

ATELIER 5

Droit du travail international et travailleurs étrangers temporaires

Quelle est l'influence du droit international du travail sur le droit canadien et québécois ? Quels sont les différents programmes de travail temporaire mis en place par le gouvernement fédéral en vue de permettre l'admission de certains travailleurs migrants ?

Cet atelier sera l'occasion de tracer un portrait des travailleurs étrangers temporaires venant au Québec et fera une revue des enjeux juridiques découlant de l'interface entre les différents régimes normatifs applicables à ces travailleurs.

ANIMATRICE

M^e Geneviève Lajoie, Direction des affaires juridiques, Travail, Emploi et Solidarité sociale, Immigration et Communautés culturelles, ministère de la Justice

CONFÉRENCIERS

M^e Marie Carpentier, Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

M^e Dalia Gesualdi-Fecteau, professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal

M^e Dominic Roux, professeur et vice-doyen aux études supérieures et à la recherche, Faculté de droit, Université Laval

RESPONSABLES DE L'ATELIER

M^e Isabelle Gagné, Direction du contentieux de Québec, ministère de la Justice

M^e Jennifer Nadeau, Direction des affaires juridiques, Commission de l'équité salariale

M^e Marie-Claude Parent, Direction des affaires juridiques, Développement économique, Innovation et Exportation, Relations internationales, Tourisme et Affaires intergouvernementales canadiennes, ministère de la Justice

Le phénomène du travail étranger temporaire envisagé sous l'angle de la discrimination systémique

Marie Carpentier*

INTRODUCTION	187
1 ÉLÉMENTS DE DISCUSSION À PROPOS DE LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE	189
1.1 Le droit à l'égalité	189
1.2 La discrimination systémique	192
1.3 Les limites de la notion	195
2. LE MODÈLE DE LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE APPLIQUÉ AU TRAVAIL MIGRANT	199
2.1 Les travailleuses et les travailleurs migrants comme groupe de personnes discriminées	199
2.1.1 Race, couleur, origine ethnique ou nationale	200
2.1.2 La condition sociale	201
2.1.3 La langue	202

* Avocate. Conseillère juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que l'auteure.

2.1.4	Le sexe	203
2.1.5	Confluence des motifs	205
2.2	Les distinctions, les exclusions ou les préférences dont sont victimes les travailleuses et les travailleurs migrants	206
2.2.1	Le statut d'immigration et ses conséquences sur les droits et libertés des travailleuses et des travailleurs migrants	206
2.2.2	Les exclusions de la protection sociale	212
2.2.3	Les exclusions dans le domaine du travail	213
2.2.4	Les autres obstacles d'ordre systémique	215
	CONCLUSION	216

INTRODUCTION

En décembre 2011, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après « la Commission ») adoptait un avis intitulé « La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants »¹. L'adoption de cet avis s'inscrit dans la partie du mandat de la Commission qui consiste à « relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la charte et faire au gouvernement les recommandations appropriées »². La Commission est un organisme indépendant dont les membres sont nommés par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale³ et qui a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la Charte⁴. La Charte québécoise, comme les autres lois en matière de droit de la personne au pays, « a un caractère fondamental et quasi-constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires »⁵. De plus, l'article 52 de la Charte prévoit la présence des articles 1 à 38 sur les autres dispositions législatives québécoises à moins d'une dérogation expresse⁶.

Les conclusions de l'avis de la Commission sont à l'effet que les aides familiales résidentes, les travailleurs agricoles saisonniers et les autres travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés sont victimes de discrimination systémique en raison de leur origine ethnique ou nationale, de leur race, de leur condition sociale, de leur langue et, dans le cas des aides familiales résidentes, de leur sexe.

La reconnaissance des droits fondamentaux des travailleurs migrants est un parfait exemple de l'émergence d'une citoyenneté transnationale qui met à mal la souveraineté étatique. Cela explique la difficulté, voire la résistance du Canada et du Québec, comme de la plupart des États, à résoudre le problème.

1. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, Marie Carpentier avec la collaboration de Carole Fiset, (Cat. 2.120-7.29), 2011.
2. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 71 (6^o) [ci-après « la Charte »].
3. *Ibid.*, art 58.
4. *Ibid.*, art. 57.
5. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 27.
6. Préc., note 2.

En effet, en reconnaissant aux travailleurs migrants des droits et libertés fondamentaux, on contourne les velléités étatiques de n'accorder qu'un statut minimal à ces derniers. Le statut de résidence temporaire permet en quelque sorte, nous le verrons, de limiter les revendications de droit. Or, le recours aux droits et libertés de la personne, particulièrement au droit à l'égalité, permet éventuellement de pallier les aléas d'un statut précaire, et ce, même si ces droits avaient été conçus de façon plus restreinte :

Dans les héritages dworkinien et rawlien, l'importance conférée au droit à l'égalité et à la dignité universelle découle aussi d'un modèle idéalisé de la société, dans lequel les frontières d'un État sont perçues comme étant étanches, sans pression, sans infiltration massive de migrants revendiquant cette même égalité, au risque de rompre l'équilibre établi. Si certains penseurs ont su appliquer ce principe d'égalité à une société en mouvement, ils ont pris soin de le restreindre : Michael Walzer, par exemple, a juxtaposé à cette égalité universelle, une souveraineté absolue de l'État en matière de politique d'admission.⁷

[Renvoi omis.]

En d'autres termes, dans cette conception, on envisage l'égalité entre « nous », les limites de ce « nous » étant posées par la citoyenneté étatique. Or, la travailleuse ou le travailleur migrant n'est ni citoyen, ni résident permanent. En vertu du droit positif, elle ou il peut cependant revendiquer la plupart des droits et libertés énoncés dans les chartes québécoise et canadienne⁸ quand elle ou il se trouve en sol québécois⁹.

Le présent article s'inspire de l'avis adopté par la Commission et met l'accent sur la question du recours à la notion de discrimination systémique afin de favoriser la mise en œuvre des droits des travailleuses et travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés. La première partie de l'article portera donc sur la notion même de

7. Noura KARAZIVAN, « L'étranger, le droit et l'égalité », *Spirale : arts, lettres, sciences humaines*, n° 222, 2008, p. 13.

8. La *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, fait des différences entre les citoyens, les résidents permanents et les ressortissants étrangers en matière électorale (art. 3), quant à la liberté de circulation et d'établissement (art. 6) et en matière linguistique (art. 23) ; Voir COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *L'applicabilité de la Charte des droits et libertés de la personne aux travailleurs migrants*, M^e Marie Carpentier, (Cat. 2.197.14), 2010.

9. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 ; *Suresh c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 44.

discrimination systémique alors que la seconde partie traitera de l'application de cette notion à l'expérience vécue par les travailleuses et travailleurs migrants en sol québécois.

Tout comme l'avis duquel elle s'inspire, la présente analyse se cantonne à la situation des travailleuses et travailleurs peu spécialisés venant au Québec de l'étranger, qui bénéficient d'un permis de travail sans avoir la résidence permanente. Certains de ces travailleuses et travailleurs auront éventuellement accès à la résidence permanente¹⁰ après une période de résidence temporaire. L'analyse vise spécifiquement les personnes qui travaillent donc au Québec en vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers, du Programme des aides familiaux résidants et du volet des professions peu spécialisées du Programme des travailleurs étrangers temporaires (anciennement le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation). Elle ne vise donc pas travailleurs étrangers temporaires plus qualifiés qui, pour diverses raisons, sont mieux à même de mettre en œuvre leurs droits.

1. Éléments de discussion à propos de la discrimination systémique

Nous présenterons dans un premier temps, le droit à l'égalité puisque l'interdiction de discrimination découle de ce droit. Nous aborderons ensuite la discrimination systémique puis les limites de cette dernière notion.

1.1 Le droit à l'égalité

Le droit à l'égalité est inscrit à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

10. Il s'agit des aides familiales résidentes. Il existe, dans d'autres provinces, des programmes de travail temporaires peu spécialisés qui permettent éventuellement l'accès à la résidence permanente, mais l'examen de ces programmes est hors du champ de compétence de la Commission.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Le droit à l'égalité emporte une interdiction de discrimination. La Cour suprême définit ainsi la discrimination :

[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.¹¹

Afin de prouver l'existence de discrimination dans le contexte de la Charte québécoise, trois éléments doivent être réunis :

- (1) l'existence d'une distinction, exclusion ou préférence ;
- (2) laquelle est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'article 10 de la Charte québécoise ;
- (3) et qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.¹²

Le droit à l'égalité tel qu'il est énoncé dans la Charte québécoise n'est pas un droit autonome parce qu'on doit démontrer l'atteinte à un autre droit protégé par la Charte¹³. En outre, la distinction, exclusion ou préférence n'a pas à être intentionnelle et le motif illicite n'a pas à être la seule cause d'inégalité pour qu'on reconnaisse l'existence de discrimination¹⁴.

11. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 174-175.

12. *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, par. 10 ; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 82 ; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, par. 33 ; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, 538.

13. *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CanLII 11763 (QC C.A.).

14. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, [2011] R.J.Q. 225 (TDPQ) (en appel pour d'autres motifs).

La Cour suprême a reformulé, en 2008, le test jurisprudentiel élaboré dans l'arrêt *Andrews*¹⁵ permettant de déterminer l'existence d'une discrimination au sens de l'article 15 de la Charte canadienne¹⁶ :

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ?¹⁷

En outre, depuis l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême cherche à mettre en œuvre une égalité réelle plutôt qu'une égalité formelle. Elle a eu à de nombreuses reprises l'occasion d'appliquer le critère qu'elle a reformulé en 2011 :

Que l'on cherche à savoir s'il y a perpétuation d'un désavantage ou application d'un stéréotype, il faut déterminer si la mesure transgresse l'impératif d'égalité réelle. L'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu'un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l'application d'un stéréotype négatif ou, au contraire, qu'il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs.¹⁸

Même si ces remarques ont été formulées à l'égard de la Charte canadienne, y avoir recours ainsi qu'aux autres lois concernant les droits de la personne est utile pour l'interprétation de la Charte québécoise¹⁹.

Pour être interdite au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, la discrimination doit être fondée sur un des motifs qui y sont énoncés.

15. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 11.

16. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 8.

17. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483 ; 2008 CSC 41, par. 17.

18. *Whitler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 39.

19. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Mont-réal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665.

Cependant, une distinction, exclusion ou préférence basée sur un motif prohibé par la loi sera réputée non discriminatoire s'il s'agit d'une exigence professionnelle justifiée ou si elle s'appuie sur le caractère particulier de l'institution :

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.²⁰

Par exemple, l'aptitude linguistique peut être une exigence professionnelle justifiée quand l'emploi le requiert vraiment²¹.

Par ailleurs, bien que la démonstration de la discrimination soit un exercice comparatif, la Cour suprême a mis en garde contre une détermination trop restrictive du groupe de comparaison :

Le paragraphe 15(1) est centré sur l'égalité réelle, et non sur l'égalité formelle. Une démarche axée sur l'égalité formelle, fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques, pourrait nuire à l'analyse. Il faut se garder de transformer l'appréciation de l'égalité réelle en recherche formaliste et arbitraire du groupe de comparaison « approprié ».²²

Au terme de l'analyse qu'elle a faite de la situation des travailleuses et travailleurs migrants au Québec, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en est venue à la conclusion qu'ils sont l'objet de discrimination systémique. Examinons les caractéristiques de cette forme spécifique de discrimination.

1.2 La discrimination systémique

Dans son récent *Rapport de la consultation sur le profilage racial et ses conséquences*²³, la Commission décrit les différentes formes de discrimination :

On parle de discrimination directe lorsqu'une personne est soumise à un traitement différent reposant sur un motif de discrimination pro-

20. *Ibid.*

21. *Lachine (Ville de) c. C.D.P.*, [1989] R.J.Q. 17 (C.A.).

22. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2.

23. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés : Rapport de consultation sur le profilage racial et ses conséquences*, Paul Eid, Johanne Magloire, M^e Michèle Turenne, 2011.

hibé, et ce, de façon ouverte et avouée. La discrimination indirecte renvoie à l'application d'une règle, d'une politique ou d'une pratique, en apparence neutre, qui a des effets préjudiciables sur les membres des groupes visés par l'article 10 de la charte. La discrimination systémique, quant à elle, englobe à la fois la discrimination directe et indirecte, mais elle va beaucoup plus loin. Elle repose sur l'interaction dynamique entre des décisions et des attitudes teintées de préjugés, ainsi que sur des modèles organisationnels et des pratiques institutionnelles qui ont des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les groupes protégés par la Charte.²⁴ [Revois omis.]

La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a perdu de son importance :

La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte est non seulement malléable, mais encore irréaliste : l'employeur qui, de nos jours, aurait l'intention de faire preuve de discrimination formulera rarement la règle de manière directement discriminatoire, si le même effet, voire un effet encore plus large, pouvait facilement être obtenu au moyen d'une formulation neutre.²⁵

En fait, la distinction n'a plus d'effet juridique significatif sauf pour l'attribution de dommages punitifs²⁶.

La notion de discrimination systémique, pour sa part, a pu émerger en jurisprudence après une première époque marquée par une conception individuelle et volontaire de la discrimination :

Il importe de signaler que le trait marquant de cette première époque est la conviction largement partagée que [les phénomènes de discrimination sont] individuels et volontaires. Cette conviction est à l'origine de la nécessité de prouver le *caractère intentionnel* de la discrimination qui a perduré même au-delà de l'abrogation des lois à caractère pénal. Au Canada par exemple, les juges ont, jusqu'au milieu des années 1980, relié « caractère intentionnel » et « lien de causalité ». Or, cette preuve fut rapidement qualifiée par les juristes américaines de tâche impossible, de véritable labyrinthe.²⁷ [En italiques dans l'original. Renvoi omis.]

24. *Ibid.*, p. 13-14.

25. *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 29.

26. Charte, préc., note 2, art. 49.

27. Diane L. DEMERS, « La discrimination systémique : variation sur un concept unique », [1993] 8 *Can. J.L. & Soc.*, 83, 85.

Depuis cette période, on ne cherche plus à savoir si la discrimination est intentionnelle ou non. La Cour suprême se met plutôt à la recherche des *effets* discriminatoires des mesures contestées :

La question n'est pas de savoir si la discrimination [systémique] est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi.²⁸

D'autre part, l'objectif n'est pas de punir le ou les auteurs des actes discriminatoires, mais plutôt de faire cesser ces actes qui engendrent la discrimination :

Le Code [ontarien des droits de la personne] vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.²⁹

Ainsi, le principe d'égalité devrait avoir pour objet de « corriger le plus rapidement possible une situation engendrée par un état d'esprit et un mode de pensée qui limitent de façon arbitraire les femmes, les autochtones, les personnes handicapées et les minorités visibles »³⁰.

Le fait de rechercher maintenant la trace de la discrimination non pas dans l'intention d'un auteur fautif, mais dans l'effet sur un groupe désavantagé, pave la voie à la reconnaissance d'une source complexe de l'effet d'exclusion :

28. *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139.

29. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, par. 13.

30. Rosalie S. ABELLA, *Égalité en matière d'emploi : Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 4 cité dans Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique, fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 6.

À notre avis, ce qui caractérise la discrimination systémique, c'est le fait que l'effet discriminatoire émerge d'une situation complexe et dynamique aux sources multiples et interreliées.³¹ [Renvoi omis.]

L'analyse systémique oblige à renoncer à une causalité linéaire, facile à mettre en œuvre en droit, pour une causalité circulaire³², plus à même de rendre compte de l'effet de système.

La professeure Chicha donne de la discrimination systémique la définition suivante :

La discrimination systémique est une situation d'inégalité cumulative et dynamique, résultant de l'interaction de pratiques, de décisions, de comportements, individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres de groupes visés par l'article 10 de la Charte.³³

Pour sa part, le Tribunal des droits de la personne, dans une décision non contredite sur ce point par la Cour d'appel³⁴, a retenu la définition suivante de la discrimination systémique :

Aussi, le Tribunal juge opportun de définir aujourd'hui la discrimination systémique comme la somme d'effets d'exclusion disproportionnés qui résultent de l'effet conjugué d'attitudes empreintes de préjugés et de stéréotypes, souvent inconscients, et de politiques et pratiques généralement adoptées sans tenir compte des caractéristiques des membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination.³⁵

Bien que l'analyse systémique permette d'approfondir notre compréhension, et, par conséquent, la capacité de réparation à l'égard du phénomène de la discrimination, sa transposition en contexte judiciaire présente certains écueils.

1.3 Les limites de la notion

Par ses travaux, la Commission a cherché à mettre « en lumière la vulnérabilité dans laquelle sont placées des personnes que l'on fait venir de l'étranger sans leur donner les moyens d'exercer l'ensemble

31. Diane L. DEMERS, préc., note 27, p. 107.

32. *Ibid.*, p. 109 ; Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, préc., note 30, p. 50.

33. Marie-Thérèse CHICHA-PONTBRIAND, *ibid.*, p. 85.

34. *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.

35. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 36.

de leurs droits comme les autres travailleurs »³⁶. Comme le note la professeure Faraday, les situations de vulnérabilité ne sont pas inhérentes à certaines personnes, mais plutôt le résultat de choix gouvernementaux :

Canadian constitutional law has long recognized that « vulnerability » is not a condition that is inherent in any person or group. Instead, Canadian law recognizes that disempowerment is a product of the active choices that are made by government in erecting the regulatory and policy framework that governs a particular relationship. The Supreme Court of Canada has expressly recognized that there is a correlation between the state's legislative choices and the material and normative effects of those laws. Moreover, it has recognized that those effects can combine to create and perpetuate material disadvantage and disempowerment.³⁷ [Renvoi omis.]

Cette acception de la vulnérabilité renforce la licence dont dispose la Commission d'examiner la discrimination systémique dont sont l'objet les travailleuses et travailleurs migrants.

En 2011, la Cour d'appel a retenu le mode de preuve de la discrimination systémique préconisé par le Tribunal des droits de la personne :

La preuve de discrimination systémique repose donc essentiellement sur un ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes qui, souvent inconscients et anodins en apparence, produisent et maintiennent, lorsque conjugués les uns aux autres, des effets disproportionnés d'exclusion pour les membres de groupes visés par l'interdiction de la discrimination.³⁸

Ainsi, la preuve statistique n'est pas essentielle à la démonstration de l'existence de discrimination systémique³⁹ et encore moins quand la totalité des personnes présente les mêmes caractéristiques.

36. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 1, p. 2-3.

37. Fay FARADAY, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers Insecurity*, Metcalf Foundation, septembre 2012, p. 105.

38. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 67 cité dans *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 47.

39. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, *ibid.*, par. 55.

La seule loi au Québec qui incorpore le concept de discrimination systémique est la *Loi sur l'équité salariale*, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale en 1996. Son article premier énonce :

La présente loi a pour objet de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine.⁴⁰

Or, phénomène social tant par ses causes que par ses effets, la discrimination systémique offre quelques défis d'appréhension au juriste.

Il y a d'une part le caractère « flou », selon la professeure Demers⁴¹, des concepts d'égalité et de discrimination. Par ailleurs, le concept d'égalité ne peut être effectif en droit seulement en appliquant un concept de non-contrariété :

Notre étude a pour objet de mettre en lumière cette autre dimension de l'effectivité dans un contexte où plusieurs dispositions constitutionnelles ne peuvent pas être analysées sur le seul fondement du principe de non-contrariété. Le principe d'égalité en est un bon exemple, car il impose à toutes les autorités de l'État de prendre des moyens pour remédier à des inégalités (affirmative action). Le droit constitutionnel contemporain épouse à certains égards la dimension programmatrice des politiques publiques.⁴² [Renvoi omis.]

D'autres obstacles, qui ont trait au caractère même de la discrimination, ont été identifiés par le Tribunal des droits de la personne :

Les fondements sociétaux de la discrimination systémique, ses manifestations subtiles et le fait qu'elle découle de motivations habituellement inconscientes ne sont pas sans conséquence sur les difficultés, pour la partie en demande, d'en établir par prépondérance de preuve l'existence à travers ses diverses manifestations.⁴³

Les aspects collectif et cumulatif de la discrimination systémique posent éventuellement des difficultés au juriste qui s'y atta-

40. RLRQ, c. E-12.001.

41. Diane L. DEMERS, préc., note 27, p. 84 et 112.

42. Daniel MOCKLE, « La constitutionnalisation des mécanismes et des principes de bon gouvernement en perspective comparée », (2010) 51 *C. de D.* 245, par. 58.

43. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, préc., note 34, par. 37.

que. Quand plusieurs personnes sont affectées par la discrimination, il existe des possibilités variables de joindre les recours :

[...] [G]roups or associations acting on behalf of a group may face a problem of standing depending upon the legislation under which the discrimination is been alleged. Statutory provisions vary considerably from one jurisdiction to another on this point. In some instances, complaints on behalf of a group seem quite feasible. This is particularly so where the legislation recognizes class actions, where the Commission may act on its own initiative, or in a more general fashion, where “any person” may bring a complaint. However, the possibility of a group action may be severely curtailed where the law limits complaints to those brought by the “aggrieved person” or with the consent of the victim.⁴⁴ [Renvois omis.]

Par ailleurs, si certains des facteurs qui participent de la discrimination peuvent facilement se révéler discriminatoires en eux-mêmes, et donc faire l'objet d'une contestation indépendante, ce n'est pas nécessairement le cas de tous. Ces facteurs « secondaires » qui, considérés isolément, ne peuvent faire l'objet d'une conclusion de discrimination, n'en demeurent pas moins contributifs dans une situation de discrimination systémique. À ce titre, ils peuvent être soumis en preuve au soutien d'un recours qui viserait les autres facteurs discriminatoires.

Puisque la causalité de la discrimination n'est pas linéaire, il arrive régulièrement qu'elle ne soit pas le fait d'un seul acteur. Dans ce cas, les interventions judiciaires sont plus difficiles à mettre en œuvre.

On peut alors poursuivre chacun des défendeurs et attaquer chacun des régimes séparément. Les facteurs qui ne peuvent en eux-mêmes être considérés comme discriminatoires viennent alors étayer la preuve de discrimination systémique et de la situation de vulnérabilité dans laquelle les victimes potentielles sont placées.

Au risque de rendre le droit à l'égalité illusoire, ces obstacles judiciaires ne doivent cependant pas empêcher l'exercice du recours, surtout quand, comme dans le cas des travailleuses et travailleurs migrants, autant de facteurs d'exclusion sont conjugués.

44. Béatrice VIZKELETY, *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1987, p. 172-173.

2. Le modèle de la discrimination systémique appliqué au travail migrant

Dans cette partie, nous analyserons l'expérience du travail migrant à l'aune de la discrimination systémique. Nous examinerons d'abord quelles sont les caractéristiques communes des travailleuses et travailleurs migrants que la Commission a identifiés des motifs de discrimination prohibés par la Charte. Dans une seconde section, nous examinerons les éléments de distinction, exclusion ou préférence qui peuvent être appréhendés par le simple examen du cadre réglementaire qui régit la venue des travailleuses et travailleurs migrants et leur travail.

2.1 Les travailleuses et travailleurs migrants comme groupe de personnes discriminées

En 2011, le Canada accueillait plus de 7 000 travailleuses et travailleurs étrangers temporaires peu spécialisés⁴⁵. Ces travailleuses et travailleurs sont sélectionnés par les employeurs, avec ou sans l'assistance d'intermédiaires, et ce, dans le cadre de programmes fédéraux. Les programmes en cause sont le Programme des travailleurs agricoles saisonniers, le Programme des aides familiaux résidents et le volet peu spécialisé du Programme des travailleurs étrangers temporaires qui comporte une branche agricole. Le gouvernement du Québec leur délivre un certificat d'acceptation. Au terme de leurs démarches, les travailleuses et travailleurs migrants disposent d'un permis de travail temporaire d'une durée variable selon le programme concerné et qui les lie à un employeur spécifique, pour un emploi donné. Seul le Programme des aides familiaux résidents permet éventuellement l'accession à la résidence permanente après une période de résidence temporaire de quelques années⁴⁶.

Nous l'avons vu, les éléments constitutifs de la discrimination, y compris de la discrimination systémique, sont :

- une distinction, exclusion ou préférence ;
- fondée sur un des motifs prohibés ;

45. Données fournies par Citoyenneté et Immigration Canada et le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, septembre 2012.

46. Pour plus de détails sur les programmes, voir le texte de Dalia Gesualdi-Fecteau, dans ce volume.

- qui compromet la mise en œuvre d'un autre droit protégé par la Charte⁴⁷.

La Commission a pu arriver à la conclusion que l'ensemble des travailleuses et travailleurs migrants sont victimes de discrimination systémique entre autres parce qu'ils présentent des caractéristiques communes qui peuvent constituer des motifs de discrimination prohibés. En fait, il s'agit d'un groupe de personnes visées par plusieurs motifs de discrimination prohibés.

2.1.1 *Race, couleur, origine ethnique ou nationale*

Par définition, les travailleuses et travailleurs migrants sont tous susceptibles de discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale. En effet, cette notion fait appel au lien que l'individu a avec l'État :

L'origine nationale renvoie à l'identité d'une personne par rapport à un pays ou État donné. Certaines lois évoquent explicitement la notion d'« origine nationale » alors que d'autres prévoient des motifs semblables, comme la citoyenneté. Le lien entre la citoyenneté, l'origine nationale et les droits de la personne est particulièrement pertinent de nos jours [...].⁴⁸ [Renvois omis.]

La race est un concept socialement construit possédant une certaine valeur explicative. Le terme est d'ailleurs utilisé aussi bien dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴⁹ et dans la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁰ que dans de nombreux instruments internationaux. Il permet les comparaisons analytiques entre les groupes « racisés » et « non racisés », en ce qui a trait à la distribution de la richesse par exemple, afin d'identifier la discrimination et de la combattre⁵¹. Par contre, il n'existe pas de consensus quant à l'exis-

47. Voir la note 10 et le texte y afférent.

48. COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Cadre de documentation des droits à l'égalité*, Ottawa, Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2010, p. 15.

49. Préc., note 2.

50. Préc., note 8.

51. Daniel DUCHARME et Paul EID, « La notion de race dans les sciences et l'imaginaire raciste : la rupture est-elle consommée ? », *L'observatoire de la génétique*, n° 24, septembre-novembre 2005, [En ligne]. <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/race_sciences_imaginaire_raciste.pdf> (Consulté le 30 mars 2011).

tence même de la race biologique et quant à sa définition⁵². Cependant :

[...] les préjugés et la discrimination fondés sur la race, ainsi que les inégalités qui en découlent nous rappellent que la race, bien qu'étant originellement une fiction idéologique, n'en a pas moins des effets sociaux bien réels, qui ne peuvent en aucun cas être négligés par les chercheurs.⁵³

La plupart des travailleuses et travailleurs migrants présents au Québec sont originaires du Guatemala, du Mexique et des Philippines. Ils ont en commun d'appartenir non seulement à des groupes ayant une origine nationale distincte et à des groupes ethniques identifiables, mais également de faire partie de groupes « racisés » et sont, de ce fait, susceptibles d'être victimes de discrimination et de profilage racial⁵⁴.

2.1.2 *La condition sociale*

La condition sociale réfère à la « situation d'une personne au sein d'une communauté »⁵⁵. Elle vise non seulement les origines sociales de la personne, mais également sa condition actuelle⁵⁶. Puisque les travailleuses et travailleurs migrants auxquels s'intéresse le présent avis sont moins qualifiés que les autres travailleurs étrangers temporaires, d'une part, et que les autres immigrants, par exemple les travailleurs qualifiés, d'autre part, une disparité de traitement entre ces différentes catégories d'immigrants est susceptible d'être fondée sur la condition sociale, un motif de discrimination interdit en vertu de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

La Commission en donne la définition suivante :

La Commission est d'avis que le critère condition sociale inscrit à l'article 10 de la Charte réfère au rang, à la position sociale ou à la

52. Patrick SIMON, « Statistics, French Social Sciences and Ethnic and Racial Social Relations », (2010) 51(1) *Revue française de sociologie* 159.

53. D. DUCHARME et P. EID, préc., note 51.

54. La Commission a identifié les personnes d'origine latino-américaine et sud-asiatique parmi les groupes les plus susceptibles d'être victimes de profilage racial au Québec aujourd'hui : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 23, p. 11.

55. *Commission des droits de la personne c. Gauthier*, 1993 CanLII 13 (QC T.D.P.), (1994) R.J.Q. 253, 260.

56. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3^e sess., 30^e légis., 25 juin 1975, p. B-5044.

classe attribuable ou attribuée à une personne, à partir, principalement, de son niveau de revenu, de son occupation et de son éducation, étant entendu que les places, positions sociales présentent une dimension objective et une dimension subjective.

La dimension objective renvoie à la classe économique, soit à la société prise comme configuration des catégories économiques hiérarchisées, distinctes et opposables (les « classes » économiques) dans lesquelles les individus sont classés suivant le pouvoir de marché qu'indique leur revenu, leur occupation et leur éducation.

La dimension subjective renvoie au statut, soit à la valeur attribuée aux individus en fonction des représentations sociales, des stéréotypes, positifs ou négatifs, associés, entre autres, à leur éducation, à leur occupation ou à leur revenu.⁵⁷ [Renvoi omis. Souligné dans l'original.]

Le statut d'immigration et le bénéfice d'un programme destiné aux travailleuses et travailleurs peu qualifiés exposent les travailleuses et travailleurs migrants à de la discrimination fondée sur la condition sociale. En effet, ces travailleuses et travailleurs ont en commun d'occuper des emplois n'exigeant, en principe, qu'un faible niveau de spécialisation et pour lesquels ils et elles sont généralement sous-payés.

2.1.3 La langue

La « langue » d'un individu, aux termes de l'article 10 de la Charte, « ne se limite pas à la langue maternelle, mais englobe aussi la langue d'usage ou de communication habituelle » de telle sorte qu'« il n'y a pas lieu d'adopter une interprétation étroite qui ne tienne pas compte de la divergence éventuelle entre la langue maternelle et la langue usuelle ».⁵⁸

À l'instar du motif de l'origine nationale ou ethnique, la plus grande part des travailleuses et travailleurs migrants sont susceptibles d'être discriminés sur la base de la langue, puisque le français ou l'anglais est souvent leur seconde ou leur troisième langue.

57. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Lignes directrices sur la condition sociale*, Alberte Ledoyen, (Cat. 2.120-8.4), 1994, p. 1.

58. Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), dans École du Barreau du Québec, *Collection de droit 2010-2011*, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 41, p. 61 citant *Forget c. Québec (Procureur général)*, préc., note 12, p. 100.

Selon FERME⁵⁹, au Québec⁶⁰ en 1995, la quasi-totalité des travailleurs faisant appel à leurs services provenaient du Mexique (96,9 %), alors qu'une faible proportion provenait des Antilles (3,1 %). Avec l'arrivée des premiers travailleurs guatémaltèques en 2003, la proportion des travailleurs mexicains a progressivement chuté, passant de 72,4 % en 2003 à 53,4 % en 2008. La proportion de travailleurs guatémaltèques a, par voie de conséquence, connu une progression constante, passant de 7,2 % en 2003 à 44,3 % en 2008. Pour sa part, la proportion de travailleurs provenant des Antilles est demeurée marginale tout au long de cette période, n'excédant jamais 4 %⁶¹. La quasi-totalité des travailleurs saisonniers étrangers œuvrant dans les entreprises agricoles québécoises sont donc hispanophones.

En fait, Citoyenneté et Immigration Canada exige des aides familiales résidentes qu'elles aient un bon niveau de français ou d'anglais, mais n'a aucune exigence particulière concernant la langue des autres travailleuses et travailleurs migrants.

Cependant, ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, l'aptitude linguistique peut être une exigence professionnelle justifiée en vertu de l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

2.1.4 Le sexe

Le sexe est un motif de discrimination spécifique aux aides familiales résidentes. Il a fait l'objet d'une protection internationale particulière grâce, entre autres choses, à l'adoption de la *Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des fem-*

59. FERME est le principal intermédiaire en recrutement de travailleurs migrants en ce qui concerne les secteurs de l'agriculture et de l'agroalimentaire. D'autres agents interviennent dans le recrutement de travailleurs dans d'autres secteurs d'emploi. La pratique de ces autres agents est malheureusement peu documentée. En ce qui concerne le Programme des travailleurs agricoles saisonniers, le monopole de FERME est légal : il découle des ententes internationales liant le Canada avec les États qui participent à ce programme. Dans le cas du Projet pilote relatif aux emplois exigeant un niveau réduit de formation et dans le domaine de l'agriculture et de l'agroalimentaire, il s'agit d'un quasi-monopole et on a rapporté la difficulté qu'ont d'éventuels concurrents à pénétrer ce marché. FERME n'intervient pas dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents.

60. Les chiffres de FERME incluent les travailleuses et travailleurs migrants du Programme des travailleurs agricoles saisonniers présents au Nouveau-Brunswick.

61. FERME, *Réalisations et témoignages : Faits et statistiques*, [En ligne]. <<http://www.fermequebec.com/4-Realisations-et-temoignages.html>> (Consulté le 22 juillet 2011).

mes⁶². L'État québécois y accorde également une importance marquée. En 2008, dans la foulée de la Commission Bouchard-Taylor, le législateur a jugé opportun de modifier la Charte⁶³ afin d'y ajouter la réaffirmation de l'égalité entre les sexes, laquelle réaffirmation devant « mieux faire connaître le principe fondamental de l'égalité entre les femmes et les hommes »⁶⁴. Antérieurement, le législateur avait également adopté une loi pour corriger, dans une même entreprise, les écarts salariaux attribuables à la discrimination fondée sur le sexe⁶⁵.

Les personnes qui sont recrutées en vertu du Programme des aides familiaux résidants sont susceptibles de discrimination fondée sur le sexe. En effet, le métier d'aide familiale résidente est un métier à nette prédominance féminine. Ce phénomène s'explique par le fait qu'il est associé à des stéréotypes qui viennent légitimer la division sexuelle des tâches, notamment celui d'attribuer généralement les tâches domestiques aux femmes. De même, la grande majorité des personnes qui sont recrutées par l'entremise de ce programme sont effectivement des femmes. En effet, selon les auteurs Rose et Ouellet, entre 1995 et 2000, 98 % des personnes participant au Programme des aides familiaux résidants étaient des femmes⁶⁶. Selon une étude menée en 2009 et 2010 par la Commission des normes du travail auprès de 70 aides familiaux domestiques et leurs employeurs, 97 % d'entre eux étaient des femmes⁶⁷. Ces deux critères, les stéréotypes occupationnels et le fait que la majorité des personnes concernées appartiennent à l'un ou l'autre des genres, servent, avec d'autres, à identifier la prédominance dans les catégories d'emploi⁶⁸. En raison de cette prédominance féminine, l'occupation d'aide familiale rési-

62. 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, [1982] R.T. Can. n° 31 (entrée en vigueur pour le Canada le 9 janvier 1982).

63. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, (L.Q. 2008, c. 15).

64. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Mémoire à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale : Projet de loi n° 63 : Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, (Cat. 2.412.106), 2008, p. 8.

65. *Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001.

66. Ruth ROSE et Elizabeth OUELLET, « Le métier d'aide familiale : à la recherche d'un salaire équitable », Association des aides familiales du Québec, avril 2002, repris par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans ses notes de présentation aux audiences pancanadiennes du Comité Permanent des Communes sur la Citoyenneté et l'Immigration, audiences tenues à Québec le 14 avril 2008.

67. Dalia GESUALDI-FECTEAU, « Travailleurs étrangers temporaires : état des lieux et perspectives d'avenir », présentation faite dans le cadre du colloque organisé par la Commission des normes du travail, *Les normes du travail : enjeux et pistes de solution*, Montréal, le 1^{er} novembre 2011.

68. *Loi sur l'équité salariale*, préc., note 65, art. 55.

dante, que l'on peut assimiler à celle de *care* est chroniquement sous-évaluée et sous-payée⁶⁹. De façon générale, d'après la Cour suprême, « [l]es emplois occupés par des femmes sont chroniquement sous-payés »⁷⁰.

La Commission s'est d'ailleurs prononcée à deux reprises sur le fait que l'exclusion des gardiennes et des domestiques, dont plusieurs sont des participants au programme des aides familiaux résidents, du régime de santé et sécurité du travail constituait de la discrimination basée, entre autres, sur le sexe⁷¹.

2.1.5 *Confluence des motifs*

Le sexe des travailleuses migrantes s'ajoute aux autres caractéristiques susceptibles de les rendre victimes de discrimination. En 2002, un groupe d'experts en a fait le constat :

La race, la langue, l'origine ethnique, la culture, la religion, les handicaps, l'origine sociale ou la classe socio-économique qui participent à l'identité des femmes contribuent à la discrimination dont elles sont victimes. Les femmes indigènes, migrantes, déplacées et les femmes étrangères ou réfugiées affrontent des formes distinctes de discrimination provoquée par la combinaison du sexe et de la race ou du sexe et de l'absence de statut de citoyenne. Les femmes peuvent également affronter des formes spécifiques de discrimination en raison de leur âge ou leur occupation : le statut familial de mères célibataires ou des veuves ; de l'état de santé, par exemple le fait d'être contaminée par le VIH ; de la sexualité, par exemple le fait d'être lesbienne ; ou encore parce qu'elles se prostituent. Les discriminations multiples peuvent déterminer la forme ou la nature de la discrimination, les circonstances dans laquelle elle se produit, les conséquences de sa manifestation et la disponibilité de recours appropriés. Afin d'assurer que toutes les femmes jouissent du bénéfice égal de leurs droits économiques, sociaux et culturels, des mesures spéciales ou positives sont nécessaires. Ces mesures permettent d'affronter et de corriger les différentes manifestations de

69. *CSN c. Québec (P.G.)*, 2008 QCCS 5076, par. 148.

70. *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66, par. 45.

71. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La conformité de l'exclusion du domestique et du gardien de la protection automatique de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles à la Charte des droits et libertés de la personne*, M^e Christine Campbell, (Cat. 2.120-2.68), 2008 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Commentaires sur le Projet de loi n^o 110, Loi modifiant le régime de santé et de sécurité du travail pour accorder une plus grande protection à certains domestiques*, M^e Marie Carpentier, (Cat. 2.412.114). 2010.

la discrimination dont les femmes sont victimes et qui découlent de l'intersectorialité des causes de la discrimination.⁷²

Les travailleuses et travailleurs migrants forment un groupe relativement homogène qui présentent des caractéristiques comprises dans les motifs de discrimination interdits, en l'occurrence l'origine ethnique ou nationale, la race, la condition sociale, la langue et, dans le cas des aides familiales résidentes, le sexe. Le second volet du test servant à prouver l'existence de discrimination est donc satisfait. Les prochaines sections serviront à démontrer que ce groupe fait l'objet de plusieurs exclusions, distinctions et préférences (premier volet du test) qui compromettent l'exercice des droits et libertés de ses membres en pleine égalité (troisième volet).

C'est la conjugaison de l'ensemble de ces situations qui produit et maintient un effet disproportionné d'exclusion à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants. La démonstration de chacune de ces situations permet de prouver l'existence de discrimination systématique à leur égard.

2.2 Les distinctions, exclusions ou préférences dont sont victimes les travailleuses et travailleurs migrants

Dans cette section, nous présenterons les éléments du système législatif qui, *prima facie*, entraînent une exclusion, préférence ou distinction au détriment des travailleuses et travailleurs migrants.

2.2.1 Le statut d'immigration et ses conséquences sur les droits et libertés des travailleuses et travailleurs migrants

Les personnes présentes au Canada sont susceptibles d'avoir trois statuts selon les circonstances : elles sont soit ressortissantes étrangères, résidentes permanentes ou soit citoyennes. En principe, elles ont les mêmes droits et les mêmes obligations, peu importe leur statut⁷³. En effet, tout être humain qui se trouve au Canada est soumis à la loi⁷⁴.

72. *Principes de Montréal relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels des femmes*, Montréal, 7 au 10 décembre 2002, [En ligne]. <http://www.cedim.uqam.ca/files/principes_montreal_fr.pdf> (Consulté le 4 février 2011).

73. Henri BRUN et Christian BRUNELLE, « Les statuts respectifs de citoyen, résident et étranger à la lumière des chartes des droits », (1988) 29 *C. de D.* 689, 690.

74. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, par. 35 ; *Suresh c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 44.

Or, la *Charte canadienne des droits et libertés* fait des différences entre les citoyens, les résidents permanents et les ressortissants étrangers en matière électorale, quant à la liberté de circulation et d'établissement et en matière linguistique⁷⁵. La Cour suprême a refusé d'examiner les distinctions basées sur ces dispositions au regard du droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne⁷⁶. En d'autres termes, si la Charte canadienne fait elle-même une distinction, il n'y a pas lieu de se questionner sur l'atteinte au droit à l'égalité. Ainsi, « l'égalité n'est entière entre les « personnes » que lorsqu'elles ont en commun le fait d'être « citoyennes » »⁷⁷.

Les travailleuses et travailleurs migrants n'ont qu'un statut de résidents temporaires au Canada ; ils ne sont ni citoyens, ni résidents permanents. Ils ne bénéficient pas de la liberté d'établissement⁷⁸ et ont de la difficulté à se faire accompagner de leur famille. En effet, ils ne peuvent recourir au programme de regroupement familial⁷⁹ et ont de la difficulté à démontrer aux autorités leur capacité à subvenir aux besoins de leur famille⁸⁰, condition que les travailleuses et travailleurs migrants doivent remplir s'ils veulent se faire accompagner de leurs proches.

Si les ressortissants étrangers, du fait de leur statut d'immigration, ne peuvent pas toujours invoquer le droit à l'égalité protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'en est pas de même en vertu de la Charte québécoise. En effet, cette dernière ne fait aucune distinction entre les citoyens ou les résidents permanents et les autres personnes pour désigner les titulaires des droits et libertés. En fait, la seule distinction se fait entre les personnes physiques (« tout être humain ») et les personnes morales (incluses dans « toute personne »). Il semble donc clair que les ressortissants étrangers peuvent bénéficier des garanties offertes par la Charte québécoise⁸¹.

75. *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 3, 6 et 23.

76. *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 129 qui réfère à *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711.

77. Julie GAUDREAU, « Quel droit à l'égalité pour les non-citoyens ? Réflexion inspirée de l'affaire *Charkaoui* », (2008) 49 :2 *C. de D.* 205, 226.

78. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 8, art. 6(2).

79. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 13(1) (ci-après « L.I.P.R. »)

80. Delphine NAKACHE et Paula J. KINOSHITA, « The Canadian Temporary Foreign Worker Program: Do Short-Term Economic Needs Prevail over Human Rights Concerns ? », (2010) 5 *IRPP Study*.

81. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 159.

Les permis de travail restreints

En vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸² et du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸³, les travailleuses et travailleurs migrants doivent détenir un permis pour travailler au Canada et au Québec. Ce permis de travail lie le travailleur à un seul employeur et à un seul emploi.

Le travailleur migrant qui désire exécuter un autre travail que celui mentionné à son permis ou qui désire changer d'employeur, qu'il ait perdu son travail pour des raisons hors de son contrôle ou qu'il l'ait quitté volontairement, doit obtenir un nouveau permis de travail⁸⁴. Le fait de conclure un contrat de travail sans permis de travail peut faire perdre au travailleur le bénéfice du droit du travail⁸⁵. La période qui s'écoule entre les deux permis place souvent les travailleurs dans une situation financière précaire⁸⁶ qui les met à la merci d'employeurs peu scrupuleux. En outre, en rompant leur lien d'emploi, les travailleuses et travailleurs migrants perdent également leur lieu d'hébergement, ce qui contribue à accroître leur situation de vulnérabilité.

Pourtant « la liberté de démissionner est fondamentale. Elle marque la différence entre l'esclavage et la conception contemporaine du travail »⁸⁷.

En plus de compromettre leur liberté, le permis de travail restreint n'étant imposé qu'aux seuls travailleurs migrants, il est sus-

82. L.I.P.R., préc., note 79, art. 30.

83. DORS/2002-227 (Gaz. Can. II), art. 196 et 199 (ci-après « RIPR »).

84. Dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers, les travailleurs peuvent être transférés d'un employeur à l'autre. Ils doivent cependant obtenir l'approbation écrite de RHDCC/Service Canada au préalable. RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, « Programme des travailleurs étrangers temporaires », [En ligne] <http://www.rhdcc-hrsc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ptas.shtml> (Consulté le 4 février 2011).

85. Stéphanie BERNSTEIN, « Au carrefour des ordres publics : l'application des lois du travail aux travailleurs et travailleuses 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, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 239.

86. Canada, Chambre des communes, *Les travailleurs étrangers temporaires et les travailleurs sans statut légal*, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, 2^e sess., 40^e légis., mai 2009, p. 27 (ci-après « Rapport Tilson »), cité par D. NAKACHE et P. J. KINOSHITA, préc., note 80, p. 18.

87. Claude FABIEN, « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois », (2006) *R.G.D.* 85, 91.

ceptible de compromettre leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique⁸⁸ en toute égalité.

L'obligation de résidence

Un problème affecte de façon plus particulière les aides familiales résidentes qui, comme leur titre l'indique, ont l'obligation de résider chez leur employeur⁸⁹.

Dans le cas du Programme des travailleurs agricoles saisonniers, l'employeur a l'obligation, en vertu du contrat type négocié entre les pays d'origine des travailleurs et le Canada⁹⁰, de fournir un logement gratuitement aux travailleurs ainsi que les repas à un coût raisonnable ou les installations nécessaires pour cuisiner si les travailleurs le décident.

Dans les faits, étant donné la situation géographique des exploitations agricoles, en dehors des centres urbains, les travailleuses et travailleurs migrants, dans le domaine agricole, sont pratiquement contraints de résider au logement fourni par leur employeur.

Or, cette obligation de résidence des travailleurs migrants est susceptible de compromettre plusieurs de leurs droits fondamentaux dont la liberté de circulation, la liberté d'association et le droit à la vie privée⁹¹.

De plus, le fait de résider au logement fourni par l'employeur rend plus difficile à la travailleuse et au travailleur migrant l'exercice de la liberté de sa personne, la libre disposition de ses biens ainsi que le respect de l'inviolabilité de la demeure⁹². L'exercice de la liberté

88. Charte, préc., note 2, art. 46.

89. RIPR, préc., note 83, art. 113.

90. RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, *Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers des Antilles (États membres du Commonwealth) au Canada-2011*, (01-2011) (ci-après « RHDCC-Antilles ») ; RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, *Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers du Mexique au Canada-2011*, (01-2011) (ci-après « RHDCC-Mexique »).

91. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Notes de présentation aux audiences pan canadiennes du Comité permanent des Communes sur la Citoyenneté et l'Immigration*, Marc-André Dowd et Carole Fiset, (Cat. 2.600.224), 2008, p. 4.

92. Charte, préc., note 2, art. 1, 6 et 7.

d'association⁹³ est également restreint par l'existence de cette proximité perpétuelle⁹⁴, encore plus si on tient compte de l'isolement relatif, social comme géographique, dans lequel sont placés les travailleurs migrants du fait de cette obligation de résidence.

Enfin, la constante disponibilité physique des travailleuses et travailleurs rend difficile la distinction entre leur vie privée et leur vie professionnelle. Le calcul du temps supplémentaire s'en trouve compliqué⁹⁵.

Tout comme le permis de travail restreint, l'obligation de résidence, puisqu'elle n'est imposée qu'aux seuls travailleurs migrants, est susceptible de compromettre leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique⁹⁶ en toute égalité.

Bien qu'un grand nombre d'employeurs agricoles se montrent soucieux de préserver la dignité des travailleurs qu'ils hébergent, d'autres ne se soucient guère de la qualité des logements qu'ils fournissent aux travailleuses et travailleurs agricoles. Il en est de même de ceux qui emploient des aides familiales résidentes.

La justification du statut des travailleurs migrants

Si, en termes économiques, le programme des travailleurs étrangers temporaires présente éventuellement plus de bénéfices que de coûts⁹⁷, la Commission a déjà indiqué à plusieurs reprises que l'aide à une industrie particulière ne devait pas justifier une violation des droits reconnus par la charte⁹⁸.

93. *Ibid.*, art. 3.

94. Adelle BLACKETT, « Making Domestic Work Visible: the Case for Specific Regulation », Labor Law and Labor Regulations Program Working Papers n° 2, Organisation internationale du travail, Genève, 1988, p. 3.

95. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Rapport IV (1) : Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Conférence internationale du Travail, 99^e sess., quatrième question à l'ordre du jour, Genève, 2009, par. 166.

96. Charte, préc., note 2, art. 46.

97. Sandra ELGERSMA, *Les travailleurs étrangers temporaires*, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaire, PRB 07-11F, 2007, p. 5-6.

98. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le projet de loi n° 126 : Loi sur les normes du travail*, (Cat. 2.412.27.1), mars 1979, p. 10 ; COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du projet de loi : Loi modifiant les normes du travail*, M^e Maurice Drapeau, (Cat. 2.412.27.2), novembre 1990, p. 9.

Les gouvernements du Canada et du Québec tentent de garantir « que les employeurs ne cherchent pas à remplacer les Canadiens par des [travailleurs étrangers temporaires] »⁹⁹. Cependant, la vulnérabilité dans laquelle se retrouvent les travailleuses et travailleurs étrangers temporaires exerce une pression à la baisse sur les conditions de travail de l'ensemble des travailleurs des secteurs dans lesquels ils œuvrent¹⁰⁰.

Étant donné les effets de distorsions possibles du marché du travail attribuables à l'embauche de travailleurs étrangers temporaires¹⁰¹ et la vulnérabilité dans laquelle ceux-ci se retrouvent, il est important que leur embauche soit le fait d'une nécessité, en l'occurrence d'une véritable pénurie. En d'autres termes, pour justifier le recours à des travailleuses et travailleurs migrants, la pénurie de travail devrait être le fait d'un manque de main-d'œuvre disponible plutôt que d'un manque d'intérêt de cette main-d'œuvre en raison de conditions de travail insatisfaisantes¹⁰². À l'instar de plusieurs témoins devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, la Commission remet en question les méthodes d'évaluation de la pénurie de main-d'œuvre¹⁰³. Par ailleurs, si les pénuries de main-d'œuvre quantitative persistent, le gouvernement du Québec devrait viser la création de programmes d'immigration permanente.

Le gouvernement du Canada a tenté de s'assurer que le recours aux travailleuses et travailleurs migrants se fasse sur une base temporaire¹⁰⁴. Mais plutôt que de faire porter aux employeurs le caractère temporaire du programme, on fait assumer le caractère temporaire aux travailleuses et travailleurs mêmes en leur imposant une période de carence de quarante-huit mois après quatre ans de service continu¹⁰⁵.

99. *Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration : « Les Travailleurs temporaires et les travailleurs sans statut légal »*, [En ligne]. <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=F&Mode=1&Parl=40&Ses=2&DocId=4017803&File=0>> (Consulté le 24 janvier 2011).

100. Un tel constat est émis par Holley à l'égard du programme américain qui, estimons-nous, présente des lacunes semblables à celles du programme canadien : Micheal HOLLEY, « Disadvantaged by Design : How the Law Inhibits Agricultural Guestworkers from Enforcing Their Rights », (2000-2001) 18 *Hofstra Labour and Employment Law Journal* 575, 618.

101. S. ELGERSMA, préc., note 97, p. 5-6.

102. Tatiana GOMEZ, « Le travail temporaire peu spécialisé et l'impossibilité d'accéder à la résidence permanente : Note politique », (2011) *Focal* 4.

103. Rapport Tilson, préc., note 86, p. 21.

104. *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation*, (2010) 144 *Gaz. Can. II*, p. 1522.

105. RIPR, préc. note 83, art. 200(3)g(i).

2.2.2 *Les exclusions de la protection sociale*

Le statut des travailleurs migrants peut rendre complexe la détermination de leur domicile, de leur résidence ou d'autres critères d'éligibilité aux services étatiques. Aussi, la notion de « résidence », qui diffère de celle de « résidence permanente », varie selon le contexte ou la loi, et n'est parfois pas définie¹⁰⁶.

L'exclusion de la protection sociale sur la base d'un motif de discrimination prohibé est susceptible de compromettre plusieurs droits garantis par la Charte, dont le droit à la vie et à l'intégrité, le droit à la sauvegarde de la dignité, le droit à l'instruction publique gratuite et le droit à des mesures d'assistance financière¹⁰⁷.

Ainsi au Québec, les travailleuses et travailleurs migrants n'ont pas accès à l'aide juridique¹⁰⁸ ni à l'aide sociale¹⁰⁹, ni au régime d'assurance parentale¹¹⁰. En ce qui concerne l'admissibilité à l'instruction publique, les commissions scolaires auraient discrétion pour décider si des frais sont imposés aux enfants de travailleurs migrants¹¹¹. On doit être résident permanent et résider au Québec depuis douze mois afin de bénéficier de l'accès à une habitation à prix modique¹¹², ce qui exclut les travailleurs migrants.

Quant à l'assurance maladie offerte par la Régie de l'assurance maladie du Québec, les personnes qui ne résident pas au Québec doivent subir un délai de carence de trois mois avant de pouvoir en bénéficier¹¹³. Les travailleuses et travailleurs migrants qui sont au

106. SERVICES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES DE POINTE-ST-CHARLES ET PETITE-BOURGOGNE, *L'accès des personnes immigrantes et réfugiées à des mesures sociales au Québec : Guide à l'intention des intervenants*, Montréal, 2010, p. 27.

107. Charte, préc., note 2, art. 1, 4, 40 et 45.

108. *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14. En fait la loi est muette quant au statut d'immigration et exige uniquement qu'une personne réside au Québec. « [...] [S]eulement les personnes qui se trouvent au Québec temporairement sont inadmissibles à l'aide juridique en raison de leur statut d'immigration. », SERVICES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES DE POINTE-ST-CHARLES ET PETITE-BOURGOGNE, préc., note 106.

109. *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ, c. A.13.1.1, art. 26 (admissibilité des citoyens et des résidents permanents).

110. *Loi sur l'assurance parentale*, RLRQ, c. A-29.011, art. 3.1.

111. SERVICES JURIDIQUES COMMUNAUTAIRES DE POINTE-ST-CHARLES ET PETITE-BOURGOGNE, préc., note 106, p. 56.

112. *Règlement sur l'attribution de logement à loyer modique*, RLRQ, c. S-8, r. 1.1.1., art. 14.

113. *Loi sur l'assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, art. 5.0.1 ; *Règlement sur l'admissibilité et l'inscription des personnes auprès de la Régie de l'assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, r. 0.01, art. 4 et 4.2(4).

Québec en vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers sont exemptés de ce délai de carence en vertu d'ententes internationales. Selon les contrats types proposés par le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, les employeurs des travailleuses et travailleurs présents au Québec en vertu du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation et du Programme des aides familiaux résidants doivent leur fournir une couverture d'assurance durant ce délai de carence¹¹⁴. Cependant, la couverture d'assurance est liée à la validité du permis de travail, lequel est lié au contrat de travail. En cas de cessation d'emploi, les travailleuses et travailleurs perdent donc le bénéfice de la protection¹¹⁵.

Par ailleurs, à la différence des immigrants, les travailleuses et travailleurs migrants ont un accès limité aux services de soutien à l'immigration, dont les cours de francisation qui ne leur sont offerts qu'à temps partiel¹¹⁶. Ces cours pourraient pourtant les aider à être acceptés à titre de travailleurs indépendants et favoriser leur intégration après une accession à la résidence permanente.

2.2.3 Les exclusions dans le domaine du travail

L'exclusion de la protection dans le domaine du travail sur la base des motifs de discrimination prohibés compromet potentiellement la liberté d'association, le droit à la dignité et le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique¹¹⁷. Cette exclusion est également

114. Voir : MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Contrat de travail type pour les professions peu spécialisées qui relèvent du programme Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation (niveaux c et d)*, A-0700-BF (2011-04), clauses 19 et 20 et MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Contrat de travail type d'une aide familiale résidante*, A-0700-AF (2011-04), clauses 22 et 23. Cette obligation contractuelle qui est faite aux employeurs n'équivaut cependant pas à une protection statutaire, indépendante de l'action d'un tiers. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse examine actuellement la conformité de ce délai de carence aux prescriptions de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

115. Sur l'accès aux soins de santé des personnes non assurées, voir : Cécile ROUSSEAU *et al.*, « Health Care Access for Refugees and Immigrants with Precarious Status : Public Health and Human Rights Challenges » (2008) 99(4) *Revue canadienne de santé publique* 290.

116. MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, « Accueil : Langue française : Lexique », [En ligne] <<http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/langue-francaise/lexique.html#tempscomplet>> (Consulté le 24 juillet 2011).

117. Charte, préc., note 2, art. 3, 4 et 46.

susceptible d'engendrer une violation de l'interdiction de stipuler une clause comportant discrimination dans un acte juridique, de l'interdiction d'exercer la discrimination dans les conditions de travail ou dans l'établissement des catégories d'emploi et de l'obligation de verser un salaire égal pour un emploi équivalent¹¹⁸.

Dans le cadre de l'examen de l'exclusion des travailleuses et travailleurs domestiques du régime collectif de protection en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles¹¹⁹, qui affecte particulièrement les personnes qui travaillent au Québec en vertu du Programme des aides familiaux résidants, la Commission en est venue à la conclusion que cette exclusion constitue de la discrimination fondée sur le sexe, la condition sociale et l'origine ethnique ou la race. Cette discrimination détruit ou compromet le droit de ces travailleuses à leur sûreté et à leur intégrité, leur droit à la dignité, leur droit à ne pas subir de discrimination dans l'établissement de leur catégorie d'emploi ainsi que leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique¹²⁰.

Les travailleuses et travailleurs agricoles sont pour leur part exclus d'une partie de l'application de la *Loi sur les normes du travail*, et ce, depuis son adoption en 1979. Leur sort s'est depuis amélioré, mais le travailleur agricole et, pendant la période des récoltes, un salarié affecté à la mise en conserve, à l'emballage et à la congélation de fruits et légumes, ne sont pas soumis à la durée de la semaine normale de travail pour le calcul des heures supplémentaires¹²¹. Aussi, le jour de repos hebdomadaire des travailleuses et travailleurs agricoles peut être reporté à la semaine suivante avec leur consentement¹²². De plus, les travailleurs affectés principalement à des opérations non mécanisées reliées à la cueillette de framboises ou de fraises ne bénéficient toujours pas des règles concernant le salaire minimum¹²³.

118. *Ibid.*, art. 13, 16 et 19.

119. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001 ; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, RLRQ, c. S-2.1.

120. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La conformité de l'exclusion du domestique et du gardien de la protection automatique de la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles à la Charte des droits et libertés de la personne*, M^e Christine Campbell, (Cat. 2.120-2.68), 2008.

121. *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 54(5) et (7).

122. *Ibid.*, art. 78.

123. *Règlement sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, r. 3, art. 4.1. Il est cependant prévu que les travailleuses et travailleurs uniquement affectés à des

Par ailleurs, les travailleurs agricoles comme les aides familiales sont exclus *de facto* de la protection du *Code du travail*¹²⁴ qui régit les relations collectives de travail.

La Cour suprême a eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi ontarienne régissant les relations de travail dans le domaine agricole qui prévoit un régime spécifique pour les travailleuses et travailleurs agricoles¹²⁵. D'après la majorité, la loi ne contrevient pas à la liberté d'association garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁶. Les juges majoritaires ont cependant refusé de statuer sur le caractère discriminatoire de la loi. Ils invoquent que les parties n'ont pas présenté de preuve suffisante à cet effet et que, d'autre part, le recours serait prématuré¹²⁷. En outre, les conclusions de cet arrêt à l'effet que le statut professionnel ne constitue pas un motif analogue au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹²⁸ ne sont pas pertinents en ce qui concerne la Charte québécoise à cause de l'existence du motif « condition sociale » dans cette dernière.

Enfin, il arrive que, dans une même exploitation agricole, des travailleuses et travailleurs des deux programmes sont embauchés avec des conditions de travail différentes pour un travail équivalent en raison des contrats types imposés ou suggérés selon les programmes. Dans son avis, la Commission a conclu que, afin d'éviter la discrimination en emploi, les employeurs ne devraient pas faire de distinction fondée sur l'origine nationale ou ethnique ou sur le statut d'immigration dans les contrats de travail.

2.2.4 Les autres obstacles d'ordre systémique

Certains « modèles organisationnels » et certaines « pratiques institutionnelles », conjuguées aux exclusions législatives que nous venons d'examiner, exacerbent l'effet de la discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants.

D'abord, les mécanismes de protection des droits offerts par la *Charte des droits et libertés de la personne*, par la *Loi sur les normes*

opérations non mécanisées reliées à la cueillette de framboises ou de fraises reçoivent le salaire minimum à compter de 2014.

124. RLRQ, c. C-27.

125. *Ontario (P.G.) c. Fraser*, 2011 CSC 20.

126. Préc., note 8, art. 2d).

127. *Ontario (P.G.) c. Fraser*, préc., note 125, par. 116.

128. *Ibid.*, par. 295 (juge Rothstein) et par. 315 (juge Deschamps).

*du travail*¹²⁹ et par la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*¹³⁰, entre autres lois, ne sont pas adaptés à la réalité des travailleuses et travailleurs migrants parce qu'ils ne garantissent pas au travailleur qu'il sera autorisé à demeurer au Québec après s'être mis à dos l'employeur associé à son permis¹³¹. De ce fait, le nombre de plaintes déposées à la Commission ne reflète pas le nombre de situations potentiellement discriminatoires observées sur le terrain.

En outre, la Commission craint que, en raison de l'absence de recours en cas de décision de rapatriement à la suite d'une décision de l'employeur, du consulat du pays d'origine ou de l'Agence des services frontaliers¹³², les travailleuses et travailleurs migrants voient leur droit « à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé »¹³³ compromis.

La Commission est également préoccupée du fait que la pratique du recrutement de travailleuses et travailleurs étrangers n'est pas réglementée. De ce fait, des personnes ou des organisations peu scrupuleuses ou dont l'indépendance et l'impartialité peuvent être mises en cause ont la possibilité de profiter de la vulnérabilité dans laquelle se retrouvent les travailleuses et travailleurs migrants pour servir leurs fins¹³⁴.

Ces éléments contribuent à entretenir la grande vulnérabilité dans laquelle sont placés les travailleuses et travailleurs migrants.

CONCLUSION

L'objectif du présent article était de montrer en quoi les conditions de venue au pays et de travail dans lesquels évoluent les travailleuses et travailleurs migrants constituent une situation de discrimination systémique.

129. Préc., note 121.

130. Préc., note 119.

131. Eugénie DEPATIE-PELLETIER, « Normes du MICC pour l'embauche de travailleurs étrangers temporaires (ou comment éviter l'application des lois du travail au Québec en 2011) », dans 66^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, *Immigration et travail : s'intégrer au Québec pluriel*, Cahier du participant, Québec, 2 et 3 mai 2011, p. 74, p. 77.

132. Jill HANLEY, « Social Condition of SAWP Agricultural Workers as it Influence their Relationship with their Employer », novembre 2008 [Non publié], par. 20.

133. Charte, préc., note 2, art. 23.

134. Rapport Tilson, préc., note 86, p. 35-36.

En tant qu'autorité indépendante de contrôle et de surveillance de la fonction gouvernementale et administrative de l'État¹³⁵ en matière de droits de la personne, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse occupe une position privilégiée pour procéder à des analyses suivant l'approche systémique en matière de discrimination.

D'une part, les multiples facettes de son mandat lui fournissent plusieurs modes d'action afin de mettre au jour les problèmes souvent diffus de la discrimination systémique : enquête¹³⁶, éducation¹³⁷, recherche¹³⁸, analyse législative¹³⁹, constituent certains des éléments de sa panoplie. De fait, elle dispose d'une grande latitude pour aborder les questions constitutionnelles et quasi constitutionnelles qui se compare avantageusement à celle d'une cour de justice :

Afin de corriger les problèmes de nature systémique, ces autorités [indépendantes de contrôle et de surveillance] utilisent des modes d'investigation fondés sur des études, des analyses, des enquêtes, des rencontres, des évaluations quantitatives, ainsi que des données comparatives issues du fonctionnement d'organismes similaires au Canada ou ailleurs.

Leur intégration dans le champ des mécanismes d'application de la Constitution ouvre des perspectives nouvelles pour une autre approche de l'effectivité des droits ou des principes ayant une valeur constitutionnelle. [...] Contrairement à une vision largement répandue, l'effectivité des normes constitutionnelles dépend en partie de ces mécanismes institutionnels et non exclusivement du recours à des juges, toutes catégories confondues. Ils auraient ainsi pour fonction de combler un écart trop grand entre l'énonciation des principes constitutionnels et la réalité administrative ou sociale [...].¹⁴⁰

L'approche systémique présente en effet des avantages dans la recherche de solutions :

L'approche systémique peut prendre en considération la dimension collective de la discrimination, notamment ses sources historiques, son fondement éducatif, sociologique et économique, ses aspects psycholo-

135. Daniel MOCKLE, préc., note 42, par. 8.

136. Charte, préc., note 2, art. 71(1°).

137. *Ibid.*, art. 71(4°).

138. *Ibid.*, art. 71(5°).

139. *Ibid.*, art. 71(6°).

140. Daniel MOCKLE, préc., note 42, par. 104-105.

giques ou politiques, ce qui permettra entre autres d'évaluer le bien-fondé d'une solution pour mettre un terme au phénomène.¹⁴¹

Il est souhaitable que les autorités législatives et gouvernementales n'attendent pas les résultats d'un hypothétique recours judiciaire avant de mettre en œuvre les recommandations formulées par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse visant à éliminer la discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants.

141. Diane L. DEMERS, préc., note 27, p. 111.