

LA CONFORMITÉ DE L'EXCLUSION DU DOMESTIQUE
ET DU GARDIEN DE LA PROTECTION AUTOMATIQUE
DE LA *LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL*
ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES
À LA *CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE*

M^e Christine Campbell, conseillère juridique
Direction de la recherche et de la planification

Décembre 2008

Document adopté à la 540^e séance de la Commission,
tenue le 9 décembre 2008, par sa résolution COM-540-5.1

Original signé par :

Jacinthe Gagnon
Secrétaire de la Commission

Traitement de texte :

Chantal Légaré
Direction de la recherche et de la planification

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1 LES « DOMESTIQUES » ET LES « GARDIENNES » DANS LA LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES.....	2
2 LE GROUPE DES DOMESTIQUES ET GARDIENNES DE LA LATMP	6
2.1 Nature des tâches définies dans la LATMP.....	6
2.2 Les différentes catégories de domestiques et gardiennes.....	8
3 L'EXCLUSION DE LA DOMESTIQUE ET DE LA GARDIENNE DE LA DÉFINITION DE TRAVAILLEUR DANS LA LATMP ET LES DROITS PRÉVUS À LA CHARTE	15
3.1 Analyse de la conformité de l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleurs avec les droits prévus à la Charte québécoise.....	16
3.1.1 Le droit à l'égalité.....	16
A Une distinction, exclusion ou préférence.....	17
a) Le groupe auquel les domestiques et les gardiennes peuvent à juste titre prétendre à l'égalité.....	17
b) Nature de la distinction, exclusion ou préférence	21
B Les motifs de discrimination.....	23
a) Le sexe.....	24
b) La condition sociale.....	33
c) L'origine ethnique et la race.....	42
C Le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.....	49
a) Les droits invoqués.....	49
§ Le droit à la sûreté et à l'intégrité (art. 1).....	49
§ Le droit à la dignité (art. 4)	51
§ Le droit à la non-discrimination dans l'établissement de catégories d'emploi ou de classifications d'emploi (art. 16)	54
§ Le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique du travailleur (art. 46)	56
b) Le préjudice subi et l'atteinte à la dignité des personnes exclues.....	62
D La justification réelle et raisonnable de l'exclusion.....	64
E L'application de l'article 20.1	69
3.2 L'application de l'article 7 de la LATMP et la définition d'employeur et d'établissement.....	71
CONCLUSION	74
ANNEXE LA LÉGISLATION PERTINENTE	77

INTRODUCTION

Différents organismes et associations qui soutiennent la campagne « la CSST pour les travailleuses et travailleurs domestiques »¹ se sont adressés à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse² afin qu'elle prenne position et reconnaisse que l'exclusion des travailleuses et travailleurs domestiques de la définition de « travailleur » à l'article 2 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³ est discriminatoire⁴.

Ils demandent aussi que la Commission intervienne « auprès du législateur et des instances concernées pour que soit modifiée la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* afin de corriger cette situation discriminatoire inacceptable qui prévaut depuis longtemps »⁵.

La présente analyse fait suite à cette demande et s'inscrit dans le mandat donné à la Commission en vertu de l'article 71 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶ qui prévoit que la Commission doit promouvoir et assurer le respect des droits et libertés contenus dans la Charte notamment en relevant les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte et en faisant au gouvernement les recommandations appropriées.

¹ Lettre du 22 novembre 2007 au Président de la Commission, M. Gaétan Cousineau. Les différentes associations signataires sont : le Centre des travailleurs et travailleuses immigrantes, PINAY, l'Association des aides familiales du Québec et l'Union des travailleurs et travailleuses accidentés de Montréal.

² Ci-après « la Commission ».

³ L.R.Q., c. A-3.001 [ci-après, « LATMP »].

⁴ Lettre du 22 novembre 2007 au Président de la Commission, précitée, note 1, p. 1.

⁵ *Id.*, p. 2.

⁶ L.R.Q., c. C-12 [ci-après « la Charte »].

1 LES « DOMESTIQUES » ET LES « GARDIENNES »⁷ DANS LA LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES

La LATMP offre à tous les travailleurs⁸ québécois un régime de protection sociale sans égard à la faute. L'article 1 stipule que dans un premier temps, la LATMP a pour objet « la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires » et dans un deuxième temps, le « retour au travail du travailleur victime d'une lésion professionnelle ».

L'article 1 précise aussi que « [l]e processus de réparation des lésions professionnelles comprend la fourniture des soins nécessaires à la consolidation d'une lésion, la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur victime d'une lésion, le paiement d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour préjudice corporel et le cas échéant, d'indemnités de décès ».

Quant au bénéficiaire, il est identifié comme étant celui qui a droit à une prestation en vertu de la Loi⁹.

La LATMP s'applique au travailleur victime d'un accident de travail survenu au Québec ou d'une maladie professionnelle contractée au Québec et dont l'employeur a un établissement au Québec lorsque l'accident survient ou la maladie est contractée¹⁰.

⁷ Les termes domestiques et gardiennes sont utilisés au féminin dans le présent texte afin de refléter la réalité de ces travailleuses qui sont en très grande majorité des femmes. Voir la section 3.1.1 B a) traitant du motif de discrimination fondé sur le sexe.

⁸ Voir la définition de travailleur à l'article 2 de la LATMP.

⁹ Voir la définition de bénéficiaire à l'article 2 de la LATMP.

¹⁰ LATMP, art. 7. L'article 8 prévoit l'application de la LATMP au travailleur victime d'un accident du travail survenu hors du Québec ou d'une maladie professionnelle contractée hors du Québec, à certaines conditions.

Le travailleur est défini à l'article 2 de la LATMP :

« **“travailleur”** : une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage, à l'exclusion :

1° du domestique;

2° de la personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier;

[...]. »

Toujours selon l'article 2, la domestique est définie comme suit :

« **“domestique”** : une personne physique, engagée par un particulier moyennant rémunération, qui a pour fonction principale, dans le logement de ce particulier :

1° d'effectuer des travaux ménagers; ou

2° alors qu'elle réside dans ce logement, de garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée; »

Quant à la deuxième exception prévue à la définition de travailleur, elle exclut la personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier. Pour les fins de l'analyse, ces personnes seront qualifiées de gardiennes.

Ainsi, la domestique et la gardienne¹¹ sont toutes deux exclues de la définition de travailleur et par conséquent, de l'application générale et de la protection automatique de la Loi.

¹¹ Au Québec, les conditions de travail, interprétées largement, sont régies par trois principales lois à caractère social soit la *Loi sur les normes du travail*, (L.R.Q., c. N-1.1) [ci-après « LNT »], la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (L.R.Q., c. S-2.1) [ci-après « LSST »] et la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001).

Ces différentes lois offrent des définitions hétérogènes du concept de domestique et gardienne.

La LATMP définit, tel qu'explicité ci-dessus, la domestique et la gardienne.

(... suite)

Comme la LATMP se base sur la définition du travailleur pour circonscrire son application¹², il semble juste d'aborder les catégories de personnes qui sont exclues de la LATMP et qui sont définies par le même type de tâches au cours d'une seule et même analyse. La Commission étudiera donc l'exclusion des domestiques et des gardiennes de façon simultanée. Les distinctions entre ces deux situations juridiques seront toutefois mises en exergue lorsque l'analyse le commandera.

La gardienne est totalement exclue de l'application de la LATMP.

La LSST ne définit pas la domestique et la gardienne et elle n'établit aucune exclusion des domestiques et des gardiennes de son application. Ainsi, la LSST s'applique aux domestiques et aux gardiennes par l'entremise de sa définition de travailleur édictée de la façon suivante : « une personne qui exécute, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur [...] ». » (LSST, art. 1).

Quant à la LNT, elle prévoit une définition pour la domestique et la gardienne. Cependant, ces définitions diffèrent de celles contenues dans la LATMP.

La LNT définit ainsi la domestique :

« 1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

6° "domestique" : un salarié employé par une personne physique et dont la fonction principale est d'effectuer des travaux ménagers dans le logement de cette personne, y compris le salarié dont la fonction principale est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée et d'effectuer dans le logement des travaux ménagers qui ne sont pas directement reliés aux besoins immédiats de la personne gardée; »

Quant à la gardienne, elle est définie par les tâches qu'elle accomplit et par son exclusion partielle de l'application de la LNT :

« 3. La présente loi ne s'applique pas :

2° au salarié dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le logement de cette personne, y compris, le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne, lorsque cette fonction est exercée de manière ponctuelle, sauf si l'employeur poursuit au moyen de ce travail des fins lucratives, ou encore est fondée uniquement sur une relation d'entraide familiale ou d'entraide dans la communauté; »

¹² LATMP, art. 7 et 8.

Quant aux domestiques, bien qu'elles soient exclues de la définition de travailleur, le législateur prévoit aux articles 18 à 24 de la LATMP, la possibilité pour celles-ci de s'inscrire au régime établi par la LATMP.

Pour ce faire, la domestique aura d'abord à faire une demande de protection personnelle à la direction régionale de la Commission de la santé et de la sécurité au travail¹³ de son lieu de résidence et à défrayer les coûts de la protection¹⁴.

Ainsi, contrairement aux autres travailleurs qui profitent d'une protection automatique, la domestique aura à s'inscrire et à défrayer la cotisation qui est normalement payée par l'employeur.

La LATMP prévoit aussi, à son article 19, qu'une association de domestiques peut « inscrire ses membres à la Commission et elle est alors considérée leur employeur aux seules fins du chapitre IX » de la LATMP. Le chapitre IX de la Loi a trait au paiement de la cotisation.

Cependant, l'association peut, en contrepartie, et ce, contrairement à l'employeur des autres travailleurs, « exiger et recevoir » de ses membres une contribution. Ainsi, l'association peut recouvrir toutes les sommes engagées pour ses membres en vertu de l'article 33 de la LATMP.

¹³ Ci-après « CSST ».

¹⁴ LATMP, art. 18 :

« Le travailleur autonome, le domestique, l'employeur, le dirigeant ou le membre du conseil d'administration d'une personne morale peut s'inscrire à la Commission pour bénéficier de la protection accordée par la présente loi.

Toutefois, un travailleur qui siège comme membre du conseil d'administration de la personne morale qui l'emploie n'a pas à s'inscrire à la Commission pour bénéficier de la protection de la présente loi lorsqu'il remplit ses fonctions au sein de ce conseil d'administration. »

(Nos soulignés.)

« 33. Un employeur ne peut exiger ni recevoir une contribution d'un travailleur pour une obligation que la présente loi lui impose.

[...]

L'association de travailleurs autonomes ou de domestiques qui inscrit ses membres à la Commission peut, à cette fin, exiger et recevoir de ceux-ci une contribution. »

2 LE GROUPE DES DOMESTIQUES ET GARDIENNES DE LA LATMP

2.1 Nature des tâches définies dans la LATMP

Tel que nous venons de le voir, la LATMP définit la domestique et la gardienne par les tâches qu'elles accomplissent.

Les tâches de la domestique telles que définies par la LATMP sont d'effectuer des travaux ménagers ou de garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée alors qu'elle réside dans le logement du particulier qui l'a engagée.

Quant aux tâches de la gardienne, elles se résument à garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée alors qu'elle ne réside pas chez son employeur.

La tâche de garde, qu'elle soit effectuée par une domestique ou une gardienne, est souvent, dans la réalité, accompagnée de services d'assistance personnelle, tels que les soins d'hygiène, l'aide à l'alimentation et l'aide aux transferts¹⁵ ainsi que d'autres services tels que l'aide à la prise

¹⁵ Les services d'assistance personnelle sont décrits par le ministère de la Santé et des Services sociaux comme étant des soins d'hygiène, aide à l'alimentation, mobilisation, transferts, etc., dans MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX (2004), *Chez-soi : le premier choix. Précisions pour favoriser l'implantation de la politique de soutien à domicile*, Gouvernement du Québec, p. 34. Bien que cette définition ne s'applique pas à la garde d'enfants, nous croyons que les soins, notamment, d'hygiène et d'alimentation sont aussi des soins liés à la garde d'enfants.

de médicaments. De plus, il arrive souvent que les personnes qui effectuent de la garde à domicile procèdent à des tâches supplémentaires reliées notamment aux tâches ménagères. Ce faisant, ces personnes cumulent les tâches¹⁶ décrites par les deux critères alternatifs de la définition de domestique ou, lorsqu'elles ne résident pas chez l'employeur, elles cumulent les tâches comprises à la définition de gardienne à celle décrite au premier paragraphe de la définition de domestique.

La gardienne se distingue de la domestique décrite au deuxième paragraphe de sa propre définition par le fait que la gardienne ne réside pas chez son employeur¹⁷. Ainsi, selon la LATMP, une personne effectuant des tâches de garde tous les jours chez le même employeur mais ne résidant pas chez ce dernier sera considérée comme une gardienne et non comme une domestique.

La définition de domestique implique nécessairement le travail de soutien à domicile puisque, selon la définition prévue à la LATMP, le travail s'effectue « dans le logement de ce particulier ».

Quant à la définition de gardienne, elle n'implique pas nécessairement que le travail s'effectue dans le « logement de ce particulier ». Le travail pourra donc s'effectuer au domicile de la gardienne, dans un autre local ou encore dans le logement de l'employeur. Dans ce dernier cas, la gardienne sera considérée comme accomplissant du travail de soutien à domicile.

¹⁶ Voir : Louise BOIVIN avec la collaboration de Rolande PINARD, dans *Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec* « Les femmes dans l'engrenage mondialisé de la concurrence », mai 2007, p. 37. Les auteurs expliquent que bien que les travailleuses dispensent des services d'aide à domicile, cela ne signifie pas qu'elles n'en dispensent pas d'autres. Elles peuvent notamment s'occuper de l'entretien ménager.

¹⁷ Certaines gardiennes se distingueront aussi des domestiques par le fait qu'elles ne travaillent pas au logement de l'employeur puisque contrairement aux domestiques, les tâches ne doivent pas être effectuées obligatoirement dans le logement du particulier/employeur.

De plus, contrairement à la LNT qui exclut de son application la fonction de gardienne uniquement « lorsque cette fonction est exercée de manière ponctuelle »¹⁸, la LATMP ne distingue pas les gardiennes qui pratiquent la « garde » de façon principale et habituelle de celles qui exercent cette fonction de façon ponctuelle.

2.2 Les différentes catégories de domestiques et gardiennes

Dans la pratique, les tâches accomplies par les domestiques et les gardiennes sont effectuées par différentes catégories de travailleuses.

En effet, « [a]ujourd'hui, il existe une variété de services destinés à répondre aux besoins en matière de soins de personnes et de travaux ménagers, allant de mécanismes institutionnels (garderies et centres hospitaliers de soins de longue durée) à des auxiliaires en milieu familial supervisés par des agences publiques ou privées, en passant par les femmes de ménage, de compagnies de services ménagers et la garde en milieu familial (hors de son propre foyer). »¹⁹

¹⁸ La définition de gardienne telle qu'elle se retrouve aujourd'hui dans la LNT avait été proposée par la Commission. En effet, la Commission suggérait de restreindre l'exclusion de la gardienne prévue à la LNT aux seules gardiennes qui effectuent ce travail de façon ponctuelle. Ainsi, la Commission dans le cadre du projet de modification de la LNT, écrivait :

« Toutefois, cette modification demeure en deçà de l'universalité puisque les salariés "dont la fonction exclusive est de garder [...]" ne sont toujours pas couverts par la loi. »

Dans le même ordre d'idées, elle concluait :

« Par ailleurs, comme l'objectif recherché est de faire bénéficier de la Loi sur les normes du travail les travailleuses qui gagnent leur vie en exerçant le métier de "gardienne", il est envisageable que le règlement qui pourra être adopté en vertu de l'article 3 fixe un critère objectif (celles qui exercent des fonctions de garde de façon continue, ou encore celles qui exercent de telles fonctions un nombre minimal d'heures semaine) afin de ne pas inclure les personnes qui ne le font que de façon occasionnelle. »

Dans COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Conformité avec la Charte des droits et libertés de la personne du projet de loi : Loi modifiant la Loi sur les normes de travail*, Maurice Drapeau, (Cat. 2.412.27.2), novembre 1990, p. 7.

¹⁹ Ruth ROSE, « Le travail des aides familiales : Beaucoup de labeur, peu de valeur », *Recherches féministes*, vol. 13, n° 1, 2000, p. 69-92, [En ligne]. <http://id.erudit.org/iderudit/058071ar>

Toutefois, ce ne sont pas toutes les catégories de travailleurs qui sont touchées par l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleur de la LATMP. Rappelons notamment que la définition de domestique et de gardienne impliquent que ces dernières doivent être engagées par des particuliers.

L'analyse par catégorie de travailleurs permet de circonscrire plus aisément les personnes pouvant être touchées par l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la LATMP. À partir d'une étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec²⁰, nous avons regroupé les différentes catégories suivantes.

- **Travailleuses à l'emploi du secteur public, telles que les travailleuses des CLSC, auxiliaires aux services de santé et sociaux, et les travailleuses à l'emploi des entreprises d'économie sociale en aide domestique (EESAD)**

Rappelons que dans les deux définitions de la LATMP, tant celle de la domestique que de la gardienne, il est précisé que la personne, visée par les définitions, doit être engagée par un particulier.

Ainsi, toute travailleuse ayant un employeur autre qu'un particulier ne sera pas considérée comme domestique ou gardienne par la LATMP. Par conséquent, ne sont pas, a priori, exclues de l'application de la LATMP, les travailleuses du secteur public, tels que les auxiliaires aux services de santé et sociaux travaillant pour les CLSC, ainsi que les travailleuses à l'emploi des entreprises d'économie sociale en aide domestique.

²⁰ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16.

· Travailluses à l'emploi des agences privées

Ces travailleuses ont un statut d'emploi atypique. Ce statut résulte du fait de ne pas travailler sur les lieux physiques de l'entreprise qui les engage et du fait qu'il peut y avoir confusion quant à l'identification de leur employeur²¹ (l'agence ou le particulier ou l'entreprise où elles dispensent les services) ou encore du fait de travailler à temps partiel ou sur appel dans de nombreux cas²².

Ainsi, selon les tâches effectuées, certaines travailleuses pourraient être considérées comme domestiques ou gardiennes si l'employeur était identifié comme étant le particulier²³ chez qui la travailleuse offre ses services.

Cependant, certaines d'entre elles seront parfois perçues comme des travailleuses autonomes²⁴. Pour les autres, et ce, de façon générale²⁵, l'agence privée sera considérée comme leur

²¹ L'article 5 de la LATMP vient clarifier la question du véritable employeur dans les cas de relation tripartite en précisant que l'employeur qui loue ou prête les services d'un travailleur à son emploi demeure l'employeur de ce travailleur. En conséquence, l'entreprise de location reste l'employeur du travailleur et doit assumer les coûts des accidents dont il est victime. *Guay inc. et Transport J. Lecavalier international inc.*, [2005] C.L.P. 568, par. 133 à 135.

²² L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 74.

²³ Il peut être possible qu'un changement d'employeur s'effectue dans le temps notamment si la personne ne travaille que pour un seul employeur et que s'établit une relation employeur-employé. Cependant, voir aussi l'article 5 de la LATMP.

²⁴ La définition de travailleur autonome à l'article 2 de la LATMP se lit ainsi : « une personne physique qui a fait affaires pour son propre compte seule ou en société, et qui n'a pas de travailleur à son emploi ».

Notons que certains travailleurs autonomes sont exclus de la protection automatique prévue à la LATMP. Ces travailleurs sont définis aux différents paragraphes de l'article 9 de la LATMP.

« Art. 9. Le travailleur autonome qui, dans le cours de ses affaires, exerce pour une personne des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement de cette personne est considéré un travailleur à l'emploi de celle-ci, sauf :

1. s'il exerce ces activités :

a) simultanément pour plusieurs personnes;

(... suite)

employeur et, par conséquent, ces travailleuses ne seront plus considérées comme domestiques et gardiennes.

.. Travailleuses embauchées de gré à gré

Ces personnes sont engagées par des particuliers pour effectuer des tâches de garde ou de travaux ménagers pouvant ainsi se qualifier de domestiques ou de gardiennes.

Cette catégorie englobe bon nombre de travailleuses effectuant des tâches ménagères ou de garde de tout genre. Cependant, considérant la nature de leur emploi et du fait qu'elles sont directement engagées par un particulier, il est très difficile d'obtenir des renseignements précis sur leur statut et la nature exacte de leur emploi.

Notons toutefois que certaines d'entre elles pourraient être considérées comme travailleuses autonomes²⁶. L'évaluation de leur statut sera notamment faite en fonction de leur type de contrat de travail et de leur relation de subordination employeur/employée²⁷.

b) dans le cadre d'un échange de services, rémunérés ou non, avec un autre travailleur autonome exerçant des activités semblables;

c) pour plusieurs personnes à tour de rôle, qu'il fournit l'équipement requis et que les travaux pour chaque personne sont de courte durée; ou

2. s'il s'agit d'activités qui ne sont que sporadiquement requises par la personne qui retient ses services. »

Cependant, tout comme le travailleur domestique, les travailleurs autonomes peuvent s'inscrire à la Commission de la santé et de la sécurité du travail en vertu des articles 18 à 24 de la LATMP afin de bénéficier des privilèges de la LATMP.

²⁵ LATMP, art. 5.

²⁶ Voir : note 24.

²⁷ Katherine LIPPEL, « Le travail atypique et la législation en matière de santé et sécurité au travail », *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2004)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 7 :

« La définition de travailleur que donne l'article 2 [de la LATMP] correspond à la notion classique de salarié au sens des lois du travail et la jurisprudence applique les mêmes critères pour déterminer s'il s'agit d'un travailleur au sens de la loi. La jurisprudence

(... suite)

.. Travailleuses embauchées dans le cadre du programme du chèque emploi-service (CES)

Les travailleuses embauchées dans le cadre du programme chèque emploi-service (CES) sont des travailleuses qui sont engagées par des personnes nécessitant un service à domicile ou par un de leur proche.

L'allocation directe/chèque emploi-service prend la forme de prestations en espèces, selon le nombre d'heures déterminé par le CLSC. L'allocation est remise aux personnes nécessitant le service à domicile²⁸.

L'emploi est structuré dans le cadre d'une relation tripartite employée-CLSC-usager. Avant septembre 2002, les travailleuses exerçant dans le cadre du programme chèque emploi-service pouvaient donc vivre des difficultés dans l'exercice de leurs droits en vertu de la LATMP car elles avaient un statut d'emploi atypique caractérisé par la difficulté d'identification de l'employeur²⁹. Ainsi, les travailleuses employées dans le cadre du programme chèque emploi-service pouvaient, dans certains cas, être considérées comme des domestiques ou des gardiennes.

Cependant, depuis le 19 septembre 2002, les travailleuses du programme chèque emploi-service sont protégées par la LATMP en vertu du *Règlement sur la mise en œuvre de l'entente relative à tout programme du ministère de la Santé et des Services sociaux*³⁰. En vertu de ce règlement, le ministère de la Santé et des Services sociaux « demande à ce que la Loi sur les

exigera la preuve de trois éléments : une prestation de travail effectuée par le travailleur pour le compte de l'employeur, la subordination juridique et le versement d'une rémunération en échange des services rendus. Chacun des éléments doit recevoir une interprétation large et souple, et le contrat entre les parties pourra être tacite. »

²⁸ L. BOVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 41.

²⁹ *Id.*, p. 75.

³⁰ R.R.Q., c. S-2.1, r.12.3.01.

accidents du travail et les maladies professionnelles [...] soit applicable aux travailleurs visés par la présente entente et qu'il entend assumer les obligations prévues pour un employeur ». Ainsi, selon l'article 4.04 du Règlement, « [l]e Ministre s'engage à payer la cotisation calculée par la Commission conformément à la Loi et à ses règlements ainsi que les frais fixes d'administration propres à chaque dossier financier ».

Toutefois, il faut mentionner que, dans l'éventualité où le ministère abolirait ce règlement, les travailleuses dans le cadre du programme chèque emploi-service pourraient se retrouver à nouveau exclues de l'application de la LATMP.

.. **Travailleuses venues au Canada dans le cadre du programme des aides familiaux résidants (PAFR)**

Le programme des aides familiaux résidants (ci-après « PAFR ») est un programme fédéral offert à toute personne étrangère, rencontrant les exigences³¹ du programme.

Ce programme a été créé pour combler une pénurie, dite temporaire, d'aides familiales résidentes. Il est offert aux personnes qui veulent obtenir un permis temporaire de travail pour

³¹ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.*

Les conditions d'admissibilité au programme des aides familiaux résidants au Canada, sont les suivantes :

- Offre d'emploi de la part d'un employeur canadien
- Contrat écrit avec le futur employeur
- Études terminées avec succès et qui équivalent à un diplôme d'études secondaires au Canada
- Minimum de six mois de formation, ou minimum d'un an d'expérience à temps plein (y compris six mois avec le même employeur) au cours des trois dernières années
- Bonne connaissance de l'anglais et du français
- Obtention d'un permis de travail avant l'arrivée au Canada.

On retrouve le résumé de ces exigences sur le site de Citoyenneté et Immigration Canada: « Le Programme des aides familiaux résidants: Qui peut présenter une demande », [En ligne]. www.cic.gc.ca/Français/travailler/aides/demande-qui.asp

« fournir sans supervision des soins à domicile à des enfants, à des personnes âgées ou à des personnes handicapées »³². Les aides familiales résidentes « doivent habiter dans la résidence privée où [elles] travaillent au Canada ». Au Québec, l'aide familiale résidente doit obtenir un certificat d'acceptation du Québec³³.

Conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁴, les aides familiales résidentes du Québec sont soumises aux dispositions de la LATMP puisque le Québec a compétence exclusive pour légiférer en cette matière³⁵.

Compte tenu des conditions du PAFR, les aides familiales résidentes venues au Canada dans le cadre de ce programme sont toutes visées par la définition de domestique de la LATMP puisque les tâches, qu'elles soient ménagères ou de garde, sont accomplies par ces dernières dans le logement du particulier qui les a engagées et doivent, selon les conditions liées au programme, résider chez ce particulier.

Cette liste de catégories de travailleuses ne se veut pas exhaustive. Elle permet toutefois d'illustrer que ces tâches sont effectuées par différentes catégories de travailleuses.

En conclusion, on note que les domestiques et gardiennes de la LATMP, soit les personnes qui partagent les caractéristiques communes d'effectuer des tâches de garde ou des travaux ménagers pour un particulier, se retrouvent majoritairement dans la catégorie des travailleuses

³² Voir : le site de Citoyenneté et Immigration Canada « Travailler temporairement au Canada : Le Programme des aides familiaux résidents », [En ligne]. www.cic.gc.ca/FRANCAIS/travailler/aides/index.asp

³³ Voir l'exigence du certificat d'acceptation du Québec, [En ligne]. www.immigration-quebec.gouv.qc.ca

³⁴ (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3.

³⁵ *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 R.C.S. 749 : « La compétence provinciale en cette matière est prévu au paragraphe 13 de l'article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 soit la catégorie "propriété et droits civils" ».

embauchées de gré à gré ainsi que celle des travailleuses venues au Canada dans le cadre du PAFR.

Enfin, il est important de mentionner que certaines de ces travailleuses, qui se retrouvent principalement dans la catégorie des travailleuses embauchées de gré à gré, seront considérées comme des travailleuses autonomes³⁶ et pourraient, par conséquent, être exclues de l'application de la LATMP pour ce motif³⁷.

Bien que la Commission soit consciente des conséquences parfois négatives de la qualification de « travailleuse autonome » pour certaines catégories de travailleuses, l'exclusion de ces dernières de la protection automatique de la LATMP n'est pas l'objet de cette présente analyse.

3 L'EXCLUSION DE LA DOMESTIQUE ET DE LA GARDIENNE DE LA DÉFINITION DE TRAVAILLEUR DANS LA LATMP ET LES DROITS PRÉVUS À LA CHARTE

Tel que démontré précédemment, la LATMP s'applique au travailleur victime d'un accident du travail survenu au Québec ou d'une maladie professionnelle contractée au Québec et dont l'employeur a un établissement au Québec³⁸ lorsque l'accident survient ou la maladie contractée.

La LATMP exclut totalement la gardienne de son application. Quant à la domestique, elle est aussi exclue de la protection automatique de la LATMP. Cependant, bien que la domestique soit

³⁶ Voir : note 24.

³⁷ Les travailleuses autonomes peuvent toutefois s'inscrire à la CSST et bénéficier de la LATMP tel que le prévoit les articles 18 à 24 de la LATMP.

³⁸ LATMP, art. 7. Voir aussi : art. 8 de la LATMP pour l'application au travailleur victime d'un accident du travail hors du Québec ou lorsque le travailleur est domicilié hors du Québec.

exclue de la définition générale de travailleur, elle peut bénéficier de la LATMP à deux conditions : si elle s'inscrit à la CSST (de son propre chef ou par le biais de son association) ou si elle ou son association paie les sommes normalement défrayées par l'employeur.

3.1 Analyse de la conformité de l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleurs avec les droits prévus à la Charte québécoise

Conformément à l'article 52 de la Charte qui prévoit la primauté des articles 1 à 38 de la Charte sur les lois québécoises, toute disposition de la LATMP non conforme à ces droits peut être invalidée.

3.1.1 Le droit à l'égalité

Considérant que la LATMP exclut expressément les domestiques et les gardiennes de sa définition de travailleur et par conséquent, de sa protection automatique, il y a lieu d'évaluer la conformité de cette exclusion avec le droit à l'égalité prévu à l'article 10 de la Charte.

L'existence d'une discrimination au sens de l'article 10 de la Charte requiert la démonstration de trois éléments :

- une distinction, exclusion ou préférence;
- fondée sur l'un des éléments du premier alinéa;
- qui « a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne »³⁹.

³⁹ Voir notamment les arrêts suivants de la Cour suprême : *Forget c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

A Une distinction, exclusion ou préférence

Dans un de ses nombreux arrêts sur l'application du principe du droit à l'égalité, la Cour suprême du Canada définit la discrimination de cette façon :

« [...] la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe, des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. »⁴⁰

(Nos soulignés et nos emphases.)

Par conséquent, la démonstration d'une distinction, exclusion ou préférence doit procéder par une analyse comparative⁴¹. Cette analyse permettra de déterminer si le traitement réservé à la domestique et à la gardienne est différent de celui accordé aux « autres personnes par rapport auxquelles [elle] peut à juste titre prétendre à l'égalité »⁴² et ce, « dans le contexte socio-économique où la question est soulevée »⁴³.

a) *Le groupe auquel les domestiques et les gardiennes peuvent à juste titre prétendre à l'égalité*

Afin de déterminer si les domestiques et les gardiennes sont traitées différemment du groupe auquel elles peuvent à juste titre prétendre à l'égalité, il faut d'abord identifier ce groupe.

⁴⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 174-175.

⁴¹ Christian BRUNELLE, « Les droits et libertés dans le contexte civil », dans Collection de droit 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, EYB2008CDD166, p. 13.

⁴² *Little Sisters Book and Art Emporium c. Ministre de la Justice du Canada*, [2000] 2 R.C.S. 1120, p. 1183, par. 110.

⁴³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 40, p. 169.

La LATMP offre des bénéfices à tout travailleur, tel que décrit dans la Loi, selon les conditions d'application édictées à ses articles 7 et 8. Selon la LATMP, le travailleur se définit comme « étant une personne physique qui exécute un travail pour un employeur moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage, à l'exclusion », notamment, de la domestique et de la gardienne.

Ainsi, sans l'exclusion des domestiques et des gardiennes expressément prévue dans la définition de travailleur, toute personne effectuant les tâches de domestique ou de gardienne pour un employeur particulier moyennant rémunération en vertu d'un contrat de travail serait qualifiée de travailleur.

De plus, en vertu de la règle d'interprétation des lois voulant que le législateur ne parle pas pour rien dire, le législateur confirme que les domestiques et les gardiennes⁴⁴ étaient a priori considérées comme des travailleuses. En effet, en excluant expressément les domestiques et les gardiennes de la définition de travailleur, le législateur confirme qu'elles possèdent les caractéristiques nécessaires et énoncées comme telles par la LATMP pour être qualifiées de travailleur.

Dans le même ordre d'idées, la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles⁴⁵ a reconnu qu'une domestique pouvait être qualifiée de travailleur selon la définition de travailleur de la LSST⁴⁶. La définition générale du travailleur de la LSST se lit comme suit : « une personne

⁴⁴ À l'exception de celles qui, selon leur emploi, seraient considérées comme travailleuses autonomes et qui seraient exclues de la Loi en vertu des différents paragraphes de l'article 9 de la LATMP.

⁴⁵ Ci-après « CALP ».

⁴⁶ CSST c. *Lebel et Houle*, [1997] CALP, 85524-04-9702, SOQUIJ AZ-4999036417, révision rejetée, 85524-04-9702, 98-10-30, M. Carignan.

qui exécute, en vertu d'un contrat de louage de services personnels ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur [...] ». ⁴⁷

La définition du travailleur au sens de la LATMP est similaire à celle de la LSST. Il nous est donc permis de conclure que si une domestique a été qualifiée de travailleur sous la LSST, il pourrait en être de même sous la LATMP si cette loi ne l'excluait pas expressément.

Pour ces motifs, le groupe auquel les domestiques et les gardiennes peuvent à juste titre prétendre à l'égalité est celui des travailleurs tels que définis par la LATMP.

De surcroît, mentionnons que la jurisprudence détermina que le groupe des « travailleurs » ou « salariés » constituait le meilleur groupe comparable aux fins de l'analyse du droit à l'égalité en matière d'exclusion législative dans le domaine du droit du travail.

En effet, la Cour d'appel⁴⁸, évaluant la conformité de l'exclusion des prestataires de la sécurité du revenu de l'application de différentes lois en matière de travail à la Charte⁴⁹, identifia les travailleurs comme groupe comparable :

« Les prestataires de la sécurité du revenu, qui participent aux mesures de développement de l'employabilité, sont exclus de l'application de différentes lois en matière de travail.

De toute évidence, il existe une distinction entre ces personnes et les autres travailleurs. »⁵⁰

(Nos soulignés.)

⁴⁷ Contrairement à la LATMP, la LSST ne prévoit pas l'exclusion du domestique et du gardien de sa définition de travailleur. Voir la définition de travailleur prévue à l'article 1 de la LSST.

⁴⁸ *Lambert c. Ministère du Tourisme du Québec*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.).

⁴⁹ Plus précisément avec les articles 10 et 16 de la Charte.

⁵⁰ *Lambert c. Ministère du Tourisme du Québec*, précité, note 48, par. 74-75.

De plus, dans un récent jugement⁵¹, la Cour supérieure identifia « les salariés » comme étant le groupe comparable afin d'évaluer le droit à l'égalité des travailleuses de « care » à qui certaines lois modificatives retireraient leur statut de salarié. Expliquant son choix des travailleurs salariés comme groupe comparable, la juge Grenier écrit :

« En troisième lieu, le Procureur général fait ressortir que comme le sexe est l'élément de discrimination invoqué par les demandresses, l'univers des citoyens qui peuvent prétendre au statut de salarié ne peut être un comparable, puisque ce groupe comprend des femmes aussi bien que des hommes.

Soulignons que les demandresses n'invoquent pas que le sexe comme motif de discrimination. Elles prétendent, subsidiairement, que la discrimination est fondée sur le motif analogue de travailleuse de care à domicile. Bien entendu, le groupe de comparaison comprend également des travailleurs et travailleuses de care à domicile.

La Cour suprême du Canada a reconnu à plusieurs reprises qu'une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent – en l'espèce des femmes dans une proportion moyenne – ne sont pas toutes également maltraitées. C'est ainsi qu'on a jugé qu'une comparaison pouvait être faite entre deux groupes formés de personnes souffrant d'une incapacité et qu'il n'était pas erroné de conclure à l'existence de discrimination fondée sur un motif illicite quand les personnes qui présentent la caractéristique pertinente n'ont pas toutes été victimes de discrimination.

Dans l'arrêt *Martin*, le juge Gonthier a souligné l'importance d'axer l'analyse sur l'existence ou l'inexistence de discrimination réelle, et non sur le deuxième volet du critère de l'arrêt Law.

Même si le groupe de comparaison est composé en partie de femmes, il s'agit en l'espèce d'un groupe approprié. Dans la plupart des cas, il sera difficile, voire impossible, de trouver un groupe de comparaison parfait ou quasi parfait. La Cour suprême a déjà souligné que plusieurs recours intentés sous l'égide du par. 15(1) ont échoué parce qu'ils ne rencontraient pas les conditions extrêmement sévères imposées par la jurisprudence. Il ne faudrait pas qu'une application trop rigoureuse de ce critère fasse échec à l'objectif fondamental du par. 15(1) qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes.

Quant à la différence de traitement, force est de reconnaître que les RSG et les RI/RTF se voient refuser l'accès à une institution – lois du travail – accessible à autrui. Ce refus constitue une différence de traitement, puisque les RSG et les RI/RTF sont désormais privées du droit d'accès aux institutions administratives, quasi-judiciaires ou judiciaires pour faire reconnaître leur statut de salarié sur la base de leur situation réelle et

⁵¹ *Confédération des syndicats nationaux et al. c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076.

personnelle, et de bénéficier des droits, des avantages économiques et de la protection qui sont prévus aux lois du travail.

Les *Lois 7 et 8* créent donc un régime d'exception pour les RSG et les RI/RTF qui, comme on l'a vu précédemment, se sont vues reconnaître le statut de *salarié* par les instances compétentes. »⁵²

(Nos soulignés.)

Ce raisonnement s'applique *mutatis mutandis* à la situation des domestiques et des gardiennes dans la LATMP. En effet, les domestiques et les gardiennes effectuent, tel qu'il sera démontré, un travail féminin socialement dévalorisé. Elles sont aussi défavorisées par la nature même de leur occupation. Par conséquent, pour les mêmes motifs qu'énoncés dans le jugement de la Cour supérieure⁵³, les travailleurs, au sens de la LATMP, malgré le fait qu'ils comprennent aussi bien des hommes que des femmes et d'autres travailleuses effectuant des tâches similaires aux domestiques et aux gardiennes, représentent le meilleur groupe comparable.

En conclusion, la Commission est d'avis que les travailleurs, tels que décrits à la LATMP, constituent le groupe comparable par rapport auquel les domestiques et les gardiennes peuvent prétendre à l'égalité.

b) *Nature de la distinction, exclusion ou préférence*

Les domestiques et les gardiennes sont exclues de la définition de travailleur. Par conséquent, les domestiques et les gardiennes sont exclues de l'application générale et automatique de la LATMP⁵⁴.

⁵² *Id.*, par. 353 à 359.

⁵³ *Confédération des syndicats nationaux et al. c. Québec (Procureur général)*, précité, note 51.

⁵⁴ LATMP, art. 7. Voir aussi : art. 8 de la LATMP pour l'application au travailleur victime d'un accident du travail hors du Québec ou si le travailleur est domicilié hors du Québec.

Dans le cas de la gardienne, elle est exclue totalement de la Loi au deuxième paragraphe de la définition de travailleur, perdant ainsi tous les bénéfices de la LATMP applicables aux travailleurs. L'exclusion est claire et expresse.

Dans le cas de la domestique, elle est exclue, en vertu du premier paragraphe, de la définition de travailleur de la LATMP perdant ainsi tous les bénéfices automatiques accordés au travailleur. Cependant, selon l'article 18, la domestique peut s'inscrire et payer la cotisation de l'employeur afin de bénéficier de la protection accordée par la Loi. De même, en vertu de l'article 19, une association de domestiques pourra inscrire ses membres domestiques afin qu'elles bénéficient de la protection accordée par la LATMP. L'association devient alors l'employeur pour l'application de la section IX de la Loi concernant notamment la perception des sommes requises de l'employeur pour l'application de la Loi au « travailleur ». Cette association pourra toutefois, en vertu de l'article 33, exiger la contribution de la domestique aux cotisations fournies par l'association pour cette domestique.

La Commission est d'avis que les fardeaux imposés à la domestique prévus à la LATMP sont tels qu'ils peuvent être qualifiés d'exclusion des bénéfices de la Loi.

Dans un premier temps, la domestique aura à s'inscrire. Ce fardeau est considérable pour la domestique. En effet, elle doit connaître ce droit et par la suite, procéder à son inscription. Dans le cas où il existe une association qui procède aux inscriptions, la domestique doit en connaître l'existence et doit s'assurer que cette dernière procédera à son inscription.

Dans un second temps, le fardeau financier que représente le paiement de la cotisation pour des personnes souvent payées au salaire minimum constitue un fardeau financier que nous pouvons qualifier de prohibitif⁵⁵. Le même raisonnement s'applique pour la domestique faisant

⁵⁵ Selon une étude de CONDITION FÉMININE CANADA, *Le trafic des femmes au Canada : une analyse critique du cadre juridique de l'embauche d'aides familiales immigrantes résidentes et de la pratique des promesses par* (... suite)

partie d'une association puisque celle-ci pourra exiger la contribution de la domestique pour la cotisation payée en tant qu'employeur de cette dernière⁵⁶.

Par conséquent, les fardeaux cumulatifs imposés aux travailleuses domestiques sont tels qu'ils devraient être considérés comme valant pour exclusion au même titre que l'exclusion prévalant pour les gardiennes. C'est ce que confirment les données du Centre des travailleurs et travailleuses immigrants qui indiquaient qu'en 2003, seulement 13 personnes de la catégorie des domestiques s'étaient inscrites au régime de la CSST⁵⁷.

De façon subsidiaire, la Commission est d'avis que ces fardeaux doivent, à tout le moins, être considérés comme établissant une distinction grandement préjudiciable pour la domestique comparativement aux autres travailleurs qui bénéficient de l'application générale et de la protection automatique de la LATMP.

B Les motifs de discrimination

La discrimination alléguée doit se baser sur un motif prévu à l'article 10 de la Charte.

L'exclusion de la domestique et de la gardienne de la définition de travailleur sont expresses. Ces exclusions telles que définies dans la LATMP sont directement liées aux tâches de la

correspondance, février 2002 : « [...] une domestique doit déboursier annuellement 4.72 dollars pour être assurée pour un montant de 100 dollars. Par exemple, si un domestique veut s'assurer pour le montant de 14 092 dollars, soit son salaire annuel brut (271\$/semaine x 52 semaines), il lui en coûterait 730 dollars. En cas d'accident de travail au sens de la LATMP, elle toucherait alors 90 p100 de son salaire net. »

Voir l'étude intégrale, [En ligne]. http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/pubspr/066231252X/index_f.html

⁵⁶ LATMP, art. 33.

⁵⁷ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 76 citant une information tirée d'un feuillet d'information du Centre des travailleurs et travailleuses immigrants intitulé « CSST pour les travailleuses et travailleurs domestiques » diffusé en 2006.

domestique et de la gardienne ainsi que par le fait que ces dernières travaillent pour un particulier.

En considération de la nature des tâches et des sources de dévalorisation de ce travail dans la société, les motifs fondés sur le sexe, l'origine ethnique et la condition sociale ont été identifiés comme constituant des motifs de discrimination pouvant être allégués dans le cas des domestiques et des gardiennes.

a) *Le sexe*

Le droit à l'égalité entre hommes et femmes a été reconnu par de nombreux textes internationaux et nationaux.

En effet, il a notamment été reconnu dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁸, dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁵⁹ ainsi que dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*⁶⁰.

Au Canada, de façon générale, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶¹ spécifie que le sexe est un motif prohibé de discrimination. De même au Québec, l'article 10 de la *Charte* dispose, à son tour, que toute discrimination fondée sur le sexe est interdite lorsqu'elle compromet un des droits et libertés prévus à la *Charte*. Venant s'ajouter à l'article 10, l'article

⁵⁸ Rés. AG 2200 A (XXI), 16 décembre 1966. Art. 3 : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte. »

⁵⁹ Rés. AG 2200 A (XXI), 16 décembre 1966.

⁶⁰ Rés. AG 217 (III), Doc. Off AG NU, 3^e sess., supp. 3, Doc. NU A/810 (1948), 71 : préambule, article premier, articles 2, 7, 10, 23 et 29.

⁶¹ 1982, c. 11 (R.-U.) dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44.

50.1 précise que les droits et libertés énoncés dans la Charte québécoise « sont garantis également aux femmes et aux hommes ».

Bien que les textes internationaux n'ont pas force de loi, les tribunaux ont reconnu qu'ils doivent être pris en considération lors de l'analyse de la portée du droit à l'égalité prévu aux articles 15 de la Charte canadienne et 10 de la Charte québécoise⁶².

Ainsi, les textes relatifs au droit à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de conditions de travail tels que la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁶³, la *Convention n°100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*⁶⁴, la *Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*⁶⁵, la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁶⁶ et la *Déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*⁶⁷ constituent des outils d'interprétation afin de circonscrire le droit à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi et des conditions générales de travail.

⁶² *Baker c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-70-71, *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391; *Commission des droits de la personne (Chiasson et autres) c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, T.D.P. Gaspé 115-53-000001-946 (J.E. 96-387); *Commission des droits de la personne (Kafé) c. Commission scolaire Deux-Montagnes*, [1993] R.J.Q. 1297 (T.D.P.). Voir aussi : Martha JACKMAN, « Les conséquences de l'article 7 de la Charte des droits et libertés pour les dépenses de soins de santé au Canada », Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, étude n° 31, Gouvernement du Canada, octobre 2002, p. 12 et 13.

⁶³ 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, R.T. Can. 1982 n° 31, aussi agréé par le Québec R.E.I.Q. (1984-89) n° (1981)(12), p. 850.

⁶⁴ 29 juin 1951, 165 R.T.N.U. 303 R.T. Can. 1973 n° 37.

⁶⁵ 25 juin 1958, 362 R.T.N.U. 31, ratifiée 1964-11-26.

⁶⁶ 18 juin 1998, 137 n° 2 R.I.T., 1998, 86^{ième} session : préambule, articles 1 et 29 (a) et (d).

⁶⁷ Rés. AG 2263 (XXII) Doc. Off. AG NU, 22^e sess., Doc. NU A/6880 (1967), 37.

Sur le plan national, en matière d'égalité en emploi, une mention particulière doit être faite à la *Loi sur l'équité salariale*⁶⁸ du Québec qui, dans l'esprit des textes internationaux, s'emploie à corriger les conséquences préjudiciables, sur le plan salarial, des stéréotypes liés aux emplois typiquement féminins. Cette action législative démontre clairement la volonté du législateur de contrer la discrimination subie par les femmes en raison de leur concentration dans des catégories d'emploi typiquement féminin ayant pour conséquence un traitement salarial défavorable pour les travailleuses⁶⁹.

Ainsi, tant sur le plan international que national, la discrimination reliée à la catégorisation d'emploi défavorisant un sexe, et prenant source dans les stéréotypes basés sur une division sexuelle des tâches, est reconnue comme constituant une discrimination fondée sur le sexe.

En application de ce principe, la discrimination qui existe « parce que le travail accompli [...] est identifié à la sphère féminine, peu importe que des hommes accomplissent ce type de travail ou non »⁷⁰ se qualifie de discrimination fondée sur le « sexe ».

Il est indéniable que l'occupation de domestique et de gardienne est historiquement liée au sexe féminin. Les tâches relatives aux responsabilités familiales telles que les différentes tâches domestiques reliées à l'entretien de la maison, le soin des enfants et des proches parents ainsi que la préparation des repas pour la famille constituent des tâches qui historiquement étaient effectuées majoritairement par des femmes et qui, malgré la croissance de l'implication des hommes dans l'accomplissement de ces tâches, le sont encore aujourd'hui.

⁶⁸ L.R.Q., c. E-12.001.

⁶⁹ *Id.*, art. 1 :

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

Reconnaissant cette situation, la Cour supérieure⁷¹, qui devait analyser le droit à l'égalité des personnes effectuant du travail de « care », conclut à l'existence d'une perception dévalorisante de ce travail générée par le fait qu'historiquement ce travail n'était pas rémunéré et que ce rôle de « gardienne soignante » était attribué à la femme dans la cellule familiale. Se basant sur différentes opinions d'experts, la Cour écrit :

« Comme le soulignent ces experts, historiquement, prendre soin des enfants et des personnes malades, dépendantes ou âgées était un travail exécuté par les femmes dans les familles. Ce travail n'était pas rémunéré et il découlait du rôle attribué à chacun des sexes à l'intérieur de la cellule familiale⁷².

[...]

Un témoin, M. Vital Simard, qui a œuvré au sein du MSSS, a affirmé qu'à une certaine époque, lorsqu'il s'agissait de rétribuer le travail fait par les RI/RTF, on ne parlait pas de rétribution mais de compensation financière du fait que ce n'était pas considéré comme un travail mais comme du bénévolat. »⁷³

Lors de l'application des concepts juridiques aux faits de l'affaire, la juge réitéra que les femmes, occupant des emplois typiquement féminins, étaient victimes de préjugés dans notre société et que les singulariser en les empêchant de bénéficier d'avantages conférés à l'ensemble des travailleurs accentuait les stéréotypes dont elles étaient historiquement victimes :

« La Cour suprême a statué de façon constante que l'égalité n'est pas qu'un concept formel et que pour véritablement exister, elle doit être réelle. Dans le cas présent, singulariser un groupe en l'empêchant de bénéficier d'avantages conférés à l'ensemble des travailleurs constitue une différence de traitement mettant en cause les caractéristiques féminines du travail accompli par les membres du groupe, accentuant ainsi les stéréotypes et préjugés dont elles sont historiquement les victimes.

⁷⁰ *Confédération des syndicats nationaux et al. c. Québec (Procureur général)*, précité, note 51, par. 363.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, par. 148.

⁷³ *Id.*, par. 154.

Les femmes qui occupent des emplois typiquement féminins sont victimes de préjugés dans notre société. On reconnaît difficilement que le travail qu'exécutent ces femmes constitue du travail véritable. [...] »⁷⁴

(Nos soulignés.)

Les domestiques et les gardiennes accomplissent un travail typiquement féminin auquel sont associés des préjugés et des stéréotypes perpétuant l'idée selon laquelle les tâches requises pour effectuer ce travail constituent une vocation « naturelle » et non l'exploitation d'une force de travail et de qualités socialement acquises⁷⁵.

La ténacité de ces stéréotypes est illustrée par la présence nettement majoritaire, encore aujourd'hui, des femmes dans ce domaine. Certaines statistiques confirment la prédominance des femmes dans ce secteur d'emploi. En effet, selon Statistique Canada, en 2006, au Québec, les personnes effectuant des tâches de garde d'enfants, de gouvernantes et d'aides aux parents étaient au nombre de 11 585 dont 11 190 étaient des femmes (97 %). Concernant les personnes effectuant des tâches d'aide familiale, d'aide de maintien à domicile et le personnel assimilé, sur un total de 17 225 personnes, 14 920 étaient des femmes (87 %)⁷⁶. Bien que ces statistiques soient générales, on peut aisément présumer que les femmes sont nettement majoritaires au sein de chacune des catégories de travailleuses touchées directement par l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la LATMP.

⁷⁴ *Id.*, par. 368.

⁷⁵ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16.

⁷⁶ Bien que l'ensemble des travailleuses décrites comme faisant l'objet de statistiques ne répondent pas toutes à la définition de domestiques et de gardiennes de la LATMP, ces statistiques démontrent que l'ensemble des personnes effectuant des tâches de garde et d'aide à domicile sont majoritairement des femmes incluant ainsi les domestiques et les gardiennes de la LATMP.

Les données sur les aides familiales résidentes venues dans le cadre du PAFR et définies comme domestique dans la LATMP confirment cette hypothèse. Entre 1995 et 2000, 98 % de celles-ci étaient des femmes⁷⁷.

Expliquant aussi l'« usage sexué » de la main-d'œuvre dans le domaine de l'aide à domicile par des fondements historiques, les auteurs de l'« Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec »⁷⁸ écrivaient :

« L'usage sexué de la main-d'œuvre dans le secteur des services d'aide à domicile est éminemment imprégné de l'idéologie attribuant aux femmes la majorité des responsabilités familiales (tâches domestiques, éducation des enfants, soins auprès des proches) et les qualités qui leur sont rattachées (patience, compassion, minutie, disponibilité, facilité de communication). Ce que notait D. Kergoat dans ses premières études persiste même si les métiers changent : "Les emplois féminins sont souvent une prolongation des rôles domestiques : services, industries agro-alimentaires, confection (...) plus le travail salarié ressemble au travail domestique, par exemple faire le ménage, et plus il est dévalorisé moins il est payé."⁷⁹

L'enjeu matériel est de mobiliser du temps de travail et des qualités sans les reconnaître, comme si les tâches requises constituaient une vocation "naturelle" et non l'exploitation d'une force de travail et de qualité socialement acquises. [...]

[...]

L'usage sexué de la main-d'œuvre est facilité par des politiques publiques qui contribuent à construire des "qualités sexuées" en déqualifiant le travail des aides à domicile. [...]

[...]

L'usage sexué de la main-d'œuvre, selon cette auteure⁸⁰, est facilité par des politiques publiques qui encadrent les activités fournies par une diversité de fournisseurs de

⁷⁷ Ruth ROSE et Elizabeth OUELLET, « Le métier d'aide familiale : à la recherche d'un salaire équitable », AAFQ, avril 2002, repris par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans ses notes de présentation aux audiences pancanadiennes du Comité Permanent des Communes sur la Citoyenneté et l'Immigration, audiences tenues à Québec le 14 avril 2008.

⁷⁸ L. BOVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16.

⁷⁹ Danièle KERGOAT, (1982), *Les ouvrières*, Paris, Le Sycomore, 141.

⁸⁰ Nicole GADREY, (2001), *Travail et genre, approches croisées*, Paris, L'Harmattan.

services et l'existence d'une diversité de formes d'emplois et de droits sociaux s'y rattachant. [...] »⁸¹

En excluant les domestiques et les gardiennes de certains bénéficiaires, accessibles à tous les autres travailleurs, le législateur contribue à reproduire des « qualités sexuées » défavorables aux femmes en « légalisant » la « déqualification de ce travail ».

En d'autres mots, l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la protection automatique de la LATMP contribue à « déqualifier » leur travail et, conséquemment, à perpétuer les stéréotypes et les préjugés qui se basent sur les rôles associés historiquement aux hommes et aux femmes.

Rappelons aux fins d'interprétation du présent motif, les termes de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁸² qui dispose à son article 5 que :

« Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

a) Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes; »

Ainsi, en adoptant l'exclusion des domestiques et des gardiennes, le législateur a non seulement failli à son obligation de prendre des mesures afin de modifier les schémas et les modèles

⁸¹ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 38.

⁸² Précitée, note 63.

On retrouve aussi à l'article 3 de la Convention : « Les États parties prennent dans tous les domaines, notamment dans les domaines politique, social, économique et culturel, toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour assurer le plein développement et le progrès des femmes, en vue de leur garantir l'exercice et la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la base de l'égalité avec les hommes. »

culturels sexistes, mais il a alimenté les stéréotypes fondés sur les rôles traditionnellement destinés aux hommes et aux femmes.

De plus, en interdisant l'accès aux indemnités en cas de perte de capacité de travail – prévu dans un régime social – à des catégories d'emplois typiquement féminins, le législateur contrevient non seulement à son engagement de prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, stipulé à l'article 11 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁸³, mais il la renforce en la légalisant.

Dans un dernier temps, il est à propos de souligner que, bien que certaines catégories d'emploi relatives à ces tâches aient acquis à travers l'histoire une certaine reconnaissance, notamment en les intégrant dans le secteur public et par le biais de la syndicalisation, la source de discrimination basée sur des stéréotypes sexistes reste inchangée et continue de caractériser le groupe de personnes aujourd'hui définies comme domestique et gardienne dans la LATMP⁸⁴. Il

⁸³ *Id.*, art. 11 :

« 1. Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier :

[...]

c) Le droit au libre choix de la profession et de l'emploi, le droit à la promotion, à la stabilité de l'emploi et à toutes les prestations et de conditions de travail, le droit à la formation professionnelle et au recyclage, y compris l'apprentissage, le perfectionnement professionnel et la formation permanente;

[...]

e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés; »

⁸⁴ Dans l'Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec, *op. cit.*, note 16, il est mentionné que : « C'est dans les années 1970 que des services publics d'aide à domicile ont été créés et que leur syndicalisation a été possible. La montée d'un nouveau mouvement féministe questionnant les rôles sociaux-sexuels traditionnels y était aussi pour quelque chose. La mise en place de l'État providence et l'étatisation des services auprès des personnes, services dont la responsabilité était auparavant (... suite)

s'ensuit, tel que nous le verrons, une dévalorisation supplémentaire pour les domestiques et gardiennes, qui sont engagées par des particuliers, dans la mesure où les femmes employées par des institutions publiques bénéficient de conditions de travail supérieures notamment, du droit aux bénéfices de la LATMP.

La Commission est donc d'avis que l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleur constitue une exclusion ou une distinction discriminatoire fondée sur le sexe.

Les deux motifs suivants, soit celui de la condition sociale et de l'origine ethnique ou race, sont intimement liés avec le motif de discrimination fondé sur le sexe. Nous le verrons, ces formes de discrimination ne doivent pas être envisagées et analysées en vase clos dans la mesure où elles se renforcent et s'alimentent mutuellement. L'analyse des autres motifs allégués se fera donc dans le cadre d'une approche « contextualisée »⁸⁵ et « intersectionnelle »⁸⁶ afin de bien refléter la confluence des multiples discriminations subies par ces travailleurs.

totallement assignée aux femmes dans le cadre de la famille, sont venus changer la donne. Les travailleuses syndiquées ont pu obtenir, au moins partiellement, une reconnaissance du caractère professionnel de leur travail et une reconnaissance de leurs qualifications ». Cependant, l'Étude mentionne que le balancier semble revenir car on voit aujourd'hui beaucoup de contrats de sous-traitance notamment dans les CLSC, p. 41 à 46.

⁸⁵ Dans COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, le 9 octobre 2001, on peut y lire :

« Une approche "contextualisée" insiste moins sur les caractéristiques de la personne et davantage sur la façon dont la société la traite. Elle prend également en compte les préjudices dont le groupe auquel la personne appartient a été victime au cours de l'histoire. »

⁸⁶ *Id.*, On peut y lire : « Dans la plupart des cas, il est préférable d'utiliser une approche intersectionnelle pour traiter les plaintes fondées sur des motifs multiples. Le terme "intersectionnel" a été défini comme désignant une "oppression intersectionnelle issue de la combinaison de diverses oppressions qui, ensemble, produisent quelque chose d'unique et de différent de toute forme de discrimination individuelle ...". L'approche intersectionnelle tient compte du contexte historique, social, politique, et reconnaît le caractère unique de l'expérience vécue en conséquence de l'intersection de tous les motifs pertinents. Elle permet de reconnaître l'expérience particulière de discrimination due à la confluence des motifs en cause et d'y remédier. »

b) *La condition sociale*

La condition sociale renvoie soit au rang, à la place, à la position qu'occupe un individu dans la société de par sa naissance, son revenu, son niveau d'éducation, son occupation; soit l'ensemble des circonstances et des événements qui font qu'une personne ou qu'un groupe occupe telle situation ou telle position dans la société⁸⁷.

S'appuyant sur les enseignements de la Cour suprême⁸⁸ selon lesquels il importe de donner une interprétation large et libérale de la Charte, le Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *C.D.P. c. Gauthier*⁸⁹ conclut que :

« Revenant à l'interdiction, en droit québécois, de la discrimination fondée sur la condition sociale, il apparaît d'abord que les éléments objectifs [...] contribuent effectivement à [...] situer [la personne] au sein de sa communauté au travers des rapports qu'elle entretient avec celle-ci. En d'autres termes, le rang, la place, la position ou le traitement socialement réservés à une personne varient en fonction de divers facteurs tels que son occupation, son revenu, son niveau d'instruction, voire les circonstances entourant sa naissance.

Cependant, à la lumière des considérations ci-haut exposées, une compréhension plus complète du concept de condition sociale en tant que motif interdit de discrimination nous semble également requérir une composante subjective consistant, essentiellement, dans les perceptions générées par ces éléments objectifs, ces représentations étant aussi susceptibles d'influer sur le traitement réservé à une personne associée, sur la base de ces données objectives, à un groupe social donné.

Ajoutons que, dans les cas de traitements défavorables, ces perceptions évoqueront essentiellement les préjugés et stéréotypes qui ont historiquement affecté certains groupes vulnérables et désavantagés d'une société, et auxquels est destinée, selon la Cour suprême, la protection prévue dans la législation sur les droits de la personne.

[...]

⁸⁷ *Johnson c. Commission des droits de la personne*, (1984) C.A. 61. Voir aussi : COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Lignes directrices sur la condition sociale*, Alberte Ledoyen, (Cat. 2.120-8.4), mars 1994.

⁸⁸ Voir notamment : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁸⁹ [1994] R.J.Q. 253 (T.D.P.Q.).

De même, pour établir une preuve de discrimination fondée sur la condition sociale, il serait inapproprié d'exiger d'une partie plaignante qu'elle démontre que chacun des éléments de la définition indicative ci-haut mentionnée intervienne de façon à lui causer un préjudice. Cette exigence n'ayant pas à être rencontrée, il faudra toutefois que le ou les élément(s) invoqué(s) au soutien de l'allégation de discrimination fondée sur la condition sociale permette(nt) d'établir l'appartenance de cette partie à un groupe socialement identifiable en tant que tel et subissant, de ce fait, la différence de traitement contestée. »⁹⁰

Tel que défini plus tôt, la LATMP exclut les personnes effectuant le travail de domestiques et de gardiennes de sa définition de travailleurs.

Dans une décision du Tribunal des droits de la personne⁹¹, la juge Rivet décida que le travail de pigiste bénéficiait, en vertu de la Charte québécoise, d'une protection contre la discrimination fondée sur la condition sociale. Elle s'exprima ainsi sur l'application des critères liés au motif de condition sociale :

« Le Tribunal doit d'abord déterminer si les personnes qui occupent un travail de pigiste bénéficient, en vertu de la Charte québécoise, d'une protection à l'encontre de la discrimination fondée sur la condition sociale. Il s'agit donc ici de vérifier si cette situation est visée par l'un des éléments de ce motif illicite de discrimination.

[...]

Le travail à la pige ou précaire se caractérise par une combinaison d'éléments, dont le type d'occupation, la durée de l'emploi et le faible revenu généré. Selon madame Dagenais :

La situation socio-économique d'une personne se définit d'abord selon une dimension objective identifiable voire mesurable, par exemple, l'occupation et le revenu du plaignant. Elle se définit en plus selon une dimension subjective, pouvant induire des perceptions reliées à l'existence de la dimension objective [...]. La condition de pigiste peut constituer un statut d'emploi précaire si cette précarité se superpose à une occupation faiblement rémunérée et/ou stéréotypée comme peu prestigieuse.

⁹⁰ *Id.*, p. 10-11.

⁹¹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Francesco Sinatra*, T.D.P.Q., Montréal, 1999 CanLII 52 (Q.C.T.D.P.).

Le rapport d'expertise de madame Dagenais ainsi que les précisions qu'elle a fournies au cours de son interrogatoire établissent les désavantages que vit ce groupe de travailleurs. Les individus ayant un travail à la pige ou le travail précaire et peu rémunéré partagent des caractéristiques communes en termes de patrimoine, de revenu et d'insécurité d'emploi. Ils partagent également le fardeau des perceptions qui découlent de leur type de travail.

Compte tenu du nombre suffisant de caractéristiques communes partagées par ces personnes qui font qu'elles sont identifiables et identifiées comme groupe, elles sont donc l'objet d'un « classement social » par les membres de la communauté. Ce classement a également pour effet d'attribuer à chacun des membres de ce groupe l'image stéréotypée que la communauté se fait de cette catégorie de travailleurs.

Le travail à la pige ou le travail précaire comporte donc certains des éléments de la condition sociale. Il s'agit essentiellement du type d'occupation et du faible revenu généré par ce travail. De plus, la situation des pigistes qui ont une occupation précaire comporte également une composante subjective puisque des perceptions se rattachent à ces diverses données objectives.

Par conséquent, le Tribunal conclut que les personnes qui occupent un travail de pigiste dont l'occupation est précaire et caractérisée par un faible revenu peuvent bénéficier, en vertu de la Charte, d'une protection à l'encontre de la discrimination fondée sur la condition sociale. »⁹²

(Nos soulignés.)

Tout comme les travailleurs pigistes, les domestiques et les gardiennes partagent des caractéristiques communes liées à leurs conditions de travail et partagent aussi le fardeau des perceptions qui découlent de leur type de travail.

Plusieurs éléments objectifs peuvent être identifiés afin de cibler la provenance de la perception du rang social attribué aux domestiques et aux gardiennes.

En raison notamment des stéréotypes sexistes associés à ce type d'emploi, le travail de domestique et de gardienne est en général sous-évalué et sous rémunéré. En effet, il a été établi

⁹² *Id.*, par. 47 à 56.

que la majorité des travailleuses avaient des faibles revenus, des faibles qualités d'emplois et qu'elles faisaient souvent face à une sous-évaluation des compétences⁹³.

Analysant la situation des personnes effectuant du travail de « care », qui peut être comparé au travail exécuté par les domestiques et les gardiennes, la Cour supérieure du Québec souligne que :

« Les femmes, mais aussi des hommes dans une proportion moins importante, qui exécutent le travail de *care* se retrouvent donc dans une situation de vulnérabilité. Ils tirent de faibles revenus de leur travail et exécutent leurs tâches dans des conditions parfois très médiocres. »⁹⁴

Concernant spécifiquement le travail de domestique, une étude, publiée en 2008, réalisée en collaboration avec l'École de service social de l'Université McGill⁹⁵ et basée sur un sondage effectué auprès de 148 aides domestiques, a démontré que « the majority earn a net weekly pay between 251\$-300\$ »⁹⁶ donnant ainsi un taux horaire, calculé à 40 heures par semaine, entre 6,28 dollars et 7,50 dollars. Dans un document de 2002⁹⁷, les auteurs Rose et Ouellet estimaient à 11,34 \$ le taux horaire qui devrait être accordé pour une personne effectuant uniquement des travaux ménagers, à 12,20 \$ pour une personne s'occupant d'un ou de plusieurs enfants, à 13,50 \$ pour une personne s'occupant d'un adulte malade handicapé ou en

⁹³ Voir notamment : PINAY in collaboration with the MCGILL SCHOOL OF SOCIAL WORK, *Warning! Domestic work can be dangerous to your immigration status, health, safety and wallet! Report on the findings of a community based survey on the work conditions of Montreal domestic workers*, November 2008, p. 16; Ruth ROSE et Elizabeth OUELLET assistées de Daniella AVRIL, *Le métier d'aide familiale : à la recherche d'un salaire équitable*, Association des aides familiales du Québec, avril 2002; ASSOCIATION DES AIDES FAMILIALES DU QUÉBEC, *Trafic, traite et esclavage moderne des aides familiales migrantes au Québec*, 2008, p. 19, citant Collectif Clio, *Histoire des femmes au Québec*, Le jour, 1992, p. 133.

⁹⁴ *Confédération des syndicats nationaux et al. c. Québec (Procureur général)*, précité, note 51, par. 153.

⁹⁵ Prendre note que près de 73 % des répondantes étaient des aides familiales résidentes.

⁹⁶ PINAY in collaboration with the MCGILL SCHOOL OF SOCIAL WORK, *op. cit.*, note 93, p. 16.

⁹⁷ R. ROSE et E. OUELLET assistées de D. AVRIL, *op. cit.*, note 93.

perte d'autonomie si l'adulte est modérément handicapé et à 14,40 \$ si l'adulte est sérieusement handicapé.

De plus, selon l'étude de 2008, « [c]lose to 72% stated having breaks during the day, lunch breaks usually lasting about 30 minutes. However, even though breaks are permitted, many stated working long hours without any respite. Furthermore, 34% stated watching the children without getting paid and 43.5% mentioned not being paid for overtime. In addition nearly 30% admitted buying items needed at work with their own pocket money. As for governmental holidays, only 75% of respondents have these days off. Approximately 69% of the workers are paid for those days off. However, if they do work the holidays, the majority gets paid at the regular rate (36.4%) whereas a small portion of workers are paid at the overtime rate (10.4%) or obtain an alternative day off (5.8%). The focus group commented that they will sometimes receive gifts, instead of being paid for overtime. »⁹⁸ Au surplus, cette étude constata aussi que 81.1% possédait « a university education ».

Dans le même ordre d'idées, citant une étude⁹⁹ sur les aides à domicile en France, l'étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec souligne « le paradoxe selon lequel les savoirs et compétences que requiert le travail d'aide à domicile sont diversifiés et ont trait non seulement au soutien matériel mais aussi au soutien psychologique alors que les faibles conditions de travail et de salaire les rapprochent des emplois de maison déqualifiés centrés sur les tâches ménagères. Le travail salarié d'aide domestique reste pourtant imprégné de la "gratuité et de la disponibilité permanente" qui caractérisent le travail domestique. »¹⁰⁰

⁹⁸ PINAY in collaboration with the MCGILL SCHOOL OF SOCIAL WORK, *op. cit.*, note 93, p. 17.

⁹⁹ N. GADREY, *op. cit.*, note 80.

¹⁰⁰ Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec, *op. cit.*, note 16, p. 38.

De surcroît, il faut souligner que selon la définition de domestiques et de gardiennes, ces travailleuses sont engagées par des particuliers. Considérant l'interdiction de l'accréditation multipatronale¹⁰¹, l'accès à la syndicalisation est peu probable et aurait peu d'effet. Ainsi, contrairement à leurs collègues du secteur public, elles n'ont pas accès au rapport de force syndicale afin d'améliorer leurs conditions de travail accentuant d'autant leur vulnérabilité. Leurs conditions de travail sont donc, par comparaison avec le secteur public, bien moins attrayantes et ce, sans compter que les travailleuses du secteur public ont droit aux bénéfices de la LATMP.

En plus de ces critères objectifs, il faut tenir compte du fait que le travail domestique est perçu comme constituant un travail peu prestigieux, une perception qui a été largement alimentée par les différentes lois du travail. En effet, l'historique de certaines lois du travail démontre que le législateur a créé une disparité désavantageuse concernant les conditions de travail réservées aux domestiques et aux gardiennes par rapport aux autres travailleurs. Ces disparités ont confirmé les stéréotypes déjà existants et ont fait des domestiques et des gardiennes des catégories d'emploi pouvant être identifiées comme peu prestigieuses et socialement dévalorisées.

L'histoire de l'évolution des droits relatifs aux domestiques et aux gardiennes dans le domaine des « conditions de travail » nous démontre, dans un premier temps, la distinction de traitement liée à l'occupation de domestique et de gardienne. Elle nous démontre aussi, l'évolution de la reconnaissance des droits offerts aux domestiques et aux gardiennes par le législateur dans la LNT en comparaison avec la stagnation des droits reconnus à ces travailleuses dans la LATMP.

¹⁰¹ Article 21, *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

Avant 2002, la LNT excluait de son application un nombre important de travailleuses occupant les tâches de garde. En effet, la LNT définissait largement la gardienne, qui était exclue de son application, et définissait restrictivement la domestique à laquelle on attribuait certains droits¹⁰².

De plus, la LNT, par référence à son règlement, différenciait aussi le niveau de salaire minimum attribuable à la domestique, qui était inférieur à celui qui était applicable aux autres salariés¹⁰³. Au surplus, le *Règlement sur les normes de travail*¹⁰⁴ établissait à 49 heures le nombre d'heures d'une semaine normale de travail aux fins de calcul du temps supplémentaire pour les domestiques alors qu'il était prévu pour les autres salariés une semaine normale de 40 heures¹⁰⁵.

¹⁰² Avant 1991, la LNT définissait le domestique de cette façon :

« Domestique : un salarié employé par une personne physique et dont la fonction principale est d'effectuer des travaux ménagers dans le logement de cette personne; cependant ce mot ne comprend pas le salarié dont la fonction principale est de garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée. »

En 1991, des modifications à la LNT (*Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, chapitre 73, sanctionnée le 20 décembre 1990) ont permis d'inclure certaines tâches de garde dans la définition du domestique. La définition de gardien changea aussi : sa portée fut restreinte. Cependant, de l'avis de la Commission (*op. cit.*, note 18) cette définition restait tout de même large et continuait d'exclure une trop grande partie de gardiens.

¹⁰³ Avant 2002, la LNT, par renvoi à son Règlement, distinguait le salaire minimum qui devait être octroyé au domestique de celui applicable aux autres travailleurs.

Le *Règlement sur les normes du travail* (R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r-3) se lisait alors ainsi :

5. Le salaire minimum payable au domestique qui réside chez son employeur est de :

1° 288 \$ par semaine, du 1^{er} octobre 2002 au 31 janvier 2003;

2° 292 \$ par semaine à compter du 1^{er} février 2003.

Alors que le salaire minimum prévu pour l'ensemble des autres travailleurs était de :

1° 7,20 \$ l'heure, du 1^{er} octobre 2002 au 31 janvier 2003;

2° 7,30 \$ l'heure à compter du 1^{er} février 2003.

¹⁰⁴ R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r-3.

¹⁰⁵ *Id.*, et art. 52 de la LNT.

Ainsi, ces définitions restrictives et ces distinctions dans les droits conférés aux domestiques comparativement à ceux octroyés aux autres travailleurs illustrent bien le traitement défavorable qui était réservé aux domestiques et aux gardiennes dans la LNT. Ce traitement alimentait la perception déjà défavorable de l'occupation de domestique et de gardienne. D'ailleurs en 1987, l'auteur David Beatty, dans son ouvrage « Putting the Charter to Work »¹⁰⁶, qualifiait de « discrimination occupationnelle » le sort réservé aux domestiques dans les lois du travail.

Ce n'est qu'en 2002 que la définition de gardienne dans la LNT a été modifiée afin d'y exclure de son application uniquement les gardiennes qui effectuent de la « garde » de façon ponctuelle. Cette avenue avait d'ailleurs été proposée préalablement par la Commission en 1990¹⁰⁷.

Aussi en 2002, les dispositions du Règlement créant la distinction en ce qui a trait au salaire minimum et à la semaine normale de travail furent abrogées. Aujourd'hui, les domestiques sont désormais assujettis à la même norme que les autres travailleurs quant au salaire minimum applicable et à la durée de la semaine normale de travail. La Commission avait d'ailleurs recommandé l'abolition de ces distinctions. Elle écrivait en 1979 :

¹⁰⁶ David M. BEATTY, *Putting the Charter to Work, Designing a Constitutional Labour Code*, McGill-Queen's University Press, 1987, p. 89 à 93.

¹⁰⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, note 18.

L'exclusion touchant beaucoup moins de salariés qu'auparavant se définit ainsi aujourd'hui dans la LNT :

Art. 3. La présente loi ne s'applique pas :

« 2. au salarié dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le logement de cette personne, y compris, le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne, lorsque cette personne, lorsque cette fonction est exercée de manière ponctuelle, sauf si l'employeur poursuit au moyen de ce travail des fins lucratives, ou encore est fondée uniquement sur une relation d'entraide familiale d'entraide dans la communauté; »

(Nos soulignés.)

« Quant aux travailleurs domestiques : dans une précédente opinion, la Commission des droits de la personne s'est montrée d'avis que l'exclusion de ces travailleurs de la Loi sur le salaire minimum constituait de la discrimination fondée sur la condition sociale. Les travailleurs domestiques, comme tous les autres travailleurs, ont droit à l'égale protection de la loi : nulle exclusion, même partielle, ne se justifie quant à eux. »¹⁰⁸

Bien qu'il y ait eu certaines avancées dans la LNT relativement au traitement des domestiques et des gardiennes, la LATMP n'a pas suivi cette évolution et, par conséquent, continue d'alimenter la représentation dévalorisante de cette occupation. Ainsi, encore aujourd'hui¹⁰⁹, le travail de domestique et de gardienne constitue un travail dévalorisé par le législateur ce qui a comme conséquence de stigmatiser davantage ces travailleuses.

En conclusion, l'histoire sociale liée à l'occupation de domestique et de gardienne génère la perception que les domestiques et les gardiennes occupent une place inférieure dans la société. En effet, ces perceptions négatives ont pour effet d'associer les domestiques et les gardiennes à un groupe de personnes socialement identifiables principalement par leur travail.

Pour tous ces motifs, la Commission est d'avis que la vulnérabilité et la dévalorisation des travailleuses domestiques et gardiennes découlent en grande partie de la nature de leur emploi typiquement féminin mais découlent également du rang social inférieur attribué à leur occupation.

Par conséquent, la Commission est d'avis que la distinction et l'exclusion des domestiques dans la LATMP constituent de la discrimination fondée notamment sur le motif de la condition sociale.

¹⁰⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *Commentaires sur le Projet de Loi n° 126, Loi sur les normes du travail*, document adopté le 27 mars 1979.

¹⁰⁹ Dans ce cas précis, il est possible que l'élément objectif ayant aidé à créer la perception devienne une conséquence de la perception. En effet, il est possible de soutenir que le fait que la distinction soit encore présente dans la LATMP résulte des perceptions défavorables que son existence a, en partie, réussi à générer.

c) *L'origine ethnique et la race*

La discrimination raciale est prohibée dans plusieurs textes internationaux et nationaux.

Nous la retrouvons interdite dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹¹⁰ qui mentionne d'abord à son préambule :

« Résolus à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et de toutes les manifestations de discrimination raciale et à prévenir et combattre les doctrines et pratiques racistes afin de favoriser la bonne entente entre les races et d'édifier une communauté internationale affranchie de toutes les formes de ségrégation et de discrimination raciales. »

À son article 5, la Convention prévoit :

« Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente Convention, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants :

[...]

e) Droits économiques sociaux et culturels notamment;

i) droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante;

[...]

iv) droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux. »

¹¹⁰ Adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A (XX) du 21 décembre 1965.

L'article 15 de la Charte canadienne¹¹¹ et l'article 10 de la Charte québécoise prohibent eux aussi la discrimination en vertu de l'origine ethnique et de la race. Leur portée pourra être interprétée à la lumière des différents textes internationaux dont ceux cités ci-dessus.

Dans le groupe des domestiques et gardiennes, composé majoritairement de femmes, se retrouve un sous-groupe ayant pour caractéristique commune d'appartenir à un groupe racisé ou issu de l'immigration.

Rappelons que les domestiques et les gardiennes sont définies comme étant des travailleuses engagées par des particuliers. Ainsi, tel que nous l'avons vu dans une section précédente, les domestiques et les gardiennes se retrouvent majoritairement dans la catégorie des travailleuses embauchées de gré à gré et dans la catégorie des aides familiales résidentes venues dans le cadre du PAFR.

Dans le cadre du PAFR, 91,4 % des participants sont des personnes qui proviennent des Philippines¹¹². Considérant les tâches définies par le programme et l'obligation de résidence chez l'employeur, les travailleuses sont toutes visées par l'exclusion du domestique dans la LATMP. Compte tenu du fait que le PAFR existe en raison d'une pénurie d'aides familiales résidentes, il nous est permis de croire qu'elles constituent la majorité des personnes pouvant se qualifier de domestiques au sens du deuxième paragraphe de la définition de la LATMP.

Concernant les travailleuses de gré à gré pouvant se caractériser comme domestiques ou gardiennes, nous ne possédons pas de statistiques précises les concernant. Cependant, nous savons que parmi ces travailleuses se trouvent d'anciennes travailleuses venues dans un premier

¹¹¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 61.

¹¹² L. BOVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 65, citant HRSDC, CIC, MRCI and CNT working group on live-in caregivers (2003). *The live-In Caregiver Program : Some Solutions to Current Problems*. Report.

temps dans le cadre du PAFR, ainsi que certaines immigrantes récentes. De plus, considérant les tâches en cause et le fait que les particuliers font aussi appel aux agences privées afin d'avoir accès à des services à domicile, nous nous permettons d'établir un lien avec le profil des personnes travaillant pour les agences privées. Il semble que ces personnes à qui font appel les particuliers révèlent une forte proportion de membres de minorités visibles et issues de l'immigration. En effet, une étude a démontré que 62,5 % des effectifs des agences privées étaient des Noirs¹¹³.

Ainsi, pour certains types d'emplois, il arrive parfois que s'imbrique à la dévalorisation d'un travail typiquement féminin un autre type de dévalorisation pour les femmes étrangères. Dans ce dernier cas, il y aura donc convergence des motifs fondés sur le sexe, sur la condition sociale et finalement sur leur origine ethnique ou leur appartenance à un groupe racisé. Un tel cas de figure s'applique à une forte proportion de domestiques et de gardiennes, et en particulier aux aides familiales résidentes.

Les perceptions dévalorisantes liées spécifiquement à la « race » ou à l'origine étrangère des femmes effectuant le travail de domestique prennent notamment source dans l'histoire des programmes d'immigration et d'employabilité des domestiques et gardiennes étrangères.

En effet, l'histoire de la venue des femmes étrangères pour combler les postes de domestiques et de gardiennes dans les familles canadiennes explique, en partie, la perception dévalorisante de ces femmes étrangères qui se perpétue encore aujourd'hui.

Soulignons d'abord qu'en 1744, la ville de Québec dénombrait parmi ses femmes domestiques à peu près 5 % d'esclaves noires et 10 % d'Amérindiennes. C'est en 1833 que l'abolition de l'esclavage met un terme à l'exploitation des femmes noires et amérindiennes qui, depuis 1709,

¹¹³ Marguerite COGNET et Sylvie FORTIN (2003), « Le poids du genre et de l'ethnicité dans la division du travail en santé » dans *Lien social et Politiques - RIAC*, 49, p. 165.

servaient comme domestiques non payées dans certaines familles montréalaises¹¹⁴. En 1920, le nouveau ministère de l'Immigration et de la Colonisation facilita le transport et le placement des travailleuses d'origine européenne dites domestiques. Ainsi, avant 1945, on accordait aux « nannies » anglaises et écossaises un statut permanent après seulement 6 mois de travail¹¹⁵. En raison d'une pénurie de travailleuses, les voies de l'immigration furent ouvertes aux personnes « de couleur » vers 1955. Avec cette nouvelle ouverture aux femmes de couleur de la Jamaïque et de la Barbade¹¹⁶, le programme devient alors plus contraignant et n'accorde plus aucun statut de résidence. En 1992, toujours devant une pénurie de main-d'œuvre d'aides familiales résidentes et une demande croissante de la part des employeurs, le Programme des aides familiales résidentes (PAFR), en vigueur aujourd'hui, est ouvert à toutes personnes d'origine étrangère et permet à ces travailleuses de demander la résidence permanente après 2 ans de travail dit domestique¹¹⁷. Ce programme reste contraignant. En effet, les restrictions spécifiées dans le PAFR telles que l'obligation de résidence chez l'employeur ainsi que la nature du permis de travail nominatif, lié à un seul et unique employeur, donnent à l'employeur un pouvoir important sur son employé. Ces conditions contribuent à renforcer la perception historique défavorable de la travailleuse étrangère de couleur venant effectuer des travaux domestiques ou de garde pour des familles canadiennes plus nanties dans des conditions qui repoussent les natifs du Canada¹¹⁸.

¹¹⁴ ASSOCIATION DES AIDES FAMILIALES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 93, p. 133.

¹¹⁵ *Id.* et Eugénie PELLETIER, « Principes éthiques sous-jacents au traitement des travailleurs étrangers invités au Canada pour occuper un emploi », *Démographie*, Université de Montréal, p. 3.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ En 1999, le revenu annuel brut d'un employeur s'élevant à plus de 100 000 \$. Information tirée de l'Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec, *op. cit.*, note 18, p. 65 citant Louise LANGEVIN et Marie-Claire BELLEAU (2000), *Le trafic des femmes au Canada : une analyse critique du cadre juridique de l'embauche d'aides familiales immigrantes résidentes et de la pratique des promesses par correspondance*, Condition féminine Canada.

Ainsi, les programmes ont donc contribué, et contribuent encore, à générer une perception dévalorisante, déjà présente, à l'encontre des personnes appartenant à des minorités visibles en « naturalisant » l'affectation des personnes d'origine ethnique et de race différente à des tâches dévalorisées dans la société que les femmes canadiennes délaissent de plus en plus¹¹⁹ :

« In the process of entering Canada to perform domestic labour for a Canadian family "foreign domestic worker" is socially and politically constructed to provide a waged substitute for the unpaid labour otherwise performed by Canadian Women. »¹²⁰

L'étude précitée¹²¹ menée sur les aides familiales aboutit au même constat :

« La différenciation sociale s'inscrit dans une hiérarchisation sociale. Elle se crée à travers des rapports matériels bien concrets :

"[...] les relations et les mécanismes sociaux qui constituent les catégories sociales et structurent les frontières sociales, tels le colonialisme, l'expropriation, l'accès limité aux ressources et aux opportunités, l'absence de reconnaissance, les conséquences voulues et non voulues des politiques sociales, ainsi que les dimensions normatives perçues comme étant de moindre valeur."¹²²

M. Cagnet va dans le même sens en disant que la logique du Programme des aides familiaux résidents (PAFR) "naturalise" et légalise l'affectation des femmes immigrantes aux tâches les plus dévalorisées de soins et de services à domicile. »¹²³

¹¹⁹ En effet, la présence du PAFR en est la preuve en ce que l'existence du programme est motivée par la pénurie, dite temporaire, de main-d'œuvre locale pour effectuer les tâches d'aides familiales résidentes. De plus, l'évolution du nombre de permis octroyés dans le cadre du PAFR démontre que de plus en plus d'employeurs canadiens se tournent vers le PAFR. En effet, en 1998, 158 permis de travail étaient offerts, alors qu'en 2002 on en octroyait 473. Voir le tableau comparatif dans ASSOCIATION DES AIDES FAMILIALES DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 93, p. 35.

¹²⁰ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 39 citant Abigail B. BAKAN et Daiva STASIULIS (dir.), (1997) *Not One of the Family : Foreign Domestic Workers In Canada*, University of Toronto Press.

¹²¹ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16.

¹²² Danielle JUTEAU, (2003) « Introduction à la différenciation sociale » dans Danielle Juteau (dir.) *La différenciation sociale : modèles et processus*, Les Presses de l'Université de Montréal, p. 11-30 cité dans L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 39.

¹²³ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 39.

Ainsi, il est aujourd'hui possible de soutenir que la perception défavorable de la main-d'œuvre d'origine étrangère dans le secteur de l'aide à domicile au Québec est nourrie par les modalités d'organisation du programme des aides familiaux résidants (PAFR).

De plus, une étude¹²⁴ démontre aussi que la « racialisation » n'est pas pratiquée uniquement par l'entremise du PAFR. « M. Cagnet et S. Fortin (2003) attribuent à la discrimination systémique envers les personnes de couleur la répartition inégale entre les emplois syndiqués du secteur public et les emplois précaires des agences privées. Ainsi, leur recherche indique que "Les Noirs comptent pour 37.3% des effectifs auxiliaires de CLSC, et pour 62.5% des effectifs des agences" »¹²⁵.

Ces chiffres tendent à démontrer que les minorités ethniques et visibles accèdent moins rapidement à la reconnaissance et aux avantages offerts par le secteur public, accentuant ainsi leur dévalorisation fondée sur leur origine ethnique ou leur couleur.

Ainsi, la perception défavorable liée aux domestiques et aux gardiennes appartenant à une minorité visible semble avoir eu un impact sur l'accès de ces dernières au secteur public dans le domaine du service à domicile. En ce qui a trait aux aides familiales résidentes travaillant dans le cadre du PAFR, ces dernières ne peuvent tout simplement pas accéder aux emplois du secteur public, et ce, pour un minimum de 24 mois, puisqu'elles doivent travailler chez un employeur et y résider afin d'avoir droit à la possibilité d'obtenir leur résidence permanente.

Par conséquent, l'exclusion législative de la LATMP a un effet encore plus préjudiciable sur les personnes appartenant à une minorité visible puisqu'elles sont plus vulnérables que leurs consoeurs qui peuvent espérer accéder plus rapidement au secteur public et se voir ainsi offrir

¹²⁴ M. COGNET et S. FORTIN, *loc. cit.*, note 113, p. 165.

¹²⁵ Étude de cas sur les travailleuses des services d'aide à domicile au Québec, p. 39 citant M. COGNET et S. FORTIN (2003), *op. cit.*, note 16.

de meilleures conditions de travail, un accès à la syndicalisation et notamment un accès automatique à la protection par la LATMP.

Bien que seule une partie du groupe des domestiques et gardiennes puisse alléguer un double motif, l'origine ethnique ou la race peut tout de même être allégué comme motif de discrimination par l'ensemble du groupe. En effet, en application du principe voulant que la démonstration de discrimination ne nécessite pas que toutes les personnes du groupe concerné fassent l'objet d'un traitement particulier, il suffit que la caractéristique du groupe soit un facteur de traitement¹²⁶ défavorable ce qui est le cas en l'espèce.

De surcroît, en application d'une approche axée sur l'intersectionnalité des motifs, la Commission est d'avis qu'il est opportun de prendre en considération la vulnérabilité rattachée aux minorités visibles et ethniques travaillant comme domestiques afin d'analyser le véritable impact de l'exclusion législative sur les membres de ces groupes. Afin de saisir l'importance de cette approche dans ce cas particulier, il suffit de rapporter les écrits de la juge L'Heureux-Dubé, qui écrivait dans l'affaire *Egan* :

« Nul ne contesterait que deux projectiles identiques, lancés à la même vitesse, peuvent néanmoins laisser une marque différente selon le genre de surface atteinte. De la même manière, les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables. »¹²⁷

Par conséquent, la Commission est d'avis que l'exclusion ou la distinction des domestiques et gardiennes de l'application automatique de la LATMP peut constituer de la discrimination fondée sur l'origine ethnique ou la race.

¹²⁶ *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.).

¹²⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 551-552. Citation de la dissidence de la juge L'Heureux-Dubé.

C Le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne

a) *Les droits invoqués*

Le droit à l'égalité prévu à l'article 10 de la Charte n'est pas un droit autonome. Il est plutôt une modalité des droits et libertés garantis et protégés par la Charte¹²⁸. Les droits compromis en cause sont le droit à la sûreté et à l'intégrité, le droit à la dignité, le droit à la non discrimination dans l'établissement des catégories d'emploi et le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique.

§ Le droit à la sûreté et à l'intégrité (art. 1)

Circonscrivant le concept, dégagé par la jurisprudence, du droit à la sûreté et à l'intégrité prévus à la Charte québécoise, l'auteur Christian Brunelle¹²⁹ écrit :

« On peut raisonnablement soutenir "que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle"¹³⁰. Ainsi comprise, la notion de sécurité inclut en quelque sorte la notion d'intégrité physique¹³¹ et psychologique¹³². Elle protège l'individu contre les actes de l'État qui ont des conséquences physique et psychologique "sérieuses", "graves" ou "néfastes" sur lui¹³³. Le législateur québécois aura plutôt cru bon offrir une

¹²⁸ *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.).

¹²⁹ Christian BRUNELLE, *op. cit.*, note 41, p. 6-7.

¹³⁰ *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 588. (j. Sopinka).

¹³¹ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Procureur général du Canada*, [2004] 1 R.C.S. 76.

¹³² *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (par. 58), *Ministre de la Justice du Québec c. Ministre de la Justice du Canada*, [2003] R.J.Q. 1118, REJB 2003-39418 (C.A.) (par. 207), *Prenticer c. Canada*, [2006] 3 R.C.F. 135 (C.A.) (par. 40).

¹³³ *Chaoulli c. Procureur général du Québec*, [2005] 1 R.C.S. 307.

protection spécifique à l' "intégrité", qu'elle soit physique, morale ou psychologique¹³⁴, par le biais de l'article 1 de la Charte.

[...]

Du reste, le concept québécois de "sûreté" devrait recouper la réalité visée par le concept de "sécurité".

« [L]e droit à la sécurité de sa personne englobe le droit d'être protégé contre un traumatisme psychique¹³⁵ ».

Bien qu'en l'espèce, l'application du droit à la sûreté et à l'intégrité de la personne ne soit pas aussi évidente que lorsqu'il s'agit d'un litige impliquant les conditions minimales de sécurité sur les lieux de travail, la Commission est d'avis que l'exercice du droit à la sûreté et à l'intégrité du travailleur peut être compromis par l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleur de la LATMP.

En effet, des conséquences physiques et psychologiques graves peuvent être occasionnées par l'exclusion de ces travailleurs des bénéficiaires de la LATMP.

Concernant les conséquences physiques, il est plausible de penser que le travailleur blessé ou atteint d'une maladie professionnelle, et qui sait ne pas être admissible au régime d'indemnisation de la LATMP, continue de travailler malgré sa blessure ou sa maladie professionnelle mettant ainsi en jeu sa sûreté et son intégrité physique.

Concernant les conséquences psychologiques, le fait que le travailleur sait qu'il ne doit pas subir d'accident ou de maladie professionnelle sans quoi sa qualité de vie sera grandement affectée

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, p. 483, par.112. Voir au même effet, *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, [1996] 3 R.C.S. 211, 253.

peut créer un stress psychologique fort important tout au long du travail à effectuer¹³⁶ mettant ainsi en jeu sa stabilité psychologique et, conséquemment, sa sûreté et son intégrité.

De plus, la travailleuse domestique ou gardienne qui travaille et se voit dans l'obligation de quitter définitivement ou temporairement son travail à la suite d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle pourra subir un stress psychologique fort important dû au fait qu'il se retrouvera sans protection, en plus d'être sans emploi, contrairement au travailleur tel que défini par la LATMP. De plus, dans le cas spécifique des personnes inscrites au PAFR, s'ajoute le risque de ne pas pouvoir compléter les 24 mois dans les délais prévus par le PAFR et de devoir retourner dans son pays d'origine faute de ne pouvoir travailler et de ne pas être réputé au travail.

Rappelons que le « travailleur » au sens de la LATMP n'aura pas à subir ce double stress psychologique ou cette atteinte à sa sécurité physique puisque la Loi lui accorde une protection automatique lui assurant un filet social en cas d'accident de travail et de maladie professionnelle.

Par conséquent, la Commission est d'avis que le droit à la sûreté et à l'intégrité des domestiques et des gardiennes est compromis par leur exclusion de la définition de travailleur de la LATMP.

§ Le droit à la dignité (art. 4)

La dignité est une valeur souvent citée en parallèle au droit à l'égalité dans les différents textes internationaux. Il en est ainsi notamment dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹³⁷

¹³⁶ Notons à cet effet, l'étude démontrant que le travail de domestique peut être un travail dangereux et occasionner des accidents de travail et maladies professionnelles importants. Voir : PINAY in collaboration with the MCGILL SCHOOL OF SOCIAL WORK, *op. cit.*, note 93.

¹³⁷ Précitée, note 60. Dans le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, on énonce :

(... suite)

dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹³⁸ et dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

Quant à la Charte québécoise, elle mentionne dès son préambule « que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi ». Et finalement, la Charte énonce expressément le droit à la dignité à son article 4 : « Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. »

Dans *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*¹³⁹, la Cour suprême précise l'étendue de ce droit :

« À la lumière de la définition donnée à la notion de "dignité" de la personne et des principes d'interprétation large et libérale en matière de lois sur les droits et libertés de la personne, j'estime que l'art. 4 de la *Charte* vise les atteintes aux attributs fondamentaux de l'être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu'elle est un être humain et au respect qu'elle se doit à elle-même.

« Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

[...]. »

À l'article premier de la Déclaration, on affirme que :

« [t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. [...] »

¹³⁸ (1976) 999 R.T.N.U. 171. Dans le libellé du Préambule du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, on proclame que :

« Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde,

Reconnaissant que ces droits découlent de la dignité inhérente à la personne humaine,

[...]. »

Le Préambule du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1976) 993 R.T.N.U. 3, est rédigé en des termes identiques.

¹³⁹ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand (C.S.N.)*, précité, note 135.

Par ailleurs, contrairement au concept d'intégrité, à mon avis, le droit à la dignité de la personne, en raison de sa notion sous-jacente de respect, n'exige pas l'existence de conséquences définitives pour conclure qu'il y a eu violation. Ainsi, une atteinte même temporaire à une dimension fondamentale de l'être humain violerait l'art. 4 de la *Charte*. Cette interprétation s'appuie également sur la nature des autres droits protégés à l'art. 4, soit l'honneur et la réputation : *noscitur a sociis*. En effet, la violation de ces garanties ne requiert pas nécessairement qu'il existe des effets de nature permanente quoique ceux-ci puissent l'être. »¹⁴⁰

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour suprême développa davantage sur le concept de la dignité : « La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. »¹⁴¹

Dans un autre arrêt, la Cour suprême a reconnu que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel¹⁴².

L'exclusion de la domestique et de la gardienne de la définition de travailleur compromet la dignité de ces travailleuses. En effet, en alimentant les stéréotypes liés à cet emploi féminin qui engendrent des perceptions dévalorisantes à l'égard des personnes effectuant ces tâches, l'exclusion prévue par le législateur compromet le droit à la dignité de ces dernières.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 105 et 106.

¹⁴¹ [1999] 1 R.C.S. 497, par. 53.

¹⁴² *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, par. 53.

À la lumière des textes cités et de l'enseignement de la Cour suprême, la Commission est d'avis que l'exclusion des domestiques et des gardiennes repose sur des rôles sexués et racisés. Ces rôles confinent les domestiques et les gardiennes dans un statut légal inférieur compromettant ainsi le droit à la dignité de ces travailleuses.

§ Le droit à la non-discrimination dans l'établissement de catégories d'emploi ou de classifications d'emploi (art. 16)

L'article 16 de la Charte interdit la discrimination dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. Bien que cet article est habituellement appliqué dans les cas traditionnels d'emploi, il pourrait toutefois recevoir application en l'espèce notamment en vertu de l'interprétation large et libérale que commandent les dispositions de la Charte ainsi qu'en vertu du libellé de l'article 16 qui ne restreint pas l'obligation de non-discrimination « dans l'établissement de catégories d'emploi ou de classification d'emploi » à une situation particulière. De plus, l'article 52 prévoit la primauté de l'article 16 sur les lois québécoises. L'obligation de non-discrimination dans l'établissement de catégories d'emploi peut donc être applicable aux lois.

Aux fins de l'application de l'article 16, la fonction de domestique et de gardienne est un emploi, un travail.

Tel qu'il a été démontré, les traitements défavorables réservés aux domestiques et aux gardiennes sont souvent fondés sur des stéréotypes basés sur le sexe, l'origine ethnique ou leur condition sociale.

Aux fins d'interprétation, mentionnons que tel que nous l'avons vu préalablement, l'article 11 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁴³ lie le

¹⁴³ Précitée, note 63.

principe d'égalité dans l'emploi à l'attribution pour tous les travailleurs des mêmes droits relativement aux prestations de maladie, d'invalidité ou pour toute autre perte de capacité de travail :

« 11.

1. Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier :

[...]

e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés; »

Ainsi, il semble possible de prétendre que le législateur, en établissant une catégorie d'emploi qui exclut les domestiques et les gardiennes, crée une discrimination fondée sur leur sexe, leur origine ethnique et leur condition sociale, et ce, en catégorisant leur emploi afin de les exclure de la protection automatique de la LATMP auquel les autres travailleurs ont droit, contrevenant ainsi à l'obligation de non-discrimination prévue à l'article 16 de la Charte.

En conclusion, la Commission est d'avis qu'en établissant les catégories d'emploi de domestique et de gardienne aux fins de les exclure de la définition de travailleur et, par là, de l'application automatique de la LATMP, le législateur va à l'encontre du libellé de l'article 16 de la Charte qui stipule que « Nul ne peut exercer de discrimination [...] dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi ».

§ Le droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique du travailleur (art. 46)

Tel qu'il est prévu à l'article 52 de la Charte, seuls les articles 1 à 38 de la Charte priment sur les lois du Québec¹⁴⁴.

Cependant, il a été reconnu qu'il est permis de contester la validité d'une disposition législative en invoquant le droit à l'égalité en combinaison avec des droits économiques et sociaux.

Ainsi, dans *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, le Tribunal des droits de la personne mentionna que :

« [...] si la Charte permet que l'exercice du droit à l'instruction publique gratuite soit affecté de différentes restrictions législatives, voire qu'il souffre certaines restrictions (telle l'imposition de frais de scolarité aux niveaux collégial et universitaire, par exemple), elle interdit cependant les limitations qui, dans l'aménagement de ce droit,

¹⁴⁴ La Commission a, à maintes reprises, soutenu que les droits sociaux et économiques prévus à la Charte devaient recevoir une interprétation plus large que celle que leur donnent présentement les tribunaux. Voir notamment : *Après 25 ans – La Charte québécoise des droits et libertés*, vol. 2, Étude n° 5 (Pierre Bosset), « Les droits économiques et sociaux, parents pauvres de la Charte? ».

Cependant, la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.C.S. 429, par. 96 écrit que :

« Bien que les tribunaux n'aient pas le pouvoir d'invalider des lois qui sont incompatibles avec les droits sociaux et économiques prévus au chapitre IV de la Charte québécoise, il ne s'ensuit pas que les tribunaux sont de ce fait dispensés de connaître des demandes fondées sur ces droits. La personne qui prétend avoir été victime d'une atteinte aux droits que lui garantit la Charte québécoise a le droit de s'adresser aux tribunaux dans les cas opportuns. La Charte québécoise est un document juridique censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages et intérêts. Cependant, il existe une réparation pour les atteintes aux droits sociaux et économiques énoncés au chapitre IV de la Charte québécoise. En cas de violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation. »

Par conséquent, l'article 46 pourrait constituer la base légale d'une demande de jugement déclaratoire énonçant que l'exclusion du domestique et du gardien de la définition de travailleur à la LATMP viole les droits prévus à l'article 46 de la Charte.

produisent un effet discriminatoire au regard de l'un des motifs énumérés à l'article 10. »¹⁴⁵

Le juge Baudouin dans l'arrêt de la Cour d'appel *Gosselin c. Québec (Procureur général)* mentionna que le droit d'accès sans discrimination aux droits économiques et sociaux est garanti par la Charte :

« Je suis donc d'avis que l'article 45, comme tous les autres textes de ce même chapitre, ne fait que garantir au citoyen québécois un droit d'accès sans discrimination aux mesures d'assistance financière et aux mesures sociales déjà prévues par la loi et qui visent à lui assurer un standard de vie décent. C'est un droit-créance d'accès, mais non un droit-créance touchant la suffisance de la mesure. »¹⁴⁶

Ainsi, la relation entre le droit à l'égalité et les autres droits protégés par la Charte permet de faire un examen critique de la législation sous l'angle de la discrimination et ce, malgré la non-primauté du droit prévu à l'article 46.

L'article 46 prévoit que « toute personne qui travaille a droit » « à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité ».

Les domestiques et les gardiennes sont des personnes qui travaillent. Ainsi, en vertu de l'article 46, elles ont droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité.

Il importe toutefois de préciser que la Cour suprême énonça dans un contexte très précis, soit celui de l'étude des champs de compétence provinciale et non celui d'un droit visé par la

¹⁴⁵ *Commission des droits de la personne c. Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, [1991] R.J.Q. 3003, 3037 (T.D.P.), confirmé par [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), par. 75.

¹⁴⁶ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1033, p. 1048 (C.A.). La Cour suprême n'a pas spécifiquement infirmé l'idée du droit d'accès par l'entremise de l'article 10 de la Charte, voir : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, précité, note 144.

Charte, que le régime d'indemnisation de la LATMP n'était pas considéré comme des conditions de travail¹⁴⁷.

La Cour suprême, dans cette affaire, tentait de déterminer si le régime d'indemnisation des accidents de travail devait s'appliquer ou non aux entreprises fédérales. La Cour suprême énonça plus précisément que les régimes d'indemnisation « sont adoptés par les provinces en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils, mais non pas de leur compétence sur les contrats. Il est de toute façon difficile d'imaginer en pratique que des régimes aussi complexes et aussi lourds puissent avoir une base simplement contractuelle. Quoiqu'ils visent à l'indemnisation des travailleurs, ils ne font pas partie du contrat de travail, ils ne sont pas des régimes de relations de travail et ils ne constituent pas des conditions de travail : c'est après que la santé ou la sécurité des travailleurs est atteinte qu'ils interviennent pour indemniser ces derniers. Ils ne touchent pas non plus à la gestion ou aux opérations des entreprises. »¹⁴⁸

Bien qu'aux fins de l'appréciation du champ de compétence applicable, le régime d'indemnisation prévu à la LATMP n'ait pas été reconnu comme constituant des conditions de travail, la Charte, quant à elle, nécessite une interprétation plus large de la définition de conditions de travail.

En effet, la Charte jouit d'un statut particulier. Par sa nature quasi constitutionnelle, elle commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permet d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345.

L'objectif de l'article 46 est clair. La Charte veut protéger tous les travailleurs et leur assurer des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité. En qualifiant, à l'article 46, les conditions de travail de « justes et raisonnables » et qui « respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs », la Charte renvoie à un concept élargi des conditions de travail.

Aux fins d'interprétation, et afin de circonscrire la portée de l'article 46 de la Charte, les textes internationaux doivent être pris en considération.

Dans le préambule de la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*¹⁵⁰, il est énoncé que :

« Attendu qu'il existe des conditions de travail impliquant pour un grand nombre de personnes l'injustice, la misère et les privations, ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger, et attendu qu'il est urgent d'améliorer ces conditions : par exemple, en ce qui concerne la réglementation des heures de travail, la fixation d'une durée maximum de la journée et de la semaine de travail, le recrutement de la main-d'œuvre, la lutte contre le chômage, la garantie d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables, la protection des travailleurs contre les maladies générales ou professionnelles et les accidents résultant du travail, la protection des enfants, des adolescents et des femmes, les pensions de vieillesse et d'invalidité, la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger, l'affirmation du principe "à travail égal, salaire égal", l'affirmation du principe de la liberté syndicale, l'organisation de l'enseignement professionnel et technique et autres mesures analogues; »

(Nos soulignés.)

Il faut noter que ce préambule énonce les prestations d'invalidité comme constituant des conditions de travail au même sens que le salaire et ce, même si les prestations d'invalidité sont perçues par le travailleur alors qu'il n'est plus au travail.

¹⁵⁰ 15 R.T.N.U. 41.

De plus, tel que nous l'avons vu préalablement, l'article 11 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁵¹ lie le principe d'égalité dans l'emploi à l'attribution des mêmes droits pour tous les travailleurs relativement aux prestations de maladie, d'invalidité ou pour toute autre perte de capacité de travail. Il est opportun de préciser que ces droits sont mentionnés dans le même paragraphe que le droit aux congés payés, qui est généralement admis comme constituant une condition de travail.

Ainsi, il semble que les textes internationaux prévoient une vision plus englobante des conditions de travail dont on doit tenir compte lors de l'interprétation des termes « conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique » de l'article 46 de la Charte.

De plus, afin de déterminer si le régime prévu à la LATMP constitue des conditions de travail, certaines caractéristiques de la LATMP doivent aussi être prises en considération. Il devrait être pris en compte notamment que la LATMP est une loi d'ordre public et qu'elle a été considérée comme étant une loi à caractère hautement social¹⁵², que l'un de ses objectifs est le retour et la réinsertion du travailleur dans le milieu de travail, de préférence dans son emploi pré-lésionnel¹⁵³ et enfin, que son régime vise non seulement à indemniser les lésions professionnelles survenues

¹⁵¹ 18 décembre 1979, 1249 n° R.T.N.U. 13 :

« 11.

1. Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier :

[...]

e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés; »

¹⁵² *Chaput c. S.T.C.U.M.*, [1992] C.A.L.P. 1253 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 93-03-04 (23265); *Commission scolaire des Mille-Iles et Robillard*, [1991] C.A.L.P. 923; *CSST et Tremblay*, [1991] C.A.L.P. 1308.

¹⁵³ *Provigo inc. c. Lachapelle*, [2006] C.L.P. 505 (C.A.).

par le fait ou à l'occasion du travail, mais aussi à promouvoir la paix sociale par l'exclusion de toute action en responsabilité par les travailleurs contre les employeurs¹⁵⁴.

La Commission est d'avis qu'étant donné l'objectif de la Charte, les bénéfices accordés par la LATMP devraient être considérés comme constituant des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs.

De plus, tel qu'explicité dans la section traitant du droit à la sûreté et à l'intégrité, il existe une possibilité de préjudice physique causé par le fait qu'une domestique victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle aggrave sa situation en décidant, faute d'indemnisation, de rester au travail. La domestique et la gardienne peuvent aussi être soumises à un stress psychologique causé par l'idée préoccupante, alors qu'elles sont au travail, de subir un accident de travail en sachant qu'elles n'auront pas droit à une indemnisation « automatique » basée sur le régime sans faute de la LATMP, et ce, contrairement aux autres travailleurs. Ces deux facteurs combinés contribuent certainement à créer des conditions de travail qui risquent de nuire à la santé, à la sécurité et à l'intégrité physique de la domestique et de la gardienne.

De surcroît, il faut souligner que l'employeur de la domestique et de la gardienne ne verse aucune cotisation à la CSST, contrairement aux employeurs des autres travailleurs. En ce qui a trait à la domestique, elle doit payer elle-même la cotisation de son employeur diminuant ainsi son salaire de ce montant¹⁵⁵ et ce, contrairement aux autres travailleurs dont la cotisation de l'employeur est versée à la CSST de façon supplétive à leur salaire¹⁵⁶. Quant à la gardienne, cette même logique peut lui être appliquée puisqu'elle devra se tourner vers une assurance

¹⁵⁴ *Canada (Procureur général) c. Blagoeva*, (1993) C.A.L.P. 60 (C.S.) cité par Phillippe Bouvier, *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, législation, jurisprudence, doctrine, Alter Ego, 6^e édition 2008.

¹⁵⁵ Cette situation pourrait faire en sorte de soumettre la personne à un salaire en deçà du salaire minimum prévu à la LNT et à son Règlement.

¹⁵⁶ Voir : LATMP, art. 33.

privée si elle désire une protection. En conséquence, l'obligation de faire un choix entre l'assurance d'une protection « salariale » en cas d'accident et une diminution de salaire ne constitue pas une condition juste et raisonnable qui respecte la santé et la sécurité des domestiques et des gardiennes.

En conclusion, et en application de la règle d'interprétation voulant que les dispositions de la Charte doivent recevoir une interprétation large et libérale, la Commission est d'avis que l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleur pourrait compromettre leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique.

b) Le préjudice subi et l'atteinte à la dignité des personnes exclues

Dans un premier temps, concernant la gardienne, le préjudice réside dans le fardeau financier que représente le coût d'une assurance privée dans l'éventualité où une compagnie d'assurance accepterait de l'assurer. Dans un deuxième temps, il réside dans l'exclusion de l'accès aux bénéfices de la LATMP pouvant notamment donner lieu à un préjudice financier considérable en cas d'accident de travail s'il n'est pas pourvu d'une assurance privée. Dans un troisième temps, la gardienne subit aussi un préjudice moral qui réside dans le fait que cette exclusion alimente la perception dévalorisante de son occupation.

Quant à la domestique, le préjudice réside dans un premier temps, dans la distinction préjudiciable entre le fardeau qui lui est imposé pour avoir accès aux bénéfices de la LATMP et l'absence de fardeau lié à l'accès des autres travailleurs. Dans un deuxième temps, il réside dans le préjudice financier potentiel en cas d'accident de travail lorsque la domestique n'est pas inscrite à la CSST. Dans un troisième temps, la domestique subit aussi un préjudice moral lié au fait que cette exclusion alimente la perception dévalorisante de son occupation.

Concernant l'atteinte à la dignité de la domestique et de la gardienne, il a été démontré précédemment que le droit à la dignité des domestiques et des gardiennes était compromis par l'exclusion de ces derniers de la protection automatique de la LATMP.

En résumé, l'exclusion de la LATMP des domestiques et des gardiennes, parce qu'elle consolide les stéréotypes qui dévalorisent l'occupation de domestiques et de gardiennes, constitue une atteinte à la dignité de ces personnes.

À titre d'exemple, les propos tenus par l'ancien ministre du Travail du Québec, Matthias Rioux, cités dans un communiqué du 29 mars 1998, illustrent et démontrent la sensibilité des autorités au fait que l'atteinte à la dignité des aides familiales est intimement liée au manque de reconnaissance législative de leur apport à la société :

« [...]

Ces femmes travaillent dans l'ombre et, en conséquence, on ne connaît pas leur nombre exact. On pense qu'elles sont environ 19 000 au Québec. Elles veulent depuis un bon moment déjà qu'on reconnaisse leur travail et qu'on respecte leurs droits. Leur permettre d'être couvertes par la LATMP, leur permettre d'obtenir un salaire décent compte tenu de leur dévouement, c'est reconnaître leur importance au sein de notre société et leur offrir des conditions de travail justes et raisonnables » a poursuivi M. Rioux.

[...]

[En raison de l'ajustement du salaire minimum des aides familiales] "Demain 30 mars, les aides familiales pourront souligner leur Journée internationale en toute dignité" a conclu le ministre du Travail. »¹⁵⁷

(Nos soulignés.)

¹⁵⁷ Communiqué de presse du 29 mars 1998 rapportant les propos du ministre du Travail, Matthias Rioux.

D La justification réelle et raisonnable de l'exclusion

Il faut rappeler que la discrimination n'a pas besoin d'être intentionnelle et le motif discriminatoire n'a pas à être la raison exclusive ou principale du geste reproché pour entraîner des conséquences au regard de la Charte¹⁵⁸.

La Cour suprême, dans l'affaire *Grismer*¹⁵⁹, énonçait ainsi la méthode à suivre lors de l'analyse de toute demande fondée sur une loi relative aux droits de la personne. Les principes dégagés sont les suivants :

« L'arrêt *Meiorin* annonçait une méthode unifiée en matière d'examen des demandes fondées sur une loi concernant les droits de la personne, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte a été supprimée. Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L'incorporation de l'accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe. Ces caractéristiques sont fréquemment fondées sur un parti pris et des préjugés de longue date, et ne peuvent pas constituer le fondement de normes raisonnablement nécessaires. Bien que le critère de l'arrêt *Meiorin* ait été établi dans le contexte de l'emploi, il s'applique à toutes les demandes fondées sur le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, dans lesquelles l'existence de discrimination est alléguée.

Dès que le demandeur établit que la norme est discriminatoire à première vue, il incombe alors au défendeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que cette norme discriminatoire est une EPJ ou a une justification réelle et raisonnable. Pour établir cette justification, le défendeur doit prouver :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées;
- (2) qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;

¹⁵⁸ *Commission des droits de la personne c. Lalonde*, J.E. 92-1629 (T.D.P).

¹⁵⁹ *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive.

Ce critère permet à l'employeur ou au fournisseur de services de choisir son but ou objectif, à la condition que ce choix soit effectué de bonne foi ou "d'une manière légitime". Une fois qu'il a choisi et défini son but ou objectif — qu'il s'agisse de sécurité, d'efficacité ou de tout autre objet valide —, l'employeur ou le fournisseur de services se concentre ensuite sur les moyens par lesquels il va tenter de le réaliser. Ces moyens doivent être adaptés aux fins visées. Par exemple, si l'objectif qu'il vise est la sécurité au travail, l'employeur a alors le droit de mettre l'accent sur des normes d'embauche qui sont raisonnablement nécessaires pour garantir cette sécurité au travail. Toutefois, l'employeur n'a pas le droit d'établir des normes plus élevées que ce qui est nécessaire à cette fin ou qui n'ont rien à voir avec le travail exigé, et qui excluent arbitrairement certaines catégories de travailleurs. Par contre, le fait que la norme imposée exclue certaines catégories de personnes ne constitue pas de la discrimination si la politique ou la pratique en cause est raisonnablement nécessaire à la réalisation d'un but ou objectif approprié et si l'accommodement sans qu'il en résulte une contrainte excessive a été incorporé dans la norme. Une telle politique ou pratique a, pour reprendre le libellé de l'art. 8 du *Human Rights Code*, une [traduction] "justification réelle et raisonnable". L'exclusion n'est justifiable que si l'employeur ou le fournisseur de services a pris toutes les mesures d'accommodement possibles tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive. »¹⁶⁰

À la lumière de ces enseignements, la question pertinente en l'espèce est donc :

L'exclusion de la domestique et de la gardienne de la protection automatique est-elle raisonnablement justifiable?

La question de savoir si une norme est « raisonnablement nécessaire » doit être examinée par rapport à l'objectif visé¹⁶¹.

Dans un premier temps, mentionnons qu'il serait surprenant que le législateur prétende que cette exclusion ou distinction a été créée pour tenir compte de la situation et des besoins

¹⁶⁰ *Id.*, par. 19 à 21.

¹⁶¹ *Id.*, par. 24.

particuliers des membres du groupe concerné dans le but de réaliser l'égalité réelle¹⁶². L'exclusion et la distinction, en l'espèce, pénalisent les domestiques et gardiennes par rapport aux autres travailleurs.

L'exclusion des domestiques et des gardiennes de la LATMP semble plutôt avoir été prévue pour éviter les charges financières trop lourdes pour les employeurs-particuliers, ce qui pourrait avoir pour effet d'inciter le travail au noir dans ce domaine¹⁶³.

Eu égard à la logique de la LATMP, le législateur pourrait difficilement invoquer une justification liée à la nature ou au risque de l'occupation de domestique puisque le législateur permet aux domestiques de bénéficier de la Loi si elles assument le paiement de la cotisation. Cette situation laisse ainsi comme seule justification plausible pour le législateur celle de vouloir faire épargner au particulier-employeur les coûts liés au paiement des cotisations afin de prévenir la prolifération du travail au noir dans ce domaine d'emploi.

Est-ce qu'exclure les domestiques et les gardiennes de la protection automatique de la LATMP constitue une « norme raisonnablement nécessaire » afin d'arriver à l'objectif tel que décrit ci-dessus?

Rappelons les conséquences de l'exclusion et de la distinction de la domestique et de la gardienne de la LATMP par l'entremise d'un texte publié par Condition féminine Canada :

« La domestique, qui inclut l'aide familiale résidente, et la gardienne devraient être assujetties à la L.A.T.M.P. et les cotisations patronales devraient être obligatoires, comme c'est le cas, notamment en Ontario et en Colombie-Britannique. D'abord, la très grande majorité des travailleurs sont ainsi protégés. En plus d'être discriminatoire à l'égard des aides familiales résidentes, cette différence de traitement maintient le préjugé

¹⁶² *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625.

¹⁶³ Voir : CONDITION FÉMININE CANADA, *op. cit.*, note 55. Voir l'analyse de la LATMP.

que le travail domestique n'est pas du travail et qu'il ne peut donc être dangereux. Pourtant, la maison et les tâches domestiques sont souvent à l'origine de blessures, dont notamment les blessures au dos et l'intoxication par des produits de nettoyage nocifs. Cette exclusion renforce aussi la distinction hiérarchique entre la sphère privée et la sphère publique. Ensuite, la possibilité pour la domestique de s'inscrire auprès de la CSST est illusoire. De façon générale, les aides familiales immigrantes résidentes ne sont pas au courant de cette possibilité, et même si elles étaient conscientes, leur couverture coûterait cher.

Ainsi, une domestique doit déboursier annuellement 4.72 dollars pour être assurée pour un montant de 100 dollars. Par exemple, si une domestique veut s'assurer pour le montant de 14 092 dollars, soit son salaire annuel brut (271\$/semaine x 52 semaines), il lui en coûterait 730 dollars. En cas d'accident de travail au sens de la L.A.T.M.P., elle toucherait alors 90 p.100 de son salaire net. Il faut préciser qu'elle ne jouit pas d'une couverture totale. »¹⁶⁴

Considérant l'importance des préjudices subis cités ci-dessus et évoqués dans la section antérieure¹⁶⁵, l'exclusion devrait représenter le dernier des moyens adéquats disponibles afin d'atteindre l'objectif poursuivi.

Dans le même ordre d'idées, la Commission écrivait, dans un avis précédent, que l'exclusion n'est pas toujours la solution adéquate pour atteindre l'objectif poursuivi et ce, particulièrement lorsqu'il existe des moyens alternatifs pour y arriver.

En effet, la Commission écrivait en 1990 :

« Nous comprenons par ailleurs que l'exclusion s'explique par le fait que l'on n'a pas voulu imposer aux personnes qui ont besoin de services de garde, souvent des femmes elles-mêmes en situation économique précaire, un fardeau financier décourageant l'utilisation de tels services de garde.

Une proposition de la Commission des droits de la personne, soit celle "d'utiliser d'autres mesures pour remédier à la situation et rétablir l'égalité désirée sans recourir aux exclusions chaque fois que les circonstances l'exigent", prend ici tout son sens. Sur ce plan, apprécions le fait que la recommandation de la

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ Section 3.1.1 C b) Le préjudice subi et l'atteinte à la dignité des personnes exclues.

Commission proposant que les frais de garde soient déductibles d'impôt ait déjà été suivie. Par contre, cette mesure est loin d'être suffisante. C'est pourquoi l'application de la loi devrait être étendue aux "gardiennes" et devrait être accompagnée de l'adoption d'une politique d'aide aux personnes disposant de moyens limités pour recourir aux services de garde. »¹⁶⁶

Le principe selon lequel il est préférable de choisir des moyens alternatifs en remplacement de la mesure d'exclusion est d'autant plus applicable dans un cas où la situation des employeurs ayant besoin d'aide n'est pas généralisée.

En l'espèce, la justification de l'exclusion, telle qu'énoncée, ne saurait être applicable à tous les employeurs-particuliers. À titre indicatif, une étude démontre que la moyenne des foyers qui participaient, lors de l'étude, en tant qu'employeurs dans le cadre du PAFR avait un revenu annuel de 100 000 dollars et plus¹⁶⁷. Ainsi, l'utilisation d'autres moyens comme solution de rechange à l'exclusion des domestiques et des gardiennes, déjà vulnérables sur le plan financier, contribuerait à cibler les employeurs ayant réellement besoin d'aide et permettrait de déplacer le fardeau financier, qui se trouve en ce moment sur les domestiques et les gardiennes, vers les employeurs, ce qui est d'ailleurs la règle dans la LATMP.

Quant au risque d'une augmentation du travail au noir, bien qu'hypothétique, il pourrait être en partie diminué par les moyens alternatifs. De plus, un tel argument ne constitue pas une réelle justification puisque la corrélation alléguée entre le paiement des cotisations par l'employeur à la CSST et l'augmentation du travail au noir est applicable à bon nombre de secteurs d'emploi dont les employeurs doivent tout de même payer leur cotisation à la CSST.

Par conséquent, la Commission est d'avis que l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la protection automatique de la LATMP ne constitue pas une norme raisonnable.

¹⁶⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, note 18, p. 7.

¹⁶⁷ L. BOIVIN avec la collaboration de R. PINARD, *op. cit.*, note 16, p. 65.

Considérant les objectifs de la LATMP, son application au travailleur et les obligations des employeurs qui y sont énoncées, la Commission est consciente qu'il pourrait être raisonnable de maintenir l'exclusion en limitant sa portée pour certains cas très spécifiques. Par exemple, restreindre l'exclusion au cas de la gardienne qui n'exerce que de façon très ponctuelle une telle occupation pourrait constituer une modalité raisonnable¹⁶⁸. Il importe, au demeurant, de garder à l'esprit que plusieurs des personnes qui exercent des tâches de gardienne ou d'aide à domicile sont des travailleurs autonomes et que, à ce titre, elles sont déjà exclues de la protection automatique dans la LATMP¹⁶⁹.

E L'application de l'article 20.1

La LATMP telle que nous l'avons définie plus tôt est une loi sociale d'ordre public prévoyant plus qu'un régime d'assurance pour cause d'accident et de maladie professionnelle. Cependant, et bien qu'« une interprétation restrictive et non une interprétation qui tend à élargir la portée de l'exception par l'introduction d'autres types de régimes que ceux explicitement visés par cette disposition »¹⁷⁰ devrait être appliquée à l'article 20.1, étant donné que le régime de la LATMP a été traité similairement à un régime d'assurance¹⁷¹, il est opportun de l'analyser en fonction de l'article 20.1 de la Charte.

¹⁶⁸ La Commission avait émis le même commentaire en 1990 dans son avis (*op. cit.*, note 18). Elle écrivait alors : « Par ailleurs, comme l'objectif recherché est de faire bénéficier de la Loi sur les normes du travail les travailleuses qui gagnent leur vie en exerçant le métier de « gardienne », il est envisageable que le Règlement qui pourra être adopté en vertu de l'article 3 fixe un critère objectif (celles qui exercent des fonctions de garde de façon continue, ou encore celles qui exercent de telle fonction un nombre minimal d'heures semaine) afin de ne pas inclure les personnes qui ne le font que de façon occasionnelle. »

¹⁶⁹ LATMP, art. 9.

¹⁷⁰ Voir par analogie : *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Centre hospitalier Hôtel-Dieu-de-Sorel*, [2001] R.J.Q. 1669, par. 59 cité dans l'analyse de l'article 20.1 par l'auteur C. BRUNELLE, *op. cit.*, note 41.

¹⁷¹ Notamment dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, précité, note 149.

L'article 20.1 se lit comme suit :

« Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article. »

(Nos soulignés.)

Dans un premier temps, il faut noter que l'article 20.1 mentionne spécifiquement certains motifs donnant ouverture à la justification de la discrimination dont le sexe. Par conséquent, une justification en vertu de 20.1 de la Charte ne peut se fonder sur les motifs de condition sociale et d'origine ethnique ou de race.

Par ailleurs, ne sera pas considéré discriminatoire un régime d'avantages sociaux d'assurance qui prévoit une distinction, exclusion ou préférence fondée sur le sexe lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles. Dans le cas présent, le motif d'exclusion fondé sur le sexe ne saurait constituer un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles puisque de nombreuses femmes bénéficient de la LATMP en tant que travailleuses au sens de cette Loi.

D'autre part, l'article 20.1 prévoit qu'un régime d'avantages sociaux d'assurance qui recourt à une distinction, exclusion ou préférence peut être non discriminatoire. Il semble donc possible d'affirmer que le législateur reconnaît, lorsque ces conditions ne sont pas remplies, un droit à la non discrimination dans un régime d'avantages sociaux d'assurance. Or, rien n'indique qu'un régime d'avantages sociaux d'assurance d'origine législative est exclu de l'application de l'article 20.1. Par conséquent, il est possible de conclure que l'exclusion des domestiques et des gardiennes à la LATMP contrevient au droit à la non discrimination dans un régime d'avantages sociaux d'assurance de l'article 20.1.

En conclusion, la Commission est d'avis que l'article 20.1 ne peut être utilisé pour justifier la discrimination fondée sur le sexe que constitue l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition de travailleur prévue à la LATMP. Au surplus, elle est d'avis que l'article 20.1 confirme que l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la protection automatique du régime d'avantages sociaux d'assurance prévu à la LATMP est discriminatoire.

3.2 L'application de l'article 7 de la LATMP et la définition d'employeur et d'établissement

Avant de conclure, il est opportun d'étudier l'application de l'article 7 et 8 de la LATMP aux domestiques et aux gardiennes dans l'éventualité où les exclusions de ces derniers aux bénéfices de la LATMP seraient abrogées.

Ainsi, tous les domestiques et gardiennes qui pourront se qualifier à titre de travailleuses se verront appliquer l'article 7¹⁷² de la LATMP.

« 7. La présente loi s'applique au travailleur victime d'un accident du travail survenu au Québec ou d'une maladie professionnelle contractée au Québec et dont l'employeur a un établissement au Québec lorsque l'accident survient ou la maladie est contractée. »

Considérant le débat jurisprudentiel¹⁷³ sur l'inclusion ou l'exclusion du « logement de l'employeur » en tant qu'établissement tel qu'énoncé aux fins d'application de la Loi aux articles 7 et 8 de la LATMP, une brève analyse s'impose.

La définition de travailleur de la LATMP implique la notion d'employeur.

¹⁷² Selon les circonstances, l'article 8 de la LATMP sera appliqué à certains travailleurs.

¹⁷³ Sur le fait qu'une habitation privée ne peut pas être considérée comme un établissement au sens de la LATMP voir en autres les décisions suivantes : *Gauthier et Gaétan Proulx*, [2000] C.L.P. 994, *Lemay et Confections St-Élie pantalons USA*, 146514-04-0009, 01-04-12, A. Gauthier.

« **travailleur** » : une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage.

L'employeur est défini par la LATMP en relation avec son établissement.

« **employeur** » : une personne qui, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, utilise les services d'un travailleur aux fins de son établissement.

L'établissement de la LATMP renvoie à la définition d'établissement de la LSST.

« **établissement** » : un établissement au sens de la Loi sur la santé et la sécurité du travail.

La LSST définit ainsi l'établissement :

« **établissement** » : l'ensemble des installations et de l'équipement groupés sur un même site et organisés sous l'autorité d'une même personne ou de personnes liées, en vue de la production ou de la distribution de biens ou de services, à l'exception d'un chantier de construction; ce mot comprend notamment une école, une entreprise de construction ainsi que les locaux mis par l'employeur à la disposition du travailleur à des fins d'hébergement, d'alimentation ou de loisirs, à l'exception cependant des locaux privés à usage d'habitation.

Il a été précisé dans un jugement de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles que l'habitation de l'employeur d'une domestique devait être reconnue comme un établissement en vertu de la définition de la LSST :

« Pour être en présence d'un établissement, il faut retrouver les trois éléments suivants : a) un ensemble d'installations et de l'équipement; b) groupés sur un même site et organisés sous l'autorité d'une même personne ou de personnes liées; c) en vue de la production de biens et de services. Puis, le législateur exclut spécifiquement le chantier de construction de la notion d'établissement, le chapitre XI de la loi prévoyant des dispositions particulières à leur égard. Dans la deuxième proposition de la définition, le législateur précise qu'une école, une entreprise de construction et les locaux mis à la disposition du travailleur à des fins d'hébergement d'alimentation, de loisirs, sauf les locaux privés à usage d'habitation, constituent également un établissement au sens de la

loi. L'exclusion des locaux privés à usage d'habitation vise donc "les locaux mis par l'employeur à la disposition d'hébergement, d'alimentation ou de loisir" et non pas la notion d'établissement. Ainsi, le domicile de l'employeur où la travailleuse exerce ses fonctions constitue un établissement au sens de la LSST. Comme il ne s'agit pas d'un local mis à sa disposition pour des fins d'hébergement, d'alimentation ou de loisirs, l'exclusion des locaux privés à usage d'habitation ne peut ici recevoir application. »¹⁷⁴

Ce jugement se retrouve sur le site internet de la Commission des lésions professionnelles¹⁷⁵. Cette dernière y réfère pour indiquer que l'habitation de l'employeur d'une domestique peut être considérée comme constituant un établissement au sens de la LSST. Compte tenu que la définition d'établissement de la LATMP est, par référence, la même que celle de la LSST, cette décision doit être retenue aux fins d'application de la LATMP.

De surcroît, la logique même de la LATMP confirme que cette interprétation doit primer. En effet, la LATMP prévoit l'exclusion expresse de la domestique et de la gardienne de la définition de travailleur. Selon la règle d'interprétation des lois voulant que le législateur ne parle pas pour rien dire, cette exclusion ne peut valoir que si le législateur considère que les domestiques et les gardiennes peuvent se qualifier de travailleur.

De plus, en vertu de ce même principe, le législateur définit la domestique comme étant une personne physique qui exerçait ses fonctions principales dans le logement de ce particulier. En ce qui a trait à la gardienne, il la définit comme étant engagée par un particulier pouvant, de ce fait, inclure le travail au domicile de l'employeur.

En excluant la domestique et la gardienne de la définition de travailleur, qui est lui-même défini par rapport à son lien avec un « employeur », le législateur incluait nécessairement la notion du

¹⁷⁴ CSST c. *Lebel et Houle*, précité, note 46.

¹⁷⁵ Site de la CLP, [En ligne]. <http://www2.clp.gouv.qc.ca/sites/clpq/memento05.nsf>

« logement d'un particulier » dans la définition de l'établissement puisque le terme « employeur » est à son tour défini en relation avec « son établissement ».

De surcroît, rappelons que le législateur prévoit pour la domestique qu'elle peut avoir accès aux bénéfices de la LATMP à certaines conditions. Considérant la définition du domestique, le législateur confirme, avec les dispositions des articles 18 à 24, que le logement du particulier qui engage une domestique n'est pas un obstacle pour l'accès aux bénéfices de la LATMP.

En conclusion, la définition d'établissement et d'employeur de la LATMP ne devrait pas constituer un obstacle à l'application de la LATMP aux domestiques et aux gardiennes en vertu des articles 7 et 8 de la LATMP. La Commission tient toutefois à préciser que c'est sur la base de cette interprétation qu'elle ne procède pas à l'analyse des conséquences possibles sur les droits prévus à la Charte d'une autre interprétation qui pourrait être retenue.

CONCLUSION

Pour conclure, l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la définition du travailleur de la LATMP constitue de la discrimination fondée sur le sexe, la condition sociale et l'origine ethnique ou la race en vertu de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Une telle discrimination détruit ou compromet le droit de ces travailleuses à leur sûreté et intégrité, leur droit à la dignité, leur droit à ne pas subir de discrimination dans l'établissement de leur catégorie d'emploi ainsi qu'à leur droit à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent leur santé, leur sécurité et leur intégrité physique.

Par conséquent, la Commission recommande que l'exclusion des domestiques et des gardiennes de la protection automatique de la LATMP, soit abrogée¹⁷⁶ et conséquemment, que leur soit appliqués comme à tout autre travailleur¹⁷⁷ les articles et les bénéfices de la LATMP, loi sociale et d'ordre public du Québec.

¹⁷⁶ La Commission renvoie le lecteur à l'analyse effectuée à la section 3.1.1 D *La justification réelle et raisonnable de l'exclusion* de la LATMP pour l'identification de modalités raisonnables.

¹⁷⁷ Tel que défini au premier alinéa de la définition de travailleur dans la LATMP.

ANNEXE
LA LÉGISLATION PERTINENTE

n La Loi sur les accidents et les maladies professionnelles :

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par

« **accident du travail** » : un événement imprévu et soudain attribuable à toute cause, survenant à une personne par le fait ou à l'occasion de son travail et qui entraîne pour elle une lésion professionnelle;

« **bénéficiaire** » : une personne qui a droit à une prestation en vertu de la présente loi;

« **domestique** » : une personne physique, engagée par un particulier moyennant rémunération, qui a pour fonction principale, dans le logement de ce particulier :

1° d'effectuer des travaux ménagers; ou

2° alors qu'elle réside dans ce logement, de garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée

« **employeur** » : une personne qui, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, utilise les services d'un travailleur aux fins de son établissement;

« **établissement** » : un établissement au sens de la Loi sur la santé et la sécurité du travail;

« **travailleur** » : une personne physique qui exécute un travail pour un employeur, moyennant rémunération, en vertu d'un contrat de travail ou d'apprentissage, à l'exclusion :

1° du domestique;

2° de la personne physique engagée par un particulier pour garder un enfant, un malade, une personne handicapée ou une personne âgée, et qui ne réside pas dans le logement de ce particulier;

3° de la personne qui pratique le sport qui constitue sa principale source de revenus;

4° du dirigeant d'une personne morale quel que soit le travail qu'il exécute pour cette personne morale

« **travailleur autonome** » : une personne physique qui fait affaires pour son propre compte, seule ou en société, et qui n'a pas de travailleur à son emploi.

7. La présente loi s'applique au travailleur victime d'un accident du travail survenu au Québec ou d'une maladie professionnelle contractée au Québec et dont l'employeur a un établissement au Québec lorsque l'accident survient ou la maladie est contractée.

8. La présente loi s'applique au travailleur victime d'un accident du travail survenu hors du Québec ou d'une maladie professionnelle contractée hors du Québec si, lorsque l'accident survient ou la maladie est contractée, il est domicilié au Québec et son employeur a un établissement au Québec.

Cependant, si le travailleur n'est pas domicilié au Québec, la présente loi s'applique si ce travailleur était domicilié au Québec au moment de son affectation hors du Québec, la durée du travail hors du Québec n'excède pas cinq ans au moment où l'accident est survenu ou la maladie a été contractée et son employeur a alors un établissement au Québec.

9. Le travailleur autonome qui, dans le cours de ses affaires, exerce pour une personne des activités similaires ou connexes à celles qui sont exercées dans l'établissement de cette personne est considéré un travailleur à l'emploi de celle-ci, sauf :

1° s'il exerce ces activités :

a) simultanément pour plusieurs personnes;

b) dans le cadre d'un échange de services, rémunérés ou non, avec un autre travailleur autonome exerçant des activités semblables;

c) pour plusieurs personnes à tour de rôle, qu'il fournit l'équipement requis et que les travaux pour chaque personne sont de courte durée; ou

2° s'il s'agit d'activités qui ne sont que sporadiquement requises par la personne qui retient ses services

18. Le travailleur autonome, le domestique, l'employeur, le dirigeant ou le membre du conseil d'administration d'une personne morale peut s'inscrire à la Commission pour bénéficier de la protection accordée par la présente loi.

Toutefois, un travailleur qui siège comme membre du conseil d'administration de la personne morale qui l'emploie n'a pas à s'inscrire à la Commission pour bénéficier de la protection de la présente loi lorsqu'il remplit ses fonctions au sein de ce conseil d'administration.

19. Une association de travailleurs autonomes ou de domestiques peut inscrire ses membres à la Commission et elle est alors considérée leur employeur aux seules fins du chapitre IX.

Le particulier qui engage un travailleur autonome peut aussi l'inscrire à la Commission et il est alors considéré son employeur aux seules fins des chapitres IX et XIII; dans ce cas, le particulier doit informer le travailleur autonome du fait qu'il bénéficie de la protection accordée par la présente loi et du montant de cette protection.

20. Une lésion professionnelle subie par une personne inscrite à la Commission donne droit aux prestations prévues par la présente loi comme si cette personne était un travailleur.

21. L'inscription à la Commission est faite au moyen d'un avis écrit indiquant le nom et l'adresse de la personne à inscrire, le lieu, la nature et la durée prévue des travaux et le montant pour lequel la protection est demandée.

Ce montant ne peut être inférieur au revenu brut annuel déterminé sur la base du salaire minimum en vigueur lors de l'inscription et ne peut excéder le maximum annuel assurable établi en vertu de l'article 66.

22. L'association de travailleurs autonomes ou de domestiques qui inscrit ses membres à la Commission tient à jour une liste de ceux-ci et du montant de la protection qu'elle a demandée pour chacun d'eux.

Elle informe en outre ses membres qu'ils bénéficient de la protection accordée par la présente loi, au moyen d'un avis publié dans les 30 jours de l'inscription dans un journal circulant dans chacune des régions où ils sont domiciliés.

23. La protection accordée à une personne inscrite à la Commission cesse le jour où la Commission reçoit un avis écrit à cet effet de la personne ou de l'association qui a fait l'inscription.

Le défaut d'acquitter une cotisation échue met aussi fin à cette protection.

Cependant, dans le cas du défaut d'une association qui a inscrit ses membres, la protection accordée à ceux-ci cesse le dixième jour qui suit celui où la Commission fait publier un avis à cet effet, dans un journal circulant dans chacune des régions où ils sont domiciliés; cet avis doit être publié dans les 30 jours du défaut.

24. L'association de travailleurs autonomes ou de domestiques qui désire retirer l'inscription d'un de ses membres doit l'en informer par écrit au moins 30 jours à l'avance.

Si elle désire retirer l'inscription de plusieurs ou de tous ses membres, elle doit les en informer, dans le même délai, au moyen d'un avis publié dans un journal circulant dans chacune des régions où ils sont domiciliés.

33. Un employeur ne peut exiger ni recevoir une contribution d'un travailleur pour une obligation que la présente loi lui impose.

La Commission peut ordonner à l'employeur de rembourser au travailleur cette contribution; sur dépôt au greffe du tribunal compétent par la Commission ou le travailleur concerné, cette ordonnance devient exécutoire comme s'il s'agissait d'un jugement final et sans appel de ce tribunal et en a tous les effets.

L'association de travailleurs autonomes ou de domestiques qui inscrit ses membres à la Commission peut, à cette fin, exiger et recevoir de ceux-ci une contribution.

n La *Loi sur la santé et la sécurité au travail* :

1. Dans la présente loi et les règlements, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

« **employeur** » : une personne qui, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, utilise les services d'un travailleur; un établissement d'enseignement est réputé être l'employeur d'un étudiant, dans les cas où, en vertu d'un règlement, l'étudiant est réputé être un travailleur ou un travailleur de la construction;

« **établissement** » : l'ensemble des installations et de l'équipement groupés sur un même site et organisés sous l'autorité d'une même personne ou de personnes liées, en vue de la production ou de la distribution de biens ou de services, à l'exception d'un chantier de construction; ce mot comprend notamment une école, une entreprise de construction ainsi que les locaux mis par l'employeur à la disposition du travailleur à des fins d'hébergement, d'alimentation ou de loisirs, à l'exception cependant des locaux privés à usage d'habitation;

« **lieu de travail** » : un endroit où, par le fait ou à l'occasion de son travail, une personne doit être présente, y compris un établissement et un chantier de construction;

« **travailleur** » : une personne qui exécute, en vertu d'un contrat de travail ou d'un contrat d'apprentissage, même sans rémunération, un travail pour un employeur, y compris un étudiant dans les cas déterminés par règlement, à l'exception :

1° d'une personne qui est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec les travailleurs;

2° d'un administrateur ou dirigeant d'une personne morale, sauf si une personne agit à ce titre à l'égard de son employeur après avoir été désignée par les travailleurs ou une association accréditée.

n La *Loi sur les normes du travail* :

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par :

6° « **domestique** » : un salarié employé par une personne physique et dont la fonction principale est d'effectuer des travaux ménagers dans le logement de cette personne, y compris le salarié dont la fonction principale est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée et d'effectuer dans le logement des travaux ménagers qui ne sont pas directement reliés aux besoins immédiats de la personne gardée;

7° « **employeur** » quiconque fait effectuer un travail par un salarié;

10° « **salarié** » : une personne qui travaille pour un employeur et qui a droit à un salaire; ce mot comprend en outre le travailleur partie à un contrat en vertu duquel :

- i. il s'oblige envers une personne à exécuter un travail déterminé dans le cadre et selon les méthodes et les moyens que cette personne détermine;
- ii. il s'oblige à fournir, pour l'exécution du contrat, le matériel, l'équipement, les matières premières ou la marchandise choisis par cette personne, et à les utiliser de la façon qu'elle indique;
- iii. il conserve, à titre de rémunération, le montant qui lui reste de la somme reçue conformément au contrat, après déduction des frais d'exécution de ce contrat;

2. La présente loi s'applique au salarié quel que soit l'endroit où il exécute son travail. Elle s'applique aussi :

1° au salarié qui exécute, à la fois au Québec et hors du Québec, un travail pour un employeur dont la résidence, le domicile, l'entreprise, le siège ou le bureau se trouve au Québec;

2° au salarié, domicilié ou résidant au Québec, qui exécute un travail hors du Québec pour un employeur visé dans le paragraphe 1°;

3° (*paragraphe abrogé*).

La présente loi lie l'État.

3. La présente loi ne s'applique pas :

2° au salarié dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, dans le logement de cette personne, y compris, le cas échéant, d'effectuer des travaux ménagers qui sont directement reliés aux besoins immédiats de cette personne, lorsque cette fonction est exercée de manière ponctuelle, sauf si l'employeur poursuit au moyen de ce travail des fins lucratives, ou encore est fondée uniquement sur une relation d'entraide familiale ou d'entraide dans la communauté;

3.1. Malgré l'article 3, les sections V.2 et VI.1 du chapitre IV, les articles 122.1 et 123.1 et la section II.1 du chapitre V s'appliquent à tout salarié et à tout employeur.

123.4. Si aucun règlement n'intervient à la suite de la réception de la plainte par la Commission des normes du travail, cette dernière défère sans délai la plainte à la Commission des relations du travail.

Les dispositions du Code du travail (chapitre C-27) qui sont applicables à un recours relatif à l'exercice par un salarié d'un droit lui résultant de ce code s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

La Commission des relations du travail ne peut toutefois ordonner la réintégration d'un domestique ou d'une personne dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée dans le logement de l'employeur.

128. Si la Commission des relations du travail juge que le salarié a été congédié sans cause juste et suffisante, elle peut :

1° ordonner à l'employeur de réintégrer le salarié;

2° ordonner à l'employeur de payer au salarié une indemnité jusqu'à un maximum équivalant au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

3° rendre toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Cependant dans le cas d'un domestique ou d'une personne dont la fonction exclusive est d'assumer la garde ou de prendre soin d'un enfant, d'un malade, d'une personne handicapée ou d'une personne âgée, la Commission des relations du travail ne peut qu'ordonner le paiement au salarié d'une indemnité correspondant au salaire et aux autres avantages dont l'a privé le congédiement.

n La *Charte des droits et libertés de la personne* :

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

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

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

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

20.1. Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.

46. Toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

54. La Charte lie l'État.

55. La Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec.