

INTERDICTION DE CHANGER D'EMPLOYEUR POUR LES TRAVAILLEURS MIGRANTS : OBSTACLE MAJEUR À L'EXERCICE DES DROITS HUMAINS AU CANADA

*Eugénie Depatie-Pelletier et Myriam Dumont Robillard**

À la migration internationale de travailleurs sont associés différents programmes d'admission au sein du pays d'emploi, imposant des conditions restreignant parfois significativement la liberté et la sécurité des travailleurs migrants. Le présent article se penche sur l'interdiction de changer d'employeur. Se basant sur les effets auprès de la main-d'œuvre touchée, les auteurs abordent les différentes formes de cette exigence d'un point de vue historique et global, pour ensuite se pencher plus spécifiquement sur la situation des travailleurs étrangers temporaires au Canada. À travers l'articulation des différents programmes applicables, l'article traite des conséquences de l'interdiction de changer d'employeur sur l'exercice des droits et libertés fondamentales. Que ce soit par l'intermédiaire du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou encore de diverses pratiques administratives, l'imposition d'une restriction au changement d'employeur place les travailleurs migrants en territoire canadien en position de vulnérabilité pouvant être qualifiée de condition de servitude selon les termes de la *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*. Enfin, les auteurs proposent une analyse de cette interdiction à la lumière de la *Charte canadienne des droits et libertés*, plus particulièrement quant au droit à la liberté et la sécurité et à la liberté d'association.

Cross-border movements for the purpose of employment are associated with different conditions, often restrictive of liberty, linked to the migrant workers status. This article addresses the imposition to these workers of a prohibition to change employer by many governments worldwide. Based on the concrete effects on migrant workers' lives, the authors tackle the multiple forms and facets of this prohibition, internationally as well as in Canada. Through the presentation of the various programs of admission of foreign workers in Canada, this article explores the consequences of the restriction to change employer on these workers fundamental rights and liberties. This prohibition imposed by the Canadian government, through the *Immigration and Refugee Protection Regulations* or diverse administrative practices, puts migrant workers in a vulnerable position that can be qualified as a servile status under the terms of the international *Convention on Practices Analogous to Slavery*. Finally, the authors offer a deeper analysis of the prohibition to change employer in the light of the *Canadian Charter of Human Rights*, more specifically in regards to the right to liberty and security of the person as well as the freedom of association.

* Eugénie Depatie-Pelletier coordonne le réseau de recherche sur les travailleurs étrangers temporaires du REDTAC-(im)migration au Centre de recherche et d'études internationales de l'Université de Montréal et complète actuellement le programme de doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Myriam Dumont Robillard est une avocate impliquée dans la défense des droits des travailleuses migrantes admises au Québec à titre d'aide familiale. Elle est inscrite au programme de doctorat en droit à l'Université McGill.

Bien que le phénomène de la migration pour le travail ne soit pas nouveau, l'universalisation des technologies de communication et de transports international combiné à l'accélération du vieillissement des populations privilégiées et du commerce international de services durant les dernières décennies implique que de plus en plus de travailleurs quittent leur pays d'origine et trouvent un travail à l'étranger. Généralement poussée par une pénurie d'emploi chronique dans leur État natal, cette main-d'œuvre migrante est systématiquement recrutée à distance par des employeurs dans des pays plus développés, acceptant parfois des conditions de travail minimales dans l'espoir d'améliorer leur situation financière et celle des membres de leur famille. Cependant, lorsque confrontés aux différentes exigences légales et autres pratiques administratives et institutionnelles des pays d'accueil, la réalité s'avère parfois brutale pour ces travailleurs migrants munis de permis conditionnels de résidence temporaire.

En effet, les autorisations de travail pour ces migrants sont fréquemment assorties de conditions pouvant avoir l'effet de les maintenir dans une situation de vulnérabilité systémique, notamment dans le cadre du rapport de force avec leur employeur étranger. Par exemple, l'obligation de résider à l'endroit désigné par l'employeur ou la possibilité de renouveler ou modifier son statut légal à la seule volonté de l'employeur représentent des conditions contribuant à déséquilibrer considérablement ce rapport de force. L'interdiction de changer librement d'employeur imposée à des travailleurs migrants compte parmi les conditions restrictives parfois imposées aux travailleurs admis au sein d'un marché du travail à l'étranger. Or, malgré le fait qu'il se qualifie d'État libéral et démocratique doté d'un système d'immigration parmi les meilleurs au monde¹, le gouvernement fédéral canadien compte parmi les pays restreignant la liberté de changer d'employeur pour les travailleurs étrangers admis à titre de travailleurs « peu spécialisés »², notamment dans l'industrie agro-alimentaire et celui des services d'aide familiale.

À ce titre, le gouvernement fédéral leur émet un permis de travail associé au nom d'un employeur unique, ne leur conférant le droit de travailler que pour cette seule personne ou compagnie sur le territoire national. Plus précisément, une interdiction de changer d'employeur à l'admission au Canada est désormais imposée à tous les travailleurs étrangers « peu spécialisés » non originaires de l'un des pays

¹ Citoyenneté et Immigration Canada, « Ce que nous faisons » (2012), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/français/ministere/faisons.asp>>.

² L'utilisation d'une hiérarchie symbolique entre les types d'occupation et les types de travailleurs à travers l'utilisation des expressions « travailleurs spécialisés ou qualifiés » et « travailleurs peu spécialisés ou peu qualifiés », en parallèle en anglais suivant les expressions *high-skilled workers* et *low-skilled workers*, demeure controversée au Canada. Pour cette raison, nous conserverons les guillemets lorsque nous utiliserons les expressions « peu spécialisé » ou « peu qualifié » pour référer à un travailleur migrant ou à un emploi pouvant être associé à une occupation classée C ou D au sein de la CNP. Voir également Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, Classification Nationale des Profession (2011); la description des différents niveaux de compétences O, A, B, C et D peut être consultée, en ligne : RHDCC <<http://www5.hrsdc.gc.ca/NOC/Francais/CNP/2006/Tutoriel.aspx#9>> [RHDCC, *Classification*].

privilegiés par le Canada – et ainsi non éligible à un permis de travail ouvert³ – et aux travailleurs étrangers spécialisés⁴ non admis via l'un des programmes d'admission sous statut permanent⁵ ou l'un des programme spéciaux associés à l'une des exemptions d'obligation de demander un permis, un permis de travail ouvert ou un permis de travail semi-ouvert⁶.

Or, ce type d'intervention gouvernementale, soit une interdiction de changer librement d'employeur, engendre des obstacles majeurs à l'exercice des droits pour les travailleurs migrants affectés. Dans un rapport de décembre 2011⁷, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse statuait d'ailleurs que le régime d'autorisations au travail liées à un employeur unique octroyées aux travailleurs migrants peu spécialisés au Québec contrevient à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸.

Dans ce contexte, le présent article propose une analyse de l'interdiction de changer d'employeur et en particulier de son impact sur l'exercice des droits et libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés* pour les travailleurs migrants qui y sont assujettis. Après avoir dressé un portrait historique de divers régimes migratoires comportant une interdiction de changer d'employeur à travers le monde et au Canada (I), plus particulièrement quant aux différentes mises en œuvre de cette restriction de droit et des risques qu'elle implique pour les travailleurs migrants, nous nous pencherons sur la constitutionnalité au Canada de ce type de restriction, plus précisément quant à son impact sur l'exercice du droit à la liberté et la sécurité de la personne et de la liberté d'association (II). Enfin, nous nous pencherons sur l'implication du maintien de politiques interdisant le changement d'employeur en matière de respect du droit international visant à prévenir les situations de servitude et de traite (III).

³ Pour la liste de ces pays, voir Citoyenneté et Immigration Canada, « Guide des travailleurs étrangers », FW 1, (2011), appendice E, en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/Francais/ressources/guides/fw/fw01-fra.pdf>> [CIC, *Guide*].

⁴ Par « travailleurs spécialisés », il est fait référence aux travailleurs étrangers employables au sein des occupations de type 0, A ou B, soit dans les secteurs de la gestion, professionnel ou technique (nécessitant au moins une formation post-secondaire de trois ans ou une formation en emploi de plus de deux ans). RHDCC, *Classification*, supra note 2.

⁵ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 [RIPR], art 12 et 13.

⁶ Citoyenneté et Immigration Canada, « Faits et Chiffre 2012 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents et temporaires : Résidents permanents selon la catégorie » (2013), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2012/permanents/03.asp>> [CIC, *Faits et Chiffres : résidents permanents*]; Citoyenneté et Immigration Canada, « Faits et Chiffres 2012 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents et temporaires : Résidents temporaires » (2013), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2012/temporaires/03.asp>> [CIC, *Faits et Chiffres : résidents temporaires*]; CIC, *Guide*, supra note 3 à la p 103.

⁷ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants » par Marie Carpentier, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (2011) aux pp 82-83, en ligne : CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/Avis_travailleurs_immigrants.pdf> [CDPDJ].

⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

I. Survol historique des politiques interdisant le changement d'employeur

Une compréhension profonde de l'effet de l'interdiction de changer d'employeur sur l'exercice des droits des travailleurs doit tout d'abord s'envisager à la lumière de son évolution à travers le temps. Or, il s'avère que les conditions restrictives de mobilité associées au statut des travailleurs migrants ne constituent pas une réalité nouvelle. En effet, différents régimes migratoires imposant une interdiction de changer d'employeur ont été développés à travers le monde dès le XIX^e siècle suite à l'abolition de la traite d'esclaves originaire de l'Afrique. Visant à satisfaire les acheteurs d'esclaves en particulier à travers l'empire anglais et ses anciennes colonies telles que les États-Unis d'Amérique, un survol historique montre que l'évolution des restrictions liées à l'employeur n'est pas étrangère à l'influence des pratiques de la période esclavagiste.

A. Évolution des régimes migratoires imposant une interdiction de changer d'employeur

Tel que décrit notamment par l'historien Hugh Tinker dans *A New System of Slavery: The Export of Indian Labor Overseas 1830-1920*⁹, après l'abolition de l'esclavage dans l'empire colonial britannique, français, hollandais et espagnol au début du XIX^e siècle¹⁰, les corporations agricoles, minières et celles œuvrant dans le domaine de la construction s'assurèrent un apport de main-d'œuvre sous interdiction de changer d'employeur à travers l'adoption par leurs gouvernements de programmes d'immigration permanente de travailleurs placés en condition temporaire de servitude « *indentured servants* »¹¹, lorsque les employeurs perdirent l'autorité légale sur leurs ex-esclaves :

*For twelve years after the legal termination of slavery [in the British Empire], [...] the planters were to continue to command full rights to the labour of the ex-slaves, who would be bound in a form of apprenticeship. [...] After the Act came into force, there was a further agitation to cut short apprenticeship, which was terminated in 1838 throughout the British West Indies [...]*¹².

Dans l'ouvrage *Indentured Labor, Caribbean Sugar: Chinese and Indian Migrants To the British West Indies, 1838-1918*¹³, l'historien Sidney W. Mintz explique comment le phénomène du « *labour coercion* » s'est transformé, sans disparaître, suite à l'abolition de l'esclavage :

⁹ Hugh Tinker, *A New System of Slavery: The Export of Indian Labour Overseas 1830-1920*, London, Oxford University Press, 1974 [Tinker].

¹⁰ Cindy Hahamovitch, « Creating Perfect Immigrants: Guestworkers of the World in Historical Perspective » (2003) 44 *Labor History* 69 à la p 72. [Hahamovitch].

¹¹ *Ibid* pour plus de détails sur les conditions particulières de cette catégorie de travailleurs migrants.

¹² Tinker, *supra* note 9 à la p 2.

¹³ Walton Look Lai, *Indentured Labor, Caribbean Sugar: Chinese and Indian Migrants to the British West Indies, 1838-1918*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993 à la p 370.

[After the abolition of the slave trade,] [s]lave labor would soon vanish. Hence a different sort of labor would be required, and it must be labor consistent in its character with the past: if it could not be as cheap as before, then at least it would have to be more docile. [...] And it would be up to government to figure out afterward how to supply them with labor on the same terms and at no greater cost¹⁴.

À la fin du siècle (1880), l'idéologie raciste prévalant dans les pays d'immigration provoqua toutefois l'exclusion des « non-blancs » de ces programmes d'immigration permanente sous interdiction temporaire de changer d'employeur¹⁵. C'est à la même époque que, dû à la montée des idéologies ultranationalistes à partir des années 1880, ont été développés en Allemagne et en Afrique du Sud de nouveaux types de régime d'admission de travailleurs étrangers : non seulement sous interdiction de changer d'employeur, mais aussi sans statut de résident permanent et ainsi déportables dans leur pays d'origine.

L'évolution de ces régimes – rapidement qualifiés de programmes de *guestworkers* – peut être conceptualisée en trois phases historiques¹⁶ : 1890-1930 (avant la récession de 1929), 1930-1973 (avant la crise du pétrole en 1973) et 1973-2012 (les programmes de *guestworkers* à l'heure actuelle).

1. 1890-1930 : LES PREMIERS PROGRAMMES D'ADMISSION DE *GUESTWORKERS*

Avec l'abolition à partir de 1880 des principales politiques de recrutement d'« *indentured servants* » et à cause des objectifs de production associés à la Première Guerre mondiale, les corporations industrielles, notamment les corporations agricoles et minières, ont convaincu leurs gouvernements respectifs (à commencer par les gouvernements sud-africain de 1881 et allemand de 1890) de les laisser à nouveau employer des travailleurs étrangers liés à un employeur spécifique – sans toutefois reconnaître à ces derniers le statut de résident permanent au pays :

The first temporary worker programs were product of this period of [...] nation-states under construction. Thus the first phase in the history of guestworker programs began in the 1880s [...]. The new policy restored [German] employers' access to Polish migrants but discouraged the migrants' permanent settlement. [...] If foreign workers did organize, employers could now threaten them with deportation, with the force of the state under-girding the threat. [...] As in Prussia, South Africa's temporary labor scheme was a creation of employers with the sanction and active support of state authorities[after] the diamond industry resurrected old slave pass laws to restrict the movements of diamond miners. [...] Thus South Africa's apartheid system mirrored Prussia's efforts to import and segregate Poles, but with an insidious twist: while Prussia's foreign worker

¹⁴ Sidney W Mintz, « Introduction » dans Walton Look Lai, *Indentured Labor, Caribbean Sugar: Chinese and Indian Migrants to the British West Indies, 1838-1918*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1993 à la p XXVI.

¹⁵ Hahamovitch, *supra* note 10 à la p 74.

¹⁶ *Ibid* aux pp 71, 81, 89.

*program helped distinguish “foreigners” from “Germans,” South Africa’s plan helped reduce black South Africans to the status of foreigners in their own land*¹⁷ [nos italiques].

La Première Guerre mondiale a été un contexte favorable à la multiplication de ce type de politiques étatiques dans les autres pays d’immigration :

*They offered employers foreign workers who could still be bound like indentured servants but who could also be disciplined by the threat of deportation. They placated trade unionists who feared foreign competition by promising to restrict guestworkers to the most onerous work and to expel them during economic downturns. And they assuaged nativists by isolating guestworkers from the general population. Finally, states got development aid from poor countries in the form of ready workers, without the responsibility of having to integrate those workers or provide for their welfare. [...] [T]he war generated contradictory impulses. On one hand, it heightened xenophobia and exacerbated fears of seditious and radical foreigners. On the other hand, it inspired belligerents to throw open their arms to immigrants in the name of maximizing war production. These contradictory sentiments [...] encouraged even the most liberal states to get into the business of recruiting and policing immigrants, using the very sort of methods pioneered by Prussia and South Africa. [...] Thus while indentured servants has been disciplined by the threat of the whip, guestworkers were disciplined by the threat of deportation*¹⁸ [nous soulignons].

Si la dépression de 1929 engendra la mise à l’index de ces recrutements de travailleurs étrangers mis en place durant la Première Guerre mondiale, la guerre de 39-45 fit en sorte qu’à la fin des années trente, à peu près tous les pays avaient recommencé à administrer un ou plusieurs programmes de *guestworkers*¹⁹.

2. 1930-1970 : DEUXIÈME VAGUE AVEC L’ÉCLATEMENT DE LA DEUXIÈME GUERRE MONDIALE

Les conditions d’application des programmes établis durant la guerre de 39-45 et poursuivis durant la reconstruction de l’après-guerre variaient. Par exemple, seuls certains gouvernements tels que celui des États-Unis (notamment imités par le gouvernement fédéral canadien à partir de 1966²⁰) non seulement interdirent aux travailleurs migrants le changement d’employeur, mais accordèrent de surcroît aux employeurs le privilège de provoquer le rapatriement de leurs *guestworkers*²¹.

Suite à la combinaison des critiques par les défenseurs des droits des migrants et celles de mouvements anti-immigration argumentant que les *guestworkers*

¹⁷ *Ibid* aux pp 74, 76-77.

¹⁸ *Ibid* aux pp 73, 78, 83.

¹⁹ *Ibid* à la p 81.

²⁰ Victor Satzewich, *Modes of Incorporation and Racialization: The Canadian Case*, thèse de doctorat, University of Glasgow, (non publiée) 1988 à la page 290 [Satzewich].

²¹ Hahamovitch, *supra* note 10 à la p 85.

volaient les emplois des citoyens, les programmes de *guestworkers*, caractéristiques du boom de l'après-guerre, ont tous été abolis dans les années soixante et soixante-dix. La crise du pétrole en 1973 mit fin à la totalité de ceux encore en place (sauf aux États-Unis et en Afrique du Sud)²². Pourtant, c'est à ce moment que le gouvernement fédéral canadien mit en place pour la première fois un régime de *guestworkers* admettant des travailleurs étrangers non seulement liés à un employeur spécifique, mais aussi forcés à quitter le Canada à la fin de leur contrat de travail et déportables en tout temps sur volonté de l'employeur: « [...] *the H2 program continued [in the US East Coast sugar cane industry], as did South Africa's migrant labor system, and Canada began importing temporary workers under a "bonded forced-rotational system" in 1973.* »²³

3. 1973-2012 : LES PROGRAMMES DE *GUESTWORKERS* À L'HEURE ACTUELLE

Les dernières décennies du XX^e siècle sont caractérisées par une majorité de *guestworkers* provenant de pays asiatiques à l'emploi dans une autre économie asiatique ou au Moyen-Orient²⁴. Les programmes mis en place à travers le monde depuis les années soixante-dix sont similaires à ceux des époques précédentes, mais affectent désormais beaucoup plus de femmes, notamment employées à titre de travailleuses domestiques, et de travailleuses spécialisées, professionnelles et autres²⁵. À ce jour, le succès et la pertinence des programmes passés et actuels de *guestworkers* demeurent hautement controversés :

*The corrosive effects of guestworker programs on organizing efforts cannot be overemphasized. [...] No amount of contractual guarantees and federal oversight would [help a guestworker exercise his rights and freedoms], so long as he lacked the freedom to walk down the road in search of other work or the freedom to organize and protest without fear of deportation. [...] As efforts to make immigration temporary or to "regularize" illegal immigration, guestworker programs have failed. Yet as labor supply systems designed to "regularize" wages, to hold down the cost of sugar cane harvesting in Florida, diamond mining in South Africa, construction work in Europe, and child care in Montreal, and to keep foreign workers segregated in low-wage industries, these programs have been unmitigated success stories. This was, indeed, their purpose and their legacy*²⁶.

B. Les régimes canadiens d'hier à aujourd'hui

Au Canada, l'admission de travailleurs étrangers sous statut d'esclaves aurait pris fin au début du XIX^e siècle (1628-1805). En parallèle, différents groupes de

²² *Ibid* à la p 87.

²³ *Ibid* à la p 89.

²⁴ *Ibid*.

²⁵ *Ibid*.

²⁶ *Ibid* aux pp 89, 93-94.

travailleurs immigrants se sont vus imposer temporairement à leur arrivée une obligation d'emploi auprès d'un employeur spécifique (1638-1973). Cependant, depuis 1966, l'interdiction de changer d'employeur est appliquée à des travailleurs étrangers admis uniquement sous autorisation de travail temporaire (1966-2012).

1. 1628-1805 : IMMIGRATION AVEC INTERDICTION PERMANENTE DE CHANGER D'EMPLOYEUR

Notamment selon l'historien Robin W. Winks, le premier « travailleur » immigrant au Canada affecté par une interdiction de changer d'employeur aurait été Olivier le jeune, arrivé à titre d'esclave en Nouvelle-France en provenance du continent africain en 1628 à l'âge de six ans²⁷. Aussi, en 1689, les colons français en Nouvelle-France reçurent officiellement l'autorisation, de la part du roi de France Louis XIV, d'« importer » des esclaves africains pour effectuer du travail agricole. Par la suite, avec la conquête anglaise de la Nouvelle-France en 1760, les Anglais légalisèrent l'esclavage en adoptant l'*Acte de Québec*, et l'interdiction de changer d'employeur pour ces travailleurs migrants avec statut d'esclaves fut ainsi appliquée au Québec, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et en Ontario jusqu'au début du XIX^e siècle²⁸.

2. 1638-1973 : IMMIGRATION AVEC INTERDICTION TEMPORAIRE DE CHANGER D'EMPLOYEUR

En parallèle de l'admission sous statut d'esclave, un processus d'immigration sous interdiction temporaire de changer d'employeur fut développé au Canada dès le début du XVII^e siècle :

In New France, domestic service sometimes was performed by indentured servants from France. Colonial administrators and merchants contracted maid servants to work in their homes [...]. Most engagées delayed marriage

²⁷ Robin W. Winks, *The Blacks in Canada: A History*, 2^e éd, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1971 à la p 1.

²⁸ Sherryn J Aiken, « From Slavery to Expulsion: Racism, Canadian Immigration Law, and the Unfulfilled Promise of Modern Constitutionalism » dans Vijay Agnew, dir, *Interrogating Race and Racism*, Toronto, University of Toronto Press, 2007 à la p 55; B Singh Bolaria et Peter S Li, *Racial Oppression in Canada*, Toronto, Garamond Press, 1985; Après l'abolition de l'esclavage, et en particulier à partir de 1886 et jusqu'à 1960, les travailleurs étrangers non-blancs furent rarement autorisés à immigrer au Canada : « *The open door policy [...] did not include West Indian or Asian women. The racism characteristic of the period made women of colour unacceptable to the government, although not to employers. [...] The government used the charge of immorality to exclude Guadeloupe domestics because of the belief that non-white immigrants could never be assimilated. [...] The head tax levied against Chinese immigrants after 1886 virtually eliminated female immigration. [...] [T]he only female Chinese servants were the 'slave girls' [...] brought to Canada by Chinese merchants for whom they worked without pay.* » Marilyn Barber, *Immigrant domestic servants in Canada*, Ottawa, Canadian Historical Association, 1991 à la p 14 [Barber].

*until the end of their bond, usually three to five years [...]*²⁹.

[Le système de relations de travail préindustrielles du secteur agricole était basé sur la migration d'« engagés », c'est-à-dire de travailleurs [...] embauchés sous un contrat de travail temporaire qui les liait à un maître pendant toute la durée de leur engagement en Nouvelle-France. [...] Le premier engagé « laboureur » a été recensé en 1638 [...]. Le nombre total d'engagés migrants ayant œuvré dans la partie canadienne de la Nouvelle-France se situerait entre 5000 et 6000 individus pour la période [1638-1850] [...] et [e]nviron 3900 de ces personnes seraient restées [au Canada] au terme de leur contrat [de travail] [...].³⁰

Par ailleurs, le premier programme d'admission sous interdiction temporaire de changer d'employeur mis en place par un gouvernement fédéral canadien fut lancé en 1868 à l'intention d'étrangers de moins de quatorze ans provenant du Royaume-Uni. Entre 1868 et 1924, 80 000 enfants anglais, y compris un tiers de filles, ont travaillé au Canada « *in indentured situations* »³¹.

À compter de 1888 et jusqu'à l'adoption d'un programme d'admission sous statut légal temporaire en 1973 (voir section suivante), d'autres catégories de travailleurs immigrants (y compris des travailleuses non-blanches à partir de 1955³²) furent forcés, à leur arrivée au pays, de se lier temporairement à l'emploi auprès d'un employeur spécifique :

After 1888, because of the general opposition to assisted immigration, [...] [t]he government began to give bonuses to agents for female domestics directed to Canada. To get the bonus, agents often arranged for a domestic to receive an advanced fare from a Canadian employer to be repaid from Canadian wages. As a result, many British domestics obtained the needed assistance to emigrate but arrived in Canada burdened by debt and constrained by an obligation to a particular employer.³³ [nous soulignons].

Aussi, le gouvernement canadien mit en place différents programmes spéciaux d'immigration, avec interdiction temporaire de changer d'employeur, en particulier à l'intention de vétérans et réfugiés européens à la suite de la Deuxième Guerre mondiale³⁴.

²⁹ Barber, *supra* note 28 à la p 3.

³⁰ Maud Roy-Cregheur, *La gestion de la main-d'oeuvre dans le secteur agricole et le sous-secteur horticole au Québec entre 1638 et 2010*, mémoire de M Sc, HEC Montréal, 2011 [non publié] aux pp 53 et 59.

³¹ Joy Parr, *Labouring Children: British Immigrant Apprentices to Canada, 1869-1924*, Montréal, Queens-McGill University Press, 1980 aux pp 84-91.

³² « *The failure to fill the demand for domestic workers partially explains the decision to adopt the West Indian domestic scheme in 1955. [...] Wanting to be a leader in the new multi-racial Commonwealth, Canada cautiously agreed to admit [...] an experimental group of 100 domestics from Jamaica [...]. In the following years, the annual quota was increased to 280 from a wider range of islands [...]. [In the 1960 s], with the new regulations which for the first time removed explicit racial discrimination, the main justification for a special program to admit West Indians disappeared.* » Barber, *supra* note 28 aux pp 23-24.

³³ *Ibid* à la p 10.

³⁴ Voir notamment Victor Satzewich, « Unfree Labour and Canadian Capitalism : The Incorporation of Polish War Veterans » (1989) 28 *Studies in Political Economy* 89 à la p 89.

3. 1966-2012 : STATUT TEMPORAIRE AVEC INTERDICTION DE CHANGER D'EMPLOYEUR

C'est en 1966³⁵ que le gouvernement canadien mit en place un premier programme de séjour *temporaire*, avec interdiction de changer d'employeur, à l'intention de travailleurs étrangers. Ce premier programme, encore en vigueur aujourd'hui à titre de *Programme des travailleurs agricoles saisonniers (PTAS)*³⁶ du Mexique et des Antilles, visait initialement les hommes d'origine jamaïcaine admis sur la base d'une offre d'emploi comme main-d'œuvre agricole au Canada³⁷.

Ce cadre normatif d'admission de travailleurs étrangers temporaires au Canada fut élargi à partir de 1973 à tous les pays d'origine et pour l'embauche au sein de tous les secteurs d'emploi (y compris les services domestiques), à travers l'adoption du « *Non-immigrant Employment Authorization Program* »³⁸. Ce cadre général d'admission s'est toutefois complexifié durant les dernières décennies³⁹ et constitue désormais, avec le programme spécial pour travailleurs agricoles mexicains et antillais, un ensemble de cadres d'admission hétérogène, notamment en ce qui a trait à l'imposition ou non d'un employeur spécifique durant le séjour au Canada (voir section suivante).

En somme, ce bref survol historique de l'évolution des régimes migratoires associés à des restrictions liées à l'employeur démontre qu'ils prennent racines dans une volonté de remplacement d'esclaves devenus illégaux. Les admissions au Canada sous statut d'esclave et sous statut permanent avec interdiction temporaire de changer d'employeur ont effectivement été remplacées, à partir de 1966 et définitivement après 1973, par l'arrivée chaque année de dizaines de milliers de travailleurs étrangers sous statut temporaire – dont environ la moitié est placée sous interdiction de changer d'employeur au Canada. Suivant ces constats, il devient certes plus difficile de justifier le maintien de tels programmes, en particulier lorsque ceux-ci font obstacle à l'exercice de droits et libertés fondamentales.

³⁵ Voir notamment Victor Satzewich, *Racism and the Incorporation of Foreign Labour : Farm Labour Migration to Canada since 1945*, London, Routledge, 1991.

³⁶ Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires – Embaucher des travailleurs agricoles saisonniers étrangers au Canada*, 2011 [Ressources Humaines Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires*].

³⁷ Des travailleurs provenant de d'autres pays des Antilles ont été admis à partir de l'année suivante, et le gouvernement du Mexique signa une entente équivalente avec le Canada en 1974.

³⁸ Voir notamment Nandita Sharma, *Home Economics : Nationalism and the Making of "Migrant Workers" in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2006 à la p 104.

³⁹ Pour plus de détails à ce sujet : Eugénie Depatie-Pelletier, « Synthèse du cadre normatif réglementant l'admission et l'intégration au Canada des travailleurs étrangers temporaires », rapport de recherche, Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, Comité travail et immigration, Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal, juin 2008; CIC, *Guide*, *supra* note 3.

C. Cadre réglementaire et administratif actuel du travail temporaire au Canada

De nos jours, le séjour sous autorisation de travail temporaire de dizaines de milliers de travailleurs étrangers au Canada se voit régulé par un cadre réglementaire et administratif complexe, soit par le biais de neuf programmes d'admission sous interdiction de changer d'employeur. En fonction du programme d'admission du travailleur migrant, différents éléments du cadre réglementaire et administratif de l'interdiction de changer d'employeur s'appliqueront à ce dernier au Canada.

1. TRAVAILLEURS ÉTRANGERS ADMIS SOUS DIFFÉRENTES CONDITIONS AU CANADA

Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) favorise désormais l'admission de travailleurs étrangers non pas à titre d'immigrant avec statut permanent (41 433 travailleurs étrangers admis en 2012)⁴⁰, mais plutôt sous statut légal temporaire (213 573 travailleurs étrangers admis en 2012)⁴¹.

Les travailleurs étrangers au Canada admis sous statut légal temporaire sont placés sous différents régimes juridiques (voir tableau 1 ci-après), ce qui donne lieu à une variété de statuts légaux distincts. On peut toutefois diviser ces travailleurs étrangers temporaires en deux grandes catégories : ceux qui sont autorisés à changer d'employeur au Canada ou à demander le statut permanent dès leur arrivée, et ceux qui se voient interdire à leur arrivée le changement d'employeur.

En effet, d'une part, plusieurs dizaines de catégories de travailleurs étrangers temporaires sont autorisés à travailler au Canada sans permis de travail ou se voient accorder par CIC un permis de travail ouvert⁴² ou « quasi-ouvert »⁴³. Ces derniers sont ainsi autorisés au Canada à changer librement d'employeur durant la période de validité de leur permis (après avoir fait au préalable, en cas de permis « semi-ouvert », une requête auprès de CIC pour la modification de l'employeur associé au permis de travail⁴⁴).

Aux autres travailleurs étrangers temporaires admis au Canada, CIC octroie un permis de travail lié à l'employeur (ou autre type d'autorisation liée à un

⁴⁰ CIC, *Faits et Chiffres : résidents permanents*, supra note 6.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Le permis de travail ouvert délivré par CIC permet de travailler pour n'importe quel employeur au Canada, à moins d'être interdit pour certaines occupations si le travailleur n'a pas encore passé d'examen médical, voir CIC, *Guide*, supra note 3 à la p 103.

⁴³ Par permis de travail « semi-ouvert », nous faisons référence ici à tous les permis de travail, y compris ceux liés à un employeur, que CIC accorde ou modifie à la simple demande de travailleurs étrangers (sans procédure supplémentaire nécessaire visant à faire valider l'offre de l'employeur par RHDCC) – voir ci-après la partie III pour plus de détails à ce sujet.

⁴⁴ Citoyenneté et Immigration Canada, « Demande de modification des conditions de séjour ou de prorogation du séjour au Canada à titre de travailleur », 2011, en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/information/demandes/sejour-travail.asp>>.

employeur spécifique⁴⁵) uniquement sur la base de la validation initiale de leur offre d'emploi par Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada (RHDCC/Service Canada⁴⁶). Autrement dit, ces travailleurs ne sont pas autorisés par CIC à faire modifier l'employeur associé à leur permis de travail (à moins d'avoir obtenu au préalable une autre offre d'emploi validée par RHDCC/Service Canada⁴⁷). Des dizaines de milliers de travailleurs étrangers temporaires admis au Canada chaque année, environ la moitié⁴⁸ se voit interdire à l'arrivée le droit de changer d'employeur au Canada. Cependant, les neuf différents programmes d'admission sous interdiction de changer d'employeur varient au niveau de leur structure normative et ainsi de la ou des catégories de travailleurs migrants qui y sont associées.

2. LES PROGRAMMES D'ADMISSION SOUS AUTORISATION LIÉE À UN EMPLOYEUR UNIQUE

Les travailleurs étrangers temporaires non éligibles aux permis de travail ouverts ou semi-ouverts entrent au Canada à travers neuf cadres administratifs distincts :

- 1- le *Programme des aides familiaux résidents (PAFR)*⁴⁹;
- 2- le *PTAS pour les travailleurs mexicains (PTAS-M)*⁵⁰;
- 3- le *PTAS pour les travailleurs antillais (PTAS-A)*⁵¹;
- 4- le *Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation (niveaux C et D⁵² de la CNP) (PTE-PS)*⁵³;

⁴⁵ RHDCC, *Classification*, supra note 2; Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires – Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation (niveaux C et D de la CNP)*, 2011 [RHDCC, *Projet pilote*]; Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires : Annexe 2 Fiche de renseignements accompagnant le contrat de travail*, 2011 [RHDCC, *Fiche de renseignement*].

⁴⁶ Les employeurs désirant embaucher un travailleur étranger doivent communiquer auprès des bureaux régionaux de Service Canada, qui est l'agence gouvernementale fédérale responsable d'administrer en partie les programmes de travailleurs étrangers temporaires placés par CIC sous la juridiction de RHDCC, en vertu du *RIPR*, supra note 5, art 203.

⁴⁷ Certains de ces travailleurs admis sous interdiction de changer d'employeur sont toutefois autorisés par CIC à demander le statut permanent dès l'arrivée au Canada (et ainsi à se voir reconnaître la liberté de changer d'employeur) : les travailleurs étrangers temporaires spécialisés en mesure de fournir une offre d'emploi permanent validée par RHDCC, employables au sein d'une occupation affectée par une pénurie de travailleurs nationaux ou nommés par un gouvernement provincial. *RIPR*, supra note 5, partie 6.

⁴⁸ Supra note 6.

⁴⁹ *RIPR*, supra note 5, partie 6 section 3; Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes au titre du Programme des aides familiaux résidents*, OP 14, 2010; Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des aides familiaux résidents au Canada*, IP 4, 2011.

⁵⁰ Ressources Humaines Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires*, supra note 36.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² RHDCC, *Classification*, supra note 2.

5- le volet agricole du *PTE-PS (PTE-PS/VA)*⁵⁴;

6- le programme d'admission pour danseuse exotique/érotique (*PTE-PS-sexe*)⁵⁵;

7- le programme d'admission de personnel domestique à l'emploi d'un résident sous permis diplomatique au Canada (*PDD*)⁵⁶;

8- le programme d'admission sans permis de travail à titre de « visiteur commercial » pour travailleurs « peu spécialisés », y compris des travailleurs domestiques, payés par un ressortissant étranger qui séjourne temporairement au Canada (*PVC-PS*)⁵⁷;

9- le programme des travailleurs étrangers temporaires pour emploi spécialisé de catégorie O, A ou B (*PTE-S*)⁵⁸.

⁵³ RHDCC, *Projet pilote*, supra note 45; RHDCC, *Fiche de renseignement*, supra note 45.

⁵⁴ Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation – Travailleurs agricoles*, 2011; Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Contrat – Volet agricole du Projet pilote relatif aux professions exigeant un niveau réduit de formation (niveaux C et D de la CNP)*, 2011.

⁵⁵ Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Programme des travailleurs étrangers temporaires – Instructions accompagnant le contrat de travail pour les danseurs exotiques/érotiques*, 2011.

⁵⁶ CIC, *Guide*, supra note 3, section 5.3 à l'appendice C.

⁵⁷ *Ibid* section 5.2 à la p 33.

⁵⁸ RHDCC, *Classification*, supra note 2.

TABLEAU - RÉSIDENTS TEMPORAIRES AUTORISÉS À TRAVAILLER AU CANADA EN 2006⁵⁹, PAR

Autorisés par le RIPR à travailler sans permis de travail		Autorisés par CIC à obtenir ou modifier un permis de travail sans validation de RHCC – CIC FW1				
Autres travailleurs spécialisés autorisés à travailler sans permis de travail	Étrangers admis pour donner un organe à un citoyen ou résident permanent canadien	Travailleurs « peu spécialisés » travaillant au Canada <i>pour un employeur étranger</i> – <u>interdiction par CIC de changer d'employeur et de demander le statut permanent</u> (sauf si nommé par une province) – CIC FW1		« Peu qualifiés »/ou sans qualification précise – permis de travail ouvert accordé		
		PVC-PS	PDD	Étudiants étrangers	Demandeurs d'asile et autres résidents temporaires sous protection ou ayant demandé le statut permanent	Conjoints d'un travailleur temporaire spécialisé ou d'un étudiant étranger
Statistiques non disponibles		18 564	59 714	11 742	30 301	47 137

⁵⁹ Ces données de 2006 permettent d'obtenir un portrait statistique du nombre de personnes migrantes ayant été soumise à des procédures administratives durant 365 jours d'affilée, et non le nombre des « premières entrées » au Canada, des « ré-admissions » au Canada le 1^{er} décembre.

⁶⁰ Eugénie Depatie-Pelletier, « Sous pratiques légales analogues à l'esclavage selon les termes de la convention de l'ONU "non blancs" au Canada dans les professions "peu spécialisées" », rapport de recherche, Chaire de recherche du Canada sur le droit international, Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal, janvier 2008 à la p 11 [Depatie-Pelletier].

En d'autres termes, les travailleurs sous interdiction de changer d'employeur constituent les groupes de travailleurs suivants au Canada : les travailleuses admises dans les services domestiques (*PAFR*), les travailleurs admis comme main-d'œuvre agricole (*PATS-M*, *PATS-A* et *PTE-PS/VA*), les travailleurs admis dans les autres occupations non-spécialisées (*PTE-PS*, *PTE-PS-sexe*, *PDD* et *PVC-PS*) – à moins qu'ils proviennent de pays dont les ressortissants sont privilégiés par le Canada – et les travailleurs étrangers spécialisés (*PTE-S*) qui n'ont pas été admis sous autorisation réglementaire, sous permis de travail semi-ouvert ou sous statut permanent.

Aussi, l'interdiction de changer d'employeur applicable à ces travailleurs au Canada est constituée de trois ensembles de mesures réglementaires et administratives. L'application de ces normes au travailleur migrant variera en fonction du programme d'admission.

3. LE CADRE RÉGLEMENTAIRE ET ADMINISTRATIF LIÉ À L'INTERDICTION DE CHANGER D'EMPLOYEUR

L'interdiction de changer librement d'employeur au Canada est appliquée à travers trois ensembles de mesures énoncées au sein du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR)*⁶², ou développées en vertu de ce dernier :

(a) La possibilité d'imposer la condition d'un employeur spécifique pour la validité du permis de travail (art 185 et art 113 du *RIPR*, et dispositions associées du *Guide des travailleurs étrangers*⁶³);

(b) Les pratiques de RHDCC/Service Canada en matière d'autorisation de contrats de travail incluant des clauses qui reconnaissent à l'employeur le privilège de consentir ou non au changement d'employeur ou de demander ou non le rapatriement prématuré du travailleur, et/ou incluant des clauses reconnaissant au représentant consulaire le privilège d'exécuter ce rapatriement et/ou le privilège de représenter ce dernier au Canada en toutes matières d'emploi et de séjour temporaire (art 200 (3) c) et 203 (3) e) du *RIPR*, et contrat-types de travail imposés ou systématiquement validés par RHDCC/Service Canada⁶⁴);

(c) Les pratiques de RHDCC/Service Canada en matière d'autorisation de pratiques de placement favorisant le roulement de main-d'œuvre étrangère au détriment du remplacement en emploi des travailleurs migrants disponibles déjà au Canada (art 200(3)c) et 203(3)e) du *RIPR*, et pratique d'autorisation d'offre d'emploi développée par RHDCC/Service Canada en vertu de ces derniers⁶⁵).

⁶² *RIPR*, *supra* note 5.

⁶³ *Ibid*, art 185.

⁶⁴ *Ibid*, art 113(1) d); Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Contrat d'emploi 2011 pour les travailleurs du Mexique (sauf la Colombie-Britannique)*, 2011 [RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*].

⁶⁵ Voir notamment le cas récent documenté par les Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce (TUAC), « Des allégations d'exclusion au cœur d'un procès communautaire au consulat du Mexique à

a) *La possibilité d'imposer un employeur spécifique au Canada*

Le RIPR énonce que la restriction du permis lié à un employeur unique spécifique fait partie du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'immigration :

Les conditions particulières ci-après peuvent être imposées, modifiées ou levées par l'agent à l'égard du résident temporaire :

a) la période de séjour autorisée;

b) l'exercice d'un travail au Canada, ou son interdiction, et notamment :

(i) le genre de travail,

(ii) *l'employeur,*

(iii) *le lieu de travail,*

(iv) les modalités de temps de celui-ci,

[...]

*d) la partie du Canada où sa présence est obligatoire ou interdite*⁶⁶ [nos italiques].

Par ailleurs, les directives administratives établies sur la base du *RIPR* par CIC, à l'intention des agents d'immigration, structurent précisément le pouvoir discrétionnaire de ces derniers en la matière. En effet, le *Guide des travailleurs étrangers* spécifie explicitement quels résidents temporaires doivent se voir émettre un permis de travail non lié à un employeur spécifique (un permis de travail ouvert) : les travailleurs « peu spécialisés » provenant des pays privilégiés par le Canada en terme d'accès au marché du travail (incluant notamment les pays de l'Union européenne, les États-Unis et l'Australie)⁶⁷, les époux de travailleurs étrangers temporaires en emploi spécialisé, les demandeurs du statut de réfugiés et certains résidents temporaires ayant le statut de visiteur au pays⁶⁸. De plus, les directives de CIC précisent les conditions permettant l'émission de permis de travail « semi-ouvert » (ne nécessitant pas de validation par RHDCC/Service Canada).

En conséquence, ne sont notamment pas admissibles à un permis de travail ouvert ou semi-ouvert les travailleurs étrangers pour lesquels l'émission du permis de travail par CIC requiert la validation de l'offre d'emploi initiale par RHDCC/Service Canada⁶⁹ – à l'exception, tel que nous le verrons dans les deux sections suivantes, des travailleurs admis sous le *PATS* et sous le *PTE-PS/VA* (à qui un permis sectoriel est

Vancouver » (2012), en ligne : TUAC <http://www.tuac.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=2829%3Ablacklisting-allegations-centre-of-community-trial-at-vancouvers-mexico-consulate&catid=6%3Adirections-newsletter&Itemid=6&lang=fr>.

⁶⁶ *RIPR*, *supra* note 5, art 185.

⁶⁷ CIC, *Guide*, *supra* note 3.

⁶⁸ *Ibid.*, sections 8 et 10.2.

⁶⁹ *Ibid.*

désormais accordé par CIC⁷⁰, mais pour lesquels une interdiction de changer d'employeur ou une renonciation en matière de mobilité sur le marché du travail est par ailleurs maintenue à travers le contrat de travail qui leur est imposé par RHDCC/Service Canada).

De plus, outre l'article 185 du *RIPR* explicite en matière de possibilité de limitation de la reconnaissance du droit de changer d'employeur au Canada, un deuxième article du *RIPR* a pour effet de rendre excessivement coûteux en pratique le changement d'employeur pour les travailleuses domestiques victimes d'abus. En effet, selon le *PAFR*, ces dernières se trouvent assujetties à la condition de compléter 24 mois de travail à temps plein au Canada à l'intérieur d'un délai maximal de 48 mois afin d'obtenir la résidence permanente⁷¹. En ce sens, renfermant le risque important de perte de l'accès au statut permanent, cette condition temporelle supplémentaire constitue un obstacle important pour ces travailleuses à la liberté de quitter un employeur abusif.

b) *L'imposition de contrats-types de travail avec renonciation de droits et libertés*

Contrairement aux autres travailleurs étrangers admis sur la base de la validation initiale de l'offre d'emploi, les travailleurs admis pour emploi agricole se voient désormais accorder par CIC un permis de travail sectoriel, c'est-à-dire valide auprès de tous les employeurs de l'industrie agricole canadienne autorisés par RHDCC/Service Canada à embaucher un travailleur étranger. Or, dans le cas de certains de ces travailleurs agricoles, l'interdiction de changer d'employeur est maintenue contractuellement, à moins que l'employeur choisisse de le transférer à un autre employeur ou qu'il préfère se départir du travailleur avant la date de fin de contrat initialement convenue.

En effet, pour les travailleurs agricoles mexicains et antillais, une interdiction de changer d'employeur est intégrée au sein de contrats-types de travail que leur impose RHDCC/Service Canada. Ces contrats-types, qui varient en fonction du type d'occupation, du pays d'origine du travailleur et de la province d'emploi⁷², incluent une clause selon laquelle le travailleur n'est autorisé à travailler que pour l'employeur désigné dans son contrat de travail – quoiqu'il pourra se voir transféré à un autre employeur si telle est la volonté de l'employeur initial et/ou celle de son représentant consulaire et de RHDCC/Service Canada :

Le TRAVAILLEUR convient de ce qui suit :

1. De travailler et d'habiter au lieu de travail ou à tout autre endroit fixé par l'EMPLOYEUR et approuvé par le REPRÉSENTANT DU GOUVERNEMENT.

⁷⁰ Citoyenneté et Immigration Canada, *Traitement des demandes de permis de travail présentées au titre de la catégorie des travailleurs étrangers temporaires, volet Québec*, Bulletin opérationnel 287, 2011.

⁷¹ *RIPR*, *supra* note 5, art 113(1)d).

⁷² *RIPR*, *supra* note 5, art 113(1)d); RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*, *supra* note 64.

2. De travailler en tout temps pendant la durée de son emploi sous la supervision et l'autorité de l'EMPLOYEUR et d'accomplir de façon professionnelle les travaux agricoles qui lui sont assignés.

[...]

5. De ne travailler pour aucune autre personne sans l'approbation de RHDCC, du REPRÉSENTANT DU GOUVERNEMENT, et de l'EMPLOYEUR, sauf dans les situations découlant de la rupture du présent contrat par l'EMPLOYEUR et du fait que d'autres dispositions ont été prises relativement à l'emploi, en vertu de la Section X, clause 4⁷³ [nos italiques].

Ainsi, les travailleurs admis sous le PTAS peuvent se retrouver à l'emploi d'un autre employeur agricole au Canada durant la période de validité de leur permis de travail, mais, sauf exception⁷⁴, seulement avec l'accord de l'employeur initial (et du représentant du gouvernement du pays d'origine et d'un agent de RHDCC/Service Canada)⁷⁵, devenant ainsi en quelques sortes la propriété de l'employeur.

Ce type de clause, subordonnant explicitement le droit de changer d'employeur à la discrétion de l'employeur initial, ne fait cependant pas partie du contrat-type imposé à certains autres travailleurs agricoles, notamment guatémaltèques, admis sous le PTE-PS/VA. Par contre, le contrat-type de ces derniers inclura une clause stipulant que le travailleur accepte d'être représenté par son agent consulaire pour « toutes les affaires concernant son travail et son séjour au Canada », permettant ainsi son rapatriement prématuré en cas de volonté à cet effet exprimée par l'employeur⁷⁶. Or, il est dans l'intérêt des consulats étrangers de respecter les volontés des employeurs canadiens afin de continuer à pouvoir envoyer des travailleurs qui feront rentrer des capitaux étrangers au pays. En ce sens, dans la réalité, cette clause contractuelle discrétionnaire pour l'agent consulaire revient à maintenir l'interdiction de changer librement d'employeur.

c) *Validation de pratiques d'embauche/de placement discriminatoires*

⁷³ RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*, supra note 64.

⁷⁴ *Ibid*, section X clause 4.

⁷⁵ Anne-Claire Gayet, *La conformité de l'obligation contractuelle des travailleurs agricoles de maintenir un lien fixe avec leur employeur avec l'article 46 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec interprétée à la lumière du droit international*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2011 aux pp 40-41 [Gayet]; RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*, supra note 64; Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Contrat d'emploi 2011 pour les travailleurs du Mexique en Colombie-Britannique, 2011* [RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique en C-B*]; 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, 2011* [RHDCC, *Contrat de travail Antilles*]; Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Contrat d'emploi 2011 pour les travailleurs des Antilles en Colombie-Britannique, 2011* [RHDCC, *Contrat de travail Antilles en C-B*].

⁷⁶ Ressources Humaines et Développement des Compétences Canada, *Contrat d'emploi 2011 pour les travailleurs guatémaltèques*, 2011 à la p 4.

En effet, malgré l'absence, dans le contrat-type des travailleurs admis sous le *PTE-PS/VA*, d'une clause autorisant explicitement l'employeur à demander la déportation ou l'exclusion future du travailleur, tel que le stipulent les contrat-types de travail imposés aux travailleurs mexicains et antillais⁷⁷. Plusieurs rapatriements de ces travailleurs agricoles ont été documentés récemment. À titre d'illustration, depuis 2010, de nombreux cas de retour au pays de travailleurs guatémaltèques avant la date d'expiration de leur permis de travail, facilités à la demande de l'employeur, ont été répertoriés par l'OIM et/ou par le Consulat du Guatemala à Montréal⁷⁸. Ces travailleurs migrants agricoles non-mexicains et non-antillais peuvent donc se voir nier le changement d'employeur par RHDCC/Service Canada à travers la validation administrative systématique de contrat de travail les obligeant à renoncer, au profit de leur représentant consulaire, à l'exercice de leurs droits au Canada en matière de travail et de résidence temporaire⁷⁹.

Au surplus, ces derniers se trouvent également soumis à une interdiction de changer librement d'employeur de façon plus générale par le biais de la validation administrative systématique des pratiques de (non-)remplacement en emploi. Actuellement privilégiée par les agents consulaires – à la demande des employeurs, des coalitions d'employeurs et/ou des représentants de ces derniers –, cette pratique implique le recrutement continu et non seulement le rapatriement prématuré de tout travailleur en conflit avec son employeur, mais également l'exclusion de ce dernier du programme canadien pour le futur (à travers un recrutement continu de nouveaux travailleurs migrants à l'étranger pour remplacement auprès des employeurs intéressés)⁸⁰.

La validation administrative par RHDCC/Service Canada (et par la suite par CIC lors de l'émission de permis de travail supplémentaires) de ces pratiques de placement empêchant le changement d'employeur au Canada et favorisant au contraire le roulement de la main-d'œuvre migrante au détriment de la mobilité des travailleurs migrants sur le marché du travail canadien est toujours autorisée au Canada : les travailleurs étrangers temporaires sont discriminés par rapport aux travailleurs nationaux.

Tout d'abord, l'article 203(3) du *RIPR* énonce que l'employeur n'a pas à faire l'effort de recruter parmi les travailleurs migrants intéressés déjà au Canada avant de faire venir un nouveau travailleur à partir de l'étranger :

⁷⁷ RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*, supra note 64; RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique en C-B*, supra note 75; RHDCC, *Contrat de travail Antilles*, supra note 75; RHDCC, *Contrat de travail Antilles en C-B*, supra note 75.

⁷⁸ Gayet, supra note 75 à la p 41.

⁷⁹ RHDCC, *Contrat d'emploi Mexique*, supra note 64.

⁸⁰ Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce (TUAC), « La manifestation tenue à Vancouver à l'occasion de la Journée internationale des migrants visait l'exclusion orchestrée par le Mexique » (2012), en ligne : <http://www.tuac.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=2602%3Avancouver-protest-on-international-migrants-day-aimed-at-mexico-blacklisting&catid=6%3Adirections-newsletter&Itemid=6&lang=fr> [TUAC, Manifestation à Vancouver].

203. (3) Facteurs – effets sur le marché du travail

Le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences fonde son avis relatif aux circonstances visées à l’alinéa (1)b) sur les facteurs suivants : [...]

e) *l’employeur embauchera ou formera des citoyens canadiens ou des résidents permanents, ou a fait ou accepté de faire des efforts raisonnables à cet effet*⁸¹ [nos italiques].

De plus, l’article 200 (3) se lisait anciennement ainsi :

200. (3) *Le permis de travail ne peut être délivré à l’étranger dans les cas suivants : [...]*

c) le travail [spécifique pour lequel] l’étranger [demande le permis] est susceptible de nuire au règlement de tout conflit de travail en cours ou à l’emploi de toute personne touchée par ce conflit; *à moins que la totalité ou la quasi-totalité des salariés touchés par le conflit de travail ne soient ni des citoyens canadiens ni des résidents permanents et que l’embauche de salariés pour les remplacer ne soit pas interdite par le droit canadien applicable dans la province où travaillent les salariés visés*⁸². [nos italiques]

Quoique la dernière partie de l’article ait été abrogé et ne figure plus au règlement, rien n’indique à ce jour que les travailleurs migrants ne continuent pas à être autorisés à remplacer un autre travailleur migrant en conflit avec son employeur canadien – même si la source du conflit est une violation par l’employeur de la législation du travail ou une violation des droits et libertés fondamentales du travailleur migrant.

En somme, autrement formulé, l’interdiction administrative de changer librement d’employeur au Canada est appliquée à travers trois groupes de normes. D’une part, les articles 185 et 113 du *RIPR* et les directives administratives de CIC associées qui imposent la condition d’un employeur spécifique pour la validité du permis de travail et qui forcent les travailleuses domestiques à demeurer en emploi en cas d’abus afin de ne pas perdre leur accès au statut permanent.

D’autre part, il y a les directives administratives de RHDCC/Service Canada qui imposent des contrats de travail incluant des clauses de renonciation de droits. En particulier, la validation de clauses reconnaissant à l’employeur initial le privilège de consentir ou non au changement d’employeur pour le travailleur, au maintien de son statut au Canada (ou rapatriement prématuré) et la validation de clauses reconnaissant au représentant consulaire le privilège d’exécuter un rapatriement – ou toute autre mesure relative à l’emploi et de séjour temporaire du travailleur migrant.

Il y a finalement les articles 200(3)c) et 203(3)e) du *RIPR* et les pratiques

⁸¹ *Ibid.*, art 203(3)e).

⁸² *RIPR*, *supra* note 5, art 200(3)c) – version antérieure du 2012-12-15 au 2013-01-01, en ligne: Ministère de la Justice du Canada
<<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/reglements/DORS-2002-227/20121215/PITT3xt3.html#h-102>>

administratives de RHDCC/Services Canada qui y sont associées, cautionnant les pratiques de recrutement et de placement en emploi (rapatriements prématurés et exclusion du programme de travail canadien pour le futur) qui engendrent un roulement de main-d'œuvre étrangère au détriment des possibilités de remplacement en emploi pour les travailleurs migrants disponibles déjà au Canada ou ayant déjà une expérience de travail au Canada.

II. Interdiction de changer d'employeur et *Charte canadienne*

Alors que certains défenseurs de ces programmes tentent de faire reconnaître un caractère « idyllique, même charitable » au lien d'emploi étroit liant les employeurs aux travailleurs migrants⁸³, la réalité est toute autre. L'interdiction de changer d'employeur facilite la coercition du travailleur par l'employeur et modifie ainsi l'exercice de droits et libertés par les travailleurs migrants visés. Pour les travailleurs employés dans l'industrie agricole et pour les travailleuses domestiques, différentes mesures réglementaires ou administratives posent des obstacles supplémentaires. Cependant, lorsqu'étudié sous l'angle de ses effets concrets sur les conditions de travail et de vie des travailleurs migrants concernés, l'interdiction de changer d'employeur pose d'importantes entraves à l'exercice de droits et libertés fondamentales pour l'ensemble des travailleurs migrants susceptibles de subir une menace par l'employeur en ce qui a trait au maintien ou non de leur autorisation à travailler au Canada.

Dans cette perspective, l'étude des politiques discriminatoires affectant les travailleurs migrants au Canada implique l'analyse du préjudice causé à leurs égards par la loi ou l'action gouvernementale en question. Le préjudice subi par les travailleurs migrants sous interdiction de changer d'employeur au Canada peut être, à tout le moins, associé à des obstacles reliés à l'exercice du droit à la liberté et sécurité de la personne ainsi qu'à l'exercice de la liberté d'association. Nous avons ainsi choisi d'orienter notre étude vers ces dernières protections constitutionnelles – en reconnaissant par ailleurs que la question de la constitutionnalité des programmes d'admission sous interdiction de changer d'employeur au Canada pourrait, de surcroît, être posée notamment sous l'angle du droit de ces travailleurs migrants à l'égalité au Canada⁸⁴.

A. Une violation du droit à la liberté

L'article 7 de la *Charte canadienne* se lit comme suit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »⁸⁵. L'atteinte à l'un de

⁸³ Congrès du travail du Canada, *Le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET) canadien : Programme exemplaire – ou erreur?*, 2011 à la p 3 (rédigé par Karl Flecker).

⁸⁴ Pour la situation québécoise, voir notamment CDPDJ, *supra* note 7.

⁸⁵ *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, art 7 [*Charte canadienne* ou *Charte*].

ces trois éléments (vie, liberté, sécurité) suffit pour qu'il ait atteint à l'article 7⁸⁶. Aussi, le terme « chacun » doit être interprété comme englobant tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne. Il est donc maintenant admis qu'un étranger en territoire canadien peut invoquer l'article 7 de la *Charte*⁸⁷. L'atteinte ou la menace à ces droits (vie, liberté, sécurité) doit être réelle et non pas simplement conjecturale, hypothétique ou supposée. Elle doit avoir un degré de certitude qui approche la probabilité⁸⁸. Enfin, selon les enseignements jurisprudentiels, la justice fondamentale de l'article 7 ne s'applique pas qu'à des décisions de nature judiciaire : elle s'applique à toute décision susceptible d'effet sur la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne⁸⁹.

Il convient également de souligner que le droit à la liberté que garantit l'article 7 ne s'entend pas uniquement de l'absence de toute contrainte physique : la liberté est en cause au sens de l'article 7 lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur le choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie⁹⁰. En ce sens, puisque « la liberté de démissionner est fondamentale [et qu'elle] marque la différence entre l'esclavage et la conception contemporaine du travail »⁹¹, cette contrainte imposée par l'État affecte directement la dignité humaine de cette main-d'œuvre et porte ainsi « atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des choix essentiels dans leur vie »⁹².

Par ailleurs, la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui a trait au droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle de son intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale⁹³. Elle se conçoit comme incluant la protection contre une « tension psychologique grave causée par l'État »⁹⁴ outrepassant « les tensions et les angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental »⁹⁵. Cette notion de sécurité de la personne inclut également l'absence de prohibition pénale faisant obstacle⁹⁶ et la protection contre la menace à cette sécurité : la décision de priver une personne des moyens que donne le droit d'échapper à une telle menace est une atteinte au droit à la sécurité de cette

⁸⁶ *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 63 OR (2^e) 281 au para 11 [*Morgentaler*].

⁸⁷ *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177 au para 35, 17 DLR (4^e) 422 [*Singh*].

⁸⁸ *Operation Dismantle Inc c R*, [1985] 1 RCS 441, 18 DLR (4^e) 481 au para 18.

⁸⁹ *Singh*, *supra* note 87 au para 35; *Nguyen c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993], 1 CF 696, 100 DLR (4^e) 151.

⁹⁰ *Blencoe c Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 RCS 307 [*Blencoe*]; *B(R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315, 21 OR (3^e) 479.

⁹¹ Claude Fabien, « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois » (2006) 36 RGD 85 à la p 91.

⁹² *Blencoe*, *supra* note 90 au para 86.

⁹³ *Rodriguez c Colombie-Britannique (Procureur Général)*, [1993] 3 RCS 519, 107 DLR (4^e) 342 [*Rodriguez*].

⁹⁴ *Morgentaler*, *supra* note 86 au para 20.

⁹⁵ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G (J)*, [1999] 3 RCS 46 au para 59, 216 NBR (2^e) 25.

⁹⁶ *Rodriguez*, *supra* note 93 à la p 588.

personne⁹⁷.

À notre connaissance, aucune jurisprudence canadienne n'a encore été développée en matière d'exercice du droit à la liberté et à la sécurité de la personne par les travailleurs sous interdiction de changer d'employeur⁹⁸. Or, il est aujourd'hui reconnu que l'article 7 de la *Charte canadienne* a pour objet d'empêcher les atteintes à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui résultent non seulement de procédures criminelles, mais plus largement de toute question touchant l'« administration de la justice »⁹⁹, y compris des restrictions administratives au niveau du milieu de travail ayant des effets sur l'accès à la justice au Canada. En effet, dans l'affaire *Wilson v British Columbia (Medical Services Commission)*¹⁰⁰, – arrêt dont la Cour suprême a refusé d'entendre l'appel – la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que certaines mesures étatiques restreignant la liberté des individus sur le marché du travail violaient le droit à la liberté et sécurité de la personne des personnes visées et n'étaient pas justifiables dans une société libre et démocratique. Se prononçant plus spécifiquement sur des politiques de restrictions géographiques, le juge s'exprime ainsi :

[H]istory shows that restrictions on movement for the purpose of employment were, short of imprisonment, the most severe deprivation of freedom and liberty. [...] "Liberty" within the meaning of s. 7 is not confined to mere freedom from bodily restraint. It does not, however, extend to protect property or pure economic rights. It may embrace individual freedom of movement, including the right to choose one's occupation and where to pursue it, subject to the right of the state to

⁹⁷ *Singh*, supra note 87 au para 47.

⁹⁸ Cela dit, la protection de l'article 7 de la *Charte* a récemment été invoquée dans un recours contre le gouvernement fédéral devant la Cour supérieure de l'Ontario par trois travailleurs migrants affirmant que les pratiques de rapatriement prématuré peuvent violer le droit à des procédures justes et équitables : Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce (TUAC), « Des travailleurs migrants mexicains intentent une poursuite fondée sur la Charte contre le gouvernement fédéral canadien » (2011), en ligne : TUAC

<http://www.tuac.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=2576%3Aamerican-migrant-workers-file-charter-lawsuit-against-canadas-federal-government&catid=6%3Adirections-newsletter&Itemid=6&lang=fr>. Les obstacles à l'accès à des procédures justes et équitables associées aux pratiques de rapatriement prématuré de travailleurs agricoles migrants soulèvent la question plus large du respect du droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Ces pratiques de rapatriements prématurés sont associables à des obstacles supplémentaires en matière d'accès aux institutions de l'administration de la justice, outre la violation du droit de connaître les motifs du rapatriement et de pouvoir présenter sa propre version des faits associés au conflit de travail. De plus, en complément des pratiques de rapatriement prématurés propres au secteur agricole, d'autres aspects du cadre d'admission sous interdiction de changer d'employeur peuvent affecter la possibilité pour les travailleurs migrants employés en agriculture (ou autres secteurs) d'exercer leur droit à la liberté et à la sécurité de la personne au Canada et, ainsi, d'envisager leur situation juridique à partir d'une perspective systémique plus large.

⁹⁹ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la santé et des services communautaires) c G (J)*, [1999] 3 RCS 46 au para 65, 177 DLR (4^e) 124; voir aussi *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429.

¹⁰⁰ *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia*, [1988] 53 DLR (4^e) 171, BCJ No 1566 (BCCA) [*Wilson*]; privilège d'appel non-accordé par la Cour suprême du Canada : *Wilson v British Columbia (Medical Services Commission)*, [1988] SCCA 352 (SCC).

impose, in accordance with the principles of fundamental justice, legitimate and reasonable restrictions on the activities of individuals. [...] The trial judge has characterized the issue as "right to work" [a purely economic question], when he should have directed his attention to a more important aspect of liberty, the right to pursue a livelihood or profession (a matter concerning one's dignity and sense of self-worth). [...] The essence of the government's position is that the legislation and the regulations have legitimate and important purposes: (a) cost control and (b) control over the allocation of physicians' services within the province. [...] There are less intrusive means of achieving such a purpose. [...] We conclude that the scheme is so manifestly unfair, having regard to the effect of it upon the appellants, as to violate the principles of fundamental justice¹⁰¹ [nous soulignons].

Dans le contexte des travailleurs migrants sous restriction de changer d'employeur, ce constat de violation de l'article 7 paraît d'autant plus manifeste, notamment à la lumière des effets d'une telle limitation de liberté. La problématique juridique concernant les travailleurs migrants dont l'autorisation de travail est liée à un employeur unique a été résumée en quelques mots dans le rapport « Les travailleurs étrangers temporaires »¹⁰² publié en 2007 par la Division des affaires politiques et sociales du Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement du Canada : « Ils ne veulent pas compromettre leur emploi ou leur statut temporaire au Canada en se plaignant de leurs conditions »¹⁰³. Aussi, dans leur article « *Negotiating the Citizenship Divide : Foreign Domestic Worker Policy and Legal Jurisprudence* »¹⁰⁴, Daiva Stasiulis et Abigail B. Bakan, en se référant à l'article du *Globe and Mail* « *Domestic Workers Treated like Slaves* »¹⁰⁵, citent deux cas illustrant la peur pouvant maintenir en situation de servitude des travailleurs sous interdiction de changer d'employeur :

*In one reported case in London., Ontario, a domestic worker was kept imprisoned for three years in her employer's home and forbidden to have any outside contact, including use of the telephone [...]. Another case in the same city involved an African woman who was made to work in the employer's home in the day, and on a turkey farm at night where her wages were pocketed by her employer*¹⁰⁶.

En ce qui a trait à la coercition relative au statut d'immigration, différentes formes de pression psychologique exercée par un employeur au Canada ont été

¹⁰¹ *Ibid* à la p 58.

¹⁰² Canada, Services d'information et de recherche parlementaires : Division des affaires politiques et sociales, *Les travailleurs étrangers temporaires*, Ottawa, 2007.

¹⁰³ *Ibid* à la p 8.

¹⁰⁴ Daiva Stasiulis et Abigail B Bakan, « Negotiating the Citizenship Divide: Foreign Domestic Worker Policy and Legal Jurisprudence » dans Rahda Jhappan, dir, *Women's Legal Strategies in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2002 à la p 237 [Stasiulis et Bakan].

¹⁰⁵ « Domestic Worker Treated like Slave », *The Globe and Mail* (6 août 1992).

¹⁰⁶ Stasiulis et Bakan, *supra* note 104 à la p 287.

documentées¹⁰⁷ :

Plus les employeurs abusaient, plus ils les isolaient, en leur inculquant que tout ce qui était à l'extérieur de chez eux ou en dehors d'eux était intrinsèquement mauvais et dangereux. Nadia se rappela les propos de son employeur :

“Mon employeur disait : ‘approche-toi de personne. De l’Immigration; tu risques d’être retournée dans ton pays. Parle pas aux policiers, à personne!’ ” [...]

Celui de Wassalia alla dans le même sens, avec un argument légèrement différent : “Si tu sors, tu vas être déportée, la police va te prendre.”¹⁰⁸

Par ailleurs, dans les cas d'accident de travail, maladie ou autre atteinte substantielle à l'intégrité physique et/ou psychologique, l'exercice des droits demeure particulièrement affecté pour les migrants sous interdiction de changer d'employeur :

Many workers are also reluctant to claim compensation out of fear that their employers would disapprove. At the end of the season each grower fills out an evaluation form for each worker. [...] To a large degree, the decision taken by the Ministry of Labour on whether to re-admit the worker into the program in the following years hinges on these evaluations. Therefore, Mexican workers try to please their patrones in every possible way [...] they try not take days off even when sick or injured¹⁰⁹[nous soulignons].

En particulier, les travailleurs migrants employés en agriculture au Canada sont susceptibles de rapatriement prématuré et/ou de non-renouvellement du statut légal temporaire l'année suivante sur volonté de l'employeur, ce qui peut rendre extrêmement difficile, sinon impossible, en pratique, l'accès aux appareils de l'administration de la justice en cas de violation de droit au Canada. Par exemple, dans un cas survenu en 2008, un travailleur agricole a été rapatrié au Guatemala et exclu (de même que les membres de sa famille) du programme de travail au Canada sur demande l'employeur, sans avoir réussi à faire valoir ses droits au sein de l'appareil administratif ou judiciaire canadien :

Je fus renvoyé de façon injuste et arbitraire pour le simple fait d'avoir lutté pour le respect du contrat qui me liait à cette dite entreprise. [...] N'importe quelle attitude que les surveillants de la compagnie interprètent comme étant inappropriée entraîne une menace de leur part de nous retourner dans nos pays, comme ce fut mon cas, sans le paiement de nos salaires [...] et en empêchant les membres de notre famille à participer au programme de travail temporaire. [...] Le simple fait d'avoir dénoncé cette situation a

¹⁰⁷ Voir notamment Makeda Silvera, *Silenced: Caribbean Domestic Workers Talk with Makeda Silvera*, Toronto, Sister Vision, 1989.

¹⁰⁸ Myriam Bals, *Les Domestiques étrangères au Canada : Esclaves de l'espoir*, Montréal, L'Harmattan, 1999 à la p 116.

¹⁰⁹ Tanya Basok, *Human Rights and Citizenship: The Case of Mexican Migrants in Canada*, *The Center for Comparative Immigration Studies University of California*, San Diego, University of Windsor, avril 2003 à la p 10.

entraîné mon renvoi [au Guatemala]¹¹⁰.

Pour d'autres, au lieu du rapatriement prématuré, c'est le non-renouvellement de l'autorisation de travailler au Canada l'année suivante qui empêchera l'accès à l'administration de la justice en cas de violation de droits au Canada¹¹¹.

Entravés dans leur accès à la justice et contraints à accepter les pires conditions imposées par certains employeurs, les travailleurs se retrouvent donc, en réalité, dans une impossibilité totale de changer d'employeur. À la lumière de l'interprétation jurisprudentielle de la *Charte canadienne*, cette restriction dans les faits apparaît être en violation du droit à la liberté protégé à l'article 7. Cependant, seules les violations du droit à la liberté et à la sécurité de la personne sur le marché du travail conformes aux principes de justice fondamentale peuvent être jugées constitutionnelles.

1. LA CONFORMITÉ AUX PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE

En effet, outre les normes restrictives imprécises et, plus généralement, les politiques ayant une couverture excessive¹¹², il est désormais établi que les mesures restreignant « arbitrairement » le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, c'est-à-dire faisant peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État, doivent être considérés comme violant les principes de justice fondamentale et ainsi l'article 7 de la *Charte canadienne*¹¹³. Plus précisément, afin de déterminer de la conformité ou non d'une violation – telle qu'une interdiction de changer d'employeur – avec les principes de la justice fondamentale, les intérêts de l'État doivent être balancés avec l'intérêt de l'individu à exercer son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne¹¹⁴ (ou, en l'occurrence, à ne pas être placé en position de risque accru de tomber en condition servitude au Canada). Ainsi, l'article 7 appelle les tribunaux à aller au-delà du respect des règles de procédure afin d'examiner la substance de la législation¹¹⁵.

Or, la jurisprudence reconnaît que « *a deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the Charter cannot be in accordance with the principles of fundamental justice* »¹¹⁶. Ainsi, si les mesures

¹¹⁰ Gayet, *supra* note 75 aux pp 50-51; Elle ajoute aussi « [dans] le cas de rapatriement dû à des problèmes de comportement, il peut être délicat de faire la part des choses entre les allégations de l'entreprise et celles des travailleurs, surtout si celles-ci prennent pour acquis que ces derniers n'ont pas leur mot à dire. Un travailleur qui remet en question certaines pratiques ou réclame le respect de ses droits peut dès lors sembler "rebelle". L'option du renvoi anticipé des travailleurs constitue un écueil d'autant plus grand que ces derniers ne bénéficient pas d'un droit d'appel effectif. »

¹¹¹ *Edye Geovani Chamale Santizo c Potager Riendeau inc*, 2010 QCCRT 153 (disponible sur CanLII).

¹¹² Robert J Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2009.

¹¹³ *Rodriguez*, *supra* note 93; David Green, « Are There Too Many Foreign Workers? », *Vancouver Sun* (2011).

¹¹⁴ *Motor Vehicle Act*, RSBC 1996, c 318 [*Motor Vehicle Act*]; *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 RCS 3 [*Suresh*].

¹¹⁵ *Motor Vehicle Act*, *supra* note 114.

¹¹⁶ *Morgentaler*, *supra* note 86 à la p 176.

associées à l'interdiction de changer d'employeur impliquent non seulement une violation du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, mais également une violation de la liberté d'association des travailleurs migrants, ces mesures pourraient difficilement être jugées conformes à la justice fondamentale. Ces mesures restrictives seraient considérées justifiables en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne* uniquement en cas de conditions exceptionnelles telles qu'un désastre naturel ou une épidémie¹¹⁷.

B. Une violation de la liberté d'association

Parallèlement au droit à la liberté, en vertu de la *Charte canadienne*, « chacun a les libertés fondamentales suivantes : [...] d) liberté d'association »¹¹⁸. Un individu ou un groupe qui conteste une norme en vertu de cette protection constitutionnelle devra démontrer que la mesure a pour objet, ou pour effet, de compromettre, de façon substantielle, l'exercice de leur liberté d'association – et que le contexte est tel que l'État peut être tenu responsable de cette incapacité d'exercer cette liberté¹¹⁹.

Dans l'arrêt *Health Services*¹²⁰, la juge en chef McLachlin résume dans les termes suivants l'essence de la liberté d'association garantie pour tout travailleur au Canada :

Nous estimons alors que le concept de la liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte* comprend cette notion d'un droit procédural à la négociation collective. [...] Le droit de négocier collectivement avec l'employeur favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en leur donnant l'occasion d'exercer une influence sur l'adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir leur travail¹²¹ [nos italiques].

Plus récemment, dans l'arrêt *Fraser*¹²² en 2011, elle précise que le respect de la liberté d'association inclut le respect d'un processus associatif « véritable et substantiel » :

Après l'arrêt *Dunmore*, nul ne pouvait contester que l'exercice véritable et substantiel du droit de s'associer pour réaliser des objectifs [...] bénéficiait de la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'association [...]. Nul ne pouvait non plus douter que la loi (ou l'absence d'un cadre législatif) qui rendait essentiellement impossible cette démarche collective

¹¹⁷ *Suresh*, supra note 114 au para 78.

¹¹⁸ *Charte*, supra note 85, art 2.

¹¹⁹ *Dunmore c Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 RCS 1016 [*Dunmore*]; *Ontario (Procureur général) c Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 RCS 3 [*Fraser*].

¹²⁰ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 RCS 391.

¹²¹ *Ibid* aux para 62, 82.

¹²² *Fraser*, supra note 119.

*restreignait l'exercice de la liberté d'association*¹²³ [nos italiques].

Ainsi, par exemple, « on ne saurait tenir pour véritable un processus qui permet à l'employeur de ne même pas prendre en compte les observations de ses employés »¹²⁴.

Toujours dans le même arrêt *Fraser*¹²⁵, la juge en chef McLachlin rappelle également qu'une mesure qui n'a pas explicitement pour objet de restreindre la liberté d'association peut néanmoins violer l'article 2d) de la *Charte canadienne* :

On peut entraver l'exercice de la liberté d'association voué à la réalisation d'objectifs liés au travail en frappant d'interdiction la formation d'associations d'employés. On peut le faire tout aussi efficacement en établissant *un système qui rend impossible la négociation véritable* de questions liées au travail¹²⁶ [nos italiques].

Ainsi, l'exercice véritable du processus associatif pour tout travailleur migrant au Canada commande notamment la possibilité d'un dialogue réel avec l'employeur en matière de conditions de travail. Pour s'avérer efficace, un tel dialogue doit invariablement s'opérer à travers un intermédiaire non biaisé, une association de travailleurs indépendante, et non pas à travers un agent consulaire autorisé à négocier les conditions de travail pour les ressortissants de son pays ayant à cœur d'abord et avant tout les intérêts du gouvernement du pays d'origine (et ainsi des employeurs canadiens) par opposition à ceux du travailleur étranger au Canada¹²⁷.

Par ailleurs, depuis l'arrêt *Dunmore*¹²⁸, la Cour suprême reconnaît la responsabilité du gouvernement canadien en matière de restriction de la capacité d'exercice de la liberté d'association pour les travailleurs vulnérables au Canada :

*[T]he Attorney General adopted the position [...] that any inability to form agricultural unions in Ontario stemmed from private, not state action. In my view, the appellants must prevail on this point. While the respondent rightly observes that the Charter does not apply to private actors, their argument assumes a rigid dichotomy between public and private action which, while appropriate in some contexts, belies the historical reality of agricultural labour relations*¹²⁹ [nous soulignons].

En ce sens, même si l'État canadien ne contraint pas directement et expressément les travailleurs migrants temporaires dans leur liberté de s'associer, les conditions légales et contractuelles qui leur sont imposées par le gouvernement constituent une entrave substantielle à tout processus d'association pour négociation

¹²³ *Ibid* au para 32.

¹²⁴ *Ibid* au para 42.

¹²⁵ *Fraser*, *supra* note 119.

¹²⁶ *Ibid* au para 42.

¹²⁷ *Delisle c Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 RCS 989 au para 32, 176 DLR (4^e) 513; voir aussi *Mounted Police Association of Ontario v Canada (Attorney General)*, [2009] 96 OR (3^e) 20, 188 CRR (2^e) 225.

¹²⁸ *Dunmore*, *supra* note 119.

¹²⁹ *Ibid* au para 34.

de conditions de travail. Cette conclusion se trouve d'ailleurs appuyée par la reconnaissance du fait que la liberté d'association protégée par la *Charte canadienne* devrait être « interprétée de manière généreuse et téléologique, conformément aux valeurs canadiennes et aux engagements internationaux du Canada »¹³⁰.

Au surplus, l'interprétation jurisprudentielle de cette garantie constitutionnelle peut aller jusqu'à exiger une intervention positive de l'État, y compris l'élargissement de la couverture de mécanismes de protection déjà mis en place pour d'autres individus aux personnes pour lesquelles l'exercice de la liberté d'association est entravé :

[Même si, g]énéralement, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l'exercice de libertés fondamentales[il reste que dans le domaine des relations de travail] une attitude de retenue de la part du gouvernement[...] expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique [...] pour coalition ou restriction du commerce. Dans ce contexte très particulier, pour que la liberté syndicale ait un sens, l'al. 2d de la *Charte* peut imposer à l'État l'obligation positive d'étendre [...] à des groupes non protégés [la protection que la loi accorde à d'autres groupes]¹³¹.

Or, dans la réalité canadienne, l'interdiction de changer d'employeur, c'est-à-dire les privilèges accordés à l'employeur par CIC et/ou RHDC/Service en matière de retrait de l'autorisation de travailler au Canada (associé au congédiement), de rapatriement prématuré et d'exclusion future du programme de travail temporaire au Canada, peut également favoriser la coercition du travailleur par son employeur de façon à entraver l'exercice de sa liberté d'association (et/ou celui de d'autres travailleurs) au Canada :

Le 22 août 2006, le contremaître [...] lui a également expliqué que *si l'employeur découvrait quels salariés auraient signé des cartes [d'adhésion syndicale], il les enverrait au Mexique, et demanderait des "nouveaux" du gouvernement mexicain; Autrement, l'employeur renverrait tous les salariés au Mexique et demanderait des "nouveaux" du gouvernement mexicain; [...] Le 25 août 2006, Hector Mendez et un autre salarié connu sous le nom de Angel, ont déclaré devant d'autres salariés dont le requérant qu'ils allaient faire une liste des salariés qui n'avaient pas signé des cartes d'adhésion; Le lendemain, le requérant a vu ledit Angel montrer une liste au propriétaire de la ferme, Luc Constantineau, qui reconduisait les salariés des champs à la maison; Le 6 septembre 2006, vers 13h00, après la pause pour dîner et alors qu'il venait d'embarquer sur l'autobus pour retourner travailler sur les champs, Monsieur Luc Constantineau lui a demandé de descendre de l'autobus et d'attendre cinq minutes pour lui parler avec deux autres salariés qu'il est allé chercher dans leur logement, Messieurs Ricardo Jaimes Garcia et Manuel Rosales Reyes; Il leur a annoncé qu'il n'avait plus besoin d'eux, qu'ils ne travailleraient pas cet*

¹³⁰ Fraser, *supra* note 119 au para 32; voir également Dunmore, *supra* note 117.

¹³¹ Dunmore, *supra* note 119.

après-midi et qu'ils devaient rentrer au Mexique le lendemain matin¹³² [nos italiques].

Ainsi, les pratiques administratives de RHDCC/Service Canada, en matière de validation des pratiques consulaires et privées de recrutement et de placement, favorisent un climat de peur assez fort pour faire obstacle à l'exercice de la liberté d'association dans un but d'amélioration de leurs conditions de travail :

*If we protest, even if all 3000 workers stationed in Leamington did, we'd get sent back to Mexico. They can do that because there are another 3000 Mexican workers ready to come to Canada and work*¹³³ [nous soulignons].

En effet, comme les pratiques administratives de validation de contrat accordant des privilèges à l'employeur et à l'agent consulaire en matière de rapatriement prématuré, les pratiques de CIC et RHDCC/Service Canada en matière de (non-)renouvellement de l'autorisation à travailler au Canada (exclusion du programme laissée à la discrétion de l'employeur et des agents de placement consulaires¹³⁴) constituent, pour les travailleurs migrants employés dans le secteur agricole, un obstacle supplémentaire à l'exercice de la liberté d'association au Canada :

[D]es accusations déposées auprès de la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique (CRTCB) alléguant que *le Mexique et son consulat de Vancouver ont conspiré avec des exploitants agricoles locaux pour inscrire sur une liste noire des travailleurs agricoles migrants mexicains que l'on croit être des sympathisants syndicaux*. Les accusations ont été déposées par la section locale 1518 des TUAC Canada – le syndicat auquel une majorité de travailleurs migrants mexicains à l'emploi de deux fermes de la C.-B. ont décidé de se joindre à la suite d'un vote sur la question. *Cette saison, on a refusé à nombre de ces travailleurs des visas pour retourner au Canada*. Aucune explication ne leur a été donnée, mais les preuves soumises à la Commission des relations de travail de la C.-B., y compris des copies de documents ayant fait l'objet d'une fuite, sont de nature à incriminer la liste noire dressée par le Mexique, son consulat de Vancouver et les employeurs¹³⁵ [nos italiques].

¹³² *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c La légumière YC inc*, 2006 QCCRT 466 au para 7 (disponible sur CanLII).

¹³³ Leigh Binford, « From Fields of Power to Fields of Sweat: the Dual Process of Constructing Temporary Migrant Labour in Mexico and Canada » (2009) 30 *Third World Quarterly* 503 à la p 514.

¹³⁴ Notons que la légitimité de la discrétion des agences de placement consulaires (sur avis des employeurs), en matière d'exclusion du programme pour l'année suivante de travailleurs exerçant leur liberté d'association au Canada, a par ailleurs été récemment soumise par les Travailleurs et Travailleuses Unis de l'Alimentation et du Commerce du Canada (ci-après TUAC/UFCW) à la Commission des Relations de Travail de la Colombie-Britannique : *Travailleurs et Travailleuses Unis de l'Alimentation et du Commerce du Canada (TUAC)*, « Des membres du congrès mexicain exigent des réponses du gouvernement sur les allégations d'activités antisyndicales à l'encontre des travailleurs agricoles migrants mexicains au Canada » (27 mai 2011), en ligne : TUAC <http://www.ufcw.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=2377:members-of-mexican-congress-demand-answers-from-government-about-allegations-of-anti-union-activities-against-mexican-migrant-farm-workers-in-canada&catid=6:directions-newsletter&Itemid=6>.

¹³⁵ TUAC, Manifestation à Vancouver, *supra* note 80.

L'interdiction de changer d'employeur agit ainsi notamment à deux niveaux. D'une part, elle permet la coercition du travailleur par l'employeur à travers la menace de la perte de l'autorisation à travailler au Canada et, ainsi, crée un obstacle à l'exercice de droits et libertés par le travailleur migrant, notamment à l'exercice du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et à l'exercice de la liberté d'association. D'autre part, l'interdiction implique, pour les travailleurs employés au sein de l'industrie agricole, des obstacles supplémentaires tant en matière d'accès aux appareils de l'administration de la justice qu'à la possibilité d'exercer leur liberté d'association.

En somme, différents problèmes juridiques ont été associés au cadre fédéral de programmes temporaires de travail, notamment à travers des comparaisons avec le cadre normatif de l'immigration sous statut permanent au Canada¹³⁶. Entre autres, l'inefficacité et les effets pervers des nouvelles mesures fédérales visant à accroître la protection des travailleurs migrants ont récemment été documentés¹³⁷ et les limites des systèmes d'immigration provinciaux en matière de reconnaissance du statut permanent pour les travailleurs migrants ont fait l'objet de récentes publications¹³⁸. Aussi, une série d'analyses documente désormais la difficulté – sinon l'impossibilité – des travailleurs sous permis de travail lié à un employeur de se voir

¹³⁶ Yessy Byl, « Temporary Foreign Workers in Canada: A Disposable Workforce? » (2010) Canadian Issues/Thèmes canadiens 96 [Byl]; Paula J Kinoshita et Delphine Nakache, *The Canadian Temporary Foreign Worker Program: Do Short-Term Economic Needs Prevail over Human Rights Concerns?*, Montreal, IRPP, 2010 [Kinoshita et Nakache]; Veena Verma, *The Mexican and Caribbean Seasonal Agricultural Workers Program: Regulatory and Policy Framework, Farm Industry Level Employment Practices, and the Future of the Program under Unionization*, The North-South Institute, 2003 [Verma]; Marie-Claire Belleau et Louise Langevin, *Le trafic des femmes au Canada: une analyse critique du cadre juridique de l'embauche d'aides familiales immigrantes résidentes et de la pratique des promesses par correspondance*, Ottawa, Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada, 2000; Judy Fudge, « Little Victories and Big Defeats: The Rise and Fall of Collective Bargaining Rights for Domestic Workers in Ontario » dans Abigail Bess Bakan et Daiva K Stasiulis, dir, *Not One of the Family: Foreign Domestic Workers in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, 119; Alberta Civil Liberties Research Centre, *Temporary Foreign Workers in Alberta: Human Rights Issues*, Calgary, Alberta Civil Liberties Research Centre, 2010 [Alberta Civil Liberties Research]; Harsha Walia, « Transient Servitude: Migrant Labour in Canada and the Apartheid of Citizenship » (2010) 52 *Race Class* 71; Audrey Macklin, « Dancing Across Borders: "Exotic Dancers", Trafficking, and Canadian Immigration Policy » (2003) 37:2 *International Migration Review* 464; Alberta Federation of Labour, *Temporary Foreign Workers: Alberta's disposable workforce*, Calgary, Alberta Federation of Labour, 2007; Alberta Federation of Labour, *Entrenching Exploitation of Foreign Workers*, Calgary, Alberta Federation of Labour, 2009; Audrey Macklin, « Foreign Domestic Workers: Surrogate Housewife or Mail Order Servant? » (1992) 37 *McGill LJ* 681.

¹³⁷ Eugénie Depatie-Pelletier, « 2011 Federal Reform: Making the Canadian Migrant Workers Pay If Employer Found Abusive » dans Eugénie Depatie-Pelletier et Kahn Kahi, dir, *Mistreatment of Temporary Foreign Workers in Canada: Overcoming Regulatory Barriers and Realities on the Ground*, Montréal, Centre Métropolis du Québec, 2011 à la p 7; Sarah Marsden, « Assessing the Regulation of Temporary Foreign Workers in Canada » (2011) *Osgoode Hall LJ* 39.

¹³⁸ France Houle, Marilyn Emery et Anne-Claire Gayet, « L'accès au statut de résident permanent pour les travailleurs temporaires oeuvrant sur le territoire québécois » (2011) *UNBLJ* [Houle, Emery et Gayet]; Judy Fudge et Fiona MacPhail, « The Temporary Foreign Worker Program in Canada: Low-skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labour » (2009) 31 *Comp Lab L & Pol'y J* 101 [Fudge et MacPhail]; Byl, *supra* note 136.

protégés au Canada adéquatement par la législation en matière de normes minimales du travail¹³⁹, en matière de santé et sécurité au travail¹⁴⁰, en matière de relations de travail¹⁴¹ ainsi qu'en matière de réglementation des agences de placement¹⁴². Aussi, ont également été effectuées différentes analyses de la couverture inadéquate pour les travailleurs étrangers temporaires du régime d'assurance-chômage et du régime de retraite fédéraux¹⁴³. Dans l'ensemble, les chercheurs concluent à la nécessité, afin de minimiser la vulnérabilité des migrants et la possibilité de violations de droits et afin de maximiser le respect des normes du travail en territoire canadien, de favoriser l'octroi du statut permanent à l'arrivée et/ou de réformer en profondeur le système de conditions imposées par CIC ou RHDCC à certains travailleurs étrangers sous statut temporaire – notamment en abolissant l'interdiction de changer d'employeur et en remplaçant l'autorisation au travail liée à un employeur spécifique par une autorisation au travail limité à un secteur d'emploi ou à une occupation spécifique.

En d'autres termes, le régime d'admission sous interdiction de changer d'employeur qui s'applique aujourd'hui, en 2012, à neuf catégories de travailleurs étrangers autorisés temporairement à travailler au Canada¹⁴⁴ implique différents obstacles pour ces travailleurs à l'exercice de leurs droits fondamentaux au Canada, notamment quant au droit à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi qu'au droit à la liberté d'association.

Par ailleurs, une partie importante des publications juridiques sur les travailleurs migrants au Canada abordent l'incompatibilité normative entre le cadre administratif canadien applicable et différentes normes internationales en matière de droits de la personne¹⁴⁵. Les auteurs concluent en particulier que les cadres du *PAFR*, du *PATS* et/ou du *PTE-PS/VA* ne respectent pas plusieurs des droits du travailleur migrant énoncés par la *Convention de l'ONU sur les droits des travailleurs*

¹³⁹ Kinoshita et Nakache, *supra* note 136.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Fudge et MacPhail, *supra* note 136; Janine Benedet, « Welcoming the World to Vancouver: Temporary Foreign Workers on the Canada Line Construction Project » (2010) 15:3 CLELJ 541.

¹⁴² Émilie Giroux-Gareau, *L'encadrement juridique des intermédiaires intervenant dans les migrations transfrontalières de la main-d'œuvre : le cas des travailleuses domestiques au Canada*, mémoire de maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2011 [non publié]; The Honorable Nancy Allan, « Foreign Worker Recruitment and Protection: The Role of Manitoba's Worker Recruitment and Protection Act » (2010) Canadian Issues/Thèmes canadiens 29; Fudge et MacPhail, *supra* note 138; Byl, *supra* note 134.

¹⁴³ Kinoshita et Nakache, *supra* note 136; Verma, *supra* note 136; Alberta Civil Liberties Research, *supra* note 136; Byl, *supra* note 136.

¹⁴⁴ *Supra* notes 49 à 58.

¹⁴⁵ Sabaa A Khan, « From Labour of Love to Decent Work: Protecting the Human Rights of Migrant Caregivers in Canada » (2009) 24:1 CJLS 23; Eugénie Depatie-Pelletier, *Le Québec et le Canada refusent de reconnaître aux travailleurs migrants les droits protégés par la Convention de l'ONU*, Montréal, Chaire de Recherche du Canada en Droit international des migrations de l'Université de Montréal, 2007; Victor Piché, Eugénie Depatie-Pelletier et Dina Epale, Action Canada pour la population et le développement, *Identification des obstacles à la ratification de la Convention de l'ONU sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille : le cas du Canada*, Doc off UNESCO, 2006, Doc NU SHS/2006/NC/9; Depatie-Pelletier, *supra* note 61; Houle, Emery et Gayet, *supra* note 138.

*migrants*¹⁴⁶ et par les principaux instruments légaux sur les migrants développés au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT)¹⁴⁷.

III. Interdiction de changer d'employeur à la lumière du droit international

Au titre de ces développements en droit international appliqués à la prohibition de changer d'employeur au Canada, les concepts de servitude et de traite peuvent s'avérer particulièrement informatifs, notamment quant à l'interprétation de violations possibles à la *Charte canadienne*.

A. Des travailleurs à risque de servitude et de traite

Les régimes d'émission de permis temporaires de travail (ou autres titres de séjour temporaire) liés à un employeur spécifique ont, de fait, été visés dans le rapport présenté en juin 2010 au Conseil des droits de l'Homme de l'Organisation des Nations unies (ONU) par la rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines d'esclavage, y compris leurs causes et leurs conséquences¹⁴⁸. Au même titre que les programmes d'immigration d'« *indentured servants* » d'avant 1880, les régimes d'admission de *guestworkers* actuels impliquent, selon cette analyse centrée sur les travailleurs migrants dans les services domestiques, une forme de complicité involontaire des États responsables de placer leur travailleurs migrants en situation de « risque de servitude » :

Dans un certain nombre de pays, les autorités deviennent les complices involontaires de l'exploitation et de la servitude en autorisant, voire en obligeant, les employeurs à limiter la liberté de circulation et de résidence des travailleurs domestiques migrants [...]. Plusieurs pays d'Asie et du Moyen-Orient [...] continuent de lier le visa d'un travailleur domestique à une famille déterminée. [...] Les travailleurs domestiques migrants sont exposés au *risque de servitude car ils ont souvent un titre de séjour précaire* et sont victimes de préjugés. La Rapporteuse spéciale recommande aux États : *De supprimer les régimes d'immigration liant un visa au parrainage d'un seul employeur, y compris pour les travailleurs domestiques employés par des diplomates [...]*¹⁴⁹ [nos italiques].

¹⁴⁶ *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, RTNU 2220, Doc.A/45/158 (entrée en vigueur : 1 juillet 2003) [*Convention de l'ONU sur les droits des travailleurs migrants*].

¹⁴⁷ OIT, *Convention sur les travailleurs migrants (révisée)*, 1 juillet 1949, C 97 (entrée en vigueur : 22 janvier 1952); OIT, *Convention sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires)*, 24 juin 1975, C143 (entrée en vigueur : 9 décembre 1978); OIT, *Recommandation sur les travailleurs migrants*, 24 juin 1975, R151.

¹⁴⁸ Gulnara Shahinian, Rapporteuse spéciale, *Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les formes contemporaines d'esclavage, y compris leurs causes et leurs conséquences*, Doc off HRC NU, 15^e sess, Doc NU A/HRC/15/20 (2010).

¹⁴⁹ *Ibid* aux para 52, 54, 96.

Au titre de cette condition de servitude, dans laquelle risqueraient de se retrouver les travailleurs migrants sous interdiction de changer d'employeur, la *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*¹⁵⁰ énonce quela servitude pour dettes, le servage, le mariage forcé ainsi que la vente ou autre forme de transmission de propriété de femmes et d'enfants représentent toutes des pratiques analogues à l'esclavage¹⁵¹. Selon le texte de la convention, toute personne placée dans une situation analogue à l'esclavage sera alors considérée sous « condition servile »¹⁵².

Reconnue comme une des formes de travail forcé par l'OIT¹⁵³, la servitude a par ailleurs été reconnue comme une situation d'exploitation pouvant être le produit d'un crime selon les termes du *Protocole de Palerme sur le trafic d'êtres humains*¹⁵⁴. En effet, selon cet instrument international, la servitude peut s'apparenter à de la traite de personne au même titre que l'exploitation sexuelle, le travail forcé, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage (y compris la servitude pour dettes¹⁵⁵) et le vol d'organes¹⁵⁶. Plus précisément, un travailleur sous condition servile sera considéré comme étant victime de traite dans les cas où l'employeur aurait utilisé un ou plusieurs des moyens suivants afin de profiter du travail de ce dernier : *menace, utilisation de la force ou d'autres formes de coercition*, kidnapping, utilisation de la fraude, utilisation de fausses représentations, *abus de pouvoir ou de position de vulnérabilité*, ou don ou réception d'un paiement ou bénéfice afin d'obtenir le consentement d'une personne ayant le contrôle d'une autre personne¹⁵⁷. Le protocole précise enfin qu'en l'occurrence, aucun consentement libre ne peut être considéré donné par le travailleur à la condition de servitude (comme aux autres formes d'exploitation similaires à l'esclavage énumérées précédemment) si l'un de ces moyens de pression a été utilisé afin de profiter du travail effectué¹⁵⁸.

¹⁵⁰ *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, 7 septembre 1956, 266 RTNU 3 (entrée en vigueur : 30 avril 1957) [*Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*].

¹⁵¹ *Ibid.*, art 1.

¹⁵² *Ibid.*, art 7b).

¹⁵³ Organisation internationale du travail (OIT), « Travail forcé », en ligne : OIT <<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--fr/index.htm>>.

¹⁵⁴ *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319, Doc.A/55/383 (entrée en vigueur : 25 décembre 2003) [*Protocole additionnel 2003*].

¹⁵⁵ *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*, *supra* note 150 art 1a).

¹⁵⁶ *Protocole additionnel 2003*, *supra* note 154, art 3a).

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, art 3b), c).

Aussi, afin de faciliter l'identification des situations où des moyens de pressions criminelles peuvent être utilisés pour maintenir une personne en condition de servitude (menace, force physique ou autre forme de coercition, abus de pouvoir ou abus de situation de vulnérabilité, etc.), l'OIT a publié une liste d'indicateurs¹⁵⁹ de situations d'exploitation extrême, y compris la situation de servitude, associés au crime de la traite d'êtres humains. En particulier, certains types de menaces et autres formes de coercition psychologique, outre l'utilisation de force physique, sont régulièrement utilisés pour maintenir des travailleurs migrants sous condition de servitude. Ces indicateurs peuvent être divisés au sein des trois groupes suivants¹⁶⁰ : menace ou pénalité financière (1), menace ou abus en matière d'accès, de maintien, de renouvellement ou de transition (vers la permanence) du statut d'immigration (2) et isolation physique et sociale du travailleur (3).

Les menaces ou pénalités financières peuvent prendre une infinité de formes et seraient très répandues : 27% des travailleurs d'un groupe de migrants antillais ont répondu être sous-payés et 12% travailler pour rembourser une dette à l'employeur¹⁶¹. À l'extrême, les menaces ou pénalités financières de l'employeur peuvent se révéler criminelles si elles résultent en une situation de « servitude pour dettes » pour le travailleur, soit le travail forcé en remboursement d'un prêt¹⁶².

Ainsi, à la lumière de ces instruments internationaux, les travailleurs migrants temporaires sous statut lié à l'employeur se trouvent particulièrement vulnérables à une forme de servitude. Bethany Hastie explique dans les termes suivants le succès, à titre de mécanisme coercitif, de la menace ou de l'abus en matière d'immigration et du processus d'isolation du travailleur :

[When the] primary motivation for migration was economic and job-related, the fear of losing work and immigration status attaches unique and significant importance [...]. Because of this, and the knowledge that traffickers often have of these underlying contexts, implicit threats against immigration status may suppress any complaint or non-compliance demonstrated by victims [...] The use of physical and social isolation is also a common indicator of trafficking for forced labour. These control tactics not only physically control the movement of the victims, but aim to exacerbate the pre-existing vulnerabilities of these workers and target their psychological well-being. [...] Physical isolation refers largely to acts of restriction and monitoring rather than an image of victims physically locked up in a room or chained to a wall, as this has been documented to occur relatively infrequently. Rather, the tactics used to create isolation are aimed at creating a psychological belief within the victim that they do not

¹⁵⁹ International Labour Organization (ILO), « Operational Indicators of Trafficking in Human Beings » (2009), en ligne : ILO <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf>.

¹⁶⁰ Bethany Hastie, *By Any Means Necessary : Towards a Comprehensive Definition of Coercion to Address Forced Labour in Human Trafficking Legislation*, Mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2011 [non publié] [Hastie].

¹⁶¹ Beate Andrees et Patrick Belser, dir, *Forced Labor : Coercion and Exploitation in the Private Economy*, Geneva, International Labour Office, 2009.

¹⁶² Hastie, *supra* note 160.

have freedom of movement [...], and their places of work and accommodation are controlled by the employer. In addition [...], victims may be subjected to unsanitary and overcrowded living and work spaces. Tactics of social isolation, such as restricting communication with the public, or to family, are also a common indicator of forced labour situations¹⁶³ [nous soulignons].

En somme, compte tenu des conditions de travail propres aux secteurs caractérisés par l'emploi de travailleurs sous interdiction de changer d'employeur (tel que le travail dans les champs ou derrière les portes closes de résidences privées), le risque pour ces derniers de se retrouver isolés géographiquement, socialement et/ou psychologiquement par l'employeur est élevé. Par ailleurs, ces derniers sont souvent dans l'obligation de rembourser une dette associée aux frais d'immigration ou de payer un loyer à l'employeur, et sont ainsi particulièrement vulnérables aux menaces et pénalités financières émanant de ce dernier. Au surplus, régulièrement, une partie de leur revenu s'avère nécessaire à la survie des membres de leur famille restée dans le pays d'origine, ce qui accroît considérablement leur vulnérabilité socio-économique déjà importante à la base. Dans ce contexte, la possibilité d'utilisation d'un mécanisme de coercition supplémentaire par l'employeur (soit les menaces de déportation ou autres abus en matière de maintien, de renouvellement ou d'amélioration du statut d'immigration), favorisée par les gouvernements imposant une autorisation de travail liée à un employeur spécifique, engendre un accroissement du risque de servitude qui, à l'extrême, pourra se révéler fatal¹⁶⁴ pour les travailleurs migrants visés.

B. Des travailleurs sous « condition servile » au Canada

Par sa ratification¹⁶⁵ de la *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*, le Canada s'est engagé à prendre « toutes les mesures, législatives et autres, qui seront réalisables et nécessaires pour obtenir progressivement et aussitôt que possible l'abolition complète ou l'abandon des institutions et pratiques [analogues à l'esclavage] »¹⁶⁶, y compris le servage¹⁶⁷.

En particulier, le *servage* dont il est question se définit comme étant « la condition de quiconque est tenu par la loi, la coutume ou un accord, de vivre et de travailler sur une terre appartenant à une autre personne et de fournir à cette autre

¹⁶³ *Ibid* aux pp 34-37.

¹⁶⁴ Les travailleurs migrants voient entravé au Canada l'exercice de leurs droits à la santé et à la sécurité au travail; aussi, certains accidents de travail mortels survenus au Canada ont été associés à une violation des droits de ces travailleurs. Voir notamment *Justicia for Migrant Workers (J4MW)*, *Court Fines Supervisor \$22,500 in the Deaths of Two Jamaican Migrant Workers*, Toronto, 2012.

¹⁶⁵ La liste des pays ayant ratifié la *Convention* est accessible en ligne, voir Nations Unies, *Chapitre XVIII Questions pénales*, en ligne : Collection des Traités des Nations Unies <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XVIII~4&chapter=18&Temp=mtdsg3&lang=fr>.

¹⁶⁶ *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*, *supra* note 150, art 1.

¹⁶⁷ *Ibid*.

personne, contre rémunération ou gratuitement, certains services déterminés, *sans pouvoir changer sa condition* »¹⁶⁸ [nos italiques].

Tel que mentionné précédemment, les travailleurs migrants au Canada catégorisés comme « peu spécialisés » se voient soumis à une interdiction de changer librement d'employeur et ce, qu'ils soient à l'emploi d'un employeur canadien ou d'un étranger en territoire canadien¹⁶⁹. Or, plusieurs de ces travailleurs migrants « peu spécialisés » se voient (ou peuvent se voir) également imposer l'obligation légale de résider sur la propriété de leur employeur (ou sur les lieux de leur travail). Cette obligation de résidence s'opère soit de manière légale en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹⁷⁰ ou contractuellement à travers la validation par RHDCC/Service Canada d'une clause du contrat de travail sur lequel repose la validité de leur statut légal au Canada.

Il s'agit notamment du cas des travailleurs agricoles sous le *PTAS*, des travailleuses domestiques sous le *PAFR* et de la catégorie qui ne cesse de croître d'année en année des autres travailleurs « peu spécialisés » en emploi dans divers secteurs tels que ceux de la restauration, du nettoyage industriel et de la transformation de la viande¹⁷¹.

Ces derniers se voient donc imposer trois conditions fondamentales, soit l'impossibilité de changer librement d'employeur tout en étant contraints de résider sur la propriété de ce dernier, et en même temps l'impossibilité de faire modifier leur statut légal au Canada. Il en résulte que, suivant les termes de la *Convention sur les pratiques analogues à l'esclavage*, cinq des six catégories de travailleurs migrants temporaires en emploi « peu spécialisé » au Canada se qualifient, soit légalement ou par le biais de clauses contractuelles validées par le gouvernement fédéral (et québécois s'il y a lieu), en tant que personnes sous « condition servile », violant ainsi directement les obligations internationales du pays. En 2006, cette catégorie de travailleurs migrants temporaires sous conditions de servage atteignait 67,1% de l'ensemble des travailleurs « peu spécialisés » admis au Canada¹⁷².

En somme, lorsqu'analysé à la lumière de leur réalité complexe, le droit international reconnaît que l'interdiction de changer librement d'employeur imposée à plusieurs travailleurs migrants au Canada revient non seulement à les positionner en condition de servitude, mais possiblement également à de la traite de personnes. En ce sens, en plus d'illustrer une violation des obligations internationales canadiennes, l'analyse du droit international en la matière vient appuyer l'interprétation selon laquelle cette interdiction de changer librement d'employeur contrevient à l'exercice de droits et libertés fondamentales protégés par la *Charte canadienne*, du moins au

¹⁶⁸ *Ibid*, art 1b).

¹⁶⁹ Voir les parties soulignées du tableau 1 à la p 13.

¹⁷⁰ *RIPR*, *supra* note 5.

¹⁷¹ Ressources humaines et développement des compétences Canada, « Programme des travailleurs étrangers – Statistiques relatives aux avis sur le marché du travail (AMT), Statistiques annuelles 2007-2010 », en ligne : RHDCC

<http://www.edsc.gc.ca/fra/emplois/travailleurs_etrangers/statistiques_amt/index.shtml>.

¹⁷² Depatie-Pelletier, *supra* note 61 figure 3.

droit à la liberté.

En conclusion, bien qu'ils se présentent sous une multitude de formes à travers le monde, les régimes migratoires intégrant une interdiction de changer d'employeur favorisent tous des conditions de servitude pour les travailleurs qui y sont assujettis. Au Canada, les différents programmes d'accueil de travailleurs migrants sous permis de travail lié à un employeur unique tirent leur origine des cadres migratoires esclavagistes et post-esclavagistes du XVII^e et XVIII^e siècles. L'évolution historique de ces programmes démontre que, suite à la l'adoption du *Bill of Rights* en 1960, et de la *Charte canadienne* en 1982, le gouvernement canadien a préféré opter pour le maintien d'une vulnérabilité systémique pour ces travailleurs étrangers avec la consolidation du permis de travail lié à l'employeur – plutôt que de mettre fin à la restriction systémique de droits et libertés, désormais constitutionnels imposée à ces catégories de travailleurs migrants.

Bien que nés à l'extérieur du territoire et présentant un statut légal temporaire, les travailleurs migrants en territoire canadien se voient néanmoins garantir par la *Charte canadienne* le respect de leurs droits et libertés fondamentales. En vertu de la Constitution du Canada, ces travailleurs bénéficient ainsi plus précisément d'une protection de leur droit à la liberté et la sécurité de sa personne, ainsi que de leur liberté d'association. Or, dans la réalité, les obstacles administratifs au changement d'employeur limitent considérablement l'exercice de leurs droits et libertés s'ils se trouvent une situation de travail abusive. Qu'ils soient expressément prévus dans la réglementation ou qu'ils résultent de pratiques gouvernementales, les obstacles administratifs fédéraux au changement d'employeur restreignent considérablement l'accès à la justice et par le fait même la liberté et la sécurité de dizaines de milliers de travailleuses et travailleurs au Canada.

À la lumière des enseignements jurisprudentiels canadiens, tant l'exercice du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, que celui de la liberté d'association peuvent être affectés substantiellement par une mesure réglementaire ou administrative restreignant la mobilité d'un travailleur sur le marché du travail. Aussi, en conséquences, nous concluons que l'interdiction *de jure* ou encore l'impossibilité administrative *de facto* de changer d'employeur au Canada constitue effectivement une violation de ces deux droits fondamentaux protégés par la *Charte canadienne*.

Cette interprétation se voit d'autant plus renforcée en ce que, lorsque jumelée à une obligation de résidence chez l'employeur, l'interdiction de changer librement d'employeur positionne les travailleurs migrants « peu spécialisés » en tant que « personne de condition servile », constituant par le fait même une violation des obligations internationales du Canada en vertu de la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*.