas régularisée. La *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*¹⁴ adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1990 souligne que l'expression « travailleur migrant » désigne les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes¹⁵. Ainsi, cet instrument normatif vise également les travailleurs sans statut légal pour travailler, et ce, sans égard aux motifs subjectifs qui sont à l'origine de cette situation d'irrégularité. La définition prévue à la Convention de l'ONU envisage les travailleurs migrants en tant que groupe hétérogène composé de personnes ayant pour caractéristique commune le fait de s'exiler afin de travailler, et ce, sans égard au statut légal dont elles disposent dans le pays d'accueil. Ainsi, il existe des disparités en

10. Sur cette question, voir notamment Fay FARADAY, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers Insecurity*, Metcalf Foundation, 2012, p. 16.

11. *Ibid.*

12. *Convention n° 97 sur les travailleurs migrants*, adoptée le 1^{er} juillet 1949, 32^e sess. de la Conférence internationale du Travail, OIT, Genève (entrée en vigueur le 22 janvier 1952).

13. *Ibid.*, art. 11.

14. *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, Res. A.G. 45/158 (Annexe) 30 I.L.M. 1521 (1991).

15. *Ibid.*, art. 2.

matière de conditions de travail et de traitement entre les différents groupes de migrants¹⁶ : certaines de ces disparités tiendraient à des différences qui découlent « du statut des migrants, de leurs qualifications, de la nature de l'emploi, du secteur, mais d'autres [résulteraient] de pratiques délibérées de traitement différencié »¹⁷.

Les politiques d'immigration sont déterminées par les autorités fédérales, et ce, bien que le droit de l'immigration fasse l'objet d'une compétence législative partagée entre les gouvernements provinciaux et fédéral¹⁸. Les conditions de travail des travailleurs étrangers temporaires, quant à elles, sont encadrées par les lois provinciales. En vertu du partage de la compétence législative qui prévaut au Canada, le droit du travail est de compétence provinciale. Bien que le pouvoir de légiférer en matière de travail ne soit pas expressément prévu dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui énumèrent les compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales, les tribunaux eurent le privilège d'en préciser l'attribution¹⁹.

-
16. Jacqueline OXMAN-MARTINEZ, Jill HANLEY et Leslie CHEUNG, *Another Look at the Live-In Caregivers Program*, Centre de recherche interuniversitaire de Montréal sur l'immigration, l'intégration et la dynamique urbaine, Montréal, 2004. Kerry L. PREIBISCH, « Migrant Agriculture Workers and Processes of Social Inclusion in Rural Canada : Encuentros and Desencuentros », (2004) 57(29) *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* 2004 ; Ricardo TRUMPER et Lloyd L. WONG, « Canada's Guest Workers: Racialized, Gendered and Flexible », dans Sean P. HIER et Bolaria SINGH, *Race and Racism in 21st Century Canada : Continuity, Complexity and Change*, Peterborough, Broadview Press, 2004.
17. BIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, OIT, Genève, 92^e sess., 2004, p. 48.
18. En matière d'immigration, l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à chaque gouvernement provincial et au gouvernement fédéral des compétences concurrentes en matière d'établissement de lois relatives à l'immigration. Il y est toutefois prévu que toute loi provinciale liée à l'immigration n'aura d'effet dans une province « qu'aussi longtemps et que dans la mesure où elle ne sera pas incompatible avec une loi du Parlement du Canada ». Ainsi, une disposition d'une loi provinciale qui aurait pour effet de contredire expressément une loi fédérale serait sans effet, *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., R.-U., c. 3.
19. Ce fut le Conseil privé, qui, en 1925 dans l'affaire *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, dégagea le principe à l'effet que les relations de travail relèvent de la compétence exclusive des provinces en raison du lien qui les rattache à la propriété et aux droits civils, ce domaine relevant de la juridiction exclusive des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396. Le Parlement dispose toutefois d'une compétence d'exception en matière de relations d'emploi dans les entreprises relevant de sa compétence. À cet égard, l'article 2 du *Code canadien du travail* définit l'expression « entreprise fédérale » comme étant les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d'activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement, notamment :

Il importe de souligner que du point de vue formel, les lois du travail s'appliquent intégralement à ces travailleurs. Or, différentes tensions émergent de l'articulation entre les règles afférentes à l'admission des travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés et les normes qui encadrent leur prestation de travail. En effet, ces différents cadres normatifs ne visent pas les mêmes finalités et ne sont pas développés et mis en œuvre par les mêmes acteurs. En outre, le statut temporaire et les barrières linguistiques vécues par certains de ces travailleurs peuvent rendre plus ardue la mise en relation de ceux-ci avec les différents intervenants chargés de mettre en œuvre les lois du travail.

Compte tenu de la pluralité et de la complexité des enjeux découlant de l'interface entre la mise en œuvre des droits au travail des travailleurs étrangers temporaires et les conditions posées par les différents programmes de travail temporaire, les ambitions de la présente communication ne peuvent être que modestes. Un bref rappel historique sur le plan national et international de l'évolution des politiques publiques visant à encadrer les flux de travailleurs migrants précédera la présentation des différents programmes de travail temporaire posant les conditions en vertu desquelles les travailleurs étrangers temporaires pourront occuper un emploi au Canada (I). Afin de contribuer à une réflexion quant aux enjeux liés à la mise en œuvre des instruments normatifs composant le droit du

-
- a) celles qui se rapportent à la navigation et aux transports par eau, entre autres à ce qui touche l'exploitation de navires et le transport par navire partout au Canada ;
 - b) les installations ou ouvrages, entre autres, chemins de fer, canaux ou liaisons télégraphiques, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province, et les entreprises correspondantes ;
 - c) les lignes de transport par bateaux à vapeur ou autres navires, reliant une province à une ou plusieurs autres, ou débordant les limites d'une province ;
 - d) les passages par eaux entre deux provinces ou entre une province et un pays étranger ;
 - e) les aéroports, aéronefs ou lignes de transport aérien ;
 - f) les stations de radiodiffusion ;
 - g) les banques et les banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques* ;
- [...]

Cet article n'est pas exhaustif, le Parlement disposant également d'une compétence exclusive à l'égard des entreprises œuvrant dans ses champs de compétence constitutionnelle. À titre d'exemple, voir notamment *Lelièvre c. 9048-0609 Québec inc. (Pêcheries Marius Lelièvre)*, D.T.E. 2000T-392 (C.T.) (Requête en révision judiciaire rejetée, (C.S., 2000-12-19), 105-05-000401-006) : si le Parlement du Canada possède une compétence exclusive en matière de législation pour la protection et la préservation des pêcheries à titre de ressource publique, cette compétence ne s'étend toutefois pas à la gestion des entreprises de pêche commerciale.

travail, nous survolerons les résultats d'une intervention toute singulière conduite par la Commission des normes du travail auprès des aides familiales résidentes et des travailleurs agricoles saisonniers (II). Finalement, nous présenterons, à titre illustratif, quelques exemples de problématiques concrètes de mise en œuvre des droits au travail pour cette catégorie de travailleurs et travailleuses (III).

I- L'encadrement des flux migratoires

Le phénomène de migration lié au travail n'est pas récent. Pour certains, les ententes interétatiques visant à encadrer les flux de travailleurs migrants représentent la forme la plus ancienne de réglementation internationale des questions de travail²⁰. En Europe, la multiplication de programmes visant l'admission d'étrangers s'accéléra de façon significative au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale afin de pallier les besoins immédiats de main-d'œuvre des pays en reconstruction²¹. Aux États-Unis, un premier programme fut mis en place en 1917 dans la foulée de la Première Guerre mondiale. Au Canada, c'est à partir des années 1960 qu'émergèrent les ancêtres des programmes de travail temporaire tels que nous les connaissons aujourd'hui. Nous nous permettrons un bref retour historique permettant de situer l'apparition de ces programmes en contexte nord-américain (a) avant de plonger dans l'analyse de la nature et la portée des programmes canadiens, dans leur forme actuelle (b).

A. Politiques, programmes et mobilité de la main-d'œuvre en Amérique du Nord : (très bref) retour historique

Aux États-Unis, c'est en 1917 que fut mis en place pour la première fois un programme de travail temporaire pour les employeurs du secteur agricole. Ce programme autorisa l'admission de travail-

20. Nicolas VALTICOS, *Droit international du travail*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1983, p. 164. En Europe, plusieurs dispositions accessoires sur l'immigration et l'emploi furent intégrés à différents traités de paix et de commerce dès le milieu du XIX^e siècle.

21. Pour une analyse des différents programmes mis en place en Europe, voir notamment Stephen CASTLES, « Guest-Worker in Western Europe: An Obituary », (1986) 20(4) *International Migration Review* 761 ; Stephen CASTLES, « Guest-Worker in Western Europe: A Resurrection? », (2006) 40(4) *International Migration Review* 741 ; Nicole JACOBY, « America's De Facto Guest Workers: Lessons from Germany's Gastarbeiter for U.S. Immigration Reform », (2003) 27(4) *Fordham International Law Journal* 1567 ; Renus PENNINX, « International Migration in Western Europe Since 1973: Developments, Mechanisms and Controls », (1986) 20(4) *International Migration Review* 951.

leurs agricoles, principalement du Mexique, embauchés par des employeurs ayant démontré l'insuffisance de la main-d'œuvre locale et qui devait offrir le même salaire que celui généralement proposé dans ce secteur en plus d'annoncer la durée du contrat de travail ainsi que les conditions de logement proposées ; les familles des travailleurs pouvaient également les accompagner²².

Dans la foulée du krach boursier de 1929 et de la dépression économique qui s'ensuivit, le Mexique dut rapatrier un grand nombre de ses ressortissants ayant perdu leur emploi et se retrouvant dans l'impossibilité de rentrer au pays. Ainsi, dans le contexte économique qui prévalait alors, le programme, tel qu'il fut mis place en 1917, tomba en désuétude et ce n'est qu'au début des années 1940 que les employeurs agricoles américains réclamèrent la mise en place d'un nouveau programme *Bracero*²³.

Or, face au coût astronomique de l'opération de rapatriement auquel il dut procéder dans les années 1930, le gouvernement mexicain exigea des garanties supplémentaires de son vis-à-vis américain et l'entente entre ces deux gouvernements intervenue en 1942 reflète les exigences que posa le Mexique²⁴. En vertu de cette entente, il fut entre autres déterminé que l'employeur désigné serait une agence du ministère de l'Agriculture des États-Unis et que le sous-employeur était le producteur agricole. Il fut également entendu que les frais de transport à l'aller comme au retour devaient être assumés par le gouvernement américain. De plus, les employeurs devaient offrir le même salaire que celui généralement proposé dans ce secteur sans qu'il ne soit établi en deçà d'un certain seuil. Le Mexique s'opposa toutefois aux mesures permettant la réunification familiale, craignant un exode permanent de ses ressortissants. La durée des contrats, l'identification de l'employeur, les règles afférentes à la mobilité de la main-d'œuvre et les conditions salariales octroyées aux travailleurs et prévues dans le programme furent l'objet d'amendements successifs²⁵.

22. United States, Committee on the Judiciary, *Temporary Worker Programs: Background and Issues*, Congressional Research Service, 1980, p. 10 [US, Committee on the Judiciary].

23. Aux États-Unis, on traduit l'expression « Bracero » par « strong arms » en référence aux ouvriers agricoles embauchés par le biais de ce programme.

24. Quelques années plus tard, un programme similaire intervint avec le gouvernement des Antilles du Commonwealth.

25. US, Committee on the Judiciary, *supra*, note 22, p. 25 et s.

Ce programme prit fin en 1964 après le dépôt d'un rapport qui dénonçait ses effets pervers sur le marché du travail local. En effet, alors que le programme permettant l'admission des *Braceros* établissait des conditions minimales en vertu desquelles étaient embauchés les travailleurs agricoles du Mexique, les lois du travail excluaient, de façon générale, les travailleurs agricoles de leur application. Or, l'établissement de conditions de travail dont bénéficiaient les travailleurs étrangers résultait du programme et non des lois du travail, ce qui créait un corpus normatif à deux vitesses et avait pour effet de désavantager la main-d'œuvre « locale »²⁶. Cette réalité s'ajoutait au constat formulé par les auteurs du rapport à l'effet que les employeurs ne déployaient pas de réels efforts de recrutement au niveau local²⁷. De plus, ce programme n'avait pas eu pour effet de limiter les flux de migrants s'établissant aux États-Unis sans disposer d'un statut régularisé, ce qui, du point de vue des analystes des politiques publiques, constituait un échec. Ces préoccupations, de nature essentiellement protectionniste, s'ajoutaient aux problématiques de discrimination subies par les *Braceros* et maintes fois dénoncées par une pluralité d'observateurs²⁸. Entre 1942 et 1964, c'est près de 4,6 millions de Mexicains qui auront été admis aux États-Unis à titre de travailleurs agricoles²⁹.

Au Canada, contrairement aux États-Unis où l'on favorisa l'introduction de programmes destinés à embaucher des travailleurs étrangers temporaires dès 1917, l'apparition de programmes visant l'admission temporaire de ressortissants étrangers dans certains secteurs ne débuta que dans les années 1960. C'est en 1967 que fut introduit le système de pointage, qui rendit les critères d'évaluation de la candidature d'un immigrant plus explicites, qui fit place à une plus grande transparence et permit un meilleur encadrement de la discrétion administrative³⁰. Ce système donnera toutefois une préséance

26. US, Committee on the Judiciary, *supra*, note 22, p. 47 et s.

27. U.S. Department of Labor, Mexican Farm Labor Program, Consultants Report, 1959 tel que cité dans US, Committee on the Judiciary, *supra*, note 22, p. 47.

28. Sur les autres facteurs ayant mené à la fin du programme des *Braceros*, voir notamment Richard B. CRAIG, *The Bracero Program: Interest Groups and Foreign Policy*, Austin, University of Texas Press, 1971 ; Philip MARTIN, « Does the Us Need a New Bracero Program? », (2002) 9 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* 127. Voir également Philip MARTIN, « Mexican Workers and U.S. Agriculture: The Revolving Door », (2002) 36(2) *International Migration Review* 1124 ; Piote PLEWA, « The Rise and Fall of Temporary Foreign Worker Policies: Lessons for Poland », (2007) 45(2) *International Migration Review* 3.

29. US, Committee on the Judiciary, *supra*, note 23, p. 15.

30. Michael TREBILCOCK et Ninette KILEY, *The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 2^e éd., p. 357 [Trebilcock et Kiley].

presque absolue aux immigrants qualifiés et scolarisés et favorisera l'introduction des programmes visant le recrutement de travailleurs étrangers temporaires³¹. Une première entente fut ratifiée en 1966 entre la Jamaïque et le Canada³² ; ce programme autorisa les employeurs à combler leurs besoins en main-d'œuvre en recrutant, pour une période limitée et prédéterminée, des travailleurs agricoles saisonniers. Ce programme fut étendu à la Barbade et à Trinidad et Tobago en 1967, puis au Mexique en 1974³³.

Le *Programme des travailleurs agricoles saisonniers*, introduit en 1966, s'adressait aux employeurs de ce seul secteur d'activités. L'introduction, en 1973, du *Non-Immigrant Employment Authorization Program*, permit aux employeurs d'une pluralité de secteurs d'activités de recourir aux services de travailleurs étrangers temporaires ; ce programme permettait l'admission de travailleurs qui venaient occuper différents emplois exigeant plus ou moins de qualifications. Il appert qu'une majorité de personnes accédant au territoire canadien par le biais de ce programme était employée dans le secteur des services ou de l'industrie manufacturière. Les employeurs désirant recourir à ce programme devaient démontrer que la main-d'œuvre locale n'était pas disponible pour combler le poste ; ceux-ci pouvaient alors procéder au recrutement de travailleurs étrangers qui se voyaient délivrer un permis de travail leur permettant d'occuper un emploi au Canada, et ce, pour une durée maximale d'une année.

La durée du contrat de travail, le nom de l'employeur ainsi que la fonction occupée par le travailleur étaient préétablis par l'employeur et figuraient sur le permis de travail des travailleurs qui furent admis au Canada par le biais de ces programmes. Ceux-ci devaient s'y conformer à défaut de quoi les agents d'immigration pouvaient exiger qu'ils quittent le pays. Le permis de travail était délivré pour une durée d'un an après quoi ils ne disposaient plus de l'autorisation de poursuivre leur emploi et devaient quitter. En effet, la durée de séjour au Canada était généralement associée à la durée du

31. Pour une lecture critique des changements apportés au système d'immigration dans les années 1960, voir Nandita SHARMA, *Home Economics: Nationalism and the Making of Migrant Workers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

32. Il s'agit, essentiellement, du Programme des travailleurs agricoles saisonniers tel que nous le connaissons aujourd'hui.

33. Une pluralité d'États caribéens s'ajoutèrent en 1976, voir Fay FARADAY, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers Insecurity*, Metcalf Foundation, 2012, p. 37.

contrat de travail³⁴ : déjà en vertu de ces programmes, les conditions de l'emploi exécuté par le travailleur étranger temporaire étaient posées par des règles découlant du droit de l'immigration.

Le premier programme de travail temporaire visant l'admission de travailleuses domestiques fut le programme « d'employés de maison », mis en place en 1981³⁵. Or, l'émergence de programme-cadre visant, de façon spécifique, le recrutement de travailleuses domestiques remonte aux années 1950. Un programme d'immigration s'adressant spécifiquement aux travailleuses domestiques provenant des Antilles avait alors été mis en place ; cette décision fut motivée par l'incapacité de répondre à la demande de domestiques provenant de pays européens³⁶. Ce programme permit à près de 2 690 femmes provenant de plusieurs pays des Antilles de s'établir de façon permanente au Canada³⁷. Ce programme se termina en 1967 alors que le gouvernement introduisit un système de pointage, les travailleuses domestiques ayant alors beaucoup de peine à se qualifier comme immigrantes indépendantes³⁸.

Le programme mis en place en 1981 permettait aux travailleuses domestiques de formuler une demande de résidence permanente si elles répondaient aux conditions préfixées par ce programme. En effet, pour espérer immigrer au Canada en vertu de ce programme, elles devaient avoir travaillé au Canada pendant deux ans et démontré qu'elles seraient en mesure de s'établir « avec succès » au Canada. Or, ce programme fut remplacé par le *Programme des aides familiaux résidents* en 1992. Le gouvernement fédéral apporta alors des modifications qui avaient pour but de resserrer les conditions permettant aux travailleuses d'immigrer ; celles-ci étaient liées à la scolarité complétée, à l'expérience, à la capacité de lire, de parler et d'écrire l'anglais et le français³⁹.

34. Nandita RANI SHARMA, *Home Economics: Nationalism and the Making of « Migrant Workers » in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 104.

35. Pour une analyse sociohistorique de la migration des travailleuses domestiques, voir Andrew MACKLIN, « Foreign Domestic Worker: Surrogate Housewife or Mail Order Servant? », (1992) 37 *Revue de droit McGill* 681.

36. Marilyn BARBER, « Les domestiques immigrantes au Canada », (1991) 16 *Les Groupes Ethniques au Canada* 26.

37. *Ibid.*

38. Certaines travailleuses domestiques avaient toutefois accédé à des emplois au Canada par le biais du NIEAP à partir de 1973.

39. Ce programme fut l'objet d'importantes transformations en 1992 suite à la décision dans l'affaire *Pinto v. Minister of Employment and Immigration*, 12 Imm. L.R. 194, 2nd (F.C.T.D.), sur cette question, voir TREBILCOCK et KILEY, *supra*, note 30, p. 392.

Bien que ces programmes aient fait l'objet d'importantes transformations successives au cours des années, les principes qui gouvernent leur mise en œuvre n'ont guère changé. En effet, les premières générations de programme de travail temporaire et ceux permettant aujourd'hui l'admission de travailleurs étrangers temporaires disposent de plusieurs dénominateurs communs : ceux-ci viennent au Canada pour une période prédéterminée et doivent offrir leurs services à un employeur prédésigné. En outre, ces travailleurs disposent d'une mobilité professionnelle fort limitée et contingente de la volonté des employeurs de recourir à leurs services. De plus, à l'exception des aides familiales résidentes qui, depuis 1981, peuvent, en vertu du *Programme des aides familiaux résidents*, formuler une demande de résidence permanente après avoir rempli certaines conditions, ces programmes ne sont pas destinés à permettre à ces travailleurs d'immigrer de façon permanente au Canada.

B. Les programmes de travail temporaire au Canada : état des lieux

Au Canada, la mise sur pied des programmes visant l'admission de travailleurs étrangers temporaires s'inscrit dans une stratégie plus globale d'encadrement des flux migratoires et dont les grandes orientations sont consignées dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. En matière d'admission des travailleurs étrangers temporaires au Québec, c'est l'*Accord Canada-Québec relatif à l'admission temporaire des aubains* qui, depuis 1991, définit le partage des responsabilités entre le Québec et le gouvernement fédéral⁴⁰. Selon les règles en vigueur, il appartient au gouvernement fédéral de déterminer les situations où un ressortissant étranger peut travailler au Canada⁴¹. En matière d'admission de travailleurs temporaires, le rôle du Québec consiste à analyser, conjointement avec le gouvernement fédéral, les effets sur le marché du travail de l'embauche d'un travailleur temporaire⁴². En outre, il incombera aux autorités provinciales d'évaluer la capacité du travailleur temporaire à exercer l'emploi et, le cas échéant, de lui délivrer un certificat d'acceptation du Québec⁴³.

40. *Accord Canada-Québec relatif à l'admission temporaire des aubains*, mis en vigueur par D.61-91, 23 février 1991, *G.O.Q.* 1991.II.1250 (signé le 5 février 1991 et entré en vigueur le 1^{er} avril 1991).

41. Art. 30 L.I.P.R. et art. 194 et s. RIPR.

42. *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, RLRQ, c. I-0.2, r. 4, art. 50.3 [ci-après « RSRE »].

43. Art. 5.01, 50 RSRE et RIPR, art. 200.

Au fédéral, divers acteurs étatiques interviennent pour assurer la mise en œuvre administrative de ce régime réglementaire. Ainsi, le ministre de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) est chargé de la mise en œuvre de la L.I.P.R.⁴⁴ et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est responsable du contrôle aux divers points d'entrée⁴⁵. C'est le ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences Canada (RHDC), par le biais de sa division opérationnelle, Service Canada, qui est l'autorité responsable de la détermination des effets sur le marché du travail de l'embauche d'un travailleur temporaire. Au Québec, cette fonction est assurée par le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles (MICC).

Au Canada, outre le ressortissant étranger ayant obtenu le statut d'immigrant ou de résident permanent, une personne ne peut entrer pour y travailler que si elle a préalablement obtenu un permis de travail⁴⁶. Or, compte tenu de la nature de leurs fonctions, certains travailleurs se voient dispensés de l'obligation de détenir un permis de travail⁴⁷. Par ailleurs, grâce à certains accords bilatéraux ou internationaux et à des ententes de réciprocité, certains ressortissants étrangers correspondent à une catégorie fédérale dispensée de confirmation de l'offre d'emploi ; la confirmation de l'offre d'emploi s'obtient par la démonstration que l'exécution de l'emploi par le travailleur étranger est susceptible d'avoir des effets positifs ou neutres sur le marché du travail⁴⁸. Finalement, certains travailleurs étrangers temporaires accéderont au territoire canadien par le biais de programmes de travail temporaire généraux ou spécifiques à certaines professions. Ceux-ci verront la délivrance du permis de travail soumise à la confirmation de l'offre d'emploi⁴⁹ ; le permis de travail sera émis pour une durée prédéterminée et à l'égard d'un employeur prédésigné⁵⁰. Les participants à ce type de programme ne sont pas

44. Art. 4 L.I.P.R. Essentiellement, c'est CIC qui est responsable de développer les lignes directrices en matière de travailleurs étrangers temporaires et de déterminer les conditions d'accès de ceux-ci au territoire.

45. *Ibid.* Ces fonctions sont, dans les faits, assurées par l'Agence des services frontaliers.

46. Art. 8 L.I.P.R.

47. À titre d'exemples, les artistes, les athlètes, le personnel militaire et les étudiants employés sur le campus sont compris dans cette catégorie. Art. 186 et 187 RIPR.

48. À titre d'exemples, il s'agit des professionnels et des investisseurs accédant au territoire canadien sous l'égide de l'ALÉNA. Il s'agit également, par exemple, de personnes travaillant au Canada par le biais de programmes vacances-travail. Art. 204 à 205 RIPR.

49. Art. 203 RIPR.

50. Les travailleurs migrants peuvent également accéder à des emplois dans un contexte où leur statut à titre de « travailleur » n'est pas régularisé. Les situations d'irrégularité peuvent découler de différents contextes factuels, mais il est

tenus de remplir les critères de sélection des immigrants de la composante économique en ce qui a trait à la connaissance d'une langue officielle, au niveau de scolarité ou au métier exercé⁵¹.

Alors que le nombre d'immigrants admis est relativement stable depuis 20 ans, le nombre de travailleurs admis sur le territoire canadien détenant un permis de travail temporaire augmente de façon constante, et ce, depuis 2003. En 2011, près de 39 650 travailleurs étrangers temporaires ont été admis au Québec par l'intermédiaire de différents programmes-cadres fédéraux qui visent à réglementer l'arrivée des travailleurs étrangers⁵². Il s'agit d'une augmentation de plus de 60 % depuis 2006. Alors qu'au départ ces programmes visaient de rares cas de véritable pénurie, le Comité permanent sur l'immigration et la citoyenneté de la Chambre des communes notait récemment que ceux-ci sont devenus le moyen le plus rapide et le plus efficace de faire entrer des travailleurs au Canada pour combler des pénuries persistantes de main-d'œuvre⁵³. Il devient alors opportun de s'interroger sur le caractère « temporaire » de l'emploi comblé par le migrant.

Au Canada, on distingue deux grandes sous-catégories de travailleurs étrangers temporaires : les travailleurs qualifiés et ceux occupant des postes peu spécialisés. Les travailleurs spécialisés correspondent aux compétences O, A ou B (postes de gestion, emplois professionnels ou emplois techniques et spécialisés) de la Classification nationale des professions⁵⁴. Les travailleurs dits peu spécialisés,

nécessaire de souligner que le travailleur migrant peut avoir été admis régulièrement sur le territoire de l'État d'accueil, mais que cette admission ne lui confère pas le droit d'occuper un emploi. Par ailleurs, il importe de noter que dans certaines circonstances, les réfugiés peuvent également être autorisés à travailler. Ainsi, un permis de travail peut être délivré à l'étranger au Canada si celui-ci ne peut subvenir à ses besoins autrement qu'en travaillant et si sa demande d'asile a été déferée à la Section de la protection des réfugiés mais n'a pas encore été réglée ou s'il fait l'objet d'une mesure de renvoi qui n'a pu être exécutée, RIPR, art. 202.

51. *Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et l'immigration*, Chambre des communes, 40^e légis., 2^e sess., mai 2009, p. 5.
52. Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 2011 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents et temporaires*, Effectif au 1^{er} décembre 2011 des travailleurs étrangers selon la province ou le territoire et la région urbaine, <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2011/index.asp>> [Consulté le 15.12.2013].
53. *Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et l'immigration*, Chambre des communes, 40^e légis., 2^e sess., mai 2009, p. 6.
54. « La Classification Nationale des professions (CNP) est la référence reconnue des professions au Canada. Elle répartie plus de 40 000 appellations d'emplois en 500 profils de groupes professionnels. La CNP est utilisée quotidiennement par de milliers d'individus pour compiler, analyser et communiquer de l'information sur

quant à eux, combler des emplois qui, habituellement, réclament tout au plus qu'un diplôme d'études secondaires ou un maximum de deux ans de formation durant le cours de l'emploi⁵⁵.

Il importe de noter qu'il sera généralement plus ardu, voire impossible, pour un travailleur peu qualifié d'être sélectionné à titre de résident permanent⁵⁶. En outre, seuls les travailleurs qualifiés pourront bénéficier des règles afférentes à la réunification familiale et jouir de la *Catégorie de l'expérience canadienne*, ce qui facilite la transition entre le statut temporaire à celui de résident permanent⁵⁷.

Les travailleurs étrangers qui viennent au Canada pour y travailler temporairement le font dans le cadre d'un programme général ou sectoriel ; chacun de ces programmes dispose de particularités propres et impose des obligations différentes aux parties à la relation de travail⁵⁸. Il importe de souligner que tous les programmes favorisant la venue des travailleurs étrangers disposent d'un dénominateur

les professions et pour prendre connaissance des emplois à l'échelle du marché du travail canadien. La CNP constitue un cadre normalisé pour organiser le monde du travail de manière cohérente. Elle est utilisée pour recueillir et organiser les statistiques sur les professions et pour fournir de l'information sur le marché du travail. La structure et le contenu de la CNP sont également implantés dans plusieurs services et produits de premier plan dans les secteurs privés et public », tiré du site de Ressources humaines et Développement des compétences Canada, voir <<http://www5.hrsdc.gc.ca/noc/Francais/CNP/2011/AProposCNP.aspx>> [Consulté le 15.12.2012].

55. Ces emplois sont classées dans les niveaux de compétence C ou D de la CNP.
56. Marilyn EMERY, Anne-Claire GAYET et France HOULE, « L'accès au statut de résident permanent pour les travailleurs temporaires œuvrant sur le territoire québécois », (2011) 62 *University of New Brunswick Law Journal* 87.
57. La catégorie de l'expérience canadienne a été annoncée dans le budget de 2007 et établie en août 2008. Elle permet à certains travailleurs étrangers temporaires qualifiés et à des étudiants étrangers qui ont un diplôme canadien et une expérience de travail acquise au Canada de demander le statut de résident permanent à partir du Canada. En 2008, on a confirmé que cette voie d'accès à la résidence permanente était offerte aux travailleurs étrangers temporaires ayant l'expérience d'un travail *qualifié* au Canada. L'expérience de travail qualifié s'applique aux travailleurs spécialisés. Les travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés n'ont pas le droit de demander le statut de résident permanent dans le cadre de la catégorie de l'expérience canadienne. Voir Judy FUDGE et Fiona MACPHAIL, « The Temporary Foreign Worker Program in Canada : Low-Skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labor », (2009) 31 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 5, 23 [FUDGE et MACPHAIL]. Les auteurs notent toutefois que les travailleurs étrangers peu spécialisés pourraient, à certaines conditions, se prévaloir du *Provincial Nominee Program*. Or, ce programme n'est pas mis en œuvre au Québec.
58. Sandra ELGERSMA, « Les travailleurs étrangers temporaires », Division des affaires politiques, Service d'information et de recherche parlementaires, septembre, 2007, p. 7.

commun : les travailleurs qui obtiennent un permis de travail temporaire en vertu de l'un de ces mécanismes sont contraints de travailler pour l'unique employeur qui apparaît sur le permis de travail, et ce, pour une durée prédéterminée. En outre, le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁵⁹ prévoit que la période de séjour autorisée, le genre de travail et l'employeur peuvent être modifiés par les autorités fédérales. Dans tous les cas, la mobilité professionnelle de ces travailleurs s'en trouve d'autant réduite que tout changement d'employeur devra généralement être formalisé par l'émission d'un nouveau permis de travail et l'employeur embauchant ce travailleur devra s'être acquitté des formalités afférentes à l'*Avis relatif au marché du travail* au préalable⁶⁰. En effet, les employeurs qui souhaitent embaucher des travailleurs étrangers doivent tout d'abord présenter une demande d'*Avis relatif au marché du travail* auprès de Service Canada. L'*Avis* a pour objectif de déterminer l'incidence du travailleur étranger sur le marché du travail canadien, c'est-à-dire l'incidence probable d'une offre d'emploi sur les emplois canadiens. Un employeur doit obtenir un *Avis relatif au marché du travail* favorable pour embaucher un travailleur étranger temporaire. Au Québec, cette analyse est effectuée conjointement par Service Canada et le MICC⁶¹.

Nous envisagerons d'abord les programmes spécifiques à certaines professions, soit le *Programme des aides familiaux résidents* (PAFR) (a) ainsi que le *Programme des travailleurs agricoles saisonniers* (PTAS) (b). Ces programmes existent depuis plusieurs années et visent à répondre à des pénuries de main-d'œuvre récurrentes dans certains secteurs. Nous examinerons également le *Programme des travailleurs étrangers temporaires* (c). Ce programme, disponible aux employeurs d'une pluralité de secteurs d'activités, permet le recrutement de travailleurs spécialisés, mais également celui de travailleurs qui iront pourvoir des emplois exigeant un niveau réduit de formation⁶². Or, les conditions dans lesquelles ces travailleurs effectuent leur prestation de travail sont d'abord structurées par les règles en matière d'immigration adoptées par la législature fédérale,

59. Art. 185 RIPR.

60. Il importe toutefois de souligner qu'en vertu de certaines règles administratives appliquées par les autorités fédérales, les travailleurs agricoles pourront être à l'emploi de plus d'un producteur agricole, voir *infra*, p. 239 et s.

61. On parlera aussi de « confirmation de l'offre d'emploi » lorsque l'*Avis relatif au marché du travail* est obtenu.

62. Il s'agit d'emploi, qui, normalement, n'exigeant qu'un diplôme d'études secondaires ou un maximum de deux ans de formation professionnelle. Avant 2011, on référerait à ce programme comme étant le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation (niveaux C et D de la CNP).

et ce, bien que leurs conditions de travail soient déterminées par les instruments normatifs adoptés par chacune des provinces. Ce programme dispose d'un « Volet des professions peu spécialisées » (i) et d'un « Volet agricole » (ii) que nous envisagerons successivement.

Comme l'administration de ces programmes est assurée par les autorités provinciales et fédérales, les règles qui structurent la mise en œuvre de ceux-ci sont de nature législative, réglementaire, mais aussi administrative⁶³.

1. *Le Programme des aides familiaux résidents (PAFR)*

Dans sa forme actuelle, le PAFR s'adresse aux personnes physiques qui désirent embaucher une aide familiale⁶⁴ pour assurer des soins aux personnes âgées, handicapées ou malades et aux enfants⁶⁵. Or, ces personnes ne sont pas des *employeurs* au sens commun du terme car ils n'exploitent pas une entreprise. Il s'agit de personnes physiques sollicitant les services d'une aide familiale mais agissant comme employeurs au sens juridique.

Afin de recourir à ce programme, un employeur devra obtenir un avis sur le marché du travail des autorités fédérales et provinciales. Pour ce faire, il devrait déposer une offre d'emploi auprès des autorités fédérales et auprès du MICC⁶⁶. L'employeur devra alors démontrer qu'il a fait des efforts raisonnables pour embaucher localement⁶⁷. Les autorités chargées de vérifier ces informations doivent être en mesure de conclure que l'embauche de travailleurs étrangers temporaires entraînera vraisemblablement des effets positifs ou neutres sur le marché du travail au Québec⁶⁸. Pour ce faire, l'employeur devra démontrer qu'il a fait ou accepte de faire des efforts raisonnables pour employer ou former des résidents du Québec. En outre, il

63. Pour certains l'adoption, en 2002, de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, mit en place un cadre normatif squelettique qui laisse désormais au pouvoir exécutif le soin d'échafauder et de mettre en œuvre les politiques publiques en matière d'immigration et ce, loin du regard scrutateur du Parlement. Voir notamment TREBILCOCK et KILEY, *supra*, note 30, p. 425 et s.

64. Bien que le programme aie recours au masculin, nous désignerons les « aides familiales » au féminin, et ce, comme une majorité d'aides familiaux sont des femmes. Nous utiliserons également l'expression « travailleuse domestique » en référence aux instruments internationaux.

65. Art. 110 et s. RIPR. Ce programme ne permet pas l'embauche par des entreprises ou institutions du système public de santé d'aides familiales.

66. Art. 204(4) RIPR et art. 50.1 RSRE.

67. Art. 203(3)e) RIPR.

68. Art. 50.1f) et art. 50.3 RSRE.

devra démontrer que les conditions de travail et le salaire offert sont conformes aux exigences de la *Loi sur les normes du travail*⁶⁹. Finalement, l'employeur doit démontrer que le salaire offert au travailleur étranger temporaire correspond au taux de salaire courant pour cette profession et que les conditions de travail qui lui sont offertes satisfont « aux normes canadiennes généralement acceptées »⁷⁰. Il importe de souligner que depuis le 1^{er} avril 2011, le contrat-type proposé par Service Canada prévoit que l'employeur devra assumer les frais de transport de l'aide familiale⁷¹. Au Québec, le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* prévoit explicitement le contenu de ce contrat et le MICC propose un contrat-type aux employeurs⁷².

Une fois que l'employeur obtient la confirmation de son offre d'emploi, il devra procéder lui-même à l'embauche d'une aide familiale. Certains employeurs transigent par le biais d'une agence de placement ou de recrutement se spécialisant dans le recrutement de cette main-d'œuvre⁷³. Une fois l'aide familiale recrutée, l'employeur

69. Art. 50.3 b) RSRE. Il importe de souligner que la *Loi sur les normes du travail* prévoit que les gardiens sont exclus de la durée de la semaine normale pour le calcul des heures supplémentaires aux fins de la majoration du salaire horaire habituel. Les gardiens protégés par la *Loi sur les normes du travail* sont les salariés « dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le logement de cette personne, y compris, le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne, sauf si l'employeur poursuit au moyen de ce travail des fins lucratives », *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N.1-1, art. 54 (9) [ci-après « L.N.T. »]. Par ailleurs, un domestique, soit un « salarié employé par une personne physique et dont la fonction principale est d'effectuer des travaux ménagers dans le logement de cette personne, y compris le salarié dont la fonction principale est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée et d'effectuer dans le logement des travaux ménagers qui ne sont pas directement reliés aux besoins immédiats de la personne gardée » n'est pas exclu de la durée de la semaine normale de travail, art. 1(6) L.N.T.

70. Art. 203 (3) d) RIPR.

71. Voir <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/aides/exemple-contrat.asp>>, section 8 [Consulté le 15.12.2012].

72. Art. 50.1 f) et art. 50.3 RSRE. Le contrat-type est disponible à l'adresse suivante, consulté le 15.12.2012 : <<http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/publications/fr/form/contrat-travail-dynamique.pdf>>.

73. Sur les problématiques découlant du recours à des agences de recrutement, voir notamment, Judy FUDGE, « Global Care Chains, Employment Agencies and the Conundrum of Jurisdiction: Decent Work for Domestic Workers in Canada », (2011) 23 *Canadian Journal of Women and Law* 235 ; Abigail B. BAKAN et Daiva K. STASIULIS, « Making the Match: Domestic Placement Agencies and the Racialization of Women's Household Work », (1995) 20(2) *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 321 ; Geraldine PRATT, « Stereotypes and Ambivalence : the construction of domestic workers in Vancouver, British Columbia », (1997) 4(2) *Gender, Place and Culture* 162.

devra formuler une demande de permis de travail et de visa de séjour auprès des autorités fédérales ainsi qu'une demande de Certificat d'acceptation du Québec⁷⁴. CIC émettra un permis de séjour dont la durée ne devra pas excéder 48 mois. Le permis de travail, quant à lui, permettra à l'aide familiale de travailler pour le seul employeur qui y sera identifié.

Bien que cette fonction soit considérée comme étant peu spécialisée au sens de la CNP, l'aide familiale doit détenir un diplôme d'études secondaires sanctionnant au moins 11 années d'études primaires et secondaires à temps plein ; elle doit avoir exercé pendant une année, au cours des trois années précédant la présentation de sa demande de certificat d'acceptation, un emploi rémunéré à temps plein dans ce domaine d'emploi, dont au moins six mois sans interruption auprès d'un même employeur, ou elle doit avoir terminé avec succès, dans le même domaine, une formation professionnelle à temps plein d'au moins six mois dans une école professionnelle⁷⁵. Contrairement aux autres catégories de travailleurs étrangers temporaires à qui aucune exigence linguistique n'est imposée, l'aide familiale doit comprendre et parler le français ou l'anglais⁷⁶.

Contrairement à tous les autres programmes de travail temporaire visant le recrutement de travailleurs dits non spécialisés, le PAFR permet à l'aide familiale d'accéder à la résidence permanente à certaines conditions. Ainsi, si l'aide familiale a accompli une période de 24 mois de travail autorisé à temps plein ou a cumulé 3 900 heures de travail autorisé à temps plein (comprises dans une période minimale de 22 mois pouvant inclure un maximum de 390 heures supplémentaires), elle pourra se prévaloir de la possibilité de formuler une demande de résidence permanente⁷⁷. L'accession à ce statut permettra à l'aide familiale d'obtenir un permis de travail qui lui confèrera la possibilité de travailler pour l'employeur de son choix dans le secteur

74. Pour les conditions liées au Certificat d'acceptation du Québec, RSRE, art. 50.5 et celles liées au permis de travail, art. 200 RIPR. Une demande de permis de travail doit être acheminée par le travailleur à Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Avant de délivrer un permis de travail, CIC vérifie :

- s'il y a des raisons de croire que le travailleur ne peut effectuer le travail recherché ;
- la bonne foi du travailleur ;
- les aspects reliés à la santé, à la criminalité et à la sécurité.

75. Sur cette question, voir les critiques de Daiva K. STASIULIS et Abigail B. BAKAN, « Negotiating Citizenship: The Case of Foreign Domestic Workers in Canada », (1997) 57(1) *Feminist Review* 112.

76. Art. 50.4 RSRE.

77. En plus de cette condition essentielle, l'aide familiale doit également répondre à une foule de conditions, art. 113 RIPR.

de son choix. En tout état de cause, pour comptabiliser la période travaillée, les agents prendront en considération les retenues à la source perçues sur le salaire de l'aide familiale : ces retenues seront le seul facteur pris en considération pour le calcul de la période travaillée. En outre, l'aide familiale résidente devra travailler, à temps plein, dans une maison privée et vivre avec l'employeur. À cet effet, le programme exige que le travailleur ait à sa disposition une chambre privée et meublée.

Il est nécessaire de souligner que tous les travailleurs domestiques sont exclus du régime universel prévu à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁷⁸.

2. *Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers (PTAS)*

Le PTAS permet aux employeurs d'embaucher des travailleurs agricoles du Mexique et des Caraïbes. Comme mentionné, ce programme découle d'un accord interétatique entre le Canada et ces États. Le PTAS est actuellement mis en œuvre en Colombie-Britannique, en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard. En vertu de ce programme, Citoyenneté et Immigration Canada délivrera à ces travailleurs un permis de travail dont la durée ne dépassera pas huit mois. En 2011, près de 3 345 postes de travailleurs agricoles saisonniers ont été confirmés au Québec⁷⁹.

Au Québec, l'employeur qui désire embaucher un travailleur agricole en vertu du PTAS doit faire approuver sa demande par Service Canada et le MICC. Or, ceux-ci peuvent choisir d'avoir recours aux services du Centre d'emploi agricole (CEA) de l'Union des producteurs agricoles (UPA) de leur région. Les employeurs qui utilisent

78. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, art. 2 (définition de travailleur et de domestique) [ci-après « L.A.T.M.P. »]. Depuis 2010, le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* a également prévu que l'employeur doit s'engager à verser les cotisations requises pour que l'employé bénéficie de la protection accordée par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* dans la mesure prévue par celle-ci, et ce, advenant que le travailleur ne soit pas couvert par le régime universel prévu par cette loi. Au Québec, l'employeur devra payer les cotisations à la Commission de la santé et de la sécurité au travail afin que l'aide familiale jouisse de la protection personnelle : ce régime est prévu aux articles 18 à 24 L.A.T.M.P., RSRE, art. 50.2 c).

79. Ressources humaines et Développement des compétences Canada, *Système des travailleurs étrangers*, <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/stats/index.shtml> [Consulté le 15.12.2012].

ces services doivent cependant informer le CEA-UPA de leurs besoins en main-d'œuvre pour la saison agricole au moins 12 semaines avant la date prévue de l'arrivée du travailleur étranger temporaire⁸⁰. En outre, l'employeur fournira au CEA-UPA une liste des noms de tous les travailleurs agricoles saisonniers qu'il désire réembaucher⁸¹ ; près de 70 % des travailleurs sont réembauchés à titre de participants « désignés ». Les travailleurs sont généralement réembauchés pendant plusieurs saisons, la moyenne étant de sept ans⁸².

Au Québec, plusieurs employeurs choisissent de recourir aux services d'un organisme de liaison qui pourra les accompagner à travers toutes les étapes de leurs démarches visant à recruter des travailleurs saisonniers. Au Québec, l'organisme de liaison le plus important est la Fondation des entreprises de recrutement en main-d'œuvre étrangère⁸³. FERME offre à ses membres un service de gestion des mouvements de main-d'œuvre et propose des services de gestion des ressources humaines afin d'aider les employeurs à « identifier des solutions aux divers problèmes rencontrés par les employeurs avec leurs travailleurs (maladie, comportement, adaptation, accident de travail, etc.) »⁸⁴. FERME agit également « à titre de représentant officiel de ses membres dans toutes les relations avec les médias, et lors des rencontres organisées avec ses partenaires »⁸⁵. FERME participe également aux « séances de négociations organisées avec les différents pays impliqués dans les programmes de recrutement de main-d'œuvre étrangère »⁸⁶. Finalement, soulignons que FERME a fondé sa propre agence de voyages, connue sous le nom de

80. Voir <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ptas/recrutement.shtml> et MICC, *Guide des procédures d'immigration*, « Composante 4 : les séjours temporaires au Québec », Québec, mis à jour en août 2012, p. 53 [Consulté le 15.12.2012].

81. Il est important de noter que selon le processus en place, l'employeur, à la fin de la saison, évaluera par écrit le travailleur et aura à indiquer s'il désire réembaucher le travailleur la saison suivante. Voir *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer*, D.T.E. 2010T-295 (C.R.T.) (Requête en révision judiciaire (C.S., 2010-06-10), 500-17-058367-106), par. 112 et s.

82. Nelson FERGUSON, *Le programme de travailleurs agricoles saisonniers : considérations pour l'avenir de l'agriculture et incidences de la gestion des migrations*, (2007) Nos diverses cités – Collectivités rurales 207, p. 209.

83. Ci-après « FERME ».

84. Il s'agit « des transferts de travailleurs, les demandes de rapatriement, les annulations de demandes, les remplacements, les ajouts de travailleurs, etc. », FERME, « La Consultation générale sur le Livre vert pour une politique bioalimentaire : Donner le goût du Québec », *Mémoire*, 22.8.2011, p. 6 [FERME, mémoire].

85. *Ibid.*, p. 7.

86. *Ibid.*

FERME-Voyages, qui lui permet, dans le cadre des services offerts à ses membres, « d'exercer un meilleur contrôle sur le déroulement des arrivées et des départs [des travailleurs] »⁸⁷. Or, si un employeur désirait mandater FERME ou un autre organisme de liaison pour agir en son nom auprès de Service Canada, il devra le désigner formellement au moment de sa demande d'*Avis relatif au marché du travail*⁸⁸.

Afin d'accéder au PTAS, l'employeur doit être en mesure de démontrer qu'il a fait des efforts raisonnables et suffisants pour recruter de la main-d'œuvre locale, ce qui devrait se traduire par des actions telles que le rappel des travailleurs locaux embauchés la saison précédente, la publication des offres d'emploi dans les journaux locaux, etc. Le CEA-UPA transmet au MICC sa recommandation sur le nombre de travailleurs agricoles saisonniers devant être recrutés à l'étranger par un employeur. Une fois que le MICC approuve cette demande, il transmettra la demande à Service Canada. Une fois que Service Canada aura à son tour approuvé l'offre d'emploi, il incombera aux autorités mexicaines et antillaises de recruter des travailleurs agricoles qui viendront au Canada⁸⁹. Les travailleurs devront ensuite faire une demande de permis de travail à CIC qui délivrera un permis dont la durée ne dépassera pas les 8 mois. Les travailleurs agricoles saisonniers disposent d'un permis de travail sectoriel ; ils peuvent donc travailler pour tout employeur éligible au PTAS et ayant reçu un avis du marché du travail favorable. Or, les travailleurs ne peuvent pas changer d'employeur à leur guise : l'architecture des transferts sera orchestrée par les employeurs en tout début de saison, avec l'appui du CEA-UPA de leur région et de l'organisme de liaison, et tout changement survenant en cours de saison devra être dénoncé à Service Canada.

Le PTAS prévoit explicitement que l'employeur doit offrir aux travailleurs étrangers les mêmes salaires que ceux qui sont versés aux travailleurs agricoles canadiens faisant le même travail. Il doit payer le billet d'avion aller-retour des travailleurs étrangers ; une partie de ce coût peut être recouvré grâce aux retenues à la source. En outre, l'employeur doit fournir un logement saisonnier, et ce, gratuitement. Les employeurs doivent également assumer les coûts du visa d'immigration pour le travailleur mais ceux-ci peuvent être recou-

87. *Ibid.*

88. Voir <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/amtdir/amtdir-3.shtml> [Consulté le 15.12.2012].

89. Rien n'empêche formellement ces États de confier ce rôle à un tiers.

vrés grâce aux retenues à la source perçues sur le salaire des travailleurs agricoles.

En vertu de ce programme, les employeurs doivent prendre les dispositions nécessaires pour que le travailleur étranger soit protégé par des mesures d'indemnisation des accidents du travail et veiller à ce que le travailleur étranger soit protégé par une assurance maladie privée ou provinciale pendant son séjour au Canada. Un contrat de travail sera signé entre les parties. Le contrat est préétabli par les autorités fédérales qui imposent le recours à ce contrat-type⁹⁰. L'établissement des conditions minimales étant du ressort des provinces, le texte du contrat procède par renvoi au droit du travail de chacune des provinces⁹¹.

À l'exception d'une minorité de travailleurs provenant de la Jamaïque, la majorité de ces travailleurs proviennent du Mexique et ne parlent ni l'anglais, ni le français. Bien que les femmes soient admissibles au programme depuis 1989, leur nombre demeure faible. En 2004, moins de 3 % des participants au programme étaient des femmes⁹².

3. *Le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET)*

Outre les programmes spécifiques à certaines professions, les employeurs d'une pluralité de secteurs d'activités peuvent avoir recours au PTET pour combler leur besoin en main-d'œuvre qualifiée et « peu spécialisée ». Ce programme, introduit en 2002 au moment de l'adoption de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, prit différentes formes et son architecture fut l'objet d'une succession de modifications de nature administrative.

En matière de recrutement de travailleurs occupant des professions nécessitant un niveau réduit de formation, certaines conditions s'imposent. Ainsi, les employeurs doivent assumer l'entièreté du billet d'avion des travailleurs ainsi que tous les coûts liés au recrutement de ceux-ci. À l'instar de la procédure prévue aux autres programmes, un employeur (ou un groupe d'employeurs) qui désire

90. Voir le contrat de travail, Consulté le 15.12.2012 : <http://www.hrsdc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/formulaires/ptasmc2011.pdf>.

91. *Ibid.*

92. Sandra ELGERSMA, « Les travailleurs étrangers temporaires », Division des affaires politiques, Service d'information et de recherche parlementaires, septembre, 2007, p. 4.

recourir à ce programme devra déposer une offre d'emploi (ou un ensemble d'offres d'emploi) auprès des autorités fédérales et auprès du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles et suivre les procédures de confirmation de l'offre d'emploi⁹³. En tout état de cause, il est explicitement prévu que l'embauche de travailleurs étrangers temporaires ne doit pas être susceptible de nuire au règlement d'un conflit de travail qui sévit au lieu de travail où s'exercerait l'emploi. Cette mesure s'ajoute aux dispositions anti-bribeurs de grève prévues au *Code du travail*⁹⁴.

Si l'offre d'emploi présentée par l'employeur est acceptée, l'employeur devra se charger de recruter les salariés qu'il désire embaucher ; ceux-ci devront obtenir un Certificat d'acceptation du Québec et un permis de travail des autorités fédérales. Le recrutement pourra être assuré par un tiers mandaté par l'employeur qui, dans ce cas figure, n'interviendra pas directement. Ces documents seront émis pour une durée maximale de 24 mois. Chaque travailleur peut cumuler des permis de séjour, consécutifs ou interrompus, d'une durée maximale de quatre ans. Une fois que le travailleur aura cumulé des permis de séjour d'une durée totale de quatre ans, il se verra imposer une période de carence de quatre ans pendant laquelle il ne pourra revenir au Canada⁹⁵.

Le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* prévoit que l'emploi offert requiert du ressortissant étranger un niveau de compétence qui soit inférieur à « B » au sens de la Classification nationale des professions. De plus, il est stipulé que la période de séjour temporaire pour travailler au Québec doit être de plus de 30 jours et le contrat de travail avec l'employeur doit être formalisé par écrit. Cette entente doit prévoir la durée du contrat, le lieu où l'emploi sera exercé, la description des tâches du ressortissant étranger, son salaire horaire, son horaire de travail, ses vacances et congés, les délais que lui et l'employeur doivent respecter quant aux avis de démission et de rupture de contrat et un engagement de l'employeur à effectuer le paiement des redevances prévues à la loi⁹⁶. De plus, le contrat doit stipuler que les normes établies par la *Loi sur les normes du travail* relatives aux modalités de versement du salaire, au calcul

93. Il importe de mentionner que lorsque les employeurs recrutent leur main-d'œuvre agricole par le biais de ce programme, la procédure sera la même que celle prévue pour le PTAS, voir MICC, *Guide des procédures d'immigration*, « Composante 4 : les séjours temporaires au Québec », Québec, mis à jour en juillet 2010, p. 53.

94. Art. 203(3)f) RIPR et art. 50.1a) RSRE, *Code du travail*, RLRQ, c. C-27 (Ci-après « C.t. »).

95. Art. 203(3g) RIPR.

96. Art. 50.2a) RSRE.

des heures supplémentaires, aux périodes de repas, aux jours fériés et chômés, aux absences et congés pour raisons familiales ou parentales, aux absences pour cause de maladie, d'accident ou d'acte criminel, aux indemnités et aux recours en vertu de cette loi sont applicables au ressortissant étranger dans la mesure prévue par celle-ci⁹⁷.

Au *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* est également prévu que l'employeur doit s'engager à verser les cotisations requises pour que l'employé bénéficie de la protection accordée par la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* dans la mesure prévue par celle-ci, et ce, advenant que le travailleur ne soit pas couvert par le régime universel prévu par cette loi⁹⁸. Finalement, l'employeur doit statuer, le cas échéant, sur les avantages sociaux offerts, telles une assurance maladie et hospitalisation, les conditions de la résidence offerte par l'employeur et les modalités de paiement par l'employeur des frais de transport à l'aller et au retour entre le pays de résidence et le lieu de travail du ressortissant étranger⁹⁹.

Il est utile de noter que le PTET complète aujourd'hui le PTAS en matière de recrutement de travailleurs agricoles. En effet, en terme de recrutement de travailleurs occupant des emplois exigeant un niveau réduit de formation, on distingue deux volets¹⁰⁰ : le « Volet agricole » ainsi que le « Volet des professions peu spécialisées ». En vertu du « Volet agricole », les employeurs, directement ou par le biais d'intermédiaires de recrutement, peuvent embaucher des travailleurs agricoles provenant, notamment, du Guatemala et du Honduras. Ainsi, les employeurs du secteur agricole peuvent avoir recours à ces deux programmes pour combler leurs besoins de main-d'œuvre.

Il importe de distinguer certaines conditions qui sont propres à chacun de ces volets ; il s'agit de mesures administratives qui ne découlent pas directement de normes législatives ou réglementaires. Ainsi, en matière de logement, l'employeur a l'obligation d'aider le travailleur recruté en vertu du « Volet des professions peu spécialisées » à se trouver un logement convenable. En vertu du « Volet agricole », l'employeur doit fournir aux travailleurs de professions peu spécialisées, un logement convenable et abordable sur la ferme ou

97. Art. 50.2b) RSRE.

98. Art. 50.2c) RSRE.

99. Art. 50.2d) RSRE.

100. Cette distinction entre les deux volets, de nature administrative, fut introduite en 2011.

hors-site. Toujours en ce qui a trait au logement, l'employeur peut déduire un maximum de 30 \$ par semaine du salaire du travailleur étranger, à moins que les normes du travail provinciales ou territoriales requièrent un montant inférieur. Ce montant peut faire l'objet d'une hausse de 1 % applicable le 1^{er} janvier de chaque année¹⁰¹.

Ainsi, les conditions associées au PTAS et au « Volet agricole » du PTET diffèrent. Contrairement au « Volet agricole », dans le cadre duquel l'employeur est autorisé à déduire un montant pour le logement, l'employeur doit, en vertu du PTAS, fournir au travailleur étranger un logement saisonnier gratuit. Inversement, l'employeur doit, en vertu du « Volet agricole », assumer le coût du billet d'avion aller-retour du travailleur alors qu'en vertu du PTAS il peut en recouvrer une partie à même le prélèvement de retenues salariales. En outre, les travailleurs provenant de pays visés par le PTAS seront généralement recrutés par leur pays de provenance¹⁰². Pour les travailleurs provenant du Guatemala, ou d'autres pays d'Amérique centrale, embauchés par le biais du « Volet agricole », il semble que le recrutement soit assuré par des agences privées sises dans ces différents pays. Comme mentionné, au Québec, l'organisme FERME offre aux employeurs agricoles de l'assistance dans leurs démarches de recrutement de main-d'œuvre étrangère. Depuis 2010, il appert que c'est l'organisme Amigo Laboral qui, au Guatemala et au Honduras, se charge de recevoir les demandes de travailleurs transmises par FERME et coordonne les départs des travailleurs nouvellement désignés et ceux présélectionnés¹⁰³. Il importe toutefois de souligner que le mandat et les services offerts par Amigo Laboral sont fort peu documentés, mais qu'il semble entretenir des liens institutionnels très forts avec FERME¹⁰⁴.

Il apparaît utile de souligner que, depuis le 1^{er} avril 2011, un employeur ne pourra embaucher un travailleur étranger qui occupera une fonction peu spécialisée de la CNP, si, au cours des

101. À ce sujet, <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/agriculture/exigences.shtml> [Consulté le 15.12.2012].

102. *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer*, D.T.E. 2010T-295 (C.R.T.) (Requête en révision judiciaire (C.S., 2010-06-10), 500-17-058367-106), par. 119 et s.

103. Avant 2011, c'était l'organisme OIM qui se chargeait de ces fonctions au Guatemala et qui appuyait techniquement l'arrivée de travailleurs agricoles. Créée en 1951, l'OIM était alors une organisation intergouvernementale. Bien qu'elle ne soit plus une organisation de nature supranationale telle que l'ONU ou l'OIT, elle se veut une organisation coopérant avec différents partenaires gouvernementaux, intergouvernementaux et non gouvernementaux.

104. Sur cette question, voir FERME, mémoire, *supra*, note 84.

deux années précédant la demande de certificat d'acceptation du Québec délivré par le MICC, il a été condamné par une décision finale du Tribunal des droits de la personne pour une plainte relative à de la discrimination ou à des représailles en matière d'emploi ou a été déclaré coupable d'une infraction pénale en vertu de différentes lois du travail, soit la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, le *Code du travail*, la *Loi sur les décrets de convention collective*, la *Loi sur l'équité salariale*, la *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur les relations du travail*, la *formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction* ou la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹⁰⁵.

Il importe également de noter que l'employeur ne pourra embaucher de travailleurs migrants s'il a offert à tout travailleur étranger temporaire à son emploi des conditions de travail qui « n'étaient pas essentiellement les mêmes » que celles qu'il lui avait offertes tout en lui confiant « un emploi qui était essentiellement le même que celui précisé dans son offre d'emploi »¹⁰⁶. L'introduction de cette mesure vise à « dissuader les employeurs de ne pas offrir un salaire, des conditions de travail et un poste similaires à ceux qui figurent dans l'offre d'emploi initiale »¹⁰⁷. Or, lorsqu'il n'y a « aucun renseignement défavorable au sujet de l'employeur, il est improbable que ce dernier doive présenter des documents supplémentaires »¹⁰⁸.

L'analyse des conditions de travail proposées aux travailleurs étrangers temporaires par le passé procède en deux étapes. Dans un premier temps, au moment de présenter sa demande d'*Avis relatif au marché du travail*, l'employeur devra remplir une auto-déclaration dans laquelle il doit confirmer avoir offert aux travailleurs étrangers temporaires précédemment embauchés essentiellement les mêmes conditions de travail que celles promises au moment de la confirmation de l'offre d'emploi par Service Canada¹⁰⁹.

105. Art. 200(5) RIPR. Cette exigence s'applique également aux employeurs désirant recruter des aides familiales résidentes.

106. Art. 203 (5) RIPR.

107. Voir <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2011/2011-03-24a.asp>>. [Consulté le 15.12.2012].

108. Voir <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2011/2011-03-24a.asp>>. [Consulté le 15.12.2012].

109. Dans le formulaire d'*Avis relatif au marché du travail*, on demande à l'employeur, dans la mesure où il a embauché un travailleur étranger au cours des deux dernières années, s'il a offert essentiellement « les mêmes salaires, les mêmes conditions de travail ainsi que le même poste que ceux qui furent décrits dans l'offre ou les offres d'emploi à tous les travailleurs étrangers que vous avez embauchés ». Voir <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/brochure/cde_brochure.shtml>. [Consulté le 15.12.2012].

En outre, les agents de Service Canada pourront également procéder à une vérification aléatoire si une information défavorable concernant l'employeur, découlant par exemple d'une dénonciation par un tiers ou d'un reportage dans les médias, est rapportée. Ainsi, « si l'agent a accès à des renseignements défavorables au sujet d'un employeur donné et que les renseignements semblent mener vers une évaluation défavorable, l'employeur aura la possibilité de se justifier de manière raisonnable »¹¹⁰.

Dans la mesure où l'employeur déclare ne pas avoir donné essentiellement les mêmes conditions de travail ou qu'une vérification aléatoire est déclenchée, un agent de Service Canada exigera à l'employeur de démontrer, par la production de documents, que les conditions de travail offertes aux travailleurs étrangers sont conformes à ce qui fut annoncé dans l'offre d'emploi ou de justifier cette disparité.

Les employeurs auront l'occasion de s'amender en indemnisant *a posteriori* les travailleurs étrangers dont le contrat de travail n'a pas été respecté ; ils auront également l'occasion de se justifier auprès de Service Canada. Les exemples de justifications raisonnables comprennent une modification apportée aux lois fédérales, provinciales ou territoriales ou l'entrée en vigueur nouvelle d'une convention collective sur le lieu de travail. Service Canada prévoit également que des changements considérables dans la conjoncture économique, lesquels touchent le milieu de travail, peuvent être considérés comme étant raisonnables¹¹¹. Cette justification n'est toutefois pas balisée par un texte réglementaire et l'évaluation de celle-ci est une discrétion administrative conférée à Service Canada.

Si, à tout événement, l'employeur ne donnait pas suite aux demandes de Service Canada ou que les explications fournies n'étaient pas satisfaisantes, ou qu'il n'a pas rectifié la situation en indemnisant les employés précédents de façon appropriée, l'employeur pourrait voir son *Avis relatif au marché du travail* refusé et donc être empêché d'embaucher des travailleurs étrangers temporaires. De plus, cette mesure pourrait avoir des conséquences sur les travailleurs déjà embauchés par cet employeur : ceux-ci ne seront pas autorisés à prolonger ou à renouveler un contrat de travail avec un

110. Voir <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2011/2011-03-24a.asp>>. [Consulté le 15.12.2012].

111. Ces explications sont tirées du site web de Service Canada : voir <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/brochure/cde_brochure.shtml>. [Consulté le 15.12.2012].

employeur qui a été déclaré non admissible¹¹². L'employeur pourrait également se retrouver sur une liste d'inadmissibilité pour une période de deux ans et voir son nom apparaître sur le site web de CIC. À ce jour, aucun employeur n'apparaît sur cette liste¹¹³.

Il est intéressant de noter que par ces modifications réglementaires, les employeurs qui ne respectent pas un certain corpus normatif en matière de conditions de travail se verront privés de main-d'œuvre étrangère. Or, la mise en œuvre de ces mesures est tout à fait exogène aux mécanismes mis en place par le droit du travail ; elle n'est pas le fait de ses acteurs traditionnels (parties au contrat de travail, syndicats, organismes administratifs ou juridictionnels chargés de l'application du droit du travail) et les finalités auxquelles répondent ces mesures ne sont pas comparables à celles visées par les normes composant le droit du travail.

Les programmes de travail temporaire décrits précédemment constituent l'architecture structurant les conditions en vertu desquelles les travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés accèdent à un emploi sur le territoire canadien. Ceux-ci sont élaborés par les autorités fédérales, mais leur mise en œuvre est assurée également par des agents provinciaux ; celle-ci est également appuyée techniquement par plusieurs agences et organismes privés. Comme mentionné, les conditions de travail des travailleurs étrangers doivent correspondre aux minima fixés par les lois du travail de chacune des provinces où sont embauchés ces travailleurs. En effet, contrairement à d'autres catégories de travailleurs précaires ou vulnérables à l'égard desquels les instruments normatifs en place sont inadéquats¹¹⁴, le droit du travail, du point de vue de sa validité formelle, s'applique intégralement à ces travailleurs. Or, compte tenu de leur extranéité, la prestation de travail effectuée par les travailleurs étrangers temporaires est donc assujettie au « dialogue » entre deux corpus normatifs, le droit du travail et de l'immigration, ne disposant pas des mêmes fonctions¹¹⁵.

112. Voir <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/media/documents-info/2011/2011-03-24a.asp>>. [Consulté le 15.12.2012].

113. Site consulté le 15 décembre 2012 : <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/liste.asp>>. [Consulté le 15.12.2012].

114. Sur cette question, voir Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003, p. 66 à 106.

115. Pour illustrer notre propos, en matière de détermination des conditions de travail, il importe de souligner que les programmes de travail temporaire ci-envisagés et les règles mises en place par les instruments normatifs issus du droit de

C'est dans ce contexte qu'au fil des ans, certaines voix se sont élevées pour dénoncer la situation de vulnérabilité et de précarité dans laquelle peuvent se retrouver les travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés¹¹⁶. Le rapport de Harry Arthurs portant sur la révision de la Partie III du *Code canadien du travail* mentionnait explicitement le besoin accru de protection des travailleurs agricoles saisonniers et des aides familiales résidentes¹¹⁷. Dans ce rapport, l'auteur Arthurs signale que bien que le gouvernement fédéral n'ait pas le pouvoir de légiférer quant aux conditions de travail de ces travailleurs, « le gouvernement fédéral a le pouvoir ou non d'octroyer le permis de travail aux travailleurs étrangers temporaires, de les affecter ou non chez des employeurs particuliers, d'imposer des conditions aux employeurs qui engagent ces travailleurs et de faire appliquer ces conditions en retirant les permis existants ou en refusant les permis à venir si l'employeur ne traite pas ses employés de façon appropriée »¹¹⁸.

En 2009, dans son rapport à la Chambre des communes, la vérificatrice générale du Canada consacra un chapitre entier à la sélection des travailleurs étrangers en vertu du programme d'immigration. Ainsi, dans son rapport, la vérificatrice Fraser souligne

l'immigration obligent l'employeur à assortir son offre d'emploi d'un contrat de travail dont le contenu est prévu, notamment, au *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*. En effet, il est stipulé que dans le cas où l'emploi offert requiert du ressortissant étranger un niveau réduit de formation et que la période de séjour temporaire pour travailler au Québec est de plus de 30 jours, cet emploi doit être assorti d'un contrat de travail écrit avec l'employeur. Ce contrat doit notamment comporter la durée du contrat, le lieu où l'emploi sera exercé, la description des tâches du ressortissant étranger, son salaire horaire, son horaire de travail, ses vacances et congés et les délais que lui et l'employeur doivent respecter quant aux avis de démission et de rupture de contrat. Bien que les conditions de travail proposées au travailleur étranger se doivent de respecter les lois du travail dont le contenu est largement d'ordre public, il demeure important de souligner que les clauses que le contrat de travail doit contenir sont prescrites par le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*. Le contenu du contrat de travail, qui pour certains n'a qu'une valeur symbolique (voir FUDGE et MACPHAIL, *supra*, note 57, p. 29), n'est pas déterminé uniquement par les parties au contrat de travail mais plutôt par un instrument qui n'appartient pas, dans une perspective normative, à l'ensemble qu'est le droit du travail.

116. Voir à cet effet, les éloquentes illustrations suggérées par Michèle RIVET, « Le travailleur étranger au Canada : à l'avant-poste de la précarité ? », (1998) 43 *R.D. McGill* 181.
117. Commission sur l'examen des normes fédérales du travail, *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, rapport présenté par Harry W. Arthurs, Commission sur l'examen des normes fédérales du travail, Ottawa, 2006, p. 261 à 263.
118. *Ibid.*, p. 262.

l'existence de plusieurs rapports et études qui établissent que les travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés sont plus vulnérables à l'exploitation et aux mauvais traitements, et ce, « généralement en raison de leur situation économique, leur isolement linguistique et leur compréhension limitée de leurs droits »¹¹⁹. Dans un rapport rendu par le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes, les membres dudit comité notèrent que bien que les parcours, les statuts et les perspectives de participation économique et sociale à la vie canadienne des travailleurs étrangers temporaires peuvent différer, ils ont en commun « leur statut non permanent et leur vulnérabilité à l'exploitation »¹²⁰. Au surplus, un rapport du Service canadien d'information et de recherche parlementaires formulait en ces termes les préoccupations générées par ces programmes :

Plusieurs déplorent les risques d'exploitation qui découlent du statut de travailleur temporaire. Ils s'inquiètent en particulier de la mobilité restreinte des travailleurs (le permis de travail n'est généralement valide que pour un emploi, un employeur et une période donnés), propre à créer une situation de dépendance qui rend difficile l'abandon d'un emploi aux conditions insatisfaisantes. La barrière de langue et le manque d'information empêchent aussi les travailleurs de se prévaloir des mesures de protection existantes.¹²¹

Au Québec, le Comité de travail sur les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle mis sur pied en 2002 par le ministère du Travail remarquait que ces deux catégories de travailleurs étaient exclues, en totalité ou en partie, du champ d'application de la *Loi sur les normes du travail*¹²². Les experts se prononçaient alors en faveur du « principe d'accessibilité la plus large possible » eu égard à ces travailleurs¹²³. Les auteures Fudge et

119. Bureau du vérificateur général du Canada, « La sélection des travailleurs étrangers en vertu du programme d'immigration », dans *Rapport de la vérificatrice générale à la Chambre des Communes*, chap. 2, 2009, p. 38 [Rapport vérificatrice, 2009].

120. *Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et l'immigration*, Chambre des communes, 40^e légis., 2^e sess., mai 2009, p. ix.

121. Sandra ELGERSMA, « Les travailleurs étrangers temporaires », Division des affaires politiques, Service d'information et de recherche parlementaires, septembre, 2007, p. 6.

122. Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du Québec, 2003, p. 553.

123. *Ibid.* En 2002, plusieurs modifications législatives furent apportées à la *Loi sur les normes du travail* faisant en sorte que ces catégories de travailleurs étaient

MacPhail soulignent, quant à elles, que le *Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation* met en place une « forme extrême de travail flexible »¹²⁴. Les auteures notent également qu'en Ontario et en Alberta, les deux provinces recevant le plus grand nombre de travailleurs étrangers temporaires, on constate un nombre négligeable de recours institués par cette main-d'œuvre¹²⁵.

Il convient de s'interroger sur les conséquences pratiques découlant de l'interface entre les règles en matière d'immigration et les instruments normatifs composant le droit du travail. Ainsi, de notre point de vue, les conditions posées par les programmes de travail temporaire ont un impact sur la mobilisation par ces travailleurs des protections prévues aux lois du travail et sur l'effectivité des recours visant, par exemple, la protection de l'emploi. Avant d'aborder quelques exemples étayant ces prétentions, nous jugeons opportun de signaler une intervention conduite par la Commission des normes du travail auprès des travailleurs étrangers temporaires. En effet, dans le cadre de sa Planification stratégique 2008-2012, la Commission des normes du travail a choisi de cibler, en tant que priorité organisationnelle, les travailleurs étrangers temporaires ; elle mena auprès de ceux-ci, entre 2009 et 2012, des interventions dont les résultats ont l'avantage d'alimenter les réflexions quant aux conséquences découlant de l'interface entre les règles propres au droit du travail et celles posées par le droit de l'immigration.

II- Interventions de la Commission des normes du travail auprès des travailleurs étrangers temporaires entre 2009 et 2012 : quelques constats

La Commission des normes du travail¹²⁶ est un organisme chargé de la surveillance et de la mise en œuvre de la *Loi sur les normes du travail*. Créée en 1980, elle dispose du mandat législatif de surveiller l'application des dispositions contenues à la *Loi sur les normes du travail*¹²⁷. Pour ce faire, elle pourra intenter, en son propre nom et pour le compte d'un salarié, une poursuite visant à recouvrer des sommes dues par l'employeur en vertu de la L.N.T.¹²⁸. Or, depuis

plus adéquatement protégées par cet instrument normatif d'importance en milieu non-syndiqué. Voir *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 80.

124. FUDGE et MACPHAIL, *supra*, note 57, p. 43.

125. *Ibid.*, p. 31.

126. Ci-après « CNT ».

127. Art. 5 L.N.T.

128. Art. 39(8) L.N.T.

sa création en 1980, le mandat de la CNT n'a cessé de s'accroître : il lui permet désormais de représenter devant la Commission des relations du travail des salariés s'estimant congédiés sans cause juste et suffisante¹²⁹ ou se croyant victimes d'une pratique interdite¹³⁰. De plus, depuis le 1^{er} juin 2004, le législateur a également confié à la CNT le mandat de recevoir des plaintes en harcèlement psychologique de salariés non syndiqués¹³¹.

En plus d'un mandat s'articulant autour d'une mise en œuvre coercitive de la L.N.T., la CNT doit veiller à informer les salariés et les employeurs des droits et obligations prévus à la L.N.T. Pour ce faire, la CNT a choisi, en 2008, de se doter d'un plan stratégique par lequel les interventions préventives seraient désormais la « pierre angulaire » de ses activités¹³². Pour réaliser cet objectif, elle déploiera « un ensemble de stratégies et d'actions réalisées au bénéfice de la population, des salariés et des employeurs visant à améliorer la connaissance des normes du travail, à éviter le risque et l'étendue des infractions en cette matière et, au besoin, à en limiter les conséquences et cela, dans la perspective d'une plus grande responsabilisation des acteurs concernés, au regard de leurs droits et de leurs obligations »¹³³. Ce faisant, la CNT vise à « améliorer la connaissance des normes du travail et [...] sensibiliser la population de même que les salariés et les employeurs à leurs droits et obligations »¹³⁴.

Les axes de la prévention privilégiés par la CNT se déclinent en trois types de stratégies ou d'actions complémentaires qui interpellent et impliquent l'ensemble des activités de la Commission ; ceux-ci visent à éviter le risque ou les infractions à la loi. La prévention dite primaire veillera au développement d'une approche informationnelle qui mobilise le personnel de première ligne de la CNT autour d'objectifs de prévention¹³⁵. De plus, on cherchera également à éviter le

129. Art. 126.1 L.N.T.

130. Art. 123.5 L.N.T.

131. Art. 123.6 L.N.T.

132. Commission des normes du travail, *Programme de prévention*, Travail réalisé par le groupe de travail multisectoriel de la prévention présenté au comité de coordination de la prévention, mars 2009 (disponible en ligne, <<http://www.cnt.gouv.qc.ca/a-propos-de-nous/prevention/index.html>>) [Consulté le 15.12.2012] [CNT, prévention].

133. On retrouve sur le site de la CNT une définition de la prévention privilégiée par l'organisme : <<http://www.cnt.gouv.qc.ca/a-propos-de-nous/prevention/index.html>>. [Consulté le 15.12.2012].

134. <<http://www.cnt.gouv.qc.ca/a-propos-de-nous/prevention/index.html>> [Consulté le 15.12.2012].

135. Le personnel de première ligne est composé des différents agents (préposés aux renseignements, inspecteurs-enquêteurs) qui ont un contact direct avec les salariés et les employeurs du Québec.

dommage causé par une infraction, par la prévention « secondaire » : il s'agira d'effectuer des activités de rapprochement des parties et de réaliser des activités de surveillance et de conformité des entreprises. Ultimement, par le biais d'activités dissuasives et de réparation, la CNT tentera de limiter de nouvelles infractions ou le risque de récidive ; il s'agit de prévention qualifiée par l'organisme de « tertiaire »¹³⁶.

Comme le souligne la CNT, « l'approche de prévention implique donc une cohérence organisationnelle qui se manifeste par un partage des responsabilités, une large concertation, des engagements communs et la détermination de priorités d'action »¹³⁷. Afin de déterminer les priorités organisationnelles en matière de prévention, la CNT, pour la période 2008-2012, procéda à une analyse croisée de différents outils, tels que les résultats de l'enquête sur le taux de respect de la loi réalisée pour la première fois en 2004¹³⁸, divers sondages réalisés auprès de la clientèle mais également de données colligées sur les plaintes et des connaissances « terrain » du personnel de première ligne¹³⁹. Ainsi, pour la période 2008-2012, la CNT a retenu cinq problématiques dont celle des travailleurs migrants¹⁴⁰. Les interventions préventives effectuées par la CNT, au caractère novateur et tout à fait singulières, furent effectuées entre 2009 et 2012 auprès des travailleurs agricoles saisonniers et auprès des aides familiales résidentes (a). Le bilan de ces interventions permet de tracer certains constats et d'observer certaines tendances quant à la mise en œuvre de la L.N.T. auprès de cette main d'œuvre (b).

136. Commission des normes du travail, *Politique de prévention*, Décembre 2009 (disponible en ligne, <<http://www.cnt.gouv.qc.ca/a-propos-de-nous/prevention/index.html>>) [Consulté le 15.12.2012].

137. CNT, prévention, note 136, p. 13.

138. Commission des normes du travail, *Évaluation de l'application de certaines dispositions de la Loi sur les normes du travail. Analyse des résultats de l'enquête auprès des salariés non syndiqués*, mars 2005. Cette enquête fut reconduite une seconde fois en 2010 ; pour une analyse des résultats de cette enquête, voir Cathy BELZILE et Maxime PERREAULT, « Évaluation de l'application de certaines dispositions de la Loi sur les normes du travail », (2012) 8(1) *Regards sur le travail* 1.

139. CNT, prévention, *supra*, note 136, p. 14.

140. Les travailleurs migrants sont définis par la CNT comme « des étrangers à qui l'on accorde un permis de travail temporaire en vertu de certains programmes fédéraux et qui doivent retourner dans leur pays d'origine à l'expiration de leur contrat de travail », CNT, prévention, *supra*, note 136, p. 20. Les autres problématiques retenues dans le programme de prévention de la CNT 2008-2012 s'articulaient autour des normes pécuniaires dans certains secteurs cibles, du licenciement collectif, du harcèlement psychologique, des conditions de travail dans le secteur agricole.

A. *Retour sur une intervention novatrice et singulière*

Afin de justifier le choix des travailleurs migrants comme priorité organisationnelle, la CNT souligne que les employeurs québécois ont recours de façon croissante à une main-d'œuvre étrangère¹⁴¹. Pour la CNT, « les travailleurs étrangers temporaires constituent une clientèle vulnérable quant à l'application des normes du travail [car] les différences culturelles et linguistiques auxquelles ces travailleurs sont confrontés [à leur arrivée au Québec] rendent souvent difficile l'exercice de leurs droits au travail »¹⁴². Tant pour les travailleurs agricoles que pour les aides familiales résidentes, la CNT note que les craintes de représailles que pourraient exercer les employeurs à leur égard « sont particulièrement vives chez les travailleurs migrants »¹⁴³. En effet, comme le souligne la Commission, ces derniers hésitent souvent à faire valoir leurs droits « pour éviter de nuire à leur cheminement visant à obtenir un visa de résident permanent ou de compromettre leurs chances d'être rappelés par l'employeur l'année suivante »¹⁴⁴. Du côté des employeurs, qui, du point de vue de la CNT, n'opèrent pas des entreprises traditionnelles¹⁴⁵, la CNT estime qu'une méconnaissance de la loi peut également conduire à des infractions au regard des normes du travail¹⁴⁶.

L'intégration de cette problématique dans le programme de prévention visait à comprendre dans quelle mesure les travailleurs étrangers connaissent leurs droits et les font valoir. La CNT cherchait également à mieux comprendre les effets de l'articulation entre les divers programmes fédéraux permettant l'admission de travailleurs étrangers temporaires et des prédictions de la *Loi sur les normes du travail*¹⁴⁷. Ce faisant, la CNT cherchait à s'outiller afin de mieux adapter ses stratégies d'action concernant cette main-d'œuvre afin de promouvoir le respect des normes du travail à leur égard¹⁴⁸.

Or, contrairement aux stratégies d'intervention usuelles préconisées par l'organisme, les interventions effectuées auprès des travailleurs étrangers temporaires et leurs employeurs sont effectuées

141. CNT, prévention, *supra*, note 136, p. 20.

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*

145. On réfère ici aux entreprises du secteur agricole ainsi qu'aux employeurs qui sont des personnes physiques embauchant une aide familiale résidente.

146. CNT, prévention, *supra*, note 136, à la p. 20.

147. *Ibid.*, p. 21.

148. *Ibid.*

in situ, c'est-à-dire sur les lieux du travail. Celles-ci sont effectuées simultanément, mais de façon distincte, auprès des employeurs et de leurs salariés par une équipe composée de deux intervenants. Alors que le premier intervenant informe l'employeur du contenu de la *Loi sur les normes du travail* et consulte le registre de salaire, le second rencontre le ou les travailleurs afin de les informer sur leurs droits au travail, les recours disponibles et les services de la CNT.

Entre 2009 et 2012, la CNT rencontra près de 2 805 travailleurs agricoles saisonniers et 174 employeurs du secteur agricole ayant recours aux travailleurs étrangers temporaires pour combler leur besoin de main-d'œuvre¹⁴⁹. Les interventions, généralement réalisées en soirée, visaient à établir un contact direct avec les parties à la relation de travail ; l'intervenant en charge de la rencontre avec les salariés s'adressait à ceux-ci dans leur langue maternelle. En 2009-2010, l'approche de la CNT visait à effectuer des interventions de nature strictement préventive. Entre 2010 et 2012, les interventions visaient des objectifs de prévention mais constituaient également des activités de surveillance et de conformité. Ainsi, entre 2010 et 2012, si les intervenants constataient une violation à une norme pécuniaire contenue à la L.N.T., ils devaient amorcer un processus d'enquête quant à cette violation pouvant mener à des poursuites judiciaires visant à réclamer pour le compte des salariés des avantages impayés par l'employeur¹⁵⁰. Entre 2010 et 2012, la CNT rencontra près de 100 aides familiales résidentes et autant d'employeurs les embauchant. La formule « duo » préconisée auprès des travailleurs agricoles saisonniers fut également retenue.

149. Les résultats présentés dans le cadre de cette portion proviennent d'une analyse croisée des rapports annuels de gestion soumis par la CNT mais également des résultats de ces interventions présentées lors du Colloque *Normes du travail : enjeux et pistes de solution* organisé par la CNT : Commission des normes du travail, *Rapport annuel de gestion 2009-2010* ; Commission des normes du travail, *Rapport annuel de gestion 2010-2011* ; Commission des normes du travail, *Rapport annuel de gestion 2011-2012* ; Commission des normes du travail, *Projet d'intervention auprès des travailleurs agricoles étrangers : bilan d'une première expérience*, 2010 ; Dalia GESUALDI-FECTEAU, « Travailleurs étrangers temporaires : état des lieux et perspectives d'avenir », Colloque de la Commission des normes du travail, *Normes du travail : enjeux et pistes de solution*, 1^{er} novembre 2011.

150. Art. 105 L.N.T. Cette disposition prévoit que la CNT peut faire enquête de sa propre initiative.

B. Constats et tendances constatées¹⁵¹

Les interventions menées par la CNT ont permis de dresser certains constats et de dégager différentes tendances quant à la perception qu'entretiennent certaines catégories de travailleurs étrangers temporaires face aux normes édictées par la L.N.T. Plus largement, ces interventions ont permis de mieux connaître les préoccupations de ces travailleurs eu égard à leurs conditions de travail mais également quant au contexte de leur séjour au Québec.

Sans surprise, une forte majorité de travailleurs agricoles saisonniers sont des hommes (78,1 %) alors que la quasi-totalité des aides familiales résidentes sont des femmes (98 %). Les travailleurs agricoles proviennent principalement du Mexique (52,4 %) et du Guatemala (47,4 %) alors que les aides familiales sont, pour la plupart, originaires des Philippines (87,8 %). Soixante et onze pour cent des travailleurs agricoles saisonniers n'ont complété que des études primaires alors que 78,7 % des aides familiales ont complété plus de 14 ans de scolarité. La durée moyenne d'une journée de travail d'un travailleur agricole saisonnier est de 10 à 12 heures alors que près du quart des aides familiales résidentes affirment avoir un horaire brisé ; 86,5 % des aides familiales sont arrivées au Québec au cours des trois dernières années mais la vaste majorité d'entre elles (90 %) dispose de moins de deux ans de service continu auprès de leur employeur actuel et 40 % des répondantes ont travaillé pour deux employeurs ou plus à titre d'aides familiales depuis leur arrivée au Québec.

À la question « pensez-vous revenir l'année prochaine ? », 64,9 % des travailleurs agricoles saisonniers ont répondu par l'affirmative, 4,1 % ont répondu par la négative et 30,9 % ont répondu qu'ils ne le savaient pas. Il est intéressant de noter que près de 95 % des travailleurs agricoles saisonniers qui ont répondu soit par la négative ou affirmant ne pas le savoir justifient leur réponse en indiquant que leur retour dépendait de la volonté de l'employeur.

Différents constats furent dressés en fonction des réalités des deux groupes de travailleurs étrangers temporaires. Ainsi, il appert que, bien que la majorité des employeurs respectent les normes de nature pécuniaire fixées par la L.N.T., plusieurs travailleurs agrico-

151. Les données statistiques présentées proviennent d'un questionnaire administré à 525 travailleurs agricoles saisonniers lors des interventions entre 2009 et 2011 et à 70 aides familiales résidentes à l'occasion de l'intervention effectuée en 2010-2011 ; ce portrait statistique fut présenté lors du Colloque *Normes du travail : enjeux et pistes de solution* organisé par la CNT, *supra* note 149.

les saisonniers affirment se sentir isolés compte tenu de la barrière linguistique. Incidemment, il appert que plusieurs voudraient apprendre le français afin de remédier à cette situation. Selon les informations rapportées par les intervenants, il semble que les salariés ont, de manière générale, une connaissance floue et très parcellaire de leurs droits. Faute de temps et éprouvant parfois des difficultés à appréhender les informations transmises, très peu d'entre eux prennent connaissance du contenu de la documentation préparée par la CNT à leur attention : la plupart n'y auront pas recours pour mieux connaître leurs droits au travail. Ils craignent également de compromettre la possibilité de revenir travailler au Canada s'ils se plaignaient de certaines de leurs conditions de travail. Finalement, plusieurs salariés adressaient des questions afférentes à l'applicabilité de certains régimes de remplacement du revenu (assurance-emploi, régime d'assurance-parentale, etc.) et comprenaient difficilement les conditions et critères pour y accéder.

Les interventions faites auprès des aides familiales résidentes ont permis de mettre au jour certaines infractions à la L.N.T. En général, les infractions portent sur l'absence de bulletin de paie, sur le défaut de payer à taux majoré les heures supplémentaires au-delà de la semaine normale de 40 heures ou encore sur l'étalement des heures de travail sur deux semaines pour éviter de payer le temps supplémentaire à taux majoré. Les intervenants rapportent également qu'à certaines occasions, les aides familiales hésitent à aborder la question du paiement des heures supplémentaires de travail. Il appert également que la vaste majorité des salariés ont pour principale préoccupation la question de l'accession au statut de résident permanent et la computation de la durée de leur prestation de travail. À cet effet, il est intéressant de noter que seulement une aide familiale sur cinq s'est prévaluée d'une absence sans traitement prévue par la L.N.T. depuis son arrivée au Québec.

Ces interventions mettent en lumière l'importance de poursuivre auprès des travailleurs étrangers temporaires les activités de sensibilisation et d'information quant à leurs droits au travail. La complexité de l'architecture normative, administrative et juridictionnelle du droit du travail au Québec impose aux acteurs chargés de l'application et de la surveillance de ce corpus normatif d'assurer une présence soutenue auprès de ces travailleurs.

Les constats posés par l'intervention de la CNT nous invitent à poursuivre la réflexion ; nous proposons, dans l'espace qui nous est imparti, de mettre au jour quelques exemples concrets des difficultés

que peuvent rencontrer les travailleurs étrangers temporaires lors de la mise en œuvre de leurs droits au travail ; il ne serait toutefois pas raisonnable d'affirmer que la présente communication envisagera l'ensemble des facteurs y contribuant ou qu'elle recensera l'ensemble des problématiques de mise en œuvre du droit du travail eu égard à cette main-d'œuvre. Nous tenterons, plus modestement, de présenter certaines situations pratiques qui, de notre point de vue, génèrent des problématiques d'effectivité des droits et recours prévus aux lois du travail qui, de notre point de vue, découlent généralement de l'articulation entre les conditions posées par les programmes de travail temporaire et les mécanismes de mise en œuvre prévus aux lois du travail.

III- La mise en œuvre des droits au travail des travailleurs étrangers temporaires : une analyse à l'intersection du droit du travail et du droit de l'immigration

De notre point de vue, le statut temporaire du séjour et de l'emploi de ces salariés, en plus du contexte d'insécurité associé au fait que leur embauche ou le renouvellement de leur contrat de travail dépendent, entre autres, des démarches entreprises par l'employeur, peuvent être de puissants facteurs limitant la volonté ou la possibilité pour le travailleur de mobiliser ses droits au travail. De plus, la formation du contrat de travail entre un travailleur étranger et son employeur est assujettie à la réalisation d'une pluralité de formalités administratives qui ne découle pas d'une rencontre de la volonté entre les parties à la relation d'emploi. Il semble donc raisonnable d'affirmer, qu'*a priori*, la réalité ci-décrite et dans laquelle s'inscrit la prestation de travail du salarié peut être génératrice de précarité.

De façon générique, la précarité découle de l'instabilité, des déficits de protection, de l'insécurité et de la vulnérabilité économique et sociale¹⁵². En matière d'emploi, la précarité se traduit par un fort degré d'incertitude quant à l'emploi occupé, un degré négligeable de contrôle sur les conditions de travail associées à celui-ci, un faible degré de protection découlant du cadre réglementaire en place et un

152. Gerry RODGERS et Janine RODGERS, *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe*, Genève, OIT, 1989, p. 5 tel que cité par Bridget ANDERSON, « Migration, Immigration Controls and the Fashioning of Precarious Workers », (2010) 24(2) *Work, Employment and Society* 300.

faible revenu généré par l'emploi¹⁵³. La précarité s'inscrit au cœur du phénomène social de l'offre et la demande¹⁵⁴. Ainsi, il semble plausible de statuer que le caractère précaire de leur statut et de leur emploi peut freiner ces travailleurs dans leur volonté de mobiliser leurs droits au travail.

Nous tenterons d'illustrer concrètement cette hypothèse en présentant quelques exemples où les conditions imposées par les programmes de travail temporaire peuvent avoir une incidence sur la mise en œuvre de certains droits et recours mis en place par le droit du travail ; nos exemples seront tirés de la *Loi sur les normes du travail* (a). Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur les difficultés techniques que peuvent rencontrer les travailleurs étrangers temporaires qui désirent mobiliser les recours de protection de l'emploi prévus aux lois du travail (b).

A. Mise en œuvre des droits et recours prévus à la Loi sur les normes du travail

Les programmes de travail temporaire, dans leur forme actuelle, créent une pluralité de catégories de travailleurs étrangers qui disposent d'un dénominateur commun : les conditions de leur emploi sont généralement surdéterminées par les règles mises en place par les programmes de travail temporaire. L'articulation de ces cadres réglementaires a des conséquences concrètes sur la mise en œuvre d'une pluralité d'instruments normatifs composant le droit du travail¹⁵⁵.

153. Gerry RODGERS, « Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate », dans Gerry RODGERS et Janine RODGERS (dir.), Gerry RODGERS et Janine RODGERS, *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe*, Genève, OIT, 1989. Voir également Judy FUDGE.

154. Judy FUDGE, « Labour as Fictive Commodity: Radically Reconceptualizing Labour Law », dans Guy DAVIDOV et Brian LANGILLE (dir.), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 120.

155. Nous ne traiterons pas des problématiques particulières découlant des limites au droit d'association des travailleurs agricoles posées explicitement par l'article 21(5) du *Code du travail* ou des enjeux en matière d'indemnisation des victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle ou de santé et de sécurité au travail. Sur cette question, voir notamment Julie BOURGAULT, « L'arrêt *Fraser* : un recul pour les droits des syndiqués ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 348, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012 ; Annie GAGNON, « Les travailleurs étrangers et la L.A.T.M.P. », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 346, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 3 ; Commission

Le droit du travail et le droit de l'immigration, en tant qu'ensembles normatifs, ne disposent pas des mêmes fonctions et les règles qui y sont consignées ne visent pas les mêmes finalités. En effet, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* a notamment pour objet de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques et de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité¹⁵⁶. L'interprétation et la mise en œuvre de la L.I.P.R. doivent avoir pour effet, entre autres, de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international, d'encourager la responsabilisation et la transparence par une meilleure connaissance des programmes d'immigration et de ceux pour les réfugiés, de faciliter la coopération entre le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux, les États étrangers, les organisations internationales et les organismes non gouvernementaux¹⁵⁷. Les décisions prises en vertu de la loi doivent être conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes d'égalité et de protection contre la discrimination ; ces décisions doivent également se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire¹⁵⁸.

Par ailleurs, deux principales catégories de fonctions peuvent être associées au droit du travail : une première afférente aux fonctions protectrices du travailleur et une seconde aux fonctions régulatrices qui assurent le fonctionnement de l'économie¹⁵⁹. Le rôle protecteur du droit du travail se manifeste par la sécurité « dans » le travail et « par » le travail pour le salarié¹⁶⁰. Cet ensemble normatif dit de protection s'étend donc à la sécurité physique du travailleur,

des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La discrimination systématique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, Document adopté à la 574^e séance de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse tenue le 9 décembre 2011, par sa résolution COM-574-5.1.1.

156. Art. 3(1) L.I.P.R.

157. Art. 3(3) L.I.P.R.

158. *Ibid.* Pour plus de détails concernant la mise en œuvre des principes découlant de la L.I.P.R., voir Stephanie BERNSTEIN, « Au carrefour des ordres publics : l'application des lois du travail aux travailleuses et aux travailleurs ne détenant pas de permis de travail valide en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 2009, p. 237.

159. Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? : essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 31 et s.

160. Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, P.U.F., 1994, p. 67.

mais aussi à sa dignité et à sa sécurité financière : [c]e droit régulateur rend supportable le rapport de domination »¹⁶¹. D'autres considèrent que le droit du travail, dans son ensemble, atténue le conflit social et est primordial dans l'organisation de la cellule sociale qu'est l'entreprise¹⁶². Ultimement, l'aménagement juridique de l'ordre des rapports collectifs du travail, favorise généralement le fonctionnement de l'économie, en limitant, par exemple, le recours à la grève¹⁶³. Les fonctions du droit du travail se manifestent notamment par la mise en place d'institutions. Il importe toutefois de considérer que « le droit n'est toutefois pas cantonné dans une superstructure du tout social mais c'est en représentant les rapports sociaux qu'il contribue à [a] constitution, [au] fonctionnement et [à la] reproduction de ses institutions »¹⁶⁴. Les fonctions du droit du travail se manifestent par la mise en œuvre des divers instruments normatifs, aux finalités propres, qui composent ce corpus normatif.

De façon plus spécifique, les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* fixent des conditions minimales en deçà desquelles les parties au contrat de travail ne peuvent valablement contracter. Or, mis à part certaines exceptions¹⁶⁵, il importe de considérer que la mise en œuvre du droit repose généralement sur la mobilisation par les destinataires de la règle, c'est-à-dire, les travailleurs eux-mêmes. L'analyse de la jurisprudence révèle, d'un point de vue quantitatif, une faible mobilisation des recours mis en place par ce corpus normatif par les travailleurs étrangers temporaires ; ce constat ne signifie pas pour autant que les finalités de la L.N.T. soient totalement réalisées auprès de cette main-d'œuvre.

Les conditions mises en place par les différents programmes sont fort similaires, et ce, à plusieurs égards¹⁶⁶. Il importe toutefois

-
161. Antoine JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », (1982) *Droit Social* 618, 627.
162. Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? : essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 40.
163. *Ibid.*, p. 49. Ou encore, on envisage également l'aménagement des rapports collectifs pour assurer une continuité dans les services publics, en veillant, par exemple, à ce que les services essentiels soient assurés. À cet égard, voir Léa Laurence FONTAINE, « Des services publics toujours essentiels au Québec ? », (2008) 63(4) *Relations industrielles* 719.
164. François COLLIN *et al.*, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 154.
165. Celles-ci sont illustrées, notamment, par les activités de surveillance récemment mises en œuvre par la Commission des normes du travail auprès des travailleurs agricoles et des aides familiales résidentes ou encore, par le fait de mécanismes de dénonciation confidentielle mis en place par la CNT.
166. Voir *supra*, p. 236 et s.

de souligner ce qui constitue, de notre point de vue, la démarcation fondamentale entre les PAFR et les autres programmes : il s'agit de la possibilité pour les travailleuses domestiques accédant à un emploi par le biais du PAFR de formuler, à terme¹⁶⁷, une demande de résidence permanente. En effet, cette possibilité de passage du statut de travailleur temporaire à celui de statut résident permanent n'est pas prévue pour les travailleurs agricoles ou les travailleurs occupant des « emplois exigeant un niveau de formation »¹⁶⁸ et embauchés par le biais des deux autres programmes.

Bien que cette possibilité d'accès au statut permanent puisse paraître comme étant un « avantage » conféré aux aides familiales résidentes, il existe un risque tangible que ces travailleuses « tolèrent des abus ou de mauvaises conditions de travail ou de logement pour ne pas perdre la possibilité d'obtenir le statut de résident permanent »¹⁶⁹. Rappelons que l'aide familiale devra démontrer qu'elle a complété une période de 24 mois de travail autorisé à temps plein ou a cumulé 3 900 heures de travail autorisé à temps plein¹⁷⁰. Or, pour ce faire, l'agent d'immigration aura recours à une méthode fort singulière pour calculer la période effectivement travaillée : il comptabilisera les retenues à la source perçues du salaire de l'aide familiale.

Cette forme de computation de la période travaillée, auprès d'un ou plusieurs employeurs, augmente de façon importante le risque que la travailleuse se soumette à des conditions de travail insatisfaisantes, et ce, afin d'accéder le plus rapidement possible au statut tant convoité de résident permanent¹⁷¹. En effet, la méthode de calcul de la durée du service peut également être préjudiciable à l'aide familiale qui voit son emploi prendre fin parce que ses services ne sont plus requis ou qui choisit de quitter un milieu de travail qui n'est pas adéquat¹⁷². Bien que dans de telles situations, l'aide familiale pourra être embauchée par un nouvel employeur, le temps nécessaire aux

167. Voir *supra*, p. 238-239.

168. C'est ainsi que Ressources humaines et Développement des compétences Canada qualifie les emplois comblés par le Volet des professions peu spécialisées du Programme des travailleurs étrangers temporaires. Voir : <http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ae_tet/penrf_tet.shtml>.

169. Rapport vérificatrice, 2009, *supra*, note 119, p. 38.

170. Nous rappelons que ce total doit être compris dans une période minimale de 22 mois pouvant inclure un maximum de 390 heures supplémentaires.

171. Luis GOLDRING, Carolina BERINSTEIN et Judith K. BERNHARD, « Institutionalizing Precarious Migratory Statut in Canada », (2009) 13(3) *Citizenship Studies* 239, 251. Voir également Rapport, Chambre des communes, *supra*, note 120, p. 11 et 12.

172. Sur cette question, voir Rapport, Chambre des communes, *supra*, note 120, p. 11 et s.

démarches de recherche d'emploi et à l'émission par Citoyenneté Immigration Canada d'un permis de travail modifié pourrait retarder le moment où la demande de résidence permanente sera présentée¹⁷³. Dans cette même optique, l'aide familiale pourrait éviter de se prévaloir des dispositions autorisant certains congés sociaux sans salaire prévus aux lois du travail et ne pas s'absenter, par exemple, alors qu'elle est malade¹⁷⁴. Rappelons qu'en vertu de la L.N.T., le service continu d'un salarié n'est pas interrompu lorsque le salarié se prévaut d'un tel congé¹⁷⁵.

Par ailleurs, certaines conditions posées par ces programmes sont communes aux deux groupes de travailleurs. À titre d'exemple, à l'instar du PAFR, les employeurs ayant recours au « Volet agricole » ou au PTAS doivent fournir un logement aux travailleurs embauchés¹⁷⁶. Ainsi, dans la grande majorité des cas, les salariés seront hébergés sur les lieux du travail ou à proximité de ceux-ci dans un logement fourni par l'employeur. Cette mesure peut également accentuer la vulnérabilité de ces travailleurs¹⁷⁷. Dépendants de leur employeur pour se loger, disposant de peu de temps et d'espace pour

173. Louise BOIVIN et Rolande PINARD, *Les femmes dans l'engrenage mondialisé de la concurrence, étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec*, Montréal, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail, 2007, p. 66.

174. À titre d'exemple, congé de maternité, congé de maladie, etc. : *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N.1-1, 79(1) et s.

175. Rappelons qu'en vertu de la *Loi sur les normes du travail*, le service continu est la période au cours de laquelle le salarié est considéré comme étant au service de son employeur. Il y a donc service continu même si le salarié s'absente par exemple à l'occasion d'un congé payé, d'un congé sans solde, d'un congé de maladie, d'une grève, d'un lock-out ou d'un accident de travail. Sur cette question, voir notamment *Restaurant Dunns inc. c. Jeanson*, D.T.E. 90T-1029 (T.A.). La définition du service continu est prévue à l'article 1(12) L.N.T. ; cette disposition prévoit que le service continu réfère à « la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution du travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permettent de conclure à un non-renouvellement de contrat ». Ainsi, les travailleurs saisonniers qui cumulent les contrats à durée déterminée peuvent prétendre à cumuler un service continu.

176. Certaines distinctions s'imposent quant au prix de logement, voir *supra*, p. 239 et s.

177. Sur cette question, voir Sedef ARAT-KOC, « From 'Mothers of the Nation' to Migrant Workers », dans Abigail BAKAN et Daiva STASILIUS (dir.), *Not One of the Family: Foreign Domestic Workers in Canada*, Toronto, Toronto University Press, 53 et Daiva K. STASIULIS et Abigail B. BAKAN, *Negotiating Citizenship, Migrant Women in Canada and the Global System*, Palgrave Macmillan : Hampshire et New York, 2003, p. 65. Ce constat est également évoqué à l'égard des travailleurs agricoles, voir *Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Johanne L'Écuyer et Pierre Locas*, D.T.E. 2010T-295

développer un réseau, ces travailleurs pourraient tarder à dénoncer de mauvaises conditions de travail¹⁷⁸. S'ajoutent à cela leur manque de ressources, financières ou sociales et l'isolement géographique et parfois social dont font l'objet ces travailleurs ; la conjonction de ces facteurs peut générer une méconnaissance des droits et des organismes chargés de la mise en œuvre de ceux-ci ainsi qu'une crainte de représailles en cas de mobilisation de ces instances.

Ainsi, il est donc fondé de présumer que les travailleurs étrangers temporaires, compte tenu, entre autres, du caractère temporaire de leur séjour, des limites imposées à leur mobilité professionnelle et du caractère singulier des formalités administratives mises en place par ces programmes seront moins enclins à adresser leurs doléances, craignant un impact sur leur sécurité d'emploi¹⁷⁹. En effet, pour les aides familiales, « les périodes de chômage peuvent avoir un effet dévastateur »¹⁸⁰, mettant en péril la possibilité d'accéder au statut de résident permanent et les confrontant également à la perte de leur logement. Les travailleurs agricoles ou ceux occupant des emplois qui exigent un niveau réduit de formation sont liés à des contrats de travail d'une durée prédéterminée à l'issue de laquelle ils devront quitter le Canada. Dans la mesure où ces travailleurs manifestent la volonté de revenir au Canada en vertu de l'un de ces programmes, leur retour est tributaire de la volonté d'un employeur de les embaucher et de la réalisation d'une pluralité de conditions administratives sur lesquelles ils disposent généralement de peu de contrôle. Dans la mesure où un travailleur n'est pas désigné, il retournera dans le « bassin » des travailleurs disponibles et devra espérer être recruté par un nouvel employeur. Alors que cette possibilité pour l'employeur

(C.R.T.) (Requête en révision judiciaire, 2010-05-14 (C.S.), 500-17-058367-106), par. 172.

178. Louise DIONNE, « Les aides familiales résidentes : Discriminations et protections sociales », Document de travail (2005) cité par Louise BOIVIN et Rolande PINARD, *Les femmes dans l'engrenage mondialisé de la concurrence, étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec*, Montréal, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail, 2007, p. 69.

179. Nous référons les lecteurs à l'affaire *Commission des normes du travail c. D'amour*, 2011 QCCS 12060. Bien que cette affaire traite d'une réclamation de salaire impayé initiée par la CNT pour le compte d'une aide familiale, le jugement nous apprend que le contrat d'emploi fut terminé prématurément. L'employeur avait opéré compensation entre les sommes dues à la salariée et le prix du billet d'avion déboursé pour la salariée, et ce, compte tenu du fait que la salariée se serait engagée à rembourser le prix de ce billet si elle ne demeurait pas à leur emploi pendant toute la durée du contrat. Or, la preuve révéla plutôt que la salariée s'était engagée simplement à « honorer son contrat à moins qu'une raison sérieuse ne l'incite à le terminer » et le tribunal condamna l'employeur à rembourser les sommes réclamées.

180. Rapport, Chambre des communes, *supra*, note 120, p. 12.

de « désigner » les travailleurs qu'il souhaite recruter peut conférer une certaine sécurité d'emploi aux travailleurs et donner accès aux protections générées par la complétion d'un certain service continu¹⁸¹, cette discrétion unilatérale de l'employeur peut également être génératrice d'une forme de dépendance du travailleur à son employeur¹⁸².

De plus, les travailleurs étrangers temporaires embauchés par le biais de l'un de ces programmes ne sont pas autorisés à migrer avec leur famille. L'impossibilité de bénéficier de la réunification familiale rend donc ces travailleurs plus « disponibles » et généralement plus enclins à travailler de plus longues heures que les salariés qui doivent vaquer à des obligations personnelles ou familiales¹⁸³. De plus, le fait que le travailleur loge dans le logement fourni par l'employeur ou même dans sa résidence peut avoir pour effet d'augmenter le degré de contrôle que peut exercer l'employeur, et ce, à l'extérieur des périodes de disponibilité formelle des salariés¹⁸⁴. En effet, le fait de résider chez l'employeur ou à proximité du lieu où s'exécute le travail peut avoir pour effet de « brouiller »¹⁸⁵ la frontière entre les périodes de travail et le temps de repos¹⁸⁶.

-
181. À titre d'exemple, les normes afférentes à la durée des vacances et à l'indemnité de congé annuel (art. 69 L.N.T.), le droit de s'absenter pour cause de maladie ou d'accident (art. 79.2 L.N.T.) ou la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante (art. 124 L.N.T.) sont toutes assujetties à des conditions de service continu auprès du même employeur.
182. Cette hypothèse est notamment soulevée par Fay FARADAY, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers Insecurity*, Metcalf Foundation, 2012, p. 75.
183. Kerry PREIBISCH, « Pick Your Own Labour: Migrant Workers and Canadian Agriculture », (2010) 44(2) *International Migration Review* 404, 434. Sur cette question, voir notamment Kerry PREIBISCH et Leigh BINFORD, « Interrogating Racialized Global Labour Supply: An Exploration of the Ethnic Replacement of Foreign Agricultural Workers in Canada » (2007) 44(1) *The Canadian Review of Sociology and Anthropology* et Tanya BASOK, *Tortillas and Tomatoes: Transmigrant Mexican Harvesters in Canada*, Montréal, McGill-Queens University Press, 2007. À l'instar de tous les travailleurs, les travailleurs migrants peuvent refuser de travailler après un certain nombre d'heures effectué quotidiennement ou hebdomadairement, art. 59.01.1 L.N.T.
184. Kerry PREIBISCH, « Pick-Your-Own Labor: Migrant Workers and Flexibility in Canadian Agriculture », (2010) 44(2) *International Migration Review* 404, 415. Voir également Tanya BASOK, *Tortillas and Tomatoes: Transmigrant Mexican Harvesters in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002.
185. Nous empruntons cette expression à Guylaine VALLÉE, « Les nouvelles formes d'emploi et le « brouillage » de la frontière entre la vie de travail et la vie privée : jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés ? », (2010) 15(2) *Lex Electronica* 1.
186. Il est utile de souligner que la *Loi sur les normes du travail* prévoit « qu'un salarié est réputé au travail lorsqu'il est à la disposition de son employeur sur les

Dans une décision d'envergure rendue par la C.R.T. et portant sur la syndicalisation des travailleurs agricoles, la C.R.T. cerne bien les difficultés que peuvent rencontrer ces travailleurs, notamment en regard de l'exercice de leurs droits. Nous estimons que l'extrait ci-reproduit, avec les adaptations nécessaires, vaut toutefois autant pour les aides familiales que pour les travailleurs agricoles et pour ceux occupant un emploi exigeant un niveau réduit de formation :

[170] L'exercice de ces droits est cependant plus difficile. Cela s'explique d'abord par leur méconnaissance de ces droits. [...]

[171] Il y a tout d'abord l'inévitable barrière que constitue l'absence ou la faible connaissance de la langue française de même que la barrière culturelle qui limitent la capacité de ces travailleurs de comprendre la nature et l'étendue de leurs droits et leur difficulté à les exercer, le cas échéant.

[172] Ensuite, l'obligation de résider à l'endroit désigné par l'employeur et dépendre de ce dernier quant à l'accès à un téléphone, le contrôle qui peut être exercé sur la possibilité de recevoir des visiteurs, l'accès restreint à un moyen de transport et enfin les longues heures de travail, sont des contraintes additionnelles qui défavorisent l'exercice des droits conférés à ces travailleurs.

[...]

[176] Il ressort que le rapatriement dans leur pays d'origine implique pour les travailleurs migrants des difficultés certaines à exercer leurs droits, malgré les technologies de communication existantes. Parmi les facteurs encore plus importants, figure l'insécurité qui découle de l'absence de recours en cas de rupture de contrat par l'employeur et le rapatriement forcé au Mexique que cette décision peut entraîner. Il en est de même de l'absence de garantie de retour au travail l'année suivante. Ces derniers facteurs rendent plus que vraisemblable qu'un salarié puisse craindre de perdre son emploi ou de ne pas être rappelé l'année suivante en raison de l'exercice de ses droits.¹⁸⁷

Bien que, de façon générale, la mobilisation des droits et recours prévus aux lois du travail puisse s'avérer problématique pour les travailleurs étrangers, ceux-ci pourraient être davantage portés à le faire lorsqu'ils font l'objet d'un congédiement. Bien que la protection

lieux du travail et qu'il est obligé d'attendre qu'on lui donne du travail », art. 57(1) L.N.T.

187. *Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Johanne L'Écuyer et Pierre Locas*, D.T.E. 2010T-295 (C.R.T.) (Requête en révision judiciaire, 2010-05-14 (C.S.), 500-17-058367-106), par. 171 et 172.

de l'emploi soit soumise à l'exercice du droit de gérance de l'employeur, le droit du travail aménagea, au fil du temps, une série de normes et de recours permettant d'assurer que l'exercice de ce droit de gérance soit mis en balance avec le droit des salariés de conserver leur emploi. C'est dans ce contexte que nous envisagerons spécifiquement les enjeux liés à la mise en œuvre des recours de protection de l'emploi prévus notamment à la L.N.T.

B. Effectivité des normes et des recours visant la protection de l'emploi

À l'instar du droit du travail dans son entièreté, les règles afférentes à la protection de l'emploi, et la mise en balance de celles-ci avec les droits de direction de l'employeur, découlent d'une multiplicité de règles appartenant à différentes sphères du droit étatique : qu'il s'agisse du droit civil, du droit légiféré du travail ou des instruments d'affirmation des droits fondamentaux de la personne. La protection de l'emploi est également régie par les règles émanant des acteurs du milieu du travail, c'est-à-dire les règles que l'on retrouve dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail.

La L.N.T. prévoit, depuis son entrée en vigueur le 16 avril 1980, un recours à l'encontre d'un congédiement fait sans une cause juste et suffisante. Cette protection, prévue à l'article 124 L.N.T., constitue l'une des principales innovations apportées par la L.N.T., et ce, dès son adoption. À ce jour, une telle protection n'existe au Canada que dans le *Code canadien du travail*¹⁸⁸ et dans la législation de la Nouvelle-Écosse¹⁸⁹. Comme le rappelait récemment la Cour suprême dans l'affaire *SFPQ*, bien que l'article 124 L.N.T. se présente sous forme de procédure, cet article crée non seulement une voie de recours, mais aussi une norme substantielle du travail qui interdit le congédiement ou la cessation d'emploi d'un salarié, en l'absence de cause juste et suffisante, pourvu que celui-ci dispose de deux ans de

188. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, art. 204-246. Le salarié doit justifier d'au moins un an de service continu auprès du même employeur (art. 240(1)a)

189. *Labour Standards Code*, R.S., c. 246, s. 1, art. 71. Le salarié doit justifier d'au moins 10 ans de service continu pour le même employeur. Plusieurs auteurs soulignent que cette norme est directement inspirée du contenu des conventions collectives, l'obligation de justifier le congédiement d'un travailleur syndiqué par une cause juste et suffisante bénéficiant d'une reconnaissance généralisée dans ces conventions. À ce sujet, voir Gilles TRUDEAU, *Les normes minimales du travail au Canada et au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 160.

service continu. En effet, « cette norme s'impose à tout contrat individuel à durée déterminée ou indéterminée et aux conventions collectives de travail. Elle déroge ainsi aux principes traditionnels de la liberté contractuelle et restreint le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre fin, à son gré, à tout contrat de travail à durée indéterminée sous réserve d'un avis suffisant »¹⁹⁰.

Ainsi, la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante est assortie d'un recours qui permet aux salariés disposant de deux ans de service continu auprès du même employeur de déposer une plainte à la Commission des normes du travail. Celle-ci pourra représenter, devant la Commission des relations du travail, « un salarié qui ne fait pas partie d'un groupe de salariés visé par une accréditation accordée en vertu du Code du travail »¹⁹¹. Ce recours est disponible à tous les salariés qui ne disposent pas d'une autre mesure de réparation¹⁹². Au chapitre des remèdes, la C.R.T. pourra imposer à l'employeur la réintégration du salarié, ordonner le paiement d'une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié et rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire¹⁹³. Comme le souligne l'auteur Dominic Roux, « la garantie effective du droit au travail qui en résulte se manifeste, encore ici, dans les mesures de réparation que le travailleur peut obtenir en cas de congédiement injustifié, lesquelles comprennent une ordonnance de réintégration »¹⁹⁴.

En plus de la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante conférée par l'article 124 L.N.T., la *Loi sur les normes du travail* prévoit également qu'un salarié peut exercer un recours s'il est congédié, suspendu, déplacé ou si l'employeur exerce à son endroit des mesures discriminatoires ou des représailles ou s'il lui impose toute autre sanction en raison, par exemple, de l'exercice d'un droit

190. *SFPQ c. Québec*, [2010] 2 R.C.S. 61, par. 10.

191. Art. 126.1 L.N.T.

192. Art. 124 L.N.T. Cette « autre procédure de réparation » doit revêtir un caractère obligatoire, en ce sens que l'une des parties doit pouvoir contraindre l'autre à s'y soumettre, elle doit respecter les principes de justice naturelle, notamment le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial, et la décision rendue dans le cadre de cette procédure doit être exécutoire. Voir *Malo c. Côté-Desbiolles*, [1995] R.J.Q. 1686 (C.A.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 1996-02-01), 24899.

193. Art. 128 L.N.T.

194. Dominic ROUX, *Le principe de droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2005, p. 327.

conféré par la L.N.T.¹⁹⁵. Or, la réintégration ainsi qu'une indemnité équivalant au salaire et autres avantages dont le salarié a été privé par la sanction pourront alors être accordées si la plainte déposée par le salarié est accueillie¹⁹⁶.

Dans ces deux cas de figure, le salarié devra déposer une plainte dans les 45 jours de son congédiement ; le délai commence à courir le jour où le salarié prend connaissance du fait qu'il a été congédié¹⁹⁷. Pour les travailleurs saisonniers, ce n'est qu'à partir du moment où un salarié apprend qu'il ne sera pas rappelé au travail que le délai de 45 jours commence à courir et non, par exemple, au moment où il reçoit, comme à chaque automne, un avis de cessation d'emploi ne mentionnant aucune date de retour au travail¹⁹⁸. Le délai prévu de 45 jours est un délai de rigueur. Toutefois, l'impossibilité d'agir est une cause de suspension de ce délai¹⁹⁹ et le salarié devra établir qu'il est dans « l'impossibilité en fait d'agir [et que c']est cette impuissance totale, cette incapacité ou force majeure qui [l']empêche de poser un acte à un moment donné »²⁰⁰. Il fut toutefois déjà décidé qu'une personne mal informée de ses droits, ne se trouve pas dans l'impossibilité en fait d'agir, soit par elle-même, soit en se faisant représenter²⁰¹. Ainsi, bien que le travailleur étranger, compte tenu de sa situation singulière, puisse méconnaître les protections prévues aux lois du travail, il ne pourra évoquer cet état de faits afin de prolonger le délai pour déposer une telle plainte.

Il importe toutefois de préciser que les enjeux quant à la mobilisation des recours de protection de l'emploi diffèrent de façon importante d'une catégorie de travailleurs étrangers à l'autre. En effet, bien que le permis de travail octroyé à l'aide familiale spécifique explici-

195. Art. 122 L.N.T. D'autres situations sont également envisagées par l'article 122 L.N.T. Plusieurs lois du travail envisagent des recours en cas de représailles, voir notamment *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A3-000.1, art. 32 ; *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1, art. 30 ; *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 15 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 82 et 134.

196. Art. 123.4 L.N.T. À l'instar de ce qui prévaut pour un recours déposé en vertu de l'article 124 L.N.T., l'article 123.5 prévoit que la Commission des normes du travail pourra représenter un salarié ayant déposé une plainte en vertu de l'article 122 L.N.T. s'il ne fait pas partie d'un groupe de salariés visé par une accréditation accordée en vertu du *Code du travail*.

197. Voir notamment *Garage Montplaisir ltée c. Couture*, D.T.E. 2001T-1090 (C.S.) et *L'Heureux c. Maxinet enr.*, D.T.E. 2000T-60 (C.T.).

198. Voir *Jean-François c. L.V.M. Tech inc.*, D.T.E. 96T-1377 (C.T.).

199. Art. 2904 C.c.Q.

200. *Parent c. École secondaire François-Bourrin*, D.T.E. 99T-610 (C.T.), p. 8.

201. *Abinader et Collège Dawson*, D.T.E. 2008T-681 (C.R.T.).

tement qu'elle peut travailler pour le seul employeur mentionné sur ce document, son permis de séjour est d'une durée de 48 mois. En cas de fin d'emploi, elle pourra se faire recruter par un nouvel employeur mais ce changement doit être formalisé auprès des autorités concernées et un nouveau permis de travail devra être émis²⁰². Ainsi, lorsque la travailleuse domestique mobilisera un recours de protection de l'emploi, elle sera généralement toujours au Québec. Cela pourrait, *prima facie*, nous permettre de conclure que les aides familiales peuvent plus facilement, d'un strict point de vue procédural, saisir les tribunaux. Or, une recherche jurisprudentielle rapporte une seule décision, en vertu de la L.N.T., dans laquelle une aide familiale résidente aurait déposé une plainte de congédiement, alléguant avoir été congédiée après avoir exigé de l'employeur que celui-ci lui émette des bulletins de paye, conformément aux prédictions de la L.N.T.²⁰³. Dans cette affaire, la preuve révéla que la salariée exigea ses bulletins de paye en prévision d'une rencontre avec un agent d'immigration et que l'employeur, qui lui versait un montant net à chaque semaine, refusa d'obtempérer. Selon ce jugement, l'employeur ne faisait aucune déclaration relative au salaire de la plaignante auprès des autorités concernées²⁰⁴.

Le tribunal accueillit la plainte et ordonna que l'employeur verse à la salariée l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement ; le tribunal ne put toutefois ordonner la réintégration. En effet, les aides familiales accédant à un emploi par le biais du PAFR étant considérées comme des gardiennes ou des domestiques au sens de la L.N.T.²⁰⁵, cette loi prévoit qu'elles ne pourront demander la réintégration suite à une décision favorable en

202. Nous avons déjà évoqué les problématiques qui peuvent découler d'un tel changement. Voir *supra*, p. 235.

203. Art. 46 L.N.T. *Helancha Dian David c. Stephan Shinder et Johanne Nadeau*, D.T.E. 2002T-281 (C.T.).

204. *Ibid.*, par. 20.

205. La *Loi sur les normes du travail* prévoit qu'une domestique est « un salarié employé par une personne physique et dont la fonction principale est d'effectuer des travaux ménagers dans le logement de cette personne, y compris le salarié dont la fonction principale est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée et d'effectuer dans le logement des travaux ménagers qui ne sont pas directement reliés aux besoins immédiats de la personne gardée », art. 1(6) L.N.T. Cette même loi distingue le domestiques du gardien qui « est un salarié dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le logement de cette personne, y compris, le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne, sauf si l'employeur poursuit au moyen de ce travail des fins lucratives », art. 54(9) L.N.T.

vertu des articles 122 ou 124²⁰⁶. L'ensemble des salariés qualifiés de « domestique » ou de « gardien » au sens de la L.N.T. sont visés par cette exception et non seulement les aides familiales résidentes embauchées par le biais du PAFR.

C'est le caractère singulier de la prestation de travail effectuée par le « gardien » ou le « domestique » qui justifia, historiquement, cette exception. Qui plus est, pour l'aide familiale résidente, un congédiement rime également avec la perte de son logement. En effet, en vertu du PAFR, celle-ci se *doit* de résider chez son employeur. Dans ce contexte et du point de vue de la travailleuse, la réintégration dans l'emploi et incidemment, dans le logement de l'employeur, serait-elle souhaitée ou souhaitable ? Il est permis d'en douter.

En ce sens, lorsque la C.R.T. dispose d'un recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, dans la foulée d'une plainte en vertu de l'article 124 L.N.T., elle peut « rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire »²⁰⁷. Or, dans certaines circonstances, la C.R.T. aura recours à ce pouvoir que lui confère la L.N.T. et pourra, par exemple, remplacer la réintégration jugée inappropriée par une indemnité de perte d'emploi. Or, la réintégration n'est pas disponible en vertu de l'article 122 L.N.T. En effet, lorsque la C.R.T. constate que l'employeur a imposé une mesure de représailles suite à l'exercice d'un droit conféré, elle ne pourra qu'annuler la mesure imposée au salarié, imposer la réintégration en cas de congédiement et ordonner le versement d'une indemnité compensant le salaire et autres avantages perdus. Ne serait-il pas envisageable que la C.R.T. dispose des mêmes remèdes lorsqu'elle accueille une plainte de congédiement, et ce, que ce soit en vertu de l'article 122 ou 124 L.N.T., lorsque la réintégration, comme c'est le cas pour les domestiques et les gardiens, n'est pas disponible ? Nous jugeons qu'une telle intervention du législateur serait opportune. En effet, les travailleuses domestiques, privées du remède de la réintégration, « sont en droit de s'attendre à ce que leur lien d'emploi, si précaire soit-il, ne prenne pas fin pour des motifs illégaux et qu'un remède approprié, c'est-à-dire adapté à leur situation, puisse être imposé si tel était le cas »²⁰⁸.

206. Art. 128, al. 2 et 123.4, al. 3 L.N.T.

207. Art. 128 L.N.T.

208. Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle, Rapport final du Comité d'experts chargé de se pencher sur les besoins de protection sociale des personnes vivant une situation de travail non traditionnelle, Gouvernement du

La situation est tout autre pour un travailleur accédant à un emploi par le biais du PTAS ou du PTET et qui apprend son congédiement ou son non-rappel une fois qu'il aura quitté le Québec. La mobilisation des recours disponibles dans ces circonstances s'avèrera alors plus difficile, et ce, tant au niveau du processus afférent au dépôt de sa plainte qu'au niveau de l'administration de la preuve devant les tribunaux. Dans la mesure où le congédiement est connu du salarié lorsqu'il se retrouve à l'étranger, celui-ci devra tout de même déposer sa plainte dans les 45 jours qui suivent. Or, le dépôt d'une plainte auprès de la Commission des normes du travail suppose que le salarié connaisse l'existence des recours mis à sa disposition dans la *Loi sur les normes du travail* et qu'il maîtrise suffisamment l'anglais ou le français afin d'interpeller personnellement la Commission des normes du travail ou, à tout le moins, qu'il puisse être appuyé techniquement par des ressources disponibles là où il se trouve.

Il nous apparaît important d'illustrer les difficultés que peuvent rencontrer ces salariés dans la mise en œuvre des recours de protection de l'emploi à l'aide d'une décision jurisprudentielle. Dans la décision *Chamale c. Potager Riendeau*²⁰⁹, l'ensemble des problématiques ci-évoquées sont illustrées.

Dans cette affaire, le plaignant, Edey Geovani Santizo Chamale, déposa une plainte en vertu de l'article 122 L.N.T., alléguant avoir été congédié suite à un congé de maladie. En effet, après avoir travaillé pendant deux saisons consécutives auprès du même employeur à titre de travailleur « désigné », le plaignant avait dû s'absenter suite à de vives douleurs ressenties au dos. Suite à une visite médicale intervenue le 4 septembre 2007, le plaignant reçut un diagnostic de cervico-brachialgie et obtint un arrêt de travail à l'occasion duquel il dut suivre des traitements de physiothérapie²¹⁰. Or, le 3 octobre 2007, le plaignant consulta à nouveau le médecin et lui fit part de son désir de reprendre le travail puisque la fin de la saison ainsi que la date prévue de son retour au Guatemala approchaient. Or, un billet de retour au travail fut émis pour le jour même. Le plaignant travailla donc jusqu'au 13 octobre 2007 et repartit le lendemain pour le Guatemala²¹¹. La preuve présentée lors de l'audi-

Québec, 2003, p. 475. Ces experts proposent d'ailleurs cette solution pour d'autres catégories de salariés en situation de travail non-traditionnelle.

209. *Edey Geovani Chamale Santizo c. Potager Riendeau*, 2009 QCCRT 0438 [*Santizo*, C.R.T. 1] (Requête en révision judiciaire accueillie 2011 QCCS 2990, Requête pour permission d'en appeler rejetée, 2011QCCA 2011-10-12).

210. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 9.

211. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 12.

tion révéla que la représentante de l'employeur lui remit une enveloppe scellée à remettre à l'Organisation internationale de migration (OIM) à son arrivée au Guatemala. Dans ce jugement, la C.R.T. rappelle que « l'OIM est ainsi chargée, au nom du gouvernement du Guatemala, de procéder à la sélection des travailleurs guatémaltèques et de les assister dans leurs démarches administratives afin qu'ils puissent venir travailler au Québec »²¹².

À son retour au Guatemala, le représentant de l'OIM, rencontré à son retour au Guatemala en octobre 2007, l'informe du contenu de l'avis de l'employeur. Celui-ci, rédigé en français, indiquait que le plaignant ne répondait plus aux exigences du poste car, toujours selon l'avis, « il ne peut plus couper de salade à cause de son bras, [car il] ne doit pas faire de mouvement répétitif »²¹³.

Selon la mandataire du plaignant présente à l'audience, le plaignant aurait attendu, sur les conseils du représentant de l'OIM, pour voir s'il serait rappelé²¹⁴. C'est à l'occasion d'une deuxième rencontre avec l'OIM, à la fin du mois de mars 2008, que l'OIM aurait annoncé au salarié qu'il n'était pas rappelé ; il communiqua avec sa mandataire qui déposa, le 1^{er} mai 2008, une plainte en vertu de l'article 122 L.N.T., alléguant que celui-ci avait été victime d'une mesure de représailles, le congédiement, suite à l'exercice d'un droit, soit le congé de maladie²¹⁵. La C.R.T., dans son jugement, souligne toutefois que les propos du plaignant à l'effet qu'un représentant de l'OIM lui aurait demandé d'attendre au printemps pour voir s'il serait rappelé ne sont pas établis²¹⁶.

Cette décision a également pour avantage de clarifier les formalités administratives afférentes à l'embauche de travailleurs recrutés en vertu du Volet agricole du PTET²¹⁷. Ainsi, afin de faire partie du bassin de main-d'œuvre susceptible d'être embauchée par un producteur agricole, les travailleurs guatémaltèques doivent soumettre

212. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 30.

213. *Edye Geovani Chamale Santizo c. Potager Riendeau*, 2009 QCCRT 0438 [*Santizo*, C.R.T. 3] (Requête en révision judiciaire accueillie 2011 QCCS 2990, Requête pour permission d'en appeler rejetée, 2011QCCA 2011-10-12), par. 16.

214. *Santizo*, C.R.T. 3, par. 20.

215. Art. 79.1 L.N.T. Cette disposition prévoit qu'un salarié qui justifie de 3 mois de service continu auprès du même employeur peut s'absenter du travail pendant une période d'au plus 26 semaines sur une période de 12 mois pour cause de maladie, de don d'organes ou de tissus à des fins de greffe ou d'accident.

216. *Santizo*, C.R.T. 3, par. 28.

217. À l'époque des faits de ce dossier, le Volet agricole du PTET se nommait Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation.

un certificat de bonne conduite, avoir un passeport valide et réussir un examen médical. La C.R.T. souligne que ces formalités doivent être remplies à chaque renouvellement du contrat de travail. Compte tenu des dates où les embauches sont faites, le travailleur doit initier ces démarches avant de savoir s'il sera effectivement appelé à travailler à l'étranger. Par ailleurs, il appert, selon ce jugement, que le producteur agricole doit, pour sa part, au plus tard huit semaines avant le début de la date d'embauche, acheminer sa demande de main-d'œuvre étrangère au Centre d'emploi agricole, qui les transmet à Service-Canada et à FERME²¹⁸. Dans son jugement, la C.R.T. confirme que l'employeur « peut requérir des travailleurs de trois catégories, soit des travailleurs « désignés », qui ont déjà travaillé dans le cadre de l'entente et qui sont nommément demandés par lui (ce qui est le cas de la grande majorité), des travailleurs de « sélection », qui ont déjà travaillé dans le cadre de l'entente, mais pas dans son entreprise, et des travailleurs de « première fois », qui font partie du bassin de main-d'œuvre de l'OIM et qui ont donc réussi toutes les étapes de sélection »²¹⁹.

Dans sa première décision, la C.R.T. devait d'abord déterminer si le plaignant pouvait être dispensé de témoigner en personne ; le plaignant demandait d'être entendu par vidéoconférence²²⁰. Celle-ci avait été organisée en collaboration avec le Consulat du Guatemala à Montréal et le ministère des Affaires étrangères du Guatemala qui avaient offert leur soutien technique. Or, à la date prévue de l'audition qui devait se tenir par vidéoconférence, le ministère des Affaires étrangères du Guatemala annonça aux procureurs du plaignant que la vidéoconférence devait être annulée car les personnes ressources du Ministère étaient « occupées à des réunions de très haut niveau »²²¹.

Dans sa décision, la C.R.T. détermina que « bien que la comparution par visioconférence soit plus apte à assurer le droit au contre-interrogatoire et l'appréciation de la crédibilité, elle n'équivaut pas à ce qui est requis en l'instance. Le témoin demeure derrière un écran. La transmission des images et du son n'a pas la précision et la fluidité souhaitées pour recevoir un témoignage qui risque de prendre un certain temps et qui ne porte pas sur des éléments secondaires ou peu

218. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 32.

219. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 33.

220. Il était également suggéré que le témoignage se fasse par déclaration assermentée ou par le biais d'une conférence téléphonique. La C.R.T. rejeta ces modes alternatifs, *Santizo*, C.R.T. 1, par. 68 à 70.

221. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 25.

litigieux, surtout dans un contexte où la traduction du témoignage devra être faite. Outre l'impact que cela peut avoir sur le contre-interrogatoire et sur l'appréciation de la crédibilité, cela pose aussi des problèmes d'organisation, dans la mesure où le plaignant n'a pas facilement accès à un système fiable de visioconférence. Il revient donc au plaignant de démontrer pourquoi il devrait être dispensé de témoigner en personne et la fiabilité d'une visioconférence »²²².

La C.R.T. ajouta également que la preuve quant à l'insuffisance des moyens financiers du plaignant pour se procurer un billet d'avion était demeurée « générale, voir lacunaire »²²³ et que le plaignant disposait vraisemblablement des sommes requises pour l'achat d'un tel billet. En effet, la décision souligne que les salariés doivent déposer 500 \$ US pour venir travailler au Québec et assumer des coûts pour l'obtention de divers documents totalisant 150 \$²²⁴. Or, selon la C.R.T., « le versement lui a été rendu à son retour en 2007 et il devait normalement l'avoir pour venir travailler en 2008 »²²⁵.

Finalement, la C.R.T. retient qu'elle ne peut faire reposer la responsabilité de l'organisation de la vidéoconférence sur un tiers, la C.R.T. ne pouvant « siéger ou annuler ses audiences à la dernière minute selon les disponibilités du Consulat ou du Ministère »²²⁶. La C.R.T. reproche également au plaignant de ne pas avoir fait de démarches significatives pour revenir au Québec²²⁷. La révision interne logée à la C.R.T. à l'encontre de cette décision fut rejetée²²⁸.

C'est donc en l'absence du plaignant que se déroula le débat sur la prescription de la plainte, l'employeur plaidant que le salarié n'avait pas logé sa plainte dans les 45 jours de la connaissance de son congédiement. La C.R.T. accueillit cette objection préliminaire en soulignant que c'est en décembre 2007, au moment de sa première visite à l'OIM, que le plaignant fut informé du contenu de l'avis de l'employeur et qu'en somme, celui-ci ne souhaitait pas le reprendre à

222. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 71.

223. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 75.

224. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 76.

225. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 76.

226. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 84.

227. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 81.

228. *Edye Geovani Chamale Santizo c. Potager Riendeau*, 2010 QCCRT 0153 [*Santizo*, C.R.T. 3] (Requête en révision judiciaire accueillie 2011 QCCS 2990, Requête pour permission d'en appeler rejetée, 2011QCCA 2011-10-12).

son service²²⁹. La C.R.T. souligne également que la déclaration assermentée déposée par le travailleur est au même effet²³⁰.

Fait intéressant, la C.R.T. mentionne que l'OIM est le mandataire du gouvernement du Guatemala et non de l'employeur et que peu importe les propos tenus par le représentant, ceux-ci ne modifient pas la décision de l'employeur. La C.R.T. explique que « le plaignant a pu entretenir l'espoir d'être appelé à travailler pour un autre producteur, ce qui est possible selon le programme. Enfin, même s'il a pensé que l'employeur pouvait changer d'idée et le rappeler, cela ne modifie pas le point de départ pour contester la décision de l'employeur, soit en décembre 2007, quand le plaignant en a eu connaissance »²³¹. Il est toutefois utile de rappeler que, dans cette affaire, la preuve révéla que l'OIM recrutait au Guatemala des travailleurs qui seraient embauchés par des employeurs québécois et que cette même organisation se chargeait d'administrer les listes de travailleurs « désignés par les employeurs »²³² ; c'est cette même organisation qui annonça la fin d'emploi au plaignant.

La Cour supérieure révisa l'ensemble de ces décisions et ordonna à la C.R.T. de convoquer les parties à une nouvelle audition ; la Cour jugea que la C.R.T. avait nié au salarié le droit d'être entendu et de faire valoir ses droits de façon juste et équitable²³³. Elle souligne que compte tenu de la condition socioéconomique du plaignant, la visioconférence lui aurait permis d'exercer ses droits²³⁴. En effet, pour la Cour, c'est le refus d'entendre le plaignant par visioconférence qui mena au rejet de sa plainte en vertu de l'article 122 L.N.T.

Dans sa décision, la Cour supérieure mentionne que c'est en l'absence de toute preuve que la C.R.T. déterminait que la transmission des images et du son par visioconférence n'avait pas la précision et la fluidité souhaitées pour recevoir un témoignage. En effet, elle rappelle qu'aucun test n'ayant été effectué, la conclusion sur la fiabilité de la visioconférence était prématurée²³⁵. De plus, elle rappelle qu'aucune preuve n'a démontré les difficultés structurelles à recourir à un tiers pour organiser cette visioconférence et que finalement, à la

229. *Santizo*, C.R.T. 3, par. 29.

230. *Santizo*, C.R.T. 3, par. 30.

231. *Santizo*, C.R.T. 3, par. 31.

232. *Santizo*, C.R.T. 1, par. 30 à 34.

233. *Edye Geovani Chamale Santizo c. Commission des relations du travail*, 2011 QCCS 2990 [*Santizo*, C.S. 1] (Requête pour permission d'en appeler rejetée, 2011QCCA 2011-10-12), par. 38.

234. *Santizo*, C.S. 1, par. 37.

235. *Santizo*, C.S. 1, par. 35.

lumière des faits, la C.R.T. ne pouvait valablement conclure que le plaignant avait vraisemblablement une partie significative des sommes requises pour l'achat d'un billet d'avion pour venir au Québec²³⁶. La Cour souligne que la preuve a plutôt démontré « que le requérant gagne [au Guatemala] au maximum 400 \$ CAN par mois et qu'il supporte financièrement son fils, sa femme et sa mère »²³⁷ et qu'il lui était donc impossible de se procurer un billet d'avion.

Bien qu'il soit incontestable que les travailleurs étrangers temporaires, au même titre que tous les salariés visés par la L.N.T., ont droit de contester leur congédiement conformément aux prédictions de la *Loi sur les normes du travail*, cette affaire illustre bien les difficultés que peuvent rencontrer certaines catégories de travailleurs étrangers temporaires lorsqu'ils veulent mobiliser les recours de protection de l'emploi. Il importe de considérer le nombre important d'intermédiaires, autant au Québec qu'à l'étranger, intervenant dans le processus de recrutement et d'embauche. Ce contexte peut rendre la date de la connaissance du congédiement plus difficile à déterminer et transformer l'administration de la preuve quant à la prescription de la plainte en une tâche très ardue. Comme évoqué, il appert que l'employeur évalue le salarié et que cette évaluation sera transmise à l'organisme chargé du recrutement à l'étranger ; c'est donc un agent de cet organisme qui aura la tâche de faire connaître la décision de l'employeur au salarié alors que celui-ci a déjà quitté le Québec.

Il est également possible que le travailleur étranger temporaire fasse l'objet d'un congédiement alors qu'il est au Canada. Une telle fin d'emploi peut alors conduire au rapatriement du travailleur qui ne disposera pas nécessairement du temps nécessaire pour faire valoir ses droits auprès de la Commission des normes du travail, et ce, alors qu'il est encore au Québec²³⁸. La preuve administrée dans le cadre d'une plainte en vertu de l'article 15 C.t. rendue par la C.R.T. illustre

236. *Santizo*, C.S. 1, par. 35 et 36.

237. *Santizo*, C.S. 1, par. 36.

238. Dans le dossier portant sur la syndicalisation des travailleurs agricoles, la C.R.T. souligna que cette possibilité « d'être l'objet d'un rapatriement unilatéral sans possibilité d'appel, de même que l'absence de garantie de retour l'année suivante, bien qu'en pratique les employeurs rappellent la majorité des travailleurs qui ont été à leur service l'année précédente, est un autre élément qui est de nature à contribuer à l'insécurité des travailleurs concernés et à leur dépendance envers leur employeur », *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer*, D.T.E. 2010T-295 (C.R.T.) (Requête en révision judiciaire (C.S., 2010-06-10), 500-17-058367-106), par. 176.

fort bien les procédures qui doivent être prises lorsque le travailleur agricole se fait annoncer sa fin d'emploi et son rapatriement²³⁹.

Dans cette affaire, le syndicat requérant demandait à la C.R.T. d'ordonner la réintégration provisoire de l'organisateur et promoteur principal de la campagne de syndicalisation chez l'employeur, et ce, jusqu'à ce qu'une décision sur sa plainte en vertu de l'article 15 C.t. soit rendue. Le salarié, embauché en vertu du PTAS, était au service de l'employeur depuis cinq ans lorsqu'il fut congédié. Le salarié estimait avoir fait l'objet de représailles : peu de temps après le dépôt d'une requête en accréditation, il refusa de fournir au contremaître les noms de travailleurs ayant adhéré au syndicat. Le salarié, ainsi que deux autres de ses collègues, fut congédié quelques jours plus tard : l'employeur invoqua avoir dû procéder au licenciement de trois travailleurs à cause d'une mauvaise récolte. L'employeur annonça aussitôt qu'il n'avait plus besoin d'eux et qu'ils devaient rentrer au Mexique dès le lendemain. Comme le plaignant, conformément au PTAS, habitait au logement fourni par l'employeur, il quitta la ferme durant la nuit pour éviter de se faire rapatrier si promptement²⁴⁰.

La C.R.T. décida qu'il y eut effectivement tentative d'un représentant de l'employeur de « s'immiscer dans les affaires syndicales, couplée à l'intimidation et à des menaces non voilées, le tout en flagrante violation des articles 12 et 13 du Code du travail »²⁴¹. De plus, la C.R.T. jugea qu'il apparaissait également clairement de la preuve que le plaignant « avait été la cible de prédilection du représentant de l'employeur »²⁴². En effet, en faisant en sorte qu'un *leader* soit rapatrié au Mexique dès le lendemain, il avait pour objectif de miner la campagne de syndicalisation en cours²⁴³.

Ainsi, la C.R.T. réintégra provisoirement le plaignant dans son emploi en attendant l'issue de l'audience relative à sa plainte en soulignant que si ce n'était pas le cas, le syndicat, requérant en l'espèce, s'exposerait à subir un préjudice irréparable :

Comme les requérants l'ont fait valoir, l'intimée a selon toute vraisemblance voulu envoyer un message clair à ses collègues de travail, d'autant plus susceptible de porter que ces derniers sont en bonne

239. *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Légumière Y.C. inc.*, D.T.E. 2006T-916 (C.R.T.).

240. *Ibid.*, par. 7.

241. *Ibid.*, par. 18.

242. *Ibid.*, par. 19.

243. *Ibid.*, par. 19.

partie à sa merci, si l'on peut dire. Dans ce contexte, pour rétablir l'équilibre rompu par un comportement aussi cavalier, il importe de leur signifier clairement qu'une entorse à la liberté d'association ne reste pas lettre morte et que ses victimes ne sont pas menacées d'épuisement par des procédures interminables.²⁴⁴

Bien qu'aucune décision quant au fond n'ait apparemment été rendue dans cette affaire, il importe de souligner qu'un travailleur étranger temporaire qui fait l'objet d'un congédiement et qui apprend qu'il sera rapatrié rapidement peut demander à la C.R.T. une ordonnance de réintégration provisoire, et ce, conformément aux pouvoirs conférés à ce tribunal par les articles 118 et 119 C.t.²⁴⁵. Cela présuppose que le travailleur puisse satisfaire les critères de la C.R.T. en matière d'ordonnance de sauvegarde provisoire, c'est-à-dire « établir une apparence de droit à obtenir le remède demandé, subir un préjudice sérieux ou irréparable et, dans certains cas, démontrer que la balance des inconvénients justifie que l'ordonnance soit émise »²⁴⁶. Compte tenu des conditions et formalités en vertu desquelles ces travailleurs sont embauchés au Canada et des difficultés pour ces travailleurs à se faire entendre une fois à l'étranger, la balance des inconvénients penche certainement du côté du salarié.

Or, pour que le travailleur, la CNT ou le représentant du salarié amorce ce processus d'urgence, il est impératif que le travailleur puisse mobiliser très rapidement les ressources qui sont à sa disposition et présuppose que celui-ci, ou un collègue l'en informant, connaisse l'existence des recours de protection de l'emploi et des organismes chargés de leur mise en œuvre ou pouvant l'appuyer. La barrière linguistique ainsi que l'isolement géographique de certains de ces groupes de travailleurs peuvent constituer autant d'obstacles supplémentaires à la mise en marche d'une telle procédure.

CONCLUSION

Cette communication fut l'occasion de rappeler les conditions des programmes en vertu desquels les travailleurs étrangers temporaires accèdent à un emploi au Canada ; ces programmes, dont les

244. *Ibid.*, par. 20.

245. Et ce, que ce soit en milieu syndiqué ou non syndiqué.

246. *Syndicat national des employés de garage du Québec inc. c. Association patronale des concessionnaires d'automobiles inc. et al.*, 2003 QCCRT 0053, par. 74 à 76 tel que cité par la C.R.T. dans l'affaire *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. Légumière Y.C. inc.*, D.T.E. 2006T-916 (C.R.T.).

formalités procédurales sont établies par les différentes autorités administratives canadiennes²⁴⁷, relèvent du corpus normatif du droit de l'immigration. Or, les règles ainsi mises en place gouvernent également, à certains égards, la relation d'emploi entre le travailleur étranger et son employeur. En effet, il nous semble exact d'affirmer que celle-ci est encadrée par l'interface entre les lois du travail mais également les lois en matière d'immigration. L'articulation entre deux ensembles normatifs distincts, aux fonctions et aux finalités fort différentes, a des répercussions sur la réalisation des fonctions de protection du droit du travail. Nous espérons que les quelques exemples ci-présentés illustrent comment le statut temporaire de l'emploi et du séjour des travailleurs étrangers ainsi que les limites posées à leur mobilité professionnelle peuvent avoir des conséquences sur leur volonté de mobiliser leurs droits au travail et sur l'effectivité des recours de protection de l'emploi.

Compte tenu de la portée de la présente communication, nous n'avons pas adressé, de façon directe, quels changements pourraient ou devraient être apportés aux programmes temporaires afin d'améliorer cet état des faits. Nous nous permettrons toutefois de soulever quelques considérations pratiques qui favoriseraient, concrètement, l'effectivité des droits au travail des travailleurs étrangers temporaires. D'une part, il apparaît indispensable d'améliorer la connaissance des travailleurs de leurs droits et recours. À ce chapitre, notons les initiatives mises de l'avant par la Commission des normes du travail dans le cadre des interventions de prévention et de surveillance effectuées auprès des travailleurs agricoles et des aides familiales résidentes. En plus d'informer les salariés quant à leurs droits, ces interventions permettent de faire connaître la CNT et ses services à cette main-d'œuvre plus vulnérable. Ces interventions devraient se poursuivre et s'élargir à d'autres catégories de travailleurs dont l'emploi requiert « un niveau réduit de formation ». De plus, d'autres organismes et ministères, aux mandats législatifs divers, devraient s'y joindre. Cela permettrait de démystifier l'appareil gouvernemental auprès de ces salariés dont la compréhension de la culture juridique et institutionnelle canadienne peut s'avérer limitée.

D'autre part, il importe également de mettre en place un mécanisme pratique et accessible leur assurant la possibilité de mobiliser les recours prévus aux lois du travail et d'accéder aux remèdes

247. Sur cette question, voir notamment Idil ATAK et France HOULE, « Perspectives institutionnelles sur la consultation lors du processus réglementaire fédéral au Canada », (2011) 26(2) *Revue Canadienne droit et société* 397.

conférés par ceux-ci, et ce, que les travailleurs soient au Québec ou à l'étranger. Cette priorité interpelle au premier titre les tribunaux et les décideurs qui doivent faire preuve d'ouverture et de souplesse quant au processus à mettre en place afin de permettre au salarié de témoigner. Pour ce faire, les représentants des gouvernements d'où proviennent les travailleurs ainsi que les différentes autorités canadiennes intervenant dans ce dossier doivent contribuer à rendre possible cette forme de témoignage en offrant, par exemple, du soutien technique systématique et préorganisé lorsque la visioconférence s'impose. À l'issue de ces litiges, il importe également de s'assurer que les remèdes ordonnés par les tribunaux puissent effectivement être mis en œuvre. Bien que ces recours découlent du droit du travail, l'importance qualitative et quantitative des conditions posées par les programmes de travail temporaire sur la façon dont se déroule la relation d'emploi, oblige une articulation entre ces corpus réglementaires en matière de mobilisation des recours qui découlent du droit du travail. En effet, « l'intégrité »²⁴⁸ de ces programmes en dépend.

Finalement, il est utile de mentionner les différentes mesures introduites en 2011 dans le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ; celles-ci visent, entre autres, à imposer une période de carence à l'occasion de laquelle les employeurs ne pourront embaucher de la « main-d'œuvre étrangère » lorsque reconnus coupables de certaines infractions aux lois du travail. Une telle carence sera également imposée à l'employeur qui n'a pas octroyé « essentiellement les mêmes conditions de travail » que celles proposées au travailleur étranger temporaire précédemment embauché²⁴⁹. Il importe toutefois que, dans la mise en œuvre des pouvoirs réglementaires qui leur furent conférés, le MICC et RHDCC s'assurent que ces mesures n'aient pas pour effet de faire subir aux travailleurs les contrecoups d'une telle réforme en les privant d'un emploi. En effet, dans la mesure où ces travailleurs ne pourront être désignés par l'employeur fautif, il serait indispensable qu'ils puissent jouir d'une mesure de remplacement auprès d'un autre employeur et que, pour ce faire, ils reçoivent l'appui institutionnel de ces agences gouvernementales.

248. Nous empruntons cette expression à la Vérificatrice générale Fraser, Rapport vérificatrice, 2009, *supra*, note 119.

249. Sur cette question, voir *supra*, p. 245 et s.

