

**DISCRIMINATION À L'EMBAUCHE DES IMMIGRANTS QUALIFIÉS:
IMPACT DES NORMES FORMELLES ET INFORMELLES**

Vanessa Clermont-Isabelle

Faculté de droit

Université McGill, Montréal

Décembre 2015

Thèse soumise à l'Université McGill en réponse partielle aux exigences du diplôme de maîtrise
en droit (LL.M.)

© Vanessa Clermont-Isabelle, Décembre 2015

Table des matières

Résumé.....	4
Remerciements.....	6
INTRODUCTION	7
CHAPITRE 1 : PARADOXE ET EXPLICATIONS.....	12
Introduction.....	12
I. Portrait de la situation vécue par les immigrants qualifiés : le paradoxe.....	12
A. Un Canada réservé pour les meilleurs candidats.....	13
B. La difficile réalité du marché du travail.....	14
II. Explications des difficultés d'intégration des immigrants au marché du travail	17
A. L'hypothèse de la discrimination.....	18
B. L'hypothèse économique	29
Conclusion du premier chapitre	34
CHAPITRE 2 : LIMITES DES NORMES FORMELLES.....	35
Introduction.....	35
I. Ambiguïtés du droit formel à l'égalité.....	37
A. Quand l'ombre de l'intention obscurcit les chances du plaignant	37
B. Confusion quant à la preuve du lien.....	44
II. Différences entre la situation des immigrants et la jurisprudence	50
A. Éléments facilitant la preuve.....	51
B. Éléments de la situation des immigrants qui ne se retrouvent pas dans la jurisprudence	58
Conclusion du second chapitre	62
CHAPITRE 3 : OBSTACLES CRÉÉS PAR LES NORMES INFORMELLES.....	64
Introduction.....	64
I. Norme informelle qui sous-tend les décisions d'embauche : le travailleur canadien	65
A. Les obstacles rencontrés sur le marché du travail.....	65
B. Ce qui est réellement demandé par les employeurs	71
II. Les conséquences de l'exigence de se <i>canadianiser</i>	78
A. Répercussions sur les individus	78
B. Conséquences systémiques	81
Conclusion du troisième chapitre.....	85
CHAPITRE 4 : INTERACTIONS ENTRE LES NORMES FORMELLES ET INFORMELLES.....	86

Introduction.....	86
I. La nécessité d'un changement organisationnel.....	86
A. Un renversement de fardeau essentiel pour les immigrants qualifiés	87
B. Objectifs des programmes d'accès à l'égalité.....	91
II. Promesses et limites des programmes d'accès à l'égalité.....	94
A. Approches théoriques et limites des PAÉ.....	95
B. Étude de cas : la Société de Transport de Montréal et la Sûreté du Québec	103
Conclusion du quatrième chapitre.....	108
CONCLUSION.....	110
BIBLIOGRAPHIE.....	113

Résumé

Malgré la sélection compétitive des immigrants qualifiés, ces derniers peinent à trouver un emploi à la hauteur de leur compétence au Canada. Ce paradoxe peut s'expliquer en grande partie par la présence d'une discrimination à l'embauche. Nous explorerons le rôle des outils juridiques que sont les lois anti-discrimination pour répondre à cet état de fait. La constatation de leurs limites nous mènera à explorer les autres formes sous lesquelles la discrimination persiste. Nous argumenterons que la norme informelle qu'est l'idéal du travailleur canadien influence certains employeurs dans leur refus d'embaucher des immigrants qualifiés. Nous terminerons en défendant l'idée d'un renversement du fardeau de l'intégration au marché du travail, qui est en ce moment la responsabilité des immigrants étant donné les limites du droit formel et des obstacles créés par les normes informelles, sur les épaules des employeurs. Cela pourra se faire par un changement de leur culture organisationnelle. Étant donné que les programmes d'accès à l'égalité ont été créés pour réaliser ce but, nous étudierons leurs possibilités et limites. Cette étude nous permettra de révéler plusieurs problèmes du droit formel anti-discrimination dans les situations de discrimination à l'embauche, que l'on parle du système de plaintes ou des programmes d'accès à l'égalité. En démontrant l'impact des normes formelles et informelles sur les acteurs principaux du marché de l'emploi que sont les employeurs et les employés potentiels, cette thèse met en lumière certaines inégalités structurelles qui caractérisent le monde du travail.

Abstract

Skilled immigrants must pass through a competitive selection process to immigrate to Canada. Despite this, they still have difficulties finding jobs that match their skills. This paradox is mainly due to hiring discrimination. We will first explore the role that anti-discrimination law plays in attempting to resolve this problem. The demonstration of its limits will lead us to look at

how hiring discrimination persists. We will argue that the informal *Canadian worker* norm influences some employers to refuse to hire skilled immigrants. We will finish by arguing that, due to the limitations in formal law and the obstacles created by informal norms, the workplace integration burden needs to shift from the immigrants to the employers through a change in employers' organizational culture. Since employment equity plans have been created to do this, we will study their possibilities and limits. This study will bring to light a number of limitations of formal anti-discrimination laws, concerning the complaints system and the employment equity plans. This thesis highlights structural inequalities in the working world by showing how formal and informal norms impact the main workplace actors, namely employers and potential employees.

Remerciements

Je veux d'abord remercier ma superviseure, professeure Kirsten Anker, qui m'a guidée du début à la fin. Elle m'a aidée à voir clair dans mes idées, m'a amenée à me questionner sur mes présuppositions, m'a appris quantité de nouvelles choses, autant d'un point de vue substantiel que stylistique. Ses commentaires et questions toujours pertinentes et sa façon de penser « out of the box » m'ont véritablement aidée à me surpasser.

Cette thèse a également été largement influencée par les conversations que j'ai eues avec la professeure Colleen Sheppard et par les recherches que j'ai effectuées pour elle. Sa passion contagieuse pour les enjeux de discrimination, sa sensibilité et sa grande humanité ont fait d'elle une aide précieuse tout au long de mes études de maîtrise.

Je veux également remercier les étudiants qui ont participé au groupe de recherche sur la discrimination systémique et les personnes qui ont participé au Réseau interdisciplinaire de recherche sur la discrimination et l'inclusion. Les conversations qui en sont ressorties ont grandement fait avancer mes réflexions sur les problématiques entourant la discrimination.

La semaine que j'ai passée à l'École d'été du CÉRIUM sur l'immigration, l'intégration et la diversité sur le marché du travail a fortement contribué à l'approfondissement de ma compréhension des enjeux touchés par cette thèse. Merci aux conférenciers, aux participants et à la responsable, Mme Marie-Thérèse Chicha.

Finalement, j'ai toujours pu compter sur l'appui inestimable de mes parents et de mon copain. Cette thèse n'aurait jamais vu le jour sans leur support moral et leur amour.

INTRODUCTION

Un immigrant marocain de l'arrondissement de Saint-Laurent soupçonne être victime de discrimination à l'emploi. Depuis qu'il a obtenu son diplôme universitaire québécois en comptabilité en janvier 2014, l'homme a envoyé plus d'une centaine de curriculum vitae. Plus d'un an après, aucun employeur ne l'a contacté afin de le convoquer en entrevue, a-t-il confié à TC Media.

À son arrivée au Québec, en 2011, Mohammed, qui a préféré taire son nom de famille, a fait de son mieux pour s'intégrer à sa nouvelle terre d'accueil. Détenteur d'un diplôme universitaire en comptabilité, il a cumulé près de 10 ans d'expérience dans son domaine au Maroc. Dès son immigration, il choisit tout de même de faire une formation de mise à niveau dans une université à Montréal afin d'obtenir le maximum de qualifications requises ici, avant de commencer à chercher activement un emploi.

Les efforts n'ont cependant pas porté leurs fruits. "Je n'ai reçu aucune réponse, autre que des messages automatiques de réception, se désole Mohammed. J'ai pourtant utilisé plusieurs stratégies. J'ai appliqué à des postes affichés, j'ai fait des envois spontanés, je me suis présenté en personne, j'ai demandé l'aide d'une agence de placement. Rien n'y fait."¹

L'histoire de Mohammed pourrait être celle de tant d'autres immigrants qualifiés qui viennent au Canada dans l'espoir de pouvoir travailler dans le même domaine que celui dans lequel ils travaillaient ou pour lequel ils ont étudié dans leur pays d'origine, mais qui en sont incapables. L'accès au marché du travail leur est refusé.

Le Canada a élaboré un système qui permet de sélectionner les candidats à l'immigration économique qui ont, entre autres, le plus d'expérience de travail et le plus haut degré de scolarité atteint. En bref, il n'accueille que des immigrants très compétents. Par exemple, en 2008, 72% des immigrants qualifiés avaient un diplôme universitaire, alors que ce chiffre est de 25% chez

¹ Anne-Frédérique Hébert-Dolbec, « Discrimination à l'emploi: plus de 100 CV, jamais convoqué », *Métro [de Montréal]* (24 février 2015), en ligne: <journalmetro.com/local/saint-laurent/actualites/726369/discrimination-a-lemploi-plus-de-100-cv-jamais-convoque>.

les natifs du Canada². Malgré cette fine sélection, les immigrants peinent à s'intégrer au marché du travail canadien. En fait, en 2006, le taux de chômage des immigrants était deux fois plus élevé que celui des natifs³. De même, c'est près du deux tiers des immigrants qualifiés qui, en 2008, occupaient des emplois qui ne nécessitaient pas de diplôme universitaire⁴. Il y a donc un écart préoccupant entre les compétences des immigrants et la qualité des emplois qu'ils occupent.

Plusieurs études ont analysé les difficultés liées à la reconnaissance des diplômes et l'accès aux professions réglementées, mais il y en a peu qui ont abordé la situation du point de vue de l'accès au marché du travail. Pourtant, c'est uniquement 15% des immigrants qualifiés qui occupent des emplois réglementés, c'est-à-dire qui nécessitent de remplir des conditions d'admission spécifiques⁵. Nous croyons qu'une étude qui se concentre sur l'embauche des immigrants qualifiés est donc nécessaire. Étant donné que des problématiques liées à la discrimination sont rapidement apparues dans notre recherche, nous nous sommes intéressés au domaine du droit à l'égalité.

Les conséquences importantes de cette situation sur la vie des immigrants tel que Mohammed nous ont amené à étudier les remèdes juridiques qui s'offrent à eux, mais également

² Arnd-Michael Nohl et al, *Work in transition: cultural capital and highly skilled migrants' passages into the labour market*, Toronto, University of Toronto Press, 2014 à la p 28.

³ Philip Oreopoulos & Diane Dechief, *Why do Some Employers Prefer to Interview Matthew, but not Samir? New Evidence from Toronto, Montreal, and Vancouver*, Working Paper Series no 11-13, Vancouver, Metropolis British Columbia, 2011 à la p 7.

⁴ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 28.

⁵ Entrevue de Haroun Bouazzi, Pascale Chanoux & Rachad Antonius, *Discrimination à l'embauche pour les immigrants* (5 octobre 2015) sur Ici Radio-Canada, en ligne : <ici.radio-canada.ca/emissions/medium_large/2015-2016/chronique.asp?idChronique=385316>; Québec, Immigration, Diversité et Inclusion, *Vérifier si votre métier ou votre profession est réglementé au Québec*, en ligne: <www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/travailler-quebec/professions-metiers/index.html>.

à explorer en profondeur quelles étaient les motivations réelles derrière les refus d'embauche des employeurs. Nous argumenterons, dans un premier temps, que le droit formel à l'égalité pour remédier aux difficultés d'intégration au marché du travail canadien et québécois des immigrants qualifiés présente plusieurs limites, que l'on parle du fardeau de preuve ou de la non-concordance entre la réalité vécue par les immigrants et les éléments qui aident les juges à conclure qu'il y a eu discrimination. Afin de démontrer comment la discrimination persiste, nous étudierons les normes informelles présentes sur le marché du travail qui influencent le comportement des employeurs dans leur décision d'embaucher ou non des immigrants qualifiés. Nous soutiendrons qu'en demandant aux immigrants de répondre à l'idéal qu'est le travailleur canadien, ces normes posent des obstacles importants quant à l'accès au marché du travail. Les limites du droit positif et les obstacles posés par les normes informelles font peser un lourd fardeau sur les épaules des immigrants. Considérant cela, nous argumenterons pour que l'acteur omniprésent dans les situations d'embauche, l'employeur, ait aussi un rôle à jouer dans l'intégration au marché du travail des immigrants. Pour ce faire, nous soutiendrons qu'il y a nécessité de changer la culture des organisations canadiennes et nous étudierons la possibilité que cela se réalise grâce aux lois qui prévoient une égalité en emploi.

Dans le premier chapitre, après avoir dressé un portrait détaillé de la situation vécue par les immigrants, nous explorerons les différentes hypothèses qui ont été soulevées dans la littérature pour expliquer leur difficile intégration au marché du travail. Nous argumenterons qu'il existe principalement deux façons d'approcher la problématique; l'hypothèse de la discrimination et celle fondée sur la théorie selon laquelle le capital humain des individus détermine leur succès sur le marché du travail. Nous expliquerons que nous soutenons principalement la première,

étant donné que certaines explications données par les tenants de l'approche économique constituent elles-mêmes de la discrimination. Ce chapitre nous permettra de poser des bases théoriques qui seront utiles pour la suite concernant, par exemple, les différences entre une approche individuelle de la discrimination fondée sur la psychologie et une qui s'intéresse plutôt aux structures de la société qui perpétuent le racisme.

Le second chapitre sera une analyse du droit formel à l'égalité dans l'embauche. Nous argumenterons que le droit formel contre la discrimination présente plusieurs limites qui font en sorte qu'il est peu efficace pour lutter contre la discrimination vécue par les immigrants qualifiés. Pour ce faire, nous étudierons les jugements portant sur une discrimination dans l'embauche fondée sur la « race »⁶, la couleur, l'origine nationale ou ethnique, le lieu d'origine ou l'ascendance. Nous soutiendrons que le fardeau de preuve des plaignants, dans certains outils juridiques, est plus lourd que celui des défendeurs. Nous démontrerons ensuite comment les éléments qui aident les juges à conclure à une discrimination et la situation vécue par les immigrants ne concordent pas, ce qui amenuise leurs chances de gagner une plainte en discrimination.

Le troisième chapitre nous permettra d'étudier les normes informelles qui influencent le comportement de certains employeurs dans leurs décisions d'embauche. Nous démontrerons que ce qui guide véritablement ces acteurs lorsqu'ils refusent d'embaucher des immigrants sur la base, par exemple, d'un manque d'expérience de travail canadienne est l'idéal du travailleur canadien. Nous argumenterons que cela a d'importantes conséquences sur les immigrants, que ce

⁶ Nous mettons le mot « race » entre guillemets, car nous reconnaissons qu'il n'y a qu'une seule race humaine, mais que des individus continuent d'être traités différemment sur la base de la « race » qu'on leur attribue, laquelle est un construit social.

soit au niveau personnel puisqu'ils doivent réussir à se *canadianiser*, ou dans une perspective systémique concernant leur intégration à la société.

Enfin, dans le dernier chapitre, nous argumenterons que les employeurs doivent jouer un plus grand rôle dans l'intégration des immigrants qualifiés au marché du travail et que cela nécessite un changement de leur culture organisationnelle. Nous démontrerons que le programme d'accès à l'égalité (PAÉ) a été créé pour réaliser cet objectif. Nous étudierons ensuite l'interaction qui se crée lorsque ce type de loi étatique cherche à modifier les normes informelles qui existent au sein des organisations. Une étude de cas de deux organismes publics qui ont implanté un PAÉ, la Société de Transport de Montréal (STM) et la Sûreté du Québec (SQ) nous permettra d'identifier les facteurs qui contribuent plus significativement à changer la culture organisationnelle.

CHAPITRE 1 : PARADOXE ET EXPLICATIONS

Introduction

Le Canada accueille des immigrants qualifiés dans le but qu'ils participent à notre économie. Il souhaite attirer les meilleurs talents afin de rendre cette dernière toujours plus compétitive. C'est avec cet objectif en tête que des critères de sélection ont été élaborés. Pourtant, les immigrants ne réussissent pas à s'intégrer au marché du travail de la même façon que les natifs le font. Cet important paradoxe sera, dans un premier temps, étudié en profondeur. Ensuite, nous exposerons les différents courants dans la littérature qui cherchent à expliquer ce phénomène. Nous avons identifié deux hypothèses principales. Plusieurs auteurs attribuent les difficultés des immigrants à l'existence d'une discrimination à l'embauche, alors que d'autres soutiennent que c'est leur capital humain et social qui n'est pas suffisant. Nous argumenterons en faveur de la première explication, car nous croyons que les difficultés des immigrants à faire reconnaître leur capital humain reposent aussi sur une forme de discrimination.

I. Portrait de la situation vécue par les immigrants qualifiés : le paradoxe

Le terme qui définit le mieux la problématique vécue par les immigrants qualifiés sur le marché du travail canadien est celui du *paradoxe*, puisqu'on est véritablement en présence de situations de fait tellement contradictoires qu'elles défient la logique. En effet, nous verrons comment les immigrants sont sélectionnés sur la base de leur compétence, alors qu'ils ont de très grandes difficultés à trouver des emplois à la hauteur de celle-ci.

A. Un Canada réservé pour les meilleurs candidats

Les politiques d'immigration canadiennes favorisent la venue de travailleurs qualifiés dans le but qu'ils s'intègrent au marché du travail canadien⁷. En vertu de la Classification nationale des professions du Canada, les travailleurs qualifiés sont ceux qui occupent des postes de gestion, des postes professionnels ou des emplois techniques ou spécialisés⁸. Il existe, au fédéral, trois programmes différents pour immigrer en tant que travailleur qualifié; le programme des travailleurs qualifiés, le programme des travailleurs de métiers spécialisés et la catégorie de l'expérience canadienne⁹. En 2013, 45% des immigrants au Canada sont entrés en tant qu'immigrant économique et 59% de ces derniers l'ont fait grâce à l'un des trois programmes précédemment énumérés¹⁰. On peut donc affirmer que ceux-ci regroupent une très grande partie des immigrants au Canada.

Les immigrants qualifiés sont sélectionnés selon une liste de critères préétablis qui devraient favoriser leur succès sur le marché du travail. Ceux-ci comprennent, entre autres, le niveau de maîtrise d'une des langues officielles, le niveau d'éducation et l'expérience de travail¹¹. Chacun des programmes a ses particularités propres, mais règle générale, les immigrants qui sont sélectionnés sont ceux qui ont obtenu le plus haut score pour chacun des critères. Ce sont donc les candidats les plus scolarisés et qui détiennent une grande expérience de travail qui ont le plus

⁷ Nohl et al, *supra* note 2 aux pp 110–111.

⁸ *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art 75(2)(a), 87.1(2)(a), 87.2(1) [*Règlement sur l'immigration*]; Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Déterminer son admissibilité – Immigrants qualifiés (Entrée express)*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/immigrer/qualifie/demande-qui-express.asp> [CIC, *Déterminer son admissibilité*].

⁹ CIC, *Déterminer son admissibilité*, *supra* note 8.

¹⁰ Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 2013 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents*, 2014, en ligne : <www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2013/permanents/03.asp>.

¹¹ *Règlement sur l'immigration*, *supra* note 8, art 76.

de chances d'être sélectionnés. Au Québec, la procédure est différente pour les personnes qui souhaitent immigrer, mais les critères de sélection sont semblables en ce qui concerne les travailleurs qualifiés¹². Depuis le 1^{er} janvier 2015, les candidats qui se qualifient pour l'un des trois programmes fédéraux se retrouvent au sein d'un bassin de candidats à partir duquel le gouvernement canadien sélectionne ceux auxquels il offrira de présenter une demande de résidence permanente¹³. Ce nouveau système, appelé « Entrée Express », a été mis sur pied afin de favoriser un meilleur arrimage entre les besoins de la société canadienne en termes de travailleurs qualifiés et les demandes d'immigration économique¹⁴. Les objectifs associés à celui-ci démontrent une tendance du gouvernement canadien à accorder une grande importance aux candidats préférés par les employeurs sur le marché du travail.

En résumé, les critères de sélection, que ce soit dans le système fédéral ou québécois, accordent beaucoup de poids à certains facteurs qui devraient, allègue-t-on, favoriser l'intégration des immigrants sur le marché du travail. On peut donc affirmer que ce sont les candidats les plus compétents, à tous les niveaux, qui ont le plus de chance d'être sélectionnés.

B. La difficile réalité du marché du travail

Bien que les critères de sélection visent à assurer leur compétence sur le marché du travail, plusieurs indicateurs démontrent qu'ils ne s'y intègrent pas aussi bien que les natifs. D'abord, le système de sélection fait en sorte que la moitié des immigrants détiennent un diplôme

¹² *Règlement sur la pondération applicable à la sélection des ressortissants étrangers*, RLRQ c I-0.2, r 2, art 1, sous-catégorie 1.

¹³ Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Les critères d'entrée et le Système de classement global*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/entree-express/criteres-scg.asp>.

¹⁴ *Ibid.*

universitaire et ils sont donc, « en moyenne, plus éduqués que les Canadiens de naissance »¹⁵. Or, ils sont également plus sujets à vivre une surqualification, définie comme étant la situation où un individu a un niveau de qualification plus élevé que ce que requiert l'emploi qu'il occupe¹⁶. En effet, les auteurs Ledent, Bélanger et Marois ont étudié les salariés d'origine immigrée sur l'île de Montréal et ils ont déterminé que le taux de surqualification de ces derniers était de 43,4%, alors qu'il n'est que de 32,9% pour le reste de la population¹⁷. Au Canada, c'est près du deux tiers des immigrants qui occupent un emploi ne requérant pas de diplôme universitaire, alors que ce chiffre est de 40% chez les natifs¹⁸. Ledent et al. ont identifié certains facteurs qui mènent à un plus haut risque de surqualification et ceux-ci sont, entre autres, l'appartenance à une minorité visible¹⁹, le fait d'être une femme et le fait de détenir un diplôme qui n'a pas été obtenu au Canada ni dans un autre pays occidental²⁰. Celle-ci sera également plus présente lorsque la personne d'origine immigrée a une moins bonne maîtrise des langues officielles²¹. Les immigrants qualifiés auront également plus de risques de vivre du chômage et d'avoir un moins bon revenu que les natifs. Dans une étude, Chicha a constaté que les immigrants de sexe masculin, en 2006, avaient un taux de chômage de 10,4%, alors que celui des natifs était de 6%²².

¹⁵ Jacques Ledent, Alain Bélanger & Guillaume Marois, « La surqualification des travailleurs salariés d'origine immigrée résidant sur l'île de Montréal » dans Mircea Vultur, dir, *La surqualification au Québec et au Canada*, Sociologie contemporaine, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014, 97 à la p 98.

¹⁶ *Ibid* à la p 102.

¹⁷ *Ibid* à la p 107.

¹⁸ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 28.

¹⁹ Ledent, Bélanger & Marois, *supra* note 15 à la p 100.

²⁰ *Ibid* aux pp 120-121.

²¹ *Ibid* à la p 122.

²² Marie-Thérèse Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *Le mirage de l'égalité: les immigrées hautement qualifiées à montréal*, Le Centre Métropolis du Québec - Immigration et métropoles (CMQ-IM), 2009 à la p 19.

Une tendance qui se dégage de différentes études est le fait que l'appartenance à une minorité visible influence grandement les différents indicateurs. Des auteurs ont remarqué que la baisse du revenu des immigrants entre les années 1960 et les années 2000 peut s'expliquer en grande partie par le changement des pays sources de l'immigration au Canada, lesquels étaient auparavant des pays de l'Europe de l'Ouest et qui sont devenus par la suite des pays dits « non traditionnels » (Asie, Europe de l'Est, Afrique)²³. Eid ajoute que, si l'écart entre le taux de chômage des immigrants et des natifs est le plus marqué au Québec par rapport aux autres provinces canadiennes, celui-ci demeure toujours plus élevé pour les immigrants de minorités visibles²⁴. Cet auteur a également constaté que, bien que le taux de chômage des immigrants tende à diminuer avec le temps qu'ils passent au Québec, celui des minorités visibles se maintient à un niveau plus élevé (8,6% après 10-15 ans au Québec) par rapport à celui des minorités non visibles (5,8% après 10-15 ans au Québec)²⁵. Le même type de constat se dégage des données sur le revenu. En effet, en 2005, les immigrants détenteurs d'un baccalauréat qui n'appartenaient pas à une minorité visible gagnaient seulement 5% de moins que les natifs du Québec en ce qui concerne le revenu moyen, alors que cet écart était de 32% pour les immigrants appartenant d'une minorité visible²⁶.

En résumé, il y a véritablement une différence entre l'expérience du marché du travail pour les natifs et les immigrants. Ces derniers sont plus sujets à être surqualifiés, à vivre du chômage et à gagner un plus bas revenu. Un autre élément qui ressort des différentes études et qui est

²³ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 27.

²⁴ Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées: résultats d'un «testing» mené dans le Grand Montréal*, par Paul Eid, 2012, à la p 7.

²⁵ *Ibid* à la p 8.

²⁶ *Ibid* à la p 10.

encore plus préoccupant est le fait que les indicateurs sont toujours plus graves pour les immigrants faisant partie d'une minorité visible, ce qui crée le phénomène de racisation de la pauvreté²⁷. Il existe donc un paradoxe important entre les raisons pour lesquelles les immigrants qualifiés sont sélectionnés et la réalité qu'ils vivent sur le marché du travail. Cette situation est bien résumée par un extrait d'entrevue avec une immigrante récoltée par Chicha

(...) avant d'être sélectionnée, ils vous demandent d'être universitaire, d'avoir un emploi. Quand j'étais en Haïti, j'ai dû donner une attestation d'emploi, mes relevés de notes pour les 4 années d'études universitaires. Ils vous demandent beaucoup de choses. C'est comme arrivé ici, tu vas pouvoir trouver quelque chose dans le même cheminement. Mais pourtant ce n'est pas ça, ce n'est pas ça vraiment²⁸.

S'il est admis par une majorité d'auteurs que les personnes qui immigrer au Canada rencontrent de sérieuses difficultés pour intégrer le marché du travail et que les indicateurs socio-économiques sont très différents entre les immigrants et les natifs, les chercheurs divergent d'opinion quant aux raisons qui permettent d'expliquer ces différences.

II. Explications des difficultés d'intégration des immigrants au marché du travail

Il existe plusieurs façons, dans la littérature, d'expliquer le paradoxe de la sélection des immigrants sur la base de leur compétence qui entraîne en réalité une difficile intégration au marché du travail, lorsque comparée avec les natifs. Nous avons identifié deux courants majoritaires. Dans le premier, les auteurs soutiennent que la principale raison est l'existence d'une discrimination à l'embauche. Quelques auteurs expliquent celle-ci sous la forme d'une incompréhension, certains soutiennent que les employeurs ont des préjugés inconscients alors

²⁷ Raj Anand, « Real Change? Reflections on Employment Equity's Last Thirty Years » dans Carol Agócs, dir, *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, 51 à la p 65.

²⁸ Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22 à la p 81.

que d'autres croient qu'il y a une partie des gens qui sont conscients de leurs préjugés. D'autres auteurs mettent plutôt l'emphase sur l'aspect systémique de la discrimination. Le second courant est celui des tenants d'une approche économique qui s'appuient sur les théories du capital humain et du capital social pour expliquer la situation.

A. L'hypothèse de la discrimination

Le paradoxe vécu par les immigrants peut d'abord être expliqué par l'incompréhension des différentes cultures de la part des employeurs. Des chercheurs ont demandé à des employeurs de 25 entreprises québécoises de répondre à un questionnaire, dans le but de comprendre leur attitude au moment de l'embauche et leur opinion concernant l'intégration de minorités visibles au sein de leur entreprise. Les résultats obtenus et tels qu'interprétés par les chercheurs démontrent que les difficultés d'intégration des minorités visibles sont principalement attribuables à une méconnaissance de ces derniers par les employeurs²⁹. Les chercheurs estiment que le peu de contacts quotidiens avec les immigrants mène à un manque de connaissances qui induit une méfiance³⁰. Les employeurs en viendraient ainsi à se construire une image des minorités visibles qui ne reflète pas la réalité³¹. Les chercheurs en profitent alors pour expliquer au lecteur ce qu'ils estiment être des différences fondamentales entre les Québécois et les individus d'autres origines ethniques en ce qui concerne, par exemple, le rapport à la hiérarchie et la dynamique communautariste versus celle individualiste³². Les difficultés vécues par les

²⁹ Gilles Portenseigne et al, *Étude sur les motifs et attitudes des employeurs freinant l'embauche et l'intégration des minorités visibles au sein des entreprises québécoises*, Montréal, Alpa, Québec Multi-Plus, Emploi-Québec, 2002 à la p 18.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid* à la p 22.

immigrants dans leur relation avec leur employeur potentiel se résument donc, selon cette étude, à une méconnaissance des différentes cultures.

Une façon plus répandue dans la littérature d'expliquer les difficultés vécues par les immigrants est de les attribuer aux préjugés que les employeurs ont envers les personnes d'une origine ethnique différente de la leur. La plupart des auteurs s'appuient sur la psychologie pour expliquer la création et la manifestation de ces préjugés et plus particulièrement sur la théorie de la cognition sociale. Selon Krieger, les stéréotypes sont créés par un processus de catégorisation normal et non basé sur de mauvaises intentions³³. En effet, elle explique que nous formons des catégories en associant les personnes qui se ressemblent ensemble, puis on détermine inconsciemment quel est le cas typique de celles-ci afin de catégoriser les individus³⁴. Les stéréotypes ainsi créés peuvent provenir de nos interactions avec les membres d'un certain groupe ou encore de la représentation qui en est faite dans la culture populaire³⁵. Lawrence III affirme d'ailleurs que les préjugés sont créés dès l'enfance, lorsque nous internalisons la culture et que les stéréotypes sont donc « des symboles culturels » [notre traduction]³⁶.

Krieger explique ensuite, toujours à l'aide de la théorie de la cognition sociale, comment la discrimination est créée. Elle explique que, lorsqu'un schéma est activé, nous avons tendance à interpréter l'information reçue en adéquation avec celui-ci³⁷. Cependant, l'activation du schéma peut mener à plusieurs erreurs. Krieger donne l'exemple d'une expérience qui a été réalisée où

³³ Linda Hamilton Krieger, « The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity » (1994) 47 Stan L Rev 1161 à la p 1187.

³⁴ *Ibid* à la p 1189.

³⁵ *Ibid* à la p 1198.

³⁶ Charles R Lawrence III, « The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism » (1986) 39 Stan L Rev 317 à la p 372.

³⁷ Hamilton Krieger, *supra* note 33 à la p 1199.

les participants étaient mis face à une situation où un jeune en touchait un autre avec un crayon. Lorsque le premier était de couleur noire, les participants interprétaient son comportement comme étant méchant, alors que lorsqu'il était blanc, ils disaient qu'il ne voulait que jouer³⁸. Un autre type d'erreur que l'activation des schémas peut causer consiste à se rappeler plus intensément des situations qui correspondent à ceux-ci³⁹.

Les auteurs Levinson, Young et Rudman, qui adhèrent à la théorie de la cognition sociale, expliquent plus particulièrement comment les schémas, ou les préjugés raciaux implicites, sont facilement activés⁴⁰. Ils démontrent, par exemple, comment l'activation des stéréotypes, par l'effet d'amorçage, influencera la prise de décision. Ainsi, dans une expérience où les participants étaient exposés à des photos d'individus de différentes couleurs et qui devaient ensuite identifier des objets, il a été démontré que lorsqu'ils étaient exposés à des photos de personnes noires, ils étaient plus rapides à identifier les fusils immédiatement après, alors que lorsque les personnes étaient blanches, ils identifiaient plus rapidement les outils⁴¹. Il est intéressant de noter qu'un test a été développé afin de mesurer les préjugés implicites chez les individus, soit le test d'association implicite⁴². Celui-ci mesure la rapidité avec laquelle les individus associent les personnes de différentes origines ethniques avec des émotions positives ou négatives⁴³. Levinson et al. rapportent que ce test permet de prédire la prise de décision dans la réalité⁴⁴. Notons cependant que des auteurs remettent en question certains aspects de ce test,

³⁸ *Ibid* à la p 1203.

³⁹ *Ibid* à la p 1208.

⁴⁰ Justin D Levinson, Danielle M Young & Laurie A Rudman, « Implicit Racial Bias: A Social Science Overview » dans Justin D Levinson & Robert J Smith, dir, *Implicit Racial Bias Across the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 9.

⁴¹ *Ibid* à la p 12.

⁴² Voir Project Implicit, « Take a test », 2011, en ligne: <implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html>.

⁴³ Levinson, M. Young & A. Rudman, *supra* note 40 à la p 16.

⁴⁴ *Ibid* à la p 19.

entre autres car il serait très réactif au contexte et qu'il est donc incertain s'il mesure véritablement une attitude toujours présente chez l'individu ou seulement la réaction créée au moment de la prise du test⁴⁵.

Un exemple probant de la façon dont le test d'association implicite prédit le comportement se trouve dans une étude réalisée en Suède. Des chercheurs ont envoyé des CV d'individus ayant la nationalité suédoise et des CV similaires de personnes arabes ou musulmans. Ils ont ensuite administré le test d'association implicite aux agents de ressources humaines qui avaient reçu ces CV et les personnes qui avaient un haut taux de préjugés implicites dans le test sont également celles qui avaient moins rappelé les candidats arabes ou musulmans pour une entrevue⁴⁶. Les auteures Gertner et Hart ajoutent que les préjugés implicites auront plus tendance à entrer en jeu dans des milieux de travail où peu de lignes directrices existent pour guider les décisions, comparativement à ceux où il existe des règles très formelles⁴⁷. Finalement, un dernier trait commun important aux chercheurs qui adhèrent à la théorie des préjugés implicites est qu'ils estiment que les individus ne sont pas conscients de leurs préjugés⁴⁸.

Plusieurs études ont mesuré quantitativement l'existence de la discrimination. En effet, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec a réalisé en 2012 une étude afin de mesurer la discrimination à l'embauche à Montréal. Le chercheur mandaté pour ce faire, Paul Eid, a envoyé, en réponse à des offres d'emploi, des CV fictifs similaires en

⁴⁵ Bernd Wittenbrink & Norbert Schwarz, *Implicit measures of attitudes*, New York, Guilford Press, 2007 aux pp 266–267.

⁴⁶ Levinson, M. Young & A. Rudman, *supra* note 40 à la p 20.

⁴⁷ Juge Nancy Gertner & Melissa Hart, « Employment Law: Implicit Bias in Employment Litigation » dans Levinson & Smith, *supra* note 40 à la p 84.

⁴⁸ Hamilton Krieger, *supra* note 33 à la p 1214.

terme de compétences, mais certains avaient des noms québécois et d'autres des noms ethniques. Il a découvert que le candidat du groupe ethnique majoritaire avait 1,65 fois plus de chances d'être convoqué en entrevue que le candidat minoritaire pour les emplois qualifiés et ce nombre était de 1,62 pour les emplois peu ou pas qualifiés⁴⁹. Oreopoulos a réalisé une étude similaire en 2009 dans la région de Toronto⁵⁰. Il a envoyé des milliers de CV en réponse à des offres d'emploi en ligne⁵¹. Sur ceux-ci, il a varié les noms, l'endroit où le candidat a reçu son diplôme de même que le lieu où il a acquis son expérience de travail⁵². De façon concordante avec l'étude de Eid, Oreopoulos a découvert que les employeurs ont discriminé les candidats sur la base de leur nom⁵³.

Oreopoulos et Dechief ont réalisé une nouvelle étude en 2011 afin d'élaborer ces résultats. Ils ont d'abord répété l'expérience de l'envoi de CV, mais cette fois-ci ils ont visé Toronto, Montréal et Vancouver. Ils ont une fois de plus découvert de la discrimination fondée sur le nom, mais également en rapport avec le pays où l'éducation et l'expérience ont été acquises⁵⁴. Ils ont ensuite interviewé des gestionnaires afin de comprendre les raisons de cette discrimination. Les gestionnaires ont majoritairement répondu qu'ils craignaient que le candidat ne parle pas suffisamment bien anglais⁵⁵. Les auteurs estiment cependant que les gestionnaires semblaient accorder une trop grande importance à cette caractéristique, au point de ne plus en accorder aux autres éléments du CV qui pouvaient compenser ce manque⁵⁶. Oreopoulos et Dechief défendent

⁴⁹ Eid, *supra* note 24 à la p 35.

⁵⁰ Philip Oreopoulos, *Why Do Skilled Immigrants Struggle in the Labor Market? A Field Experiment with Six Thousand Resumes*, Vancouver, Metropolis British Columbia, 2009.

⁵¹ *Ibid* à la p 5.

⁵² *Ibid*.

⁵³ *Ibid* à la p 26.

⁵⁴ Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 34.

⁵⁵ *Ibid* à la p 35.

⁵⁶ *Ibid* à la p 46.

l'idée que ce sont les préjugés inconscients qui expliquent ce comportement, en affirmant que le nom ou le pays d'origine du candidat pouvaient activer certains stéréotypes inconscients qui influençaient leur décision. Ils justifieraient alors leur refus par la crainte que le candidat ne parle pas bien anglais, alors qu'en réalité ce seraient ces préjugés inconscients qui les influenceraient⁵⁷.

Nous pouvons donc conclure que la discrimination basée sur le nom, de même que dans certains cas sur le pays où l'éducation et l'expérience ont été acquises, a été prouvée. L'hypothèse des préjugés inconscients a été avancée pour expliquer ce phénomène. En effet, les auteurs Onwuachi-Willig et Barnes explorent l'idée que le nom et la voix ne soient que des filtres grâce auxquels les employeurs déterminent l'origine ethnique du candidat et y attribuent tous les préjugés associés⁵⁸. Nous croyons que les pays où l'éducation et l'expérience de travail ont été acquises pourraient être, au même titre que le nom, des éléments qui permettent aux employeurs d'identifier que le candidat a une origine ethnique autre que canadienne et de discriminer sur la base de celle-ci.

Un second courant dans la littérature, qui est très près du dernier, est celui du *aversive racism*. Les auteurs qui s'appuient sur cette théorie pour expliquer les difficultés d'intégration des personnes de minorités visibles au marché du travail affirment, comme les auteurs du courant précédent, que les préjugés sont souvent inconscients et qu'ils ne sont pas intentionnels⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Angela Onwuachi-Willig & Mario L Barnes, « By Any Other Name?: On Being 'Regarded as' Black, and Why Title VII Should Apply Even If Lakisha and Jamal Are White » (2005) 2005 Wis L Rev 1283 à la p 1289.

⁵⁹ Samuel L Gaertner et al, « Aversive Racism: Bias without Intention » dans Laura Beth Nielsen & Robert L Nelson, dir, *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*, Dordrecht (Pays-Bas), Springer, 2005, 377 à la p 378.

Cependant, les auteurs Gaertner et al., ajoutent que ce type de racisme se retrouve souvent chez le Blanc libéral bien éduqué qui appuie ouvertement les valeurs égalitaires, mais qui demeure inconfortable en présence d'individus d'origines ethniques différentes, révélant ainsi la nature profondément enracinée des préjugés⁶⁰. De plus, ces individus auraient plutôt tendance à favoriser les membres de leur groupe, plutôt qu'à consciemment défavoriser ceux qui n'en font pas partie⁶¹. Comme ils sont conscients que le racisme est maintenant mal vu dans la société, ces auteurs suggèrent que ces personnes agiront en conformité avec leurs préjugés uniquement lorsque les normes sociales ne sont pas claires et qu'ils pourront justifier ou rationaliser leur comportement par une autre explication⁶². Les auteurs affirment que les disparités entre les Blancs et les Noirs sur le marché du travail états-unien peuvent s'expliquer en partie par cette forme de *aversive racism*⁶³. Dans une décision d'embauche, les préjugés des employeurs s'exprimeront ainsi plus fortement lorsque la meilleure candidature n'est pas évidente et que plusieurs candidatures présentent des aspects à la fois forts et faibles⁶⁴.

Esses, Dietz & Bhardwaj estiment également que la difficulté des employeurs à reconnaître l'expérience et les diplômes étrangers des immigrants s'explique par le *aversive racism*⁶⁵. De façon concordante avec les auteurs précédents, ils expliquent que, comme il existe peu de normes pour encadrer la valeur à attribuer à un diplôme obtenu à l'étranger, il sera plus aisé pour l'employeur de ne pas reconnaître ce diplôme en fondant sa décision sur des préjugés

⁶⁰ *Ibid* aux pp 378–379.

⁶¹ *Ibid* à la p 379.

⁶² *Ibid* aux pp 379–380.

⁶³ *Ibid* à la p 383.

⁶⁴ *Ibid*.

⁶⁵ Victoria M Esses, Joerg Dietz & Arjun Bhardwaj, « The Role of Prejudice in the Discounting of Immigrant Skills » dans Ramaswami Mahalingam, dir, *Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah (N.J), Lawrence Erlbaum, 2006, 113 à la p 117.

inconscients⁶⁶. Ces auteurs estiment que les *aversive racists* n'agiront en fonction de leurs préjugés que lorsqu'une autre justification est possible. En effet, ils rapportent que des chercheurs ont effectué une expérience dans laquelle ils ont demandé à des participants d'évaluer des candidatures fictives pour un poste et les participants ont évalué plus négativement la candidature indienne lorsque la personne était née et éduquée en Inde que lorsque la personne d'origine indienne était née et éduquée au Canada ou en Angleterre.⁶⁷ Selon eux, cela démontre que les individus agiront en conformité avec leurs préjugés uniquement lorsqu'ils pourront justifier leur décision autrement, par exemple en affirmant craindre une trop grande différence culturelle ou une qualification non familière⁶⁸. Cette facilité à trouver d'autres explications prendra d'ailleurs toute son importance lors de notre étude de la jurisprudence, car le fardeau de preuve de la discrimination en emploi requiert que le défendeur justifie son action, que ce soit son refus d'embaucher le plaignant ou de le promouvoir.

Bien que les courants des préjugés inconscients et du *aversive racism* soient très similaires, nous estimons que le premier semble mener à une conception plus automatique des comportements. En effet, la théorie de la cognition sociale mène à penser que chaque individu arbore probablement, sans le vouloir, des préjugés inconscients, puisque la culture mène inévitablement à développer des schémas stéréotypés. Au contraire, les tenants du *aversive racism* semblent croire qu'il n'y a que certains individus qui continuent à agir de façon raciste, puisque seulement certains sont inconfortables face à des individus d'une origine ethnique différente de la leur. De plus, le fait qu'ils cherchent souvent à justifier leurs comportements autrement peut laisser croire que, chez certains d'entre eux, les préjugés ne sont pas

⁶⁶ *Ibid* à la p 118.

⁶⁷ *Ibid* à la p 126.

⁶⁸ *Ibid*.

complètement inconscients. En effet, ils demeurent au fait que le racisme est mal vu et qu'ils doivent « trouver » une autre explication lorsqu'ils avantagent un Blanc au détriment d'un Noir. Bien sûr, les auteurs affirment que cela peut parfois se faire sous forme de rationalisation, et donc de façon absolument inconsciente⁶⁹. Nous verrons, dans le prochain chapitre, que le droit actuel semble avoir mis de côté le débat sur le caractère conscient ou automatique des préjugés, bien qu'un retour à la nécessité de prouver le caractère intentionnel du comportement guette toujours les tribunaux.

S'il y a un important courant dans la littérature qui étudie en profondeur la psychologie des individus, il y en a un autre qui se concentre plutôt sur l'aspect sociétal de la discrimination. Pour plusieurs auteurs, les préjugés inconscients des employeurs ne sont qu'un facteur parmi un ensemble d'obstacles vécus par les immigrants dans l'accès au marché du travail. La professeure Chicha, qui a documenté la déqualification des immigrantes à Montréal, affirme clairement que ce phénomène résulte d'une discrimination systémique créée par les « interactions entre les pratiques, les décisions et les comportements de divers acteurs, notamment l'État, les entreprises, les corporations professionnelles, les institutions d'enseignement ainsi que l'unité familiale »⁷⁰. Elle affirme que les immigrées font face à des obstacles dans plusieurs sphères de leur vie; que ce soit la stratégie familiale qui favorise les hommes⁷¹, la non-reconnaissance des diplômes étrangers par différents acteurs dont les ordres professionnels⁷², le racisme moderne en milieu de travail⁷³, le recrutement informel⁷⁴ ou encore l'exigence de posséder de l'expérience de travail

⁶⁹ Gaertner et al, *supra* note 59 à la p 380.

⁷⁰ Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22 à la p 33.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid* à la p 37.

⁷³ *Ibid* à la p 43.

⁷⁴ *Ibid* à la p 45.

canadienne⁷⁵. À un niveau plus théorique, certains auteurs avancent que l'aspect structurel de la discrimination doit faire évoluer le droit de façon à ne plus se concentrer uniquement sur la psychologie des individus. Par exemple, Shin argumente que les individus doivent être juridiquement responsables de leurs comportements discriminatoires, même si leurs préjugés sont inconscients, car ces préjugés ne seraient que l'incarnation des structures racistes de notre société⁷⁶. Pour lui, les actions individuelles de discrimination ne sont que la manifestation des inégalités historiques et actuelles⁷⁷. Cela rejoint l'idée avancée par Lawrence III selon laquelle les préjugés sont transmis par la culture⁷⁸. Delgado affirme également qu'il est temps de s'éloigner de la conception psychologique de la discrimination afin d'adopter un point de vue plus structurel qui prend en compte les inégalités historiques de même que les conditions socio-économiques des individus⁷⁹. Notre analyse de la jurisprudence nous permettra d'ailleurs d'évaluer où en est le droit anti-discrimination canadien au sujet de la discrimination systémique.

Les auteurs évoqués ci-dessus conçoivent la discrimination systémique comme l'ensemble de la discrimination véhiculée par la société, mais ce concept peut également représenter la discrimination qui a cours dans un milieu de travail en particulier. Une définition intéressante de ce type de discrimination systémique dans le contexte de l'emploi est la suivante

la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès à des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort.

⁷⁵ *Ibid* à la p 48.

⁷⁶ Patrick S Shin, « Liability for Unconscious Discrimination - A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law » (2010) 62 *Hastings Law J* 67 à la p 99.

⁷⁷ *Ibid* à la p 100.

⁷⁸ R. Lawrence III, *supra* note 36 à la p 357.

⁷⁹ Richard Delgado, « Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection » (2000) 89 *Geo LJ* 2279.

L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel⁸⁰.

Ce qu'il est important de mentionner, c'est que lorsque dans un milieu de travail il y a majoritairement des employés du groupe dominant, la culture de cette entreprise risque de refléter les pratiques et habitudes de ce groupe, créant ainsi une monoculture⁸¹. Susan Sturm parle d'ailleurs de préjugés de seconde génération pour décrire les décisions d'embauche qui favorisent les membres du groupe dominant à cause de l'utilisation de critères qui avantagent ces individus, et ce, de façon arbitraire⁸². Un exemple de tels critères, que nous explorerons plus en profondeur dans le troisième chapitre, est le fait de juger les compétences non techniques des candidats, par exemple la capacité de communiquer, en fonction de la façon dont les hommes Blancs communiquent, qui est le groupe majoritaire dans la société. Ces préjugés de seconde génération en viendront à exclure les membres des groupes minoritaires⁸³ de sorte que les individus appartenant à d'autres groupes ethniques commenceront à dissimuler certaines parties de leur identité afin de mieux concorder avec le milieu de travail⁸⁴.

Il y a donc un grand nombre d'auteurs qui expliquent les difficultés vécues par les immigrants à la présence de discrimination. Certains mettent principalement l'accent sur les individus et les préjugés conscients ou inconscients qu'ils arborent, alors que d'autres nous invitent à élargir notre vision afin de prendre en compte tous les éléments dans la société qui

⁸⁰ Canada, Commission sur l'égalité en matière d'emploi, *Rapport de la Commission de l'égalité en matière d'emploi*, par Juge Rosalie Silberman Abella, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984 à la p 2.

⁸¹ Reza Hasmath, *The ethnic penalty: immigration, education, and the labour market*, Burlington (VT), Ashgate, 2012 à la p 78; Carol Agócs, Harish C Jain & Canadian Race Relations Foundation, *Systemic racism in employment in Canada: diagnosing systemic racism in organizational culture*, Toronto, Canadian Race Relations Foundation, 2001 à la p 3.

⁸² Susan Sturm, « Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach » (2001) 101 Colum L Rev 458 à la p 474.

⁸³ *Ibid* à la p 468.

⁸⁴ Anand, *supra* note 27 aux pp 268–269.

créent une discrimination. Puisque la société est composée d'individus et vice-versa, il y a inévitablement une influence entre ce qui est véhiculé par la première et la présence de préjugés chez les seconds. Or, d'autres auteurs défendent l'idée que l'on doit tourner notre attention vers les personnes immigrantes elles-mêmes.

B. L'hypothèse économique

Un second courant dans la littérature consiste à expliquer les difficultés des immigrants en faisant appel à des théories provenant des sciences économiques. Certains de ces auteurs soulignent l'existence d'une discrimination, mais c'est souvent un facteur parmi d'autres et jamais le plus important, contrairement aux auteurs précédemment étudiés. Nous examinerons comment les théories du capital humain et du capital social sont utilisées pour expliquer la problématique. Notons, d'abord, que le capital humain peut être défini comme étant « the stock of knowledge and skills that enables people to perform work that creates economic value »⁸⁵.

Les auteurs Bonikowska, Hou et Picot ont réalisé une étude dans laquelle ils ont tenté de savoir quels éléments du capital humain permettaient de mieux prédire les revenus des immigrants à court, moyen et long terme⁸⁶. Bonikowska et al. ont découvert qu'à court terme, ce sont les habiletés langagières et l'expérience de travail canadienne qui étaient les facteurs qui influençaient le plus le revenu des immigrants⁸⁷. Après 5 ou 6 années au Canada, ce sont ces deux mêmes facteurs, de même que l'âge de la personne, qui influence la possibilité d'avoir de

⁸⁵ Janine Nahapiet, « A Social Perspective: Exploring the Links between Human Capital and Social Capital » dans Alan Burton-Jones & J-C Spender, dir, *The Oxford Handbook of Human Capital*, Oxford handbooks in business and management, Oxford, Oxford University Press, 2011, 71 à la p 75.

⁸⁶ Canada, Statistique Canada, *Which Human Capital Characteristics Best Predict the Earnings of Economic Immigrants?*, par Aneta Bonikowska, Feng Hou & Garnett Picot, Research Paper Series, Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2015.

⁸⁷ *Ibid* à la p 14.

l'expérience de travail étrangère, qui ont le plus d'impact⁸⁸. À long terme, c'est-à-dire après 10 ou 11 années au Canada, c'est le niveau d'éducation à l'entrée et l'âge qui étaient les facteurs les plus importants⁸⁹. Ces auteurs affirment qu'il est important de prendre en compte quels éléments du capital humain ont la plus grande influence sur le revenu des immigrants afin de faire une meilleure sélection à l'entrée⁹⁰. Ils adoptent donc sans équivoque la théorie développée par Becker selon laquelle plus une personne investit dans son capital humain, plus elle aura de bons revenus⁹¹.

Dans le même ordre d'idée, pour Lejeune et Bernier, les difficultés rencontrées par les immigrants peuvent être expliquées par leur incapacité à faire reconnaître leur capital humain⁹². Ils font une distinction importante entre les notions de « qualification » et de « compétence ». La première fait référence au diplôme qui atteste du niveau d'éducation⁹³, tandis que la compétence englobe la capacité d'utiliser des ressources personnelles, comme le savoir-faire, et des ressources extérieures, comme les infrastructures et les réseaux relationnels⁹⁴. Les auteurs expliquent que, pour les immigrants, comme il peut être difficile pour les employeurs d'évaluer la valeur de leurs qualifications, ces derniers reposeront leur jugement sur les compétences de la personne⁹⁵. Cela laisse donc place à plus de subjectivité de la part de l'employeur. L'auteur Hasmath parle d'ailleurs de discrimination statistique pour expliquer le phénomène de la moins

⁸⁸ *Ibid* à la p 16.

⁸⁹ *Ibid* à la p 17.

⁹⁰ *Ibid* à la p 21.

⁹¹ Gary S Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, 2e éd, New York, National Bureau of Economic Research, 1975.

⁹² Québec, Direction générale de l'énoncé politique, Ministère de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion, *La reconnaissance des compétences des travailleurs immigrants qualifiés : une revue des tendances nationales et internationales pour mieux comprendre les politiques et les pratiques pour le Québec*, par Michel Lejeune, Amélie Bernier & Groupe de recherche Transpol TELUQ, 15 décembre 2014 à la p 9.

⁹³ *Ibid* à la p 15.

⁹⁴ *Ibid* à la p 16.

⁹⁵ *Ibid* à la p 15.

grande valeur accordée aux diplômes obtenus à l'étranger par les employeurs. Cette théorie repose sur la prémisse que les employeurs n'ont pas suffisamment d'information pour évaluer les diplômes obtenus à l'étranger⁹⁶.

Cela amène donc les employeurs à accorder une plus grande importance à l'expérience de travail du travailleur immigrant. Cependant, l'immigrant peut rencontrer des difficultés à ce niveau aussi. Les compétences se divisent entre les « hard skills » ou « compétences techniques » et « soft skills » ou « compétences non techniques ». Comme nous l'étudierons en détail dans le troisième chapitre, une exigence des employeurs qui englobe ces deux composantes est celle de l'expérience de travail canadienne. En effet, plusieurs chercheurs rapportent que les immigrants sont nombreux à rencontrer l'obstacle du manque d'expérience canadienne lorsqu'ils se cherchent un emploi⁹⁷. Selon Sakamoto, Chin et Young, cette exigence peut être à la fois une compétence technique, puisque les employeurs pourraient vouloir s'assurer que les candidats connaissent, par exemple, les techniques d'ingénierie du Canada⁹⁸, et une compétence non technique, qui fait référence à la connaissance de la culture du milieu de travail⁹⁹. En résumé, il est difficile pour les immigrants de faire reconnaître leur capital humain, que l'on parle de leurs qualifications ou de leurs compétences, qualifiées de techniques ou de non techniques.

Une autre source de difficultés qui est souvent évoquée est le manque de capital social, qui est « the sum of the actual and potential resources embedded within, available through and

⁹⁶ Hasmath, *supra* note 81 aux pp 69–70.

⁹⁷ Izumi Sakamoto, Daphne Jeyapal & Rupaleem Bhuyan, *An overview of discourses of skilled immigrants and "Canadian experience": An English-language print media analysis*, Working Paper Series no 98, Toronto, CERIS – The Ontario Metropolis Centre, 2013; Izumi Sakamoto, Matthew Chin & Melina Young, « 'Canadian Experience', Employment Challenges, and Skilled Immigrants A Close Look Through 'Tacit Knowledge' » (2010) 10:1 Can Soc Work 145; Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22.

⁹⁸ Sakamoto, Chin & Young, *supra* note 97 à la p 148.

⁹⁹ *Ibid* à la p 146.

derived from the network of relationships possessed by an individual or social unit »¹⁰⁰. En d'autres termes, c'est le réseau social d'un individu. Hasmath explique que les immigrants commencent souvent par chercher des emplois par l'entremise de leur réseau composé de membres de leur communauté ethnique, ce qu'il nomme « l'économie de l'enclave ethnique » [notre traduction]¹⁰¹. Cependant, travailler dans l'enclave ethnique présente le risque de ne pas utiliser pleinement son capital humain, par exemple en étant surqualifié, et il devient également difficile d'en sortir puisque cela ne favorise pas la création d'un réseau social à l'extérieur de son groupe ethnique¹⁰².

Le phénomène décrit par Hasmath nous permet d'introduire la théorie du marché segmenté qui est évoquée par plusieurs auteurs et qui est fondamentale à la compréhension de la problématique. En effet, il faut comprendre que c'est au marché du travail *primaire* que les immigrants qualifiés ont difficilement accès. C'est celui où les salaires, la répartition des emplois et l'échelle de promotion sont régis par des règles et des pratiques précises¹⁰³. Les salaires sont plus élevés et les conditions de travail sont généralement meilleures¹⁰⁴. À l'opposé, le marché *secondaire*, dans lequel on pourrait inclure l'économie de l'enclave ethnique, est caractérisé par une absence de règles de fonctionnement, par une plus grande flexibilité et par de moins bonnes conditions de travail¹⁰⁵. La différence fondamentale réside donc dans le type d'emploi occupé.

¹⁰⁰ Nahapiet, *supra* note 85 à la p 80.

¹⁰¹ Hasmath, *supra* note 81 à la p 52.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Marie-Thérèse Chicha-Pontbriand, *Discrimination systématique: fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Études et documents de recherche sur les droits et libertés, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p 54.

¹⁰⁴ *Ibid* à la p 55.

¹⁰⁵ *Ibid.*

Finalement, nous pouvons conclure que les auteurs qui adoptent l'hypothèse de la discrimination et ceux qui adhèrent à l'hypothèse économique adoptent une perspective différente pour discuter, somme toute, des mêmes problèmes. Si l'on regarde le portrait global de l'hypothèse de la discrimination, nous remarquons que les auteurs ont tendance à attribuer les difficultés d'intégration des immigrants au marché du travail à des raisons complètement extérieures à l'individu, hors de son contrôle. Par exemple, lorsque Chicha parle de « déqualification », elle semble suggérer que la personne qui la subit n'a aucun pouvoir sur celle-ci et qu'elle se retrouve dépouillée de ses qualifications par des agents extérieurs. De même, le vocabulaire utilisé par ces auteurs (discrimination, préjugés, *aversive racism*, stéréotypes, obstacles, etc.) positionne les immigrants comme des victimes, plutôt que comme des acteurs responsables de leurs difficultés.

Au contraire, les auteurs qui s'appuient sur des théories économiques semblent faire porter le fardeau du manque d'intégration sur les épaules des immigrants eux-mêmes. Les mots utilisés (qualifications, compétences, *ability*, capital humain, capacité, etc.) mènent le lecteur à croire que la personne immigrante a un certain contrôle sur son sort. Ce serait à elle de s'assurer que les employeurs reconnaissent ses compétences et à elle de se bâtir un réseau de contacts et de l'utiliser efficacement. Cette vision économique du problème nous semble en adéquation avec la théorie de la méritocratie où chaque individu serait capable d'améliorer son sort s'il effectuait les efforts nécessaires.

Conclusion du premier chapitre

En résumé, les auteurs qui discutent des problèmes d'intégration des immigrants sur le marché du travail ont, de façon générale, deux façons d'approcher la situation. Certains les attribuent principalement à la discrimination, qu'elle soit créée par les préjugés des employeurs ou à un ensemble d'obstacles systémiques, alors que d'autres y voient l'application de la théorie du capital humain et estiment qu'il ne tient qu'aux immigrants de faire valoir leurs compétences. Nous adhérons plus fortement à l'explication de la discrimination, car nous croyons, et cela sera expliqué dans le troisième chapitre, que la non-reconnaissance par les employeurs du capital humain des immigrants, tels que leur expérience de travail étrangère et leurs compétences techniques et non techniques, constitue elle aussi une discrimination. Pour cette raison, nous examinerons, dans le prochain chapitre, une des solutions offertes par le droit aux immigrants qui vivent de la discrimination à l'embauche.

CHAPITRE 2 : LIMITES DES NORMES FORMELLES

Introduction

Nous avons démontré, dans le premier chapitre, que les difficultés d'intégration au marché du travail vécues par les immigrants pouvaient en grande partie s'expliquer par la présence de discrimination. Plusieurs études ont démontré l'existence d'une résistance des employeurs à engager des immigrants¹⁰⁶ et c'est pour cette raison que nous nous intéressons plus particulièrement à la discrimination dans l'embauche. Une personne victime d'une telle situation peut faire une plainte à une commission des droits de la personne ou tenter elle-même un recours devant un tribunal chargé d'appliquer la loi, dépendamment des provinces. Elle devra alors démontrer qu'elle a vécu une situation protégée par les lois anti-discrimination, comme par exemple un refus d'embauche, une interdiction d'accéder à un lieu public ou encore une situation d'harcèlement fondée sur un des motifs énumérés dans les lois, tels que le sexe, le handicap ou la couleur.

Un autre moyen juridique de mettre fin à la discrimination, qui vise à prévenir la discrimination plutôt qu'à punir ceux qui l'ont perpétrée, est l'implantation de programmes d'accès à l'égalité. Cette solution sera analysée en détail dans le dernier chapitre, car nous souhaitons d'abord nous concentrer sur la jurisprudence qui émane des plaintes en discrimination à l'embauche fondées sur les motifs qui distinguent les immigrants, lesquels sont la « race » et les motifs « para-raciaux »¹⁰⁷. En effet, les lois n'ont pas toutes les mêmes motifs de discrimination, mais elles ont toutes des motifs intimement reliés au concept de « race », que ce

¹⁰⁶ Eid, *supra* note 24 à la p 35; Oreopoulos, *supra* note 50; Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 34.

¹⁰⁷ CED (en ligne), *Human Rights*, « Prohibitions of Discrimination on Para-racial Grounds » à la section 5.

soit la couleur, l'origine ethnique, l'origine nationale, le lieu d'origine ou encore l'ascendance¹⁰⁸. Nous nous sommes concentrés sur les juridictions qui reçoivent un plus grand nombre de plaintes; c'est-à-dire le fédéral, le Québec, la Colombie-Britannique et l'Ontario¹⁰⁹. La loi fédérale et les lois de ces trois provinces interdisent formellement de refuser d'employer quelqu'un pour certains des motifs para-raciaux énumérés précédemment¹¹⁰. L'étude de ces quatre juridictions nous permettra également d'avoir une vue d'ensemble sur la jurisprudence canadienne.

Nous argumenterons que le droit formel contre la discrimination comporte plusieurs limites. D'abord, nous démontrerons que le droit actuel comporte des zones d'incertitudes qui, telles que présentement interprétées, ont pour effet d'alourdir le fardeau des plaignants. Nous défendrons ensuite l'idée que la situation vécue par les immigrants ne concorde pas avec la jurisprudence actuelle. Le résultat de ces deux aspects est que le droit formel comporte des limites importantes pour les immigrants qui souhaiteraient faire respecter leur droit à l'égalité.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Canada, Tribunal canadien des droits de la personne, *Rapport annuel 2014: Assurer le règlement efficace des plaintes de discrimination pour les Canadiens*, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2014 aux pp 8,10 (Le tribunal canadien des droits de la personne a reçu 370 plaintes et a rendu 36 décisions en 2014.); Ontario, Social Justice Tribunals of Ontario, *2013 – 2014 Annual Report*, 2014 aux pp 27, 29 (Le tribunal ontarien a reçu 3 242 demandes et a rendu 143 décisions au mérite en 2013-2014); Colombie-Britannique, Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, *BC Human Rights Tribunal: Annual Report 2014-2015*, 2015 à la p 1 (Le tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a traité 2004 dossiers et a rendu 28 décisions finales en 2014-2015.); Québec, Tribunal des droits de la personne, *Bilan d'activités 2013-2014*, 2015 à la p 45 (38 recours ont été introduits devant le Tribunal des droits de la personne du Québec en 2013-2014.)

¹¹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 10, 16 [*Charte québécoise*]; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 7(a) [*Loi canadienne*]; *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19, art 5(1) [*Code ontarien*]; *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210, art 13(1)(a) [*Code C-B*].

I. Ambiguïtés du droit formel à l'égalité

Le droit à l'égalité a connu, au Canada, une évolution influencée par les changements dans la compréhension de ce que constitue de la discrimination. La jurisprudence n'est cependant pas à l'abri de certains reculs et nous démontrerons qu'il y a, dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹¹¹, un retour à une preuve d'intention. Nous argumenterons ensuite qu'un récent jugement concernant le lien à démontrer avec le motif interdit a eu pour effet d'alourdir le fardeau des plaignants.

A. Quand l'ombre de l'intention obscurcit les chances du plaignant

Dans les années 1960 et 1970, la discrimination était appréhendée comme un acte malicieux perpétré par certains individus mal intentionnés¹¹². Le but des lois était de punir les quelques personnes, considérées comme des exceptions, qui agissaient de cette façon et c'est pourquoi, comme en droit criminel, le plaignant devait démontrer l'intention du défendeur¹¹³. Cette exigence était étroitement liée à la conception de la discrimination à cette époque, où seuls les comportements ou les règles explicitement fondés sur des motifs interdits entraient dans la définition de la discrimination. C'est ce qui est connu aujourd'hui comme étant la discrimination « directe » ou « formelle »¹¹⁴. Or, en 1985, la Cour suprême du Canada a établi une distinction entre la discrimination directe et celle indirecte. Cette dernière survient, dans le contexte de

¹¹¹ *Loi canadienne*, supra note 110.

¹¹² Colleen Sheppard, *Inclusive equality the relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2010 à la p 17 [Sheppard, *Inclusive equality*].

¹¹³ Colleen Sheppard, « Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U. » (2001) 46 RD McGill 533 au para 18 [Sheppard, « Of Forest Fires »].

¹¹⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 au para 18, 23 DLR (4e) 321 [*Simpson-Sears*]; Sheppard, « Of Forest Fires », supra note 113 au para 19.

l'emploi, lorsqu'une règle ou un comportement « est neutre à première vue [...], mais [...] a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'[il] leur impose [...] des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés »¹¹⁵. Au lieu de se concentrer sur l'intention malveillante de certains individus, on a alors commencé à étudier les effets que pouvaient avoir des règles ou des comportements qui n'avaient aucunement l'objectif de discriminer au départ. Par exemple, lorsqu'un employeur impose un test physique comme condition à un emploi, cette norme pourra être jugée discriminatoire si elle a pour effet d'empêcher un plus grand nombre de femmes d'accéder à l'emploi dû aux différences physiologiques entre les hommes et les femmes qui font qu'il est plus difficile pour ces dernières de le réussir¹¹⁶. Cette évolution dans la jurisprudence a permis de mieux représenter ce que constitue de la discrimination.

Le fardeau de preuve en matière de discrimination pour l'ensemble des lois provinciales a été établi dans l'arrêt *Simpson-Sears*¹¹⁷. En effet, la Cour suprême a énoncé que le plaignant devait

faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a discrimination. [C'est] celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé¹¹⁸.

C'est ce qui a été nommé la preuve *prima facie*¹¹⁹. Les tribunaux ont adopté la norme de preuve mise de l'avant par Vizkelety, c'est-à-dire que la preuve présentée doit rendre la conclusion de

¹¹⁵ *Simpson-Sears*, *supra* note 114 au para 18.

¹¹⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3, 66 BCLR (3e) 253 [BCGSEU avec renvois aux RCS].

¹¹⁷ *Simpson-Sears*, *supra* note 114.

¹¹⁸ *Ibid* au para 28.

¹¹⁹ Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada*, 2e éd, Montréal, LexisNexis, 2012 au para 573.

discrimination plus probable que toutes autres hypothèses¹²⁰. Une fois que cette preuve est établie par le plaignant, il revient à l'intimé de fournir une explication raisonnable autre que la discrimination ou de la justifier¹²¹. Ce fardeau de preuve est le même pour toutes les lois protégeant le droit à l'égalité.

La preuve d'une intention discriminatoire de la part du défendeur n'est plus requise depuis plusieurs années. Pourtant, nous avons constaté que cette conception de la discrimination demeure présente dans la jurisprudence. Par exemple, dans une décision de 2014¹²², la Cour supérieure devait réviser une décision du Conseil de la justice administrative qui a rejeté une plainte en discrimination contre une régisseuse de la Régie du logement, car cette dernière n'aurait pas eu « la volonté de dénigrer la plaignante »¹²³. Cette citation démontre comment la discrimination peut encore parfois être comprise comme nécessitant une intention, même par des juges.

Cependant, ce qui est encore plus préoccupant, c'est que, parmi tous les outils juridiques protégeant le droit à l'égalité, il en existe toujours un dont le fardeau de preuve se rapproche dangereusement d'une exigence de prouver l'intention du défendeur. En effet, le fardeau de preuve sous la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui concerne les litiges en discrimination qui émanent de rapports privés dans les domaines de compétence fédérale¹²⁴,

¹²⁰ Béatrice Vizkelety, *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987 à la p 142; *Chopra c Santé Canada*, 2008 TCDP 39 au para 111, 65 CHRR 1 [*Chopra* 2008].

¹²¹ Morin, *supra* note 119 au para 581.

¹²² *Sojourner c Conseil de la justice administrative*, 2014 QCCS 5071, 84 Admin LR (5e) 161 [*Sojourner*].

¹²³ *Ibid* au para 11.

¹²⁴ Morin, *supra* note 119 au para 571; *Loi canadienne*, *supra* note 110, art 2.

requiert de prouver que la défense soulevée par les intimés n'est qu'un prétexte¹²⁵. Le principal domaine duquel ce type de litige surviendra est celui des rapports de travail dans les institutions gouvernementales et entreprises fédérales¹²⁶. La jurisprudence qui émane de cette Loi concernera donc souvent des organismes gouvernementaux et c'est pour cette raison qu'elle est particulièrement importante dans le cadre juridique actuel.

Les citations suivantes sont un échantillon de ce qui se retrouve dans la grande majorité des jugements dans le domaine de la discrimination à l'embauche ou à la promotion pour expliquer la dernière étape du fardeau de preuve du plaignant qu'est la démonstration d'un prétexte:

Si l'intimée donne une explication raisonnable pour ce qui serait autrement un comportement discriminatoire, M. Premakumar a alors le fardeau de démontrer que l'explication était un prétexte et que la véritable motivation derrière les actes de l'intimée était, en fait, discriminatoire.¹²⁷ ;

La réponse de l'employeur connue, il incombe en dernier lieu au plaignant de démontrer que l'explication fournie ne constitue qu'un prétexte et que les actes de l'employeur ont réellement été motivés par des considérations discriminatoires.¹²⁸ ;

La question qu'il faut se poser est la suivante : les critères de sélection établis par Bay Ferries comme fondement de ses décisions en matière d'embauche étaient-ils raisonnables ou ne représentaient-ils qu'un prétexte pour masquer un acte discriminatoire.¹²⁹ ;

58 If the employer does provide a reasonable explanation for otherwise discriminatory behaviour, the applicant has the burden of demonstrating that the explanation was pre-textual, and that the true motivation was discriminatory¹³⁰. [nos soulignements]

¹²⁵ *Basi c Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, 9 CHRR 5029, 1988 CanLII 108 (TCDP) à la section V [*Basi*].

¹²⁶ Morin, *supra* note 119 au para 571.

¹²⁷ *Premakumar c Air Canada*, 42 CHRR 63, [2002] CanLII 23561 (TCDP) au para 78 [*Premakumar*].

¹²⁸ *Basi*, *supra* note 125 à la section V.

¹²⁹ *Lincoln c Bay Ferries Ltd*, [2002] CHR D No. 5, [2002] CanLII 23559 (TCDP) au para 131, conf par 2003 FC 1156, conf par 2004 CAF 204, autorisation de pourvoi à la CSC refusée 2005 CarswellNat 1 [*Lincoln*].

¹³⁰ *Khiamal c Canada (Commission des droits de la personne)*, 2009 CF 495 au para 58, 75 CCEL (3e) 107 [*Khiamal*].

Dans le même ordre d'idée, mais sans que cela ne concerne exactement le fardeau de prouver que la justification n'est qu'un prétexte, nous retrouvons la citation suivante dans une décision du Tribunal canadien des droits de la personne : « [l]e contexte et les circonstances entourant le départ du Dr Scott de Santé Canada et l'arrivée du Dr Lachance ne laissent voir aucune volonté de discrimination de la part de Santé Canada »¹³¹ [nos soulignements]. La citation suivante provient de la conclusion d'un jugement de ce même tribunal : « [c]ompte tenu de l'ensemble de la preuve, je suis persuadé que l'intimé a réussi à rencontrer son fardeau et qu'il a réussi à démontrer que sa décision de ne pas retenir le plaignant pour un poste de chef de train n'était aucunement motivée par des raisons discriminatoires »¹³² [nos soulignements].

Nous croyons que l'utilisation des mots « motivation, motivé, masquer, volonté » dénote une exigence de prouver l'intention du défendeur de la part des juges du Tribunal canadien. En effet, les mots « motif » et « volontaire, voulu », qui sont des dérivés des mots ci-dessus, font partie des synonymes des mots « intention » et « intentionnel »¹³³. De même, dire qu'une personne « masque » un acte discriminatoire implique d'abord qu'elle est consciente de ses gestes, puis qu'elle est malveillante, car elle veut les cacher. Le mot « prétexte » semble aussi contenir un aspect de mauvaise foi et donc, d'intention. Les jugements cités ont été rendus entre 1988 et 2008 alors que la preuve d'intention n'est plus requise depuis les années 1980. Près de 30 années plus tard, le fardeau de preuve sous la *Loi canadienne* s'appuie donc toujours sur une certaine forme d'intention.

¹³¹ Chopra 2008, *supra* note 120 au para 172.

¹³² *Salem c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2008 TCDP 13 au para 71, [2008] CHR D No. 13 [Salem].

¹³³ Geneviève Tardif, Jean Saint-Germain & Jean Fontaine, *Le petit Druide des synonymes et des antonymes: dictionnaire : 305 000 synonymes, 44 000 antonymes*, Montréal, Druide, 2011 à la p 443.

La conséquence de ce fardeau de preuve est qu'il sera plus difficile pour le plaignant de démontrer la discrimination. En effet, Vizkelely affirme que l'exigence de prouver l'intention, lorsqu'elle était requise, était très difficile à rencontrer puisqu'elle impliquait pratiquement de pénétrer au cœur du « processus mental » [notre traduction] de l'intimé¹³⁴. Krieger a également soulevé les problèmes majeurs qui découlaient du fait de requérir une preuve d'intention de discriminer en ce qui concerne le Titre VII aux États-Unis. Les critiques qui y sont soulevées s'appliquent en partie au Canada puisqu'on y discute du même fardeau de preuve.

D'abord, il sera très aisé pour les employeurs de soulever une justification raisonnable autre que la discrimination¹³⁵. Sous la *Loi canadienne*, le fardeau reviendra donc assez rapidement sur les épaules du plaignant, qui devra prouver que cette justification n'est qu'un prétexte¹³⁶. Krieger soutient que cette exigence du prétexte s'appuie sur la croyance que les employeurs sont conscients des raisons qui les poussent à prendre une décision¹³⁷. Or, la théorie de la cognition sociale a bien démontré que les préjugés sont en fait « non intentionnels et inconscients » [notre traduction]¹³⁸. Le fardeau de preuve qui demande de percer les raisons réelles qui ont mené un employeur à prendre une décision reflète donc très peu cette découverte des sciences sociales et la réalité contemporaine de la discrimination¹³⁹. Le résultat de cette exigence est d'alourdir le fardeau du plaignant, puisqu'il doit s'employer à démontrer des préjugés souvent inconscients.

¹³⁴ Vizkelely, *supra* note 120 à la p 37.

¹³⁵ Hamilton Krieger, *supra* note 33 à la p 1177.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid* à la p 1185.

¹³⁸ *Ibid* à la p 1188.

¹³⁹ *Ibid* à la p 1212.

Selon les auteurs qui défendent la thèse du *aversive racism* que nous avons exposée plus tôt, les individus racistes auront plutôt tendance à discriminer lorsque la situation leur permettra de justifier ou rationaliser leur comportement autrement que par leurs préjugés¹⁴⁰. Nous soumettons que c'est exactement ce que notre fardeau de preuve permet de faire, de justifier ou de rationaliser le comportement autrement que par la discrimination. C'est un élément qui nous semble également problématique et qui est présent dans l'ensemble de la jurisprudence canadienne. Cependant, la *Loi canadienne* impose un fardeau particulièrement plus lourd aux plaignants, puisqu'après que les défendeurs auront assez aisément soulevé une justification raisonnable à leurs actions, il reviendra toujours aux plaignants de prouver qu'elle n'est qu'un prétexte. Cette exigence est donc très difficile à rencontrer, que l'on croie que les préjugés sont inconscients ou non.

De plus, nous affirmons que cette exigence, en se liant à la mentalité de l'individu qui a perpétré la discrimination, s'éloigne considérablement de l'approche indirecte de la discrimination qui prévaut en ce moment. Cette conceptualisation de la discrimination nous invite à examiner les *effets* d'une règle ou d'un comportement sur les individus ou groupes d'individus protégés par les lois. Lorsqu'il n'y a aucune preuve directe de discrimination, on ne se pose donc même plus la question quant à savoir si le défendeur avait des préjugés, s'ils étaient conscients ou inconscients. L'individu ou le groupe de personnes qui a agi de façon discriminatoire n'a plus aucune importance dans la discrimination indirecte. Or, le fait de demander au plaignant de prouver que l'action n'était qu'une prétexte ne cadre pas du tout avec la discrimination indirecte.

¹⁴⁰Gaertner et al, *supra* note 59 à la p 380; Esses, Dietz & Bhardwaj, *supra* note 65 à la p 117.

Ainsi, même si tous les jugements ne contiennent pas nécessairement les mots soulignés dans les jugements cités, ils s'appuient tous sur le fardeau de preuve qui demande au plaignant de prouver le prétexte. Uniquement ce fait est, selon nous, problématique puisque le rapprochement avec un fardeau de prouver l'intention alourdit considérablement le fardeau des plaignants. Nous croyons donc que cette exigence devait être retirée du fardeau de preuve sous la *Loi canadienne*. Celui mis en place au Québec sous la *Charte des droits et libertés de la personne* pourrait être pris en exemple par la juridiction fédérale. En effet, au Québec, le plaignant doit établir la discrimination *prima facie*, puis le défendeur « peut [...] justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence »¹⁴¹. Le fardeau de preuve ne revient pas sur les épaules du plaignant. Si le défendeur ne réussit pas à convaincre le tribunal que sa conduite n'était pas discriminatoire ou si celle-ci ne figure pas dans les exceptions, le tribunal devra conclure à l'existence d'une discrimination. L'inexistence du critère du prétexte nous semble plus adéquate, puisqu'on élimine véritablement toute exigence de prouver une intention malveillante. De récents développements concernant le fardeau de preuve en discrimination ont également alourdi le fardeau des plaignants.

B. Confusion quant à la preuve du lien

Un autre élément du droit anti-discrimination dont l'interprétation par les tribunaux pose problème est le fardeau de preuve concernant le lien à établir avec le motif interdit de discrimination. Celui-ci a été au cœur d'une décision très récente de la Cour suprême du Canada, soit l'affaire *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c.*

¹⁴¹*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39 au para 37, 387 DLR (4e) 195 [*Bombardier CSC*].

*Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*¹⁴². Elle concernait M. Latif, d'origine pakistanaise et pilote d'avion. Il a reçu une offre d'emploi de la compagnie ACASS qui requérait qu'il suive une formation pour piloter un certain type d'avions. Il s'est alors inscrit à la formation requise auprès du Centre de formation aéronautique de Bombardier, le défendeur. Or, pour avoir accès à cette formation, le Centre requérait que les candidats obtiennent une autorisation de sécurité des autorités américaines par l'entremise du *Alien Flight Students Program* (AFSP). Celle-ci lui a été refusée et, sur cette base, Bombardier n'a pas voulu lui dispenser la formation. Suite à ce refus, M. Latif a déposé une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (CDPDJ). Cette dernière a alors entrepris un recours en son nom en alléguant qu'il avait été victime de discrimination fondée sur l'origine ethnique ou nationale dans son droit de bénéficier de services publics¹⁴³.

En première instance, le Tribunal des droits de la personne a d'abord conclu qu'il y avait eu discrimination, sur la base que les programmes visant à protéger la sécurité nationale mis en place après le premier septembre 2011 aux États-Unis effectuaient un profilage racial¹⁴⁴. Le défendeur a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec, laquelle lui a donné raison en affirmant que M. Latif devait « [é]tablir un lien causal entre un motif prohibé (origine nationale) et la mesure (le refus) [...] [et que] la demande n'a pas réussi à le faire »¹⁴⁵. L'affaire est montée jusqu'en Cour suprême et cette dernière a profité de l'occasion pour clarifier le fardeau de

¹⁴² *Bombardier CSC*, supra note 141.

¹⁴³ *Ibid* au para 18.

¹⁴⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2010 QCTDP 16 au para 304, [2011] RJQ 225 inf par 2013 QCCA 1650 conf par 2015 CSC 39 [*Bombardier QCTDP*].

¹⁴⁵ *Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650 au para 142, [2013] RJQ 1541 conf par 2015 CSC 39 [*Bombardier QCCA*].

preuve du droit à l'égalité sous la *Charte des droits et libertés de la personne* en ce qui concerne le lien requis avec le motif de discrimination. La Cour a affirmé, à l'unanimité, que

relativement au deuxième élément constitutif de la discrimination *prima facie*, le demandeur a le fardeau de démontrer qu'il existe un *lien* entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l'exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d'autres mots, que ce motif a été un *facteur* dans la distinction, l'exclusion ou la préférence¹⁴⁶.

La Cour suit un principe d'harmonisation entre la jurisprudence émanant des différentes lois provinciales¹⁴⁷. Les principes dégagés sous la *Charte québécoise* par la Cour suprême sont donc très importants pour les autres juridictions. Elle a également pris soin de préciser que ce lien n'avait pas à être causal¹⁴⁸, contrairement à ce qu'avait affirmé la Cour d'appel. De plus, ce lien doit être démontré selon la balance des probabilités¹⁴⁹. Après ces explications théoriques, la Cour suprême a conclu que

vu la preuve dont il disposait -- en fait, vu l'absence de preuve -- le Tribunal ne pouvait raisonnablement statuer que l'origine ethnique ou nationale de M. Latif avait un lien avec la décision des autorités américaines, et donc avec celle de Bombardier de refuser la demande de formation de M. Latif. En conséquence, le Tribunal ne pouvait conclure que la décision de Bombardier constituait de la discrimination *prima facie* visée par la Charte¹⁵⁰.

À première vue, l'interprétation que donne la Cour suprême à l'exigence du lien à être démontré concorde avec l'ensemble de la jurisprudence qui émane des lois contre la discrimination. En effet, mis à part quelques décisions où les juges ont parlé d'un lien causal¹⁵¹, les juges affirment, dans la majorité des jugements, l'importance d'établir un lien ou un

¹⁴⁶ *Bombardier CSC*, *supra* note 141 au para 52.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 31.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 51.

¹⁴⁹ *Ibid* au para 56.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 98.

¹⁵¹ *Chopra* 2008, *supra* note 120; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665.

facteur¹⁵². Les jugements divergent toutefois lorsqu'il est question de déterminer dans quel élément le motif interdit doit avoir été un facteur. Dans une autre décision récente de la Cour suprême sur la discrimination, la Cour a affirmé que « les plaignants [devaient] démontrer qu'ils [possédaient] une caractéristique protégée par le *Code* contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable »¹⁵³ [nos soulignements]. À titre de comparaison, dans *Bombardier*, la Cour suprême a affirmé que « la preuve d'expert en question n'était pas suffisamment reliée aux faits mis en cause pour établir l'existence d'un lien entre la décision des autorités américaines sur laquelle Bombardier s'est appuyée et l'origine ethnique ou nationale de M. Latif »¹⁵⁴ [nos soulignements].

Cette confusion se retrouve également dans les décisions des tribunaux inférieurs. Par exemple, dans une décision du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, le Tribunal a soutenu que le plaignant devait démontrer « that he was a member of a protected group [...], that he suffered adverse treatment in his employment and that it is reasonable to infer from the evidence that his race, ancestry or place of origin was a factor in the adverse treatment »¹⁵⁵. En Ontario, plusieurs jugements utilisent le même passage de l'affaire *Radek* selon lequel « [t]he prohibited ground or grounds of discrimination need not be the sole or the major factor leading to the discriminatory conduct; it is sufficient if they are a factor »¹⁵⁶.

¹⁵² *Chang v Paladin Security Group Ltd*, 2012 BCHRT 350, [2012] BCHRTD No.350 [Chang]; *Correia v York Catholic District School Board*, 2011 HRTO 1733, [2011] OHRTD No. 1747 [Correia].

¹⁵³ *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 au para 33, [2012] 3 RCS 360 [Moore].

¹⁵⁴ *Bombardier CSC*, *supra* note 141 au para 89.

¹⁵⁵ *Chang*, *supra* note 152 au para 103.

¹⁵⁶ *Radek v Henderson Development (Canada) Ltd*, 2005 BCHRT 302 au para 482, 52 CHRR 430 [Radek].

L'hésitation que ces extraits démontre est relative à la nécessité d'établir un lien entre le motif prohibé et la *décision* du défendeur et entre le motif et *l'effet* préjudiciable qui découle d'un comportement ou d'une règle. La différence est majeure. En effet, si les tribunaux requièrent un lien entre le motif et la décision du défendeur, on se rapproche sérieusement d'une preuve d'intention, puisque cela requiert de percer les motivations réelles du défendeur. Cela transparaît d'ailleurs dans les mots utilisés par la Cour suprême dans l'arrêt *Bombardier* : « [f]orce est donc de constater que la Commission n'a pas réussi à convaincre le Tribunal de l'existence d'une preuve directe du motif véritable de la décision américaine »¹⁵⁷. Avec la présence des mots « motif véritable » on retrouve l'utilisation d'un vocabulaire similaire à celui utilisé lorsque les tribunaux exigent la preuve d'un prétexte qui, comme nous l'avons démontré, ressemble à une preuve d'intention. Si, au contraire, les tribunaux demandent la preuve du lien entre le motif et l'effet discriminatoire, la preuve à remplir est beaucoup moins lourde. Par exemple, dans l'affaire *Moore*, la Cour a rapidement établi que le traitement différent que le plaignant avait subi, c'est-à-dire le fait de ne pouvoir accéder aux services d'éducation publique, était causé par sa déficience, qui est un motif de discrimination prohibé¹⁵⁸.

Le désir maintes fois répété des tribunaux de s'éloigner d'une preuve d'intention discriminatoire et de se concentrer sur les effets des règles et normes en apparence neutre¹⁵⁹ nous mène à affirmer que l'exigence à adopter est celle qui requiert un lien entre le motif et l'effet préjudiciable. Si ce test avait été appliqué dans l'affaire *Bombardier*, la Cour aurait porté une attention plus grande aux effets du refus des autorités américaines sur les individus d'une origine

¹⁵⁷ *Bombardier CSC*, *supra* note 141 au para 84.

¹⁵⁸ *Moore*, *supra* note 153 au para 34.

¹⁵⁹ *Radek*, *supra* note 156 au para 482; *Correia*, *supra* note 152 au para 26; *Tran v Welcome Pharmacy (Queen) Ltd.* 2012 HRTO 1445 au para 38, [2012] OHRTD No. 1408 [*Tran*]; *Reiss v CCH Canadian Ltd.* 2013 HRTO 764 au para 47, 76 CHRR 391.

ethnique différente et, encore plus important, aux effets qui résultent de la décision de Bombardier de baser sa décision sur la décision américaine, plutôt que de chercher à connaître les raisons qui ont mené les autorités américaines à refuser d'accorder l'autorisation à M. Latif. Cela a été timidement avancé par la Commission lorsqu'elle a soumis que la majorité des candidats qui avaient été refusés par Bombardier étaient d'origine arabe¹⁶⁰.

Un exemple encore plus clair du type d'analyse que nous préconisons se retrouve dans l'affaire *Tanisma*¹⁶¹. Dans ce jugement, la Cour supérieure a affirmé que la norme selon laquelle seulement les personnes dans des postes de gestion pouvaient poser leur candidature à un certain type de poste était discriminatoire envers les personnes de minorités visibles, car ces dernières étaient sous-représentées dans ces postes¹⁶². Le lien entre le motif et l'effet discriminatoire était alors clairement établi. Par la suite, il ne restera qu'à statuer sur le chiffre statistique qui constitue de la sous-représentation discriminatoire ou encore sur le nombre de refus nécessaire pour que le comportement soit discriminatoire¹⁶³.

L'auteur Daniel Proulx résume très bien la distinction que nous souhaitons faire et qui semble encore confuse dans la jurisprudence

[e]n d'autres termes, soit on fait face à une discrimination directe parce qu'elle est véritablement fondée, en tout ou en partie, sur un motif énuméré à l'article 10, soit on se trouve en situation de discrimination indirecte parce que, sans être fondée sur un motif énuméré à l'article 10, une règle ou une politique produit un effet d'exclusion sur un groupe identifiable protégé par ledit article 10 de la *Charte*¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Bombardier CSC*, *supra* note 14 au para 94.

¹⁶¹ *Tanisma c Montréal (Ville de)*, 2013 QCCS 2479, JE 2013-1110, conf par 2014 QCCA 79, [2014] J.Q. no 213 (la Cour a seulement biffé le paragraphe 199 du jugement) [*Tanisma*].

¹⁶² *Ibid* au para 85.

¹⁶³ Sheppard, *Inclusive equality*, *supra* note 112 à la p 20.

¹⁶⁴ Daniel Proulx, « Le droit à l'égalité: pierre angulaire de la Charte québécoise ? » (2015) *Special Edition Rev Quebecoise de Droit Int'l* 61 à la p 75.

Sachant que, de nos jours, la discrimination et le racisme s'expriment rarement ouvertement et qu'il sera très difficile pour les plaignants de récolter de la preuve directe, les juges devraient assez rapidement, dans une cause de discrimination, analyser les effets causés par une règle ou un comportement afin de voir s'ils affectent plus grandement un ou des individus appartenant aux groupes protégés par les lois contre la discrimination, plutôt que de rechercher des preuves directes. En plus de ces ambiguïtés concernant le fardeau de preuve, les différences entre la situation vécue par les immigrants et la jurisprudence alourdiront leur fardeau.

II. Différences entre la situation des immigrants et la jurisprudence

La jurisprudence qui s'est développée dans le contexte de la discrimination à l'embauche fondée sur la « race » et les motifs para-raciaux ne concorde pas bien avec la situation des immigrants et cela constitue également un obstacle majeur pour ces derniers. Nous avons remarqué que certains éléments qui aidaient les plaignants à gagner leur plainte étaient rarement présents dans la situation vécue par les immigrants et que ce qui caractérisait leur réalité ne se retrouvait pas fréquemment dans la jurisprudence. Cette déconnexion entre la situation vécue par les immigrants qualifiés et le corps de jurisprudence démontre à quel point le système de plaintes ne risque pas de véritablement les aider lorsqu'ils vivront de la discrimination.

D'abord, il est important de prendre connaissance des critères qui ont été élaborés pour établir la preuve *prima facie* dans le contexte particulier de la discrimination à l'embauche. C'est une décision de la Commission d'enquête de l'Ontario¹⁶⁵, en 1970, qui a déterminé ces derniers

¹⁶⁵ *Shakes v Rex Pak Ltd*, [1981] CarswellOnt 3407 (Ontario Board of Inquiry).

dans le cas où une personne allègue ne pas avoir obtenu un poste pour un motif prohibé. Le plaignant doit prouver que

- 1) il était qualifié pour occuper l'emploi en question;
- 2) il n'a pas été embauché;
- 3) une personne qui n'était pas mieux qualifiée que lui, mais qui ne présentait pas les caractéristiques sur lesquelles ce dernier avait fondé sa plainte relative aux droits de la personne, a obtenu le poste¹⁶⁶.

Cependant, si l'employeur n'a pas embauché une autre personne, le plaignant doit alors démontrer à la troisième étape que l'employeur a continué d'étudier les demandes de candidats qui possédaient des qualifications similaires au plaignant¹⁶⁷. Si, en tout dernier lieu, le plaignant a réussi à prouver ces trois critères, puis que, dans la juridiction fédérale, la justification avancée par l'employeur pour le refus d'embauche n'était qu'un prétexte, le tribunal doit alors évaluer si le plaignant avait une possibilité sérieuse d'obtenir le poste afin qu'il puisse obtenir une compensation¹⁶⁸. Ces critères sont les mêmes dans les cas d'un refus d'embauche ou d'un refus de promotion.

A. Éléments facilitant la preuve

S'il est maintenant bien établi que les racistes modernes ne s'expriment plus de façon claire et directe¹⁶⁹, nous avons tout de même constaté que les plaignants qui présentaient une preuve d'expression de racisme de la part du défendeur avaient plus de chances de gagner. Parmi les

¹⁶⁶ *Ibid* à la p 5; Morin, *supra* note 119 au para 580.

¹⁶⁷ *Kasongo c Financement agricole Canada*, 2005 TCDP 24 au para 23, [2005] DCDP No 12 [*Kasongo*] citant *Israeli c. Commission canadienne des droits de la personne et Commission de la fonction publique* (1983), 4 CHRR 1616 à la p 1618.

¹⁶⁸ *Sangha v Mackenzie Valley Land and Water Board*, 2007 FC 856 au para 26 [2007] CLLC para. 230-031 [*Sangha* CF] citant *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 FC 401 au para 15, [1991] FCJ No. 1105.

¹⁶⁹ Gaertner et al, *supra* note 59 à la p 378.

jugements étudiés, la déclaration la plus flagrante a été effectuée par un défendeur qui a refusé d'embaucher un boucher, car il craignait que la couleur de sa peau fasse fuir sa clientèle¹⁷⁰. Cette déclaration fut évidemment suffisante pour que le Tribunal des droits de la personne du Québec conclue à l'existence d'un refus d'embauche discriminatoire¹⁷¹. Dans une autre affaire, un supérieur du plaignant a déclaré dans une enquête interne qu'il croyait que les personnes de différentes cultures pouvaient ne pas avoir les compétences nécessaires pour occuper des postes de gestion¹⁷². Cette déclaration, qui est un exemple parfait de racisme culturel¹⁷³, a grandement aidé le Tribunal canadien à conclure à la présence de discrimination dans le refus de promouvoir le plaignant. Ce même plaignant a porté une autre plainte en discrimination quelques années plus tard et sa preuve de discrimination contenait également des expressions de racisme par son supérieur¹⁷⁴. Cela, jumelé à d'autres éléments, a mené le Tribunal à conclure qu'il y avait « un léger relent de discrimination »¹⁷⁵.

Dans une autre affaire, c'est une ambiance générale de racisme dans le milieu de travail qui a aidé le juge à juger en faveur du plaignant¹⁷⁶. Dans l'affaire *Correia*, qui est un des seuls jugements du Tribunal ontarien des droits de la personne où la discrimination a été établie parmi les 23 jugements examinés, le fait que la défenderesse ait dit que le plaignant allait « jouer la

¹⁷⁰ *Québec (Commission des droits de la personne) c Entreprises LD Skelling inc*, 25 CHRR 46, 1994 CanLII 1791 (QCTDP) à la p 5.

¹⁷¹ *Ibid* à la p 9.

¹⁷² *Chopra c Canada (Ministère de la santé nationale et du bien-être social)*, 40 CHRR 396, 2001 CanLII 8492 (TCDP) au para 272 [*Chopra* 2001].

¹⁷³ Vijay Agnew, « Introduction » dans Vijay Agnew, dir, *Interrogating Race and Racism*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, 3 à la p 13.

¹⁷⁴ *Chopra* 2008, *supra* note 120 au para 207.

¹⁷⁵ *Ibid*.

¹⁷⁶ *Brooks c Ministère des pêches et océans*, 2004 TCDP 36 aux paras 106 et 109, 51 CHRR 160 inf en partie par 2006 CF 1244.

carte de la race » [notre traduction] si l'entrevue se déroulait mal a grandement pesé dans la décision du juge¹⁷⁷.

Même si les juges sont conscients qu'ils doivent plutôt chercher de « subtiles odeurs de discrimination »¹⁷⁸, nous pouvons affirmer qu'une expression claire de racisme aide grandement les plaignants à remplir leur fardeau de preuve. Or, les théories des sciences sociales que nous avons examinées plus tôt ont largement démontré que ce type de racisme est beaucoup moins fréquent. De plus, la situation vécue par les immigrants qualifiés risque très peu de donner lieu à un type d'interaction où des individus exprimeraient des commentaires ouvertement racistes. D'abord, si un employeur ne fait que rejeter un curriculum vitae, l'individu concerné ne saura souvent pas sur quelles raisons ce rejet se base. Ensuite, lorsque des individus ont des contacts limités à l'application pour un emploi ou à une entrevue d'embauche, il est peu probable que des expressions racistes soient dites.

Un autre élément qui semble aider la cause des plaignants est lorsqu'ils réussissent à démontrer que les défendeurs entretenaient des préjugés envers les personnes de leur groupe. Dans la décision *Correia*, le plaignant a soutenu que la défenderesse avait des préjugés envers le style de gestion des personnes asiatiques et le juge a estimé que cela a eu un rôle important dans le refus d'octroyer le poste au plaignant¹⁷⁹. Dans la décision *Chopra* de 2001, le même type de commentaire a également permis de prouver les préjugés qu'entretenait un responsable du

¹⁷⁷ *Correia*, supra note 152 au para 67.

¹⁷⁸ *Basi*, supra note 125 à la section VIII; *Kasongo*, supra note 167 au para 71; *Salem*, supra note 132 au para 61.

¹⁷⁹ *Correia*, supra note 152 au para 64.

recrutement envers les personnes de minorités visibles¹⁸⁰. Le plaignant a là aussi gagné sa plainte.

Dans une autre affaire du Tribunal québécois, le plaignant alléguait qu'il avait été discriminé dans l'évaluation d'un examen qu'il a dû effectuer dans le cadre de son application à un poste d'inspecteur à la ville de Montréal¹⁸¹. Le juge a estimé qu'il n'avait soumis aucune preuve démontrant en quoi l'évaluation effectuée par le comité aurait été reliée à des traits culturels typiques des membres de son origine ethnique, soit le Guatemala¹⁸². On voit donc que le juge requérait une preuve du lien entre la décision et des préjugés afin de pouvoir conclure à une discrimination. Cette décision fait cependant référence à des préjugés fondés sur la culture plutôt que sur la « race » et nous croyons que le juge aurait dû parler de traits culturels « socialement construits » ou « attribués » par le groupe dominant aux membres de cette origine ethnique, car demander la preuve de « traits culturels qui singularisent les membres de sa communauté d'origine »¹⁸³ revient en fait à perpétuer une représentation stéréotypée des cultures.

La nécessité de prouver les préjugés des défendeurs dans certains jugements découlerait, selon l'auteur Benjamin Oliphant, de l'influence du test de la *Charte canadienne* sous l'article 15 qui, lui, demande explicitement une preuve que la règle a perpétué un désavantage historique ou

¹⁸⁰ *Chopra* 2001, *supra* note 172 au para 275.

¹⁸¹ *Hadji c Montréal (Ville de)*, [1996] JTDPQ no 30, 1996 CanLII 31 (QCTDP), permission d'appeler refusée à la CA (CA, 7 novembre 1996), autorisation de pourvoi à la CSC refusée (CSC, 17 avril 1997) [*Hadji* avec renvois à CanLII].

¹⁸² *Ibid* au para 17; voir aussi *Folch c Lignes aériennes canadien international*, 17 CHRR 261, 1992 CanLII 7197 (TCDP) à la p 29 (Décision qui sans parler de préjugés, demande tout de même une preuve de certains traits culturels propres aux Mexicains) [*Folch* avec renvois à CanLII].

¹⁸³ *Hadji*, *supra* note 181 à la p 7.

appliqué un stéréotype¹⁸⁴. Cette confusion aurait d'ailleurs été renforcée par le jugement *Tranchemontagne* dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a expressément demandé une preuve de préjudices ou de stéréotypes alors que c'était le *Code des droits humains* de l'Ontario qui était en cause¹⁸⁵. De plus, nous avons relevé, dans le chapitre précédent, que les auteurs des sciences sociales s'accordaient pour dire que le racisme, de nos jours, se manifestait principalement sous la forme de préjugés inconscients. Or, la décision *Turner* du Tribunal canadien démontre à elle seule comment il peut être ardu de prouver ce type de préjugés¹⁸⁶. Dans cette affaire, le plaignant soutenait qu'il n'avait pas été embauché en raison de sa « race », de sa couleur et de ses déficiences perçues qu'étaient l'obésité et la paresse. Ce n'est que suite à un long contre-interrogatoire qu'il a été démontré que les intimés percevaient le plaignant comme une personne qui « se soustrayait parfois aux tâches plus difficiles » [notre traduction]¹⁸⁷ et que cela correspondait au stéréotype du Noir paresseux.

En ce qui concerne la situation des immigrants qualifiés, nous croyons que la persistance de la théorie du capital humain pour expliquer leurs difficultés d'embauche rend la preuve de préjugés chez les défendeurs très difficile. En effet, nous démontrerons dans le prochain chapitre comment le fait qu'un employeur rejette une candidature sur la base que l'individu n'a pas d'expérience canadienne dissimule souvent des préjugés. Or, la théorie du capital humain légitime ce geste en défendant l'idée que seule l'expérience de travail acquise au Canada permet d'acquérir les compétences nécessaires pour travailler au Canada. Étant donné que le

¹⁸⁴ Benjamin Oliphant, « Prima Facie Discrimination: Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada's Human Rights Code Jurisprudence? » (2012) 9 JL & Equal 33 aux pp 34–36.

¹⁸⁵ Jennifer Koshan, « Under the Influence: Discrimination under Human Rights Legislation and section 15 of the Charter » (2014) 3 Can J Hum Rts 115 à la p 127; *Ontario (Director, Disability Support Program) v Tranchemontagne*, 2010 ONCA 593 au para 84, 324 DLR (4e) 87 [*Tranchemontagne*].

¹⁸⁶ *Turner c Canada (Agence des services frontaliers)*, 2014 TCDP 10, [2014] DCDP no 10 [*Turner*].

¹⁸⁷ *Ibid* au para 114.

gouvernement cherche toujours à mieux arrimer les critères de sélection au marché du travail, il normalise lui aussi ce discours. Par exemple, il a créé une catégorie d'immigration uniquement pour les gens qui avaient une expérience de travail canadienne¹⁸⁸. Tout ce discours rend donc beaucoup plus ardu pour les immigrants qualifiés de démontrer que leurs difficultés d'intégration au marché du travail sont basées sur des préjugés.

Malgré la grande aide que procure une preuve d'expression raciste ou de préjugés pour le plaignant, la majorité des jugements s'appuient sur une preuve circonstancielle pour prouver la discrimination. C'est le type de preuve où le plaignant apportera plusieurs faits qui, séparément, ne prouveront rien, mais qui, lorsque mis ensemble, justifieront que le juge en tire une inférence probante de discrimination¹⁸⁹. Dans la plupart des jugements étudiés, les plaignants s'appuyaient sur une preuve de plusieurs événements où ils avaient été traités différemment. L'affaire *Grover*¹⁹⁰ est un bon exemple de cela, car le juge a estimé que

[t]he actions of N.R.C.'s management, the handling of Dr. Grover's career, promotion submissions, career recognition potential and career advancement, and in particular the entire termination and eventual reinstatement process, starting with Dr. Perron's "ultimatum letter" are far from covert or subtle actions on behalf of the Respondent. The Tribunal finds much of this treatment, as outlined in detail in the reasons herein, flagrant and calculated to humiliate and demean the Complainant Dr. Grover¹⁹¹.

Ce sont donc plusieurs événements séparés qui, une fois joints, ont prouvé la discrimination. Le jugement *Tanisma* est aussi un bon exemple d'utilisation de la preuve circonstancielle, car le

¹⁸⁸ *Règlement sur l'immigration*, supra note 8, art 87.1.

¹⁸⁹ *Vizkelety*, supra note 120 à la p 141.

¹⁹⁰ *Grover v National Research Council Canada*, 18 CHRR 1, 1992 CanLII 629 (TCDP) [*Grover* avec renvois à CanLII].

¹⁹¹ *Ibid* à la p 57.

plaignant a utilisé des statistiques démontrant la sous-représentation des minorités visibles, de même que des témoignages pour établir sa preuve de discrimination¹⁹².

Cependant, la preuve circonstancielle signifie aussi que, pour réussir une plainte en discrimination, les immigrants qualifiés doivent réussir à accumuler plusieurs événements où ils ont été traités différemment. Or, cela peut s'avérer difficile lorsque le seul geste commis par un employeur est le rejet du curriculum vitae sur la base d'un nom ethnique. Ou lorsque l'individu a obtenu une entrevue, mais qu'il n'a pas obtenu l'emploi et qu'on ne lui a pas dit pour quelles raisons. La difficulté de prouver la discrimination à l'embauche réside justement dans le fait que le plaignant n'a souvent que très peu d'interactions avec l'employeur et qu'il est donc pratiquement impossible d'accumuler suffisamment de preuves pour établir une discrimination. Nous avons d'ailleurs remarqué que ce sont principalement dans des causes de discrimination dans la promotion où les plaignants ont réussi à établir une preuve circonstancielle de discrimination. Cela est probablement dû au fait que la relation à long terme avec leur employeur et leur connaissance du milieu de travail leur a permis d'accumuler plusieurs preuves. Enfin, notre étude des jugements sur la discrimination à l'embauche nous a permis de repérer ce qui facilitait la preuve de discrimination, mais également ce qui était souvent absent et qui serait pertinent dans les cas vécus par les immigrants qualifiés.

¹⁹² *Tanisma, supra* note 161.

B. Éléments de la situation des immigrants qui ne se retrouvent pas dans la jurisprudence

Les hypothèses avancées pour expliquer les difficultés des immigrants à intégrer le marché du travail primaire reposent sur des facteurs qui sont très peu représentés dans les jugements que nous avons analysés. D'abord, nous avons vu, dans le premier chapitre, que plusieurs auteurs défendaient l'idée qu'il était plus approprié de s'attarder aux aspects sociétaux de la discrimination, plutôt que de chercher à attribuer la responsabilité à certains individus. Or, parmi les jugements étudiés, il y en a très peu qui ont soulevé des allégations de discrimination systémique¹⁹³ et il n'y en a que trois qui ont réussi à la démontrer¹⁹⁴. Dans la majorité des jugements, on cherchait donc à attribuer la responsabilité de la discrimination à des individus et très souvent aux responsables du recrutement.

En plus, dans un jugement récent, la Cour suprême a affirmé qu'elle « [avait] pour rôle de statuer sur la plainte particulière dont [elle était] saisi, non d'agir comme une commission royale d'enquête »¹⁹⁵. En d'autres termes, même s'il y avait des allégations et des preuves de nature systémique, il n'était pas nécessaire qu'elle les examine pour statuer sur la demande du plaignant. Ce jugement semble donc considérer que les preuves de discrimination systémique ne sont utiles que pour aider à prouver la demande du plaignant. La conséquence est que les

¹⁹³ *Changtin c Montréal (Ville de)*, [1995] JTDPQ no 26, [1995] CanLII 2033 (QC TDP) [*Changtin* avec renvois à CanLII]; *Chopra* 2001, *supra* note 172 au para 231; *Alliance de la capitale nationale sur les relations inter-raciales c Canada (Ministère de la santé et du bien-être social)*, 28 CHRR 179, 1997 CanLII 1433 (TCDP) [*ACNRI* avec renvois à CanLII]; *Tanisma*, *supra* note 161; *Chan v Haverkamp*, 2012 BCHRT 12, [2012] BCHRTD No 12 inf par 2013 BCSC 942; *Saad v London Drugs Ltd*, 2012 BCHRT 24, [2012] BCHRTD No 24; *Saha v Garda Inc*, 2013 HRTO 2050, [2013] OHRTD No 2303.

¹⁹⁴ *Chopra* 2001, *supra* note 172; *ACNRI*, *supra* note 193; *Tanisma*, *supra* note 161.

¹⁹⁵ *Moore*, *supra* note 153 au para 64.

tribunaux risquent d'accorder encore moins d'importance aux allégations de discrimination systémique.

Cela est problématique, car la situation vécue par les immigrants qualifiés se situe plus généralement dans un type de discrimination indirecte, où des règles et des pratiques en apparence neutres auront un effet disproportionnel sur ces derniers. Il sera donc assez difficile de relier leur traitement préjudiciable à une ou des personnes en particulier. En fait, leur réalité se rapproche plutôt de la discrimination systémique qui avait cours dans le jugement *ACNRI*, où ce sont des pratiques de dotation qui avaient un effet discriminatoire sur les personnes de minorités visibles¹⁹⁶. Cependant, comme pour la preuve circonstancielle, il semble qu'il sera plus facile d'accumuler des éléments de preuve de discrimination systémique lorsque le plaignant aura réussi à intégrer le milieu de travail du défendeur. En effet, les trois jugements qui ont donné lieu à une conclusion de discrimination systémique portaient sur des promotions¹⁹⁷.

Une autre limite importante au système de plainte en discrimination pour répondre au problème des immigrants qualifiés se situe dans la conception que les tribunaux adoptent de la discrimination systémique. Une plainte alléguant ce type de discrimination devra toujours être reliée à un milieu de travail puisque la plainte doit désigner un défendeur en particulier. Or, cela ne permet pas de remédier aux dimensions sociétales de la discrimination. Comme la professeure Sheppard l'affirme, nous devons maintenant aller au-delà du milieu de travail afin de prendre en

¹⁹⁶ *ACNRI*, *supra* note 193 à la p 34.

¹⁹⁷ *ACNRI*, *supra* note 193; *Tanisma*, *supra* note 161; *Chopra* 2001, *supra* note 172.

compte les facteurs socio-économiques qui créent la discrimination¹⁹⁸, mais la conséquence du système de plaintes est que cette conception de la discrimination systémique ne sera pratiquement jamais discutée par les tribunaux.

L'exemple suivant nous permettra d'illustrer en quoi cela est problématique pour les immigrants¹⁹⁹. Imaginons une entreprise où la majorité des employés sont des immigrants, pour la plupart qualifiés. Ces derniers ont tenté à plusieurs reprises de pénétrer le marché primaire, mais après avoir vécu plusieurs refus d'embauche, ils ont décidé de travailler pour une entreprise du secteur secondaire. Un travailleur immigrant de cette entreprise pourrait-il faire une plainte en discrimination contre son employeur ? L'employeur se défendrait certainement en affirmant qu'il embauche une majorité d'immigrants et qu'il n'arbore donc aucun préjugé²⁰⁰.

Or, les raisons pour lesquelles ces immigrants se retrouvent à travailler dans cette entreprise sont exactement le résultat d'une discrimination systémique effectuée par l'ensemble de la société. Le gouvernement est responsable de sa situation, car il n'a pas mis en place des programmes spécifiquement destinés à aider ces immigrants récents. Nous sommes tous responsables, car nous avons tous tendance à former des réseaux avec des gens de notre groupe ethnique et cela l'a empêché d'avoir accès au recrutement informel effectué par les entreprises. Les multiples employeurs auxquels il a envoyé son CV sont responsables, car ils ne souhaitaient pas embaucher une personne racisée. Plusieurs niveaux pourraient encore s'ajouter, encore plus

¹⁹⁸ Colleen Sheppard, « Visualiser l'évolution de la législation contre les discriminations et les inégalités et élargir la notion d'inégalité dans le droit international du travail » (2012) 151:1-2 Rev Int Trav 1 à la p15 [Sheppard, « Visualiser l'évolution »].

¹⁹⁹ Inspiré de l'étude de cas de l'École d'été « Immigration, Intégration et Diversité sur le marché du travail » de la Chaire en relations ethniques et du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal, présentée le 4 juillet par Bob White et Danielle Gratton.

²⁰⁰ C'est une défense que l'on retrouve souvent, voir par exemple *Salem*, *supra* note 132 aux paras 50–51.

s'il a tenté de faire reconnaître ses compétences par un ordre professionnel ou s'il a dû refaire son éducation, par exemple. Son employeur actuel devrait-il être responsable de la discrimination effectuée par l'ensemble de la société ? Et si l'on ajoute à cela le fait qu'il préfère avoir des immigrants comme employés, car il sait que ces derniers sont moins portés à faire valoir leurs droits, précisément parce qu'ils sont dans un emploi de dernier recours ? C'est exactement le type de discrimination « sociétale » qui est difficilement prise en compte par le système de plaintes.

Enfin, une autre réalité qui est très présente dans la situation des immigrants qualifiés, mais qui est peu examinée par les tribunaux est l'effet discriminatoire de certains critères d'embauche. Les immigrants verront souvent leur candidature rejetée sur la base qu'ils n'ont pas d'expérience de travail ou d'éducation canadienne. Nous examinerons d'ailleurs, dans le prochain chapitre, les implications derrière le critère de posséder de l'expérience canadienne. Plusieurs décisions examinées alléguant des critères d'embauche problématiques ont mené à un échec, car les juges estimaient que les critères demandés pour occuper le poste étaient raisonnables et que les plaignants n'y correspondaient tout simplement pas²⁰¹. Un des seuls jugements invoquant un critère d'embauche qui a mené à une conclusion de discrimination est l'affaire *Sangha*²⁰². En effet, le Tribunal canadien a estimé que le fait de rejeter la candidature du plaignant, car il était surqualifié était discriminatoire. Il a affirmé que le critère de non-surqualification, en apparence neutre, avait des effets disproportionnés sur les immigrants²⁰³.

²⁰¹ Voir par exemple *Lincoln*, *supra* note 129 au para 38.

²⁰² *Sangha c Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie*, 2006 TCDP 9 au para 201, [2006] DCDP No 1 inf en partie par 2007 FC 856 [*Sangha*].

²⁰³ *Ibid* au para 201.

Dans la jurisprudence en générale, nous avons trouvé quelques jugements qui évoquaient une discrimination basée sur le manque d'expérience ou d'éducation canadienne. Dans deux décisions, les plaignants ont soulevé qu'ils avaient été discriminés sur la base de leur « race », couleur et origine ethnique, car ils n'avaient pas été embauchés à cause de leur manque d'expérience de travail canadienne²⁰⁴. Ils ont tous les deux perdu sur la base que leur candidature était plus faible que les autres et cela expliquait, selon les juges, qu'ils n'aient pas été engagés. Dans l'affaire *Systématix*²⁰⁵ du Tribunal des droits de la personne du Québec, il a été mis en preuve que les intervieweurs ont noté, pendant l'entrevue, que le plaignant n'avait pas d'expérience de travail canadienne, mais c'est le fait qu'ils aient posé au plaignant des questions sur sa religion pendant l'entrevue qui a été au cœur du jugement. Ce sont donc trois décisions où le manque d'expérience canadienne a été soulevé comme critère à l'embauche, mais dans les trois cas, les juges n'ont pas véritablement discuté de son caractère discriminatoire. Notons cependant que la non-reconnaissance de l'expérience étrangère dans l'échelle de salaire a été reconnue comme discriminatoire deux fois²⁰⁶. Cela démontre, encore une fois, que c'est lorsque le plaignant évoque de la discrimination dans *l'embauche* et non dans des étapes subséquentes de la relation avec l'employeur, que la preuve est la plus difficile à faire.

Conclusion du second chapitre

Dans ce chapitre, nous avons démontré les nombreuses limites du droit formel à l'égalité pour remédier à la discrimination vécue par les immigrants qualifiés lors de leur tentative

²⁰⁴ *Rafiq v Scotia Capital Inc (c.o.b ScotiaMcLeod)*, 2010 HRTO 697, [2010] OHRTD No. 669; *Thambipillai v Toronto District School Board*, 2014 HRTO 1240, [2014] OHRTD No. 1250.

²⁰⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Systématix Technologies de l'information inc*, 2010 QCTDP 18, [2011] RJQ 491.

²⁰⁶ *Re Eastern Ontario Health Unit and AAHPO*, [1996] OLAA No. 898, 43 CLAS 282; *Clarke Institute of Psychiatry v Ontario Nurses' Assn (Adusei Grievance)*, [2001] OLAA No 184, 95 LAC (4e) 154.

d'accéder au marché du travail canadien. Nous aurions pu discuter d'autres obstacles, tels que du difficile accès à la justice ou bien de l'influence sur les résultats des jugements de la présence d'une Commission des droits de la personne qui prend fait et cause pour le plaignant. Nous avons cependant décidé d'aborder des enjeux originaux qui ont été moins traités dans la littérature. En effet, nous avons démontré comment l'exigence de prouver que la justification apportée par les défendeurs est un prétexte s'assimile à une preuve d'intention. Nous avons aussi démontré comment l'interprétation de la preuve du lien avec le motif prohibé dans l'arrêt *Bombardier* avait un impact sur la preuve des demandeurs. Le résultat de ces constatations est que le fardeau des plaignants se trouve alourdi. Nous avons ensuite étudié les éléments qui aidaient les plaignants à prouver la discrimination et nous avons argumenté que ces derniers étaient particulièrement difficiles à démontrer pour les immigrants qualifiés. Enfin, nous avons exposé les limites de la jurisprudence actuelle quant aux éléments qui caractérisent la situation des immigrants. Par conséquent, le droit formel à l'égalité comporte d'importants obstacles qui amoindrissent son efficacité pour lutter contre la discrimination vécue par les immigrants qualifiés. Cette constatation nous mène à nous demander si la discrimination persiste toujours, mais sous une autre forme qui serait difficilement prise en compte par le droit formel. Nous aimerions savoir quel est le rôle des normes informelles dans l'accès à l'emploi des immigrants qualifiés?

CHAPITRE 3 : OBSTACLES CRÉÉS PAR LES NORMES INFORMELLES

Introduction

Pour véritablement comprendre les difficultés d'accès au marché du travail des immigrants qualifiés, il s'avère nécessaire d'étudier l'aspect juridique, comme nous l'avons fait dans le précédent chapitre, mais également le contexte social. En effet, la relation d'emploi est fortement influencée par des normes informelles²⁰⁷ qui ne se retrouveront pas nécessairement dans le corps de jurisprudence du droit formel. Nous argumenterons que les refus d'embauche des employeurs sont en réalité influencés par une norme informelle à laquelle tous les immigrants sont comparés : le travailleur canadien. Cela sera démontré par le fait que certains employeurs n'accordent aucune valeur à l'expérience et aux compétences acquises à l'étranger. Nous démontrerons que cette exigence impose un lourd fardeau aux immigrants qui désirent intégrer le marché du travail canadien. D'abord, au niveau individuel, elle crée une pression sur les immigrants pour modifier certains aspects de leur personnalité. Ensuite, sur le plan systémique, cette norme viendra accentuer la relation de pouvoir qui existe entre les employeurs et les potentiels employés. Toutes ces obligations qui affectent plus lourdement les personnes d'une origine ethnique autre que canadienne nous permettront de conclure à l'existence d'une discrimination.

²⁰⁷ Robert C Bird, « Employment as a Relational Contract » (2005) 8 U Pa J Lab & Emp L 149 à la p 150.

I. Norme informelle qui sous-tend les décisions d'embauche : le travailleur canadien

Plusieurs études ont été réalisées dans le but de connaître les obstacles auxquels les immigrants qualifiés faisaient face lors de leur tentative d'intégrer le marché du travail primaire. Le principal obstacle le plus souvent identifié était l'exigence des employeurs de posséder de l'expérience de travail canadienne. Nous expliquerons d'abord ce que contient objectivement cette exigence, puis nous explorerons plus en profondeur les raisons qui sont données par les employeurs pour la justifier. Cela nous permettra de constater que ce qui influence véritablement les employeurs à embaucher ou non un immigrant, c'est sa conformité à la norme qu'est le travailleur canadien.

A. Les obstacles rencontrés sur le marché du travail

Les employeurs vont souvent demander que le candidat qui soumet sa candidature pour être embauché ait de l'expérience sur le marché du travail canadien. Cette situation n'est pas récente puisque la juge Abella, dans le *Rapport de la Commission sur l'égalité en emploi*, écrit en 1984, évoquait déjà le fait que les immigrants se voyaient souvent refuser un emploi sur la base d'un manque d'expérience canadienne²⁰⁸. Près de 30 années plus tard, la Commission des droits de la personne de l'Ontario, face à la gravité de la situation, a publié la *Politique sur la suppression des obstacles liés à l'expérience canadienne*²⁰⁹ dans laquelle elle affirme que le manque d'expérience canadienne est le principal obstacle à l'intégration des immigrants au marché du

²⁰⁸Canada & Juge Rosalie Silberman Abella, *supra* note 80 à la p 49.

²⁰⁹ Ontario, Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique sur La suppression des obstacles liés à l'expérience canadienne*, 2013, en ligne: <www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-suppression-des-obstacles-liés-à-l'expérience-canadienne->.

travail primaire²¹⁰. De même, dans son étude sur la déqualification des immigrantes, la professeure Chicha affirme que 87% des immigrants croient que c'est soit le manque d'expérience canadienne ou la non-reconnaissance de l'expérience étrangère qui les empêchent de trouver un emploi décent²¹¹. Le critère de l'expérience canadienne et le fait que les employeurs n'accordent pas de valeur à l'expérience acquise à l'étranger sont, selon nous, les deux côtés d'une même médaille, puisque si les employeurs reconnaissaient l'expérience étrangère, ils n'exigeraient pas d'expérience canadienne.

Les auteurs Nohl et al. ont fait des entrevues avec plusieurs immigrants au Canada et ils ont remarqué que ce critère était omniprésent lorsque les sujets discutaient des obstacles à l'emploi²¹². Ces auteurs racontent entre autres l'histoire de M. Mehra, d'origine pakistanaise, ingénieur et détenteur de huit années d'expérience dans cette profession au Pakistan pour illustrer la situation²¹³. Cet homme a réussi à immigrer au Canada précisément grâce au fait qu'il était un professionnel et il a obtenu une évaluation du *International Credential Evaluation Services* assurant que son diplôme d'ingénieur était équivalent à celui du Canada²¹⁴. Lors de son arrivée au Canada, en 2002, il a d'abord travaillé dans un emploi de l'économie secondaire, comme plusieurs immigrants, afin d'assurer une certaine sécurité financière²¹⁵. Puis, après avoir fait reconnaître son diplôme, il a commencé à postuler à des postes d'ingénieurs. Voici comment il décrit son expérience

Having my bachelor background, eight years of experience, I did apply to different companies, in Calgary, I know my background is like petroleum engineering so I applied

²¹⁰ *Ibid* à la p 5.

²¹¹ Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22 à la p 48.

²¹² Nohl et al, *supra* note 2 à la p 24.

²¹³ *Ibid* à la p 23.

²¹⁴ *Ibid*.

²¹⁵ *Ibid*.

in Calgary, through Internet, even in Vancouver, up north. But I got a couple of interview, but both of them just suddenly, only question they asked me (1 sec. pause), "Do you have any Canadian experience?"²¹⁶.

Éric Liu a effectué une étude dans laquelle il a exploré le point de vue des employeurs plutôt que celui des immigrants. Il est fascinant de constater que les employeurs eux-mêmes identifient le manque d'expérience canadienne comme un des principaux obstacles lors de l'embauche d'immigrants, au même titre que la barrière de la langue et la difficulté à évaluer les diplômes étrangers²¹⁷. Le fait que le manque d'expérience canadienne constitue fréquemment une entrave à l'embauche est également un constat que font les individus qui travaillent pour des organismes qui offrent des services aux immigrants²¹⁸.

Objectivement, le critère de l'expérience canadienne renferme deux exigences. Premièrement, les auteurs Sakamoto, Chin et Young ont constaté que ce critère peut représenter le désir pour les employeurs de vérifier si les candidats provenant de l'immigration ont des compétences techniques²¹⁹. En effet, les employeurs veulent s'assurer que les immigrants connaissent les normes canadiennes associées aux différentes professions. Sakamoto et al. rapportent un exemple donné par un conseiller en emploi qui affirme que les employeurs voudront être certains que les immigrants qui appliquent pour un poste d'ingénieur connaissent les particularités de l'environnement canadien qui doivent être prises en considération pour construire un pont²²⁰. Deuxièmement, ces auteurs soutiennent que la demande d'expérience canadienne est aussi un moyen pour les employeurs de vérifier si les immigrants possèdent les

²¹⁶ *Ibid* aux pp 23–24.

²¹⁷ Éric Liu, *A Descriptive Study of Employers' Attitudes and Practices in Hiring Newcomer Job Seekers*, Toronto, CERIS - The Ontario Metropolis Centre, 2007 à la p 9.

²¹⁸ Sakamoto, Jeyapal & Bhuyan, *supra* note 97 à la p 6.

²¹⁹ Sakamoto, Chin & Young, *supra* note 97 à la p 148.

²²⁰ *Ibid*.

compétences non techniques nécessaires pour fonctionner dans le marché du travail canadien, lesquelles incluent entre autres « communication skills, working with others (teamwork), and conflict resolution [skills] »²²¹. Elles représentent l'ensemble des connaissances implicites qui s'apprennent principalement par l'expérience.²²²

Le critère de l'expérience canadienne réfère bien souvent aux compétences non techniques, mais ces dernières peuvent également être demandées sans que l'employeur ne s'appuie sur une demande d'expérience canadienne. En effet, Chicha affirme que les compétences interpersonnelles peuvent, en elles-mêmes, constituer un critère d'embauche non-écrit et non-dit²²³. Moss et Tilly ont interviewé des employeurs aux États-Unis et ils ont découvert que les compétences non techniques étaient l'élément le plus important dans leur décision d'embauche²²⁴. Les compétences les plus importantes pour ces derniers étaient les habiletés à interagir avec les autres, que ce soit les collègues de travail ou les clients, ainsi que la motivation au travail²²⁵.

Dans notre examen de la jurisprudence sur la discrimination dans l'embauche, nous avons constaté que les compétences non techniques jouaient un rôle significatif dans la décision d'embaucher une personne ou non. Par exemple, dans l'affaire *Kasongo*, la personne qui a passé les candidats en entrevue justifie le choix de la candidate sélectionnée ainsi : « lors de son entrevue, Mme Lemelin-Sarny lui est apparue plus mature, plus posée et structurée et [...] elle

²²¹ *Ibid* à la p 147.

²²² *Ibid* à la p 148.

²²³ Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22 à la p 49.

²²⁴ Philip Moss & Chris Tilly, « 'Soft Skills' and Race: An Investigation of Black Men's Employment Problems » (1996) 23:3 *Work Occup* 252 à la p 253.

²²⁵ *Ibid* à la p 256.

donnait l'impression qu'elle nécessiterait moins d'encadrement que le plaignant »²²⁶. Le juge a accepté les explications de l'employeur et a estimé que celles-ci n'étaient pas fondées sur un motif de discrimination illicite²²⁷. Or, la décision reposait en partie sur des impressions concernant le comportement du plaignant et sa façon de communiquer, des éléments qui se situent dans le champ des compétences non techniques. Dans *Salem*, la responsable des embauches explique que l'entrevue lui a permis de constater que le plaignant ne possédait pas les capacités communicationnelles et les habiletés de négociation nécessaires pour être chef de train²²⁸. Le plaignant a perdu sa plainte en discrimination. Dans le jugement *Folch*, l'employeur affirme clairement que « les "qualités personnelles" étaient beaucoup plus importantes, aux fins de l'évaluation des candidats, que l'"expérience" et que les "études" »²²⁹. Le Tribunal canadien des droits de la personne a jugé que le refus d'embaucher la plaignante sur la base qu'elle ne présentait pas les compétences en leadership nécessaires pour être pilote n'était pas discriminatoire²³⁰.

Dans *Premakumar*, l'employeur a justifié son refus d'embauche par le fait que le plaignant ne possédait pas les compétences non techniques requises²³¹. Les personnes qui ont effectué les entrevues ont affirmé qu'ils

évaluai[en]t les "compétences non techniques" des candidats à la façon dont ceux-ci répondaient aux questions, dont ils parlaient de leur poste courant, à leur attitude et à la façon dont ils démontraient qu'ils étaient en mesure de travailler au sein d'une équipe. [...] Pour évaluer si le candidat était acceptable pour le poste, M. Chiappetta considérait

²²⁶ *Kasongo, supra* note 167 au para 63.

²²⁷ *Ibid* au para 68.

²²⁸ *Salem, supra* note 132 aux paras 44–45.

²²⁹ *Folch, supra* note 182 à la p 11.

²³⁰ *Ibid* à la p 32.

²³¹ *Premakumar, supra* note 127 au para 87.

des facteurs tels que la façon dont les personnes parlaient en répondant aux questions et leur langage corporel²³².

M. Premakumar a gagné sa plainte en discrimination, car il a réussi à prouver que ses expériences antérieures de même que ses compétences avaient été dévalorisées. Dans l'affaire *Lincoln*, on apprend aussi que les compétences non techniques telles que les capacités à communiquer et à s'adapter au changement étaient déterminantes dans la décision du refus d'embauche²³³. De même, dans *Singh*, l'employeur a jugé que le plaignant avait de la difficulté dans les relations interpersonnelles, qu'il manquait d'initiative et de rigueur²³⁴, tous des éléments qui font partie des compétences non techniques. Des critères tels que la communication verbale, l'habileté dans les relations interpersonnelles et le sens de l'initiative ont également joué dans la décision d'embauche dans l'affaire *Changtin*²³⁵. Dans la majorité de ces jugements, les juges n'ont pas discuté du potentiel discriminatoire de ces critères informels. Cependant, dans les affaires *Chopra* et *Correia*, les juges ont reconnu que les recruteurs avaient évalué les compétences non techniques des candidats, principalement concernant leur style de leadership, selon des stéréotypes associés à la culture asiatique²³⁶.

En résumé, l'exigence de posséder de l'expérience canadienne est un obstacle majeur dans l'accès au marché du travail des immigrants. Objectivement, ce critère fait référence aux compétences techniques et non techniques des candidats. Les compétences non techniques ont cependant une importance en elles-mêmes dans les processus d'embauche. Nous verrons que ces

²³² *Ibid* au para 16.

²³³ *Lincoln*, *supra* note 129 au para 48.

²³⁴ *Singh c Statistique Canada*, 34 CHRR 203, 1998 CanLII 3996 (TCDP) à la p 26.

²³⁵ *Changtin*, *supra* note 193 à la p 4.

²³⁶ *Chopra* 2001, *supra* note 172 aux paras 272–275; *Correia*, *supra* note 152 au para 64.

exigences dissimulent des préoccupations, chez les employeurs, profondément reliées à l'idéal que représente le travailleur canadien.

B. Ce qui est réellement demandé par les employeurs

Plusieurs études ont permis de révéler les raisons qui amènent les employeurs à demander une expérience de travail canadienne. D'abord, l'aspect économique est très important. La Commission des droits de la personne de l'Ontario rapporte que, pour certains employeurs, l'expérience de travail canadienne est un moyen de s'assurer que la personne sera efficace dans son travail²³⁷. Oreopoulos et Dechief ont demandé à des recruteurs d'expliquer comment ils prenaient leur décision d'embauche. Ces derniers ont donné plusieurs raisons qui pourraient mener à rejeter un curriculum vitae qui donne des signaux indiquant que le candidat est un immigrant. Ils craignent, entre autres, que le candidat pose des problèmes en demandant des accommodements ou plus de congés et qu'il ne parle pas bien anglais²³⁸. La productivité et la rentabilité de l'entreprise sont des facteurs qui auront un grand impact sur la décision finale²³⁹.

Une façon de s'assurer de la productivité du futur employé qui est très souvent évoquée par les employeurs est le besoin qu'il cadre bien avec la culture de l'organisation et la culture de travail canadienne. Les personnes responsables du recrutement seront souvent incitées à choisir des candidats dont « les valeurs et le comportement » [notre traduction] concordent avec la culture du milieu de travail²⁴⁰. Par exemple, un participant dans l'étude d'Oreopoulos et Dechief

²³⁷ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 209 à la p 12.

²³⁸ Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 39.

²³⁹ Liu, *supra* note 217 à la p 10; Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 41.

²⁴⁰ Tristin K Green, « Work Culture and Discrimination » (2005) 93:3 Cal L Rev 623 à la p 638.

a exprimé cela de la façon suivante : « [t]he people who work together tend to form cliques, and you want to hire someone who will fit in, by culture and language as well as effort »²⁴¹. Derrière l'exigence d'expérience canadienne, on retrouverait donc une forte composante culturelle. Une personne qui travaille avec les immigrants rapporte à cet effet que l'exigence d'expérience canadienne est principalement un moyen pour les employeurs de vérifier « the cultural competency in the workplace »²⁴².

De plus, Sakamoto et al. affirment que les compétences non techniques sont « culturally embedded »²⁴³. Chicha estime également que les compétences interpersonnelles, qui font partie des compétences non-techniques, diffèrent souvent selon les cultures des pays²⁴⁴. Dans une autre étude, Sakamoto, Jeyapal et Bhuyan ont étudié la façon dont les médias discutaient du concept d'expérience canadienne et les écrits suivants d'une journaliste démontrent comment l'aspect culturel peut jouer dans l'évaluation des compétences non techniques

"It tends not only to be language training, but also has a large cultural element", she said. "Many immigrants entering the Canadian business world either come across as too aggressive, or, if they are from a part of the world where people are more restrained in their interaction, they can appear to be wimps"²⁴⁵.

Étant donné la forte composante culturelle de l'exigence d'expérience canadienne, plusieurs auteurs se basent sur la théorie du capital culturel pour expliquer ce qui est véritablement demandé par les employeurs. Cette théorie a été développée par Pierre Bourdieu en réponse aux failles de la théorie du capital humain. Nous avons déjà expliqué comment les tenants de la

²⁴¹ Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 38.

²⁴² Sakamoto, Chin & Young, *supra* note 97 à la p 146.

²⁴³ *Ibid* à la p 147.

²⁴⁴ Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22 à la p 49.

²⁴⁵ Sakamoto, Jeyapal & Bhuyan, *supra* note 97 aux pp 11–12.

théorie du capital humain estimaient que les immigrants devaient réussir à faire valoir leur capital humain pour être engagés²⁴⁶. Ce que ces derniers ne prennent pas en compte, et qui est souligné par Bourdieu, c'est que le capital humain d'une personne sera influencé par son capital culturel, ce qui signifie que la valeur de son capital humain sera différente selon le contexte²⁴⁷. Bourdieu distingue trois sortes de capital culturel et deux de celles-ci nous intéressent. Le capital culturel peut d'abord se retrouver sous la forme « embodied » ou « incorporée »²⁴⁸. C'est l'« habitus » d'une personne, qui sera acquis de façon inconsciente et qui sera toujours façonnée par le contexte de son acquisition²⁴⁹. Le capital culturel peut également être institutionnalisé et on parlera alors de titres académiques²⁵⁰. La forme institutionnalisée permet la reconnaissance du capital culturel, de sorte que celui-ci acquiert une valeur monétaire sur le marché du travail²⁵¹.

Selon Bauder, le capital culturel institutionnel des immigrants est dévalué lorsque leurs diplômes étrangers ne sont pas reconnus²⁵². En effet, le fait que ce capital culturel ait été acquis dans un autre État rendrait semble-t-il difficile, pour les employeurs, l'évaluation des diplômes dans le contexte de leur pays, lorsque l'institution dans laquelle le diplôme a été obtenu n'est pas internationalement reconnue²⁵³. D'autres auteurs avancent cependant que la dévaluation effectuée par les employeurs ne peut s'expliquer uniquement par un manque d'information sur la signification des diplômes étrangers et qu'il y a un véritable manque de respect, ou des préjugés,

²⁴⁶ Voir ci-dessus, chapitre 1, aspect I.B.

²⁴⁷ Pierre Bourdieu, « The Forms of Capital » dans John G. Richardson, dir, *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, New York, Greenwood Press, 1986, 241 à la p 244.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Ibid* à la p 245.

²⁵⁰ *Ibid* à la p 247.

²⁵¹ *Ibid* à la p 248.

²⁵² Harald Bauder, « 'Brain Abuse', or the Devaluation of Immigrant Labour in Canada » (2003) *Antipode* 699 à la p 708.

²⁵³ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 159.

pour les titres acquis à l'étranger²⁵⁴. Ce sont en fait les employeurs qui refusent de reconnaître le crédit culturel associé aux diplômes étrangers²⁵⁵. De plus, comme nous l'avons expliqué dans le premier chapitre²⁵⁶, la justification de la non-reconnaissance des diplômes étrangers peut être utilisée comme justification prétendument « rationnelle » par des individus pour, en réalité, refuser d'embaucher quelqu'un d'une origine étrangère. La conséquence de cela est que l'endroit où les titres académiques ont été obtenus, donc le capital culturel institutionnalisé, devient un marqueur de division dans le marché du travail canadien²⁵⁷, puisque seuls les travailleurs qui ont un capital culturel institutionnel canadien ont accès aux emplois du marché primaire. Plusieurs immigrants vont donc décider de refaire leur éducation au Canada afin de faire reconnaître leur capital culturel institutionnel. Ils recherchent ainsi la « sanction canadienne »²⁵⁸ qui leur permettra, espèrent-ils, d'avoir accès aux bons emplois. Par exemple, les immigrants qui étaient médecins dans leur pays d'origine vont effectuer des examens démontrant leur qualification au Canada uniquement dans le but de « réinstitutionnaliser [leur] capital culturel » [notre traduction]²⁵⁹.

Le capital culturel incorporé des immigrants se retrouverait aussi évalué à la baisse par les employeurs. Nous avons déjà démontré que les compétences non techniques revêtaient une grande importance dans le recrutement de futurs employés. Or, ces compétences non techniques font partie du capital culturel incorporé développé par Bourdieu²⁶⁰. Comme ces compétences sont acquises différemment selon les cultures, celles-ci perdraient de leur valeur lorsqu'elles

²⁵⁴ *Ibid* à la p 160.

²⁵⁵ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 223.

²⁵⁶ Voir ci-dessus, chapitre 1^{er}, aspect II.A sur le *aversive racism*

²⁵⁷ Bauder, *supra* note 252 à la p 702.

²⁵⁸ Erik R Girard & Harald Bauder, « Assimilation and Exclusion of Foreign Trained Engineers in Canada: Inside a Professional Regulatory Organization » (2007) *Antipode* 35 à la p 44.

²⁵⁹ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 230.

²⁶⁰ *Ibid* à la p 160.

seraient mises en pratique dans un contexte différent²⁶¹. L'exigence d'expérience canadienne devient ainsi un autre « sceau canadien » qui permet aux employeurs de s'assurer que la personne a acquis le capital culturel incorporé canadien. À titre d'exemple, l'organisme de régulation des ingénieurs de l'Ontario a indiqué que « [o]ne year of Canadian work experience teaches immigrants to "fit" into the Canadian workplace, interact in a team environment and communicate effectively with the Canadian public. »²⁶².

Cependant, même lorsque les immigrants refont leur éducation au Canada, afin de faire reconnaître leur capital culturel institutionnel, ils peuvent toujours rencontrer l'obstacle du manque d'expérience canadienne sur le marché du travail. Nohl et al. donnent l'exemple d'un immigrant indien qui possédait un diplôme en informatique dans son pays et qui a reçu le conseil de refaire ses études au Canada²⁶³. Après avoir investi une somme considérable dans cette formation, il n'a tout de même pas réussi à trouver un emploi dans son domaine, car les employeurs exigeaient encore qu'il possède de l'expérience de travail canadienne²⁶⁴. Ses études lui ont permis d'acquérir un capital culturel institutionnalisé canadien, mais force est de constater que les employeurs considéraient qu'il lui manquait toujours le capital culturel incorporé canadien. Cela démontre donc que la part de l'exigence de posséder de l'expérience canadienne qui fait référence au capital culturel incorporé est un obstacle majeur à l'intégration des immigrants sur le marché du travail que nous devons prendre en compte au même titre, sinon de façon prioritaire, à la reconnaissance du capital culturel institutionnel.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² R Girard & Bauder, *supra* note 258 à la p 45.

²⁶³ Nohl et al, *supra* note 2 à la p 234.

²⁶⁴ *Ibid* aux pp 234–235.

La constatation qui émerge de cette dévaluation du capital culturel étranger des immigrants est que les employeurs canadiens dévalorisent tout ce qui a une composante étrangère, que ce soient les diplômes, l'expérience de travail ou les compétences non techniques acquises à l'étranger. Ils en viennent donc à dévaluer tout ce qui provient d'une culture différente de la leur. Or, le racisme fondé sur le construit social de la « race » existe toujours, mais il existe également un racisme basé sur la culture, lorsque celle-ci est essentialisée au même titre que la « race »²⁶⁵. Agnew affirme qu'au Canada, ce type de racisme a commencé à voir le jour avant la Seconde Guerre mondiale, alors que l'on disait que les immigrants asiatiques étaient « culturally unsuited to Canadian norms »²⁶⁶. Elle affirme également que, de nos jours, on parle plutôt des individus provenant d'autres cultures comme étant « too different to comply or integrate »²⁶⁷.

Nous croyons que, lorsque les employeurs refusent d'embaucher un immigrant sur la base qu'il ne possède pas d'expérience canadienne, et donc qu'il ne connaît pas suffisamment les façons de faire canadiennes pour bien s'intégrer à la culture organisationnelle, il exerce en fait un racisme culturel. En effet, la dévalorisation de tout ce qui provient de l'étranger revient à affirmer la supériorité de ce qui est canadien. Au nom d'une prétendue différence entre les normes techniques et non techniques canadiennes et celles du reste du monde, on affirme d'abord la primauté des premières et on oblige ceux qui proviennent d'ailleurs à les apprendre et à se les approprier, afin d'effacer chez eux tout caractère étranger. Le « sceau » canadien qu'est l'expérience canadienne vise à rassurer les employeurs que la personne, « l'Autre », se sera suffisamment imprégnée de nos façons de faire pour s'assurer qu'elle ne les remettra pas en question par des pratiques « étrangères ».

²⁶⁵ Agnew, *supra* note 173 à la p 13.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid* à la p 14.

En plus de ne pas reconnaître le capital culturel des immigrants, certains employeurs ont tendance à adhérer à une représentation stéréotypée de leur culture. En effet, certains recruteurs ont affirmé que, lorsqu'ils avaient eu des expériences négatives avec des membres d'une certaine « ethnie », ils avaient moins tendance à embaucher des individus de cette même « ethnie » par la suite²⁶⁸. Cela peut également jouer à l'inverse. Par exemple, une personne d'origine coréenne a relaté que son superviseur avait exprimé le désir d'embaucher plus de Coréens et d'Asiatiques, car ils avaient la réputation de travailler plus fort²⁶⁹. Dans les deux cas, l'incompétence ou la compétence de l'individu n'a pas été déterminée par sa véritable personnalité, mais bien par des représentations stéréotypées de sa culture. En plus, la culture du groupe majoritaire s'est imposée comme prétendument universelle à tel point qu'elle est maintenant invisible. Ainsi, les comportements d'une personne de couleur blanche seront rarement perçus comme ayant été influencés par sa « race » ou sa « culture » et ce sont principalement des personnes issues de minorités visibles qui risquent de vivre ce genre de situation²⁷⁰.

Finalement, ce qui ressort des justifications avancées par les employeurs pour exiger de l'expérience de travail canadienne pour embaucher des immigrants, c'est le fait qu'ils accordent de la valeur uniquement aux diplômes, compétences techniques et non techniques canadiennes. C'est pourquoi nous estimons que la norme informelle qui influence leur refus d'embauche est l'idéal du travailleur canadien, qui a des diplômes canadiens, qui connaît les normes techniques canadiennes et qui agit comme un Canadien. Or, cette exigence a des conséquences importantes sur les immigrants.

²⁶⁸ Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3 à la p 37.

²⁶⁹ Hasmath, *supra* note 81 à la p 63.

²⁷⁰ Anne Phillips, « When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts » (2003) 66:4 Mod Law Rev 510 à la p 13.

II. Les conséquences de l'exigence de se *canadianiser*

Le fait d'exiger que les immigrants qualifiés se conforment à l'idéal du travailleur canadien pour espérer être embauchés a des répercussions majeures sur eux. Nous analyserons d'abord les conséquences individuelles que les immigrants pourront vivre, puis nous étudierons les effets systémiques sur le groupe des immigrants. Nous concluons que cette exigence crée une discrimination en elle-même.

A. Répercussions sur les individus

Afin de mieux comprendre les conséquences de la non-reconnaissance de tout ce qui a été acquis à l'étranger par des employeurs canadiens, nous avons interviewé une conseillère en emploi d'un organisme qui aide les immigrants à intégrer le marché du travail²⁷¹. Elle a affirmé que les immigrants devaient réussir à « rassurer les employeurs » concernant leurs compétences. Une de ses tâches consiste donc à aider l'immigrant à traduire son expérience et ses diplômes étrangers en termes compréhensibles pour l'employeur canadien. Nous comprenons que certaines appellations d'emploi ou diplômes varieront entre les pays et que ce processus peut donc s'avérer nécessaire dans une certaine mesure. Cependant, le résultat des exigences des employeurs est que le fardeau de prouver ses compétences demeure toujours sur les épaules des immigrants.

De plus, le fait que certains employeurs souhaitent que les immigrants se comportent comme des travailleurs canadiens afin qu'ils concordent bien avec la culture organisationnelle

²⁷¹ Entrevue d'Émilie Martin-Sanchez, Conseillère à l'emploi au Club de recherche d'emploi Montréal Centre-Ville (CREMCV) (21 septembre 2015).

canadienne a d'autres conséquences. Les recherches démontrent que les cultures organisationnelles ont tendance à former des groupes homogènes selon le genre et l'origine ethnique des individus²⁷². Par exemple, dans un milieu de travail dominé par des hommes blancs, les normes informelles qui se développeront, ou la culture, auront tendance à représenter ce groupe²⁷³. Il a également été démontré que l'informalité des relations sociales dans les milieux de travail, où par exemple les promotions et le recrutement se font principalement par l'entremise du bouche-à-oreille, ont tendance à créer une monoculture reflétant les valeurs et comportements du groupe dominant²⁷⁴.

Or, les personnes qui ne font pas partie de ce groupe partiront alors avec une longueur de retard, puisqu'ils devront faire plus d'efforts pour démontrer qu'ils peuvent se conformer²⁷⁵, alors que ceux qui ont déjà les valeurs et les comportements associés à la culture dominante auront plus de facilité à se faire embaucher²⁷⁶. Comme le groupe dominant est souvent constitué d'hommes blancs²⁷⁷, les immigrants de minorités visibles se retrouveront inévitablement désavantagés. Ces derniers devront alors performer leur identité de façon à s'assimiler à la culture dominante, mettant ainsi certains aspects de leur véritable personnalité de côté²⁷⁸. En fait, plus les stéréotypes négatifs seront puissants envers les membres d'un certain groupe ethnique, plus ces derniers devront travailler fort pour démontrer qu'ils ne concordent pas avec ce

²⁷² K. Green, *supra* note 240 à la p 643.

²⁷³ *Ibid* à la p 648.

²⁷⁴ Hasmath, *supra* note 81 à la p 78; Agócs, Jain & Canadian Race Relations Foundation, *supra* note 81 à la p 3.

²⁷⁵ K. Green, *supra* note 240 à la p 648.

²⁷⁶ Liu, *supra* note 217 à la p 11.

²⁷⁷ Agócs, Jain & Canadian Race Relations Foundation, *supra* note 81 à la p 3.

²⁷⁸ Devon W Carbado & Mitu Gulati, « Working Identity » (1999) 85 Cornell L Rev 1259 à la p 1307; Natasha Martin, « New Narratives, Same Old Problems: The Risk of Diversity-Centred Workplace Decision-Making in a Post-Racial'' America » dans Agócs, *supra* note 27 à la p 268; K. Green, *supra* note 240 à la p 651.

stéréotype, comparativement à des personnes qui ne font face à aucun stéréotype²⁷⁹. Par exemple, une personne d'origine asiatique qui souhaiterait devenir associée dans un cabinet d'avocats devra faire plus d'efforts que les autres pour combattre le stéréotype selon lequel les individus de cette origine ethnique ne s'affirment pas beaucoup et sont plutôt introvertis²⁸⁰.

Une étude effectuée sur les facteurs qui aidaient les minorités visibles à être promues au sein des entreprises nous permet de constater que l'idéal du travailleur canadien guide souvent les décisions des employeurs. Elle concernait le sujet des promotions, mais le fait que le principal facteur dans l'avancement des employés identifié par les auteurs était le « workplace fit »²⁸¹ et que cela est également un facteur important dans les décisions d'embauche justifie que nous utilisions cette étude. Plusieurs participants d'origine asiatique ont observé que c'étaient les individus qui ressemblaient le plus aux Canadiens qui avaient le plus de chance d'être promus²⁸².

Une des participantes a exprimé que

In order to progress, I guess you have to make certain concessions. I came to Canada six years ago, so basically I have strong roots where I come from, and if you look at my [cubicle] I'm so Asian you'd think I'm an interior designer...I just like to feel at home, so I'm holding onto it, but I feel that for me to be able to communicate, to be accepted as well, I have to sort of Canadianize myself²⁸³.

L'emploi du mot « concessions » révèle que le fait de devoir se *canadianiser* implique des conséquences négatives. De plus, elle affirme qu'elle « s'accroche » [notre traduction] à sa culture asiatique dans la décoration de son espace de travail. Ce qui semble ressortir de cette

²⁷⁹W. Carbado & Gulati, *supra* note 278 aux pp 1270–1271.

²⁸⁰ *Ibid* à la p 1269.

²⁸¹ Katherine Giscombe, *Career Advancement in Corporate Canada: A Focus on Visible Minorities ~ Workplace Fit and Stereotyping*, Catalyst, 2008 à la p 3.

²⁸² *Ibid* à la p 14.

²⁸³ *Ibid*.

affirmation, c'est qu'elle sent une certaine pression de mettre de côté sa culture asiatique pour mieux intégrer celle canadienne.

Ainsi, les exigences posées par certains employeurs pour que les immigrants acquièrent rapidement les façons de faire canadiennes afin de pouvoir accéder au marché du travail ont des conséquences importantes sur les individus. Le fardeau de rencontrer cette demande repose entièrement sur les épaules des immigrants, qui doivent prouver aux employeurs potentiels qu'ils possèdent les exigences requises, même si elles ont été acquises à l'étranger. Ils ressentent également une pression de modifier leur personnalité pour satisfaire aux attentes des employeurs. Les critères d'embauche posés par les employeurs ont également des répercussions plus larges sur l'ensemble du groupe des immigrants.

B. Conséquences systémiques

L'utilisation de la norme informelle du travailleur canadien a des conséquences de nature systémique sur l'ensemble des immigrants qualifiés qui souhaitent intégrer le marché du travail canadien. En effet, ces derniers se retrouvent prisonniers d'un cercle vicieux, où on leur demande de l'expérience de travail canadienne afin d'obtenir un premier emploi, alors qu'ils sont incapables d'obtenir un emploi précisément car ils n'ont pas d'expérience canadienne²⁸⁴. Les immigrants sont alors nombreux à accepter des emplois de bas niveau, se retrouvant ainsi dans une situation de surqualification²⁸⁵. L'obstacle créé par les employeurs engendre un effet pernicieux où ces derniers se retrouvent avantagés, car ils auront accès à des individus très

²⁸⁴ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 209 à la p 6; Sakamoto, Jeyapal & Bhuyan, *supra* note 97 à la p 21; Bauder, *supra* note 252 à la p 712.

²⁸⁵ Bauder, *supra* note 252 à la p 712; Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 209 à la p 6.

qualifiés qu'ils pourront payer un salaire en deçà de celui qu'ils auraient dû payer si les compétences de la personne avaient été reconnues à leur juste valeur²⁸⁶. Certains seraient même prêts à accepter de travailler gratuitement, afin d'acquérir de l'expérience de travail canadienne²⁸⁷.

De plus, nous estimons que la norme informelle du travailleur canadien revêt une tendance assimilationniste. L'effet concret de cette dernière est de rendre la culture du milieu de travail canadien prétendument universelle. C'est cette culture qui devient la norme à rencontrer et c'est selon celle-ci que tous seront évalués. Les immigrants qui n'y répondent pas deviennent alors marqués comme différents²⁸⁸. Pour réussir à faire partie de la norme « universelle », donc concrètement, pour réussir à se faire embaucher sur le marché du travail canadien, ils doivent accepter de s'assimiler à la culture dominante. Or, les désavantages que les immigrants ont, en plus de la performance de leur identité que nous avons expliquée plus tôt, c'est qu'ils ne pourront jamais définir ce qu'est la normalité, puisqu'ils arriveront toujours « après que les règles et les critères aient déjà été définis » [notre traduction]²⁸⁹. Certains seront simplement incapables de s'assimiler et ils resteront toujours perçus comme trop différents pour s'intégrer²⁹⁰. Cette réalité est bien exprimée par un participant à une étude de l'organisme Catalyst qui affirme ceci

When you get past a certain age...even if you come in your 20s, I think there [are] certain things which are inherent in your behaviour and how you were brought up. I don't think you can Canadianize yourself; you can get used to how Canadians do things, how they refer to things...the nuances and differences, but to be Canadianized is very hard...you'll never be...truly Canadianized²⁹¹.

²⁸⁶ Bauder, *supra* note 252 à la p 712.

²⁸⁷ *Ibid* à la p 713.

²⁸⁸ Iris Marion Young, *Justice and the politics of difference*, Princeton (N.J), Princeton University Press, 1990 à la p 123.

²⁸⁹ *Ibid* à la p 164.

²⁹⁰ *Ibid* à la p 165.

²⁹¹ Giscombe, *supra* note 281 à la p 15.

Dans cette perspective, le pouvoir qu'ont les employeurs sur la décision d'embaucher ou non quelqu'un, et les conséquences de cette décision, leur donnent le pouvoir de décider qui peut faire partie de la nation ou non, tel que décrit par Hage²⁹². En effet, un des meilleurs moyens pour un immigrant de s'intégrer à sa société d'accueil, d'y participer et de s'y sentir chez soi, c'est d'avoir un travail à la hauteur de ses compétences. Cela déterminera s'il se sentira digne et apprécié par sa société d'accueil ou si, au contraire, il occupe un emploi bien en deçà de ses compétences, il se sentira exclu par celle-ci. Les employeurs, en ayant *de facto* le pouvoir de décider qui pourra participer à sa société dignement, se rapprochent du pouvoir de *governmental belonging* décrit par Hage comme étant la croyance qu'une personne peut s'approprier l'autorité de décider qui devrait faire partie de la nation et qui ne le devrait pas²⁹³. Non seulement les employeurs se retrouvent dans une position de pouvoir face aux immigrants qui appliquent pour un emploi par le seul fait de la subordination qui est propre à la relation de travail, mais en plus ils ont le pouvoir supplémentaire de décider, en bonne partie, qui pourra participer à la nation ou non.

Toutes les conséquences qui découlent de l'exigence de posséder de l'expérience de travail canadienne, qui réfère en réalité au désir des employeurs que les immigrants se conforment en tous points au travailleur canadien, démontrent que ce critère impose des conséquences beaucoup plus lourdes à un groupe d'individus seulement. Ce groupe d'individus, composé d'immigrants, a comme caractéristique d'avoir acquis leur expérience dans un autre pays que le Canada. Selon la Commission ontarienne des droits de la personne, cela peut constituer de la discrimination

²⁹²Ghassan Hage, *White nation: fantasies of white supremacy in a multicultural society*, Annandale (NSW), Pluto Press, Comerford and Miller, 1998 à la p 42.

²⁹³*Ibid* à la p 46.

fondée sur la « race », la couleur et l'origine ethnique²⁹⁴. Cette dernière affirme d'ailleurs que l'exigence d'expérience canadienne crée une discrimination *prima facie*²⁹⁵. Nous appuyons la Commission ontarienne des droits de la personne et nous ajoutons que cette exigence crée une discrimination systémique envers les immigrants.

Dans une analyse juridique, un critère d'embauche discriminatoire à première vue peut être légal s'il constitue une exigence professionnelle justifiée (EPJ). L'employeur doit démontrer que la norme exigée a été adoptée « dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause »²⁹⁶, qu'il croyait sincèrement que cette norme était nécessaire pour effectuer le travail²⁹⁷ et que « la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail »²⁹⁸. Cela implique une preuve qu'il était impossible d'accommoder l'employé sans subir une contrainte excessive²⁹⁹. Nous n'avons pas effectué cette analyse, car elle nécessite une attention particulière à chaque emploi et chacune des compétences demandées. De plus, le test d'EPJ concernera des cas d'espèce qui demanderont d'évaluer la possibilité d'un accommodement pour la personne concernée. Or, nous préconisons un changement systémique de la culture organisationnelle canadienne et nous préférons donc étudier des remèdes qui visent cela plutôt qu'une solution au cas par cas.

²⁹⁴ Commission ontarienne des droits de la personne, *supra* note 209 à la p 9.

²⁹⁵ *Ibid* à la p 3.

²⁹⁶ *BCGSEU*, *supra* note 116 au para 54.

²⁹⁷ *Ibid.* (Sauf au Québec, voir Jean-Yves Brière et al, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e ed, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux paras III-107)

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

Conclusion du troisième chapitre

En conclusion, ce qui émerge lorsqu'on étudie le contexte social vécu par les immigrants qualifiés, c'est que ces derniers rencontrent des obstacles lorsqu'ils tentent d'accéder au marché du travail, cette fois-ci sous forme de normes informelles. L'exigence posée par les employeurs la plus fréquemment rencontrée est celle de posséder de l'expérience de travail canadienne. Si, objectivement, cette demande réfère aux compétences techniques et non techniques, l'étude des justifications des employeurs en révèle la forte composante culturelle. C'est en réalité un moyen pour certains employeurs de s'assurer que les immigrants possèdent le capital culturel canadien afin qu'ils s'intègrent bien à la culture organisationnelle canadienne. En contrepartie, les employeurs n'accorderont aucune valeur au capital culturel acquis à l'étranger. La norme informelle qui influence les employeurs lorsqu'ils exigent de l'expérience de travail canadienne est donc l'idéal que représente le travailleur canadien. Les conséquences autant individuelles que systémiques de cette norme nous mènent à conclure qu'elle constitue de la discrimination. Ainsi, autant le droit formel à l'égalité que les normes informelles rencontrées sur le marché du travail font peser un lourd fardeau sur les épaules des immigrants. Nous croyons que les acteurs de la société d'accueil sur le marché de l'emploi, c'est-à-dire les employeurs, devraient porter une certaine part de responsabilité dans l'intégration des immigrants et cela pourrait se faire, entre autres, par le changement de la culture organisationnelle canadienne.

CHAPITRE 4 : INTERACTIONS ENTRE LES NORMES FORMELLES ET INFORMELLES

Introduction

Étant donné les limitations du droit formel analysées dans le deuxième chapitre et les obstacles à l'accès au marché du travail posés par certains employeurs démontrés dans le troisième chapitre, nous estimons qu'un changement organisationnel dans les milieux de travail canadien est nécessaire. Un outil juridique a été créé entre autres pour atteindre cet objectif ; le programme d'accès à l'égalité (PAÉ). Celui-ci permettrait de déplacer le fardeau de l'intégration au marché du travail des épaules des immigrants à ceux des employeurs. Nous étudierons les buts initialement visés par les lois qui les prévoient. Nous argumenterons ensuite qu'une meilleure façon de comprendre l'action de ces lois sur les organisations est, plutôt que d'adopter une perspective centrée sur les lois de l'État, de favoriser une approche fondée sur le pluralisme juridique. En effet, les deux sphères que nous avons étudiées jusqu'à présent, soit le droit formel et les normes informelles, interagissent et s'influencent mutuellement. L'adoption de lois par l'État dans le but de changer ces normes informelles est l'une des façons dont cela se produit, bien que cela puisse parfois créer des résultats inattendus. Enfin, une étude de la façon dont deux organismes publics ont atteint ou non les objectifs de leur PAÉ nous permettra d'identifier les forces et faiblesses de ces théories dans la recherche de solutions.

I. La nécessité d'un changement organisationnel

Dans le premier chapitre, nous avons présenté deux approches théoriques concernant la problématique de l'accès au marché du travail des immigrants qualifiés. Celles-ci offrent des

solutions correspondant à leur vision du problème. Les auteurs de l'hypothèse de la discrimination suggèrent des solutions fondées sur les préjugés et les moyens d'y mettre fin ou de punir ceux qui ont exercé de la discrimination par les outils juridiques. Ceux de la sphère économique identifient des solutions intimement liées au marché du travail. Bien que nous appuyions les solutions apportées par les premiers auteurs, nous y avons constaté certaines limites et c'est pourquoi nous argumenterons plutôt en faveur d'un changement organisationnel. Cela permettrait aux employeurs d'occuper un rôle plus actif dans l'intégration des immigrants qualifiés au marché du travail, responsabilité qui est pour l'instant fortement sur les épaules des immigrants. Nous démontrerons que les lois étatiques prévoyaient réaliser ce changement en assurant une présence plus grande des membres des groupes défavorisés au sein des milieux de travail et en misant ainsi sur une égalité de résultats.

A. Un renversement de fardeau essentiel pour les immigrants qualifiés

Les auteurs que nous avons présentés jusqu'à maintenant proposent différentes solutions pour remédier aux problèmes d'intégration des immigrants qualifiés au marché du travail canadien. Nous avons remarqué que la façon de qualifier le problème aura un impact sur les solutions proposées par les auteurs. En effet, nous adhérons à l'argument avancé par White selon lequel le langage « est une force en soi » [notre traduction]³⁰⁰ et donc que les mots qu'on utilise pour se représenter une situation portent en eux une vision du monde particulière qui influence les solutions envisagées.

³⁰⁰ James Boyd White, *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990 à la p xi.

D'abord, plusieurs auteurs ont identifié que le principal problème à l'intégration des immigrants était la discrimination³⁰¹. Pour ceux qui estiment que la discrimination est principalement causée par une division entre les groupes du « nous » et du « eux », la solution réside dans la création d'une coopération entre les groupes³⁰². Gaertner et al. suggèrent qu'une des solutions pour mettre fin au *aversive racism* est de créer des relations intergroupes positives, entre autres par l'entremise du *Common Ingroup Identity Model*³⁰³. Ces auteurs rapportent une étude où des participants étaient incités à se percevoir comme des individus séparés ou comme membres d'une équipe. Lorsqu'ils se percevaient comme une équipe, les partenaires Noirs étaient évalués de façon beaucoup plus positive³⁰⁴.

De même, les auteurs de *l'Étude sur les motifs et attitudes des employeurs* suggèrent aux entreprises de mettre sur pied un programme de formation interculturel afin de développer des compétences en communication, en négociation et en médiation interculturelles³⁰⁵. Ces auteurs croient donc que des contacts plus fréquents entre les membres de groupes ethniques différents et une meilleure connaissance des différentes cultures permettront de diminuer les barrières à l'intégration au marché du travail des immigrants. La CDPDJ a d'ailleurs identifié que la *proximité* avec des membres de groupes visés par les lois anti-discrimination était un facteur très important dans le développement de la tolérance³⁰⁶. Ainsi, plus une personne fréquente des individus d'origines étrangères, moins elle risque de les discriminer.

³⁰¹ Eid, *supra* note 24; Chicha & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles, *supra* note 22; Oreopoulos, *supra* note 50; Oreopoulos & Dechief, *supra* note 3.

³⁰² Portenseigne et al, *supra* note 29 à la p 18; Gaertner et al, *supra* note 59 à la p 385.

³⁰³ Gaertner et al, *supra* note 59 à la p 391.

³⁰⁴ *Ibid* à la p 388.

³⁰⁵ Portenseigne et al, *supra* note 29 à l'annexe 3.

³⁰⁶ Jacques Frémont, « The Quebec Charter of Rights & Freedoms at 40: éléments de perspective et de prospective », présenté à la Faculté de droit de McGill, 30 septembre 2015 [non publié].

D'autres auteurs estimaient que la problématique de la discrimination devait se résoudre par les outils juridiques que sont les lois anti-discrimination³⁰⁷. Notre étude de la jurisprudence dans le second chapitre nous a permis de constater que le système de plaintes comportait plusieurs limites, qu'elles concernent le fardeau de preuve général de la discrimination ou la non-concordance entre les éléments favorisant une conclusion de discrimination et la situation vécue par les immigrants. Le fardeau de prouver la discrimination s'alourdit sans cesse pour les plaignants, particulièrement lorsqu'ils vivent de la discrimination dans l'embauche, comme c'est le cas pour les immigrants qualifiés.

Les tenants de l'hypothèse économique suggèrent d'autres types de solutions. Les auteurs de *La surqualification des travailleurs salariés d'origine immigrée résidant sur l'île de Montréal*³⁰⁸ avancent des solutions axées sur le marché du travail et, pour cette raison, ils sont plus près idéologiquement de l'hypothèse économique. Ils proposent, par exemple, de mettre sur pied des programmes d'intégration spécialement destinés aux immigrants récents et aux minorités visibles afin d'assurer une meilleure adéquation entre le marché du travail et la formation de ces derniers³⁰⁹. De plus, ils remettent en question les critères de sélection des programmes d'immigration pour travailleurs qualifiés. En effet, ils suggèrent qu'une valeur moins grande soit accordée aux diplômes obtenus à l'étranger, car leur valeur ne se reflète pas sur le marché du travail canadien et qu'un plus grand pointage soit accordé aux individus qui parlent très bien le français et qui ont une bonne connaissance de l'anglais³¹⁰.

³⁰⁷ Hamilton Krieger, *supra* note 33; Gaertner et al, *supra* note 59.

³⁰⁸ Ledent, Bélanger & Marois, *supra* note 15.

³⁰⁹ *Ibid* à la p 126.

³¹⁰ *Ibid* à la p 127.

Les auteurs Lejeune et Bernier estiment, quant à eux, que la solution passe par une meilleure évaluation des compétences et qualifications des immigrants. Ils suggèrent de faire passer différents tests qui permettront de voir comment la personne performe véritablement au travail, sans égard à ses diplômes³¹¹. En s'inspirant de ce qu'il se fait dans d'autres pays, ils avancent l'idée que des « tiers garants » soient désignés dans une entreprise pour garantir que la personne immigrante est compétente dans son travail³¹². Par exemple, en ce qui concerne la reconnaissance des compétences pour accéder aux métiers, les immigrants en Finlande doivent avoir un diplôme professionnel, qui peut être obtenu par une certification des compétences suite à la réussite d'un examen³¹³. La prémisse de ces auteurs semble donc être que ce sont aux immigrants de démontrer qu'ils sont compétents et ils cherchent des moyens de faciliter cette démonstration.

Or, notre étude des obstacles informels que les immigrants rencontrent sur le marché du travail nous a permis de constater que la non-reconnaissance du capital humain des immigrants par les employeurs se fonde surtout sur une dévaluation de leur capital culturel, ce qui mène à une forme de racisme culturel. Ce refus de reconnaître les diplômes et compétences acquis à l'étranger a d'importantes répercussions sur chacun des immigrants individuellement, qui doivent réussir à se *canadianiser*, de même que sur le groupe dans son ensemble, qui se retrouve empêché de participer à la société.

Les limites posées par le droit formel à l'égalité et par les normes informelles rencontrées sur le marché du travail ont pour résultat de faire peser un très lourd fardeau sur les épaules des

³¹¹ Lejeune, Bernier & TELUQ, *supra* note 92 à la p 26.

³¹² *Ibid* à la p 112.

³¹³ *Ibid* à la p 61.

immigrants. Les premières favorisent inévitablement les défenseurs, qui seront souvent des employeurs, alors que les secondes sont directement imposées par ces mêmes acteurs. Nous affirmons que le fardeau de l'intégration au marché du travail doit être mieux partagé entre les immigrants et les employeurs. Cela est contraire à ce que proposent les tenants de l'hypothèse économique, puisque ces derniers suggèrent entre autres d'adapter le système d'immigration aux besoins du marché du travail. C'est d'ailleurs la solution qui a été préconisée par le gouvernement canadien, puisqu'il a créé un nouveau système d'entrée pour les immigrants qualifiés qui accorde plus de valeur aux aspects du capital humain qui sont favorisés sur le marché du travail canadien³¹⁴. Or, sachant que les demandes des employeurs concernant le capital humain des immigrants sont fondées sur un manque perçu de capital culturel chez les immigrants qualifiés, nous croyons que les préférences des employeurs ne sont pas de bons indicateurs sur lesquels aligner la sélection des immigrants. En fait, avant même de chercher les problèmes dans notre système de sélection, nous croyons que la lumière devrait se tourner vers les employeurs. Ces derniers devraient d'abord réussir à changer leur culture organisationnelle afin de s'assurer qu'elle est équitable pour les futurs travailleurs.

B. Objectifs des programmes d'accès à l'égalité

Un outil juridique qui répond à ce besoin de changer la culture organisationnelle d'un milieu de travail est le programme d'accès à l'égalité que l'on retrouve dans certaines juridictions du Canada. Dans le rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi, la juge Abella défendait l'idée que « la discrimination systémique rend[ait] nécessaire l'adoption de mesures

³¹⁴ Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Système Entrée express*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/ressources/publications/entree-express-presentation-immigrants.asp>.

systemiques »³¹⁵. C'est suite à celui-ci que les premières lois créant des PAÉ ont vu le jour. Deux ans après ce rapport, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*³¹⁶ a été adoptée dans la juridiction fédérale³¹⁷. Les provinces de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont par la suite adopté des lois semblables, mais celles-ci ont rapidement été abrogées³¹⁸. La seule province qui a toujours des lois assurant la création de programmes d'accès à l'égalité est donc le Québec³¹⁹. Il existe six lois différentes prévoyant des PAÉ au Québec³²⁰ et la très grande majorité d'entre elles s'applique au secteur public³²¹.

Contrairement au système de plaintes qui a pour but de remédier à un acte discriminatoire qui a déjà eu lieu, les PAÉ ont pour objectif de prévenir la discrimination. En effet, dans son rapport sur l'égalité en matière d'emploi, la juge Abella a affirmé que le fait de permettre à des membres de groupes historiquement désavantagés de pénétrer au sein des milieux de travail permettra de « mettre fin à l'hégémonie d'un groupe »³²². Cet objectif d'arriver à atteindre « une masse critique » des personnes visées par les lois anti-discrimination a d'ailleurs été réitéré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Action Travail des Femmes*³²³. Les PAÉ misent sur le fait que la simple présence de ces individus, en nombre important, permettra de changer les pratiques.

³¹⁵ Canada & Juge Rosalie Silberman Abella, *supra* note 80 à la p 10.

³¹⁶ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, LC 1995, c 44 [*Loi sur l'équité*].

³¹⁷ Brian W Burkett, « Employment Equity: The Next Thirty Years » dans Agócs, *supra* note 27 à la p 288.

³¹⁸ *Ibid* à la p 289.

³¹⁹ *Ibid*.

³²⁰ Marie-Thérèse Chicha & Éric Charest, *Le Québec et les programmes d'accès à l'égalité : Un rendez-vous manqué?*, Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2013 à la p 46.

³²¹ *Ibid*; Burkett, *supra* note 317 à la p 289.

³²² Canada & Juge Rosalie Silberman Abella, *supra* note 80 à la p 11.

³²³ *CN c Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114, à la p 1144, 8 CHRR 4210.

L'objectif ultime des PAÉ, donc, est de changer les cultures organisationnelles. Par exemple, dans la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, les deux obligations principales des employeurs sont l'identification et la suppression des politiques et systèmes discriminatoires³²⁴ ainsi que l'instauration de mesures positives dans le but d'assurer que le nombre de personnes appartenant aux groupes visés par la Loi soit représentatif de leur présence dans la société³²⁵. Chicha affirme que la philosophie derrière ces mesures est celle de l'égalité de résultats, puisqu'on reconnaît que certains groupes doivent être temporairement avantagés afin de contrecarrer les désavantages historiques qu'ils ont vécu³²⁶. Un autre postulat à la base des PAÉ est l'idée de formaliser les pratiques des employeurs. Cette solution est une réponse au fait que l'informalité des processus de recrutement pose un plus grand risque que les décisions s'appuient sur des préjugés implicites, tel que cela a été souligné par la Cour suprême du Canada³²⁷. Des études démontrent également qu'il y a une plus grande égalité dans les entreprises où les pratiques sont plus formelles³²⁸.

L'intérêt des PAÉ pour les immigrants qualifiés est, d'abord, qu'ils sont visés par ceux-ci. En effet, plusieurs d'entre eux sont concernés par la catégorie « minorités visibles » de la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, qui englobe les personnes qui n'ont pas la peau blanche. Au Québec, les PAÉ visent les minorités visibles, mais aussi les minorités ethniques, qui sont les personnes qui n'entrent pas dans la catégorie des minorités visibles et « dont la langue maternelle

³²⁴ *Loi sur l'équité*, *supra* note 316, art 5(a).

³²⁵ *Ibid*, art 5(b).

³²⁶ Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 32.

³²⁷ ACNRI, *supra* note 193 à la p 24.

³²⁸ Donald Tomaskovic-Devey & Kevin Stainback, « Discrimination and Desegregation: Equal Opportunity Progress in U.S. Private Sector Workplaces since the Civil Rights Act » (2007) 609 *Ann Am Acad Pol Soc Sci* 49 à la p 61.

n'est ni le français ni l'anglais »³²⁹. Ensuite, les PAÉ permettent de répondre à certaines limites du système de plaintes que nous avons examiné précédemment. Le fardeau est moins grand pour les immigrants, puisqu'ils n'ont pas à prouver la discrimination. Ces mesures, lorsqu'elles sont présentes dans le milieu de travail, s'appliquent à eux du seul fait qu'ils appartiennent à un groupe visé. En plus, les PAÉ visent spécifiquement les situations d'embauche en prévoyant des mesures que les employeurs devront adopter pour recruter un plus grand nombre de personnes visées par les lois. L'aspect préventif des PAÉ permet aussi d'éviter que les immigrants vivent de la discrimination de prime abord. Ensuite, les PAÉ, en forçant les employeurs à évaluer leurs politiques d'embauche, devraient mener ces derniers à identifier les critères d'embauche basés sur l'idéal du travailleur canadien comme discriminatoires et à les supprimer. Le changement de culture organisationnelle qui est visé permettrait aussi de mettre fin à l'hégémonie de la culture Blanche dans les milieux de travail et les immigrants ne devraient plus ressentir la pression de se *canadianiser* pour y accéder. Or, malgré tous ces avantages, les PAÉ comportent, eux aussi, plusieurs limites.

II. Promesses et limites des programmes d'accès à l'égalité

Si les outils juridiques pour enclencher un changement de culture organisationnelle existent, plusieurs éléments contribuent à amenuiser leur efficacité. L'explication de ce phénomène sera influencée par la conception que l'on a de ce que constitue le droit. Une appréhension centriste mènera à étudier les lois et leur mise en œuvre, alors qu'une approche pluraliste permettra de révéler l'impact des lois de l'État sur la normativité interne au milieu de travail. Un dernier

³²⁹ Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programmes d'accès à l'égalité*, en ligne: <www.cdpdj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae>.

modèle théorique holistique prendra en compte des facteurs au-delà du juridique. Nous verrons ensuite, grâce à une étude de deux organismes publics ayant des PAÉ, l'intérêt de ces théories pour le développement de solutions futures.

A. Approches théoriques et limites des PAÉ

Une première façon de concevoir l'effet des PAÉ consiste à adopter une approche centrée où l'on ne regarde que le contenu des lois adoptées par l'État et leur mise en œuvre³³⁰. On constatera alors plusieurs problématiques qui contribuent à amenuiser leur efficacité. Si l'on étudie, par exemple, la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, nous constatons qu'elle contient peu de sanctions contraignantes³³¹. En effet, les seules sanctions sont pécuniaires et elles concernent le défaut de déposer son rapport, d'y inscrire les renseignements demandés ou d'y inscrire des données que l'employeur sait fausses³³². Les employeurs ne sont donc aucunement sanctionnés s'ils font défaut de respecter leurs objectifs de représentation. Le manque de volonté politique pour mettre cette Loi en œuvre, de même que le manque de ressources accordées à la Commission canadienne des droits de la personne pour assurer le suivi des rapports contribuent également à son inefficacité³³³.

Ces problèmes ont aussi été constatés au Québec en ce qui concerne la loi qui prévoit que certains organismes publics qui emploient plus de 100 personnes doivent mettre en place un

³³⁰ Roderick A Macdonald, « The legal mediation of social diversity » dans Alain-G Gagnon, Montserrat Guibernau & François Rocher, dir, *The conditions of diversity in multinational democracies*, Montreal, Institute for Research in Public Policy, 2003, 85 à la p 88.

³³¹ Carol Agócs, « Canada's employment equity legislation and policy, 1987-2000 » (2002) 23:3 Int J Manpow 256 à la p 269 [Agócs, « Canada's employment equity »].

³³² *Loi sur l'équité*, supra note 316, art 35(1).

³³³ Agócs, « Canada's employment equity », supra note 331 aux pp 270, 272

programme d'accès à l'égalité en emploi³³⁴. En effet, le manque de ressources de la Commission des droits de la personne pour traiter les rapports des organismes et les complexités administratives expliqueraient en partie son inefficacité³³⁵. Au Québec, les ministères et certains organismes gouvernementaux sont également assujettis à une obligation de mettre en place un PAÉ³³⁶. Or, la *Charte* prévoit que la CDPDJ n'a aucun pouvoir d'enquête, de surveillance ou de vérification sur ces programmes³³⁷.

Le petit nombre d'entreprises visées par les différentes lois explique aussi la difficulté à effectuer un réel changement organisationnel dans le secteur privé à travers le Canada. La Loi fédérale s'appliquant uniquement aux employeurs privés qui œuvrent dans des secteurs de juridictions fédérales, elle ne rejoint qu'environ 5% des employeurs canadiens³³⁸. De même, le programme québécois qui prévoit que les entreprises qui ont plus de 100 employés et qui soumissionnent pour un contrat ou obtiennent une subvention dont la valeur est de 100 000\$ ou plus doivent mettre en place un programme d'accès à l'égalité en emploi³³⁹ concerne un très petit nombre d'entreprises³⁴⁰.

Une autre façon d'appréhender les PAÉ, qui diffère des questions de mise en œuvre des lois, est de considérer qu'ils viennent bousculer la normativité interne des entreprises et organismes

³³⁴ *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics*, RLRQ c A-2.01 [*Loi sur l'accès à l'égalité*].

³³⁵ Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 46.

³³⁶ *Charte québécoise*, *supra* note 110, art 92; Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programme s'appliquant aux ministères et à certains organismes gouvernementaux*, en ligne: <www.cdpedj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae/Pages/ministeres.aspx>.

³³⁷ *Charte québécoise*, *supra* note 110, art 92(2); Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 46.

³³⁸ Burkett, *supra* note 317 à la p 294.

³³⁹ Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programme d'obligation contractuelle pour les entreprises privées*, en ligne: <www.cdpedj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae/Pages/obligation-contractuelle.aspx>.

³⁴⁰ Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 55.

publics. Les normes informelles sont effectivement omniprésentes dans la relation d'emploi³⁴¹ et il est essentiel de les prendre en compte pour comprendre l'impact que peut avoir une loi imposée par l'État. Contrairement à l'approche légaliste détaillée précédemment, on postulera alors l'existence d'un pluralisme juridique. Cela signifie que, dans un espace social, comme un milieu de travail, il existe plusieurs ordres juridiques ou plusieurs sources de droit³⁴².

Dans cette approche pluraliste, on peut d'abord considérer qu'il y a une constante interaction entre le droit positif et les normes informelles. Moore affirme qu'il existe des espaces sociaux semi-autonomes où une série de normes et de coutumes informelles se sont développées et que celles-ci se retrouvent à avoir plus d'influence sur les acteurs de cet espace que le droit étatique³⁴³. Elle explique que, lorsqu'un gouvernement adopte une loi dans le but de changer certaines pratiques dans l'espace social, l'absence d'efficacité de la loi peut souvent s'expliquer par le fait que les arrangements sociaux sont plus puissants que la loi³⁴⁴. Cette théorie explique donc comment le droit formel interagit avec les normes informelles de façon à créer des résultats différents que ceux qui étaient initialement prévus lors de l'adoption de la loi.

Par exemple, une étude menée par Edelman démontre le phénomène d'interaction normative au sein des organisations en regard des lois contre la discrimination. Son étude s'est déroulée aux États-Unis, mais nous estimons que les conclusions qu'elle en dégage peuvent s'appliquer à la situation du Canada, car les normes formelles qui sont analysées sont similaires. Cette investigation au cœur des comportements des organisations nous permet de comprendre

³⁴¹ C. Bird, *supra* note 207 aux pp 149–150.

³⁴² John Griffiths, « What is legal pluralism » (1986) 24 J Leg Plur 1 à la p 38.

³⁴³ Sally Falk Moore, « Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1972) 7 Law & Soc'y Rev 719 à la p 723.

³⁴⁴ *Ibid.*

comment les normes formelles qui ont pour objectif d'imposer aux employeurs de ne pas discriminer sont progressivement affaiblies par ces acteurs. Edelman soutient que les organisations en viendront, à long terme, à interpréter le droit formel d'une façon qui reflète plus leurs intérêts³⁴⁵. Elle explique ce phénomène par le fait que, comme les normes formelles sont très vagues et qu'elles mettent surtout l'emphase sur des solutions procédurales, les employeurs auront tendance à adopter des structures symboliques pour démontrer qu'ils se conforment à la loi, alors qu'en réalité ces dernières sont souvent peu effectives³⁴⁶.

L'étude d'Edelman a démontré que les structures que les employeurs mettent en place pour démontrer qu'ils se conforment au droit étatique ont parfois l'effet inattendu d'influencer, à long terme, le contenu du droit formel. Ainsi, les employeurs vont adopter des processus de règlement des plaintes en discrimination ou en harcèlement à l'interne³⁴⁷ et des politiques antidiscriminatoires³⁴⁸ pour respecter les obligations que l'État leur impose. En résolvant ces différends, les gestionnaires en viendront à redéfinir quel type de situation peut mener à une plainte, comment le droit s'y applique et comment il doit être résolu³⁴⁹. À titre illustratif, un problème de discrimination pourrait être interprété comme un de difficultés interpersonnelles, évacuant ainsi l'aspect du droit à l'égalité de l'employé³⁵⁰. Puis, tout cela viendra influencer la

³⁴⁵ Lauren B Edelman, « Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law » dans Lauren B Edelman & Mark C Suchman, dir, *The Legal Lives of Private Organizations*, International library of essays in law and society, Aldershot, Ashgate, 2007, 128 à la p 130.

³⁴⁶ *Ibid* à la p 138.

³⁴⁷ Lauren B Edelman, « Law at Work: The Endogenous Construction of Civil Rights » dans Laura Beth Nielsen & Robert L Nelson, dir, *Handbook of Employment Discrimination Research*, Dordrecht (Pays-Bas), Springer, 2005, 337 à la p 343 [Edelman, « Law at Work »].

³⁴⁸ *Ibid* à la p 345.

³⁴⁹ *Ibid* à la p 346.

³⁵⁰ *Ibid*.

conscience légale des employés et comment ils conçoivent et interprètent le droit³⁵¹ de sorte que « events that might otherwise seem problematic may be viewed as normal, proper, and fair »³⁵².

Edelman ajoute que cette conception du droit se trouve finalement à réintégrer le droit formel. En effet, lorsqu'un litige se rend devant les tribunaux, elle constate que les employeurs vont souvent se défendre en disant qu'ils ont mis en place des processus et des politiques pour assurer le droit à l'égalité de leurs employés et que les juges accepteront ces affirmations sans chercher à voir si ceux-ci respectent véritablement les lois formelles³⁵³. La conséquence qui découle de ce phénomène, c'est que l'objectif initial de la loi étatique ne sera pas réalisé, puisque les acteurs de l'espace social semi-autonome auront interprété leurs obligations de façon à minimiser leur impact sur les arrangements sociaux déjà en place.

L'interaction entre les lois qui prévoient des PAÉ et les normes informelles des organisations peut également se faire par l'entremise du discours. Cette conception, mise de l'avant par Santos, nous mène à étudier les façons dont les ordres juridiques interagissent par l'emprunt de concepts qui peuvent avoir une signification tout autre lorsqu'utilisés dans un autre contexte. Santos donne l'exemple d'un mot qui a un sens juridique précis dans le système de droit étatique, mais qui signifie tout son contraire dans le droit de Pasargada au Brésil³⁵⁴. Le même mot est utilisé, mais sa signification a été adaptée au système de droit de Pasargada, où l'on utilise un langage familier, où les gens se représentent eux-mêmes et où les conflits se règlent surtout par la médiation et l'équité.

³⁵¹ *Ibid* à la p 348.

³⁵² *Ibid* à la p 349.

³⁵³ *Ibid* à la p 350.

³⁵⁴ Boaventura De Sousa Santos, « The law of the oppressed : The construction and reproduction of legality in Pasargada » (1977) 12 Law Soc Rev 5 à la p 52.

Cette transformation de la signification d'un terme qui s'opère lorsqu'adapté à un contexte différent peut s'observer à travers le concept de « diversité ». Celui-ci est omniprésent dans les PAÉ, puisque le but est d'amener les employeurs à diversifier leur main d'œuvre. Dans le langage du droit et sur la base des objectifs d'égalité et de réparation des torts historiques, ce concept signifie qu'ils doivent s'assurer d'embaucher des individus de tous les groupes protégés par les lois anti-discrimination³⁵⁵. Or, lorsqu'intégrés dans un système normatif où on valorise la productivité, les objectifs de la diversité seront changés. Les employeurs et les acteurs de la sphère du *management* y verront un moyen de diversifier leurs marchés, d'améliorer leur performance financière ou encore de favoriser l'innovation³⁵⁶. La conséquence, lorsqu'on s'éloigne des objectifs premiers de l'idéal d'une main d'œuvre diversifiée dans un milieu de travail, c'est que la signification du concept sera transformée. En effet, Edelman a observé que le concept de diversité englobe, pour les employeurs, beaucoup plus que les catégories de personnes protégées par le droit et s'étend, entre autres, à la diversité des façons de travailler, des façons de communiquer et aux différents parcours académiques³⁵⁷.

La conception élargie de la diversité mise de l'avant par les acteurs organisationnels, qui va au-delà des catégories créées par le droit, se retrouve aussi à réintégrer le droit formel. Par exemple, dans des cas de sélection de jurys, Edelman a relevé que les juges affirmaient parfois qu'il fallait un jury diversifié, entre autres en termes d'attitudes, dans le but d'avoir un « meilleur » jury³⁵⁸. Le sens donné au concept de diversité englobe dans ce cas-ci beaucoup plus

³⁵⁵ Lauren B Edelman, Sally Riggs Fuller & Iona Mara-Drita, « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law » (2001) 106:6 Am J Sociol 1589 à la p 1616.

³⁵⁶ Wendy Cukier, Suzanne Gagnon et Erin Roach. *DiversitéEnTête - Les femmes et les minorités visibles occupant des postes de leadership: Profil du Montréal métropolitain*, Montréal, Institut de la diversité de l'Université Ryerson et Faculté de gestion Desautels de l'Université McGill, 2013 à la p 2.

³⁵⁷ Edelman, Fuller & Mara-Drita, *supra* note 355 à la p 1616.

³⁵⁸ *Ibid* à la p 1627.

que les seules catégories de personnes protégées par le droit. De plus, l'idée que la diversité soit *utile* ressemble beaucoup à l'argument voulant qu'une main d'œuvre diversifiée aide l'entreprise à être plus productive et efficace. Dans les deux cas, la diversité n'est plus valorisée pour des considérations morales d'égalité mais pour la plus-value qu'elle pourrait apporter. Les considérations managériales du droit informel mises en place par les entreprises se retrouvent donc incorporées une fois de plus dans le droit formel³⁵⁹. C'est ce qu'Edelman appelle l'endogénéité du droit³⁶⁰.

La difficulté des lois étatiques à changer la culture organisationnelle des entreprises peut donc s'expliquer à la fois par le fait que le droit informel a plus d'influence que le droit étatique dans chacun des espaces sociaux semi-autonomes que sont les différentes entreprises et par l'interprétation différente que les employeurs font des concepts sur lesquels se fondent les PAÉ. Dans les deux cas, on constate que le droit informel réussit à pénétrer le droit formel en y intégrant des considérations et des valeurs propres aux entreprises. D'une façon plutôt insidieuse, le rapport de pouvoir entre les employeurs et les travailleurs se trouve reproduit et renforcé par le droit, désavantageant encore une fois les seconds.

Enfin, une dernière façon d'appréhender l'impact des PAÉ sur la culture des organisations que nous souhaitons examiner est celle de l'auteur Charest. Ce dernier a développé un modèle qui allie des forces coercitives, comme le droit positif, normatives, qui font référence au comportement qu'il est requis d'adopter et cognitives, qui incluent entre autres les stéréotypes³⁶¹.

³⁵⁹ Edelman, « Law at Work », *supra* note 347 à la p 350.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Éric Charest, « Mise en œuvre des obligations d'accès à l'égalité : un processus de managérialisation du cadre juridique pour combattre la discrimination en milieu de travail » dans Sébastien Arcand & Annick Germain, dir,

Son approche théorique aide à mieux représenter la différence que certains acteurs peuvent faire dans le changement organisationnel. Contrairement aux analyses expliquées précédemment, dans son modèle, les obligations juridiques ne sont qu'un facteur parmi d'autres et ce ne sont pas elles qui influencent significativement la conformité aux PAÉ. Cependant, il note que les entreprises assujetties à la Loi fédérale avaient un plus haut taux de succès par rapport aux objectifs des PAÉ étant donné qu'elle était perçue comme étant plus contraignante que la Loi québécoise³⁶². Dans son modèle, les sanctions juridiques font partie des forces exogènes coercitives, ce qui signifie qu'elles sont extérieures à l'entreprise. Parmi les autres forces exogènes, il y a celles normatives, qui sont la relation que l'entreprise entretient avec des organismes comme la CDPDJ ou des organisations non gouvernementales, et celles cognitives, qui font référence aux stéréotypes présents dans la société³⁶³.

Son étude lui a permis de constater que les forces endogènes, qui font référence à l'environnement interne de l'entreprise, avaient un effet plus significatif que celles exogènes³⁶⁴. Dans les forces endogènes coercitives, il a découvert que « [l']imputabilité des gestionnaires »³⁶⁵ avait le plus d'influence sur le changement organisationnel. Par exemple, lorsque les employés ont l'obligation de présenter des rapports aux hauts gestionnaires de l'entreprise, ils ressentent une véritable pression de faire évoluer l'atteinte des objectifs des PAÉ³⁶⁶. Dans le même ordre d'idée, lorsque la haute direction est réellement engagée dans le succès du PAÉ et que les

Travailler et cohabiter: l'immigration au-delà de l'intégration, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015, 91 à la p 100 [Charest, « Mise en œuvre des obligations »].

³⁶² *Ibid* à la p 105.

³⁶³ Éric Charest, *Programme d'accès à l'égalité : réactions managériales au cadre légal québécois pour combattre la discrimination*, Thèse de doctorat en relations industrielles, Université de Montréal, 2012 [non publiée] aux pp 309 et 311 [Charest, *Réactions managériales*].

³⁶⁴ *Ibid* à la p 324.

³⁶⁵ Charest, « Mise en œuvre des obligations », *supra* note 361 à la p 107.

³⁶⁶ *Ibid* à la p 108.

ressources allouées sont suffisantes pour y arriver, l'entreprise a alors plus de chances d'atteindre ses objectifs³⁶⁷. Enfin, la perception des avantages de la diversité au sein de l'entreprise et de ce que constitue la discrimination auront également un effet important³⁶⁸.

En résumé, la façon dont les lois prévoyant des PAÉ réussiront à changer la culture organisationnelle des employeurs canadiens peut s'appréhender de différentes façons, selon la perspective théorique que l'on adopte. Une approche centriste mènera les chercheurs à étudier le contenu des lois étatiques et la façon dont elles sont mises en œuvre par l'État. Une conception pluraliste des relations de travail permettra de voir l'effet de ces lois sur les normes informelles existant dans le milieu de travail. Celle-ci met aussi en lumière la façon dont les acteurs les plus puissants influencent le développement de normes informelles et comment ce rapport de pouvoir se trouve reproduit dans le droit formel³⁶⁹. Enfin, l'approche holistique de Charest nous invite à prendre en considération autant l'impact des normes étatiques qu'informelles et elle permet d'identifier quels individus, dans l'organisation, ont le plus d'influence en ce qui concerne l'établissement d'une culture organisationnelle inclusive.

B. Étude de cas : la Société de Transport de Montréal et la Sûreté du Québec

Afin de vérifier quels facteurs différencient véritablement les organisations qui respectent les objectifs de leur PAÉ et celles qui ont plus de difficulté, nous avons étudié deux employeurs soumis à la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* qui ont des

³⁶⁷ *Ibid* aux pp 108–109.

³⁶⁸ *Ibid* à la p 111.

³⁶⁹ À ce sujet, voir Peter Fitzpatrick, « Law and Societies » (1984) 22:1 Osgoode Hall LJ 115.

résultats fort différents en qui ce concerne le succès de leur programme d'accès à l'égalité, soit la Société de Transport de Montréal (STM) et la Sûreté du Québec (SQ).

D'abord, la STM a une réputation d'excellence en matière d'équité en emploi³⁷⁰. Elle a implanté un programme d'accès à l'égalité de façon volontaire dès 1987 et celui-ci est devenu obligatoire lors de l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics* quatorze années plus tard³⁷¹. Elle était donc l'une des premières entreprises à adopter un PAÉ au Québec, ce qui démontre déjà l'engagement des dirigeants envers la diversité³⁷². Cet historique d'attention accordée à l'égalité en emploi leur a permis de hausser significativement la représentation des membres de groupes visés par la Loi de 1987 à 2012³⁷³. En 2015, les minorités ethniques et visibles composaient 22,5% de la main d'œuvre de la STM³⁷⁴. Pour atteindre ces résultats, la STM a mis en place une série de mesures originales. Par exemple, afin d'augmenter le nombre de femmes dans les postes de chauffeuses d'autobus, la STM a mis sur pied un système de financement des permis de conduire pour les femmes³⁷⁵. Respectant totalement l'esprit des PAÉ, la STM a ainsi identifié une mesure en apparence neutre qui causait en réalité une discrimination systémique envers les femmes et elle y a remédié.

D'autres mesures plus communes ont également été mises sur pied au fil du temps. La STM a formé ses employés à la diversité, elle a créé des programmes de mentorat pour encourager les groupes visés à acquérir des postes de gestionnaires et elle a organisé des forums sur la diversité

³⁷⁰ Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 104.

³⁷¹ *Ibid* à la p 142.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid* à la p 143.

³⁷⁴ Société de Transport de Montréal, *Plan stratégique 2020*, 2012 en ligne : <www.stm.info/sites/default/files/plan_strategique2020.pdf> à la p 74.

³⁷⁵ Chicha & Charest, *supra* note 320 à la p 146.

afin d'encourager les autres entreprises à suivre son exemple³⁷⁶. La STM mise beaucoup sur l'élargissement de son bassin de recrutement afin de rencontrer ses cibles, par exemple en rencontrant des organismes de femmes ou de minorités visibles afin de présenter à ces individus les possibilités d'emplois³⁷⁷. Elle s'est également assurée que les descriptions de postes ne soient pas discriminatoires en axant principalement sur les compétences³⁷⁸.

Toutes ces mesures démontrent la volonté de l'organisation qui, même sans contrainte juridique, désire faire de l'égalité en emploi une priorité. Cela confirme donc le modèle de Charest qui affirme que ce sont les facteurs endogènes, donc la volonté interne à l'entreprise, qui sont susceptibles de créer un véritable changement. De plus, la STM a élaboré un profil de compétences des gestionnaires qui inclue des comportements associés à la gestion de la diversité³⁷⁹. L'imputabilité des gestionnaires, facteur primordial de succès identifié par Charest, est ainsi assurée. La STM a adopté une *Déclaration en matière de diversité et d'inclusion* en 2012 qui affirme le désir de mettre en place une « culture de valorisation de la diversité et de l'inclusion »³⁸⁰. On voit donc que la valeur de la diversité est véritablement ancrée dans la culture organisationnelle de la STM. De plus, la signature de la *Déclaration* par la haute direction de la STM démontre son engagement envers le succès du PAÉ³⁸¹. Cependant, la même *Déclaration* affirme vouloir « mettre en place des mécanismes permettant une gestion efficace et efficiente de sa diversité ». La STM est donc en accord avec l'importance de diversifier sa main

³⁷⁶ *Ibid* aux pp 147–148.

³⁷⁷ Entrevue de Diane Nobert, Conseillère corporative, DO et gestion du changement de la Division Diversité et développement organisationnel et d'une personne responsable de la dotation à la Société des Transports de Montréal (4 novembre 2015) [Entrevue STM].

³⁷⁸ *Ibid*.

³⁷⁹ *Ibid*.

³⁸⁰ Société de Transport de Montréal, *Déclaration en matière de diversité et d'inclusion*, 2012, en ligne : <www.stm.info/sites/default/files/declaration_-_diversite_et_inclusion.pdf>.

³⁸¹ Entrevue STM, *supra* note 377.

d'œuvre, mais cela doit tout de même respecter les objectifs de productivité et d'efficacité propres au monde des entreprises, confirmant par le fait même la théorie mise de l'avant par Santos précédemment.

Contrairement à la STM, la SQ fait piètre figure en ce qui concerne l'application de son PAÉ. La CDPDJ a publié récemment un rapport sectoriel dans lequel elle constatait que la SQ avait failli à ses objectifs de représentation de groupes visés³⁸². Par exemple, un maigre 1% de la main d'œuvre de la SQ est composée de minorités visibles, de minorités ethniques et d'Autochtones³⁸³. La CDPDJ a constaté que très peu de mesures avaient été mises en place depuis le dernier rapport³⁸⁴. Peu de gestionnaires sont formés à la diversité, ils n'ont aucune imputabilité et une seule personne est responsable de l'application du PAÉ³⁸⁵. Le rapport de la CDPDJ démontre que la volonté des dirigeants de la SQ à mettre en place une égalité dans l'emploi n'est aucunement présente, contrairement à ce que l'on a observé pour la STM. Pourtant, étant donné le rôle de la police dans la société, la SQ aurait particulièrement avantage à avoir une meilleure représentation des groupes visés. En effet, la CDPDJ souligne que la présence plus grande, par exemple, de minorités visibles serait bénéfique pour les interventions de la SQ auprès de ces populations³⁸⁶.

La CDPDJ constate donc que la SQ a très peu progressé depuis son dernier rapport. La Loi prévoit qu'elle peut s'adresser au Tribunal des droits de la personne si un organisme ne se

³⁸² Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *L'accès à l'égalité en emploi: Rapport sectoriel sur les effectifs policiers de la Sûreté du Québec*, 2015 à la p 7.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid* à la p 48.

³⁸⁵ *Ibid* aux pp 47–48.

³⁸⁶ *Ibid* à la p 27.

conforme pas à ses recommandations³⁸⁷. Or, nulle part dans le rapport nous ne retrouvons une intention de la CDPDJ d'appliquer cette sanction, malgré le constat sévère qu'elle pose. Les auteurs de l'approche centriste ont donc partiellement raison lorsqu'ils affirment que l'inefficacité des PAÉ est due à l'absence de sanctions contraignantes. En effet, dans ce cas-ci, la CDPDJ disposait d'une sanction contraignante, mais jusqu'à présent, elle semble réticente à l'appliquer.

Une façon parmi d'autres d'expliquer ces résultats consiste à reconnaître la force de la culture organisationnelle de la SQ, ce qui signifie qu'il sera très ardu de la changer. Une culture marquée par la « loi du silence » et la solidarité entre confrères a déjà été largement constatée³⁸⁸. Cette culture semble particulièrement difficile à modifier, puisque même après de nombreux rapports et de nouvelles lois, très peu de progrès ont été constatés³⁸⁹. Suivant la théorie développée par Moore, étant donné que les lois étatiques ont donné peu de résultats, cela semble laisser croire que les normes informelles sont très puissantes à la SQ. On comprend ainsi mieux pourquoi une autre loi étatique, qui demande de surcroît énormément de changements à la culture organisationnelle, produit peu de résultats.

Cette brève étude de cas nous permet de confirmer que la seule approche centrée sur l'étude des lois étatiques n'est pas suffisante pour comprendre ce qui aide un organisme à atteindre les objectifs de son PAÉ. En effet, la STM a mis en place un PAÉ bien avant que celui-ci devienne obligatoire et le manque d'efforts de la SQ démontre qu'elle ne semble pas concernée par le fait

³⁸⁷ *Loi sur l'accès à l'égalité*, *supra* note 334, art 18.

³⁸⁸ Jacques Bourgault & James Iain Gow, « Le difficile contrôle des activités et comportements de la police : le cas de la Sûreté du Québec » (2002) 35:4 *Rev Can Sci Polit* 747 à la p 759.

³⁸⁹ Marc Alain, « Une mesure de la propension des policiers québécois à dénoncer des comportements dérogatoires, éléments de culture policière et cultures organisationnelles » (2004) 28:1 *Déviante Société* 3 à la p 8.

qu'elle a des obligations juridiques à respecter concernant la représentation des membres des groupes visés. L'approche du pluralisme juridique nous a aidé à comprendre en partie pourquoi le changement organisationnel semble difficile à la SQ. En effet, il semble y avoir des normes informelles très puissantes qui ralentissent la possibilité de changer les pratiques. La présence ou non d'une volonté de la part des dirigeants à instaurer une culture organisationnelle inclusive apparaît réellement significative, comme Charest l'a identifié. C'est cet élément qui est à la base du succès de la STM et c'est précisément ce qui semble manquer à la SQ. L'alliage des trois approches théoriques pour analyser les résultats fort divergents de deux organismes fait ressortir les éléments sur lesquels il paraît plus important de travailler, dans le futur, pour arriver à créer un réel changement organisationnel au Canada. Si le contenu des lois doit être pris en compte pour assurer que des sanctions contraignantes existent, la volonté des dirigeants des organisations et l'impact des normes informelles déjà en place doivent être au cœur des solutions.

Conclusion du quatrième chapitre

Alors que le gouvernement canadien a favorisé une solution qui allie intimement la sélection des immigrants à ce que les employeurs préfèrent comme caractéristiques de leur capital humain, nous argumentons pour qu'une plus grande part de la responsabilité de l'intégration des immigrants soit sur les épaules des employeurs. Au lieu que leurs désirs et préférences parfois discriminatoires déterminent qui sont les bons candidats à l'immigration, nous croyons que la lumière doit maintenant se tourner vers les actions que les employeurs peuvent prendre pour créer une culture organisationnelle plus inclusive. Les programmes d'accès à l'égalité ont justement été créés dans ce but. Différentes approches théoriques nous ont permis de comprendre

l'impact des PAÉ sur les milieux de travail et, du même coup, les raisons pour lesquelles il semble y avoir peu de changement jusqu'à présent. Nous avons démontré que la perception que l'on se fait du problème influencera les explications qu'on y donne. Dans la perspective centriste, on n'étudie que les lois étatiques et leur mise en œuvre, alors que celle du pluralisme juridique permet de constater l'interaction des normes étatiques et informelles. Un dernier modèle est venu ajouter l'impact des motivations psychologiques des différents acteurs, permettant ainsi d'identifier lesquels ont le plus d'influence dans le changement organisationnel. Nous avons enfin concrétisé ces théories dans l'étude de cas de deux entreprises dont les PAÉ ont donné des résultats fort divergents jusqu'à présent et cela nous a permis d'évaluer les facteurs qui sont significatifs dans l'établissement d'un changement de la culture organisationnelle.

CONCLUSION

L'histoire de Mohammed, que nous avons racontée en introduction, est représentative de l'expérience vécue par plusieurs immigrants qualifiés au Canada. Malgré son diplôme universitaire acquis au Maroc, il a décidé de refaire une partie de son éducation ici, dans le but d'obtenir le « sceau » canadien si précieux sur le marché du travail. En dépit de cela et de sa longue expérience de travail dans son domaine au Maroc, il n'a pas réussi à obtenir un emploi. Comme plusieurs personnes dans sa situation, les employeurs chez lesquels il a postulé considéraient probablement qu'il ne possédait pas suffisamment de compétences et de qualités proprement « canadiennes » pour qu'il constitue un bon candidat. Les exigences irréalistes et discriminatoires de certains employeurs l'auront empêché de se trouver un emploi convenable. De surcroît, cela a nui à sa possibilité d'acquérir une qualité de vie digne et de participer à la société canadienne.

Après avoir subi autant de refus, Mohammed pourrait être tenté de faire une plainte à un organisme ou à un tribunal chargé de faire respecter le droit à l'égalité. Or, il se heurtera, entre autres, à la difficulté de prouver qu'il a vécu de la discrimination dans l'embauche. Il serait chanceux s'il pouvait faire la preuve d'expressions racistes ou s'il avait accumulé suffisamment d'éléments pour réussir à faire une preuve circonstancielle. Mais si, comme il raconte, il n'a reçu que des messages automatiques de refus d'embauche, cela ne sera pas si aisé. De plus, si le décideur devant lequel il se présente suit la conception du dernier jugement de la Cour suprême du Canada selon laquelle il doit faire la preuve du lien entre le motif interdit et la décision, et non entre le motif et les effets de la décision, sa preuve sera encore plus difficile. Face à toutes ces

limitations, Mohammed pourrait bien décider de ne pas porter plainte. Ou s'il le fait, ses chances de gagner seront minces.

Malgré la tendance à considérer que ce sont les immigrants qui ne possèdent pas les compétences appropriées, Mohammed pourrait tout de même commencer à croire que les employeurs devraient changer leur culture organisationnelle, afin qu'ils réussissent à reconnaître la valeur des compétences acquises à l'étranger et que la situation qu'il a vécue ne survienne plus dans le futur. Or, les outils juridiques développés pour réaliser ce changement se heurtent eux aussi à des limitations. La façon dont les programmes d'accès à l'égalité seront implantés dans les milieux de travail dépendra entre autres de la volonté des dirigeants. Lorsqu'ils seront mis en place, leur pouvoir de changement risque d'être affaibli par les valeurs de productivité et d'efficacité qui dominent ce type de milieu.

Cette réalité fait ressortir les inégalités structurelles présentes sur le marché du travail, mais aussi dans le droit étatique. La relation d'emploi est déjà caractérisée par la subordination de l'employé à son employeur. Or, plusieurs situations à la source de la problématique vécue par les immigrants qualifiés accentuent ce rapport de pouvoir. Des exigences ayant des conséquences importantes sur les immigrants sont imposées par certains employeurs. L'interprétation que ces derniers font de certains concepts fondamentaux du droit à l'égalité transforme leur sens de façon à mieux représenter leurs intérêts, puis celui-ci réintègre souvent le droit étatique. La prise de conscience de ces inégalités devrait influencer de futures études sur la problématique de l'intégration des immigrants qualifiés au marché du travail, mais aussi la recherche de solutions.

Notre étude a permis d'exposer plusieurs problématiques et d'initier des questionnements qui seront utiles dans de futures recherches. Plusieurs limitations du droit formel à l'égalité, que l'on parle du système de plaintes ou des PAÉ, ont été exposées grâce à l'étude du cas spécifique des immigrants qualifiés. Ces problématiques sont utiles à prendre en compte dans toutes futures études sur les problématiques de la discrimination, particulièrement à l'embauche, concernant l'ensemble des motifs interdits. Les objectifs du Canada dans l'accueil des immigrants qualifiés devraient également être remis en question. Il faut certainement s'assurer qu'il y a de réelles possibilités d'emplois pour les personnes qui immigreront ici, mais si l'on croit profondément que les immigrants ont un rôle à jouer dans le développement du Canada, nous devrions tout mettre en œuvre pour qu'ils cessent de vivre de la discrimination et pour que les outils juridiques soient réellement efficaces pour l'endiguer.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12.

Code des droits de la personne, LRO 1990, c H.19.

Human Rights Code, RSBC 1996, c 210.

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

Loi sur l'accès à l'égalité en emploi dans des organismes publics, RLRQ c A-2.01.

Loi sur l'équité en matière d'emploi, LC 1995, c 44.

Règlement sur la pondération applicable à la sélection des ressortissants étrangers, RLRQ c I-0.2, r 2.

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

JURISPRUDENCE

Alliance de la capitale nationale sur les relations inter-raciales c Canada (Ministère de la santé et du bien-être social), 28 CHRR 179, 1997 CanLII 1433 (TCDP).

Basi c Cie des chemins de fer nationaux du Canada, 9 CHRR 5029, 1988 CanLII 108 (TCDP).

Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center) c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2013 QCCA 1650, [2013] RJQ 1541.

Brooks c Ministère des pêches et océans, 2004 TCDP 36, 51 CHRR 160.

Chan v Haverkamp, 2012 BCHRT 12, [2012] BCHRTD No 12.

Chang v Paladin Security Group Ltd, 2012 BCHRT 350, [2012] BCHRTD No.350.

Changtin c Montréal (Ville de), [1995] JTDPQ no 26, [1995] CanLII 2033 (QC TDP).

Chopra c Canada (Ministère de la santé nationale et du bien-être social), 40 CHRR 396, 2001 CanLII 8492.

Chopra c Santé Canada, 2008 TCDP 39, 65 CHRR 1.

Clarke Institute of Psychiatry v Ontario Nurses' Assn (Adusei Grievance), [2001] OLAA No 184, 95 LAC (4th) 154.

CN c Canada (Commission des droits de la personne), [1987] 1 RCS 1114, 8 CHRR 4210.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU, [1999] 3 RCS 3, 66 BCLR (3e) 253.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Bombardier inc (Bombardier Aerospace Training Center), 2010 QCTDP 16, [2011] RJQ 225.

Commission ontarienne des droits de la personne c Simpsons-Sears, [1985] 2 RCS 536, 23 DLR (4e) 321.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Systématix Technologies de l'information inc, 2010 QCTDP 18, [2011] RJQ 491.

Correia v York Catholic District School Board, 2011 HRTO 1733, [2011] OHRTD No 1747.

Folch c Lignes aériennes canadien international, 17 CHRR 261, 1992 CanLII 7197 (TCDP).

Grover v National Research Council Canada, 18 CHRR 1, 1992 CanLII 629 (TCDP).

Hadji c Montréal (Ville de), [1996] JTDPQ no 30, 1996 CanLII 31 (QCTDP).

Israeli c. Commission canadienne des droits de la personne et Commission de la fonction publique (1983), 4 CHRR 1616.

Kasongo c Financement agricole Canada, 2005 TCDP 24, [2005] DCDP No 12.

Khiamal c Canada (Commission des droits de la personne), 2009 CF 495, 75 CCEL (3e) 107.

Lincoln c Bay Ferries Ltd, [2002] CHRD No 5, [2002] CanLII 23559 (TCDP).

Moore c Colombie -Britannique (Éducation), 2012 CSC 61, [2012] 3 RCS 360.

Ontario (Director, Disability Support Program) v Tranchemontagne, 2010 ONCA 593, 324 DLR (4e) 87.

Premakumar c Air Canada, 42 CHRR 63, [2002] CanLII 23561 (TCDP).

Québec (Commission des droits de la personne) c Entreprises LD Skelling inc, 25 CHRR 46, 1994 CanLII 1791 (QC TDP)

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c Bombardier Inc (Bombardier Aéronautique Centre de formation), 2015 CSC 39, 387 DLR (4e) 195.

Radek v Henderson Development (Canada) Ltd, 2005 BCHRT 302, 52 CHRR 430.

Rafiq v Scotia Capital Inc (c.o.b ScotiaMcLeod), 2010 HRTO 697, [2010] OHR TD No 669.

Re Eastern Ontario Health Unit and AAHPO, [1996] OLAA No 898, 43 CLAS 282.

Saad v London Drugs Ltd, 2012 BCHRT 24, [2012] BCHRTD No 24.

Saha v Garda Inc, 2013 HRTO 2050, [2013] OHR TD No 2303.

Salem c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, 2008 TCDP 13, [2008] CHRD No 13.

Sangha c Office des terres et des eaux de la vallée du Mackenzie, 2006 TCDP 9, [2006] DCDP No 1.

Sangha v Mackenzie Valley Land and Water Board, 2007 FC 856, 26 [2007] CLLC para. 230-031.

Shakes v Rex Pak Ltd, [1981] CarswellOnt 3407 (Ontario Board of Inquiry).

Singh c Statistique Canada, 34 CHRR 203, 1998 CanLII 3996 (TCDP).

Sojourner c Conseil de la justice administrative, 2014 QCCS 5071, 84 Admin LR (5e) 161.

Tanisma c Montréal (Ville de), 2013 QCCS 2479, JE 2013-1110.

Thambipillai v Toronto District School Board, 2014 HRTO 1240, [2014] OHRTD No 1250.

Turner c Canada (Agence des services frontaliers), 2014 TCDP 10, [2014] DCDP No 10.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Agócs, Carol, Harish C Jain & Canadian Race Relations Foundation. *Systemic racism in employment in Canada: diagnosing systemic racism in organizational culture*, Toronto, Canadian Race Relations Foundation, 2001.

Becker, Gary S. *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*, 2e éd, New York, National Bureau of Economic Research, 1975.

Brière, Jean-Yves et al. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e ed, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

Chicha-Pontbriand, Marie-Thérèse. *Discrimination systémique: fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Études et documents de recherche sur les droits et libertés, Cowansville, Yvon Blais, 1989.

Hage, Ghassan. *White nation: fantasies of white supremacy in a multicultural society*, Annandale (NSW), Pluto Press, Comerford and Miller, 1998.

Hasmath, Reza. *The ethnic penalty: immigration, education, and the labour market*, Burlington (VT), Ashgate, 2012.

Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*, 2e éd, Montréal, LexisNexis, 2012.

Nohl, Arnd-Michael et al. *Work in transition: cultural capital and highly skilled migrants' passages into the labour market*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

Sheppard, Colleen. *Inclusive equality the relational dimensions of systemic discrimination in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2010.

Tardif, Geneviève, Jean Saint-Germain & Jean Fontaine. *Le petit Druide des synonymes et des antonymes: dictionnaire : 305 000 synonymes, 44 000 antonymes*, Montréal, Druide, 2011.

Vizkelely, Béatrice. *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987.

White, James Boyd. *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

Wittenbrink, Bernd & Norbert Schwarz. *Implicit measures of attitudes*, New York, Guilford Press, 2007.

Young, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*, Princeton (N.J), Princeton University Press, 1990.

DOCTRINE: ARTICLES

Agocs, Carol. « Canada's employment equity legislation and policy, 1987-2000 » (2002) 23:3 Int J Manpow 256.

Agócs, Carol. « Institutionalized Resistance to Organizational Change: Denial, Inaction and Repression » (1997) 16 J Bus Ethics 917.

Alain, Marc. « Une mesure de la propension des policiers québécois à dénoncer des comportements dérogatoires, éléments de culture policière et cultures organisationnelles » (2004) 28:1 Déviance Société 3.

Bauder, Harald. « 'Brain Abuse', or the Devaluation of Immigrant Labour in Canada » (2003) Antipode 699.

Bourgault, Jacques & James Iain Gow. « Le difficile contrôle des activités et comportements de la police : le cas de la Sûreté du Québec » (2002) 35:4 Rev Can Sci Polit 747.

- C Bird, Robert. « Employment as a Relational Contract » (2005) 8 U Pa J Lab & Emp L 149.
- Delgado, Richard. « Two Ways to Think About Race: Reflections on the Id, the Ego, and Other Reformist Theories of Equal Protection » (2000) 89 Geo LJ 2279.
- De Sousa Santos, Boaventura. « The law of the oppressed : The construction and reproduction of legality in Pasagarda » (1977) 12 Law Soc Rev 5.
- Edelman, Lauren B & Mark C Suchman. « The legal environments of organizations » (1997) 23 Annu Rev Sociol 479.
- Edelman, Lauren B, Sally Riggs Fuller & Iona Mara-Drita. « Diversity Rhetoric and the Managerialization of Law » (2001) 106:6 Am J Sociol 1589.
- Falk Moore, Sally. « Law and Social Change: the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study » (1972) 7 Law & Soc'y Rev 719.
- Fitzpatrick, Peter. « Law and Societies » (1984) 22:1 Osgoode Hall LJ 115.
- Griffths, John. « What is legal pluralism » (1986) 24 J Leg Plur 1.
- Hamilton Krieger, Linda. « The Content of Our Categories: A Cognitive Bias Approach to Discrimination and Equal Employment Opportunity » (1994) 47 Stan L Rev 1161.
- K Green, Tristin. « Work Culture and Discrimination » (2005) 93:3 Cal L Rev 623.
- Koshan, Jennifer. « Under the Influence: Discrimination under Human Rights Legislation and section 15 of the Charter » (2014) 3 Can J Hum Rts 115.
- Moss, Philip & Chris Tilly. « 'Soft Skills' and Race: An Investigation of Black Men's Employment Problems » (1996) 23:3 Work Occup 252.
- Oliphant, Benjamin. « *Prima Facie* Discrimination: Is *Tranchemontagne* Consistent with the Supreme Court of Canada's Human Rights Code Jurisprudence? » (2012) 9 JL & Equal 33.

- Onwuachi-Willig, Angela & Mario L Barnes. « By Any Other Name?: On Being ‘Regarded as’ Black, and Why Title VII Should Apply Even If Lakisha and Jamal Are White » (2005) 2005 Wis L Rev 1283.
- Phillips, Anne. « When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts » (2003) 66:4 Mod Law Rev 510.
- Proulx, Daniel. « Le droit à l’égalité: pierre angulaire de la Charte québécoise ? » (2015) Special Edition Rev Quebecoise de Droit Int’l 61.
- R Girard, Erik & Harald Bauder. « Assimilation and Exclusion of Foreign Trained Engineers in Canada: Inside a Professional Regulatory Organization » (2007) Antipode 35.
- R Lawrence III, Charles. « The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism » (1986) 39 Stan L Rev 317.
- Sakamoto, Izumi, Matthew Chin & Melina Young. « ‘Canadian Experience,’ Employment Challenges, and Skilled Immigrants A Close Look Through ‘Tacit Knowledge’ » (2010) 10:1 Can Soc Work 145.
- Sheppard, Colleen. « Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U. » (2001) 46 RD McGill 533.
- Sheppard, Colleen. « Visualiser l’évolution de la législation contre les discriminations et les inégalités et élargir la notion d’inégalité dans le droit international du travail » (2012) 151:1-2 Rev Int Trav 1.
- Shin, Patrick S. « Liability for Unconscious Discrimination - A Thought Experiment in the Theory of Employment Discrimination Law » (2010) 62 Hastings Law J 67.
- Sturm, Susan. « Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach » (2001) 101 Colum L Rev 458.

Tomaskovic-Devey, Donald & Kevin Stainback. « Discrimination and Desegregation: Equal Opportunity Progress in U.S. Private Sector Workplaces since the Civil Rights Act » (2007) 609 Ann Am Acad Pol Soc Sci 49.

W Carbado, Devon & Mitu Gulati. « Working Identity » (1999) 85 Cornell L Rev 1259.

W Vick, Douglas. « Interdisciplinarity and the Discipline of Law » (2004) 31:2 JL & Soc'y 163.

DOCTRINE : OUVRAGES COLLECTIFS

Agnew, Vijay. « Introduction » dans Vijay Agnew, dir, *Interrogating Race and Racism*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, 3.

Anand, Raj. « Real Change? Reflections on Employment Equity's Last Thirty Years » dans Carol Agócs, dir, *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, 51.

Bourdieu, Pierre. « The Forms of Capital » dans John G. Richardson, dir, *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*, New York, Greenwood Press, 1986, 241.

Burkett, Brian W. « Employment Equity: The Next Thirty Years » dans Carol Agócs, dir, *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, 284.

Charest, Éric. « Mise en œuvre des obligations d'accès à l'égalité : un processus de managérialisation du cadre juridique pour combattre la discrimination en milieu de travail » dans Sébastien Arcand & Annick Germain, dir, *Travailler et cohabiter: l'immigration au-delà de l'intégration*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2015, 91.

Edelman, Lauren B. « Law at Work: The Endogenous Construction of Civil Rights » dans Laura Beth Nielsen & Robert L Nelson, dir, *Handbook of Employment Discrimination Research*, Dordrecht (Pays-Bas), Springer, 2005, 337.

- Edelman, Lauren B. « Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law » dans Lauren B Edelman & Mark C Suchman, dir, *The Legal Lives of Private Organizations*, International library of essays in law and society, Aldershot, Ashgate, 2007, 128.
- Esses, Victoria M, Joerg Dietz & Arjun Bhardwaj. « The Role of Prejudice in the Discounting of Immigrant Skills » dans Ramaswami Mahalingam, dir, *Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah (N.J), Lawrence Erlbaum, 2006, 113.
- Gaertner, Samuel L et al. « Aversive Racism: Bias without Intention » dans Laura Beth Nielsen & Robert L Nelson, dir, *Handbook of Employment Discrimination Research: Rights and Realities*, Dordrecht (Pays-Bas), Springer, 2005, 377.
- Gertner, Judge Nancy & Melissa Hart. « Employment Law: Implicit Bias in Employment Litigation » dans Justin D Levinson & Robert J Smith, dir, *Implicit Racial Bias Across the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 80.
- Ledent, Jacques, Alain Bélanger & Guillaume Marois. « La surqualification des travailleurs salariés d'origine immigrée résidant sur l'île de Montréal » dans Mircea Vultur, dir, *La surqualification au Québec et au Canada*, Sociologie contemporaine, Québec, Presses de l'Université Laval, 2014, 97.
- Levinson, Justin D, Danielle M Young & Laurie A Rudman. « Implicit Racial Bias: A Social Science Overview » dans Justin D Levinson & Robert J Smith, dir, *Implicit Racial Bias Across the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 9.
- Macdonald, Roderick A. « The legal mediation of social diversity » dans Alain-G Gagnon, Montserrat Guibernau & François Rocher, dir, *The conditions of diversity in multinational democracies*, Montreal, Institute for Research in Public Policy, 2003, 85.
- Martin, Natasha. « New Narratives, Same Old Problems: The Risk of Diversity-Centred Workplace Decision-Making in a Post-Racial'' America » dans Carol Agócs, dir, *Employment equity in Canada: the legacy of the Abella report*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, 259.

Nahapiet, Janine. « A Social Perspective: Exploring the Links between Human Capital and Social Capital » dans Alan Burton-Jones & J-C Spender, dir, *The Oxford Handbook of Human Capital*, Oxford handbooks in business and management, Oxford, Oxford University Press, 2011, 71.

Trebilcock, Michael. « The Value and Limits of Law and Economics » dans Megan Richardson & Gillian Hadfield, dir, *The Second Wave of Law and Economics*, Leichhardt (NSW), Federation Press, 1999, 12.

DOCTRINE : DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Déterminer son admissibilité – Immigrants qualifiés (Entrée express)*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/immigrer/qualifie/demande-qui-express.asp>.

Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 2013 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents*, 2014, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2013/permanents/03.asp>.

Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Les critères d'entrée et le Système de classement global*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/entree-express/criteres-scg.asp>.

Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, *Système Entrée express*, en ligne: <www.cic.gc.ca/francais/ressources/publications/entree-express-presentation-immigrants.asp>.

Canada, Commission sur l'égalité en matière d'emploi, *Rapport de la Commission de l'égalité en matière d'emploi*, par Juge Rosalie Silberman Abella, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984.

Canada, Statistique Canada, *Which Human Capital Characteristics Best Predict the Earnings of Economic Immigrants?*, par Aneta Bonikowska, Feng Hou & Garnett Picot, Research Paper Series, Ottawa, Ministre de l'Industrie, 2015.

Canada, Tribunal canadien des droits de la personne, *Rapport annuel 2014: Assurer le règlement efficace des plaintes de discrimination pour les Canadiens*, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2014 aux pp 8,10.

Colombie-Britannique, Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique, *BC Human Rights Tribunal: Annual Report 2014-2015*, 2015.

Ontario, Commission ontarienne des droits de la personne, *Politique sur La suppression des obstacles liés à l'expérience canadienne*, 2013, en ligne: <www.ohrc.on.ca/fr/politique-sur-la-suppression-des-obstacles-liés-à-l'«-expérience-canadienne-»>.

Ontario, Social Justice Tribunals of Ontario, *2013 – 2014 Annual Report*, 2014.

Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *L'accès à l'égalité en emploi: Rapport sectoriel sur les effectifs policiers de la Sûreté du Québec*, 2015 à la p 7.

Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Mesurer la discrimination à l'embauche subie par les minorités racisées: résultats d'un « testing » mené dans le Grand Montréal*, par Paul Eid, 2012.

Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programmes d'accès à l'égalité*, en ligne: <www.cdpcj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae>.

Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programme d'obligation contractuelle pour les entreprises privées*, en ligne: <www.cdpcj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae/Pages/obligation-contractuelle.aspx>.

Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Programme s'appliquant aux ministères et à certains organismes gouvernementaux*, en ligne: <<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/pae/Pages/ministeres.aspx>>.

Québec, Direction générale de l'énoncé politique, Ministère de l'Immigration, de la Diversité et de l'Inclusion, *La reconnaissance des compétences des travailleurs immigrants qualifiés : une revue des tendances nationales et internationales pour mieux comprendre les politiques et les pratiques pour le Québec*, par Michel Lejeune, Amélie Bernier & Groupe de recherche Transpol TELUQ, 15 décembre 2014 à la p 9.

Québec, Immigration, Diversité et Inclusion, *Vérifier si votre métier ou votre profession est réglementé au Québec*, en ligne: <www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/travailler-quebec/professions-metiers/index.html>.

Québec, Tribunal des droits de la personne, *Bilan d'activités 2013-2014*, 2015.

DOCTRINE : RAPPORTS

Chicha, Marie-Thérèse & Centre Métropolis du Québec-Immigration et Métropoles. *Le mirage de l'égalité: les immigrées hautement qualifiées à Montréal*, Le Centre Métropolis du Québec - Immigration et métropoles (CMQ-IM), 2009.

Chicha, Marie-Thérèse & Éric Charest. *Le Québec et les programmes d'accès à l'égalité : Un rendez-vous manqué ?*, Centre d'études ethniques des universités montréalaises, 2013.

Cukier, Wendy, Suzanne Gagnon et Erin Roach. *DiversitéEnTête - Les femmes et les minorités visibles occupant des postes de leadership: Profil du Montréal métropolitain*, Montréal, Institut de la diversité de l'Université Ryerson et Faculté de gestion Desautels de l'Université McGill, 2013.

Giscombe, Katherine. *Career Advancement in Corporate Canada: A Focus on Visible Minorities ~ Workplace Fit and Stereotyping*, Catalyst, 2008.

Liu, Éric. *A Descriptive Study of Employers' Attitudes and Practices in Hiring Newcomer Job Seekers*, Toronto, CERIS - The Ontario Metropolis Centre, 2007.

Oreopoulos, Philip & Diane Dechief. *Why do Some Employers Prefer to Interview Matthew, but not Samir? New Evidence from Toronto, Montreal, and Vancouver*, Working Paper Series no 11-13, Vancouver, Metropolis British Columbia, 2011.

Oreopoulos, Philip. *Why Do Skilled Immigrants Struggle in the Labor Market? A Field Experiment with Six Thousand Resumes*, Vancouver, Metropolis British Columbia, 2009.

Portenseigne, Gilles et al. *Étude sur les motifs et attitudes des employeurs freinant l'embauche et l'intégration des minorités visibles au sein des entreprises québécoises*, Montréal, Alpa, Québec Multi-Plus, Emploi-Québec, 2002.

Sakamoto, Izumi, Daphne Jeyapal & Rupaleem Bhuyan. *An overview of discourses of skilled immigrants and "Canadian experience": An English-language print media analysis*, Working Paper Series no 98, Toronto, CERIS – The Ontario Metropolis Centre, 2013.

DOCTRINE : AUTRES

CED (en ligne), *Human Rights*, « Prohibitions of Discrimination on Para-racial Grounds » à la section 5.

Charest, Éric. *Programme d'accès à l'égalité : réactions managériales au cadre légal québécois pour combattre la discrimination*, Thèse de doctorat en relations industrielles, Université de Montréal, 2012 [non publiée].

Entrevue de Diane Nobert, Conseillère corporative, Développement organisationnel et gestion du changement de la Division Diversité et développement organisationnel et d'une personne responsable de la dotation de la Société de Transport de Montréal (4 novembre 2015).

Entrevue d'Émilie Martin-Sanchez, Conseillère à l'emploi au Club de recherche d'emploi Montréal Centre-Ville (CREMCV) (21 septembre 2015).

Entrevue de Haroun Bouazzi, Pascale Chanoux & Rachad Antonius, *Discrimination à l'embauche pour les immigrants* (5 octobre 2015) sur Ici Radio-Canada, en ligne : <ici.radio-canada.ca/emissions/medium_large/2015-2016/chronique.asp?idChronique=385316>.

Étude de cas de l'École d'été « Immigration, Intégration et Diversité sur le marché du travail » de la Chaire en relations ethniques et du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal, présentée le 4 juillet par Bob White et Danielle Gratton.

Frémont, Jacques. « The Quebec Charter of Rights & Freedoms at 40: éléments de perspective et de prospective », présenté à la Faculté de droit de McGill, 30 septembre 2015 [non publié].

Hébert-Dolbec, Anne-Frédérique. « Discrimination à l'emploi: plus de 100 CV, jamais convoqué », *Métro [de Montréal]* (24 février 2015), en ligne: <journalmetro.com/local/saint-laurent/actualites/726369/discrimination-a-lemploi-plus-de-100-cv-jamais-convoque>.

Project Implicit, « Take a test », 2011, en ligne: <implicit.harvard.edu/implicit/takeatest.html>.

Société de Transport de Montréal, *Plan stratégique 2020*, 2012, en ligne : <www.stm.info/sites/default/files/plan_strategique2020.pdf>

Société de Transport de Montréal. *Déclaration en matière de diversité et d'inclusion*, 2012, en ligne : <www.stm.info/sites/default/files/declaration_-_diversite_et_inclusion.pdf>.

