

Recrutement des travailleuses domestiques : dans quel cadre s'insère la loi Ontarienne?

Émilie Giroux-Gareau*

La demande pour les travailleuses domestiques étrangères ne cesse de croître. Ce fait est à la source d'un important développement de flux migratoires internationaux, par le biais desquels ces travailleuses s'établissent là où l'opportunité leur est donnée de gagner leur vie. C'est ainsi que s'est créé au Canada un véritable marché de travailleuses migrantes, lequel constitue l'objet de la démarche analytique proposée par l'auteure. Précisément, elle s'intéresse aux normes juridiques d'encadrement des intermédiaires, soient les diverses entités servant de liaison entre les travailleuses et leurs employeurs potentiels. Dans le cadre d'une vaste enquête effectuée en 2009, le quotidien Toronto Star a dévoilé plusieurs pratiques abusives de la part d'intermédiaires, ce qui aurait poussé le gouvernement ontarien à légiférer rapidement en cette matière, par l'entremise de la Loi de 2009.

L'auteure s'interroge sur la protection réelle qu'offre cette loi aux travailleuses domestiques migrantes. En guise d'outils de comparaison, elle expose les cadres normatifs international et national applicables aux travailleuses migrantes. Elle constate que les lois canadiennes ne garantissent pas les mêmes protections que celles offertes par les conventions et autres règles internationales. Une des principales causes de cette inéquation serait le partage de compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux, lequel rendrait le gouvernement canadien hésitant à ratifier des conventions empiétant sur des compétences provinciales. En outre, l'auteure expose les divers débats entourant l'adoption de la Loi de 2009. Elle déplore le fait que plusieurs protections n'ont pas été retenues, en dépit de l'acquiescement des intermédiaires sur certains points, notamment en matière d'accréditation des agences. Toutefois, l'auteure reconnaît que la Loi de 2009 constitue un pas dans la bonne direction et qu'elle a le mérite de sensibiliser à une problématique bien réelle.

Introduction

I. Le marché des travailleuses migrantes

* Étudiante au doctorat en droit, Université de Montréal. Cet article est tiré de mon mémoire de maîtrise en droit international. Je remercie chaleureusement la Professeure Stéphanie Bernstein pour son appui dans ma recherche et la confiance qu'elle m'a témoignée. Mes remerciements aussi à la Professeure Lucie Lamarche pour ses commentaires enrichissants dans la rédaction de l'article.

- A. *Le concept de marchandisation*
- B. *La demande des travailleuses domestiques*
- C. *Le PAFR comme réponse à la pénurie de main-d'œuvre locale*
- D. *La complexité du processus de migration*
- E. *Le rôle des intermédiaires*

II. L'encadrement juridique des intermédiaires

- A. *En droit international*
- B. *Un problème de ratification*
- C. *En droit national fédéral*
- D. *Le partage des compétences*
- E. *En droit provincial*
- F. *L'exemple de l'Ontario*

Conclusion

Introduction

La demande pour des travailleuses domestiques est en pleine croissance. En 2009, le gouvernement fédéral estimait qu'entre 8 000 et 10 000 nouvelles travailleuses domestiques viendraient au pays¹. Il n'y a pas qu'au Canada que la demande de travailleuses domestiques est grandissante. Selon le Bureau international du Travail (BIT), la demande pour les soins et les services à domicile ne cesse d'augmenter mondialement depuis vingt ans, sous l'influence de l'entrée massive des femmes sur le marché du travail, le vieillissement de la population et l'insuffisance des mesures permettant de concilier travail et responsabilités familiales².

La complexité et la longueur des démarches administratives de migration rendent quasi inévitable le recours à des intermédiaires pour faire le lien entre les employeurs et les employées. C'est pourquoi, au Canada comme ailleurs, nombreuses sont les nouvelles arrivantes qui

1. Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), 2008, en ligne : CIC <http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/immigration2008_f.pdf> à la p 12.

2. BIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Conférence internationale du Travail, 99^e sess, Rapport IV (1), (2010) 1 [BIT, *Travail décent*].

font affaire avec un intermédiaire³ dans le but de faciliter leur recherche d'emploi ou leur migration. Ce rôle donne aux intermédiaires plusieurs responsabilités et une grande influence sur les conditions de travail des migrantes. Si les intermédiaires entre une travailleuse et un futur employeur peuvent certainement faciliter les rapports et l'établissement de contrats de travail écrits, ils peuvent aussi être à la source de plusieurs problèmes.

En 2009, le quotidien *Toronto Star*, dans le cadre d'une vaste enquête sur les travailleuses domestiques⁴, a dévoilé plusieurs pratiques abusives de la part d'intermédiaires⁵ dont sont victimes ces travailleuses. Ce dossier spécial fut un des facteurs qui incita le gouvernement ontarien à agir pour protéger les travailleuses domestiques⁶. En effet, le projet de loi 210⁷ a été présenté alors que les abus relativement aux travailleuses

3. Le terme *intermédiaire* désigne « une personne, physique ou morale, qui offre, contre rétribution, des services se rapportant au marché du travail, visant soit à rapprocher offres et demandes d'emploi, soit à aider le travailleur migrant dans sa recherche d'emploi ou son entrée au Canada ». Cette définition personnelle du terme s'inspire de l'expression *agence d'emploi privée* telle que définie dans la *Convention 181* de l'OIT sur les agences d'emploi privées (*infra* note 86) ainsi que de la définition de *recruteur* incluse à la *Loi de 2009* (*infra* note 9) sur la protection des étrangers dans le cadre de l'emploi.

4. Dale Brazao, « Nanny Sent to Work as Underpaid Servant », *Toronto Star* (22 septembre 2008) en ligne : [Toronto Star <http://www.thestar.com>](http://www.thestar.com) ; Brazao et Robert Cribb, « Nannies Trapped in Bogus Jobs », *Toronto Star* (14 mars 2009) en ligne : [Toronto Star <http://www.thestar.com/article/602352>](http://www.thestar.com/article/602352) ; Brazao, « Exploited Nannies Win Fee Battle » *Toronto Star* (21 octobre 2009) en ligne : [Toronto Star <http://www.thestar.com>](http://www.thestar.com) ; Brazao, « Nanny Sues Recruiter Over Promised Jobs » *Toronto Star* (6 octobre 2009) en ligne : [Toronto Star <http://www.thestar.com>](http://www.thestar.com).

5. *Ibid.*

6. Nous utiliserons les termes *travailleuse domestique* ou, en fonction du contexte, *aide familiale*, pour désigner une même réalité, soit une « personne qui fournit sans supervision des soins à domicile à un enfant, à une personne âgée ou à une personne handicapée, dans une résidence privée où résident à la fois la personne bénéficiant des soins et celle qui les prodigue ». Cette définition est celle du terme « aide familiale » telle qu'elle apparaît dans le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (DORS/2002-227) [RIPR].

7. PL 210, *Loi visant à protéger les étrangers employés comme aides familiaux et dans d'autres emplois prescrits et modifiant la Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, 1^{re} sess, 39^e lég, Ontario, 2009.

domestiques étaient amplement discutés dans les médias. Rappelons également qu'en mai 2009, des allégations de mauvais traitements envers des travailleuses domestiques par une députée fédérale, Ruby Dhalla, avaient fait les manchettes⁸. C'est donc dans ce contexte que le projet de loi a été étudié et que la *Loi de 2009 sur la protection des étrangers dans le cadre de l'emploi (aides familiaux et autres)*⁹ (*Loi de 2009*) a été adoptée.

Au nombre des pratiques abusives répertoriées impliquant des intermédiaires, citons des exemples mentionnés par le *Toronto Star*¹⁰. D'abord, il y a une Philippine, Joelina Maluto, à qui un recruteur a confisqué le passeport à son arrivée au Canada et qui a fait pression pour qu'elle travaille illégalement. Elle n'a jamais rencontré le supposé employeur pour qui elle était venue travailler. Ensuite, il y a Catherine Manuel, qui a appris à ses dépens que les promesses qui lui avaient été faites étaient peut-être trop belles pour être vraies. Le recruteur à qui elle a payé 4 500\$ lui aurait garanti un salaire de 420\$ par semaine afin de s'occuper du jeune Brent, en plus d'avoir ses fins de semaine libres et des journées de vacances. Ce qui l'attendait était plutôt un travail sous-payé sans aucune pause ni aucun congé. Or, elle n'a jamais rencontré Brent et ses parents. Enfin, Marivic Perlas Rivera a eu gain de cause, en novembre 2009, contre un recruteur à qui elle avait payé 2 800\$ pour lui trouver un employeur. À son arrivée au Canada, il s'est avéré qu'il n'y avait pas d'emploi pour elle. Après six mois de recherches infructueuses, elle a décidé de poursuivre le recruteur qui a dû lui payer 10 000\$ à titre de dommages et intérêts. Toutefois, Mme Rivera est l'une des rares qui osent entamer des poursuites judiciaires. Ce ne sont là que trois exemples mais qui, malheureusement, ne sont pas isolés.

Dans cet article, nous nous demanderons si la *Loi de 2009* permet d'éviter la marchandisation des travailleuses domestiques. Nous porterons d'abord notre regard sur les conditions qui ont rendu l'adoption de cette loi nécessaire, à l'aide d'une description du marché

8. Voir par ex Dale Brazzo, « Ruby Dhalla's nanny trouble », *Toronto Star* (5 mai 2009) en ligne : [Toronto Star <http://www.thestar.com>](http://www.thestar.com).

9. LO 2009, c 32 [*Loi de 2009*].

10. *Supra* note 4.

des travailleuses migrantes. Nous exposerons les raisons qui expliquent la demande accrue, le processus d'entrée au Canada ainsi que le rôle des intermédiaires. Par la suite, nous examinerons le cadre juridique international et national régissant les intermédiaires. Nous serons en mesure de constater que la loi ontarienne s'insère dans un cadre normatif complexe où une panoplie de règles protège les travailleuses domestiques contre l'exploitation, notamment au cours de la phase de leur recrutement. En effet, il existe plusieurs instruments internationaux d'encadrement des intermédiaires qui peuvent servir de guide dans l'adoption de lois nationales. Nous pourrions alors positionner la *Loi de 2009* dans le système juridique canadien et l'analyser dans un contexte global, en la comparant notamment aux normes internationales en la matière.

I. Le marché des travailleuses migrantes

A. Le concept de marchandisation

L'Organisation internationale du Travail (OIT) a rappelé à plusieurs reprises que « le travail n'est pas une marchandise »¹¹. Malheureusement, ce principe est souvent négligé, notamment par les intermédiaires. Il est important de décrire brièvement ce concept, puisqu'il guidera en partie notre analyse et nous permettra, dans la mesure du possible, de jeter un regard nouveau sur les travailleuses domestiques au Canada.

La marchandisation du travail, ou plus communément appelée en anglais, la « *commodification* », est un concept de plus en plus utilisé pour faire référence au marché des travailleurs migrants en général, ces

11. Voir notamment : OIT, *Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation Internationale du Travail*, Conférence internationale du Travail, 26^e sess, annexe, section I, (1944) ; OIT, *Convention 143 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants*, 60^e sess, (1975) (entrée en vigueur : 9 décembre 1978) ; OIT, *Étude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour un mondialisation équitable*, Conférence internationale du Travail, 99^e sess, (2010) à la p 6.

derniers étant pratiquement considérés comme des biens que l'intermédiaire et l'employeur s'échangent¹². Habiba Zaman explique que le concept de marchandisation peut faire référence à des changements de structure dans l'état où un domaine passe du secteur public au secteur privé, c'est-à-dire quand le gouvernement croit que certaines compétences doivent revenir à l'économie de marché¹³. Autrement dit, la marchandisation débute lorsque le gouvernement fait confiance au marché pour offrir certains services de façon, croit-il, plus efficace que ce qu'il pourrait lui-même offrir. C'est le cas notamment lorsque l'intermédiaire entre la travailleuse et l'employeur est privé plutôt que public. Ainsi, en laissant le soin à des intermédiaires privés d'intervenir dans le processus de migration de la main-d'œuvre, avec très peu de réglementation, on risque de faire du travail une marchandise échangée dans un but lucratif, ayant comme conséquence l'exploitation des travailleuses. À ce sujet, James Tyner souligne ceci : « the commercialisation of migration serves an important “socializing” process that contributes to the vulnerability and exploitation of female foreign domestic workers »¹⁴. Selon lui, l'intermédiaire prépare et éduque l'employeur à agir d'une certaine façon face à la travailleuse et qu'en passant par lui, l'employeur sera plus enclin à imposer certaines exigences à la travailleuse. Il explique que l'intermédiaire, en plus de mettre les parties en contact, contribue à modeler la relation qui s'établira entre elles : « Employment agencies thus perform a critical function in the establishment of employee-employer relations [...]. When these expectations are unmet, the vulnerability of female foreign

12. Habiba Zaman, *Breaking the Iron Wall: Decommodification and Immigrant Women's Labour in Canada*, Oxford, Lexington Books, 2006 à la p 74 [Zaman, *Breaking the Iron Wall*].

13. Habiba Zaman, « Transnational Migration and the Commodification of Immigrant Female Labourers in Canada » (2004) 24 *Revue internationale d'études canadiennes* 41 à la p 43.

14. James A Tyner, « The Web-based Recruitment of Female Foreign Domestic Workers in Asia » (1999) 20:2 *Singapore Journal of Topical Geography* 193 à la p 194.

domestic workers may increase precipitously »¹⁵. Toutefois, avant de se pencher plus amplement sur ce concept, il est important de comprendre les facteurs qui créent l'importante demande de travailleuses domestiques.

B. La demande des travailleuses domestiques

Au Canada, il existe plusieurs facteurs qui expliquent la hausse de la demande de travailleuses domestiques.

D'abord, le nombre de mères de famille qui sont sur le marché du travail ne cesse d'augmenter. Selon Statistique Canada, l'augmentation du nombre de femmes qui occupent un emploi rémunéré est une des tendances sociales les plus importantes observées au pays au cours des dernières décennies. En 2004, plus de 7,5 millions de femmes occupaient un emploi, soit deux fois plus qu'au milieu des années 1970¹⁶. Il est possible d'observer que malgré l'entrée en force des femmes sur le marché du travail, elles demeurent les principales responsables des obligations familiales. En outre, le nombre de divorces et de familles monoparentales est en hausse¹⁷, ce qui fait très souvent reposer sur une seule personne la charge des responsabilités familiales. Des statistiques canadiennes démontrent en effet qu'en cas de divorce, la garde exclusive des enfants sera dévolue à la mère dans près de 50% des cas, alors que les pères n'ont la garde exclusive que dans 8% des cas¹⁸.

Aussi, la rareté et le coût élevé des places en garderie peuvent représenter un problème pour les enfants de familles où les deux parents travaillent. Il est parfois moins coûteux d'embaucher une travailleuse domestique que d'envoyer les enfants à la garderie¹⁹.

15. *Ibid.*

16. Statistique Canada, *Femmes au Canada : Rapport statistique fondé sur le sexe*, 5^e éd, Ottawa, StatCan, 2006 à la p 107.

17. *Ibid* à la p 38.

18. *Ibid* à la p 40. Notons que l'autre 44% des cas concerne la garde partagée entre les deux parents.

19. Voir notamment Zaman, *Breaking the Iron Wall*, *supra* note 12.

Le vieillissement de la population et le soutien insuffisant de l'état pour pallier la demande de soins de santé²⁰ sont d'autres facteurs expliquant la hausse de la demande de travailleuses domestiques. En plus d'avoir à prendre soin des enfants, les femmes doivent souvent s'occuper des personnes âgées ou malades²¹. Dans ce contexte, les travailleuses domestiques sont vues comme des ressources utiles pour aider les canadiennes. D'ailleurs, selon Glenda Labadie-Jackson :

the development of a domestic labor sector usually takes place in countries that lack effective social policies and initiatives designed to help families to achieve such a balance between labor activity, household responsibilities, and caretaking²².

Un programme d'immigration canadien est donc dédié spécialement aux travailleuses domestiques étrangères.

C. Le PAFR comme réponse à la pénurie de main-d'œuvre locale

Chaque année, des milliers de femmes²³ bénéficient du Programme des aides familiaux résidents (PAFR)²⁴ pour venir travailler au pays²⁵. Ce

20. Voir par exemple Stéphanie Bernstein, « The Regulation of Paid Care Work in the Home in Québec » dans Judy Fudge et Rosemary Owens, dir, *Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, Oxford, Hart Publishing, 2006 : « Decreased financing and increased privatisation of the home care, as well as a renewed reliance on unpaid care provided by family members (women), have had a negative impact on the quality of care and contributed to the social exclusion of many people who are not able to pay for "extra" home care beyond what the state provides » aux pp 223-225.

21. Association féminine d'éducation et d'action sociale et al, « Qui donnera les soins? Les incidences du virage ambulatoire et des mesures d'économie sociale sur les femmes du Québec » (mars 1998), en ligne : Gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection/SW21-31-1998F.pdf>>.

22. Glenda Labadie-Jackson, « Reflections on Domestic Work and the Feminization of Migration » (2008-2009) 31:1 Campbell L Rev 67 à la p 69.

23. La très grande majorité des migrants qui entrent au Canada en vertu du PAFR sont des femmes. En 2005, Citoyenneté et Immigration Canada estimait qu'elles représentaient près de 95% des aides familiaux résidents (voir CIC, *Live-in Caregiver Program Fact Sheet*, National Roundtable on the Review of the Live-in Caregiver Program, Ottawa, 2005).

programme a été créé en 1992 afin de répondre au besoin des Canadiens d'obtenir de l'aide pour la garde et le soin à domicile des enfants et des personnes âgées ou handicapées. Les personnes qui ne font que des tâches ménagères en sont donc exclues²⁶. Il était auparavant précédé d'autres programmes similaires, notamment le Programme pour les employés de maison étrangers (PEME) qui s'est imposé pendant plus de 10 ans, de 1981 à 1992. Le PEME ne visait cependant que les soins aux enfants, alors que le PAFR vise aussi les soins aux personnes âgées, handicapées ou malades.

Le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada confirme qu'il y a pénurie de travailleuses domestiques résidentes²⁷. Malgré tout, pour entrer au Canada via le PAFR, une personne doit

C'est pourquoi, comme dans de nombreux textes sur le sujet, la forme féminine des termes sera utilisée.

24. CIC, « Guide des travailleurs étrangers » (20 janvier 2011), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/fw/fw01-fra.pdf>> [CIC, Travailleurs étrangers].

25. Il est difficile d'obtenir des chiffres précis sur les aides familiales résidentes. Selon le recensement canadien de 2006, 69 785 personnes exerçaient les métiers de gardiennes d'enfants, gouvernantes ou aides aux parents. De plus, 90 765 personnes se disaient aides familiales, aides de maintien à domicile, incluant les parents de familles d'accueil. Cela inclut autant les migrantes entrées au Canada en vertu du PAFR que les autres. Le Québec quant à lui a accueilli, en 2009, un peu plus de 1000 aides familiales résidentes. Voir Statistique Canada, « Recensement de 2006 » (2006), en ligne : Statistique Canada <<http://www12.statcan.ca/census-recensement/index-fra.cfm>> et, Gouvernement du Québec, en ligne : Immigration et Communautés culturelles Québec <<http://www.micc.gouv.qc.ca/fr/index.html>>.

26. CIC, « Embauche d'un aide familial résident — Qui peut présenter une demande » (31 mars 2011), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/demande-qui-aides.asp>> : « Une offre d'emploi précisant comme tâches principales celles d'homme ou de femme de ménage, par exemple, n'est pas acceptable aux termes du Programme des aides familiaux résidents [...] ».

27. CIC, « Traitement des aides familiaux résidents au Canada » (mis à jour le 25 juin 2009), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/ip/ip04-fra.pdf>>.

répondre à plusieurs exigences particulières²⁸, en plus de répondre aux critères s'appliquant à tous ceux qui désirent migrer au Canada²⁹, soit être en bonne santé et ne pas avoir de casier judiciaire.

En premier lieu, elle devra avoir une copie de l'avis relatif au marché du travail favorable que son employeur aura obtenu de la part du gouvernement du Canada³⁰. En deuxième lieu, il y a des exigences de formation, c'est-à-dire que l'aide familiale doit avoir terminé avec succès des études d'un niveau équivalent à celui des études secondaires au Canada, en plus de posséder six mois de formation ou un an d'expérience³¹. Pour que l'expérience de travail soit suffisante, elle devra avoir travaillé pendant un an (avec au moins six mois de travail continu) pour le compte d'un même employeur. Cette expérience de travail doit être dans un domaine ou une catégorie d'emploi ayant un lien avec le travail à effectuer comme aide familiale résidente et doit avoir été acquise au cours des trois années précédant immédiatement la date à laquelle la demande de permis de travail est soumise au gouvernement canadien. Il est aussi essentiel qu'elle ait une bonne connaissance de l'anglais ou du français. En troisième lieu, l'aide familiale doit avoir un contrat de travail écrit avec le futur employeur, signé par les deux parties avant son arrivée au Canada³². Le contrat doit reprendre tous les éléments listés au contrat type³³, tels que le lieu de travail, la description des tâches, la durée du contrat, le salaire, etc.

28. RIPR, *supra* note 6, art 112. Voir également CIC, « Travailler temporairement au Canada : Programme des aides familiaux résidents » (3 février 2011), en ligne : CIC <http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/aides/index.asp> [CIC, Travailler temporairement au Canada].

29. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art 36 et 38 [LIPR].

30. Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC) évaluera l'offre d'emploi de l'employeur et le contrat de travail afin de s'assurer qu'ils respectent les conditions salariales et de travail, ainsi que les normes provinciales du travail et de l'emploi, et qu'il n'y a pas assez de Canadiens ou de résidents permanents disponibles pour travailler à titre d'aides familiaux résidents.

31. RIPR, *supra* note 6, art 112.

32. RIPR, *supra* note 6.

33. CIC, « Le Programme des aides familiaux résidents : Contrat type » (15 septembre 2011), en ligne : CIC <<http://www.cic.gc.ca/francais/travailler/aides/exemple-contrat.asp>>.

L'avantage du PAFR par rapport à d'autres programmes de travail temporaires est que les aides familiales sont admissibles à demander la résidence permanente après avoir complété 24 mois de travail à temps complet, ou bien 3 900 heures. Elles disposent de quatre ans pour satisfaire cette exigence³⁴. Toutefois, ce programme exige d'habiter chez l'employeur et le permis de travail nominatif fait en sorte qu'il devient difficile pour une travailleuse domestique de changer d'employeur si elle n'est pas satisfaite de ses conditions de travail. Qui plus est, elles sont peu nombreuses à oser porter plainte contre leur employeur puisqu'en ce faisant, elles risquent de perdre leur emploi et se retrouver non seulement sans salaire, mais aussi sans endroit où habiter. En outre, l'idée d'obtenir la résidence permanente le plus rapidement possible les mène souvent à tolérer des situations inacceptables. Dans ce contexte, les intermédiaires peuvent plus facilement exploiter une main-d'œuvre que les lois protègent peu. En effet, il arrive que les travailleuses domestiques soient expressément exclues de certaines lois³⁵ ou que les lois s'appliquent difficilement à elles³⁶.

34. RIPR, *supra* note 6, art 113 (1)(d). Voir également CIC, Travailler temporairement au Canada, *supra* note 28.

35. À titre d'exemple, au Québec, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (LRQ 1985, c A-3.001) et la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (LRQ 1990, c S-2.1) ne protègent pas automatiquement les travailleuses domestiques. Jusqu'à tout récemment, une aide familiale qui désirait bénéficier des protections légales en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle devait payer elle-même ses cotisations à la *Commission de la santé et de la sécurité du travail*. C'est depuis le 1^{er} avril 2010 que le gouvernement fédéral a exigé que le contrat de travail de l'aide familiale inclut l'obligation pour l'employeur d'inscrire cette dernière au régime d'indemnisation des lésions professionnelles et de payer les frais afférents.

D. La complexité du processus de migration

L'apparente complexité du processus de migration des travailleurs et particulièrement de la main-d'œuvre temporaire s'explique de plusieurs façons. On constate que le Canada multiplie les programmes en vertu desquels il est possible d'y entrer³⁷ et additionne les intervenants, en plus de partager la compétence en matière d'immigration et en matière de travail entre deux paliers de gouvernement.

Premièrement, selon la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁸, l'immigration est une compétence partagée entre le fédéral et le provincial³⁹. Deuxièmement, au palier fédéral uniquement, trois acteurs sont impliqués dans le processus. Pour l'administration du PAFR, il y a d'abord Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDCC), à qui l'employeur devra présenter sa demande d'avis relatif au marché du travail avant de pouvoir embaucher une aide

36. C'est le cas notamment de la *Loi sur l'assurance-emploi*, LC 1996, c 23. Les prestations d'assurance-emploi peuvent être versées à des travailleurs qui sont en recherche d'emploi au Canada et par conséquent, qui détiennent un permis de travail valide. Or, comme le permis de travail de l'aide familiale est nominatif, si elle quitte son employeur, elle se trouve sans permis de travail valide. À ce sujet, voir notamment Gouvernement du Canada, *Admissibilité à l'assurance-emploi du Canada*, 2009, en ligne : Ressources humaines et développement des compétences Canada <<http://www.rhdcc.gc.ca>> ; et Delphine Nakache et Paula J Kinoshita, « The Canadian Temporary Foreign Worker Program : Do Short-Term Economic Needs Prevail Over the Human Rights Concerns? » (2010) 5 IRPP Study 1 à la p 19.

37. Comme le *Programme des travailleurs agricoles saisonniers* et le *Projet pilote concernant les travailleurs peu qualifiés*. Pour en savoir plus sur ces programmes, voir CIC, *Travailleurs étrangers*, *supra* note 24.

38. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 V, c 3, art 95, reproduit dans LRC 1985, ann II, n°5.

39. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 446 : « Les seuls domaines qui échappent expressément à l'exclusivité, qui sont donc de compétence concurrente, sont l'agriculture, l'immigration, les pensions de vieillesse et prestations additionnelles et le commerce interprovincial de ressources naturelles ».

familiale résidente étrangère⁴⁰. Ensuite, Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) voit à l'admissibilité des travailleuses, c'est-à-dire qu'il s'assure que les exigences de la loi et du règlement sur l'immigration⁴¹ sont respectées et, enfin, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a le dernier mot sur l'entrée au Canada d'une travailleuse migrante, en ce sens qu'il peut décider que la travailleuse ne pourra franchir la frontière⁴². Ainsi, l'admission des travailleurs étrangers temporaires compte sur la coopération des trois acteurs fédéraux.

Delphine Nakache et Paula J. Kinoshita soulignent le manque de communication entre ces trois agences et le fait qu'il y ait des zones grises dans le processus⁴³. Selon elles, si l'immigration au Canada est laborieuse, c'est aussi en raison du grand pouvoir discrétionnaire que détiennent les agents des services frontaliers et ceux de CIC. Elles soulignent ceci à cet effet :

wide discretionary powers are granted to CIC and CBSA officers, and therefore the risk to make mistakes is not minimal, and mistakes may lead to detrimental consequences for the prospective worker [...] [T]he CIC and CBSA, as officers of the two agencies have very different perspectives and approaches to their immigration work⁴⁴.

Bien que les auteures fassent référence au Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTÉT), tout porte à croire que l'on rencontre ce type de problèmes dans l'administration d'autres programmes de migration, tels que le PAFR⁴⁵. Dans ce contexte, on comprendra que les

40. RPR, *supra* note 6.

41. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, ch 27 ; RPR, *supra* note 6.

42. Par exemple, s'il soupçonne que l'offre d'emploi est fausse, comme dans l'affaire *R c Estipona*, 2009 ONCJ 263, 80 Imm LR (3d) 316, où une intermédiaire a été arrêtée à la suite d'une tentative d'entrée au Canada d'une aide familiale.

43. Nakache et Kinoshita, *supra* note 36 à la p 13.

44. *Ibid.*

45. Judy Fudge, « Global Care Chains, Employment Agencies, and the Conundrum of Jurisdiction: Decent Work for Domestic Workers in Canada » (2011) 23:1 CJWL 235 à la p 244. Fudge souligne la complexité du processus de migration des travailleuses domestiques en ces termes : « Any attempt to govern transnational domestic workers in Canada must navigate a jurisdictional conundrum. Adding complexity to the different

intermédiaires foisonnent en prétendant, à tort ou à raison, pouvoir faciliter la migration au Canada. Le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration (CIMM) s'est penché sur la problématique des organismes de recrutement et a mentionné que

le recrutement de travailleurs à l'étranger et le traitement des documents exigés pour leur admission au Canada peuvent être longs et fastidieux. C'est pourquoi il existe toute une pléiade d'organismes de recrutement qui sont des tierces parties, qui s'occupent de faire les démarches et qui voient à tous les détails pour le compte d'entreprises trop occupées ou trop petites pour faire du recrutement à l'étranger⁴⁶.

Ces intermédiaires sont d'autant plus pertinents dans le cas des employeurs d'aides familiales, puisque ce sont des particuliers qui ne connaissent pas nécessairement les règles entourant l'embauche d'une étrangère, ou qui ne savent pas où s'adresser pour recruter leur employée. Le BIT va plus loin en affirmant que

la mobilité professionnelle internationale permet d'optimiser l'utilisation des ressources humaines. Pourtant, on constate que les gouvernements mettent de plus en plus d'obstacles à la migration spontanée de main-d'œuvre. Face à cette situation, on assiste à la prolifération de filières d'émigration clandestine fort lucratives, qui se livrent à un trafic d'êtres humains dans le mépris le plus total des droits élémentaires de l'homme et du travail⁴⁷.

En somme, l'apparente complexité de la migration des travailleurs favorise l'intervention des intermédiaires, qui peuvent contribuer à la

territorial scales (international, transnational, national, federal, provincial, and industry) involved in regulating migrant domestic workers is the plurality of legal institutions, objectives, and techniques of the overlapping and competing jurisdictions ».

46. Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Les travailleurs étrangers temporaires et les travailleurs sans statut légal* (mai 2009) à la p 34 (président : David Tilson) [CIMM, *Travailleurs étrangers temporaires*].

47. BIT, « Le point sur la migration de main-d'oeuvre » (juin 2006), en ligne : OIT <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_067571.pdf> à la p 1.

vulnérabilité et à la marchandisation des travailleuses domestiques, au point d'en faire des victimes d'exploitation.

E. Le rôle des intermédiaires

Au Canada, le rôle de mettre en contact l'offre et la demande de travail domestique est dévolu aux intermédiaires privés uniquement. L'importante place que l'on accorde aux intermédiaires dans le processus de migration canadien contribue à la marchandisation du travail domestique.

Il est difficile de dresser un portrait type des intermédiaires, car les services peuvent être offerts par une personne physique aussi bien qu'une personne morale, allant de la microentreprise à une multinationale :

Il s'agit d'un secteur institutionnel extrêmement hétérogène où les agences de très petites dimensions côtoient les plus grandes et les plus solides, où le taux de renouvellement des plus petites est probablement plus élevé que dans d'autres secteurs d'activité, les barrières à l'entrée sur le marché étant facilement franchissables (relativement peu de capital initial exigé, faible complexité apparente des activités à mener)⁴⁸.

Selon Abigail B. Bakan et Daiva K. Stasiulis, la majorité des entreprises intermédiaires seraient détenues et gérées par des femmes⁴⁹. Maintenant, avec l'avènement de la technologie, plusieurs intermédiaires opèrent essentiellement « en ligne », c'est-à-dire qu'ils n'ont pas nécessairement pignon sur rue⁵⁰.

48. BIT, *Le rôle des agences d'emploi privées dans le fonctionnement des marchés du travail*, Conférence internationale du Travail, 81^e session, Rapport VI, (1994) à la p 26 [BIT, *Agences d'emploi privées*].

49. Abigail B Bakan et Daiva K Stasiulis, « Making the Match: Domestic Placement Agencies and the Racialization of Women's Household Work » (1995) 20:2 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 303.

50. Voir par ex Tyner, *supra* note 14.

Les intermédiaires font depuis longtemps l'objet de questionnements. L'OIT a même tenté d'éliminer cette pratique⁵¹. Par contre, si on parle maintenant de réglementation et d'encadrement plutôt que d'éradication, c'est que les intermédiaires ont su démontrer leur utilité et persister dans le marché, malgré leurs détracteurs. Selon les défenseurs des intermédiaires privés, grâce au contact plus direct de ceux-ci avec les employeurs, un grand nombre d'offres d'emploi arrivent sur le marché alors qu'elles ne se seraient peut-être pas rendues au service public, ayant plutôt été comblées par le bouche à oreille dans l'entourage de l'employeur⁵². Ceux qui appuient le rôle des intermédiaires croient de plus que ces derniers aident à pourvoir les emplois disponibles plus rapidement que ne le fait le service public.

Finalement, il faut admettre que les intermédiaires répondent à un besoin commun des employeurs et des travailleurs. Le BIT croit qu'une pratique comme celle des agences d'emploi privées ne peut se développer avec autant de constance sans l'accord de toutes les parties impliquées et que l'absence de rejet, autant du côté de l'offre que de la demande, démontre bien ce besoin⁵³.

Malgré les justifications de la présence d'intermédiaires, nous ne pouvons passer sous silence les points plus négatifs. Comme le souligne le BIT, « les agences privées ne peuvent plus se prévaloir du bénéfice du doute. Là où elles ont eu la liberté d'agir, elles ont accumulé tant de preuves d'abus qu'aucun gouvernement ne peut raisonnablement miser sur leur bonne foi ou parier sur l'utilité de leur rôle »⁵⁴. Les abus dont il est ici question ont été vécus notamment par des travailleuses domestiques désirant migrer au Canada.

Les détracteurs des intermédiaires sont nombreux et pour cause ; on ne compte plus les gestes illégaux ou, à tout le moins, malhonnêtes, posés par des intermédiaires avec lesquels auraient fait affaire des travailleuses domestiques. Dans la littérature portant sur ces

51. BIT, *Agences d'emploi privées*, *supra* note 48 à la p 7.

52. *Ibid.*

53. *Ibid* à la p 60.

54. *Ibid* à la p 56.

travailleuses, les auteurs taisent rarement le rôle joué par les intermédiaires, qui contribuent à la précarité dans laquelle elles vivent⁵⁵. Allant de la fausse promesse à des cas de fraude, les intermédiaires profitent souvent de leur relation privilégiée avec les travailleuses migrantes pour les exploiter. Selon le BIT, la question des intermédiaires s'avère complexe dans le cas des migrations de main-d'œuvre car il y a beaucoup de cas d'abus sévères, en particulier en ce qui concerne les migrations transfrontalières⁵⁶. On a aussi noté la diversité des abus commis⁵⁷.

Lors des consultations tenues à travers le Canada en 2009, le CIMM a recueilli de nombreux témoignages sur les pratiques des intermédiaires⁵⁸. Parmi les pratiques douteuses, on retrouve notamment⁵⁹ celles-ci :

- imposer aux travailleurs des frais pour les faire venir au Canada pour y occuper des emplois qui sont inexistants ou pour ensuite être mis à pied peu de temps après leur arrivée ;
- gonfler le montant qu'il est possible de gagner au Canada ;
- fournir des contrats dont la traduction ne correspond pas à la version anglaise ou française originale (description inexacte du travail et d'autres détails de l'emploi) ;

55. Voir par ex Sabaa A Khan, « From Labour of Love to Decent Work: Protecting the Human Right of Migrant Caregivers in Canada » (2009) 24:1 RCDS 23 à la p 32; Dina Francesca Haynes, « Exploitation Nation: The Thin and Grey Legal Lines between Trafficked Persons and Abused Migrant Laborers » (2009) 23:1 Notre Dame JL Ethics & Pub Pol'y 1 à la p 64 ; Joan Fitzpatrick et Katrina R Kelly, « Gendered Aspects of Migration: Law and the Female Migrant » (1999) 20:1 Immig & Nat'lity L Rev 57 à la p 73.

56. BIT, *Travail décent*, *supra* note 2 à la p 76.

57. Andrees Beates, « Combating criminal activities in the recruitment of migrant workers » dans Christiane Kuptsch, dir, *Merchants of Labour*, Genève, OIT, 2006, à la p 179 : « [T]here is a wide spectrum of illegal operations, ranging from sophisticated criminal networks at one end and semi-legal private agencies at the other end ».

58. Ces actes n'étaient pas nécessairement posés à l'encontre de travailleuses domestiques mais concernaient les travailleurs migrants en général.

59. CIMM, *Travailleurs étrangers temporaires*, *supra* note 46 à la p 35.

- donner des renseignements inexacts sur les chances d'obtenir la résidence permanente une fois au Canada ;
- imposer aux travailleurs des frais exorbitants pour des services additionnels, par exemple l'obtention d'un permis de travail, des services de transport, un logement, la traduction de documents ou des services d'interprétation ;
- fournir des conseils inexacts au sujet des possibilités de regroupement familial au Canada, des normes et des droits relatifs au milieu de travail, des cours de langue ou encore d'autres possibilités de formation et de perfectionnement ;
- exiger des travailleurs qu'ils changent d'employeur parce que le recruteur a reçu une meilleure offre d'un autre employeur.

En définitive, les risques d'abus dont sont victimes les migrantes, et particulièrement les travailleuses domestiques, commencent au moment même où elles se déclarent disponibles à l'emploi ; s'amorce alors un processus de marchandisation de la travailleuse. Le spectre d'exploitation est très large : on trouve à un bout les informations incorrectes et à l'autre bout, des actes criminels comme la traite ou le trafic. Entre les deux se trouve une panoplie d'activités plus ou moins réglementées comme les fausses promesses, les emplois non existants et les frais trop élevés. On s'aperçoit aussi que les intermédiaires, en présentant les travailleuses domestiques comme des objets, ouvrent la porte à des abus de la part des employeurs. C'est pourquoi un encadrement étroit des intermédiaires est essentiel afin d'éviter de commencer un cercle d'exploitation dès les premiers contacts entre l'employée et l'intermédiaire. Effectivement, mis à part la complexité de la migration au Canada et les lacunes dans les lois du travail, une partie du problème réside dans l'encadrement juridique des intermédiaires. Nous aborderons donc maintenant cette question, en nous demandant si les normes juridiques existantes sont adéquates pour éviter l'exploitation et la marchandisation des travailleuses domestiques.

II. L'encadrement juridique des intermédiaires

Nous porterons notre regard sur ce qui se fait au Canada dans le but de contrôler les activités des intermédiaires. Au niveau fédéral, même si de récents travaux visaient à intervenir plus efficacement pour protéger les travailleuses domestiques, il reste des embûches issues des questions de partage des compétences entre le fédéral et le provincial. Au niveau provincial, certaines lois ont été adoptées mais nous sommes loin de constater une uniformité à travers le pays. Mais avant tout, nous examinerons les dispositions internationales visant à limiter la pratique des intermédiaires. Il est pertinent d'examiner ce que le droit international tente d'apporter comme solution au problème car le Canada, même s'il n'a pas ratifié toutes les conventions, a certaines obligations en plus d'avoir activement participé aux travaux d'élaboration de plusieurs instruments internationaux.

A. En droit international

Plusieurs instruments internationaux visent à encadrer les intermédiaires intervenant dans le processus de migration des travailleurs. Qu'il s'agisse de conventions, de recommandations ou de principes directeurs, l'Organisation des Nations-Unies (ONU) et l'OIT ont toutes deux adopté des dispositions pour tenter de prévenir les abus de la part des intermédiaires. Des actions destinées à la protection des travailleurs migrants ont été entreprises et des règles encadrant directement les activités des intermédiaires ont été adoptées.

Notons d'abord les conventions et recommandations de l'OIT portant sur les travailleurs migrants. C'est à la suite de la Deuxième Guerre mondiale que sont entrés en vigueur les premiers instruments internationaux visant la protection des travailleurs migrants, lesquels

sont encore en vigueur⁶⁰. La *Convention 97 sur les travailleurs migrants*⁶¹ est assortie de la *Recommandation 86 sur les travailleurs migrants*⁶². Cette convention a été adoptée dans le but, notamment, de faciliter les mouvements des travailleurs excédentaires d'Europe vers d'autres parties du monde et porte principalement sur le recrutement des migrants et leurs conditions de travail⁶³. Environ 25 ans plus tard, l'OIT a adopté, avec la *Convention 143 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants*⁶⁴ et la *Recommandation 151 concernant les travailleurs migrants*⁶⁵, des dispositions complémentaires aux instruments déjà existants. C'est dans un contexte de crise pétrolière, de chômage et d'expansion des migrations irrégulières que cette réglementation a vu le jour⁶⁶. Comme l'explique l'OIT, la préoccupation est ainsi passée de la facilitation de la migration des travailleurs excédentaires au contrôle des flux migratoires⁶⁷. Alors que la *Convention 97* ne s'applique qu'aux migrants en situation régulière, la *Convention 143* couvre aussi, du moins en partie, ceux en situation irrégulière⁶⁸.

Pour ce qui est de l'encadrement des intermédiaires, la *Convention 143* et la *Recommandation 151* ne visent que les organisateurs de

60. Des instruments avaient auparavant été adoptés mais ne sont plus appliqués : la *Convention 21 sur l'inspection des émigrants* de 1926 a été mise à l'écart et la *Convention 66 sur les travailleurs migrants* de 1939 a été retirée.

61. *Convention 97 concernant les travailleurs migrants* (révisée), 1 juillet 1949, OIT (entrée en vigueur : 22 janvier 1952) [*Convention 97*].

62. *Recommandation 86 concernant les travailleurs migrants* (révisée), 1 juillet 1949, OIT [*Recommandation 86*].

63. BIT, *Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, Conférence internationale du Travail, Rapport VI, 92^e sess, (2004) à la p 85 [BIT, *Approche équitable*].

64. 23 juin 1975, OIT (entrée en vigueur : 9 décembre 1978) [*Convention 143*].

65. 24 juin 1975, OIT.

66. BIT, *Approche équitable*, *supra* note 63.

67. BIT, *International Labor Migration: A Rights-Based Approach*, Genève, OIT, 2010 à la p 143 [BIT, *Rights-Based Approach*].

68. *Ibid* aux pp 128, 129. Voir aussi la *Convention 143*, *supra* note 64, partie I.

mouvements illicites ou clandestins de migrants. Par contre, la *Convention 97* contient des dispositions très pertinentes pour la protection des travailleurs. D'abord, sans nécessairement viser les intermédiaires, l'article 3 de la Convention exige tout de même des états membres qu'ils prennent les mesures appropriées pour contrer la propagande trompeuse concernant la migration. La tromperie, qu'elle concerne les chances d'obtenir un emploi ou bien les conditions de travail, est l'un des actes souvent reprochés aux intermédiaires. Les travailleuses domestiques sont fréquemment attirées au Canada suite à des représentations trompeuses. Ensuite, l'Annexe I de la convention établit que les états membres qui permettent les opérations de recrutement privé doivent veiller à leur réglementation. Il est aussi prévu qu'un intermédiaire ne pourra agir que s'il détient une autorisation de l'autorité compétente du territoire où il exercera. Cette autorité compétente devra de plus assurer une surveillance des opérations⁶⁹. L'exigence d'un permis pour opérer à titre d'intermédiaire est une mesure qui est prônée par l'OIT dans plusieurs textes puisqu'elle permet de faire le tri entre les intermédiaires honnêtes et ceux qui le sont moins. Au Canada, certaines provinces ont adopté un tel système d'accréditation, mais comme nous le verrons, ce n'est pas le cas de l'Ontario.

La *Recommandation 86* est aussi intéressante, notamment l'article 13 qui recommande aux membres d'exiger de l'intermédiaire qu'il se munisse d'un mandat écrit de l'employeur, afin de prouver qu'il agit pour le compte de celui-ci. Cette mesure, lorsque mise en application, peut éviter les fausses promesses et débusquer les employeurs inexistantes. Par ailleurs, la *Recommandation 86* contient aussi une annexe qui propose un accord type sur les migrations temporaires et permanentes de travailleurs. En fait, puisque cet instrument recommande aux membres de compléter la convention par la conclusion d'ententes bilatérales⁷⁰, l'annexe suggère le contenu desdites ententes. Il y est

69. *Convention 97*, *supra* note 61, annexe 1, art 3.

70. *Recommandation 86*, *supra* note 62, art 21.

notamment conseillé d'y introduire une mesure contre la propagande trompeuse⁷¹ et une autre sur l'organisation du recrutement, de l'introduction et du placement⁷². Ainsi, les états prévoiraient, dans l'entente bilatérale, des dispositions semblables à celles contenues dans la *Convention 97*, c'est-à-dire que des bureaux privés ne peuvent pas servir d'intermédiaires, sauf si la législation nationale de chacune des parties le permet et qu'ils sont désignés nommément par les autorités compétentes. Il est en outre proposé d'inclure une mention à l'effet que les frais administratifs entraînés par le recrutement, l'introduction et le placement du travailleur migrant ne doivent pas être à la charge de ce dernier.

Le Canada n'a malheureusement pas ratifié la *Convention 97* et la *Convention 143* et n'a conclu aucune entente bilatérale concernant la migration des travailleuses domestiques⁷³.

Il est possible de constater que l'OIT, en adoptant la *Convention 97* et la *Recommandation 86*, était, déjà en 1949, sensible à la question des intermédiaires. Par contre, à ce moment-là, elle avait pour but de s'assurer que les services d'intermédiaires soient le plus possible comblés par la sphère publique. Plus de cinquante ans plus tard, ces instruments trouvent toujours application, même si l'OIT elle-même admet une certaine désuétude due aux changements survenus depuis l'adoption de la *Convention 97*, notamment la féminisation de la migration⁷⁴. En 1999, le BIT mentionnait que « [l]e rôle croissant des agences de recrutement privées a eu pour effet de "commercialiser le recrutement pour le travail

71. *Ibid*, annexe, art 2.

72. *Ibid*, annexe, art 6.

73. Voir aussi *infra* notes 162 et 163 et texte correspondant.

74. BIT, *Rights-Based Approach*, *supra* note 67 à la p 130 : « As examples of contextual changes, [le Comité d'experts sur l'application des conventions et recommandations de l'OIT] cited the declining role of the state leadership in the world of work (demonstrated by, among other things, the increasing role of private recruitment agencies), the increasing proportion of women among migrants for employment, the increase of temporary migration in place of migration for permanent settlement, the growth of irregular migration and the development of certain means of transport ».

à l'étranger", et de réduire considérablement le nombre de migrants recrutés par les circuits gouvernementaux »⁷⁵.

Plus récemment, le *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre*⁷⁶ a été adopté. Il contient des principes et lignes directrices de *soft law*, de nature non contraignante, favorisant une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits. Il vise une application plus large des normes internationales du travail, tout en tenant compte de la souveraineté des états. Ce cadre contient 15 grands principes divisés en lignes directrices. Par exemple, les lignes directrices proposent de s'assurer que les travailleurs migrants reçoivent des contrats de travail compréhensibles et applicables⁷⁷, qu'ils soient informés de la nature du poste et des conditions d'emploi dans une langue qu'ils comprennent⁷⁸ et qu'ils ne doivent déboursier, ni directement, ni indirectement, aucun frais pour le recrutement ou le placement⁷⁹.

En plus des initiatives de l'OIT, l'ONU a adopté en 1990, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*⁸⁰. Cette convention des Nations-Unies a pour principal objectif d'améliorer le respect des droits des travailleurs migrants⁸¹. Même si la convention ne crée pas de nouveaux droits, elle innove en faisant valoir l'idée que tous les migrants ont droit à un minimum de protection. Parmi les protections accordées aux travailleurs migrants, on retrouve l'interdiction de confisquer ou de détruire des documents d'identité, des documents autorisant l'entrée

75. BIT, *Étude d'ensemble sur les travailleurs migrants*, Conférence internationale du Travail, 87^e sess, Rapport III, Partie 1B, (1999) à la p 69 [BIT, *Travailleurs migrants*].

76. BIT, *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre - Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits*, Genève, OIT, 2006 [BIT, *Cadre multilatéral*].

77. *Ibid* à la p 29, ligne directrice 13.3.

78. *Ibid*, ligne directrice 13.4.

79. *Ibid*, ligne directrice 13.7.

80. Rés AG, Doc off NU, 45^e sess, Doc NU A/RES/45/158 (1990) (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2003).

81. *Ibid*, préambule.

dans un pays ou un permis de travail⁸². À partir des exemples d'abus commis par les intermédiaires, notamment à l'égard des travailleuses domestiques, on constate que la confiscation des documents est un épineux problème. Il était donc pertinent de rappeler, dans la convention, que cette pratique doit être interdite et sanctionnée.

Une des critiques faites à l'égard de cette convention des Nations-Unies, et parfois aussi à l'endroit de celles de l'OIT, est le fait qu'elles manquent de sensibilité par rapport à la situation des femmes migrantes. Plusieurs auteurs ont souligné ce fait⁸³, dont Khan, qui affirme ceci :

the greatest weakness of both the ILO's and UN's migrant-specific conventions is that they are not gender-sensitive instruments and thus fail to offer a meaningful level of protection to "unskilled" migrant women of colour, such as those who predominate in the LCP [*Live-in Caregivers Program*], from the multiple levels of discrimination they face in the labour market⁸⁴.

À titre d'exemple, ces conventions ne considèrent pas plusieurs réalités tels que le fait que les femmes ont un salaire moins élevé que les hommes, qu'elles travaillent davantage dans des secteurs non syndiqués

82. *Ibid*, art 21 : « Nul, si ce n'est un fonctionnaire dûment autorisé par la loi à cet effet, n'a le droit de confisquer, de détruire ou de tenter de détruire des documents d'identité, des documents autorisant l'entrée, le séjour, la résidence ou l'établissement sur le territoire national, ou des permis de travail. Lorsqu'elle est autorisée, la confiscation de ces documents doit donner lieu à la délivrance d'un reçu détaillé. Il n'est permis en aucun cas de détruire les passeports ou documents équivalents des travailleurs migrants ou des membres de leur famille ».

83. Voir par ex Fitzpatrick et Kelly, *supra* note 55 à la p 98 : « The Migrant Workers Convention forbids distinctions based on sex, but it seems largely to envision the paradigm migrant worker as a man with a dependent spouse and children » ; et Shirley Hune, « Migrant Women in the Context of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families » (1991) 25:4 *International Migration Review* 800 à la p 812 : « The convention does not address the fact that women's work and men's work are generally not the same ».

84. Khan, *supra* note 55 à la p 39 (l'acronyme "LCP" est la version anglaise de PAFR).

ou encore qu'elles sont beaucoup plus souvent responsables de l'éducation et des soins aux enfants.

Aux instruments visant la protection des migrants, s'ajoutent ceux qui traitent spécifiquement des intermédiaires. La *Convention 181* et la *Recommandation 188* de l'OIT concernant les agences d'emploi privées reconnaissent davantage la contribution des intermédiaires privés dans le marché de l'emploi :

Convention No. 181 thus strikes a balance between the recognition of the productive role that can be played by private employment agencies in the delivery of specific labour market services, and the need to ensure that the basic rights of workers are protected⁸⁵.

La vulnérabilité des travailleurs migrants est aussi prise en considération. L'article 8 demande aux états membres de « faire en sorte que les travailleurs migrants recrutés ou placés sur son territoire par des agences d'emploi privées bénéficient d'une protection adéquate, pour empêcher que des abus ne soient commis à leur encontre ». Si le Canada était partie à cette convention, il ne remplirait malheureusement pas cette obligation. Comme nous l'avons vu, il y a beaucoup trop de situations d'exploitation au pays. Les travailleuses domestiques migrantes sont souvent l'objet d'échange entre l'intermédiaire et l'employeur, sans que l'état n'intervienne.

Au niveau des pratiques interdites, la convention prévoit notamment que « les agences d'emploi privées ne doivent mettre à la charge des travailleurs, de manière directe ou indirecte, en totalité ou en partie, ni honoraires ni autres frais »⁸⁶. Parmi les provinces canadiennes ayant adopté des lois concernant les intermédiaires, cette disposition fait l'unanimité. Enfin, pour ce qui est des actes posés par les agences privées, la convention prévoit la protection des données personnelles⁸⁷ et la non-

85. Beates, *supra* note 57 à la p 148.

86. OIT, *Convention 181, Convention sur les agences d'emploi privées*, 1997, Conférence internationale du Travail, 85^e sess, 1997, art 7.

87. *Ibid*, art 6.

discrimination⁸⁸. Pour légitimer la pratique des intermédiaires privés, la convention réitère que

tout Membre doit, par le moyen d'un système d'attribution de licence ou d'agrément, déterminer les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités, sauf lorsque lesdites conditions sont réglées, d'une autre manière, par la législation et la pratique nationales⁸⁹.

Soulignons que le terme « pratique nationale » nous apparaît un peu vague. Par exemple, on peut se demander si un système d'autorégulation répondrait aux exigences de la convention. D'ailleurs, dans l'étude d'ensemble des instruments relatifs à l'emploi de 2010, l'OIT a précisé à ce sujet que

l'article 3, paragraphe 2, de la convention no 181 prévoit comme alternative aux systèmes d'agrément et de licences la possibilité que la législation et la pratique nationales règlent ou déterminent les conditions d'exercice des agences d'emploi privées. La convention donne ainsi aux gouvernements une marge de manoeuvre sur la façon de réglementer les agences d'emploi privées. Les pays qui disposaient avant la ratification de la convention no 181 d'un système réglementaire autre que le système de licences et d'agrément peuvent ainsi le conserver⁹⁰.

L'OIT ajoute qu'il demeure essentiel que les dispositions juridiques ou les pratiques nationales existantes soient appliquées correctement et en permanence. Pour ce faire, elle estime que les dispositions doivent être impartiales et transparentes, et qu'elles puissent aider les agences privées à exercer adéquatement leurs activités⁹¹. Malgré les précisions de

88. *Ibid*, art 5.

89. *Ibid*, art 3.

90. BIT, *Étude d'ensemble sur les instruments relatifs à l'emploi à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, Conférence internationale du Travail, 99^e sess, Rapport III (Partie 1B) (2010), au para 249.

91. *Ibid*.

l'OIT, il reste un certain flou quant aux systèmes réglementaires acceptables selon la convention.

La *Recommandation 188*, qui s'ajoute à la *Convention 181*, est divisée en trois parties. Y sont notamment inclus : la recommandation de compléter la législation nationale applicable aux agences d'emploi privées par des normes techniques, des directives, des codes de déontologie, des procédures d'autoréglementation entre autres choses⁹² ; la promotion des bonnes pratiques à adopter, telle que la répression des pratiques déloyales en matière de publicité⁹³ ; la demande d'informer les travailleurs migrants de la nature des emplois offerts et des conditions d'emploi, dans leur propre langue ou une langue qui leur soit familière⁹⁴ ; et le conseil, au service public de l'emploi et aux agences privées, de coopérer en vue de la mise en œuvre d'une politique nationale sur l'organisation du marché de travail.

L'OIT peut décider d'adopter des principes directeurs afin de fournir des indications sur les pratiques exemplaires. Les principes directeurs ne sont pas contraignants, mais ils sont utiles lorsque des traités n'ont pas été adoptés sur un point précis⁹⁵. D'ailleurs, deux mois seulement avant l'adoption de la *Convention 181*, la réunion tripartite sur les activités futures de l'OIT dans le domaine des migrations a adopté les *Principes directeurs sur les mesures spéciales de protection des travailleurs migrants recrutés par des agents privés*⁹⁶. Alors que la *Convention 181* vise tous les types de travailleurs, les principes directeurs ont été spécifiquement établis pour protéger les travailleurs migrants.

Divisés en cinq thèmes, les principes directeurs visent à guider l'action nationale et les activités de l'OIT. Ce sont essentiellement les mêmes propositions qui ont par la suite été reprises dans la *Convention*

92. OIT, *Recommandation 188, Recommandation concernant les agences d'emploi privées*, Conférence internationale du Travail, 85^e sess, art 2(2).

93. *Ibid*, art 7.

94. *Ibid*, art 8.

95. BIT, *Travailleurs migrants*, *supra* note 75 à la p 23.

96. OIT, Conseil d'administration, MEIM/1997/D.4 (1997) annexe II [OIT, *Principes directeurs*].

181, la *Recommandation 188* et le *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre*. Ces principes directeurs épuisent à toutes fins pratiques les problèmes pouvant être posés par des intermédiaires privés et tentent d'encourager les états à y répondre.

Enfin, en juin 2011, l'OIT a adopté la *Convention 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques*⁹⁷, complétée de la *Recommandation 201*⁹⁸. Dans cette convention, on retrouve, à l'article 15, des dispositions concernant le recrutement :

1. Afin d'assurer que les travailleurs domestiques, y compris les travailleurs domestiques migrants, recrutés ou placés par des agences d'emploi privées sont effectivement protégés contre les pratiques abusives, tout Membre doit :

- a) déterminer les *conditions d'exercice* de leurs activités par les agences d'emploi privées lorsqu'elles recrutent ou placent des travailleurs domestiques, conformément à la législation et à la pratique nationales ;
- b) assurer qu'il existe *des mécanismes et des procédures appropriés aux fins d'instruire les plaintes* et d'examiner les allégations d'abus et de pratiques frauduleuses, concernant les activités des agences d'emploi privées en rapport avec des travailleurs domestiques ;
- c) prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées, dans les limites de sa juridiction et, le cas échéant, en collaboration avec d'autres Membres, pour faire en sorte que les travailleurs domestiques recrutés ou placés sur son territoire par des agences d'emploi privées bénéficient d'une *protection adéquate, et pour empêcher que des abus ne soient commis à leur encontre*. Ces mesures doivent comprendre des lois ou règlements qui spécifient les obligations respectives de l'agence d'emploi privée et du ménage vis-à-vis du travailleur domestique et qui prévoient des sanctions, y compris l'interdiction des agences d'emploi privées qui se livrent à des abus et à des pratiques frauduleuses ;
- d) envisager de conclure, lorsque des travailleurs domestiques sont recrutés dans un pays pour travailler dans un autre, des *accords bilatéraux*, régionaux ou multilatéraux pour prévenir les abus et les pratiques frauduleuses en matière de recrutement, de placement et d'emploi ;
- e) prendre des mesures visant à assurer que *les honoraires facturés par les agences d'emploi privées ne soient pas déduits de la rémunération des travailleurs domestiques*.

97. OIT, 100^e sess, (2011) (non entrée en vigueur).

98. OIT, *Recommandation 201, Recommandation sur les travailleuses et travailleurs domestiques*, 2011, Conférence internationale du Travail, 100^e sess, (2011).

2. Pour donner effet à chacune des dispositions du présent article, tout Membre doit consulter les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives et, lorsqu'elles existent, les organisations représentatives de travailleurs domestiques et celles d'employeurs de travailleurs domestiques [nos italiques].

Le paragraphe a) reprend une partie importante de l'article 3 de la *Convention 181*. Dans la disposition, la référence à la signature d'ententes bilatérales est d'un intérêt particulier, une forme de « partage des pouvoirs » entre le public et le privé. Le rôle de modèle des services de placement publics est une mesure que nous trouvons fondamentale pour éviter la marchandisation des travailleuses. La signature d'ententes bilatérales est un moyen relativement simple à mettre en place, mais qui peut avoir un impact majeur pour les travailleuses domestiques.

Ces deux nouveaux instruments, soit la *Convention 189* et la *Recommandation 201*, sont d'une grande importance pour les travailleuses domestiques. La mise en place de normes démontre un consensus sur le fait que cette catégorie de main-d'œuvre est particulièrement vulnérable et que, dans ce cadre, les intermédiaires doivent faire l'objet d'une surveillance particulière. On remarque avec intérêt que l'exploitation possible des travailleuses domestiques par les intermédiaires attire, encore une fois, l'attention de la communauté internationale. Il reste à voir si les états membres, dont le Canada, ratifieront l'instrument.

B. Un problème de ratification

Bien que le Canada ait participé activement aux travaux préparatoires de la *Convention 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques*, il nous est permis de croire qu'il ne ratifiera pas cet instrument puisque, lors des discussions de juin 2010, il avait mentionné que seule une recommandation était nécessaire⁹⁹. De plus, le Canada n'a ratifié aucune des conventions ci-dessus concernant les travailleuses migrantes ou les

99. BIT, *Travail décent pour les travailleurs domestiques*, Conférence international du Travail, 99^e sess, Rapport IV (2), (2010) à la p 10-11.

agences d'emploi. Pourtant, à la suite d'une visite au Canada, la Rapporteuse spéciale sur les droits des migrants avait encouragé le gouvernement à ratifier la *Convention sur les droits des travailleurs migrants*¹⁰⁰. Durant les audiences du CIMM au sujet des travailleurs étrangers temporaires, plusieurs personnes ont aussi suggéré au Canada de ratifier cette convention. À ce jour, le Canada n'a toujours pas manifesté son intention de le faire. La raison principale expliquant la non-ratification de ces instruments par le Canada est le partage des compétences reliées au travail et à l'immigration.

Il n'y a cependant pas que le Canada qui n'a pas ratifié les outils internationaux d'encadrement des intermédiaires. Bien que ceux-ci fassent l'objet de nombreux travaux et qu'ils sont le fruit de longues discussions, on constate que relativement peu de pays les ont ratifiés. La *Convention 181 sur les agences d'emploi privées* ne compte à ce jour que 23 ratifications. Cette situation peut s'expliquer en partie par le fait que la convention n'a pas une grande visibilité, n'ayant pas fait l'objet de campagne de promotion¹⁰¹.

On rencontre le même problème avec la *Convention 97*, ratifiée par seulement 49 pays. Pour ce qui est de la *Convention 143*, 23 pays l'ont ratifiée. À ce sujet, l'OIT a mentionné que « la commission d'experts a aussi noté que certaines difficultés à appliquer les conventions nos 97 et 143 semblent provenir d'interprétations erronées des obligations découlant de certaines de leurs dispositions »¹⁰². De plus, il semblerait que la disposition à l'effet que les services publics de l'emploi doivent être fournis sans frais pose des problèmes pour certains gouvernements¹⁰³. La Commission d'experts croit que le principe de gratuité pourrait être réexaminé, car si les services publics étaient

100. *Rapport sur les droits de l'homme des migrants présenté par la Rapporteuse spéciale, Mme Gabriela Rodríguez Pizarro, en application de la résolution 1999/44 de la Commission des droits de l'homme*, Doc Off CES NU, 57^e sess, E/CN.4/2001/83/Add.1 (2000).

101. Beates, *supra* note 57 à la p 156.

102. BIT, *Approche équitable*, *supra* note 63 à la p 87.

103. Voir la *Convention 97*, *supra* note 61, art 7 au para 2, annexe I, art 4, et annexe II, art 4 au para 1.

autorisés à faire payer certains frais administratifs, les états seraient peut-être moins réfractaires à la convention¹⁰⁴. Malgré le faible taux de ratification, il reste néanmoins que les conventions font état d'un consensus international sur certaines questions. Les travaux d'élaboration et d'adoption de la *Convention 181* sont ainsi la preuve que les états trouvaient important d'encadrer les intermédiaires privés afin d'éviter l'exploitation des travailleurs, notamment les travailleurs migrants.

En somme, on constate que l'OIT est très active dans la protection des travailleurs migrants et est particulièrement sensible à la question des intermédiaires. En moins de 15 ans, elle a révisé la *Convention 96* en adoptant la *Convention 181* et la *Recommandation 188*, a élaboré les *Principes directeurs sur les mesures de protection des travailleurs migrants recrutés par des agents privés* et le *Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre* et a publié le *Guide pour les agences d'emploi privées*¹⁰⁵. Qui plus est, en 2009, l'OIT a tenu un atelier tripartite visant à promouvoir la ratification de la *Convention 181*. Dans le document de réflexion préparé à cet effet, il est indiqué qu'« en 2011, le BIT organisera un forum de dialogue mondial tripartite sur la contribution des agences d'emploi privées à la promotion du travail décent et à un meilleur fonctionnement du marché du travail dans les secteurs de services privés [. . .] »¹⁰⁶. À cela s'ajoute l'article 15 de la *Convention 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques*. Les questionnements au sujet des intermédiaires n'ont donc pas fini de susciter des réflexions au sein de l'OIT.

104. BIT, *Travailleurs migrants*, *supra* note 75 à la p 73 et à la p 266 : « La commission est d'avis qu'une délimitation plus claire que celle figurant dans les instruments de 1949 doit être tracée entre les services gratuits—qui doivent être assurés à tous les candidats migrants et la rémunération éventuelle de services visant le recrutement et le placement qui aboutissent pour le migrant à l'exercice effectif d'un emploi correspondant à l'offre ».

105. BIT, *Guide pour les agences d'emploi privées — Réglementation, contrôle et application*, Genève, OIT, 2008.

106. OIT, *Les agences d'emploi privées, les travailleurs intérimaires et leur contribution au marché du travail*, 2009 à la p iii.

Toutefois, un des enjeux actuels réside peut-être dans le fait qu'un glissement s'opère en faveur de la *soft law* et l'autorégulation. Le Cadre multilatéral et les Principes directeurs en sont de bons exemples. Le Cadre multilatéral a été élaboré alors que l'OIT et l'ONU avaient déjà adopté des instruments contraignants à cet effet. D'ailleurs, le Cadre multilatéral est dérivé des principes contenus dans les conventions et recommandations¹⁰⁷. Il en est de même pour les Principes directeurs. Une des raisons ayant poussé à leur adoption est justement le faible taux de ratification des instruments contraignants¹⁰⁸.

Mais où se situe le Canada sur le plan de l'encadrement des intermédiaires? Même s'il participe aux discussions de l'OIT sur les travailleuses domestiques, cela se reflète-t-il dans les lois nationales? Pour répondre à ces questions, nous examinerons les dispositions législatives fédérales concernant les travailleurs migrants, les travailleuses domestiques et les intermédiaires.

C. En droit national fédéral

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁹, la réglementation des intermédiaires est du ressort des provinces, puisqu'ils agissent dans le cadre de la compétence provinciale en matière de contrats privés¹¹⁰. De son côté, le législateur fédéral, par le biais de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et le *Code criminel*¹¹¹, encadre aussi la pratique des intermédiaires.

Au sujet des intermédiaires, l'article 118 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) prévoit que :

107. BIT, *Cadre multilatéral*, *supra* note 76 à la p 4.

108. OIT, *Principes directeurs*, *supra* note 96 à la p 3.

109. *Supra* note 38.

110. *Ibid*, art 92(13) : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: [. . .] 13. La propriété et les droits civils dans la province [. . .] ».

111. *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

Sont assimilés à l'organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l'entrée, à l'intérieur du pays, ainsi que l'accueil et l'hébergement de celles-ci.

Le CIMM explique à ce sujet que « le fait que cette infraction ne soit pas liée à l'utilisation de la force ni à la menace de l'utilisation de la force et qu'elle peut reposer sur la fraude ou la tromperie offre un moyen de poursuivre des recruteurs »¹¹². Selon la LIPR, une personne trouvée coupable de cette infraction est passible d'une amende allant jusqu'à 1 000 000\$ ou un emprisonnement à perpétuité¹¹³.

Parmi les infractions à la LIPR, se trouve aussi la fausse représentation. L'article 127 énonce ceci :

Commet une infraction quiconque sciemment :

- a) fait des *présentations erronées* sur un fait important quant à un objet pertinent ou une réticence sur ce fait, et de ce fait entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi ;
- b) communique, directement ou indirectement, peu importe le support, des *renseignements ou déclarations faux ou trompeurs* en vue d'encourager ou de décourager l'immigration au Canada [. . .] [nos italiques].

Une personne reconnue coupable de cette infraction risque de 50 000\$ à 100 000\$ d'amende et de deux à cinq ans d'emprisonnement¹¹⁴. Les fausses informations et les emplois inexistantes étant parmi les abus les plus fréquemment commis par les intermédiaires, il est quelque peu étonnant que la jurisprudence dans ce domaine soit aussi rare. Il semble que très peu de plaintes aient été portées ou que celles-ci ne se soient pas rendues devant les tribunaux. Selon nos recherches, seulement deux décisions impliquant des intermédiaires ont été rendues en vertu de la

112. CIMM, *Travailleurs étrangers temporaires*, supra note 46 à la page 39.

113. LIPR, supra note 29, art 120.

114. *Ibid*, art 128.

LIPR¹¹⁵. Pour éviter la marchandisation des travailleuses domestiques, il est essentiel que les acteurs fédéraux prennent conscience du problème et appliquent plus rigoureusement les dispositions en vigueur.

Quant au *Code criminel*, outre la traite des personnes¹¹⁶, il sanctionne aussi la fraude. Cette infraction est définie à l'article 380 comme suit :

Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur.

Ainsi, le fait pour les intermédiaires d'exiger des frais exorbitants à des travailleuses domestiques, en leur promettant un emploi qui n'existe pas, pourrait vraisemblablement constituer de la fraude au sens du *Code criminel*.

D'autres infractions au *Code criminel* seraient aussi susceptibles d'être reprochées aux intermédiaires. Ces derniers pourraient, selon le cas, être poursuivis pour les infractions suivantes : fabrication et utilisation de faux documents¹¹⁷ (par exemple dans le but de faciliter l'entrée de la travailleuse domestique au Canada) ; voies de fait ou agression sexuelle¹¹⁸ ; enlèvement et séquestration¹¹⁹ (si l'intermédiaire brime la liberté de la travailleuse domestique comme dans le cas de Joelina Maluto, dont nous avons mentionné précédemment, qui a été gardée en détention avec 16 autres migrantes dans le sous-sol de la résidence de la recruteuse) ; intimidation¹²⁰ et harcèlement¹²¹ (par exemple si

115. *R c Estipona*, 2009 ONCJ 263, 80 Imm LR (3^e) 316 ; et *Liu c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1253, 76 Imm LR (3^e) 261. Contrairement à la première décision, dans celle-ci, ce n'est pas l'intermédiaire qui est mis en cause, bien qu'il soit au cœur de l'histoire.

116. *Supra* note 111, art 279.01-279.04.

117. *Ibid*, art 368.

118. *Ibid*, art 265.

119. *Ibid*, art 279.

120. *Ibid*, art 423.

121. *Ibid*, art 264.

l'intermédiaire menace la travailleuse domestique, notamment pour l'amener à travailler illégalement) ; complot¹²² ; et crime organisé¹²³.

Nous n'avons répertorié aucun jugement qui aurait été rendu en vertu des dispositions du *Code criminel* à l'encontre d'intermédiaires. Pourtant, nous avons pris connaissance de plusieurs histoires où des intermédiaires ont commis des gestes contrevenant au *Code criminel*. À titre d'exemple, dans le cas de Joelina Maluto, cette travailleuse domestique qui a obtenu gain de cause devant la cour des petites créances, malgré les révélations du *Toronto Star* et les allégations de séquestration et de rétention de documents, il ne semble pas que l'intermédiaire ait été inquiétée.

Le peu de jurisprudence recensée à propos des intermédiaires démontre que ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n'agissent de façon effective pour sanctionner les fautifs. D'ailleurs, à ce sujet, Habiba Zaman souligne ceci : « an underground agent system has emerged because neither the federal government nor the provincial governments enforce labor regulations in the commodified/private sector »¹²⁴. Le partage constitutionnel des compétences en cette matière y est pour beaucoup.

D. Le partage des compétences

Les deux paliers de gouvernement, tant provincial que fédéral, ont des dispositions encadrant les activités des intermédiaires. Or, un des problèmes vient justement de ce fait. Lorsqu'il est question d'intermédiaires, le fédéral a juridiction en matière pénale (avec la LIPR) et criminelle, alors que le provincial a compétence en matière civile (contrat privé) et en matière pénale (infractions prévues dans les lois du travail). À priori, nous n'y voyons pas de chevauchement, mais plutôt un complément. Toutefois, qui doit réagir dans le cas d'une travailleuse domestique ayant conclu un contrat de recrutement avec un

122. *Ibid*, art 465.

123. *Ibid*, art 467.1.

124. Zaman, *Breaking the Iron Wall*, *supra* note 12 à la p 86.

intermédiaire privé en vue de migrer au Canada? Le fédéral, car cela concerne l'entrée au Canada, ou bien le provincial, car il s'agit d'un contrat privé? La réponse, quoique non évidente, pourrait bien être : les deux. D'ailleurs, Judy Fudge qualifie la situation d'« énigme juridictionnelle » :

the effective regulation of private employment agencies that place domestic workers across national boundaries is a key challenge for policy makers at the international and national levels. Paid domestic work transgresses a number of boundaries that law both defines and reflects, and it is this transgression, historically, that has made protecting this important activity difficult¹²⁵.

Nous déplorons le fait qu'il ne semble pas y avoir suffisamment de concertation entre les gouvernements sur les actions à prendre.

À titre d'exemple, le gouvernement ontarien a décidé d'adopter la *Loi de 2009* en partie à cause du laxisme du gouvernement fédéral quant aux abus de travailleuses domestiques par des intermédiaires. En effet, comme le dit la ministre ontarienne des Affaires intergouvernementales : « for a variety of reasons, be it the inadequacy of the federal legislation and loopholes that have existed, we have found that these foreign caregivers need our protection »¹²⁶. Qui plus est, pour faire suite à son enquête sur les recruteurs de travailleuses domestiques, le *Toronto Star* avait demandé au ministre du Travail de l'Ontario s'il allait agir pour sévir contre les intermédiaires frauduleux. Ce dernier a répondu qu'il n'entendait pas légiférer dans ce domaine : « the federal government, as an umbrella for temporary foreign workers, is the right level of government to address what is seen as a very complex and difficult thing »¹²⁷. Il a finalement changé d'avis et a décidé de présenter un projet de loi, même s'il croyait que ce n'était pas à la province de le faire. Or, selon le Commissaire Arthurs :

125. Fudge, *supra* note 45 à la p 242.

126. Ontario, Assemblée législative, *Journal de débats (Hansard)*, 39^e lég, 1^{re} sess, n° 178 (26 octobre 2009) à la p 8164 (Hon Monique M Smith).

127. Robert Cribb et Dale Brazzo, « Victory for our nannies », *Toronto Star* (3 avril 2009) A1.

Chaque année, de nombreux travailleurs étrangers détenant un permis entrent sur le marché du travail canadien afin d'occuper des emplois temporaires comme travailleurs domestiques ou agricoles. Le pouvoir législatif de réglementer les conditions de travail sur ces marchés appartient clairement aux provinces et non pas au gouvernement fédéral¹²⁸.

Le Commissaire Arthurs nuance ses propos en ajoutant que « le gouvernement fédéral a la responsabilité explicite de s'assurer que ces travailleurs sont traités de façon décente et qu'ils ne sont ni exploités, ni maltraités »¹²⁹. Il précise qu'à son avis, « le gouvernement fédéral devrait jouer un rôle plus actif dans la protection des travailleurs étrangers migrants »¹³⁰. En effet, selon lui, cette responsabilité découle en partie des obligations internationales du Canada en matière de travailleurs migrants et en partie de sa compétence constitutionnelle en immigration¹³¹.

Judy Fudge résume bien la situation actuelle qui prévaut au Canada relativement à l'encadrement des intermédiaires :

Jurisdiction has been used as an excuse by the federal and some provincial governments for their failure to ensure that migrant domestic workers are not exploited by employment agencies. However, [...] the division of jurisdiction between the two levels of government over immigration and employment matters could be used as a resource to prevent the abusive practices of employment agencies. Jurisdiction is not a legal problem that prevents the effective regulation of employment agencies that place workers across national boundaries. The problem of obtaining decent work for migrant domestic workers is political¹³².

L'auteure précise aussi que le gouvernement fédéral pourrait utiliser ses pouvoirs en matière d'immigration pour interdire les pratiques abusives des intermédiaires et qu'il aurait également la compétence de

128. Harry W Arthurs, *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006 à la p 261.

129. *Ibid.*

130. *Ibid* à la p 262.

131. *Ibid* à la p 261.

132. Fudge, *supra* note 45 à la p 264.

s'assurer de la conformité des contrats de travail (obligatoires pour entrer au Canada). Mais au contraire, le partage des pouvoirs sert plutôt de justification au gouvernement fédéral pour ne pas ratifier les instruments internationaux. En effet, bien que le fédéral ait la compétence pour ratifier des conventions internationales, et ce, même si elles concernent des sujets où il partage les pouvoirs avec les provinces (tels que l'immigration), il hésite souvent en pratique à le faire.

Quoique la question de savoir quel palier gouvernemental doit légiférer pour encadrer les intermédiaires ne soit pas résolue, l'Ontario a décidé d'intervenir. Le Manitoba l'avait déjà fait avant elle, collaborant même avec le fédéral à cette fin. Pour le moment, il semble donc y avoir un accord tacite entre le fédéral et certaines provinces à ce sujet. Nous analyserons donc les gestes posés par les provinces pour encadrer les intermédiaires.

E. En droit provincial

Malgré certaines zones grises et mises à part les dispositions incluses dans le *Code criminel* et dans la LIPR, il semble revenir aux provinces d'adopter des lois et règlements encadrant les activités des intermédiaires. Avant de nous pencher sur la récente loi ontarienne, traçons un portrait global de la situation.

Actuellement, six provinces et deux territoires ont légiféré au sujet du recrutement et du placement de travailleurs¹³³. Les règles dans ce

133. Alberta : *Fair Trading Act*, RSA 2000, c F-2 ; *Employment Agency Business Licensing Regulation*, Alta Reg 189/1999 [*Employment Agency Business*] ; Colombie-Britannique : *Employment Standards Act*, RSBC 1996, c 113 ; *Employment Standards Regulation*, BC Reg 396/95 ; Manitoba : *Loi sur le recrutement et la protection des travailleurs*, CPLM c W197 [*Loi sur le recrutement*] ; *Règlement sur le recrutement et la protection des travailleurs*, Règl du Man 21/2009 ; Ontario : *Loi de 2009 sur la protection des étrangers dans le cadre de l'emploi (aides familiaux et autres)*, LO 2009, c 32 ; Saskatchewan : *Employment Agencies Act*, RSS 1978, c E-9 ; Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur les normes d'emploi*, LTN-O 2007, c 13 ; *Règlement sur les agences de placement*, Règl des TN-O 0652008 ; Yukon : *Loi sur les agences de placement*, LRY 2002, c 71 ; *Loi sur les agences de placement*, YD 1972/123 [*Loi sur les agences 1972*].

domaine peuvent se trouver dans trois types de lois : les lois générales sur les normes d'emploi, les lois particulières aux agences de placement et enfin les lois spécifiques au recrutement de travailleurs étrangers. Les définitions de recruteur ou agence de placement, selon le cas, incluses dans ces huit lois sont toutes suffisamment larges pour inclure les activités des intermédiaires comme nous les entendons ici¹³⁴.

Les lois adoptées par les provinces sont assez variées. Par contre, elles ont toutes en commun d'interdire à un intermédiaire d'imposer des frais au travailleur pour lui trouver un emploi ou lui donner des informations sur un emploi. On peut donc dire que l'interdiction de faire payer la personne en recherche d'un emploi est la disposition minimale destinée à assurer une certaine protection contre les abus des intermédiaires.

À cela s'ajoutent d'autres mesures diverses. Par exemple, une disposition présente dans cinq des huit lois est celle d'obliger un intermédiaire à détenir un permis émis par les autorités provinciales pour pouvoir opérer. Les provinces du Manitoba, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, de même que les Territoires du Nord-Ouest et le Yukon, ont mis sur pied un tel système de licence qui permet de savoir qui exerce comme intermédiaire, pour autant, bien entendu, que ces personnes agissent en toute légitimité.

Une autre disposition qui revient dans cinq lois, soit celles de l'Ontario, du Manitoba, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et des Territoires du Nord-Ouest, oblige l'intermédiaire à tenir un registre des employeurs avec qui il a fait affaire et des personnes qui y ont été référées afin de pouvoir leurs retracer les clients.

En somme, l'interdiction de faire payer des frais à la personne qui recherche un emploi, l'obligation de détenir une licence et l'obligation de tenir un registre de clients sont les mesures les plus souvent retenues par les provinces pour encadrer les intermédiaires. Ces dispositions rejoignent celles qui sont privilégiées par l'OIT pour assurer la protection des migrantes. Trois législations seulement, soit celles du

134. *Supra* note 3.

Manitoba, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, combinent les trois dispositions.

Notons les importantes différences entre les lois provinciales. En Ontario et au Manitoba, en plus des lois générales sur les normes d'emploi¹³⁵, des dispositions visent spécifiquement le recrutement de travailleurs étrangers. En effet, le Manitoba a une loi particulière concernant le recrutement de certains travailleurs, dont plusieurs dispositions sont consacrées au recrutement de travailleurs étrangers¹³⁶. Pour sa part, l'Ontario a adopté une loi visant spécifiquement les aides familiales étrangères et se réserve le pouvoir d'assujettir éventuellement d'autres travailleurs étrangers en adoptant un règlement à cet effet. En plus de l'Ontario, la Colombie-Britannique a aussi des dispositions spéciales pour les travailleuses domestiques et le travail en maison privée.

D'autres dispositions uniques sont intéressantes, comme en Saskatchewan où il est interdit à un intermédiaire privé d'utiliser le nom de la province dans sa dénomination¹³⁷. Cela a pour effet de ne pas induire les gens en erreur sur le caractère public ou privé du service. Une autre disposition pertinente, mais que seul le Yukon a adopté, vise à interdire certaines formes de publicité afin de ne pas induire les travailleurs en erreur. Par exemple, est interdite toute

publicité, qu'elle soit écrite ou verbale, qui affirme ou laisse entendre qu'il existe une demande explicite ou des emplois disponibles pour les candidats, à moins qu'une preuve tangible de l'existence d'une telle demande ou de la disponibilité de ces emplois, avec précision quant à l'endroit où ils sont offerts [. . .]¹³⁸.

Puisque l'existence d'informations erronées est souvent reprochée aux intermédiaires, il est étonnant que les lois plus récentes, comme celle de l'Ontario par exemple, n'aient pas adopté de disposition semblable.

135. *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, LO 2000, c 41 ; *Code des normes d'emploi*, CPLM c E110.

136. *Loi sur le recrutement*, *supra* note 133, art 2(4), 11–13.

137. *Employment Agencies Act*, *supra* note 133, art 5.

138. *Loi sur les agences 1972*, *supra* note 133, art 8.

D'ailleurs, s'agissant de l'Ontario, il est opportun de nous arrêter et d'analyser la *Loi de 2009*, la plus récente en la matière.

F. L'exemple de l'Ontario

En mars 2009, Mike Colle, député du Parti Libéral, siégeant à l'Assemblée législative de l'Ontario, a présenté le projet de loi 160, *Loi ayant trait au recrutement et la protection des fournisseurs de soins et des travailleurs étrangers*¹³⁹. On peut lire dans la note explicative que « [l]e projet de loi vise à réglementer les activités des personnes qui exploitent une agence de placement de fournisseurs de soins et qui exercent des activités de recrutement de fournisseurs de soins et de travailleurs étrangers en leur délivrant des licences »¹⁴⁰.

Après la deuxième lecture, ce projet de loi privé a été remplacé par un projet de loi émanant du gouvernement. Le projet de loi 210, *Loi visant à protéger les étrangers employés comme aides familiaux et dans d'autres emplois prescrits et modifiant la Loi de 2000 sur les normes d'emploi*¹⁴¹, a été présenté en première lecture par Peter Fonseca, ministre du Travail, le 21 octobre 2009. Bien qu'il vise le même objectif que le projet de loi 160, soit celui de protéger les aides familiales contre les abus commis par les intermédiaires, le projet de loi 210 n'utilise pas les mêmes outils. En effet, il ne propose pas de système de licence¹⁴², mais impose plutôt des interdictions : celle de faire payer des frais à l'aide familiale, celle de retenir les passeports et celle d'exercer des représailles contre les travailleuses. La loi précise effectivement que ni les recruteurs,

139. PL 160, 1^{re} sess, 39^e lég, Ontario, 2009.

140. *Ibid.*

141. PL 210, *Loi visant à protéger les étrangers employés comme aides familiaux et dans d'autres emplois prescrits et modifiant la Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, 1^{re} sess, 39^e lég, Ontario, 2009.

142. En 1990, l'Ontario avait adopté la *Loi sur les agences de placement* (LRO 1990, c E.13) qui exigeait un permis d'exploitation. Cette loi a été abrogée en 2001. À l'heure actuelle, aucun système de licence n'existe dans la province pour des agences de ce type. Même les récents changements à la *Loi sur les normes d'emploi* concernant les agences de travail temporaire ne demandent pas de licence.

ni les employeurs ne peuvent intimider ou pénaliser la travailleuse domestique qui revendique le respect de la loi, s'informe de ses droits, dépose une plainte en vertu de la loi ou donne des renseignements à un agent des normes d'emploi¹⁴³.

Dès le départ, personne n'a remis en question la pertinence de protéger les travailleurs étrangers contre les intermédiaires sans scrupules. Toutefois, malgré cette quasi-unanimité des députés quant au but, il y a eu des divergences sur les moyens à prendre pour assurer cette protection.

Nous avons vu que l'OIT prône la mise sur pied d'un mécanisme d'accréditation des intermédiaires puisqu'il s'agit d'une façon d'éviter les abus par les intermédiaires peu scrupuleux. En Ontario, l'absence d'une licence pour les intermédiaires et d'un registre des employeurs a suscité la désapprobation de certains députés et organismes venus témoigner. De fait, l'obligation d'obtenir une licence pour pouvoir agir à titre d'intermédiaire a été réclamée autant par les organismes de protection des travailleuses domestiques¹⁴⁴ que par les intermédiaires eux-mêmes¹⁴⁵. Ces derniers désirent renforcer la crédibilité de leur profession en n'autorisant que les détenteurs de permis à exercer¹⁴⁶. Les partis de l'opposition¹⁴⁷ ont tous deux proposé un amendement au projet de loi

143. *Loi de 2009*, *supra* note 9, art 10.

144. Voir par ex Ontario, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 39^e lég, 1^{re} sess, n° M-20 (2 décembre 2009) aux pp M-240 (Ms Robyn Zeldin), M-251 (Ms Nancy Abbey) [*Assemblée législative M-20*].

145. *Ibid* aux pp M-255 (Ms Susan Zwaal), M-262 (Ms Eva Knof).

146. *Ibid* à la p M-255 (Ms Susan Zwaal) : « The caregiver recruitment agency should be required to post bond to ensure that only licensed agencies are permitted to operate as recruiters. A government website should post the names of valid licence holders, as in the cases of British Columbia and Manitoba. This, in itself, would clean up the rogue, basement operators and allow ethical agencies to continue to deliver the same services that both our employers and our caregivers demand ».

147. Au moment de l'adoption de la *Loi de 2009*, en Ontario, le parti Progressiste-Conservateur (PC) détenait 25 sièges sur les 107 que compte l'Assemblée législative, le Nouveau Parti Démocratique (NPD) en a 10 alors que la majorité, soit 72 sièges est détenue par le Parti Libéral (PL).

afin de prévoir un tel système de licence¹⁴⁸, ce à quoi le député du gouvernement a répondu :

A licensing regime would create a significant burden and additional cost for recruitment agencies. This would not be in line with Ontario's Open for Business initiative. It could also take some time to establish a licensing regime and for that regime to have a real impact on exploitive recruitment practices. This bill, if passed, would allow MOL [Ministry of Labour] to take strong enforcement action against abusive recruiters once the legislation comes into force¹⁴⁹.

Il s'agissait d'une opportunité, qui n'a pas été saisie, de démontrer que le gouvernement désirait véritablement assurer la protection des travailleuses domestiques venues s'établir dans la province.

Parmi les demandes formulées par l'opposition ainsi que par plusieurs organismes témoins, on retrouve notamment la responsabilité conjointe et solidaire de l'employeur et du recruteur. De nombreux témoins¹⁵⁰ ont demandé une telle mesure de protection qui permet de recouvrer plus facilement les frais payés par les travailleuses domestiques. En demandant un amendement au projet de loi afin de prévoir la responsabilité conjointe et solidaire, la députée DiNovo a expliqué :

The problem here is about collecting. If the live-in caregiver has a complaint, and it's a legitimate one, against a recruiter and the recruiter all of a sudden disappears, which is extremely likely with some of those more fly-by-night companies, and all she's left with is the employer, that's the only person she could conceivably collect from. I understand that the government sees this happening in the civil courts but I don't think that is realistic for someone who has no money, who may have language issues. The route for

148. Ontario, Assemblée législative, *Journal des débats (Hansard)*, 39^e lég, 1^{re} sess, n° M-21 (7 décembre 2009) aux pp M-265 (Ms Cheri DiNovo), M-267 (Mr Norm Miller) [*Assemblée législative M-21*].

149. *Ibid* à la p M-265 (Mr Vic Dhillon).

150. *Assemblée législative M-20*, *supra* note 144 aux pp M-235 (Ms Pura Velasco), M-238 (Ms Mary Gellatly), M-244 (Ms Deena Ladd), M-245 (Mr Ronell Tabafunda), M-247 (Mr Chris Ramsaroop).

collection of that illegal fee should be more direct, so that's why this is such an important amendment¹⁵¹.

Le gouvernement a refusé d'acquiescer à cette demande, expliquant que l'on ne pouvait imposer aux employeurs la responsabilité de la violation de la loi par l'intermédiaire. Puisque les employeurs sont habituellement des familles, des mères et des pères qui ne connaissent pas nécessairement les rouages du recrutement, on a jugé qu'il serait injuste de mettre ce fardeau sur leurs épaules¹⁵².

Ensuite, une autre modification rejetée par le gouvernement concernait l'application plus large de la loi. De nombreux témoins¹⁵³ sont venus demander que la loi ne s'applique pas seulement aux aides familiales, mais à tout travailleur étranger migrant, comme dans le cas de la loi manitobaine. Ces témoins ont raconté que tous les travailleurs étrangers sont susceptibles d'être bernés par des intermédiaires et que la problématique est loin d'être unique aux travailleuses domestiques. D'ailleurs, selon plusieurs, si la loi ne vise que les travailleuses domestiques, les intermédiaires risquent de se tourner vers les autres types de travailleurs étrangers pour faire payer des frais encore plus élevés :

There are tens of thousands of temp foreign workers who are facing fees, having their passports seized and being placed in quite bad housing situations. Failure to include and extend the bill to temp foreign workers at this point really would create an incentive for agencies to expand their fee charging practices to these unprotected workers¹⁵⁴.

Or, l'amendement a été refusé sous prétexte que le projet de loi prévoyait déjà la possibilité d'inclure éventuellement d'autres travailleurs

151. *Assemblée législative M-21, supra* note 148 à la p M-269 (Ms Cheri DiNovo).

152. *Ibid* (Mr Vic Dhillon).

153. *Assemblée législative M-20, supra* note 144 aux pp M-235 (Ms Pura Velasco), M-238 (Ms Mary Gellatly), M-243 (Ms Deena Ladd), M-245 (Mr Ronell Tabafunda), M-247 (Mr Chris Ramsaroop), M-248 (Ms Maria Capulong).

154. *Ibid* à la p M-238 (Ms Mary Gellatly).

par règlement, ce qui, d'après le gouvernement, permet plus de flexibilité.

Enfin, une autre demande consistait à ne permettre aucune exception aux frais pouvant être chargés par les intermédiaires aux travailleurs¹⁵⁵. Toutefois, d'autres sont venus réclamer le contraire¹⁵⁶, c'est-à-dire que la loi permette de faire payer certains frais aux travailleurs, comme ceux servant à la formation ou à l'aide à la préparation d'un curriculum vitae. Cette demande s'appuie sur ce qui se fait en Colombie-Britannique, en Alberta et au Manitoba où les lois n'interdisent que les frais servant à la recherche d'un emploi¹⁵⁷. Le projet de loi 210 prévoit l'interdiction totale de faire payer des frais pour tous les services et produits fournis au travailleur étranger, sauf pour les frais prescrits. Aux yeux de certains, cette possibilité est dangereuse, car elle ouvre la porte à ce que des frais soient à la charge des travailleurs et que la loi soit ainsi contournée. Les intermédiaires estimaient qu'une telle disposition risquait de mener à la faillite les entreprises sérieuses entraînant ainsi nombre de conséquences néfastes, autant pour les familles ontariennes que pour les travailleuses domestiques elles-mêmes. Autant les députés du gouvernement que ceux de l'autre parti de l'opposition ont alors préféré ne pas prévoir de tels frais dans la loi¹⁵⁸.

C'est ainsi que le projet de loi déposé en octobre 2009 a été rapidement adopté en décembre 2009¹⁵⁹, ne laissant guère de place aux suggestions d'amendements provenant des témoins entendus en comité. Le projet de loi a été adopté à 48 voix contre 13, mais peu de députés se sont dits entièrement satisfaits. Effectivement, certains d'entre eux ont

155. *Ibid* aux pp M-238 (Ms Mary Gellatly), M-247 (Mr Chris Ramsaroop), M-248 (Ms Maria Capulong), M-250 (Mr Saowarak Bunpitak).

156. *Ibid* aux pp M-237 (Mr Phil Mooney), M-240 (Ms Robyn Zeldin), M-251 (Ms Nancy Abbey), M-254 (Ms Susan Zwaal), M-261 (Ms Eva Knof).

157. *Employment Standards Act*, *supra* note 133, art 10 ; *Employment Agency Business*, *supra* note 133, art 9 ; *Loi sur le recrutement*, *supra* note 133, art 15(4).

158. *Assemblée législative M-21*, *supra* note 148 à la p M-268 (Ms Cheri DiNovo et Mr Bob Delaney).

159. Ontario, Assemblée législative, *Journal des débats*, 39^e parl, 1^{re} sess, n° 200 (9 décembre 2009) à la p 9201.

voté en faveur de la loi, se disant qu'il valait mieux adopter celle-ci que de n'avoir aucune loi et ce, malgré les nombreuses lacunes. À titre d'exemple, la députée DiNovo précisait :

Will we support this bill? Yes, we will. Are we happy about this bill? No, we're not. No, we're not, because it does not satisfy any of the deputants and in particular does not satisfy the deputants who needed it most: the most vulnerable workers in Ontario¹⁶⁰.

Pour sa part, la députée Witmer, qui n'a pas appuyé la loi, ajoutait :

it's going to hurt the good, legitimate agencies. The ones that are scamming the public right now will continue to operate, and there'll be no improvement in the situation of foreign live-in caregivers¹⁶¹.

Même si le Canada n'a pas ratifié la *Convention 181 sur les agences d'emploi privées*, il est pertinent de se demander si la loi répond aux normes internationales. Sans minimiser l'importance de toutes les dispositions de la convention, nous croyons que pour éviter l'exploitation des travailleuses domestiques, certaines ressortent comme étant prioritaires, soit la mise en place d'un système de licence (article 3), l'interdiction de faire payer des frais à la travailleuse (article 7), la conclusion d'accords bilatéraux concernant les travailleurs migrants (article 8) et la mise en place de mécanismes de plaintes (article 10).

La *Loi de 2009* ne répond pas de manière satisfaisante à ces critères. Bien qu'elle prévoit l'interdiction de faire payer la travailleuse et qu'elle ait mis en place un mécanisme de plaintes, le gouvernement ontarien n'a pas instauré un processus d'accréditation ni n'a signé d'entente bilatérale. À l'heure actuelle, seules deux provinces ont des lois visant spécialement les travailleurs migrants tandis que quatre provinces¹⁶² ont signé des ententes bilatérales avec les Philippines¹⁶³. Soulignons toutefois que les

160. *Ibid* à la p 9199 (Ms Cheri DiNovo).

161. *Ibid* à la p 9200 (Ms Elizabeth Witmer).

162. Il s'agit de l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Manitoba et la Saskatchewan.

163. « OFW Advisories 2008 » (28 janvier 2011), en ligne : Philippine Overseas Employment Administration <<http://www.poea.gov.ph/advisory/adv2008.htm>>.

ententes signées par la Colombie-Britannique et le Manitoba excluent expressément les travailleuses domestiques alors que les deux autres ententes ne sont pas claires à ce sujet. Considérant le fait que 90% des travailleuses domestiques qui entrent au Canada sont originaires des Philippines, il y a lieu de s'interroger sur les raisons qui sous-tendent ces décisions¹⁶⁴. Avec le programme Philippin d'exportation de la main-d'œuvre¹⁶⁵, les travailleuses domestiques sont d'autant plus considérées comme des marchandises :

As unprotected nationals, migrant Filipina domestic workers experience a de-subjection in globalization. They are commodities of the state whose production generates surplus value for both sending and receiving nations at the cost of their abject vulnerability [...]¹⁶⁶.

Pourquoi est-ce que l'Ontario, la province qui accueille le plus grand nombre de travailleurs migrants temporaires¹⁶⁷, n'a pas saisi l'occasion d'avoir une loi plus complète? Pourquoi les demandes raisonnables, provenant de la majorité des députés et des témoins, ont-elles été si rapidement rejetées? Il est très surprenant que le gouvernement ontarien ait fait la sourde oreille à ceux qui souhaitaient imposer un système d'accréditation aux intermédiaires. Les intermédiaires eux-mêmes ont revendiqué un système qui permettrait de faire un certain tri entre ceux qui sont sérieux et organisés et ceux qui ne le sont pas. Tout indique que le but recherché, soit de protéger les travailleuses domestiques contre

164. Voir notamment Khan, *supra* note 55 à la p 29.

165. République des Philippines, Executive Order No 797, *Reorganizing the Ministry of Labor and Employment, Creating the Philippine Overseas Employment Administration and for other purposes*, 1 mai 1982.

166. Rhacel Salazar Parrenas, *Servants of Globalization: Women, Migration and Domestic Work*, Stanford, Stanford University Press, 2001 à la p 54.

167. En 2009, l'Ontario a reçu 34,2% de tous les travailleurs étrangers temporaires, alors que la Colombie-Britannique en a reçu 24,9%, l'Alberta 16% et le Québec, 15,6%. Voir « Faits et chiffres 2009, Aperçu de l'immigration : Résidents permanents et temporaires » (2009), en ligne : Citoyenneté et Immigration Canada <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2009/permanents/index.asp>> à la p 53.

l'exploitation par des intermédiaires ou des employeurs ontariens, ne sera pas totalement atteint avec la *Loi de 2009*. En effet, même s'il est un peu trop tôt pour juger de l'efficacité de cette loi, il apparaît des débats et témoignages qu'elle aurait pu contenir de plus amples dispositions afin d'assurer un meilleur contrôle du travail des intermédiaires. Le droit international ne semble pas avoir été examiné lors de l'adoption de la *Loi de 2009*. Il contient pourtant de nombreuses règles qui, lorsque mises en commun, aideraient à diminuer grandement les abus envers les travailleuses domestiques migrantes.

Est-ce que les histoires de Joelina Maluto, Catherine Manuel et Marivic Perlas Rivera auraient été évitées si la *Loi de 2009* avait existé au moment des faits? Rien n'est moins évident. Par contre, la Loi offre une nouvelle base juridique sur laquelle des poursuites peuvent être entamées. Reste à voir l'utilisation et l'application qui en sera faite. À ce jour, nous n'avons répertorié aucun jugement rendu à l'encontre d'intermédiaires en vertu de cette loi¹⁶⁸.

Conclusion

Si les intermédiaires professionnels et honnêtes rendent certainement service aux employeurs et aux travailleuses, d'autres, moins intègres, utilisent la vulnérabilité des travailleuses domestiques à leur profit. Dans ces circonstances, l'encadrement juridique de leur pratique joue un rôle crucial. Au niveau international, il existe de nombreux instruments régissant les rapports entre un travailleur et un intermédiaire. Dernièrement, l'adoption de la *Convention 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques* fut une autre occasion de débattre du rôle et de l'encadrement des intermédiaires intervenant dans le recrutement des travailleuses domestiques. Les normes internationales semblent complètes ; elles offrent plusieurs mesures pratiques que les états peuvent mettre en place pour éviter l'exploitation et la marchandisation des travailleuses.

168. En date de juillet 2011.

Au Canada toutefois, on constate que ces normes sont loin d'être aussi claires. Alors que les familles canadiennes comptent sur les travailleuses domestiques étrangères pour combler une pénurie d'aide à domicile, les gouvernements, fédéral et provinciaux, doivent démontrer, outre la volonté de les accueillir, le désir de prévenir les abus dont elles sont si souvent victimes. Les travailleuses domestiques qui viennent s'établir au Canada ne devraient pas être l'objet d'échange entre un intermédiaire et un employeur. D'une part, la simplification de la migration pour les travailleuses domestiques entrant par la voie du PAFR s'impose comme un moyen de diminuer l'intervention des intermédiaires, et donc les cas d'abus. Pour ce faire, il est primordial de négocier des ententes bilatérales concernant les travailleuses domestiques, comme il en existe pour les travailleurs agricoles saisonniers¹⁶⁹ ou les travailleurs étrangers temporaires¹⁷⁰. D'autre part, la mise en application des dispositions pénales et criminelles déjà existantes est aussi essentielle.

Au niveau provincial, le manque d'uniformité dans les lois concernant les intermédiaires, lorsqu'elles existent, est flagrant. Les débats ontariens sur la *Loi de 2009* nous ont démontré un certain manque de volonté de se doter des meilleurs outils pour la protection des travailleuses domestiques. Pour plusieurs, il s'agit d'une occasion ratée. Nous croyons aussi qu'il est malheureux de constater que cette loi, dont le but était spécifiquement la protection des travailleuses domestiques migrantes, ait négligé plusieurs mesures qui auraient accru cette protection. Toutefois, il demeure qu'une loi existe et que malgré

169. Voir « Travailleurs agricoles saisonniers » (28 juillet 2011), en ligne : Ressources humaines et développement des compétences Canada < http://hrsdc.gc.ca/fra/competence/travailleurs_etrangers/ae_tet/tas_tet.shtml > : « Le Programme des travailleurs agricoles saisonniers est exploité en vertu d'accords bilatéraux signés (entre le Canada et le pays participant) qui établissent des ententes et des responsabilités administratives. Des accords ont été mis en place avec la Jamaïque, la Barbade, Trinité-et-Tobago, les Caraïbes orientales (Antigua, Dominique, Grenade, St Kitts, Sainte-Lucie, Saint-Vincent et Montserrat) et le Mexique ».

170. *Supra* note 162.

ses imperfections, encore une fois, elle permet de lever le voile sur un grave problème : le recrutement des travailleuses domestiques entrant au Canada.

Ainsi, au sujet des intermédiaires, les réponses ne sont pas encore suffisantes pour contrer efficacement l'exploitation des travailleuses domestiques au pays. Certes, des bases sont fixées, mais il reste à construire un encadrement juridique solide qui répondra aux normes internationales et qui prouvera que le Canada est une terre d'accueil où la marchandisation des travailleuses n'est pas tolérée.