

L'APPLICABILITÉ DE LA *CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE*
AUX TRAVAILLEURS MIGRANTS

M^e Marie Carpentier, conseillère juridique

Direction de la recherche, de l'éducation-coopération et des communications

Le 10 juin 2010

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
1 LES DIFFÉRENTS PROGRAMMES PERMETTANT LA VENUE DE TRAVAILLEURS MIGRANTS.....	2
1.1 Les spécificités du Programme des travailleurs agricoles saisonniers.....	4
1.2 Les spécificités du Programme des aides familiaux résidents.....	5
1.3 Les spécificités du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation.....	6
2 L'IMMIGRATION.....	7
2.1 La politique canadienne en matière d'immigration.....	7
2.2 Le partage des compétences quant à l'immigration.....	10
3 LE DROIT DU TRAVAIL.....	14
3.1 Le partage des compétences en droit du travail.....	15
3.2 Les contrats de travail.....	15
3.2.1 L'identification des contrats de travail.....	16
A Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers.....	18
B Le Programme des aides familiaux résidents.....	19
C Le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation.....	20
3.2.2 La qualification des contrats.....	23
A Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers.....	23
B Le Programme des aides familiaux résidents.....	27
C Le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation.....	29
4 L'APPLICABILITÉ DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE À L'ÉGARD DES ÉTRANGERS.....	31
CONCLUSION.....	34

INTRODUCTION

À la suite des plaintes reçues de la part de travailleurs migrants, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [ci-après « la Commission »], organisme qui veille à la promotion et au respect des droits et libertés figurant à la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ s'interroge sur sa compétence à leur égard. Le présent avis se penche donc sur l'applicabilité de la Charte québécoise aux travailleurs migrants se trouvant en sol québécois.

Au Québec, la Charte a pour objectif la protection des libertés et des droits fondamentaux de la personne. Elle vise « les matières qui sont de la compétence législative du Québec »². C'est la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui assure « la promotion et le respect des principes contenus dans la [...] Charte »³.

Les travailleurs migrants peuvent travailler sur le territoire québécois en vertu d'un permis de travail qu'ils ont obtenu grâce à un contrat de travail. Le droit du travail⁴ et le droit de l'immigration⁵ sont des compétences législatives partagées entre les gouvernements fédéral et provinciaux. On peut donc s'interroger sur la faculté des travailleurs migrants résidant temporairement au Québec d'invoquer la *Charte des droits et libertés de la personne* afin de faire valoir leurs droits.

La problématique se pose donc essentiellement en terme de partage des compétences législatives entre le fédéral et le Québec. Outre l'immigration (section 2) et le travail (section 3), la compétence à l'égard des étrangers fait partie de la problématique (section 4). Toutefois avant

¹ L.R.Q., c. C-12, (ci- après « la Charte » ou « la Charte québécoise »).

² *Id.*, art. 55.

³ *Id.*, art. 71.

⁴ Nicola Di Iorio, « Le partage des compétences législatives » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Droit du travail*, Collection de droit 2009-2010, vol. 8, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 19.

⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. n° 95.

de s'attaquer à la compétence du Québec en ces matières, il convient d'identifier les programmes qui permettent d'accueillir de tels travailleurs au Canada et au Québec (section 1).

1 LES DIFFÉRENTS PROGRAMMES PERMETTANT LA VENUE DE TRAVAILLEURS MIGRANTS

À l'heure actuelle, le Canada ne compte pas assez de travailleurs pour combler sa demande en main-d'œuvre⁶. Il doit donc faire appel à l'immigration. Sur ce terrain, il fait face à une compétition internationale active quant au recrutement de travailleurs qualifiés⁷.

C'est dans ce contexte que l'admission de travailleurs migrants prend de l'ampleur au Canada. Pour la première fois en 2007 et 2008, en tenant compte de toutes les catégories de migrants et d'immigrants, le Canada a admis plus de résidents temporaires que de résidents permanents⁸. Cependant, le nombre de travailleurs migrants excède depuis le milieu des années 1970 le nombre de travailleurs immigrants⁹.

Le travailleur migrant se distingue du travailleur immigrant par son statut. En effet, à la différence du travailleur migrant, le travailleur immigrant bénéficie de la résidence permanente au Canada. Les travailleurs immigrants sont donc envisagés comme des citoyens potentiels¹⁰.

⁶ 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. 2.

⁷ Naomi ALBOIM et MAYTREE, *Adjusting the Balance : Fixing Canada's Economic Immigration Policies*, Toronto, 2009, [En ligne]. <http://www.maytree.com/wp-content/uploads/2009/07/adjustingthebalance-final.pdf> [date d'accès : 10 février 2010], à la p. 11.

⁸ MAYTREE, « Abolish the Low-Skill Temporary Foreign Worker Program », *Policy in Focus*, Issue 10, Décembre 2009, [En ligne]. http://maytree.com/PDF_Files/MaytreePolicyInFocusIssue10.pdf [date d'accès: 10 février 2010], p. 1.

⁹ Donna BAINES et Nadita SHARMA, « Migrant Workers as Non-Citizens : The Case against Citizenship as a Social Policy Concept » [2002] 69 *Studies in Political Economy* 75, 90-91.

¹⁰ Le Canada était d'ailleurs un des rares pays à envisager la plupart de ses immigrants comme des citoyens potentiels. F. Pearl ELIADIS, « The Swing from Singh : The Narrowing Application of the Charter in Immigration Law », (1995) 26 *Imm. L. R.* (2d) 130, 135.

Dans le cadre du présent avis, nous nous intéressons au cas des travailleurs migrants au Québec, soit les personnes qui détiennent un permis de travail pour le Québec sans bénéficier de la résidence permanente. Ces personnes peuvent travailler grâce au Programme canadien des travailleurs étrangers temporaires et ses trois sous-programmes : le Programme des travailleurs agricoles saisonniers, le Programme des aides familiaux résidants et le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation¹¹.

Les trois sous-programmes présentent des formalités similaires. Elles sont cependant fort complexes parce qu'elles impliquent trois organismes différents, Citoyenneté et Immigration Canada, Ressources humaines et Développement des compétences Canada et l'Agence des services frontaliers¹². Au Québec, s'ajoute le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles.

Pour les trois sous-programmes qui nous occupent, quand un employeur québécois veut embaucher un travailleur étranger temporaire, l'employé et l'employeur doivent d'abord signer un contrat de travail qui deviendra effectif si les démarches administratives sont fructueuses. Ce contrat de travail sera utile pour évaluer l'offre d'emploi en vue de l'obtention d'avis relatif au marché du travail. Cette évaluation est faite conjointement par Service Canada et le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles du Québec pour les demandeurs qui se destinent à cette province. L'offre d'emploi doit avoir un effet positif ou neutre sur le marché du travail afin d'être approuvée¹³. Si les deux paliers de gouvernement s'entendent pour

¹¹ Il existe aussi le Programme de « l'expérience canadienne », mais comme il est réservé aux travailleurs temporaires des catégories O (gestion), A (professionnel) et B (postes techniques ou métiers spécialisés) de la *Classification nationale des professions* et qu'il a la possibilité de devenir résident permanent, nous n'en traiterons pas dans le présent avis. CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL DU CANADA, *Classification nationale des professions*, Ottawa, Ressources humaines et développement social Canada, 2007.

¹² Delphine NAKACHE et Paula J. KINOSHITA, « The Canadian Temporary Foreign Worker Program : Do Short-Term Economic Needs Prevail over Human Rights Concerns? », mai 2010, *IRPP Study* n° 5, 12.

¹³ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-27, art. 199; *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, R.R.Q., c. I-0.2, r.4, art. 50 tels que cités par QUÉBEC, MINISTÈRE DE (... suite)

émettre un avis relatif au marché du travail favorable, le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles évalue la demande en vue d'émettre un certificat d'acceptation du Québec. Si le certificat est accordé, l'employé présente une demande de permis de travail à Citoyenneté et Immigration Canada, ainsi qu'un visa de résidence temporaire, s'il n'est pas le citoyen d'un État dont les ressortissants sont exemptés d'un visa de visiteur au Canada. À son entrée au Canada, un agent des services frontaliers vérifiera que le travailleur temporaire satisfait aux critères d'admissibilité.

Voyons maintenant quelques spécificités de chacun des programmes.

1.1 Les spécificités du Programme des travailleurs agricoles saisonniers

On retrouve le texte suivant sur le site de Ressources humaines et développement des compétences Canada :

« Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers permet le mouvement des travailleurs étrangers en vue de répondre aux besoins saisonniers des producteurs canadiens durant les périodes de pointe de récolte et de plantation, quand il existe traditionnellement des pénuries de travailleurs canadiens qualifiés. »¹⁴

Ce programme découle de onze traités bilatéraux signés par le Canada. En vertu de ce programme, les travailleurs agricoles étrangers doivent travailler au moins 240 heures en six semaines. Ils peuvent demeurer au Canada pour un maximum de huit mois.

L'IMMIGRATION DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Guide des procédures d'immigration*, Composante 4 : Les séjours temporaires au Québec, Chapitre 2 : Les travailleurs temporaires, à jour en juillet 2009, p. 8.

¹⁴ CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, « Travailleurs agricoles saisonniers », [En ligne]. http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ae_tet/tas_tet.shtml [date d'accès : 7 avril 2010]

1.2 Les spécificités du Programme des aides familiaux résidents

La citation suivante est extraite du site de Ressources humaines et développement des compétences Canada :

« Le Programme des aides familiaux résidents aide les Canadiens à embaucher des travailleurs étrangers pour vivre à leur domicile et y travailler dans les domaines de la garde d'enfants et du soutien à domicile pour les personnes âgées et les personnes handicapées. »¹⁵

Les aides familiaux résidents peuvent obtenir la résidence permanente après une certaine durée de travail et depuis le 1^{er} avril 2010, leurs permis de travail peuvent être valides pendant une période maximale de quatre ans et trois mois¹⁶.

Selon l'Organisation internationale du travail, les travailleurs domestiques migrants, dont la vaste majorité sont des femmes, comptent parmi les travailleurs les plus vulnérables de la planète¹⁷. En effet, comme femmes et comme immigrantes, ces travailleuses peuvent être victimes d'une double discrimination¹⁸.

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, s'est d'ailleurs prononcée, dans un avis datant de décembre 2008, sur la discrimination dont sont victimes les aides familiales résidentes en raison de leur sexe, de leur condition sociale et de leur origine raciale

¹⁵ CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, « Aides familiaux résidents », [En ligne]. http://www.rhdcc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ae_tet/afr_tet.shtml [date d'accès : 7 avril 2010]

¹⁶ Les aides familiaux résidents doivent compléter 24 mois de travail ou 3900 heures durant une période de 4 ans. *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2010-78m (Gaz. Can. II).

¹⁷ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *International Migration : A Right-Based Approach*, International Labour Office, Geneva, 2010, p. 95.

¹⁸ *Id.*

ou ethnique¹⁹ dans le domaine du travail, en particulier en ce qui concerne leur exclusion du régime collectif de protection en santé et sécurité du travail.

1.3 Les spécificités du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation

Le Projet relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation est ouvert aux travailleurs des catégories C (formation secondaire) ou D (formation en cours d'emploi) pour lesquels ils n'existent que peu de possibilité d'immigration²⁰. La durée maximale du permis de travail pour ces travailleurs est de deux ans. Le Projet pilote a été lancé en 2002 et a été modifié en 2007²¹. Il demeure à ce jour un projet pilote.

D'autres conditions sont rattachées à la participation à ces programmes mais nous n'en ferons pas état dans le cadre de cet avis.

Afin de déterminer l'applicabilité de la Charte aux situations vécues par les travailleurs migrants qui se trouvent au Québec, nous examinerons, dans la prochaine section, le partage des compétences en matière d'immigration ainsi que les pouvoirs qui sont dévolus au Québec. Nous analyserons, dans la section subséquente, le partage des compétences en matière de droit du travail et en particulier, la qualification des contrats de travail. Enfin, nous nous pencherons sur l'applicabilité de la Charte aux étrangers.

¹⁹ 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.

²⁰ D. NAKACHE et P. J. KINOSHITA, préc., note 12, p. 35.

²¹ *Id.*, p. 5.

2 L'IMMIGRATION

Avant de décrire le partage des compétences législatives en la matière, il importe de présenter la politique canadienne d'immigration afin de comprendre la situation particulière des travailleurs migrants au sein de cette politique.

2.1 La politique canadienne en matière d'immigration

La politique canadienne d'immigration²² vise deux objectifs principaux.

Le premier objectif, qui oriente la plus grande part de la sélection des immigrants²³, est « de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration »²⁴.

L'autre important objectif de la politique est humanitaire. En effet, par sa *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le Canada voit à la réunification des familles²⁵ et à remplir ses obligations en droit international quant aux réfugiés²⁶.

La politique canadienne prévoit donc trois grandes catégories d'immigrants : les immigrants « économiques », les immigrants au titre de la réunification familiale et les réfugiés.

²² La compétence législative en matière d'immigration est partagée, mais les dispositions fédérales ont préséance sur celles des provinces. C'est pourquoi il est opportun d'étudier la politique canadienne dans son ensemble.

²³ En 2008, les immigrants économiques représentaient 63,9 % de tous les résidents permanents établis au Canada : CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Faits et chiffres : Aperçu de l'immigration permanent et temporaire 2008*, Ottawa, 2009, [En ligne]. <http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/recherche-stats/faits2008.pdf> [date d'accès : le 10 février 2010]

²⁴ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, art. 3(1) c).

²⁵ *Id.*, art. 3(1) d).

²⁶ *Id.*, art. 3(2) b).

Les formalités d'entrée et de sélection des immigrants varient d'une catégorie à l'autre et parfois même au sein d'une même catégorie. Par contre, les étrangers sont tous soumis aux mêmes interdictions de territoire²⁷.

Certains étrangers séjournent au Canada sans intention de s'y établir. Il s'agit des visiteurs et des autres résidents temporaires. Ils doivent, s'ils veulent étudier ou travailler, détenir un permis à cet effet²⁸. Sont exemptés de l'obligation de détenir un permis de travail certains étrangers, comme les représentants commerciaux, les membres des forces armées, les représentants des pays étrangers, les artistes dans le cadre de prestations, etc.²⁹ Le résident temporaire « doit quitter le Canada à la fin de la période de séjour autorisée »³⁰.

²⁷ Les interdictions de territoires sont les motifs pour lesquels il est interdit à une personne de visiter le Canada ou d'y demeurer. Il s'agit en général de motifs d'ordre sécuritaire, qui concernent la criminalité ou la santé. On les retrouve à la Partie I, section 4 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001.

²⁸ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 24, art. 30; *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 13, art. 196 et 199.

²⁹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS 2002/27, art. 186.

³⁰ *Id.*, art. 183(1)a).

RÉCAPITULATIF SUR LES PROGRAMMES D'IMMIGRATION AU CANADA

CATÉGORIE DE PERSONNES ADMISES AU CANADA	SOUS CATÉGORIES	PROGRAMMES	CRITÈRES DE SÉLECTION	INTERDICTIONS DE TERRITOIRE	STATUT À L'ENTRÉE
Immigrants	Réfugiés	RC	Sélectionnés en raison de leur besoin de protection	Les mêmes pour tous	RP*
		PAP			
	Regroupement familial	Sans objet	Sélectionnés en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien		RP
	Immigration économique	TQ	Sélectionnés en fonction de leur capacité à réussir leur établissement économique		
I					
TA					
Travailleurs migrants	Programme des travailleurs étrangers temporaires	PAFR	Sélectionnés par les employeurs		RT
		PTAS			
		PP			
		EC			
Visiteurs	Sans objet	Sans objet	Pas de sélection		RT

Programmes

TQ = Travailleurs qualifiés

I = Investisseurs

TA = Travailleurs autonomes

CP = Candidats des provinces

PAFR = Programme des aides familiales résidentes

PTAS = Programme des travailleurs saisonniers

PP = Projet-pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation

EC = Expérience canadienne

RC = Réfugiés au sens de la convention

PAP = Personnes à protéger

Statut à l'entrée

RP = Résidence permanente

RT = Résidence temporaire

* = Statut de demandeur de statut de réfugié et éventuellement résidence permanente

La catégorie des travailleurs migrants chevauche celle des immigrants et celle des visiteurs en ce que ces travailleurs contribuent au développement économique et à la prospérité du Canada, à l'instar des immigrants économiques, tout en ne bénéficiant que d'un statut de résident temporaire comme les visiteurs.

Nous définissons donc le travailleur migrant comme l'étranger qui, au Canada, bénéficie d'un permis de travail sans avoir la résidence permanente. Cette définition inclut ceux qui auront éventuellement accès à la résidence permanente³¹. Elle exclut cependant les travailleurs illégaux.

On peut craindre l'expansion d'un système à deux vitesses « qui peut accorder le statut de résident permanent aux personnes instruites et qualifiées, mais ne donne qu'un statut de travailleur temporaire aux personnes peu qualifiées »³².

Cependant, puisque l'applicabilité de la Charte québécoise aux problèmes d'immigration dépend de la compétence législative, il convient d'étudier le partage des compétences en la matière.

2.2 Le partage des compétences quant à l'immigration

Alors que la plupart des pouvoirs législatifs sont énumérés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³³ en ce qui concerne la législature fédérale et à l'article 92 en ce qui concerne les

³¹ Certaines catégories de travailleurs migrants auront éventuellement accès à la résidence permanente après une période de résidence temporaire. Il s'agit des aides familiaux résidants et de certains candidats des provinces. Auront également accès à la résidence permanente après une certaine durée de résidence temporaire, les étrangers qui satisfont aux critères de « l'expérience canadienne ». dont sont exclus les travailleurs peu qualifiés. Nous retranchons de notre analyse les migrants qui ont accès au programme de « l'expérience canadienne » parce que « plus qualifiés et moins vulnérables » : VÉRIFICATRICE GÉNÉRALE DU CANADA, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, Chapitre 2 : La sélection des travailleurs étrangers en vertu du programme d'immigration, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services du Canada, 2009 à la p. 38, par. 2.108.

³² CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, préc., note 6, p. 5 [renvoi omis].

³³ Préc., note 5, art. n° 95.

législatures des provinces, l'immigration, avec l'agriculture, est traitée dans un article différent. C'est l'article 95 qui partage les compétences quant à l'immigration en ces termes :

« Dans chaque province, la législature pourra faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans cette province; et il est par la présente déclaré que le parlement du Canada pourra de temps à autre faire des lois relatives à l'agriculture et à l'immigration dans toutes les provinces ou aucune d'elles en particulier; et toute loi de la législature d'une province relative à l'agriculture ou à l'immigration n'y aura d'effet qu'aussi longtemps et que tant qu'elle ne sera incompatible avec aucune des lois du parlement du Canada. »³⁴

Les provinces peuvent donc légiférer en matière d'immigration, tant que leurs lois ne sont pas incompatibles avec les lois fédérales. Constitutionnellement, le degré d'incompatibilité exigé est important :

« Même si les lois fédérales valides jouissent d'une primauté sur les lois provinciales valides, elles ne rendent pas automatiquement inopérante toute législation provinciale dans le même domaine. Encore faut-il qu'il y ait conflit entre les deux.

Le degré d'incompatibilité requis est exigeant selon la jurisprudence. Il faut qu'il y ait conflit irréductible, tel que l'application concomitante ou complémentaire soit impossible : *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 191. »³⁵

C'est la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*³⁶ qui régit le droit de l'immigration pour le palier fédéral. Elle prévoit la possibilité de conclure des ententes entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces³⁷. Ces ententes permettent d'éviter d'éventuels conflits de législa-

³⁴ *Id.*,

³⁵ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 458.

³⁶ Préc., note 24.

³⁷ *Id.*, art. 8(1).

tion qui rendraient les lois provinciales invalides. Chacune des dix provinces ainsi qu'un territoire ont conclu de tels accords³⁸.

L'Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains³⁹ balise les responsabilités de chacun des paliers de gouvernement du Québec et du Canada.

En vertu de cet accord, le Canada établit les volumes annuels d'immigration en tenant compte de l'avis du Québec (article 5), détermine et applique les critères d'admission des étrangers⁴⁰ (article 3), détermine les normes générales de traitement et les catégories d'immigration et détermine pour quelles personnes admissibles au regroupement familial le garant est tenu de démontrer sa capacité financière⁴¹.

Le Québec, pour sa part, est responsable « de la sélection, de l'accueil et de l'intégration des immigrants »⁴² qui se destinent à la province.

Le Québec a légiféré dans son champ de compétence en adoptant la *Loi sur l'immigration au Québec*⁴³ et ses règlements. La politique suivante a été établie quant aux travailleurs migrants :

³⁸ CANADA, CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2009*, Ottawa, 2009, p. 23.

³⁹ (Accord Gagnon-Tremblay-McDougall), 5 février 1991.

⁴⁰ Marie-Josée H. BÉDARD et Patrice M. BRUNET, « Le travail temporaire au Canada » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Congrès du Barreau 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 263 à la p. 265 : « L'admission des immigrants signifie l'application des critères relatifs à la criminalité, à la sécurité et à la santé, en plus du traitement administratif des demandes et de l'admission physique aux points d'entrée du Canada. »

⁴¹ QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *L'immigration : Partage des responsabilités Québec-Canada. Statut des personnes se trouvant au Québec. Catégories d'immigration. Consultation 2008-2009*, Québec, 2007, p. 4.

⁴² Penny BEKLUMP, « L'immigration : l'Accord Canada-Québec » Étude générale, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, BP-252F, 2008 à la p. 2.

⁴³ L.R.Q., c. I-0.2.

« Dans les limites de la capacité d'accueil du Québec, la sélection à l'étranger des travailleurs temporaires vise à répondre à des pénuries de main-d'œuvre dans divers secteurs comme l'industrie des technologies de l'information, le travail domestique ou le travail agricole saisonnier. De plus, la venue d'un travailleur temporaire au Québec doit vraisemblablement entraîner des effets économiques positifs ou neutres sur le marché du travail au Québec. »⁴⁴

Comme nous l'avons mentionné plus haut, la *Charte des droits et libertés de la personne* s'applique aux « matières qui sont de la compétence législative du Québec ». En matière d'immigration, cela signifie qu'elle s'applique donc aux responsabilités exclusives du Québec en l'occurrence :

- § La détermination des volumes d'immigrant qu'il désire accueillir;
- § La sélection des candidats à destination de son territoire sauf en ce qui concerne les réfugiés et les personnes faisant partie de la catégorie du regroupement familial; et
- § La gestion des engagements de parrainage⁴⁵.

La Charte québécoise s'applique également, en matière d'immigration temporaire, quand le consentement du Québec est requis, soit, entre autres, quand le Canada « délivre un permis de travail et [admet] les travailleurs temporaires lorsque l'emploi en cause est soumis à la disponibilité des travailleurs canadiens [...] »⁴⁶.

La *Charte des droits et libertés de la personne* ne s'appliquera pas aux responsabilités exclusivement fédérales en particulier les critères permettant à une personne d'entrer et de séjourner au pays⁴⁷ ni au statut de ces personnes⁴⁸.

⁴⁴ QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *Guide des procédures d'immigration. Composante 4 : les séjours temporaires au Québec. Chapitre 2 : Les travailleurs temporaires*, GPI-4-2, juillet 2009, p. 7.

⁴⁵ QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'IMMIGRATION ET DES COMMUNAUTÉS CULTURELLES, *L'immigration : Partage des responsabilités Québec-Canada. Statut des personnes se trouvant au Québec. Catégories d'immigration. Consultation 2008-2009*, Québec, 2007, p. 3.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

Il est à noter que des commentateurs ont qualifié la compétence législative du Québec de « précaire » dans la mesure où elle ne repose que sur une entente fédérale provinciale, l'*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*⁴⁹, et que la Constitution accorde préséance au pouvoir législatif fédéral⁵⁰.

3 LE DROIT DU TRAVAIL

Le droit du travail joue un rôle fondamental dans les sociétés libérales en ce qu'il « apprivoise le conflit inhérent à l'économie capitaliste dont il assure la légitimité. »⁵¹ Depuis quelques années, il est également devenu un champ privilégié pour les revendications ayant trait aux droits de la personne.

Les permis de travail et de séjour des travailleurs migrants dépendent de leurs contrats de travail. Or, ceux-ci sont négociés par des tiers, en l'absence des employeurs et des salariés, cet état de choses pouvant compliquer la qualification de ces contrats. En effet, les rapports privés qui relèvent des matières de la compétence législative du Québec⁵² sont soumis à la Charte⁵³. Nous devons donc nous assurer que les contrats de travail des migrants appartiennent à cette catégorie. Nous traiterons de cette question après avoir défini le partage des compétences en

⁴⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 5, art. n° 91(25).

⁴⁹ Préc., note 39.

⁵⁰ Henri BRUN et Eugénie BROUILLET, « Le partage des compétences en matière d'immigration : une perspective québécoise » dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérard-A. Beaudouin : Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, 55 aux p. 61 et suiv.

⁵¹ Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 3.

⁵² *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 1, art. 55.

⁵³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 38 et *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 33 et 270 cités dans Christian BRUNELLE, « Les domaines d'application des Chartes des droits » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Droit public et administratif*, Collection de droit 2009-2010, vol. 7, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009 à la p. 33.

matière de droit du travail, exercice nécessaire pour établir l'applicabilité de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

La problématique de l'applicabilité de la Charte québécoise à des étrangers, soit des personnes qui ne sont ni citoyennes, ni résidentes permanentes, sera traitée dans la section 4. Nous tenons donc pour acquis que le droit du travail peut être invoqué par les migrants, peu importe leur statut migratoire.

3.1 Le partage des compétences en droit du travail

La *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴ n'attribue pas spécifiquement la compétence législative en matière de droit du travail. Les tribunaux ont cependant retenu que la compétence législative de principe en matière de droit du travail appartient aux provinces alors que la compétence fédérale en la matière en est une d'exception⁵⁵. Bien que d'exception, la compétence législative fédérale n'en demeure pas moins exclusive dans les entreprises qui relèvent de l'autorité législative fédérale en raison de leur activité⁵⁶.

La Charte québécoise s'appliquant à toutes les matières qui sont de compétence provinciale, elle peut être invoquée en droit du travail sauf dans les entreprises dont les activités relèvent de la compétence législative fédérale, ce qui n'est pas le cas des aides familiaux résidents qui travaillent pour des particuliers ni des travailleurs qui œuvrent dans des entreprises agricoles.

3.2 Les contrats de travail

Pour pouvoir bénéficier des avantages qui découlent du droit du travail, les travailleurs migrants ont à détenir un contrat de travail valide qui doit, entre autres, être conforme à leur permis de

⁵⁴ Préc., note 5, art. n° 95.

⁵⁵ *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, [1980] 1 R.C.S. 1031, 1045.

⁵⁶ N. DI IORI, préc., note 4, p. 19-20.

travail⁵⁷. Au Québec, les contrats des travailleurs migrants doivent également faire l'objet d'une approbation du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles. Des contrats-types ont été développés et sont soit imposés, soit suggérés en fonction des programmes d'immigration.

À notre connaissance, ces contrats-types n'ont pas été qualifiés par la doctrine ou la jurisprudence. Nous identifierons donc les contrats, avant de les qualifier.

3.2.1 L'identification des contrats de travail

L'étranger qui veut venir travailler au Canada a accès à quelques dizaines de programmes différents, certains fédéraux, d'autres provinciaux. Dans le cadre de cet avis et étant donné la compétence de la Commission, nous nous intéressons aux programmes de travail temporaire qui permettent de venir travailler au Québec. Nous ne traitons pas des programmes spécifiques aux autres provinces ou territoires.

Nous excluons également les travailleurs temporaires des catégories 0 (gestion), A (professionnel) et B (postes techniques ou métiers spécialisés) de la *Classification nationale des professions*⁵⁸ parce que, comme nous l'avons mentionné précédemment, étant donné leur niveau de qualification et les salaires dont ils bénéficient éventuellement, ils ne se trouvent pas dans la même situation de vulnérabilité que les autres travailleurs étrangers temporaires. Qui plus est, le Programme de « l'expérience canadienne » leur donne éventuellement accès à la résidence permanente. Enfin, dans ces catégories, les offres d'emploi et le recrutement se font sur une base individuelle, ce qui rend difficile l'étude systémique des conditions de travail.

⁵⁷ Stéphanie 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 BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Développements récents en droit du travail 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 238.

⁵⁸ CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL DU CANADA, préc., note 11.

Rappelons qu'un permis pour travailler temporairement au Canada est obligatoire, sauf pour les emplois suivants : artistes de spectacle, athlètes et entraîneurs, conférenciers, ecclésiastiques, emplois sur le campus, enquêteurs d'accident ou d'incident d'aviation, étudiants en soins de santé, examinateurs et responsables de l'évaluation, fonctionnaires des gouvernements étrangers, fournisseurs de services d'urgence, inspecteurs de l'aviation civile, journalistes, équipe de tournage, représentants des médias, juges, arbitres et officiels similaires, membres d'équipage, membres de la famille des représentants d'un gouvernement étranger, organisateurs de congrès, personnel militaire, représentants d'un gouvernement étranger, témoins experts investigateurs et visiteurs d'affaires.

Au Québec, en plus du permis de travail, un certificat d'acceptation du Québec (CAQ) est exigé sauf dans les situations suivantes :

- § lorsque le contrat de travail est de moins de six jours;
- § lorsque le travailleur est exempté de la confirmation de l'offre d'emploi par Ressources humaines et Développement des compétences Canada et le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles;
- § lorsque le travailleur est dispensé de l'obligation de détenir un permis de travail délivré par Citoyenneté et Immigration Canada.

Afin d'obtenir le permis de travail auprès de Citoyenneté et Immigration Canada et le certificat d'acceptation du Québec, le travailleur temporaire doit présenter son contrat de travail dûment signé. Ce contrat doit respecter certains critères. Voici une brève présentation des programmes pour lesquels un contrat-type a été prévu.

A Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers

En vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers, le Canada a conclu des ententes avec onze pays⁵⁹. En annexe de ces ententes, figurent les contrats de travail que les employeurs et les salariés doivent obligatoirement utiliser afin d'obtenir le permis de travail temporaire. Ces contrats ont donc fait l'objet d'une négociation internationale.

Le contrat régissant l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers mexicains contient la clause suivante :

« XI. Divers

[...]

3. Le présent contrat est régi par les lois du Canada et de la province d'emploi. Les versions en langue française, anglaise et espagnole du présent contrat ont toutes forces de lois. »⁶⁰

Le contrat de travail concernant les travailleurs agricoles saisonniers en provenance des Antilles contient une clause similaire :

« XII. Lois applicables

1. Toutes les dispositions du contrat touchant les obligations qui lient :

i) le travailleur, l'employeur et RHDCC [Ressources humaines et Développement des compétences Canada], ou le représentant du gouvernement, l'employeur et RHDCC seront régis par les lois du Canada et de la province d'emploi. »⁶¹

⁵⁹ La Jamaïque, la Barbade, Trinité-et-Tobago, les Caraïbes orientales (Antigua, Dominique, Grenade, St-Kitts, Sainte-Lucie, St-Vincent et Monserrat) et le Mexique.

⁶⁰ *Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers du Mexique au Canada-2010*, [En ligne]. http://www.hrsdc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/formulaires/ptasmcbc2010.pdf [date d'accès : 18 mars 2010]

⁶¹ *Contrat de travail pour l'embauche de travailleurs agricoles saisonniers des Antilles (États membres du Commonwealth) au Canada 2010*, [En ligne]. http://www.rhdcc-hrsdc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/formulaires/ptascc2010.pdf [date d'accès : 6 avril 2010]

B Le Programme des aides familiaux résidents

Le programme des aides familiaux résidents n'a pas fait l'objet de négociations internationales. Le contrat liant les aides familiaux et les employeurs doit satisfaire à certains critères pour permettre, entre autres, la délivrance d'un permis de travail temporaire. Des modifications aux directives concernant les contrats sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2010⁶².

Un contrat-type est proposé sur le site de Citoyenneté et Immigration Canada. Ce contrat sert entre autres aux autorités à évaluer l'offre d'emploi faite à l'employé. Il est donc conclu avant que le permis de travail ne soit délivré. Sa validité est cependant conditionnelle à la délivrance de ce permis.

Outre quelques allusions aux normes provinciales⁶³, le contrat-type comporte une section libellée comme suit :

« Contrat assujéti à la loi provinciale/territoriale sur l'emploi et les relations de travail et aux conventions collectives applicables

L'employeur doit respecter les normes énoncées dans les codes provinciaux/territoriaux du travail et/ou de l'emploi et, s'il y a lieu, les dispositions des conventions collectives éventuellement en vigueur. Il doit notamment se conformer aux normes relatives au mode de versement des salaires, au calcul des heures supplémentaires, aux périodes de repas, aux congés fériés, aux congés annuels, aux congés pour obligations familiales, aux avantages sociaux et recours en vertu des dispositions de la Loi sur les normes d'emploi (provinciale/territoriale) et, s'il y a lieu, de la convention collective. Toute modalité de ce contrat de travail qui est moins favorable à l'employé que les normes stipulées dans la Loi sur les normes du travail et/ou de l'emploi appropriée est nulle et non avenue. »

⁶² CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, « Embauche d'un aide familial résident – Qui peut présenter une demande », [En ligne]. <http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/demande-qui-aides.asp> [date d'accès : 18 mars 2010]

⁶³ *Contrat-type: Contrat employeur-employé aide familial résident*, à jour au 18 mars 2010, [En ligne]. <http://www.cic.gc.ca/Francais/pdf/pub/aides-contrat.pdf> [date d'accès : 23 mars 2010], à la p. 5 (section « logement », clause 2) et à la p. 7 (sections « avis de démission »).

Le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles du Québec, responsable de la sélection des aides familiaux résidants pour le Québec, propose également son contrat-type qui comporte la mention suivante :

« L'employeur est tenu de respecter les normes établies à la *Loi sur les normes du travail*. L'employeur doit notamment respecter les normes relatives aux modalités de versement du salaire, au calcul des heures supplémentaires, aux périodes de repas, aux jours fériés et chômés, aux congés annuels, aux congés pour événement familiaux, aux indemnités et aux recours en vertu de cette loi. Toute disposition du présent contrat de travail inférieure aux normes établies par cette loi est nulle et sans effet. »⁶⁴

C Le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation

Le projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation permet à des employeurs canadiens d'embaucher temporairement des travailleurs étrangers pour des emplois qui sont classés dans les catégories C et D de la *Classification nationale des professions*⁶⁵. Ni le gouvernement du Québec ni le gouvernement du Canada n'impose de contrat pour la délivrance du permis de travail.

Au Québec, la Fondation des entreprises en recrutement de main-d'œuvre agricole (F.E.R.M.E.), une organisation à but non lucratif, propose à ses membres de les aider à embaucher des travailleurs par le biais du Programme des travailleurs agricoles saisonniers et le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation. En l'absence de contrat-type pour ce dernier programme, F.E.R.M.E. en propose une série qui a reçu l'aval des gouvernements québécois, canadien, et guatémaltèque. Ces contrats concernent les travailleurs temporaires en provenance du Guatemala, ce dernier ne disposant pas d'une entente bilatérale avec le Canada s'inscrivant dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers.

⁶⁴ *Contrat de travail d'une aide familiale résidante*, à jour en avril 2010, [En ligne]. <http://www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/publications/fr/form/contrat-travail.pdf> [date d'accès : 6 mai 2010] à la p. 2.

⁶⁵ CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT SOCIAL DU CANADA, préc., note 58.

Pour l'année 2010, la variété de ces contrats couvre les entreprises et occupations suivantes : pépinières et arbres de Noël, attrapeur de volailles, ouvrier agricole d'une ferme d'élevage de canards, ouvrier agricole sur ferme d'élevage de visons, ouvrier agricole sur ferme ovine, ouvrier agricole sur ferme porcine, manœuvre agricole d'une ferme laitière et manœuvre agricole production maraîchère et sericole.

Ces différents contrats sont identiques⁶⁶, sauf en ce qui concerne la clause 3 : « Description du travail ». En outre, les contrats comportent, en guise de préambule, une page qui s'intitule : « Instructions accompagnant les contrat de travail » sur laquelle on retrouve le texte suivant :

« [...] Rien dans le contrat ne doit enfreindre les lois provinciales du travail, qui fixent les normes de travail minimales, comme le salaire par exemple.

Le gouvernement du Canada n'est pas parti au contrat. Ressources Humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) n'a pas le pouvoir d'intervenir dans les relations entre l'employeur et les employés ou de faire respecter les conditions et les modalités d'emploi. Il incombe à chaque partie au contrat de connaître les lois qui s'appliquent à eux et de veiller à protéger leurs propres intérêts. »

Un peu plus bas, dans la section « Procédure », on peut lire ce qui suit :

« Les employeurs peuvent fournir leurs propres modèles de contrat, mais les termes de ces contrats doivent comporter toutes les dispositions prévues dans les directives et dans le contrat-type.

[...]

Rappelez-vous que c'est l'employeur, et non pas un recruteur tiers, qui doit être partie au contrat de travail et signataire de celui-ci. »

La seconde clause des contrats se lit comme suit :

⁶⁶ Le contrat concernant la production maraîchère et sericole a été modifié le 22 janvier 2010. La modification porte uniquement sur les dispositions concernant le logement.

« Les deux parties conviennent que le présent contrat est assujéti à la Loi sur les normes du travail du Québec, à la condition que Le Travailleur obtienne un permis de travail valide conformément au *Règlement sur l'immigration* et qu'il réussisse à être admis au Canada. »

Une section complète des contrats est dédiée à l'applicabilité des lois du Québec :

« Contrat assujéti à la loi provinciale sur l'emploi et les relations de travail et aux conventions collectives applicables

19. L'Employeur a l'obligation de respecter les normes énoncées dans les codes provinciaux du travail et, s'il y a lieu, les dispositions des conventions collectives éventuellement en vigueur. Il doit notamment se conformer aux normes relatives au mode de versement des salaires, aux repas, aux congés fériés, aux congés annuels, aux avantages sociaux et aux recours en vertu de la Loi et, s'il y a lieu, de la convention collective. Toute disposition du présent contrat qui serait inférieure aux normes énoncées dans les codes du travail applicable est nulle et non avenue.

Divers

20. Le présent contrat est régi par les lois du Canada et de la province de Québec. [...] »

Pour les employeurs qui ne transigent pas avec F.E.R.M.E. pour recruter des travailleurs dans le cadre du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation, Ressources humaines et Développement des compétences Canada propose un contrat-type. Dans la fiche de renseignements accompagnant le contrat de travail, on retrouve les mentions suivantes :

« Le contrat de travail doit respecter les lois provinciales relatives au travail qui établissent les normes d'emploi minimales, comme le salaire minimum.

Mettre en œuvre les modalités du contrat de travail

Le gouvernement du Canada n'est pas partie au contrat. [Ressources humaines et Développement des compétences Canada/Service Canada] n'a pas le pouvoir d'intervenir dans la relation employeur-employé ou de veiller à l'application des modalités du contrat de travail. Il incombe à l'employeur et au travailleur de se familiariser avec les lois qui les concernent et de défendre leurs intérêts. »

Ce contrat-type comporte également une clause d'assujettissement identique à la clause 19 des contrats fournis par F.E.R.M.E. à ses clients.

3.2.2 La qualification des contrats

Maintenant que nous avons identifié les contrats qui nous intéressent, nous devons les qualifier juridiquement afin de déterminer l'applicabilité de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Nous nous attacherons donc à qualifier les contrats suggérés dans le cadre du Programme des aides familiaux résidants et du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation ainsi que le contrat obligatoire du Programme des travailleurs agricoles saisonniers.

A Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers

Les contrats imposés par le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers sont les plus difficiles à qualifier du fait de leur caractère obligatoire et parce qu'ils ont fait l'objet de négociations internationales. En effet, en tant qu'annexe à un traité international, ils sont du domaine des relations internationales et échappent à l'application de la *Charte des droits et libertés de la personne*. De même, imposés par le gouvernement fédéral comme condition de délivrance d'un permis de travail, ils découlent de l'action gouvernementale fédérale et, encore une fois, échappent à la Charte québécoise.

Nous sommes cependant d'avis que le même texte peut être qualifié de façons différentes selon les circonstances et les parties en cause. En l'occurrence, quand il fait l'objet d'une négociation entre le Canada et le Mexique, le texte du contrat est un traité international entre le Canada et le Mexique. Il est alors objet du droit international et échappe à l'autorité de la Charte québécoise. Pour avoir force de loi au Canada, le droit international doit cependant être intégré

au droit national⁶⁷. Dans le cas présent, l'utilisation du contrat devient alors une condition technique en vue de la délivrance d'une autorisation⁶⁸, soit un permis de travail. Avec les prélèvements et les prestations, les autorisations constituent les domaines du régime de la décision individualisée de l'action gouvernementale⁶⁹. Les professeurs Issalys et Lemieux définissent l'autorisation comme : « [...] [une] permission, souvent assortie de conditions, donnée par l'administration à une personne physique ou morale, d'accomplir un acte ou d'exercer une activité qui serait sans cela illicite »⁷⁰. À ce titre, le texte du contrat crée des obligations entre le gouvernement fédéral et le travailleur en ce que l'octroi et le maintien du permis de travail de ce dernier dépendent de l'utilisation de ce contrat. Il échappe encore à ce moment à l'application de la Charte du Québec. Comme condition, il n'est pas instrumental : c'est son *usage* qui est obligatoire. Ainsi, les obligations contenues au contrat (le salaire par exemple) ne lient pas le gouvernement fédéral.

Par contre, les obligations qui découlent du contrat existent entre le travailleur migrant et son employeur. Le contrat peut alors être considéré comme constitué de règles minimales, en deçà desquelles les parties ne peuvent transiger en vertu des engagements internationaux du Canada et de la condition de l'autorisation délivrée par le Gouvernement du Canada au travailleur. On peut cependant bonifier ces normes afin de tenir compte du droit du travail de chacune des provinces. En effet, le contrat dépend du droit du travail de compétence provinciale et est soumis à l'application de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Ressources humaines et développements des compétences Canada est d'ailleurs d'avis que les travailleurs étrangers

⁶⁷ France HOULE, « La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes de droit international des droits de la personne », (2004) 45 *C. de D.* 295, 297.

⁶⁸ Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action administrative*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 936.

⁶⁹ *Id.*, 913.

⁷⁰ *Id.*, 916.

temporaires recrutés en vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers sont soumis au droit du travail des provinces de la même façon que les Canadiens⁷¹.

La jurisprudence et la doctrine ont toutes deux reconnu la capacité des provinces d'imposer des exigences qui excèdent celles imposées par la législation fédérale :

« Du point de vue du justiciable, le fait que la loi provinciale comporte des exigences plus sévères que la loi fédérale, ou des exigences additionnelles, ne peut entraîner d'incompatibilité d'application : le justiciable peut se conformer aux deux : *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 963-964. Aussi, le droit provincial peut poser des restrictions ou des obligations dont le respect n'entraînera en rien la violation du droit fédéral. Voir l'*Affaire de la prohibition locale*, [1896] A.C. 348, 368-370; *Fawcett c. A.G. Ontario*, [1964] R.C.S. 625, 630; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5, 12-13; *Interprovincial Cooperatives c. La Reine* [1976] 1 R.C.S. 477, 515-516; *Robinson c. Countrywide Factors*, [1978] 1 R.C.S. 753, 808; *Construction Montcalm inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, 780; et *P.G. Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267, 307-310, l'opinion dissidente n'étant pas contredite sur ce point. Pour des applications récentes de la notion de conflit formulée dans [*Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161] soit « l'impossibilité de se conformer aux deux textes », voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 629, 652-654 et [*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3] au par.103 et 125. »⁷²

La doctrine ne nous aide pas à qualifier ces contrats-types imposés par le gouvernement à des tiers. En effet, il ne s'agit pas d'un contrat administratif en ce qu'il ne lie pas un organisme public et un particulier⁷³ mais bien deux particuliers. On retrouve cependant une décision de la Cour d'appel du Québec relative à l'interprétation des clauses d'un contrat rendu obligatoire aux parties par règlement⁷⁴. Le juge Bélanger en vient à la conclusion que « [b]ien qu'imposé par règlement, le texte du contrat a été accepté par les parties comme base de leurs liens contrac-

⁷¹ CANADA, RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA, préc., note 14 [date d'accès : 7 avril 2010].

⁷² H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 35, aux p. 458-459.

⁷³ P. ISSALYS et D. LEMIEUX, préc., note 68, p. 1122.

⁷⁴ *Commission scolaire régionale Jean-Talon et al. c. Association des propriétaires d'autobus du Québec*, [1979] AZ-79011189 C.A.

tuels »⁷⁵ et qu'à ce titre, il doit être interprété suivant les règles du droit civil. Les faits de cette affaire sont éloignés de la question qui nous préoccupe, mais on retient que le passage du « texte imposé par règlement » vers le statut de « base des liens contractuels » est possible.

Par ailleurs, on retrouve dans les contrats mêmes imposés par le gouvernement du Canada dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers des indices permettant de conclure qu'il sont soumis au droit provincial et donc à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Dans un premier temps, les documents sont intitulés « contrat de travail ». Comme nous l'avons vu précédemment, en tant que « contrat de travail » liant un employé et une entreprise de compétence provinciale, ce contrat relève de la compétence législative des provinces. De plus, le contrat contient une disposition stipulant qu'il est régi par le droit provincial⁷⁶.

Nous concluons donc que parce qu'il crée des obligations entre l'employeur et l'employé, le contrat de travail des travailleurs migrants présents sur le territoire du Québec en vertu du Programme des travailleurs agricoles saisonniers est régi par le droit provincial, y compris la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Nous devons cependant mentionner une position différente adoptée dans un *obiter dictum* de la Cour suprême du Canada. L'arrêt porte sur l'exclusion spécifique des travailleurs agricoles de la législation sur les relations de travail de l'Ontario⁷⁷. La Cour reconnaît que la mesure législative viole la liberté d'association protégée par l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁸ et ordonne au gouvernement ontarien de modifier sa loi, mais refuse cependant d'étendre ses conclusions aux travailleurs migrants :

⁷⁵ *Id.*, p. 9.

⁷⁶ Voir *infra* les notes 60 et 61 et le texte y afférent.

⁷⁷ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

⁷⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

« Je tiens à bien préciser que les présents motifs ne traitent pas des droits qu'ont ou que n'ont pas les travailleurs agricoles saisonniers étrangers et leurs familles, lesquels relèvent de la compétence législative fédérale. »⁷⁹

Nous sommes d'avis que, par cet *obiter*, la Cour suprême a voulu distinguer le problème des travailleurs migrants de celui dont elle traitait. Elle n'a pas voulu qualifier les contrats des travailleurs migrants, d'autant plus qu'elle n'étudiait pas plus avant la question. En effet, nulle part ailleurs dans la décision sauf en dissidence⁸⁰ n'est-il fait même mention des travailleurs agricoles saisonniers. L'assertion citée n'est étayée par aucune discussion ni aucune preuve. De plus, des décisions récentes concernant la syndicalisation des travailleurs agricoles saisonniers⁸¹ ne reprennent pas la distinction faite dans l'*obiter dictum*.

Le contrat de travail du Programme des travailleurs agricoles saisonniers diffère, par sa nature, du contrat de travail du Programme des aides familiaux résidents en ce qu'il est obligatoire et en ce qu'il a fait l'objet de négociations internationales. Attachons-nous à qualifier le contrat des aides familiaux résidents.

B Le Programme des aides familiaux résidents

Le contrat-type des aides familiaux résidents ne faisant pas l'objet de négociations internationales, à aucun moment, ne peut-il se réclamer du droit international.

De plus, ce contrat n'est que suggéré par Citoyenneté et Immigration Canada aux employeurs et aux employés. Preuve en est que le ministère de l'Immigration et des Communautés cultu-

⁷⁹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 77, par. 103.

⁸⁰ *Id.*, par. 215.

⁸¹ Au Québec : *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, Section locale 501 c. Johanne L'Écuyer & Pierre Locas*, 2010 OCCR 0191; en Colombie-Britannique : *Sidhu & Sons Nursery Ltd v. United Food and Commercial Workers International Union, Local 1518*, 2010 CanLII 59 76 (British Columbia Labour Relation Board) et en Ontario : *Fraser v. Ontario (Attorney General)*, 2008 ONCA 760 (requête pour permission d'en appeler à la Cour suprême accordée).

relles du Québec propose son propre modèle de contrat⁸² qui diffère de celui de Citoyenneté et Immigration Canada⁸³. En outre, les instructions que donne Citoyenneté et Immigration Canada aux employeurs potentiels via son site Internet à cet effet sont claires :

« Un contrat-type est présenté ci-dessous. Votre contrat ne doit pas nécessairement être identique à ce modèle, mais il doit contenir tous les renseignements et clauses définis comme obligatoires. »⁸⁴

Dans ces circonstances, le contrat peut difficilement recevoir une autre qualification que celle de « contrat de travail ».

Considérant qu'il crée des obligations entre un employeur et un employé et que l'employeur ne peut être qualifié « d'entreprise fédérale », ledit contrat est donc soumis à la législation provinciale en la matière dont la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Les modèles fédéral et québécois de contrat contiennent d'ailleurs chacun une clause spécifiant son assujettissement au droit provincial⁸⁵.

Dans une décision de la Cour du Québec qui ne concernait toutefois pas le contrat de travail, des dommages exemplaires ont été accordés en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* à une aide familiale résidente⁸⁶. En fait, la question de l'applicabilité de la Charte québécoise au contrat d'une aide familiale résidente n'a pas été contesté dans cette affaire. On peut en conclure que la Cour n'y voit pas de difficulté.

⁸² *Contrat de travail d'une aide familiale résidente*, préc., note 64 [date d'accès : 6 avril 2010].

⁸³ *Contrat-type: Contrat employeur-employé aide familial résident*, préc., note 63 [date d'accès : 23 mars 2010].

⁸⁴ CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION CANADA, préc., note 62 [date d'accès : 6 avril 2010].

⁸⁵ Voir *infra*, note 63 et 64 et texte y afférent.

⁸⁶ *S.M. c. Sh. B.*, 2009 QCCQ 13502, AZ-50587056.

Si les aides familiaux résidants peuvent se référer à des modèles de contrat proposés par chacun des paliers de gouvernement, ce n'est pas le cas des travailleurs qui viennent travailler au Québec dans le cadre du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation.

C Le Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation

Les employeurs qui désirent embaucher un travailleur temporaire dans le cadre du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation, doivent, comme pour les autres travailleurs temporaires, obtenir un avis relatif au marché du travail favorable de la part de Ressources humaines et développement des compétences Canada. La demande d'avis contient le contrat de travail. Comme mentionné plus haut⁸⁷ F.E.R.M.E. propose à ses membres des contrats modèles qui permettent de recruter des travailleurs au Guatemala. Ces contrats ont fait l'objet de discussion entre les autorités guatémaltèques et F.E.R.M.E. L'Organisation internationale des migrations agit comme agent recruteur pour le compte du Guatemala.

Les autorités québécoises et canadiennes ne sont parties ni aux négociations, ni aux contrats. Il s'agit donc d'un contrat-type, proposé par un tiers – F.E.R.M.E. – en tant qu'intermédiaire. Cette situation s'apparente à celle identifiée par les professeurs Verge, Trudeau et Vallée dans l'extrait suivant :

« La première situation survient lorsque l'employeur recourt aux services d'une firme externe de recherche dans sa recherche de salarié à engager. Le travail de cette firme consiste à explorer le marché du travail pour y déceler un ou des candidats susceptibles de répondre aux besoins de son client. Le contrat de travail survient alors entre le salarié, tel qu'il a été présélectionné par la firme en recrutement, et le client de celle-ci. Ce dernier assume seul le statut d'employeur au sens du droit du travail. L'intervention de la firme spécialisée en recrutement aura été transitoire, et son rôle simplement instrumental dans la formation d'un lien d'emploi auquel elle n'est pas partie. Tout au plus aura-t-elle agi à titre de mandataire de l'employeur ou, le cas échéant, du salarié. À

⁸⁷ Section 3.2.1 C).

ce titre, toutefois, il est entendu que la firme de recrutement est tenue aux mêmes devoirs et obligations que l'employeur lui-même dans le contexte des activités liées au recrutement et à la sélection du personnel. D'ailleurs la Charte québécoise [à l'article 18] indique qu'un "bureau de placement" ne peut exercer de discrimination à l'occasion de telles activités qu'il effectue pour le compte d'un employeur. [Renvois omis.] »⁸⁸

Ainsi donc, le rôle de F.E.R.M.E. est transitoire et le contrat qui résulte de son intervention est un contrat de travail qui lie un employeur et un employé. À ce titre, et à moins que l'employeur ne soit une entreprise fédérale, le contrat est soumis au droit du Québec, dont la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cette situation est conforme à la volonté exprimée dans les « instructions », les « procédures » et les clauses 2 et 19 des différents contrats⁸⁹.

Il est par ailleurs intéressant de constater que F.E.R.M.E., dans sa fonction de recrutement, est également lié par les dispositions de la Charte québécoise.

Notre exercice de qualification nous amène à conclure qu'en tant qu'acte juridique liant un employeur et un employé, les différents modèles de contrats sont soumis à la législation québécoise. Il est de la faculté du législateur d'infléchir la volonté des parties :

« La liberté contractuelle est la position de départ en matière de détermination, individuelle et collective, des conditions de travail. La loi intervient tantôt pour suppléer à l'expression de la volonté des parties, tantôt pour infléchir impérativement cette dernière, dans une perspective d'intérêt public. Dans ce dernier cas, il ne peut être dérogé à la volonté du législateur. [Renvoi omis.] »⁹⁰

Encore faut-il que ce soit le législateur qui a compétence en la matière. En droit du travail, quand il ne s'agit pas d'une entreprise fédérale, c'est le législateur provincial qui dispose de cette faculté.

⁸⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 51, p. 231.

⁸⁹ Voir *infra* la section 3.2.1 C).

⁹⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 51, p. 172.

Les contrats imposés comme condition à une autorisation dans le cadre du Programme des travailleurs agricoles saisonniers peuvent être considérés comme des normes minimales et rien n'empêche le gouvernement du Québec de formuler des standards plus élevés. Les autres contrats, ceux suggérés dans le cadre du Programme des aides familiaux résidants et du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation, étant facultatifs, ils sont, comme tout contrat de travail, soumis aux normes provinciales.

Notre conclusion est conforme avec les règles du droit international privé qui veulent que « [l]e choix de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail »⁹¹.

Nous avons vu dans la deuxième partie de ce texte que les travailleurs migrants ne bénéficient pas du statut de citoyen ou de résident permanent. En tant qu'étranger, peuvent-ils bénéficier des garanties offertes par la *Charte des droits et libertés de la personne*?

4 L'APPLICABILITÉ DE LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE À L'ÉGARD DES ÉTRANGERS

Nous l'avons vu : les compétences législatives à l'égard de l'immigration et du droit du travail sont partagées. Cependant, le statut des personnes est du pouvoir du gouvernement canadien :

« Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le

⁹¹ Serge GAUDET et Patrick FERLAND, « Le droit international privé » dans BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Collection de droit 2009-2010, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, 249 à la p. 269 citant l'article 3118 du *Code civil du Québec*.

présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

25. La naturalisation et les aubains. »⁹²

D'après la Cour suprême, cela ne signifie pas pour autant que le gouvernement fédéral soit le seul à pouvoir régir les non citoyens :

« L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive de faire des lois relatives à certaines catégories de personne ne signifie pas que la totalité des droits et obligations de ces personnes relève de la compétence fédérale principale à l'exclusion des lois provinciales d'application générale. »⁹³

Dans cet arrêt, la Cour s'interroge sur l'applicabilité du droit du travail provincial à une entreprise située sur une réserve indienne, la Constitution prévoyant que le pouvoir législatif concernant « les Indiens et les terres réservées aux Indiens »⁹⁴ appartient au gouvernement fédéral. Le juge Beetz, pour la majorité, conclut à l'applicabilité de la loi provinciale et fait l'analogie avec les personnes naturalisées et les aubains.

Les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet se sont penchés sur la question :

« Le fédéral est donc exclusivement compétent pour déterminer qui sont les étrangers et qui sont les citoyens (naturalisés ou de naissance) au Canada. L'aspect plus problématique de la question est de savoir dans quelle mesure cette compétence exclusive permet de conférer des droits à des catégories de personnes et d'empêcher que s'appliquent à elles les lois provinciales. Comme pour les autres compétences

⁹² *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 5, art. n° 91.

⁹³ *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement*, préc., note 55, 1048.

⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 5, art. n° 91 (24).

fédérales, la réponse globale à cette question est que seule l'essence ou spécificité fédérale est à l'abri des interventions provinciales. »⁹⁵

« Par analogie avec les règles [du droit corporatif], on peut penser que la compétence de légiférer relativement à des catégories de personnes permet simplement de définir leur statut essentiel, et que ces personnes restent par ailleurs assujetties aux lois tant provinciales que fédérales. »⁹⁶

Les provinces ont cependant une certaine latitude pour déterminer qui est visé par leur législation⁹⁷.

Les personnes présentes au Canada sont susceptibles d'avoir trois statuts selon les circonstances : elles sont soit étrangères, soit résidentes permanentes, soit citoyennes. En principe, elles ont les mêmes droits et les mêmes obligations peu importe leur statut⁹⁸. En effet, tout être humain qui se trouve au Canada est soumis à la loi⁹⁹.

Or, la *Charte canadienne des droits et libertés* fait des différences entre les citoyens, les résidents permanents et les étrangers en matière électorale¹⁰⁰, quant à la liberté de circulation et d'établissement¹⁰¹ et en matière linguistique¹⁰². La Cour suprême a refusé d'examiner les distinctions basées sur ces dispositions en regard du droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la *Charte canadienne*¹⁰³. En d'autres termes, si la *Charte canadienne* fait elle-même une distinction, il n'y a

⁹⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 35, p. 522.

⁹⁶ *Id.*, aux p. 521-522.

⁹⁷ 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, 726.

⁹⁸ *Id.*, p. 690.

⁹⁹ *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.

¹⁰⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 78, art. 3.

¹⁰¹ *Id.*, art. 6.

¹⁰² *Id.*, art. 23.

¹⁰³ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 129 qui réfère à *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711.

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" »¹⁰⁴.

Cette inégalité est permise du fait que l'admission des étrangers au Canada a toujours été considérée comme un privilège plutôt qu'un droit¹⁰⁵.

Pour sa part, la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec n'utilise que des expressions comme « tout être humain »¹⁰⁶, « toute personne »¹⁰⁷, « chacun »¹⁰⁸, « nul »¹⁰⁹ ou « nulle personne »¹¹⁰. 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 étrangers peuvent bénéficier des garanties offertes par la Charte québécoise¹¹¹.

CONCLUSION

La question à laquelle cet avis cherche à répondre est celle de l'applicabilité de la *Charte des droits et libertés de la personne* aux travailleurs migrants soit les travailleurs qui détiennent un permis leur permettant de travailler au Québec sans bénéficier de la résidence permanente.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ H. BRUN et C. BRUNELLE, préc., note 97, p. 709.

¹⁰⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 1, art. 1 et 2

¹⁰⁷ *Id.*, art. 3 à 6, 10, 21 à 23, 25 à 30, 32 et 34.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 9.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 8, 10.1, 11 à 13, 15, 17, 18.1 et 18.2.

¹¹⁰ *Id.*, art. 31.

¹¹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 35, p. 159.

La solution est complexe. D'abord, la Charte du Québec ne s'applique pas en ce qui concerne la détermination du statut des personnes (citoyens, résidents permanents ou autre) puisqu'il s'agit d'une compétence fédérale exclusive en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹¹².

La Charte québécoise s'applique en ce qui concerne l'immigration aux matières qui sont de la compétence du Québec, en l'occurrence : la détermination des volumes d'immigrants qu'il désire accueillir, la sélection des candidats à destination du Québec et la gestion des engagements de parrainage¹¹³. Il faut cependant garder à l'esprit que le gouvernement fédéral a préséance en matière d'immigration¹¹⁴, de sorte que l'applicabilité de la Charte est précaire, étant tributaire de la compétence du Québec¹¹⁵.

Quant aux contrats de travail qui lient les travailleurs migrants à leurs employeurs, ils sont, comme l'ensemble des conditions de travail, soumis à la *Charte des droits et libertés de la personne* à moins que l'employeur ne soit une entreprise fédérale.

Enfin, le statut des travailleurs migrants ne les empêche pas de bénéficier de la protection de la Charte du Québec.

MC/cl

¹¹² Préc., note 5, art. 91 (25).

¹¹³ L'Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains, préc., note 49.

¹¹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 5, art. 95.

¹¹⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 1, art. 55.