

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

Lucie Lamarche
Université du Québec à Montréal

En collaboration avec
Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et Rachel Chagnon

La recherche et la publication de la présente étude ont été financées par le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada. Les opinions exprimées sont celle de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement la politique officielle de Condition féminine Canada ou du gouvernement du Canada.

Février 2005

Condition féminine Canada se fait un devoir de veiller à ce que toutes les recherches menées grâce au Fonds de recherche en matière de politiques adhèrent à des principes méthodologiques, déontologiques et professionnels de haut niveau. Chaque rapport de recherche est examiné par des spécialistes du domaine visé à qui on demande, sous le couvert de l'anonymat, de formuler des commentaires sur les aspects suivants :

- l'exactitude, l'exhaustivité et l'actualité de l'information présentée;
- la mesure dans laquelle la méthodologie et les données recueillies appuient l'analyse et les recommandations;
- l'originalité du document par rapport au corpus existant sur le sujet et son utilité pour les organisations œuvrant pour la promotion de l'égalité, les groupes de défense des droits, les décisionnaires, les chercheuses ou chercheurs et d'autres publics cibles.

Condition féminine Canada remercie toutes les personnes qui participent à ce processus de révision par les pairs.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Lamarche, Lucie

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce [ressource électronique]

Publ. aussi en anglais sous le titre : Retaining employment equity measures in trade agreements.
Disponible aussi en version imprimée.

ISBN 0-662-78617-3

No de cat. SW21-117/2005F-PDF

1. Discrimination sexuelle dans l'emploi – Canada.
2. Canada – Accords commerciaux – Aspect social.
2. Femmes – Travail – Canada.
- I. Canada. Condition féminine Canada.
- II. Titre : Retaining employment equity measures in trade agreements.

HD6060.5C3L35 2005 331.13'3'0971 C2004-980360-3

Gestion de projet : Beck Dysart et Jo Anne de Lepper, Condition féminine Canada

Coordination de l'édition et de la traduction : Cathy Hallssey, Condition féminine Canada

Révision et mise en page : PMF Editorial Services Inc./PMF Services de rédaction inc.

Traduction : Lexi-Tech International

Pour d'autres renseignements, veuillez communiquer avec la :

Direction de la recherche

Condition féminine Canada

123, rue Slater, 10^e étage

Ottawa (Ontario) K1P 1H9

Téléphone : (613) 995-7835

Télécopieur : (613) 957-3359

ATME : (613) 996-1322

TABLE DES MATIÈRES

ACRONYMES	iv
PRÉFACE.....	vi
REMERCIEMENTS.....	vii
SOMMAIRE.....	viii
INTRODUCTION	1
La méthodologie de l'étude	5
Structure du rapport	5
PARTIE 1 : L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA : LES CORRECTIFS REQUIS SONT-ILS DES CORRECTIFS POSSIBLES?	7
1. L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES HAUTS, DES BAS... ET DES AMÉNAGEMENTS NÉCESSAIRES	10
L'histoire : les fondements juridiques et politiques de l'équité en emploi au Canada.....	10
Qui sont les entreprises soumises à la <i>Loi sur l'équité en emploi</i> ?	12
Le contrôle de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada : qui sont les acteurs? Quelles sont les obligations des entreprises?.....	13
Le nouveau cadre juridique et les pouvoirs de la CCDP en matière d'équité en emploi	15
Les résultats de la récente révision quinquennale de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i>	18
2. LE PROGRAMME DES CONTRATS FÉDÉRAUX.....	20
Qu'est-ce que le PCF?	20
Les marchés publics et la politique canadienne d'approvisionnement en biens et en services.....	24
3. CONCLUSION DE LA PARTIE 1	29
PARTIE 2 : LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA ET LES EXIGENCES DÉCOULANT DES ACCORDS DE COMMERCE : POUR LE MEILLEUR OU POUR LE PIRE?	30

4. LES ACCORDS DE COMMERCE RELATIFS AUX MARCHÉS PUBLICS ET LA SAUVEGARDE DES MESURES CANADIENNES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI	33
Les marchés publics de biens et de services et les considérations sociales	33
Examen des règles relatives à la libéralisation des marchés publics selon l'AMP et l'ALÉNA.....	38
Les marchés publics et les politiques canadiennes d'équité en emploi	41
Qu'avons-nous appris?.....	47
5. L'AGCS ET LES MESURES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA	50
L'AGCS : le commerce des services et les modes de livraison de ces services.....	51
Le fonctionnement de l'AGCS	52
La règle du jeu : l'interdiction de la discrimination commerciale et le bénéfice du traitement national	54
Les obligations de transparence et d'objectivité prévues par l'AGCS	56
Les limitations relatives à l'embauche et les engagements spécifiques	57
Qu'avons-nous appris?.....	58
6. LES DROITS DE L'INVESTISSEUR , LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA	61
L'investisseur et l'investissement	62
Les droits des investisseurs.....	63
La régulation des expropriations.....	65
L'« effet paralysant » du chapitre 11 de l'ALÉNA	66
Qu'avons-nous appris?.....	67
7. L'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS DE COMMERCE ET LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI.....	69
Le concept d'ordre public dans une perspective comparée	71
L'ordre public transnational ou réellement international.....	73
8. CONCLUSION DE LA PARTIE 2	76
PARTIE 3 : L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE SUR LA RÉGLEMENTATION CANADIENNE DESTINÉE À L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES CONCLUSIONS ET DES RECOMMANDATIONS TIRÉES DE L'ÉTUDE DE CAS.....	77
9. L'ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ET L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE : UN DOSSIER ÉMERGENT	77
ACS et développement	77
Les accords de commerce et l'ACS	78
Le Canada, l'ACS et les politiques nationales.....	80

10. L'ABSENCE DE MÉCANISMES DE CONSULTATION ET DE PRISE EN COMPTE DES IMPACTS DU COMMERCE SUR LES CANADIENNES	83
Le MAECI	83
Les grandes consultations	84
Les femmes et le commerce	85
11. QUELQUES RECOMMANDATIONS	87
12. DES PISTES EN VUE DE LA SAUVEGARDE DU MODÈLE CANADIEN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI À L'HEURE DES ACCORDS DE COMMERCE	90
Négocier et re-négocier le contenu des engagements commerciaux en tenant compte des régulations internes en matière d'équité en emploi	90
Le renforcement du Programme de contrats fédéraux	95
La révision de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i>	96
13. CONCLUSION	99
ANNEXES	
I : Le Classement des entreprises visées par la <i>Loi sur l'équité en matière d'emploi</i> par RHDCC	100
II : Les 12 étapes de la vérification par la CCDP de la conformité de la démarche d'adoption et d'implantation du plan d'équité en emploi	101
III : Le Rapport de vérification de la Banque de Hong Kong rédigé par CCDP	103
IV : L'examen de la <i>Loi sur l'équité en emploi</i> soumis aux exigences des accords de commerce : des questions	105
V : Règles relatives aux marchés publics du Canada	107
VI : Analyse comparative selon le sexe en huit étapes (Condition féminine Canada) ..	109
VII : Législation, jurisprudence, décisions et accords	110
BIBLIOGRAPHIE	115
NOTES	132

ACRONYMES

ACDI	Agence canadienne pour le développement international
ACI	Accord sur le commerce interieur
ACS	Analyse comparative entre les sexes
AGCS	Accord général sur le commerce des services
AGGI	Advisory Group on Gender Integration
AINC	Affaires indiennes et du Nord Canada
ALÉNA	Accord de libre-échange nord-américain
AMP	Accord sur les marchés publics
APEC	Coopération économique Asie-Pacifique
AWID	Association for pour les droits de la femme et le développement
BIT	Bureau international du travail
CCDP	Commission canadienne des droits de la personne
CESAP	Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique
CE	Commission européenne
CFC	Condition Féminine Canada
CJE	Cour de justice européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CPAECI	Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international
CPDRHCPH	Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées
CT	Conseil du Trésor du Canada
CVC	Conseils et Vérification Canada
DRHC	Développement des ressources humaines Canada, voir : RHDCC
ECOTECH	Economic and Technical Cooperation
ERTG	Ententes de revendications territoriales globales
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GCSCE	Groupe de consultations sectorielles sur le commerce extérieur
IDPM	Institute for Development Policy and Management
IDS	Institute of Development Studies
IWGGT	Informal Working Group on Gender and Trade (OMC)
LÉE	Loi sur l'équité en matière d'emploi
MAECI	Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international Canada
NPF	Nation la plus favorisée
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du Commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
PAC	Plan d'action collectif
PAI	Plan d'action individuel
PCF	Programmes de contrats fédéraux
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
RHDCC	Ressources humaines et Développement des compétences Canada, anciennement Développement des ressources humaines Canada (DRHC)

SAEA	Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones
SIA	Étude d'impact sur le développement durable
TPSGC	Travaux publics et Services gouvernementaux Canada
UNIFEM	Fonds de développement des Nations Unies pour la femme
WEDO	Organisation des Femmes pour l'Environnement et le Développement
WIDE	Network Women in Development Europe
WGTGP	Groupe de travail de la transparence des marchés publics
WPGR	Groupe de travail sur les règles de l'Accord général sur le commerce des services
ZLÉA	Zone de libre-échange des Amériques

PRÉFACE

Une bonne politique publique est fonction d'une bonne recherche en matière de politiques. C'est pour cette raison que Condition féminine Canada a établi le Fonds de recherche en matière de politiques en 1996. Il appuie la recherche indépendante en matière de politiques sur des enjeux liés au programme gouvernemental qui doivent faire l'objet d'une analyse comparative entre les sexes. L'objectif visé est de favoriser les débats publics sur les enjeux liés à l'égalité des sexes et de permettre aux personnes, groupes, responsables de l'élaboration des politiques et analystes des politiques de participer plus efficacement à l'élaboration des politiques.

La recherche peut porter sur des enjeux nouveaux et à long terme ou sur des questions urgentes et à court terme dont l'incidence sur chacun des sexes requiert une analyse. Le financement est accordé au moyen d'un processus d'appel de propositions ouvert et en régime de concurrence. Un comité externe, non gouvernemental, joue un rôle de premier plan dans la détermination des priorités de la recherche, le choix des propositions financées et l'évaluation du rapport final.

Le présent rapport de recherche fait suite à un appel de propositions lancé en août 2001, sous le thème « Les accords commerciaux et les femmes ». D'autres recherches financées par Condition féminine Canada sur le même thème examinent, par exemple : les répercussions des engagements commerciaux du Canada qui ont trait à la mobilité de la main-d'oeuvre; l'effet des accords commerciaux sur les soins de santé au Canada; les répercussions des accords de libre-échange sur les Canadiennes autochtones au plan social, économique, culturel et environnemental; la formulation de modèles canadiens devant permettre d'intégrer aux accords commerciaux des considérations liées à l'égalité entre les sexes; les répercussions des accords commerciaux sur les mesures proactives d'emploi qui visent les femmes dans le secteur privé canadien; ainsi que les effets des accords commerciaux sur les femmes handicapées.

Une liste complète des projets de recherche financés dans le cadre de cet appel de propositions se trouve à la fin du présent rapport.

Nous remercions les chercheuses et les chercheurs de leur apport au débat sur les politiques gouvernementales.

REMERCIEMENTS

Le Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada a subventionné cette étude. Nous tenons à remercier les personnes suivantes pour leur participation soutenue au projet : Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et M^e Rachel Chagnon. Nous tenons aussi à souligner la disponibilité de nos collègues, amis et amies du Centre Études Internationales et Mondialisation (CEIM) et du Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CEDIM), deux unités de recherche de l'UQAM qui sont regroupées sous le toit de la Faculté de science politique et de droit. Les centres de recherche universitaires n'échappent pas à la logique des rapports de sexes. La présente étude nous a permis de mettre en évidence, au sein de notre équipe de travail, le fait que le commerce, tout comme la mondialisation, ne produisent pas des effets indifférenciés selon le sexe. Nos collègues ont accepté de bonne grâce ce constant rappel. Nous souhaitons aussi mentionner la collaboration soutenue de la Commission canadienne des droits de la personne et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et les en remercions. Enfin, merci à Condition féminine Canada pour son constant support et sa compréhension tout au long des travaux.

Les renseignements contenus dans ce rapport de recherche sont à jour au 1^{er} juin 2004; les nombreux sites Web cités ont été vérifiés à la même date.

SOMMAIRE

Au Canada, les mesures d'équité en emploi sont définies et perçues comme constituant des mesures nécessaires à la promotion du droit à l'égalité au travail des Canadiennes et de trois autres groupes désignés par la Loi, soit les minorités visibles, les personnes handicapées et les Autochtones. Bien qu'on en ait entrepris la mise en oeuvre il y a maintenant près de 20 ans, les récentes évaluations de la *Loi sur l'équité en emploi* permettent d'affirmer que peu d'intervenants remettent sérieusement en question la pertinence de ces mesures. Il en va de même du Programme de contrats fédéraux (PCF). Ce dernier assortit certains contrats de marchés publics attribués à des fournisseurs canadiens ou à des fournisseurs établis au Canada de l'exigence de mettre en oeuvre de plans d'équité en emploi en entreprise. On constate en général que ces programmes doivent être améliorés afin d'atteindre les objectifs recherchés.

La récente et fulgurante évolution de la libéralisation des échanges commerciaux et des accords de commerce a donné lieu à une critique soutenue voulant que ces derniers portent atteinte à la capacité souveraine des États de réguler le social et l'intérêt public selon les valeurs propres à chaque pays. Le droit se mondialiserait, tout comme le commerce. Il est aussi démontré que la libéralisation des échanges commerciaux et l'ouverture des marchés de biens et de services à la concurrence internationale sont des phénomènes qui ne comportent pas que des bonnes nouvelles en ce qui concerne l'emploi des femmes et la qualité de leurs conditions de vie en général. Ainsi, la « mondialisation » reposerait lourdement sur le recours accru à l'exploitation de la main-d'oeuvre et du travail féminins, tant en ce qui a trait au travail visible qu'au travail invisible.

Au-delà des ces affirmations et de ces études, rares sont cependant les recherches qui ont pour objet l'examen particulier des effets des accords de commerce sur une mesure réglementaire spécifique destinée à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité. La présente étude de cas s'y est risquée sans préjugé ou *a priori*. Elle doit donc être appréciée pour ce qu'elle révèle, sans plus. Cependant, elle doit aussi être reçue comme constituant un apport méthodologique à la problématique des effets des accords de commerce sur la capacité des États d'intervenir dans les espaces sociaux nationaux.

Cette étude de cas ne s'intéresse qu'à un programme destiné entre autres aux femmes en emploi : le modèle fédéral de l'équité en emploi. Elle exclut le cas de l'équité salariale. Elle n'examine cette mesure que dans le cas du secteur privé soumis à la *Loi sur l'équité en emploi* ou encore dans celui des entreprises soumissionnaires de marchés publics octroyés par le gouvernement fédéral. L'étude pose donc la question de savoir si, dans le cas particulier de l'équité en emploi, l'on peut corroborer l'affirmation selon laquelle les engagements pris par le Canada en vertu de divers accords porteraient atteinte, à court ou à moyen terme, à la capacité de ce dernier de maintenir des mesures nationales destinées à la promotion de l'égalité en emploi des Canadiennes. Dans le but de répondre à cette question, l'étude se concentre, pour des raisons qui y sont expliquées, sur deux accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) signés par le Canada : l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les marchés publics (AMP); elle

porte aussi une attention particulière à l'Accord de libre-échange de l'Amérique du Nord (ALÉNA), et surtout au chapitre 11 de l'ALÉNA sur les investissements.

L'étude est divisée en trois parties. La première fait le point sur l'équité en emploi au Canada et sur le besoin objectif d'améliorer ce modèle. La deuxième partie de l'étude se concentre sur l'analyse de l'AGCS et de l'AMP, compte tenu de l'hypothèse suivante : ces accords empêchent-ils le Canada de bonifier les mesures d'équité en emploi? Des conclusions et recommandations, dont nous esquisserons brièvement les contours dans les lignes qui suivent, sont avancées en troisième partie.

Soulignons d'abord la principale conclusion de l'étude. Les accords de commerce examinés ne portent pas atteinte directement à la capacité du gouvernement fédéral canadien de maintenir, de bonifier ou d'amplifier la portée des mesures d'équité en emploi légiférées (entreprises directement soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*) ou non légiférées (programmes de contrats fédéraux). Au contraire, ces accords exigent du Canada une transparence et une rigueur jamais égalées dans la gestion de ces programmes, qui, dans leur état actuel, présentent des faiblesses en regard des normes qu'ils établissent. En effet, et ce dans la mesure où les entreprises concernées sont celles qui, bien qu'opérant au Canada, sont sous contrôle étranger, on peut prétendre que l'AGCS et l'AMP « font monter les enchères ». C'est donc indirectement que la surenchère de la transparence, au chapitre des mesures d'équité en emploi imposées aux entreprises qui opèrent au Canada, constitue un obstacle à la capacité du Canada d'agir en faveur de l'équité en emploi.

La question qui en découle est donc double : d'abord, jusqu'à quel point le modèle de l'équité en emploi, que l'on peut qualifier de modèle complexe d'égalité entre les sexes, peut-il dans sa gestion quotidienne faire face aux exigences découlant des accords de commerce, lesquels garantissent aux employeurs-investisseurs étrangers la prévisibilité quasi totale des conditions de commerce? Ensuite, il reste à savoir si le gouvernement est aussi prêt à faire face à ce nouveau défi posé à la réglementation nationale par les accords de commerce ou si plutôt, comme certains le prétendent, il en est incapable, étant frappé par l'immobilisme « politique » que lui dictent l'atmosphère et l'idéologie de la libéralisation des échanges?

Difficile à dire, car jusqu'à ce jour, le dossier se distingue par une absence quasi totale de dialogue entre les parties concernées. C'est pourquoi plusieurs de nos recommandations concernent au premier chef la question de l'analyse comparative selon les sexes des politiques commerciales ainsi que les conditions d'édification d'un dialogue utile entre les Canadiennes et l'État, en ce qui concerne le commerce international et les mécanismes nationaux destinés à la détermination des politiques commerciales du Canada. D'une part, l'étude de cas révèle un « quotidien du commerce international » qui exige des Canadiennes qu'elles s'initient aux exigences techniques de cette nouvelle réalité. D'autre part, elle révèle que l'obligation positive de l'État d'agir en vue de la promotion des droits de la personne et du droit des femmes à l'égalité signifie qu'il doit veiller à ce que le commerce international soit compris par les Canadiennes et évalué dans ses impacts en fonction des droits de ces dernières. C'est dans ce sillon qu'il convient aussi de revoir l'impact de la méthodologie

de l'analyse comparative selon les sexes en matière de commerce international. Car le commerce n'est pas une compétence gouvernementale comme une autre. Il s'agit d'une intervention transversale qui ne s'arrête pas à la porte d'un seul ministère ou organisme.

Nos conclusions et nos recommandations concernent aussi bien sûr le gouvernement fédéral lui-même. Il doit saisir toutes les occasions d'affirmer, dans les institutions du commerce international, la légitimité des mesures canadiennes d'équité en emploi, afin de les sauvegarder.

Enfin, nos recommandations embrassent la question des améliorations dont devront rapidement profiter les programmes légiférés et non légiférés d'équité en emploi au Canada. Jamais jusqu'à ce jour n'a-t-on envisagé cette question en fonction des nouveaux paramètres posés par les engagements commerciaux internationaux du Canada. Tout au plus s'est-on récemment attardé aux humeurs des entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*. Mais qui sont ces entreprises? Sont-elles totalement canadiennes? Ou, au contraire, sont-elles étrangères bien qu'établies au Canada? Sont-elles détentrices de droits particuliers vu leur position d'investisseurs au Canada? Quel effet un tel statut peut-il avoir sur les conditions de dialogue entre les institutions chargées de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada et ces entreprises? Tôt ou tard, il faudra faire le point entre la pertinence des modifications souhaitées aux mesures d'équité en emploi et la position des divers employeurs canadiens que le sujet concerne. Le gouvernement le souhaite-t-il? A-t-il le choix? Comment harmoniser d'une part, l'exigence d'équité en emploi, et d'autre part, les « droits » des entreprises étrangères embauchant au Canada? Nos recommandations sont destinées à combattre l'inertie présumée des décideurs dans ce domaine.

En terminant, qu'il nous soit permis un commentaire personnel issu de l'expérience de cette étude de cas. Il existe au Canada fort peu d'associations représentatives des femmes intéressées par la question « technique » des liens entre les accords de commerce que le Canada a ratifiés, les engagements pris à cet égard et l'intégrité des politiques nationales destinées à la promotion des droits des Canadiennes. Cette étude de cas ne porte pas de jugement sur la vaste question des impacts négatifs des accords de commerce sur les droits humains des femmes. Toutefois, nous croyons qu'elle démontre que les associations représentatives des Canadiennes doivent adapter leur analyse de ces politiques à de nouveaux paramètres induits des accords de commerce qui lient le Canada, d'une manière ou d'une autre. Pour ce faire, elles auront besoin de tout l'appui (éducation, sensibilisation, dialogue et analyse comparative selon le sexe) que doit leur consentir le gouvernement du Canada, dont c'est par ailleurs la responsabilité proactive en vertu de ses engagements pris en matière de droits de la personne sur la scène internationale.

INTRODUCTION

Le titre de ce rapport de recherche met en liaison, de manière empirique, deux domaines que la mondialisation tend à isoler l'un de l'autre : les droits de la personne et le commerce international. Certains prétendent que la multiplication des accords de commerce et l'institutionnalisation du commerce international, manifestations particulières mais non exclusives de la mondialisation, soumettent les droits de la personne au commerce. Les droits de la personne, et donc les droits des femmes et plus particulièrement le droit des femmes à l'égalité, seraient ainsi menacés par ces phénomènes. Cette crainte est illustrée par les nombreuses revendications qui exigent la primauté des droits humains sur les accords de commerce. Au nom encore une fois de cette crainte, le mouvement féministe dit souvent NON aux accords de commerce qui négligent de prendre en compte la dimension humaine du développement. Il sera aussi porté à dénoncer le modèle économique que sous-tendent de tels accords.

D'autres prétendent qu'à vrai dire, les risques de conflits entre les règles internationales du commerce et les droits humains sont assez limités et que les accords de commerce constituent un domaine spécialisé dont les règles sont destinées à régler au premier chef les conflits entre les marchands, et plus précisément encore, les conflits entre les États marchands. Ils ajoutent que les accords commerciaux bilatéraux, régionaux ou internationaux ne dictent pas la conduite des États en matière de droits de la personne et qu'advenant la violation des engagements que les États ont contractés en la matière, les instances internationales ou régionales appropriées se destinent à superviser et à sanctionner de telles conduites.

Ce débat est loin d'être vidé et il est important. Il pose la question de savoir si l'on peut tolérer que le droit du commerce international porte atteinte de quelque manière aux valeurs fondamentales de l'humanité, dont la dignité et l'égalité.

Sur cette toile de fond cependant, évoluent des femmes « situées ». Les femmes habitent un espace politique, économique et géographique dont on affirme qu'il est altéré négativement par les engagements commerciaux que contracte, souvent de manière peu démocratique, l'État dont elles sont ressortissantes.

Que cela peut-il signifier pour les Canadiennes qui travaillent ou qui souhaitent exercer un emploi? D'une part, elles sont bénéficiaires d'une norme constitutionnelle d'égalité (l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les nombreuses lois relatives aux droits de la personne que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont adoptées au fil des ans) que leur envient les femmes de plusieurs autres pays. D'autre part, elles sont victimes d'une reconfiguration de leur rapport au travail et à la pauvreté qui porte atteinte à leur droit à l'égalité. Le travail des femmes se fragmente et se précarise. On dit de plus en plus que les femmes sont « au service » de la mondialisation et qu'elles en paient le prix, malgré la croissance des volumes d'emploi féminins.

Souvent, les études socio-économiques portant sur les effets de la libéralisation du commerce au Canada se contentent d'analyser les variations en matière de volumes

d'emplois et de salaires. Les femmes ne constituent alors qu'une catégorie de « travailleurs ». Rarement, les études se concentrent-elles sur les effets spécifiques de cette libéralisation sur un mécanisme particulier destiné à promouvoir l'égalité des femmes au travail.

Cette pénurie d'études n'est pas réservée aux politiques du travail. En général, la réglementation étatique est rarement soumise à une analyse systématique des impacts des engagements commerciaux sur celle-ci. Il y a pourtant là matière à réflexion : les accords de commerce portent-ils atteinte à la capacité de l'État d'adopter et de mettre en oeuvre des politiques, des mécanismes et des normes destinés à la promotion d'un objectif social légitime?

Certains groupes de femmes n'ont pas encore récolté les fruits de la stratégie de l'équité en emploi : par exemple, les femmes pauvres, immigrantes ou peu scolarisées. Or ce sont ces mêmes femmes qui constituent la main-d'oeuvre captive du nouveau marché du travail. À l'heure où des femmes plus vulnérables devraient pouvoir compter sur les stratégies d'équité en emploi afin d'atteindre l'égalité, on est en droit de se demander si, au nom des règles prévues par les accords de commerce, on doit remettre en question la légitimité et la légalité de telles mesures.

Notre intérêt avéré pour les mesures d'équité en emploi tout comme notre expertise relative à l'historique et à la portée de la *Loi sur l'équité en emploi* nous ont incitée à reformuler la vaste question de savoir si « le commerce prime sur les droits humains ». La question empirique qui fait l'objet de la présente étude est donc la suivante : peut-on sauvegarder les mesures d'équité en emploi au Canada à l'heure des accords de commerce?

Cette recherche est à vrai dire une étude de cas pour laquelle nous n'avons trouvé aucun précédent. Elle se concentre sur une politique publique encadrée par la loi (l'équité en emploi) et par un programme (le programme fédéral de l'obligation contractuelle des soumissionnaires de marchés publics de mettre en oeuvre l'équité en emploi). Elle ne concerne que l'emploi des femmes dans le secteur privé (employeurs de plus de 100 employés). Elle n'examine que deux accords de commerce auquel le Canada est partie : l'Accord général de l'OMC sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) ainsi que les chapitres équivalents de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Ces choix découlent d'une certitude que nous avons acquise au fil de la recherche : la nécessité d'examiner au cas à cas la question de l'impact d'un ou de plusieurs accords de commerce sur une politique publique. Les conclusions de cette étude ne doivent donc pas être généralisées. Au contraire, elles sont destinées à convaincre du besoin de multiplier de telles études et de l'obligation du gouvernement de le faire.

Un mot s'impose relativement au choix des accords de commerce examinés. Nous aurions pu élargir l'assiette et procéder à un survol des principaux accords multilatéraux ou plurilatéraux de l'OMC, voire des chapitres équivalents de l'ALÉNA, sur les régulations essentielles à la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Un tel survol aurait répondu à un besoin d'éducation, mais non aux objectifs de l'étude. Ainsi, et à titre d'exemple, il aurait été intéressant de s'attarder à l'Accord sur les subventions et mesures

compensatoires de l'OMC. Cet accord concerne la capacité du gouvernement canadien de soutenir certains secteurs d'activités, et par effet, la main-d'oeuvre ou l'entrepreneuriat féminin. Toutefois, l'examen d'un tel accord ne répondait pas directement aux besoins de l'étude de cas. Par ailleurs, et comme dans toute autre étude, les choix effectués reposent toujours sur une part d'arbitraire et de réalisme. Nous avons préféré restreindre notre champ d'analyse et procéder en conséquence à un examen approfondi du sujet, espérant fournir ainsi une méthodologie que d'autres études pourront reproduire. Le concept clé gouvernant notre choix demeure le besoin de l'analyse en profondeur des effets d'un accord de commerce sur un ensemble réglementaire national particulier.

De cette étude de cas, nous avons tiré un certain nombre de leçons. Premièrement, il ne suffit pas d'affirmer que les accords de commerce n'empêchent pas le Canada d'adopter des lois et des programmes destinés à la promotion des « valeurs canadiennes » ou de l'intérêt des Canadiens et des Canadiennes. Les accords de commerce façonnent indirectement les politiques sociales canadiennes plus qu'ils ne les interdisent. Ainsi, dans le cas de l'équité en emploi, nos conclusions sont paradoxales : ce n'est pas moins de réglementation, mais bien plus de réglementation, qu'exigent les accords de commerce. En effet, les obligations de transparence et de prévisibilité des conditions de commerce imposées par ces accords exigent des pays développés un niveau de raffinement législatif qui met au défi certaines lois, tout comme leur administration, en matière de droits de la personne. Nous expliquerons pourquoi et comment.

Deuxièmement, les accords de commerce que le Canada a ratifiés n'expliquent qu'en partie et fort indirectement la « paralysie » du législateur devant une situation qui exigerait bien des redressements, comme c'est le cas en matière d'équité en emploi. Nous expliquerons, compte tenu des récentes évaluations auxquelles la *Loi sur l'équité en emploi* et le Programme de contrats fédéraux (PCF) ont été soumis, quels sont les redressements souhaitables et comment les entreprises les combattent subtilement.

Troisièmement, nous avons acquis la conviction qu'il existe un lien entre l'idéologie du laisser-faire commercial et l'immobilisme du législateur en matière d'équité en emploi. En apparence, les choses sont distinctes l'une de l'autre. Des logiques internes expliqueraient pourquoi la *Loi sur l'équité en emploi* ne sera pas bonifiée alors que cela constituerait la meilleure sauvegarde compte tenu des accords de commerce. En réalité, il semble évident qu'à l'heure de la libéralisation commerciale, le législateur est peu enclin à renforcer des mesures législatives qui assurent la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Le commerce gagnera-t-il par défaut? Cela signifierait que par immobilisme, les Canadiennes pourraient se voir à nouveau limitées à la possibilité fort inefficace, nous le savons, de déposer des plaintes de discrimination, qui rappelons-le, sont sans lien avec la *Loi sur l'équité en emploi*. Ce modèle, toutefois, serait-il le plus petit dénominateur universel indirectement imposé par les lois du commerce?

Enfin, cette étude nous a amenée à constater que face à la problématique du commerce, la méthodologie promue par Condition féminine Canada, et qui consiste à favoriser une analyse comparative selon les sexes des politiques et des programmes mis en oeuvre par le

gouvernement fédéral, n'est encore d'aucun secours. Nous verrons pourquoi et proposerons en ce sens quelques pistes et quelques recommandations.

Une étude de cas présente souvent le désavantage de revêtir des aspects fort techniques. Celle-ci n'échappe certainement pas à la règle. Nous nous en excusons. Cependant, ne faut-il pas reconnaître que cette inaccessibilité, qui est le propre des accords de commerce, contribue à la « victoire du marchand sur l'humain »?

En terminant, un mot sur les associations de femmes à qui les recherches commanditées par Condition féminine Canada sont entre autres destinées. Malgré nos efforts, ces associations (surtout au Québec) ont montré peu d'intérêt pour notre démarche. Le manque de disponibilité, mais surtout le manque de familiarité avec le sujet, explique largement cette attitude, selon nous. De plus, notre étude soulève pour ces associations une question fondamentale : faut-il réagir au phénomène des accords de commerce de l'extérieur (en les dénonçant) ou de l'intérieur (en les analysant)? Nous croyons que cette étude contribue à la discussion, souhaitable à cet égard : la vigilance que l'analyse des effets des accords de commerce sur les politiques publiques canadiennes exige des femmes et de leurs associations représentatives signifie que le gouvernement devra consentir un plus grand effort afin d'« éduquer les femmes au commerce ». La critique et l'opinion éclairée ne naissent pas spontanément. Le sujet est aride et en apparence, loin du quotidien des femmes, lequel se démarque par des conditions de plus en plus difficiles.

Cette difficulté particulière explique que nous ayons été dans l'impossibilité de soumettre à certaines associations représentatives de femmes les conclusions et les recommandations de cette étude de cas afin de les valider. C'était toutefois un engagement pris lors du dépôt de la proposition de recherche auprès de Condition féminine Canada et nous assumons entièrement la responsabilité relative à l'incapacité d'y donner suite. Nous aurions dû mieux évaluer *a priori* le besoin de formation des groupes de femmes canadiens et québécois en matière de commerce international. Faute de l'avoir fait, notre étude a suscité peu d'intérêt au moment où l'attention du mouvement féministe est plutôt tournée vers la recherche de liens de causalité directs entre l'appauvrissement des femmes, la précarisation de leurs conditions d'existence et les accords de commerce. On découvre petit à petit que ce lien est habituellement très difficile, voire impossible à établir. Notre étude, pour sa part, ne contemple pas les habituels indicateurs macro-économiques du commerce (volume d'emploi, salaire moyen, etc.), mais bien plutôt l'effet juridique des accords de commerce ratifiés par le Canada sur la capacité particulière du gouvernement de réguler dans des domaines essentiels à la promotion et à la protection du droit des femmes à l'égalité en emploi, dont l'équité. Par ailleurs, plusieurs des recommandations soumises concernent un ministère qui est étranger au mouvement féministe canadien et québécois, du moins dans sa composante commerciale : le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI)¹. À cet égard, le mouvement des femmes se trouve dans une position diamétralement opposée à celle du milieu des affaires, beaucoup plus familier avec ce ministère. Disons pour conclure que « l'effet Beijing » produit des effets sur de tels ministères à la vitesse de la tortue.

La méthodologie de l'étude

Cette recherche se fonde sur une méthodologie juridique classique. Elle s'approvisionne d'une part aux sources du droit commercial international, c'est-à-dire dans les textes et les interprétations judiciaires des accords de commerce que sont l'AGCS et l'AMP et, d'autre part, aux sources juridiques et administratives de l'équité en emploi (loi, règlements, manuels d'application, doctrine) au Canada. Les trois temps principaux de la recherche peuvent être décrits comme suit.

- *Les accords de commerce* : analyse des sources administratives (par les instances du commerce, dont l'OMC) et juridiques (le texte des accords : AGCS, GATT, ALÉNA, ZLÉA) et judiciaires (par les panels d'arbitrage de l'OMC ou de l'ALÉNA) productrices des *concepts* commerciaux susceptibles d'interagir avec la politique publique canadienne en matière d'équité en emploi : par exemple, parité, exigences non économiques, discrimination commerciale, sauvegarde, urgence, ordre public, harmonisation, transparence, exceptions générales et particulières.
- *L'équité en emploi* : synthèse des modes de mise en oeuvre de l'équité en emploi (équité salariale, équité en emploi, obligation contractuelle) dans le secteur privé au Canada : par exemple, quelles exigences découlent de la Loi? des instances chargées de la mise en oeuvre et de la vérification en entreprise? des manuels d'application technique et des directives? Quels sont les éléments de transparence, de prévisibilité pour les employeurs? Quelles sont les zones d'ombre?
- *Les stratégies de sauvegarde des mesures d'équité en emploi* : (1) par comparaison et analyse, identifier des libellés destinés aux textes des accords de commerce, identifier des argumentaires susceptibles d'attirer l'attention des négociateurs sur l'importance des mesures d'équité en emploi à titre de politiques publiques devant être sauvegardées des exigences des accords de commerce; (2) par analyse de la synthèse des mesures d'équité en emploi, proposer des améliorations aux procédures relatives à la mise en oeuvre des mesures d'équité en emploi au Canada afin de renforcer leur légitimité dans le cadre de la mise en oeuvre des accords de commerce et d'accroître leur transparence; (3) proposer aux groupes de femmes des lieux d'intervention utiles (les organes techniques du commerce, par exemple, ou encore l'exigence de consultation systématique par le MAECI afin de promouvoir le besoin d'assurer la sauvegarde des politiques d'équité en emploi au Canada.

Nous avons aussi contacté au besoin les interlocuteurs gouvernementaux concernés, et plus particulièrement, la Commission canadienne des droits de la personne, Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC) et le MAECI. Encore une fois, nous les remercions de leur disponibilité.

Structure du rapport

Ce rapport compte trois sections principales. La première section fait l'analyse du modèle législatif et non législatif (PCF) de l'équité en emploi au Canada en tenant compte des

récents bilans disponibles. Cette analyse est menée indépendamment de toute considération issue des accords de commerce (AGCS et AMP) afin de mettre en évidence la nature des correctifs qui devraient être apportés à la Loi et au PCF. Pour chaque composante de l'étude (la Loi et le PCF) des questions sont mises en évidence, lesquelles trouveront réponse dans les sections subséquentes. La deuxième section de l'étude est consacrée à l'analyse de l'AGCS et de l'AMP. Dans chaque cas, il s'agit d'examiner ces accords dans le but de déterminer (1) s'ils remettent en cause la *Loi sur l'équité en emploi* et le PCF et (2) s'ils exigent des modifications à cette Loi et au programme. C'est ainsi que nous répondrons aux questions soulevées dans la première section de l'étude. La troisième et dernière section propose entre autres une série de recommandations destinées à sauvegarder le modèle canadien de l'équité en emploi à l'heure des accords de commerce. Cependant, cette section s'attarde aussi à la question de savoir comment, de manière concrète, et selon quelles conditions, on peut développer au Canada une analyse comparative selon les sexes des effets des accords de commerce sur les politiques sociales publiques qui bénéficient aux Canadiennes.

PARTIE 1 : L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA : LES CORRECTIFS REQUIS SONT-ILS DES CORRECTIFS POSSIBLES?

La première section de cette étude entend jeter les bases de l'étude de cas. Comme nous l'avons vu en introduction, les politiques canadiennes de promotion de l'égalité en emploi des membres des groupes victimes de discrimination reposent entre autres sur deux stratégies significatives : l'équité en emploi et l'obligation contractuelle liée à l'attribution des contrats de marchés publics.

Dans le premier cas, il s'agit d'agir sur la distribution de la richesse-emploi au bénéfice des membres des groupes désignés. Bien que cette classification soit aujourd'hui remise en question, les groupes désignés sont constitués des femmes, des minorités visibles, des personnes handicapées et des Autochtones. Cette stratégie concerne toutes les entreprises oeuvrant et embauchant au Canada plus de 100 employés. Par extension, l'équité en emploi est devenue une condition d'octroi des marchés publics fédéraux lorsque les entreprises soumissionnaires s'avèrent être des entreprises embauchant au moins 100 employés au Canada et qui soumissionnent des contrats d'une valeur d'au moins 200 000 dollars. Ces entreprises peuvent être canadiennes, mais pas uniquement. En raison des exigences découlant de certains accords de commerce, les marchés publics sont de plus en plus attribués à des soumissionnaires étrangers qui, tant qu'ils embauchent au Canada, sont également soumis aux conditions d'octroi de ces marchés et donc aux objectifs de l'équité en emploi.

Alors qu'il est d'usage, à l'heure de la libéralisation mondiale du commerce, d'affirmer que ce dernier phénomène contribue à l'accroissement de la vulnérabilité économique des femmes, la stratégie de l'équité en emploi, consacrée par la *Loi sur l'équité en emploi* (ou LÉE) et le Programme des contrats fédéraux (PCF), a nettement bénéficié aux femmes et leur bénéficie encore. Malgré les imperfections de la LÉE, il est tout de même nécessaire de relever ses forces dans un contexte de mondialisation. À titre d'exemple, la main-d'oeuvre occasionnelle ou occupant des postes à temps partiel est prise en compte dans la détermination des objectifs recherchés par l'implantation des plans d'équité en emploi dans les entreprises, stratégie qui avantage les femmes même si elle n'est pas explicitement prévue par la Loi. La littérature nous a sensibilisé au rapport négatif existant entre le fait d'être une femme au travail et les caractéristiques autre que le sexe qui constituent des facteurs d'exclusion : la race, par exemple. À cet égard, la Loi est fort imparfaite, mais cela ne signifie pas que les travailleuses les plus vulnérables ne bénéficient pas de l'équité en emploi. Bref, tous s'entendent pour dire que l'équité en emploi est nécessaire afin que les femmes continuent de bénéficier équitablement du partage de la richesse-emploi au Canada.

Au chapitre des stratégies de promotion de l'emploi des groupes les plus vulnérables et du développement régional, les pratiques de Travaux Publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) doivent aussi être considérées. En effet, à la suite de la ratification par le Canada des accords de commerce de l'OMC, tout comme de l'ALÉNA, le gouvernement a révisé sa stratégie d'approvisionnement et fait de la promotion du développement régional et des entreprises minoritaires un objectif secondaire par rapport à un nouvel objectif central :

favoriser la concurrence et faire appel dans toute la mesure du possible au secteur privé. Néanmoins, un programme a été sauvegardé : celui de la promotion des entreprises autochtones. Indirectement, il s'agit d'un programme qui aurait pu avantager d'autres groupes minoritaires du milieu des affaires tout comme les entreprises appartenant à des femmes. Or, ce n'est pas le cas.

Le cas de la conformité des politiques et des législations nationales d'équité en emploi aux exigences des accords de commerce a été soulevé par certains pays dans le contexte des forums de l'OMC, et plus particulièrement au sein du Groupe de travail sur la transparence des marchés publics (WGTGP) et de celui des règles de l'Accord (AGCS) général sur le commerce des services (WPGR). Dans le cas du WGTGP, deux tendances se sont manifestées. L'une consiste à dire que l'exigence du respect de la mise en oeuvre de mesures d'équité en emploi imposées à un fournisseur-employeur par un État équivaut ni plus ni moins à d'autres exigences, par exemple en matière d'environnement ou de sécurité des travailleurs. En conséquence, de telles mesures pourraient faire l'objet de pré-requis à l'obtention du contrat et seraient légitimes (OMC, 1996). Plus récemment toutefois, certains États membres ont souligné que ces programmes constituaient peut-être des conditions additionnelles étrangères à celles objectivement requises (capacité technique et commerciales du fournisseur) aux fins de l'exécution d'un contrat de marché public (OMC, 2002). Certains membres ont aussi tenu à préciser au fil des travaux du Groupe de travail, leur position. Dans ce contexte, la Suisse, l'Australie et le Canada ont réitéré la légitimité de l'exigence faite aux sous-traitants de respecter l'égalité entre les hommes et les femmes, et plus particulièrement l'équité en emploi, dans le cas du Canada (OMC, 2002). Dans le contexte de l'autre Groupe de travail dédié à l'AGCS, la Nouvelle Zélande a été plus précise en mentionnant que les programmes spéciaux destinés aux femmes, aux enfants, aux handicapés et aux minorités concernent l'atteinte d'objectifs nationaux et donc légitimes (Nouvelle-Zélande, 1997). Quoi qu'il en soit, la question n'a pas été abordée de manière systématique et le WGTPG, réuni en 2002, a provisoirement conclu que la création d'une liste unique de pratiques admissibles dans le contexte de l'AMP était impossible à dresser (Nouvelle-Zélande, 1997). Dans tous les cas, nos recherches ont révélé que l'examen de la légitimité des mesures d'équité en emploi proactives, comme celles en vigueur au Canada, n'ont pas fait l'objet d'une attention soutenue de la part des groupes de travail de l'OMC. Du côté de l'ALÉNA, on constate le silence total. Enfin, faut-il ajouter l'absence éloquent de toute analyse ou considérations différenciées selon le sexe au fil de ces discussions.

Le cas des marchés publics est différent. Réserver des marchés aux entreprises minoritaires, au détriment du respect des règles de la concurrence, est une politique qui va à l'encontre du principe de la libre concurrence préconisé par les accords de commerce et notamment ceux relatifs aux marchés publics. C'est pourquoi le Canada, dans la foulée des États-Unis, a jugé opportun de joindre à la ratification de l'AMP une note générale² prévoyant, entre autres, que les petites entreprises et les entreprises minoritaires étaient exclues de l'application de l'Accord. Dans le cas du chapitre 10 de l'ALÉNA traitant de la libéralisation des marchés publics, ces mêmes « marchés » ont aussi été exclus. C'est de cette réserve que découle aujourd'hui la politique qui favorise les entreprises autochtones. Pourquoi ne pas avoir aussi réservé des marchés au profit d'entreprises détenues par d'autres groupes dits minoritaires, dont les femmes ou les personnes handicapées? Nous reviendrons sur cette question.

On pourrait se satisfaire de cet état de fait s'il n'y avait pas au Canada un urgent besoin d'une part, de rénover l'équité en emploi, et d'autre part, de gérer la grogne de certaines entreprises qui estiment que la lourdeur du processus d'implantation de l'équité en emploi ainsi que ses aspects imprévisibles portent atteinte à « leur droit de faire commerce ». Par ailleurs, on constate aussi qu'il faut explorer la capacité du gouvernement central d'accroître l'efficacité du recours aux marchés publics afin de promouvoir plus adéquatement le développement non seulement des entreprises autochtones, mais aussi peut-être des entreprises appartenant aux femmes.

Dans le cas des mesures et des stratégies d'équité en emploi, le besoin d'une telle révision a été révélé en 2002 à l'occasion du dépôt du Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH) de la Chambre des communes. Cependant, les travaux du Comité ne font aucunement allusion aux « nouvelles » limites que les accords de commerce pourraient imposer à cet égard. En effet, les engagements du Canada au chapitre des accords de commerce ne sauvegardent pas spécifiquement ces stratégies. Nous avons donc estimé qu'il était opportun de mener une étude de cas afin d'évaluer la marge de manoeuvre réelle du gouvernement et du Parlement fédéraux en vue de modifications possibles et certainement souhaitables au chapitre des stratégies d'équité en emploi au Canada.

La présente partie du rapport aborde la première partie de l'équation de manière technique et détaillée. Elle pose le problème en identifiant les éléments qu'il convient de prendre en compte afin de vérifier si et comment le Canada peut bonifier les stratégies d'équité en emploi et celles des marchés publics à l'avantage des Canadiennes. Cette analyse n'exclut pas la possibilité que d'un point de vue juridique, la souveraineté canadienne soit parfaitement intacte et que les accords de commerce pertinents ne posent aucune limite à son exercice à ce chapitre. Toutefois, elle n'exclut pas le contraire non plus.

La section est divisée en trois sous-sections : d'abord, l'analyse de la *Loi sur l'équité en emploi*; puis, celle de l'obligation contractuelle et du PCF; et, enfin, l'introduction à la problématique des marchés réservés et exclus de l'application des accords de commerce et de certaines autres règles d'attribution des marchés publics au bénéfice de populations plus vulnérables. Il s'agit des marchés publics réservés aux entreprises autochtones. Chaque développement est suivi d'un encadré résumant les enjeux et mettant en évidence les questions auxquelles la partie 2 tente de répondre en fonction des engagements du Canada en vertu de principalement trois accords de commerce, jugés particulièrement pertinents : les accords de l'OMC relatifs aux marchés publics et au commerce des services (AMP et AGCS) et l'ALÉNA (chapitres relatifs aux marchés publics (10) et aux investissements (11)).

1. L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES HAUTS, DES BAS... ET DES AMÉNAGEMENTS NÉCESSAIRES

La présente sous-section souhaite illustrer où en est le développement du modèle légiféré d'équité en emploi au Canada et pourquoi il serait grandement temps de renforcer les termes de la *Loi sur l'équité en emploi*. La Loi a été récemment soumise à la première révision quinquennale prévue. L'exercice a révélé cependant que les employeurs, et plus particulièrement les employeurs de moindre taille, ne sont pas sans lui reprocher sa complexité et son imprévisibilité à certains égards. Afin de mieux explorer dans la seconde partie de cette étude la mesure dans laquelle les « droits » des entreprises peuvent porter atteinte à la capacité du législateur de bonifier le modèle d'équité en emploi, il convient dans un premier temps de préciser ce qui pourrait faire l'objet d'une telle bonification. Les questions susceptibles d'entrer en conflit avec les termes des accords de commerce pertinents et pour lesquels le Canada a pris des engagements sont précisées à la fin de cette sous-section.

L'histoire : les fondements juridiques et politiques de l'équité en emploi au Canada

La Loi sur l'équité en matière d'emploi³ (ci-dessous LÉE ou Loi) a été adoptée en 1986 et modifiée en 1996. Selon les termes de l'article 2, elle a pour but de réaliser l'égalité en milieu de travail et, à cette fin, de corriger les désavantages subis par quatre groupes historiquement victimes de discrimination en emploi : les membres des minorités visibles, les femmes, les personnes handicapées et les Autochtones. La réalisation de l'égalité en milieu de travail signifie que nul ne doit se voir refuser d'avantages ou de chances en matière d'emploi pour des motifs étrangers à sa compétence. Plus récemment, des considérations liées aux effets positifs de l'équité en emploi sur la rentabilité des entreprises se sont ajoutées à l'objectif énoncé par le législateur à l'article 2 de la LÉE. Désormais, aux yeux du ministère en charge de la mise en oeuvre de la LÉE, Ressources humaines et Développement des compétences Canada (RHDC), il ne faut pas seulement voir la LÉE comme un instrument de promotion des droits de la personne, mais aussi comme un outil permettant aux entreprises d'aspirer à une rentabilité accrue dans la gestion de leur ressources humaines (DRHC, 2001).

L'article 2 de la Loi prévoit aussi que l'égalité en emploi doit s'accomplir conformément au principe selon lequel *l'équité* en matière d'emploi requiert, outre un traitement identique des personnes, des *mesures spéciales* et des *aménagements* adaptés aux différences. Conformément à l'article 10 de la Loi, les employeurs réalisent l'équité en emploi en adoptant et en mettant en oeuvre un plan d'équité en emploi. Aux fins de l'élaboration de ces plans, les employeurs doivent analyser leurs systèmes d'emploi et de rémunération par catégorie professionnelle ainsi que la composition de leurs effectifs dans le but de déterminer les objectifs à atteindre quant à la représentation des groupes désignés. Ils doivent aussi adopter un ensemble de mesures destinées à supprimer les obstacles à la réalisation de l'égalité en emploi. La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* concerne les entreprises fédérales de plus de 100 employés ainsi qu'un grand nombre de secteurs de l'administration publique fédérale⁴. Compte tenu de l'objet de la présente recherche, seules les entreprises du secteur privé sont considérées.

Pourquoi le modèle de l'« équité en emploi » a-t-il fait son apparition au Canada? C'est Madame la Juge Abella qui, la première, employa l'expression « équité en emploi »⁵, alors qu'elle présidait la Commission d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi au Canada (Abella, 1984). Le contexte alors examiné était celui des limites d'une justice issue des plaintes individuelles de discrimination en emploi. Les membres des groupes historiquement victimes de discrimination espéraient ardemment la transformation *proactive* des lieux de travail en vue de leur en faciliter l'accès. Constatant l'immobilisme des chiffres relatifs à l'intégration en emploi des membres des groupes de la société canadienne victimes de discrimination, la juge Abella concluait alors au besoin d'imposer aux entreprises une obligation *proactive*, destinée à l'implantation de programmes d'accès à l'égalité en emploi « avant le fait », c'est-à-dire avant que ne surviennent des plaintes de discrimination en entreprise (Abella, 1984, p.202-203).

La juge Abella proposait que l'emploi soit perçu comme une richesse rendue disponible par un système d'emploi que contrôle l'entreprise. Ce système d'emploi comporte à l'évidence différentes composantes discriminatoires et des barrières à l'emploi dont font les frais les groupes minoritaires et les femmes. Ces barrières sont le produit d'une société qui réserve dans les faits au groupe dominant la ressource que constitue l'emploi et qui détermine les exigences et les aptitudes requises en vue d'accéder à l'emploi en fonction des caractéristiques objectives et subjectives propres à ce groupe. La légitimité du raisonnement destiné à assimiler à de la discrimination cette situation de fait a été établie par la Cour suprême du Canada dans la décision *Action Travail des femmes c. Canadien National*⁶.

L'équité en emploi est donc associée à l'obligation pour l'employeur d'implanter de façon proactive et dans la foulée d'une obligation législative des plans comportant entre autres, mais non exclusivement, des objectifs numériques à atteindre dans chaque catégorie d'emplois présente en entreprise. Cette détermination numérique est fondée sur une corrélation entre la disponibilité des groupes minoritaires et des femmes sur le marché du travail pour un type d'emploi donné dans l'espace géographique dans lequel se situe l'entreprise et leur représentation à court terme et à moyen terme, en emploi.

La stratégie proactive de lutte contre la discrimination en emploi au Canada repose sur le postulat à l'effet que la modification de la représentation numérique des divers groupes en emploi permet d'atteindre une certaine parité qui constitue une réponse correctrice à la discrimination systémique. C'est la théorie de la masse critique. Incontestablement, la *Loi sur l'équité en emploi* a contribué à accroître la présence numérique des femmes en emploi, plus particulièrement dans certains secteurs de l'emploi et dans certaines catégories professionnelles. Tout aussi incontestablement, cette Loi a des limites. Elle ne peut pas à elle seule venir à bout du problème de la précarisation de l'emploi féminin (Johnson, 2001; Forum, 2001; RHDCC, 2001) (le temps partiel, le travail sur appel, le travail à domicile) non plus que de celui du lien de plus en plus obscur des femmes au salariat (le cas du travail autonome ou pseudo-autonome (Bernstein et al., 2001), par exemple). RHDCC et la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) sont conscientes de ce problème. Ainsi, dans son *Rapport annuel 2001*, la CCDP souligne qu'on aurait tort de ne se fier qu'aux chiffres (CCDP, 2002a). Dans le secteur des transports, par exemple, la représentation des femmes est passée de 16 à 24,2 p. 100 entre 1987 et 2000. Cependant, la

moitié des femmes occupant dans ce secteur des emplois spécialisés travaillent à temps partiel (conductrices d'autobus scolaires, surtout) (CCDP, 2002). En 2000, 22 p. 100 des femmes travaillant dans le secteur privé occupaient des postes temporaires contre 9 p. 100 des hommes. Cette statistique culmine dans le cas des femmes autochtones, dont 25 p. 100 occupent un emploi temporaire ou à temps partiel. L'attention que porte RHDCC à ce problème est par contre plus difficile à cerner. Si on lit attentivement ses rapports 2001 à 2003, on remarque que le Ministère, lorsqu'il présente la situation des femmes en emploi, réfère uniquement aux chiffres globaux et ne fait pas de distinction entre emploi à temps partiel ou emploi à temps plein ou encore entre emploi temporaire et emploi permanent (RHDCC, 2004a; DRHC, 2002, 2001).

Néanmoins, il ne doit pas être négligé qu'en général, la représentation des femmes dans le secteur privé est passée de 40,1 p. 100 en 1987 à 43,9 p. 100 en 2000. Ce chiffre avoisine leur taux de disponibilité général à l'emploi, qui a été évalué à 46,4 p. 100. De plus, des gains ont été enregistrés dans les catégories supérieures d'emploi dans certains secteurs, dont celui des banques, traditionnel ghetto rose. La *Loi sur l'équité en emploi* contribue donc de manière significative à la promotion de l'emploi féminin au Canada, malgré les bouleversements induits de la transformation de l'emploi salarié féminin.

Cependant, ces progrès ne sont pas le seul produit du temps écoulé depuis l'adoption de la Loi initiale de 1986. L'étude de l'équité en emploi révèle que le rôle de vérification confié à la CCDP lors des amendements de 1996 est un élément important de ce succès (CCDP, 2002a). Nous verrons pourquoi plus loin. Retenons pour l'instant que la gestion de l'équité en emploi au Canada repose lourdement sur des interactions nombreuses et obligées entre les entreprises, RHDCC et la CCDP. Dans un premier volet de la Loi, les entreprises doivent annuellement faire rapport à RHDCC de leur progrès en matière d'équité en emploi. Ce rapport doit contenir les données statistiques sur la progression des groupes désignés par la Loi ainsi qu'un rapport narratif faisant état des mesures qualitatives prises afin d'améliorer la représentation en entreprise de ces groupes désignés⁷. De plus, les entreprises doivent travailler à l'élaboration d'un plan d'équité en emploi qui sera vérifié par la CCDP⁸. Elles ne peuvent échapper à ce processus dès lors qu'elles sont soumises à la Loi. C'est cet aspect de la Loi, et en général du modèle de l'équité en emploi au Canada, qui retient notre attention dans les pages qui suivent.

Qui sont les entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*?

Selon l'article 3 de la *Loi sur l'équité en emploi*, un « employeur du secteur privé » est défini comme quiconque emploie au moins 100 employés au sein ou dans le cadre d'une entreprise fédérale au sens de l'article 2 du *Code canadien du travail*, ainsi que comme toute personne morale employant au moins 100 salariés et constituée pour l'accomplissement de fonctions au nom du gouvernement du Canada. L'article 2 du *Code du travail canadien* décrit ce qu'est une entreprise fédérale. Il s'agit des entreprises dont les activités ne se limitent pas à des activités exercées dans une province du Canada et de certaines autres dont les activités sont de nature fédérale : les banques, les télécommunications, etc.

Plusieurs entreprises « étrangères » sont donc des entreprises constituées pour l'accomplissement de fonctions au nom du gouvernement du Canada. Ces entreprises, si

elles embauchent au Canada, sont des employeurs canadiens. Si l'effectif de l'entreprise excède 100 employés, elles sont donc soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*. L'imposition aux entreprises « étrangères » des exigences de la *Loi sur l'équité en emploi* ne constitue pas en soi de la discrimination commerciale. Dans le contexte de la mondialisation, les États sont constamment préoccupés par le maintien de leur avantage comparatif ou compétitif, lequel tient compte des coûts liés au respect des conditions de travail, des lois sociales et de l'environnement. C'est une réalité économique. Toutefois, du point de vue juridique, la réalité est différente. Qu'un État souhaite être choisi par les entreprises étrangères afin qu'elles s'établissent sur son territoire ne signifie pas que ces entreprises peuvent revendiquer un droit à des coûts de production encore plus avantageux au nom d'accords de commerce ratifiés par l'État d'accueil. Les investisseurs n'ont pas un « droit » au nivellement vers le bas du droit social et du travail national. Ce ne sont donc pas les accords de commerce qui déterminent le contenu des protections offertes par le droit du travail national, non plus qu'ils ne prévoient l'obligation des États qui y adhèrent de réduire les protections du travail.

Cependant, si le seul fait pour un État d'être partie à un accord de commerce ne le dépossède pas de ses compétences en matière de droit social et du travail, l'obligation de respecter les règles du commerce impose à chaque État partie à un accord de commerce un « comportement » qui n'est pas sans conséquence sur son droit interne. Cette image du comportement signifie à vrai dire qu'il faut examiner attentivement la gestion d'une loi telle la *Loi sur l'équité en emploi* : cette gestion est-elle équitable? Transparente? Juste? Prévisible? Appliquée de manière non discriminatoire entre les types d'entreprise (sous contrôle étranger ou non)? Ces questions sont examinées dans le détail dans la deuxième partie de cette étude. Cependant, il convient de les garder à l'esprit afin de mieux comprendre l'importance des débats entourant aujourd'hui les modifications requises à la *Loi sur l'équité en emploi* et à son administration.

Le contrôle de la mise en oeuvre de l'équité en emploi au Canada : qui sont les acteurs? Quelles sont les obligations des entreprises?

La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* peut être qualifiée de loi de deuxième génération en ce qui concerne les protections prévues pour contrer la discrimination en emploi. Les lois de première génération sont assimilées aux lois du travail qui comportent une norme objective : la durée du travail ou la détermination du salaire minimum, par exemple. Lorsqu'il s'agit de discrimination, une première génération de lois s'est destinée à contrer la discrimination selon un ensemble énuméré de motifs de discrimination interdits. Cependant, des lois telle la *Loi sur l'équité en emploi* sont beaucoup plus complexes. Elles dépendent, certes, de l'énonciation d'une norme de comportement (les entreprises doivent adopter un plan d'équité en emploi destinée à l'atteinte d'un résultat), mais aux fins de l'atteinte du résultat recherché, la Loi soumet les entreprises à une série d'obligations qui ne recevront pas de réponse unique. (Quels objectifs numériques? Quelles mesures positives en emploi? Quelles mesures d'adaptation?) De plus, la validation de l'objectif recherché (le plan d'équité en emploi) est un processus soumis à de nombreuses interactions administratives (voire quasi-judiciaires, dans certains cas), lesquelles rendent imprévisibles jusqu'à un certain point du point de vue des entreprises, le coût et la démarche qui leur seront imposés. Enfin, cette Loi est soumise à très peu de contrôles de type judiciaire. Pour s'y conformer, les entreprises

doivent donc escompter de multiples interactions avec des agences administratives spécialisées.

La LÉE comporte deux volets. D'une part, les entreprises doivent soumettre un rapport annuel et, d'autre part, elles sont soumises à une évaluation de la CCDP. Nous y reviendrons. Ce rapport destiné à RHDCC a pour objectif de transmettre l'information relative à l'effectif de l'entreprise et à sa composition (groupes désignés), à la présence comparative des membres des groupes désignés et des autres travailleurs et travailleuses par type d'emploi dans l'entreprise et à la rémunération. Un formulaire unique est disponible à cet effet⁹. Comme le précise l'information affichée au Web de RHDCC¹⁰, « *ce classement a essentiellement pour but de rendre possible les comparaisons entre les entreprises* ». Il n'a pas pour objet de vérifier la conformité à la Loi des plans d'équité en emploi. Au fil des ans, RHDCC a élaboré une série de lignes directrices visant à l'implantation des plans d'équité en emploi. Le *Guide de procédures et de référence en matière de vérification de l'équité en matière d'emploi* adopté par la CCDP y réfère d'ailleurs abondamment et les entreprises reconnaissent l'utilité de ces directives (RHDCC, 2004b). On peut consulter en ligne les rapports annuels transmis par les entreprises à RHDCC. RHDCC a aussi développé auprès des entreprises une fonction « conseil » en matière d'équité en emploi. Le Ministère peut enfin sanctionner les entreprises qui omettent de soumettre le rapport annuel¹¹. Toutefois, historiquement, il a toujours privilégié la conciliation. Lors de la révision de la Loi, Neil Gavigan, alors directeur de Normes du travail et équité en milieu de travail à RHDCC, expliquait qu'aucune entreprise n'avait été à ce jour soumise à une pénalité pour avoir fait défaut de déposer le rapport annuel (CPDRHCPH, 2001). La récente révision quinquennale de la Loi¹² a révélé le parti pris des entreprises en faveur de cette procédure de suivi annuel (DRHC, 2001). L'annexe I illustre la démarche de classification des entreprises adoptée par RHDCC. Cette illustration est importante parce qu'elle représente un modèle de gestion « objective » de la *Loi sur l'équité en emploi*, un mode de gestion tout à fait valable, mais limité aux aspects plus formels de l'équité.

Quelle est l'importance de ce classement pour les entreprises concernées? Voilà qui est très difficile à déterminer. Ce fut pendant longtemps la seule expression d'une obligation statutaire en la matière. Quel message a donc envoyé aux employeurs concernant la méthodologie essentiellement numérique soutenue par le questionnaire dont RHDCC a encore le contrôle? La réponse, encore une fois, n'est pas évidente, mais un constat s'impose. Le seul critère préjudiciable d'appréciation prévu par le questionnaire consiste dans le pointage des fluctuations négatives (perte de la présence professionnelle suffisante des membres des groupes désignés par catégorie d'emploi et perte de la présence suffisante dans les catégories d'emploi et de rémunération supérieures) de la représentation des membres issus des groupes désignés. Or, et comme le rappelait la critique à l'aube de l'adoption des modifications législatives apportées à la Loi en 1996, les chiffres ne signifient pas l'égalité! Par contre, les chiffres sont objectifs et la méthode de détermination du classement des entreprises, sans conséquence juridique par ailleurs, est connue. On peut donc prétendre qu'en vertu de cette classification, toutes les entreprises employant plus de 100 employés au Canada sont traitées de manière identique, sans jamais être remises en question quant à la façon dont elles cheminent vers l'équité en emploi. Cette méthode

cependant n'a pas produit les résultats attendus jusqu'aux amendements apportés à la Loi en 1996.

Lorsque les entreprises ont été confrontées aux exigences de la *Loi sur l'équité en emploi* de 1996, elles ont constaté que la CCDP, dorénavant en charge de l'observation de la Loi en vertu de l'article 22, avait sa propre interprétation de ce en quoi consiste un plan d'équité en emploi. À vrai dire, la CCDP s'est trouvée aux prises avec un important problème de communication et de transmission des objectifs de vérification de la Loi, lorsqu'elle a amorcé, en 1998, le cycle de vérification initiale des plans d'équité des entreprises prévu par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*¹³.

Le nouveau cadre juridique et les pouvoirs de la CCDP en matière d'équité en emploi

L'article 22 de la *Loi sur l'équité en emploi* confère à la CCDP la responsabilité du contrôle de la mise en oeuvre par les employeurs de leurs obligations prévues aux articles 5, 9 à 15 et 17 de la Loi. Dans l'exercice de cette responsabilité, le deuxième paragraphe de l'article 22 de la Loi prévoit que la CCDP est tenue, en cas de non-observation, de mettre en oeuvre, dans toute la mesure du possible, une politique de *règlement négocié en vue de l'obtention d'un engagement* de la part de l'employeur qu'il prendra toutes les mesures correctives nécessaires afin de respecter ses obligations. L'esprit de la Loi est clair. La CCDP doit épuiser tous les moyens négociés afin de faciliter l'adoption en entreprise d'un plan d'équité en emploi conforme à la Loi. En vertu de l'article 22(2) de la Loi, la CCDP n'aura recours aux ordres (et donc subséquentement au Tribunal de l'équité en emploi¹⁴) qu'en dernier recours.

Le dispositif législatif et réglementaire en matière d'équité en emploi est soutenu par un impressionnant outillage administratif. Plus particulièrement, il s'agit du document cadre de vérification de la conformité à la *Loi sur l'équité en emploi*, document qu'on peut consulter en ligne (CCDP, 2000c) et du *Guide de procédures et de référence en matière de vérification de l'équité en matière d'emploi*, lequel guide est destiné aux vérificateurs désignés par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* (CCDP, 2000a). Conséquentement, chacune des obligations imposées par la Loi aux entreprises qui lui sont soumises doit être interprétée juridiquement et administrativement à partir d'un ensemble très technique d'information qui est d'abord susceptible d'influencer le résultat de la *négociation* entre la CCDP et les employeurs aux fins de l'émission du certificat de vérification.

À vrai dire, la Loi prévoit surtout un parcours en vertu duquel, dans le respect de chacune des 12 étapes déterminées par la CCDP (et selon elle, par la Loi, mais cela est contesté par les entreprises), l'employeur adoptera un plan d'équité en emploi. Ces 12 étapes comportent soit des exigences de procédure (par exemple, la consultation des employés et employées ou du syndicat), soit des obligations substantives (par exemple, l'analyse du système d'emploi). Il faut le souligner, ces 12 étapes ne sont pas nommément énumérées dans la LÉE, elles résultent de l'interprétation que la CCDP a fait de la Loi, d'où une certaine contestation. Le processus d'examen de la conformité repose sur l'intervention de l'agent de vérification ou d'application, nommé par la Commission et dont les pouvoirs et attributions sont prévus aux articles 22 et 24 de la Loi. Conformément à la Loi, cet agent doit mettre en oeuvre tout ce qui est possible afin d'obtenir des entreprises soumises à la Loi des engagements négociés,

dans l'éventualité où la démarche d'équité en emploi entreprise par l'employeur et éventuellement le plan d'équité en emploi ne seraient pas, de l'avis de l'agent, conformes aux prescriptions de la Loi et du Règlement sur l'équité en emploi¹⁵. Le tableau de l'annexe II reproduit ces 12 étapes de la vérification, mais surtout, il met en évidence les étapes pour lesquelles la CCDP et ses agents vérificateurs peuvent remettre en question la pertinence et la validité des stratégies de l'entreprise en vue de l'adoption et de l'implantation d'un plan d'équité en emploi. De plus, cette recension des 12 étapes de la vérification du plan d'équité en emploi parle d'elle-même en ce qui concerne l'introduction d'éléments qualitatifs et subjectifs d'appréciation de la validité de ce plan.

Le découpage en 12 étapes de la démarche d'implantation d'un plan d'équité en emploi adopté conformément à la *Loi sur l'équité en emploi* a constitué une véritable révolution au sein des entreprises. En effet, le suivi de la Loi initiale, assumé par RHDCC avait habitué ces dernières à d'impersonnelles manipulations de chiffres. De nombreuses communications avec les responsables de la Division de l'équité en emploi de la CCDP¹⁶ nous permettent de résumer comme suit les principaux irritants qui compliquent les rapports entre les entreprises et la Commission.

- L'exigence de la Commission de reprendre l'exercice de l'Étape –I – afin d'obtenir des données plus fiables sur la composition de la main-d'oeuvre en entreprise.
- Les discussions entourant la suppression des obstacles afin d'obtenir une politique de dotation équitable.
- Les discussions entourant l'identification des bassins géographiques et des bassins de disponibilité appropriés aux fins du recrutement, les entreprises n'ayant pas toujours identifiées les mêmes zones de recrutement que la CCDP.
- La détermination des objectifs numériques de recrutement à être atteints; le calcul des objectifs numériques ne faisant pas partie des chiffres que les entreprises devaient remettre dans le cadre des rapports annuels remis à RHDCC, elles n'étaient donc pas familières avec la méthode mise de l'avant par la CCDP.
- L'identification des pratiques positives destinées à assurer une représentation équitable des membres des groupes désignés au sein de l'entreprise.
- Les modes de transmission de l'information relative à l'implantation du plan d'équité en emploi destinée aux effectif.
- Les contradictions entre les exigences de RHDCC aux fins du dépôt du rapport annuel et celles de la CCDP aux fins du processus de vérification du plan d'équité en emploi¹⁷.

Les entreprises prétendent que la Loi ne leur impose pas clairement toutes et chacune de ces étapes de la vérification et qu'en conséquence, les vérificateurs de la CCDP retardent indûment le processus. Cette critique est particulièrement pertinente en ce qui concerne le choix des pratiques positives qui avantagent nettement les femmes en emploi. Cette

ambiguïté fondamentale en ce qui a trait aux pouvoirs de la CCDP et à son mandat en matière d'équité en emploi explique le léger crescendo au chapitre du nombre de saisies par la CCDP du Tribunal de l'équité en emploi (CCDP, 2002a).

À vrai dire, la culture d'équité promue par la *Loi sur l'équité en emploi* exige le dépassement des nombres. Toutefois, la gestion bicéphale de l'équité en emploi au Canada (RHDCC et CCDP) sème à ce titre la confusion. Car ce sont encore des nombres que transmettent à RHDCC les entreprises en vue du dépôt du rapport annuel¹⁸. Il y a donc confusion de rôles entre RHDCC et la CCDP. Le premier, en charge de la mise en oeuvre générale de la Loi, assume une fonction « conseil » auprès des entreprises, quant à la préparation des vérifications soumises à la CCDP. La seconde, assumant plutôt un rôle de contrôle, se voit néanmoins aux prises avec une fonction conseil difficilement conciliable avec son mandat primordial. Toutefois, cette fonction conseil est demandée par les entreprises qui, en cas d'avis contradictoires, préfèrent faire affaire avec l'entité en charge, du volet « coercitif » de la LÉE.

Cependant, paradoxalement, les entreprises préfèrent la collaboration de RHDCC et leur obligation claire et prévisible de déposer un rapport annuel à la fonction d'agent vérificateur de la CCDP. D'une part, les entreprises estiment que l'issue du processus de vérification est hautement imprévisible (durée, conséquences, coûts). D'autre part, elles estiment aussi qu'en s'immisçant dans la gestion interne du plan d'équité en emploi, la CCDP s'immisce à vrai dire dans la gestion stratégique de l'entreprise.

La complexité du processus de vérification des entreprises selon la *Loi sur l'équité en emploi* explique sa lenteur. En consultant les rapports annuels relatifs à l'équité en emploi, et plus particulièrement le *Rapport annuel 2001*, on constate ce qui suit au chapitre de la vérification. Au total, seulement 73 entreprises (privées et publiques) ont atteint la pleine conformité alors que 354 vérifications ont été entreprises depuis 1998¹⁹; 127 entreprises sont soumises pour leur part au suivi de la vérification initiale, ce qui signifie qu'elles n'ont pas encore atteint la pleine conformité. Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi la CCDP a décidé de consacrer l'année 2000 à la vérification initiale d'entreprises dont l'effectif dépasse 2 000 employés. Ce faisant, elle estimait au 31 décembre 2001 que 77 p. 100 de l'effectif du secteur privé avait fait l'objet d'au moins une vérification initiale. Devant l'ampleur de la tâche, la CCDP manque évidemment de ressources.

Nous avons, au cours de l'année 2002, demandé et obtenu copie de 26 des 73 rapports de vérification complétés par la CCDP. Pour ce faire, nous avons invoqué la *Loi sur l'accès à l'information*²⁰. Une vingtaine d'entreprises ont accepté sans réserve notre demande et dans ces cas, les rapports nous furent transmis intégralement. Soulignons que de l'avis de la CCDP, un rapport rendu public est public pour toute autre partie que celle l'ayant obtenu grâce à la *Loi sur l'accès à l'information*. Dans quelques cas, les entreprises concernées ont tenu à communiquer avec nous afin de faire valoir les motifs de leur réticence. Elles invoquaient le caractère stratégique des décisions relatives au recrutement ainsi que celui de l'information relative à la structure organisationnelle. De même, elles ont systématiquement invoqué le caractère hautement compétitif du secteur au sein duquel elles oeuvrent (télécommunications et banques) et la protection des décisions d'affaires prises dans le contexte du plan d'équité en

emploi²¹. Certaines ont voulu s'assurer que nous n'agissions pas au nom d'un syndicat représentatif des travailleurs de l'entreprise. Sauf pour un cas, les rapports nous furent néanmoins communiqués dans leur intégralité. Seule la Banque de Hong Kong a maintenu ses objections²².

Cette expérience nous a permis de mieux comprendre le caractère transactionnel qui distingue les rapports entre la CCDP et certaines entreprises. Dans certains cas, et afin d'accélérer le processus de vérification, la CCDP en vient carrément à une entente « raisonnable » avec l'entreprise concernée. Cela accroît la susceptibilité des entreprises qui prétendent que les interventions de la Commission constituent une distorsion et une intrusion indue dans la gestion de leurs affaires²³. Il faut reconnaître que du point de vue de l'entreprise, il est plus simple et moins onéreux de déposer annuellement un rapport auprès de RHDCC que d'entreprendre la démarche menant à la vérification du plan d'équité en emploi auprès de la CCDP²⁴. Du point de vue des travailleurs et des travailleuses toutefois, l'expérience a révélé que c'est le rôle de « vérificateur » de la CCDP qui a fait bouger les chiffres depuis 1996²⁵.

Les résultats de la récente révision quinquennale de la *Loi sur l'équité en emploi*

Conformément aux dispositions de la *Loi sur l'équité en emploi*, le Parlement a récemment procédé à la première révision quinquennale de cette dernière. RHDCC et la CCDP ont mené à cette fin des consultations et ont subséquemment soumis des mémoires au CPDRHCPH. Un constat s'impose : la Loi reçoit l'appui général de toutes les parties²⁶. Il ne fut donc pas question pour le Comité permanent d'en remettre en question la légitimité²⁷.

La Loi est encore jeune et il convenait donc d'adopter une approche prudente dans le cours du processus de révision. Néanmoins, la tension la plus vive que l'on décèle à la lecture des mémoires est celle opposant la **conciliation** et la **judiciarisation**, à titre de stratégie de mise en oeuvre de l'équité en emploi. Ceci revient à rechercher une plus grande cohérence entre le travail technique accompli par RHDCC et le travail de contrôle dont la responsabilité incombe à la CCDP. Dans un deuxième temps, le besoin d'apporter certains éclaircissements utiles aux fins d'une plus grande transparence fut en partie soutenu par le CPDRHCPH dans ses recommandations. Enfin, le besoin d'assouplir et d'alléger les exigences de rapports imposées aux employeurs a retenu l'attention du Comité.

Selon le Comité, la Direction générale du travail de Développement des ressources humaines Canada (DRHC, aujourd'hui RHDCC) devrait être considérée la seule source de soutien technique des employeurs du secteur public et du secteur privé et RHDCC devrait travailler de concert à cette fin avec la CCDP²⁸. Malgré les prétentions de la CCDP, le Comité n'a toutefois pas donné suite à sa proposition de recommander la modification de l'article 22(2) de la Loi, qui stipule que la CCDP ne peut recourir à un ordre du Tribunal de l'équité en emploi « qu'en dernier lieu », c'est-à-dire après avoir épuisé toutes les possibilités de règlement négocié entre elle et un employeur. Les recommandations du Comité permanent consistent aussi à modifier légèrement les conditions dans lesquelles la CCDP pourrait requérir du Tribunal de l'équité en emploi un ordre lors du refus d'un employeur de donner suite à ses demandes²⁹. De même, le Comité n'a pas jugé opportun de recommander les amendements appropriés à la Loi afin que la CCDP puisse recourir au Tribunal de l'équité

en emploi dans le cas où un employeur a clairement manqué de déployer des efforts raisonnables pour mettre en oeuvre son plan d'équité en matière d'emploi³⁰.

Sans doute la série de recommandations la plus éloquente contenue dans le rapport du Comité permanent de la Chambre des communes concerne-t-elle la « transparence » du processus d'implantation du plan d'équité en emploi en entreprise. Les recommandations n^{os} 12, 15, 19, 20 et 29 du Rapport du Comité permanent expriment un tel souci. Plus particulièrement, la recommandation 12 reprend en d'autres mots la recommandation de la CCDP portant sur les mesures spéciales³¹, mais non la recommandation 13 proposant une modification à la Loi destinée à y énoncer clairement l'exigence des 12 étapes de l'implantation d'un plan d'équité en emploi.

Enfin, une importance soutenue a été accordée par le Comité permanent à la question des rapports à être produits par les entreprises et à celle des délais encourus par le processus de vérification dont la CCDP a la responsabilité³². Dans le cas des rapports, le Comité propose l'examen d'un aménagement possible : un rapport biennal plutôt qu'annuel mais, en contrepartie, l'addition à ce rapport biennal d'une dimension qualitative aux rapports des entreprises. Sans doute cette proposition tend-elle à plus de cohérence dans la mesure où le Comité propose aussi l'inclusion dans le *Règlement relatif à l'équité salariale* des exigences portant sur les mesures spéciales propres au plan d'équité en emploi. Alors que RHDCC se voit mandaté afin d'examiner la faisabilité de cet aménagement, la CCDP pour sa part devra, toujours selon les recommandations du Comité, se contenter de moins de ressources afin de gérer une Loi, qui, selon le Comité, ne mérite pas autant d'éclaircissements que ne le propose la CCDP elle-même.

Ce rapide tour d'horizon fait ressortir le besoin de clarifier d'une part la *Loi sur l'équité en emploi* et, d'autre part, les obligations des entreprises en vertu de la Loi. De même, la nécessité d'éclaircir les mandats de RHDCC et de la CCDP s'impose. La présentation schématique l'annexe IV se destine, de plus, à identifier les enjeux pour lesquels les engagements commerciaux pris par le Canada pourraient avoir une incidence positive ou négative sur les aménagements requis.

2. LE PROGRAMME DES CONTRATS FÉDÉRAUX

Le Programme de contrats fédéraux (PCF)³³ a vu le jour à la suite d'une décision exécutive du gouvernement fédéral en 1986. Alors que la *Loi sur l'équité en emploi* s'adresse aux entreprises régies par le gouvernement fédéral, le PCF concerne toutes les entreprises, soumises ou non à la compétence du gouvernement fédéral et qui reçoivent des contrats de biens et services d'une valeur de 200 000 dollars ou plus de la part de ce dernier. Ces entreprises doivent évidemment embaucher au moins 100 employés pour être soumises au PCF. Afin de pouvoir soumissionner, elles doivent attester par écrit de leur engagement envers l'équité en matière d'emploi. Le PCF est administré par le personnel de RHDCC et par un réseau d'agents sur l'équité en milieu de travail dans l'ensemble du Canada. Les entrepreneurs qui refusent de respecter leur engagement à l'égard de l'équité en matière d'emploi ou qui ne satisfont pas aux critères du PCF peuvent perdre le droit de soumissionner d'autres contrats du gouvernement fédéral³⁴.

Le PCF est une particularité de la politique canadienne des marchés publics. Un marché public est un processus par lequel le gouvernement fédéral et l'ensemble des organismes de la fonction publique fédérale font appel au secteur privé afin de conclure des contrats de fourniture de biens et de services. Afin de (1) distinguer le PCF de la *Loi sur l'équité en emploi* et (2) d'expliquer comment sont attribués les marchés publics au Canada, nous avons scindé la présente partie en deux sections : l'examen du PCF et celui de la politique canadienne des marchés publics. Dans un dernier temps, nous nous attarderons au cas des marchés réservés aux populations autochtones, qui, bien que constituant un modèle intéressant, ne s'inscrivent pas dans la tradition de l'équité en emploi.

Qu'est-ce que le PCF?

Le sort des entreprises soumises au PCF est différent de celui des entreprises soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* (on parlera alors du programme légiféré d'équité en emploi). En vertu de ce dernier programme, les entrepreneurs doivent viser une vérification positive et définitive (assortie d'un suivi) délivrée par la CCDP. En vertu du PCF cependant, seul leur engagement envers l'équité en emploi suffit, dans un premier temps, à la délivrance du certificat³⁵ émis par RHDCC. De plus, les entreprises soumises au PCF n'ont pas l'obligation de soumettre des rapports de suivi annuel ou autres.

Au début de 2000, on estimait au Canada à 845 le nombre d'entreprises concernées par le PCF. Depuis l'entrée en vigueur en 1986 de ce programme, on estime à 40 milliards de dollars le total des contrats octroyés à ces entreprises. Elles emploient près d'un million de Canadiens et de Canadiennes (DRHC, 2002). Environ les 2/3 des entreprises concernées opèrent au Québec et en Ontario (DRHC, 2002). Le Québec est par ailleurs la seule province canadienne à avoir mis sur pied un programme provincial d'obligation contractuelle (DRHC, 2002).

Le rapport d'évaluation commandé par RHDCC en 2002 est hélas clair. Le PCF bat de l'aile³⁶, bien que personne ne conteste sa pertinence et son utilité sociale.

Il fait état du fait que les mécanismes de vérification et de suivi de la conformité au programme sont pourtant essentiels aux progrès réalisés en emploi par les membres des groupes désignés. Or, c'est précisément ce suivi qui fait cruellement défaut au programme. De l'avis des entreprises interviewées lors de l'étude d'évaluation, peu d'entre elles font l'objet d'un contact de la part de RHDCC à cette fin. Ceci est encore plus vrai depuis 1995, date du début de la décroissance administrative du programme.

La mise en oeuvre du PCF repose sur 11 critères³⁷. On s'attend à ce que les contractants respectent ces exigences afin d'être conformes aux exigences du PCF. Le processus pour lequel s'engagent les entreprises soumises au PCF est donc différent de celui auquel sont soumises les entreprises visées par la *Loi sur l'équité en emploi*. Seules les entreprises qui sont à la fois soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* et soumissionnaires aux fins des marchés publics fédéraux doivent se plier aux exigences de la Loi. Cette différence de statut n'est pas sans conséquence pour les femmes puisque plusieurs des mesures qui assurent leur égalité réelle en emploi dépendent des stratégies qualitatives soumises au processus d'évaluation de la CCDP en vertu de la Loi. Bref, le lien entre le PCF et les femmes au travail est des plus ténus. Or tous les bénéfices que les femmes peuvent retirer du processus d'attribution des marchés publics du point de vue de leur statut de travailleuse dépendent de ce seul programme fédéral.

L'étude d'évaluation réalisée par RHDCC en 2002 révèle des données intéressantes. Ainsi, le PCF n'aurait qu'un impact marginal sur l'accroissement de la représentation des membres des groupes désignés « femmes » et « minorités visibles » alors que cet impact serait carrément négligeable dans le cas du groupe « Autochtones » et du groupe « personnes handicapées » (DRHC, 2002). De plus, seulement 5 p. 100 des entrepreneurs estimaient encore récemment que le PCF les avait découragés dans leur recherche de contrats fédéraux. Les évaluateurs eux-mêmes constatent que le PCF a connu des difficultés importantes lors de son existence, particulièrement pour la période 1995-2001, laquelle correspond précisément à la période pour laquelle les entreprises soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi (la Loi) se sont vus sommées de réaliser des efforts importants. Les données de l'étude révèlent au contraire que les entreprises soumises au PCF ont littéralement été désertées par RHDCC pendant la période 1996-1999³⁸. Certes, le rapport d'évaluation met en évidence certains facteurs incontrôlables qui ont pu à certains moments avoir une influence sur la faible efficacité du programme : par exemple, le mouvement accru de fusions d'entreprise ou de leur fractionnement, ce qui a entraîné des fluctuations importantes dans le nombre total d'entreprises soumises au PCF (plus de 100 employés). De même, la transformation massive du mode de travail dans certains secteurs a eu pour effet d'entraîner la décroissance du nombre total de salariés par la multiplication de statuts de travail autonomes ou contractuels. Ces facteurs cependant ne portent pas atteinte à l'utilité sociale du PCF, selon l'évaluation qui en fut faite.

En examinant les conclusions de cette étude, on constate, au-delà du peu d'importance et de soutien que le gouvernement fédéral a accordé au PCF, que deux phénomènes grèvent non seulement la qualité et la légitimité du programme, mais aussi ses attributs de transparence et d'équité, du point de vue des entreprises. D'une part, il faut considérer l'absence de suivi de l'émission du certificat d'engagement consenti par une entreprise qui souhaite soumissionner des contrats de biens et de services auprès du gouvernement fédéral. D'autre

part, même dans l'hypothèse où serait introduite une obligation (annuelle ou biennale) de faire rapport, cela n'aurait pour effet que de reproduire la tension existante entre RHDCC et la CCDP dans le cas des entreprises soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi et laisserait inachevé l'objectif de contrôle de la conformité au programme recherché. En outre, des différences majeures, notamment sur le plan de l'efficacité, perdurent entre la seule obligation de faire rapport et le processus de vérification que mène la CCDP auprès des entreprises soumises à la Loi.

Dans la mesure où serait introduite une obligation de faire rapport dans le cas des entreprises soumises au PCF, des différences majeures subsistent entre la méthodologie proposée par RHDCC et celle imposée par la Loi. Les exigences ne sont donc pas équivalentes. À ce chapitre, soulignons, comme l'ont fait les auteurs du rapport de vérification commandé par RHDCC (DRHC, 2000), les points suivants.

- Le PCF, contrairement à la *Loi sur l'équité en emploi*, n'exige pas de l'entreprise qu'elle tienne compte du nombre de travailleurs à temps partiel dans l'entreprise aux fins du décompte des membres des groupes désignés par catégorie d'emploi et de la détermination des objectifs numériques à atteindre.
- Le PCF n'exige pas des entreprises, contrairement à l'interprétation que fait de la Loi la CCDP, qu'elles consultent les organisations représentatives des employés dans l'établissement du plan d'équité en emploi.
- Le PCF ne comporte aucune obligation de faire rapport.

Le défaut d'équivalence entre les deux programmes, tout comme les différences majeures qui distinguent dans l'un et l'autre cas le processus de contrôle et de suivi, permettent d'affirmer que les entreprises soumises à l'une ou à l'autre des mesures sont soumises à un *traitement distinct*. Ce n'est pas le cas de toutes les entreprises puisque celles qui à la fois sont soumises à la *Loi sur l'équité en emploi* et ont contracté un engagement en vertu du programme PCF doivent atteindre les objectifs ciblés par la norme la plus contraignante, à savoir celle de la *Loi sur l'équité en emploi*.

Certes, d'autres commentaires ont été faits concernant soit l'opportunité de réduire le seuil des contrats à l'égard desquels le PCF s'applique ou encore celui de l'exigence de 100 employés aux fins de l'application du PCF. De même, certains ont évoqué le besoin d'explorer la soumission des sous-contractants de l'entrepreneur principal au programme. Diverses expériences ont cependant démontré l'impraticabilité de cette proposition (au Québec, notamment).

La recommandation 7 issue du Rapport présenté par le Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH, 2002a) en juin 2002 est révélatrice. Le Comité recommande que la ministre du Travail examine le PCF afin de le restructurer et de faire en sorte que les obligations d'équité en emploi des entrepreneurs fédéraux *soient équivalentes* à celles des employeurs régis par l'article 4 de la

Loi³⁹. Dans sa réponse au Rapport déposé en novembre 2002, le gouvernement fédéral prend le vague engagement d'envisager une telle réforme⁴⁰.

Selon nous, une telle réforme est urgente, non seulement parce que les stratégies d'équité en emploi doivent être renforcées au Canada, mais aussi pour des raisons spécifiques qui sont issues de la nature des accords de commerce ratifiés par le Canada, dont l'AMP. Cet argument sera développé dans la partie 2 de la présente étude. Pour l'instant, il nous suffit de mettre en évidence les conséquences des traitements distincts réservés à divers groupes d'entreprises canadiennes.

Évidemment, toutes les entreprises constituant ces groupes embauchent pour les fins de la discussion au moins 100 employés. Un premier groupe est constitué des entreprises sous contrôle canadien embauchant au Canada et dont les activités sont de compétence fédérale. Ces entreprises sont soumises à la Loi (ou obligation légiférée d'équité en emploi). Un deuxième groupe est celui des entreprises sous contrôle canadien, embauchant au Canada, mais dont les activités ne sont pas de compétence fédérale. Ce deuxième groupe est exempté des obligations légiférées d'équité en emploi de la Loi et doit seulement prendre l'engagement de mettre en oeuvre cette stratégie s'il souhaite soumissionner afin d'obtenir des marchés publics fédéraux. Dans la mesure où des entreprises canadiennes issues de l'un et de l'autre groupe soumissionnent à cette fin, on constate un traitement distinct de leurs obligations aux fins de l'équité en emploi. En ce qui concerne les entreprises étrangères qui embauchent au Canada au moins 100 employés, la situation est la même. Toutefois, ces entreprises peuvent non seulement se comparer entre elles aux fins de l'argument d'un traitement distinct, mais aussi avec les entreprises canadiennes. Ont-elles des droits spécifiques issus des accords de commerce, et plus particulièrement de l'AMP? Notons que toutes ces questions seraient résolues si le gouvernement acceptait de donner suite à l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi* prévoyant l'imposition d'exigences équivalentes à l'endroit de toutes les entreprises privées.

Cette disparité de statut des entreprises aux fins de la stratégie d'équité en emploi comporte des conséquences de deux ordres : d'une part, elle risque de « tirer vers le bas » l'équité en emploi en permettant à certaines entreprises d'invoquer le bénéfice de la norme la moins exigeante au nom de leurs droits d'entreprise énoncés dans les accords de commerce; d'autre part, elles freinent, mais pourraient freiner encore plus, l'évolution et le progrès des femmes en emploi.

Ces préoccupations sont selon nous d'autant plus importantes que le PCF constitue le seul lieu, où, indirectement, des considérations de sexe cohabitent avec la stratégie d'octroi de contrats fédéraux d'approvisionnement de biens ou de services. En effet, aucune considération de ce genre n'est imposée aux petites et moyennes entreprises, comme si le problème n'existait pas dans ce domaine.

Les marchés publics et la politique canadienne d'approvisionnement en biens et en services

Les principes

Les achats au sein de la fonction publique fédérale sont de plus en plus décentralisés et les ministères et les organismes élaborent leurs propres politiques en matière d'achats publics. Cependant, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) est l'organisme qui supervise tous les achats⁴¹. De plus, les décisions de TPSGC sont encadrées par les directives émises par le Conseil du Trésor (CT) relatives à la politique des acquisitions et à la gestion des projets. Le CT, à titre de ministère responsable, élabore les politiques d'achat. En d'autres mots, TPSGC est le contremaître des achats par voie de marchés publics alors que le CT en assure la maîtrise d'oeuvre⁴².

Selon le Guide des approvisionnements produit par TPSGC, six grands principes guident le gouvernement du Canada dans sa politique d'achat. Le principe premier et cardinal est celui de l'intégrité du gouvernement. De ce principe découlent les cinq autres : le service à la clientèle, les objectifs nationaux⁴³, la concurrence⁴⁴, l'équité et la responsabilité. Afin de mieux éclairer l'acheteur (d'un ministère ou d'un organisme) sur les principes propres aux acquisitions par le gouvernement fédéral et aux marchés publics, le gouvernement a rendu disponible le manuel du client (l'organisme devant ici être entendu comme le client) et celui du nouvel acheteur⁴⁵. De plus, l'acheteur doit respecter les clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA)⁴⁶.

L'encadré qui suit énonce les exceptions au principe de la concurrence.

Exceptions au principe de la concurrence	
1. Situations d'urgence	
2. Dépenses de moins de	25 000 dollars pour des biens et services
	100 000 dollars pour l'embauche d'ingénieurs ou d'architectes ou autres services nécessaires à la planification, conception, etc. d'un ouvrage
	100 000 dollars contrat de service pour l'ACDI
3. Il n'est pas d'intérêt public de faire appel à la concurrence	
4. Un seul fournisseur est en mesure de réaliser les travaux	
5. Contrat octroyé dans le cadre des ERTG (autochtone) ⁴⁷	
6. Contrat octroyé en vertu de CORCAN (services correctionnels - détenus)	

Source : <http://contractscanada.gc.ca/fr/chap1-f.htm#except>, consulté le 1^{er} juin 2004.

Sur cette toile de fond s'élabore un ensemble complexe de règles et d'engagements destinés à mettre en oeuvre trois principes distinguant la politique canadienne d'achats sur les marchés public : d'abord, le « faire faire ». Le gouvernement fédéral a en effet choisi de réduire à sa mission essentielle les tâches qu'il accomplit lui-même⁴⁸. Suivent le respect des règles de transparence et d'équité dans l'octroi de ces marchés et enfin le respect des politiques socio-économiques nationales. Le deuxième principe, comme nous le verrons plus loin, est essentiel

au respect des engagements commerciaux que le Canada a pris en vertu de AMP ou encore de l'ALÉNA (chapitre 10). Le troisième principe, à savoir la promotion des groupes vulnérables et des minorités visibles, repose pour sa part sur deux stratégies; d'abord, celle de la part réservée des marchés publics (*set aside*) que nous examinerons ci-dessous, et ensuite, la stratégie du PCF (examinée plus haut).

Tous les marchés publics octroyés par le gouvernement du Canada et par ses organismes sont soumis à l'obligation du soumissionnaire de faire la preuve de son engagement en vertu du PCF, si les conditions s'appliquent à lui : (1) le contrat est d'une valeur supérieure à 200 000 dollars et (2) le soumissionnaire est une entreprise qui embauche plus de 100 employés.

Les marchés publics et les accords de commerce

Les tableaux de l'annexe V font état des conditions dans lesquelles les règles issues de différents accords de commerce relatifs aux marchés publics doivent être respectées. Ces accords libéralisent *certaines marchés publics* au Canada selon *certaines seuils*. Dans le cas des accords autres que l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), cela signifie que des soumissionnaires étrangers pourront se voir accorder des contrats de fourniture de biens ou de services offerts par le gouvernement fédéral. Toutefois, seuls les soumissionnaires qui sont des entreprises embauchant plus de 100 employés au Canada (lesquelles entreprises peuvent être sous contrôle étranger) doivent faire la preuve de leur certification au PCF si le contrat octroyé a une valeur d'au moins 200 000 dollars.

Un marché public dont l'octroi n'est pas soumis aux accords de commerce ci-dessus examinés est néanmoins soumis aux fins de son attribution au principe prioritaire de la concurrence.

Les appels d'offre du gouvernement fédéral sont soumis à un processus assurant la transparence et l'équité. Ce processus repose sur un certain nombre de règles qui sont uniformes en vertu de tous les accords de commerce pertinents, entre autres :

- On doit annoncer publiquement les projets de marchés. Seul un projet de marché urgent, justifié en bonne et due forme par écrit, peut être diffusé selon un délai de préavis plus court dans le cadre de l'ALÉNA ou de l'AMP.
- *On ne peut pas fractionner ou sous-estimer les demandes d'achat* afin d'éviter de dépasser les seuils. Les accords l'interdisent expressément.
- Les caractéristiques techniques doivent être établies d'après le rendement, plutôt que d'après des caractéristiques de conception détaillées, et selon les normes admises (internationales ou nationales).
- On doit publier un préavis d'adjudication de contrat (PAC⁴⁹) pour chacun des marchés assujettis aux dispositions de l'ALÉNA et de l'AMP.
- Les ministères clients doivent fournir une justification lorsqu'ils font appel à des fournisseurs uniques ou qu'ils lancent des appels d'offres limités dans le cadre d'une demande d'achat.

En général, les accords commerciaux exigent :

- que l'on fournisse des renseignements clairs et détaillés, pour que tous les soumissionnaires connaissent les exigences à respecter;
- que le projet de marché n'ait pas pour effet d'exercer une discrimination à l'endroit des soumissionnaires qui sont en mesure d'exécuter les travaux;
- que toutes les conditions soient claires et diffusées au moment de l'appel d'offres;
- qu'on applique uniformément les modalités de sélection pour chacune des offres déposées;
- qu'on fasse connaître les exigences techniques à respecter.

L'analyse des principes régissant l'octroi des marchés publics au Canada, y compris ceux qui sont soumis aux exigences découlant des accords de commerce, révèle une totale indifférence à l'analyse comparative selon le sexe. Le gouvernement s'est réfugié derrière le PCF, bien que l'importance grandissante des marchés publics au Canada puisse « tirer vers le bas » la stratégie de l'équité en emploi, vu la piètre performance de ce programme. Dans le cas des marchés soumis aux exigences découlant des accords de commerce, des considérations supplémentaires s'ajoutent à cette indifférence. Ainsi, dans la négociation des seuils et de secteurs soumis aux accords, on n'a pas jugé utile d'examiner *a priori* les conséquences éventuelles sur l'emploi des femmes de l'octroi de marchés à des entreprises qui ne sont pas établies au Canada et qui n'y embauchent pas.

Le gouvernement canadien n'a jamais envisagé réserver des contrats (qui ainsi échapperaient d'une part au processus d'appels d'offre et d'autre part, aux exigences des accords de commerce lorsqu'ils sont applicables) aux entreprises féminines ou aux entreprises privilégiant la main-d'oeuvre féminine. Cette stratégie n'a pas été envisagée d'un point de vue historique (les règles d'attribution des marchés publics au Canada ont précédé la conclusion des accords de commerce) ou contemporain (le principe d'une part réservataire des marchés publics destinée aux femmes ou aux entreprises appartenant à des femmes aurait pu être préservé lors de la ratification, par exemple, de l'AMP ou de l'ALÉNA). À cet égard, le Canada a préféré emboîter le pas aux États-Unis sans s'interroger sur le fait que dans la lutte contre la discrimination, un phénomène distingue un pays de l'autre : au Canada, les femmes ont d'abord mené la lutte pour l'égalité alors qu'aux États-Unis, ce furent les minorités racisées (Lamarche, 1990, p. 73 et suiv.). Cette distinction explique la position historique des États-Unis en matière de « set aside ». Le « set aside » est cette stratégie par laquelle un État déclare réserver une part de marchés publics aux entreprises issues des groupes minoritaires (Lamarche, 1990, p. 108 et suiv.). Au Canada, c'est une vision très restrictive de cette stratégie qui a été retenue puisque la seule application concrète de l'équivalent du « set aside » concerne les entreprises autochtones. Or rien dans les accords de commerce ne contraignait le Canada à de telles limitations d'application. Comme nous le disions en introduction, la note de ratification de l'AMP par le Canada prévoit plutôt que le Canada pourra réserver de marchés destinés aux petites entreprises détenues par des minorités.

La stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones

En 1973, le gouvernement fédéral a adopté une politique en vue d'arriver à un règlement des revendications territoriales autochtones. L'objectif du gouvernement était alors d'échanger les

revendications de droits ancestraux indéterminés contre un ensemble précis de droits et d'avantages décrits dans une entente de règlement » (AINC, 2002a). Cet « échange de droits » sera avalisé par une série d'accords, certains particuliers, d'autre signés dans le cadre des Ententes de revendications territoriales globales (ERTG). En 1995, le gouvernement canadien adopta une nouvelle politique relative au droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et révisa les modes d'allocation des terres et des ressources pour les territoires soumis aux ententes. En vertu de ces ententes, le gouvernement doit s'assurer que « les entreprises faisant partie du groupe requérant ont accès aux marchés publics dans une région visée par une ERTG »⁵⁰. L'avis sur la politique sur les marchés 1996-1997 adoptée par le CT stipule par ailleurs que tous les ministères et organismes qui ont des budgets sur les marchés d'un million et plus doivent à cet effet prévoir avoir un « quota autochtone ».⁵¹ Le développement du « set aside » au Canada est donc essentiellement tributaire des ententes économiques issues des longues et parfois pénibles négociations entre le gouvernement canadien et les Autochtones. Ceci contribue à expliquer pourquoi aucun autre groupe minoritaire n'a profité de cette exception à ce jour.

Il existe deux types de marchés réservés aux Autochtones : les marchés réservés obligatoires qui concernent tous les contrats de 5 000 dollars et plus en biens ou en services et les marchés réservés facultatifs, lorsque leur valeur est inférieure à ce montant. De l'avis même du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC, 2002b), la Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones (SAEA) est un instrument socio-économique dont le fonctionnement respecte les lignes directrices énoncées dans les politiques du gouvernement du Canada en matière d'adjudication de marchés. L'objectif des activités d'adjudication de marchés du gouvernement consiste à obtenir des biens et services ainsi que des services de construction d'une manière qui résistera à un examen du public sous les aspects de l'équité, de l'ouverture et de la transparence et qui permettra d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix au profit des Canadiens. Tout en respectant la primauté des besoins opérationnels, le gouvernement du Canada poursuit des objectifs socio-économiques par le biais des activités d'approvisionnement. Ces objectifs socio-économiques incluent le développement industriel et régional à long terme ainsi que d'autres objectifs nationaux pertinents, tels que le développement économique autochtone.

La SAEA s'applique à l'extérieur des zones territoriales revendiquées, du moment où le contrat est « principalement » destinée à une population autochtone⁵². Lorsque le bien ou le service n'est pas destiné à un territoire visé (ERTG), la décision revient à « l'équipe » en charge des achats. Dans certains cas (Patrimoine canadien, par exemple), l'équipe a décidé de favoriser le développement de nouveaux secteurs d'affaires pour les entreprises autochtones et choisit les contrats en conséquence. De plus, chaque ministère reçoit du CT un objectif à atteindre dans le cadre des « quotas ». Cet objectif varie d'une année à l'autre selon les politiques d'achat du ministère. En vertu du rapport de rendement 2000 sur la SAEA, le taux de participation des ministères à ce programme n'aurait pas franchi la barre de 34 p. 100⁵³.

En général, l'impact de la SAEA est restreint car plus de la moitié des contrats passés par le gouvernement concernent des services que n'offrent pas les entreprises autochtones⁵⁴. Au total, entre 1997 et 2000, 32 158 contrats ont été accordés pour un total de 378 271 000 dollars. Moins de 10 p. 100 des contrats étaient à l'origine de 80 p. 100 de la valeur totale

des contrats octroyés. Toutefois, les objectifs de rendement ont augmenté pour la même période (de 78 à 135 millions de dollars)⁵⁵.

Parmi les obstacles identifiés et qui peuvent expliquer le faible rendement de la SAEA, l'évaluation du programme réalisée en 2002 révèle les faiblesses suivantes : connaissance des méthodes de commercialisation auprès du gouvernement (67 p. 100, taux positif de répondants); connaissance limitée des procédures de passation de marchés (67 p. 100); sensibilisation aux débouchés liés aux approvisionnements fédéraux (65 p. 100); bureaucratie et processus décisionnel au gouvernement (81 p. 100); obtention d'investissement financier (65 p. 100); exigences en matière de sécurité associées au dépôt de soumissions et aux contrats (62 p. 100).

L'évaluation faite de la SAEA révèle encore une fois une absence totale de considération pour les entreprises autochtones dirigées par une ou des femmes ou qui embauchent des femmes. Certes, cela ne signifie pas que les bénéficiaires de la SAEA leur échappent totalement. Mais comment le savoir? Cette interrogation revêt des allures pathétiques si l'on considère que la SAEA est la seule politique d'achats publics « réservée » qui soit opérationnelle au Canada.

La gestion du PCF tout comme celle des marchés réservés en matière de marchés publics soulèvent selon nous des questions relatives à l'accroissement de leur efficacité. Ces politiques sont importantes lorsqu'il s'agit d'accroître la part d'emploi des groupes les plus vulnérables au Canada et qui sont victimes de discrimination, directement (le PCF) ou indirectement (les entreprises autochtones et l'emploi autochtone). Il ne faut négliger ni l'importance de telles mesures pour les femmes ni l'intérêt des femmes entrepreneures au profit des marchés réservés. C'est pourquoi la question des améliorations souhaitables en ce qui concerne ces programmes sera aussi soumise à l'analyse des exigences des accords de commerce pertinents dans la prochaine partie.

Le PCF soumis aux accords de commerce : des questions pour la politique des marchés publics

Le traitement des entreprises bénéficiant de marchés public canadiens et l'obligation contractuelle (PCF) :

- le Canada promeut actuellement une politique dualiste en matière d'équité en emploi : tantôt les entreprises soumissionnaires sont soumises à l'obligation légiférée d'équité en emploi, tantôt elles sont simplement soumises à l'engagement prévu par le PCF. Ce système dualiste constitue-t-il de la discrimination commerciale? Répond-il à toutes les obligations de transparence prévues par les accords de commerce relatifs aux marchés publics?

Les marchés exclus (réservés) de l'application des accords de commerce et la définition des entreprises issues de groupes minoritaires :

- Seules les entreprises autochtones bénéficient actuellement des marchés réservés, c'est-à-dire des marchés publics exclus de l'application des accords de commerce relatifs aux marchés publics dans les secteurs soumis à ces accords. Le Canada peut-il, dans le respect de ses engagements commerciaux, élargir la définition de «groupes minoritaires» afin de la rendre compatible avec la définition des groupes désignés prévus par la *Loi sur l'équité en emploi*, notamment, en y incluant les femmes?

Le besoin d'un PCF équivalent aux obligations prévues par la Loi sur l'équité en emploi :

- Compte tenu de ses engagements commerciaux, le Canada peut-il imposer à toutes les entreprises étrangères qui embauchent au Canada les obligations de la *Loi sur l'équité en emploi* aux fins de l'octroi des marchés publics?

3. CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Comme nous le disions d'entrée de jeu, les faiblesses des stratégies légiférées et non légiférées d'équité en emploi au Canada portent atteinte au droit des femmes à l'égalité en emploi. Ces faiblesses peuvent être corrigées. Nous avons tenté d'identifier les correctifs requis. Cependant, compte tenu des nouvelles complexités introduites par les règles de certains accords commerciaux, le Canada peut-il donner suite à ces attentes sans porter atteinte à ses engagements internationaux? Nous avons aussi tenté de poser la question des correctifs requis sous l'angle des restrictions possibles qui pourraient émaner de certains accords de commerce. La partie suivante prend donc la question « par l'autre bout de la lorgnette » en examinant d'entrée de jeu les accords de commerce pertinents afin de répondre aux questions soulevées dans cette première partie.

PARTIE 2 : LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA ET LES EXIGENCES DÉCOULANT DES ACCORDS DE COMMERCE : POUR LE MEILLEUR OU POUR LE PIRE?

Nous avons consacré la première partie de cette étude exclusivement à l'examen du modèle canadien d'équité en emploi, comme si les politiques d'équité en emploi n'évoluaient pas, elles aussi, dans un environnement marqué par le commerce international. À dire vrai, nous nous sommes placées dans la position des décideurs canadiens qui, de la même façon, ont procédé en 2002 à l'évaluation des diverses dimensions de ces politiques sans égard pour la réalité et les exigences posées par les accords de commerce. Nous avons donc respecté le principe de réalité et tiré un certain nombre de conclusions relatives au besoin de bonifier tant la LÉE que le PCF exclusivement en fonction de la réalité canadienne. Les politiques d'équité en emploi comportent des dimensions spécifiques en ce qui concerne l'emploi des femmes, lesquelles nous avons tenté de mettre en évidence. Nous estimons donc avoir identifié, à ce point de notre démarche, ce qui accroîtrait, au bénéfice des Canadiennes, l'efficacité de ces politiques publiques.

La deuxième partie de l'étude se destine à explorer, à l'aide du diagnostic posé dans le chapitre précédent, la problématique de l'impact potentiel des accords de commerce sur « une » politique publique canadienne, soit celle relative aux mesures d'équité en emploi. Ce chapitre souhaite dépasser les affirmations habituelles qui tendent à banaliser ou au contraire à diaboliser l'impact des accords de commerce sur le droit des femmes à l'égalité en emploi. D'une part, certains prétendent que dans la mesure où les lois et les politiques sociales et du travail au Canada sont les mêmes pour toutes les entreprises, il n'y a pas lieu de s'inquiéter. Le Canada ne perdrait pas une « once de souveraineté » du fait des engagements de l'État au chapitre du commerce. À l'autre extrême, le mouvement féministe a souvent tendance à dénoncer globalement la participation du Canada à l'OMC et à l'ALÉNA en affirmant que cette institutionnalisation du commerce international entraîne pour le Canada une perte de souveraineté, et conséquemment, une perte de moyens en ce qui concerne la détermination des politiques publiques les mieux à même de promouvoir l'égalité des femmes en général, et plus spécifiquement en emploi.

Cette partie se veut uniquement une étude de cas. Elle ne souhaite pas disposer de tous les aspects qui font qu'à l'heure de la mondialisation, la *commodification* du travail des femmes s'accroît, tout comme la précarité de leurs conditions d'existence. Elle reformule plutôt cette problématique dans des termes juridiques restreints : les mesures d'équité en emploi peuvent-elles être sauvegardées, voire bonifiées, à l'heure des accords de commerce?

Nous constaterons que malgré les lieux communs et les principes propres aux accords de commerce, chaque cas est un cas d'espèce et qu'il est difficile de conclure globalement quant au sort des politiques publiques participant à la promotion du droit des femmes à l'égalité sans se pencher sur les particularités de chaque politique.

Dans le cas des mesures et des politiques d'équité en emploi, il nous est apparu que certains accords auxquels le Canada est partie devaient recevoir une attention particulière. Ainsi,

plutôt que d'aborder généralement l'effet des principes du droit économique international sur les mesures canadiennes d'équité en emploi, nous avons isolé deux des accords qui nous ont semblé plus pertinents : l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC. Dans chaque cas, des questions juridiques directement liées à la pérennité des mesures législatives et administratives d'équité en emploi au Canada sont en cause. Il en va de même des chapitres correspondant de l'ALÉNA. Nous avons donc retenu certains des accords ayant un effet potentiel direct sur les régulations domestiques pertinentes à l'achèvement de l'égalité en emploi des femmes. Ceci excluait donc des accords tel l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires de l'OMC. Cet accord concerne la capacité du gouvernement canadien de soutenir certains secteurs d'activités, et par effet, la main-d'oeuvre ou l'entrepreneuriat féminin. Il cherche à éliminer les subventions liées à l'exportation ou à l'utilisation de produits nationaux (art. 3) ainsi que les subventions *spécifiques* (art. 1.2 et 2) à l'exclusion toutefois de celles dont l'octroi et le montant sont définis par « des critères ou conditions objectifs », « clairement énoncés dans la législation » et « observés strictement » (art. 2.1 b)).

Ensuite, nous avons choisi d'isoler la question des investissements et du chapitre 11 de l'ALÉNA. La reconnaissance du fait qu'un employeur canadien peut être un investisseur au sens des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA a de quoi étonner. Pourtant, ces investisseurs ont des droits et les récents développements en matière de droit des investissements nous laissent croire qu'ils cachent des enjeux redoutables lorsqu'il s'agit de protéger la compétence et la capacité du gouvernement canadien d'adopter et de modifier des politiques publiques.

Enfin, nous avons décidé de nous attarder à la question de l'ordre public et des accords de commerce pour bien mettre en évidence qu'en ce qui concerne les mesures et les politiques canadiennes relatives à l'équité en emploi, le gouvernement du Canada ne pourrait déroger pour de tels motifs aux exigences de ces accords. Nous croyons donc être ici en présence d'un conflit « d'ordres publics » dans la mesure où incontestablement, l'égalité entre les sexes exprime une valeur et un droit qui participent de l'ordre public canadien.

Nos conclusions sont assez paradoxales. Nous avons acquis la conviction que les exigences de l'AMP, de l'ACGS et du chapitre 11 de l'ALÉNA ne remettent d'aucune façon en cause la légitimité des politiques canadiennes d'équité en emploi. Il en va autrement du contenu de ces politiques qui, afin de répondre aux exigences posées par ces accords, doit être bonifié. Le paradoxe est donc le suivant : alors que rien ne laisse croire à la volonté ferme du gouvernement du Canada de bonifier tant la LÉE que le PCF en fonction de son agenda politique « interne », la participation du Canada à l'OMC et à l'ALÉNA crée des demandes spécifiques et positives afin que ces programmes soient bonifiés et améliorés, éclaircis et rendus plus transparents. C'est donc un peu au nom des accords de commerce que la LÉE, par exemple, devrait être amendée.

Voilà la conclusion purement juridique, dirions-nous. Maintenant, il reste à savoir si le Canada préférera abandonner des politiques trop molles pour correspondre aux exigences posées par les accords de commerce ou les améliorer afin de les sauvegarder. Le gouvernement du Canada choisira-t-il plus ou moins d'interventionnisme à cet effet?

Chose certaine, son engagement aux accords de commerce lui interdit de « rester assis entre deux chaises », ce qui décrit assez bien l'état actuel des politiques d'équité en emploi au Canada.

Comment interpréter des concepts tel que celui de la transparence de « l'action publique » dans des contextes aussi sophistiqués que celui du Canada où, entre autres, le droit des Canadiennes à l'égalité ne repose pas seulement sur des garanties constitutionnelles, mais aussi sur une infinité de mécanismes administratifs et publics destinés à promouvoir ce droit? Les accords de commerce créent-ils à cet égard un effet de refroidissement ou encore, un effet paralysant? Méthodologiquement, il nous a été impossible de répondre à cette dernière question. Nous avons toutefois trouvé réponse aux questions précédentes : les accords de commerce exigent du Canada, aux fins du maintien des lois et mesures destinées à promouvoir l'équité en emploi, des amendements législatifs et le redressement des politiques publiques pertinentes. Ce constat exprime techniquement ce que le mouvement des femmes décrit intuitivement!

Cette partie est divisée en quatre sous-sections. Les trois premières examinent un accord de commerce particulier : 1) l'AMP et le chapitre 10 de l'ALÉNA; 2) l'AGCS et le chapitre 12 de l'ALÉNA; 3) le chapitre 11 de l'ALÉNA. La dernière section se penche sur la question de l'exception d'ordre public et de la sauvegarde des mesures d'équité en emploi. Dans chaque cas, nous nous sommes reposées sur les éléments du diagnostic énoncés dans le premier chapitre et nous avons conclu à une étrange coïncidence entre les constats « internes » du besoin de redressement des mesures d'équité en emploi au Canada et les exigences « externes » imposées par les accords de commerce examinés. Ce sont ces constats ainsi que d'autres, issus de l'absence d'une stratégie d'analyse comparative selon le sexe de l'impact des accords de commerce sur les politiques publiques canadiennes, que nous avons regroupés à la fin de chaque sous-section, à la rubrique « Qu'avons-nous appris? ».

4. LES ACCORDS DE COMMERCE RELATIFS AUX MARCHÉS PUBLICS ET LA SAUVEGARDE DES MESURES CANADIENNES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

Dans la première partie de cette étude, nous avons laissé en suspens des questions relatives à la validité de mesures d'équité en emploi au Canada, et plus particulièrement du PCF, compte tenu des exigences découlant des accords de commerce relatifs aux marchés publics. La présente section démontre 1) qu'il est légitime de la part d'un État d'introduire des considérations sociales dans des contrats de marchés publics destinés à des entreprises étrangères; 2) que ces exigences doivent cependant faire partie du contrat et concerner une loi prévoyant elle-même des obligations claires destinées aux entreprises concernées; 3) qu'il est donc nécessaire de procéder à la bonification du PCF et de la LÉE afin de satisfaire aux engagements commerciaux du Canada à l'égard des accords relatifs aux marchés publics; 4) que le Canada a ratifié les accords relatifs aux marchés publics sans évaluer l'impact de cette décision sur les femmes, indirectement bénéficiaires des emplois créés lors de l'octroi de ces marchés; et enfin, 5) que ces accords n'interdisent pas que soit réexaminée la question de l'entrepreneuriat féminin et de l'intérêt d'une portion réservée de marchés publics qui leur serait exclusivement destinée.

Les marchés publics de biens et de services et les considérations sociales

Chaque jour, les gouvernements achètent des biens et des services et s'approvisionnent de diverses manières auprès du secteur privé. C'est en fonction de cette réalité que se sont développées, particulièrement en Amérique du Nord et ce, en raison de la pression émanant des groupes minoritaires, des pratiques redistributives destinées à soutenir les entreprises minoritaires et le développement de l'emploi des membres issus de ces groupes à l'aide des marchés publics. Ces programmes connurent leur apogée au cours des années 1970, surtout aux États-Unis. Ils expriment des choix nationaux en matière de politiques sociales et économiques. Les marchés publics étant de grands marchés, ils ont par ailleurs été soumis à des pressions constantes visant à les libéraliser dès l'instauration du GATT.

D'une part, le gouvernement et ses entités voient dans l'ouverture des marchés l'occasion d'obtenir le « meilleur bien au meilleur prix ». D'autre part, les soumissionnaires voient dans les accords commerciaux relatifs aux marchés publics l'occasion de bénéficier de marchés soumis à des processus d'adjudication plus équitables et transparents. En effet, transparence et concurrence sont à la clé de la libéralisation des marchés publics. La première sous-section souhaite expliquer pourquoi la libéralisation des marchés publics ne signifie pas pour autant que les États renoncent à la nécessité et au bénéfice de préserver certains marchés nationaux à des fins sociales. Au contraire, la libéralisation des marchés publics progresse lentement parce que ces marchés sont au coeur de stratégies nationales, sécuritaires et sociales multiples.

Les marchés publics au sein du GATT

L'AMP est un accord plurilatéral⁵⁶. Autrement dit, les États membres de l'OMC n'ont pas l'obligation de le signer. Les pays liés par l'AMP constituent à vrai dire un « club » de pays

qui ont choisi d'accroître l'accès des entreprises étrangères à leurs marchés publics et de mener à cette fin une négociation axée sur le « donnant-donnant »⁵⁷. Le Canada fait partie de ce club, de même que son voisin, les États Unis. Les marchés publics constituent un aspect important de la vie quotidienne d'un État. Dans le cas des accords relatifs aux marchés publics, et ce, contrairement à d'autres accords de commerce, c'est ici le gouvernement (et ses entités) qui sont directement impliqués dans une transaction commerciale.

On évalue que les achats faits par les gouvernements représentent de 10 à 15 p. 100 du PNB d'un pays (Belley, 1995). Par gouvernement, il faut ici comprendre qu'il s'agit tout autant des gouvernements centraux que des entités dites sous-gouvernementales ou sous-centrales, telles les provinces, les municipalités ou les agences d'un niveau de gouvernement⁵⁸. Évidemment, la libéralisation des marchés publics constitue un enjeu très sensible pour un pays à haut potentiel d'exportation (Low et al., 1996; Jackson, 1989). C'est le cas du Canada. À notre connaissance, une étude destinée à évaluer la part des emplois ainsi indirectement créés et qui échoit aux Canadiennes n'a jamais été réalisée au Canada.

Dès les années 1970, un sous-groupe de négociation du GATT s'est entendu et l'*Accord relatif aux marchés publics*⁵⁹ (mieux connu comme le Code de Tokyo [Reich, 1998; Blank et Marceau, 1997]), signé dès avril 1979, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1981.

Le Code de Tokyo⁶⁰ ne concernait que les marchés publics de biens. Il prévoyait un recours aux Groupes spéciaux de règlement des différends (selon la procédure habituelle consacrée par le GATT), mais non, comme dans le cas des accords qui l'ont suivi, des mécanismes nationaux de contestation des procédures et des attributions d'offres. Au Canada, Le *Tribunal canadien sur le commerce extérieur* (TCCE) est l'organe chargé de disposer des plaintes des fournisseurs locaux et étrangers qui concernent la passation et l'adjudication des marchés publics. Le TCCE a compétence pour entendre les plaintes issues de l'AMP, mais aussi de l'ALÉNA⁶¹.

Les marchés publics en Amérique du Nord

L'ALÉNA contient également un chapitre sur les marchés publics. Selon Muggenberg (1993), l'ALÉNA se distingue des accords précédents parce qu'il est le premier dont la portée englobe les marchés publics de services. En effet, l'ALÉNA exige des entités concernées qu'elles soumettent les achats de services d'une valeur supérieure aux seuils déterminés aux exigences prévues par le chapitre 10 de l'Accord. À cette fin, les Parties ont privilégié la méthode de la liste négative : tous les services sont inclus sauf ceux qui sont explicitement exclus dans l'annexe à laquelle on réfère à 1001.1b-2 de l'ALÉNA.

Quantitativement, l'ALÉNA a quadruplé la valeur des marchés publics américains accessibles aux fournisseurs canadiens ou mexicains. Cependant, la valeur totale de ces marchés ne représentait, au moment de l'entrée en vigueur de l'Accord, en 1994, que 10 p. 100 de la valeur totale des achats gouvernementaux (Hart et al., 1997). Encore une fois et à notre connaissance, l'impact des dispositions de l'ALÉNA relatives aux marchés publics sur l'emploi des Canadiennes n'a fait l'objet d'aucune évaluation particulière.

Il fut décidé, lors des rencontres préparatoires au cycle de l'Uruguay, d'incorporer de nouvelles négociations sur les marchés publics à l'agenda. (Stewart, 1999). Il est à noter que les négociations n'eurent pas formellement lieu à l'intérieur du cycle de l'Uruguay, mais plutôt dans le contexte du club des pays membres du Code de Tokyo (Stewart, 1999). Cette spécificité explique largement pourquoi une majorité de pays développés sont membres de l'AMP.

Accord sur les marchés publics

L'Accord sur les marchés publics (AMP) se situe de par son contenu entre le Code de Tokyo et l'ALÉNA⁶². D'abord, le champ d'application de l'AMP inclut les services et les services de construction. Cet élargissement est toutefois contrebalancé par le fait que les Membres peuvent recourir à la méthode de la liste positive aux fins de la détermination des entités concernées. Elles ne sont donc pas soumises à la confection d'une liste négative prévoyant plutôt l'exclusion de certaines entités, comme dans le cas de l'ALÉNA. Toutes les Parties, sauf les États-Unis, ont eu recours à la liste positive, ce qui réduit la quantité de services soumis aux règles de l'AMP et la portée de l'Accord. De plus, les seuils financiers des contrats soumis aux règles de l'AMP sont beaucoup plus élevés que dans le cas de l'ALÉNA⁶³. Enfin, rappelons que tant dans le cas de l'ALÉNA que dans celui de l'AMP, certains services sont exclus de l'application des accords de libéralisation des marchés publics dont, par exemple, les services de santé, les services sociaux et les services publics.

À notre connaissance, aucune étude n'a été menée, lors de la conclusion de l'ALÉNA ou de l'AMP, afin de déterminer l'effet des seuils de contrats soumis aux accords ainsi que celui des exclusions (dans le cas de l'ALÉNA) sur l'emploi féminin au Canada. Cette étude aurait pu concerner tout autant le volume d'emplois que le type d'emploi féminin mis à risque par la libéralisation du commerce de certains types de services et de biens achetés par les entités gouvernementales.

On aurait été en droit de s'attendre à ce que l'analyse des effets de la libéralisation des marchés publics sur l'emploi féminin ait préoccupé les décideurs. Cette omission étonne d'autant que les marchés publics, plus particulièrement depuis les années 1970, ont un lien avec les politiques de développement national et régional ainsi qu'avec certaines politiques sociales, dont celle de l'équité en emploi.

À quoi ont historiquement servi les marchés publics

Comme le rappellent McCrudden et Arrowsmith (1998), les marchés publics ont été longtemps perçus comme un outil efficace de promotion des politiques économiques et sociales nationales. En réservant au marché local l'attribution de marchés publics, on prétendait promouvoir divers objectifs de nature sociale ou économique : parmi ces politiques, on peut citer l'allègement des taux de chômage accidentels ou structurels dans des régions données, la promotion de l'accès en emploi des membres de groupes minoritaires, celle de l'égalité entre les sexes en emploi, et enfin, la promotion des entreprises locales et de celles appartenant à des membres de groupes minoritaires (McCrudden et al., 1998).

En apparence, il existerait un conflit entre l'objectif de libéralisation des marchés publics (ouverture à des entreprises étrangères afin de déterminer la meilleure offre au meilleur prix) et celui de la promotion du développement régional et des politiques sociales nationales et locales. Dans la doctrine, on identifie ce problème comme étant celui des « politiques secondaires » relatives aux marchés publics, c'est-à-dire des politiques dont le respect n'est pas essentiel à l'accomplissement du contrat pour lequel un appel d'offres a été lancé par une entité gouvernementale. L'expression « politiques secondaires » est probablement douteuse, car si la considération « sociale » peut s'avérer être secondaire par rapport aux exigences du contrat, elle ne l'est certes pas par rapport au bien-fondé des stratégies déterminées par l'État et qui concernent au premier chef le développement social et économique d'un pays. C'est pourquoi nous préférons utiliser l'expression « considérations sociales » à la place de « politiques secondaires ».

Il faut par ailleurs distinguer la problématique des considérations sociales de celle des exceptions prévues par un État Partie à l'Accord. Des motifs de l'ordre de la sécurité nationale, de l'ordre public ou de la promotion « philanthropique » permettent à un État de soustraire certains marchés à l'application des accords⁶⁴. Il faut aussi distinguer les « considérations sociales » du choix de certains États de se réserver le droit d'attribuer des marchés publics qui seraient par ailleurs soumis aux accords afin de les offrir à des groupes plus vulnérables au sein de la société. On parle alors, pour utiliser l'expression américaine, de *set aside*. Car, c'est en vertu d'une note jointe à la ratification de l'Accord que les États signifient leur intention de réserver de tels marchés. À cette fin, l'État exclut complètement de l'application de l'Accord de telles offres de marchés plutôt que de les soumettre à des exigences issues de considérations sociales nationales. C'est le cas de la SAEA au Canada.

Par définition, les marchés ainsi réservés (*set aside*) contreviennent à l'esprit des accords de libéralisation des marchés publics. Non seulement privent-ils les fournisseurs de parts de marchés, mais en sus, ils évoluent dans un environnement politique et économique hautement volatile qui frustrent ces fournisseurs du point de vue de leurs attentes raisonnables. De plus, ils déséquilibrent les échanges entre les partenaires de l'Accord. Le recours à cette stratégie a atteint son apogée aux États Unis⁶⁵.

Le Canada a une attitude assez sombre par rapport au *set aside*, compte tenu des attitudes protectionnistes des États-Unis. Idéalement, il espérerait que les règles américaines du *set aside* soient levées. Dans la mesure où cela est hautement improbable, le Canada réagit d'une part en refusant d'étendre la portée de ses engagements et, d'autre part, en recourant de manière très timide au *set aside* sur son propre marché. Nous reviendrons⁶⁶ sur ce point car cette dernière attitude pourrait avoir des conséquences sur l'entrepreneuriat féminin et sur l'emploi des femmes au Canada.

Le cas des États Unis

Pour mieux comprendre la position « commerciale » du Canada, il faut brièvement relater la complexité de la situation américaine, qui, de l'avis de plusieurs auteurs, est loin de respecter les termes et l'esprit du projet de libéralisation des marchés publics. Deux régimes de passation des marchés publics régissent les entités fédérales américaines. Le premier régime s'applique aux pays avec qui les États-Unis ont signé un accord de libre-échange

(dont le Canada, le Mexique et l'Israël), à ceux qui sont Parties à l'AMP, aux pays membres de l'Initiative du bassin des Caraïbes et aux pays en développement désignés par le président des États-Unis. Dans ces cas, le *Trade Agreement Act* prévoit la non-application du *Buy American Act*. Une exception est toutefois prévue dans le cas du *Small Business Act*. Dans le cas des autres pays, les marchés publics sont alors soumis aux prescriptions du *Buy American Act*.

Le *Small Business Act*⁶⁷ cherche à promouvoir les intérêts des petites entreprises, ceux de certains groupes défavorisés ainsi que ceux de certaines zones défavorisées aux États-Unis. Parmi ses nombreuses mesures, on peut en souligner trois qui sont importantes.

- Lors d'achats publics d'une valeur comprise entre 2 500 et 100 000 dollars et dans le cas où deux entreprises ou plus ont soumissionné, le marché est automatiquement réservé à une petite entreprise. Les petites entreprises sont celles qui embauchent, selon les secteurs, entre 500 et 1 000 employés; cette définition de la « petite entreprise » distingue nettement l'économie canadienne de celles des États-Unis.
- Les petites entreprises détenues par certains groupes désavantagés (anciens combattants, Noirs, Hispanophones, Autochtones, femmes) peuvent obtenir une aide de l'État lorsqu'elles sont récipiendaires d'un contrat de sous-traitance issu de l'attribution d'un marché public.
- Enfin, certaines zones historiquement désavantagées sur le plan du développement (les *HUBzone* ou *Historically Underutilized Business Zones*) ont également droit à certains avantages non négligeables. En effet, une entité peut conclure un contrat avec une entreprise ayant siège dans une de ces zones en recourant à la procédure de marché réservé ou désigné (sans appel d'offres) lors d'un achat d'une valeur allant jusqu'à cinq millions de dollars, dans le cas de biens industriels, et jusqu'à trois millions pour les autres types d'acquisition.

Plus récemment, on a aussi vu émerger une littérature consacrée à l'analyse de la réforme FASA (*Federal Acquisition Streamlining Act* of 1994) introduite par le gouvernement Clinton. Destinée à alléger la procédure complexe et assez nébuleuse d'attribution des marchés publics fédéraux aux États-Unis et à en accroître la rapidité et la transparence, la FASA, dans les faits, permet de contourner les règles d'attribution de marchés publics en recourant à la stratégie de la création d'agences principales qui gèrent et concluent des « sous-marchés » (Schooner et al., 2003; Schwartz, 2002), selon un tarif prévu.

La réputation « déviante » du voisin américain justifie la prudence du Canada dans l'ouverture de « ses » marchés publics, particulièrement lorsque les règles de l'ALÉNA sont concernées⁶⁸. On constate donc l'existence d'une tension historique entre la dimension sociale et la dimension commerciale des marchés publics. D'aucuns seraient d'ailleurs tentés d'assimiler cette tension à l'habituel débat entourant le caractère protectionniste de certaines politiques économiques nationales. Toutefois, la portée de ces accords relatifs aux marchés publics est encore limitée (effet combiné des exclusions, des seuils de marchés, des exceptions et du *set aside*), certainement dans le cas du Canada.

Du point de vue de l'intérêt des Canadiennes de bénéficier des aspects sociaux des marchés publics, et plus particulièrement des effets de l'équité en emploi, le constat de la portée limitée de ces accords est plus ou moins rassurant car la négociation entourant la portée de l'AMP et du chapitre 10 de l'ALÉNA au Canada n'a pas tenu compte de l'impact des marchés publics sur l'emploi et l'entrepreneuriat féminin. Afin de comprendre pourquoi il aurait été utile de procéder à une analyse comparative selon le sexe des impacts de l'ouverture des marchés publics canadiens sur cette politique sociale spécifique qu'est l'équité en emploi, il faut évidemment regarder de plus près le contenu de ces accords.

Examen des règles relatives à la libéralisation des marchés publics selon l'AMP et l'ALÉNA

La doctrine (McCrudden, 1999) présente généralement les accords prévoyant les règles relatives à l'attribution des marchés publics en fonction des objectifs recherchés par de tels accords. Malgré les nombreuses restrictions en matière de libéralisation des marchés publics que maintiennent les États, ces règles visent au premier chef la transparence et l'équité dans la sélection et l'attribution des contrats de marchés publics lorsque sont mises en compétition des entreprises nationales et des entreprises étrangères. De manière extrêmement schématique, cette sous-section a pour but de présenter ces règles en faisant au besoin les références nécessaires aux dispositions de l'AMP et du chapitre 10 de l'ALÉNA. La compréhension de ces dernières est essentielle afin de mieux saisir comment ces accords tentent de libéraliser les marchés publics en interdisant des pratiques qui produiraient des effets discriminatoires entre les deux groupes d'entreprises. Les règles dont il est question ici concernent les procédures de sélection et d'attribution des contrats de marchés publics.

Les spécifications techniques

En vertu des articles VI de l'AMP et 1007 de l'ALÉNA, une entité qui rend publique une offre doit limiter la spécificité de cette offre aux dimensions techniques du produit ou du bien recherché. En d'autres mots, l'AMP et l'ALÉNA interdisent les appels qui recèleraient des dimensions ou de l'information cachées, incompréhensibles pour les entreprises étrangères, ou encore superflues aux fins de l'exécution du contrat offert. De telles pratiques pourraient porter atteinte au principe de la concurrence entre les soumissionnaires et constituer un obstacle au commerce.

Des procédures de passation des marchés libres de discrimination

En vertu de l'article VII de l'AMP et de l'article 1008 de l'ALÉNA, les procédures de passation des marchés publics doivent être libres de discrimination (entre les fournisseurs nationaux et étrangers) ET conformes aux exigences de l'Accord. Ces exigences sont énumérées aux articles VIII à XIII de l'AMP. Elles concernent la qualification des fournisseurs, les procédures destinées à inviter la participation des soumissionnaires, les procédures de sélection, les techniques de présentation des soumissions, la mise en disponibilité de la documentation relative à l'offre et, enfin, l'adjudication de l'offre. Les spécifications relatives à la qualification des fournisseurs ainsi que celles relatives à l'adjudication des marchés sont importantes pour notre propos.

La qualification des fournisseurs

L'article VIII(b) de l'AMP⁶⁹ stipule que les qualifications aux procédures d'appel d'offres sont limitées à celles indispensables pour s'assurer que l'entreprise est capable d'exécuter le contrat sollicité. Les conditions de participation imposées aux fournisseurs ne sont pas moins favorables aux fournisseurs des autres Parties qu'aux fournisseurs nationaux et ne font pas de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties. Ce rappel des principes des accords de commerce (le traitement national et le bénéfice des avantages offerts aux nations tierces les plus favorisées) ont fait dire aux experts que ce texte est beaucoup trop étroit pour soumettre le droit de soumissionner à des conditions autres que celles nécessaires à l'exécution du contrat (l'obtention d'un certificat d'équité en emploi, par exemple). Le texte de l'article VIII de l'AMP (tout comme celui des articles 1007 à 1015 de l'ALÉNA) ne fournit aucune indication certaine quant à la possibilité pour un État d'imposer, au stade de la soumission ou de la sélection, des conditions étrangères ou secondaires à la qualité des fournisseurs aux fins de l'exécution du contrat. Cela pose au Canada la question de la légitimité de l'exigence faite au soumissionnaire qui est une entreprise opérant depuis le Canada de faire la preuve de l'obtention du certificat d'équité en emploi dont RHDC a la responsabilité de l'émission. Un autre élément du texte de l'AMP suscite une controverse de même nature.

L'attribution d'un marché public et le principe de « pureté »

L'article XIII(4)(b) de l'AMP⁷⁰ prévoit que l'entité adjudgera le contrat au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux d'autres Parties, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offre. McCrudden (1999) propose qu'une lecture honnête de cette disposition ne permet pas de conclure que le modèle préconisé repose sur un principe de pureté économique, c'est-à-dire sur le principe selon lequel seule la meilleure proposition financière doit être retenue. Au contraire, ajoute-t-il, la capacité du soumissionnaire d'exécuter le contrat, tout comme l'évaluation par l'entité de la soumission la plus avantageuse, peuvent englober des considérations de politiques publiques, en matière environnementale, par exemple (McCrudden, 1999). Selon McCrudden (1999), il n'existe dans l'AMP aucune présomption à l'effet que les exigences de nature sociale attachées aux contrats de marchés publics soient irrecevables ou invalides. Arrowsmith (2003) est beaucoup plus réservée à cet égard.

De cette très brève présentation des règles relatives à l'AMP, il faut retenir ce qui suit en fonction de notre problématique : 1) il y a lieu de croire que l'on doit distinguer les conditions imposées par une entité au moment de la soumission de celles imposées par l'entité lors de la détermination des termes du contrat de marchés publics; 2) le texte de l'AMP, tout comme celui du chapitre 10 de l'ALÉNA, n'est pas clair en ce qui concerne l'imposition de conditions « sociales » à un soumissionnaire de marchés publics; 3) chose certaine, l'AMP n'exclut pas la possibilité que dans l'octroi d'un contrat de marché public par une entité, des considérations autres que celles fondées sur le prix du contrat et la compétence technique du fournisseur puissent entrer en ligne de compte.

Le cas de l'Accord sur le commerce intérieur

Dans ce contexte, il est intéressant de comparer le texte de l'AMP à celui de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI)⁷¹. L'article 500 de l'ACI, première disposition du chapitre réservé aux marchés publics intérieurs, prévoit l'application à ces marchés de l'article 404. Selon cette disposition de l'ACI, une restriction raisonnable aux règles de la libéralisation des marchés publics est légitime si elle est fondée sur un objectif gouvernemental aussi légitime. L'article 200 de l'ACI prévoit que les programmes de promotion sociale à l'intention des groupes défavorisés (200 g) constituent de telles mesures.

L'inclusion spécifique de cette exception distingue avantageusement l'ACI de l'AMP ou de l'ALÉNA en prévoyant explicitement que des programmes de promotion sociale constituent des motifs de discrimination acceptables dans l'attribution des contrats de marchés publics au Canada, sauf si leur usage est jugé abusif ou discriminatoire.

Le texte et le contexte des engagements du Canada au chapitre de la libéralisation des marchés publics ayant été posés, il convient maintenant de revenir à l'objet de notre étude de cas : l'examen du modèle canadien de l'équité en emploi. Loin de nous l'idée de prétendre que les exigences de l'équité en emploi ont fait l'objet de quelque plainte formelle de la part des fournisseurs établis au Canada et susceptibles de bénéficier des droits qui leur sont conférés à cet égard par l'AMP ou l'ALÉNA. La raison en est d'ailleurs fort simple : l'actuel PCF n'est pas un programme menaçant ou exigeant. Toutefois, nous sommes de celles qui croient, avec d'autres, que ce programme doit être renforcé. L'AMP permet-il de telles améliorations? Si oui, l'AMP impose-t-il des conditions à la bonification du PCF? Si oui, quel serait l'impact de ces exigences imposées *de l'extérieur* sur les Canadiennes? On nous opposera que la question est théorique, mais elle ne peut qu'être théorique puisque le Canada ne se livre pas à une analyse systématique de l'impact des politiques commerciales sur les politiques nationales qui avantagent les femmes.

Nous nous concentrerons dans un premier temps sur la question de la « politique sociale » canadienne que constitue le PCF car, rappelons-le, il s'agit d'un programme imposé aux fournisseurs des entités du gouvernement. Dans un second temps, nous nous attarderons à la portée du *set aside* que le Canada a enregistré à titre d'exception lors de la ratification de l'AMP et de l'ALÉNA. Dans le premier cas, il s'agira de voir si le Canada peut, comme le suggère les récentes évaluations de ce programme, renforcer le PCF sans porter atteinte à ses engagements commerciaux internationaux. Dans le second cas, il s'agira de voir quelles stratégies le Canada peut envisager afin d'examiner, du point de vue des femmes, l'élargissement de la portée du *set aside*. Enfin, nous tenterons de déterminer comment les Canadiennes pourraient ne pas rater le prochain rendez-vous international où le Canada sera appelé à revoir ou à déterminer les limites de la libéralisation des marchés publics.

L'objet de cette étude est donc beaucoup plus étroit que certains enjeux abordés par la littérature et qui traitent surtout de la question de savoir si une entité peut imposer de manière extraterritoriale des exigences sociales à ses sous-traitants (par exemple, le respect des règles relatives à la santé et à la sécurité au travail dans le pays d'où origine le bien ou le service « importé » aux fins du contrat de marché public). L'étude de cas se fonde sur un constat partagé par tous : le modèle canadien d'équité en emploi est utile et nécessaire, mais

doit être renforcé, particulièrement dans le cas du PCF. Ce modèle est aussi nécessaire à la promotion de l'emploi des femmes. Dans le cas des marchés réservés (*set aside*), la question est différente : il s'agit de savoir si les engagements commerciaux du Canada en matière de marchés publics empêchent ce dernier de promouvoir l'entrepreneuriat féminin au Canada par l'attribution de contrats réservés à un groupe dont on ne niera pas qu'il soit socio-économiquement désavantagé.

Les marchés publics et les politiques canadiennes d'équité en emploi

Au regard des exigences posées par les accords de commerce relatifs aux marchés publics, il semble que le Canada ait joué de prudence : d'une part, en précisant quelles entités sont exclues de l'application des règles de l'AMP et de l'ALÉNA relatives aux marchés publics et, d'autre part, en exemptant de l'exigence de l'obtention du certificat d'équité en emploi délivré par RHDC les entreprises qui soumissionnent et fournissent des biens et de services aux entités canadiennes à partir d'un point territorialement extérieur au Canada. Ce faisant, le Canada semble s'être rangé à la position de Arrowsmith (2003) qui plaide en faveur d'une telle stratégie.

La libéralisation des marchés publics a donc des conséquences sur le nombre d'entreprises soumises aux exigences de l'équité en emploi car elle entraîne la possibilité d'un nombre croissant de marchés publics octroyés à des fournisseurs opérant à l'étranger. Notons encore une fois l'absence d'analyse d'impact de ces décisions de libéralisation sur la portée réelle des programmes canadiens d'équité en emploi. Plus le nombre de fournisseurs des entités canadiennes à l'étranger croît, plus la portée du PCF décroît. De plus, le choix de ne pas imposer l'exigence du certificat d'équité en emploi aux entreprises soumissionnaires sises à l'étranger ne règle pas totalement la question du régime dualiste⁷² auquel sont soumises les entreprises canadiennes et les entreprises canadiennes « sous contrôle étranger ». C'est vers l'examen des conséquences et du potentiel de cette asymétrie que nous nous dirigeons.

Avant d'aborder cette question plus technique cependant, nous allons approfondir la question des politiques sociales à titre d'exigence découlant des contrats de marchés publics. Nous verrons qu'à cet égard, la lettre et l'esprit des accords de marchés publics posent des conditions qui, ironiquement, imposeraient au gouvernement canadien l'obligation de donner suite aux dernières recommandations faites par diverses institutions canadiennes qui proposent la bonification du PCF. Or cette bonification ne pourrait que bénéficier aux Canadiennes.

Les mesures d'équité en emploi et la légitimité des considérations sociales en matière de marchés publics

Les auteurs s'étant intéressés à la question de l'intégration d'exigences de politiques sociales dans les contrats de marchés publics ainsi qu'à celle de la légitimité de ces exigences dans le cadre des accords de commerce relatifs aux marchés publics concluent que la réponse n'est pas définitive. Un fait demeure : tous s'inspirent du modèle européen afin d'orienter leur réflexion. Là aussi, les directives européennes relatives aux marchés publics ne traitent pas directement de la question. Les premières directives européennes régissant les procédures de marchés publics datent du début des années 1970⁷³. Si elles vont plus loin que l'AMP dans

la libéralisation de ces marchés, elles restent néanmoins soumises aux principes inscrits dans le Traité instituant la Communauté européenne, lequel a intégré de larges pans de la politique sociale avec la signature du Traité d'Amsterdam⁷⁴.

Les clauses en faveur de la promotion professionnelle des femmes dans les contrats de marchés publics ne sont pas interdites par les règles de la Communauté et les mesures d'action positive sont même encouragées par différents articles du Traité d'Amsterdam (Tobler, 2000). Citons à titre d'exemple l'article 141(4) du nouveau Traité instituant la Communauté européenne qui, après la révision d'Amsterdam en 1997, prévoit que « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ». Citons également, la deuxième Directive sur l'égalité de traitement⁷⁵ et plus particulièrement l'article 2(4) de cette Directive : « La présente Directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1^{er} »⁷⁶. Tout comme dans le cas du droit canadien, les mesures positives ou proactives d'équité en emploi sont légitimes en droit communautaire européen.

La CJE a d'abord jugé non conforme au droit européen et aux accords de commerce européens relatifs aux marchés publics les situations où des mesures législatives nationales obligeaient les contractants des entités publiques à employer de la main-d'oeuvre, du matériel, des biens ou des équipements locaux⁷⁷. Dans le cas de l'Italie, la CJE a rejeté la prétention selon laquelle ces considérations pouvaient être comprises dans le cadre des exceptions « d'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique », prévues aux articles 56 et 66 du Traité de la Communauté européenne⁷⁸.

La question s'est ensuite posée de savoir si les processus de sélection et d'attribution des marchés publics, ainsi que les critères retenus à cette fin, devaient être fondés uniquement sur les exigences explicitement prévues par les Directives (qualification du fournisseur ou capacités techniques, par exemple). Selon certains auteurs, dont Tobler (2000), les directives autoriseraient certaines marges de manoeuvre destinées aux entités. Ainsi, elles ne seraient pas exhaustives en ce qui concerne les critères qui peuvent être pris en compte pour déterminer l'offre la plus économiquement avantageuse⁷⁹.

En fait, le droit communautaire à cet égard n'est pas clair, notamment parce que la question des exigences sociales dans les contrats de marchés publics n'est pas explicitée dans les Directives ayant trait à l'attribution de ces marchés. La Cour de Justice européenne (CJE) a néanmoins exprimé une opinion favorable à l'introduction de ces « clauses sociales » dans les contrats de marchés publics, entre autres dans l'affaire *Beentjes*⁸⁰. Dans *Beentjes*, la CJE a validé des conditions contractuelles qui ne sont pas prévues par les Directives européennes sur les marchés publics. Il s'agissait alors d'une clause stipulant que le fournisseur devait embaucher au minimum 70 p. 100 de chômeurs de longue durée en recourant aux services de placement national.

McCrudden⁸¹ en conclut que les directives européennes relatives aux marchés publics ne doivent pas être considérées comme un code complet. La fonction des directives serait de poser les bases des exigences techniques et procédurales ayant trait à certains aspects de la procédure d'appel d'offre, mais ces directives laisseraient toute discrétion aux entités quant aux offres qu'elles retiendraient et aux conditions qu'elles imposeraient aux contractants. Les soumissions pourraient donc être rejetées au nom d'un manquement anticipé à la réalisation d'un objectif particulier spécifié par l'entité, y compris dans le cas d'un objectif social. Tobler (2000) conclut pour sa part à l'existence d'une « catégorie de conditions spécifiques additionnelles » possible, qui ne touche ni à la personnalité du fournisseur, ni à ses capacités techniques, mais qui peut entrer en ligne de compte dans l'attribution d'un contrat de marché public, sans pour autant favoriser ou défavoriser certaines catégories de fournisseurs.

C'est la position que va adopter la Commission européenne en 2001 lorsque, à la suite d'une Communication de la Commission (1998) intitulée « Les marchés publics dans l'Union européenne », elle publie une Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et aux possibilités d'intégration de considérations sociales dans les contrats de marchés publics (CE, 2001).

Des conditions contractuelles « à but social » peuvent donc paraître dans les contrats de marchés publics tant qu'elles n'ont pas pour effet 1) de restreindre au bénéfice des fournisseurs « nationaux » l'étape de sélection des candidats et 2) de priver de manière discriminatoire les entreprises des autres Parties de l'accès au contrat. Ainsi, des poursuites pourraient être engagées contre des contractants qui, une fois le contrat attribué et les clauses sociales énoncées, ne prendraient pas en compte cette condition « sociale » dans l'exécution du contrat. La Commission semble privilégier l'introduction des conditions contractuelles à l'étape de l'attribution du contrat sous le critère du fournisseur « économiquement le plus avantageux ».

Vu l'ambiguïté générale des textes, cette position semble raisonnable. Conséquemment, des politiques secondaires à l'accomplissement d'un contrat de marchés publics devraient n'être imposées qu'aux entreprises présentes sur le territoire de l'entité offrante et être prévues à titre de condition du contrat.

Le programme canadien d'équité en emploi et les entreprises étrangères

Très souvent, la littérature relative aux accords sur les marchés publics oppose les marchés octroyés à l'extérieur du pays à ceux octroyés et réalisés plutôt à l'intérieur de l'État dont est ressortissante l'entité publique offrante. Nous avons déjà dit que le Canada avait à cet égard adopté une attitude prudente. Les mesures d'équité en emploi (prévues par la LÉE ou en vertu du PCF) ne concernent que les entreprises établies au Canada et qui embauchent au Canada, lorsque ces dernières soumissionnent des marchés publics. Certains diraient que la cause est donc entendue et que ces entreprises opérant au Canada et régies par le droit canadien doivent simplement être traitées comme des entreprises canadiennes, ce qui exclurait toute comparaison entre les entreprises canadiennes « nationales » et les autres entreprises « sous contrôle étranger ». L'aspect déroutant des accords de commerce, cependant, complique les choses. En effet, l'article III de l'AMP⁸² étend le bénéfice de

la non-discrimination en matière d'attribution de contrats publics au fournisseur établi sur le territoire de l'entité, indépendamment du degré de contrôle ou de participation étrangère dans cette entreprise.

Nous avons fait état dans la première partie de l'étude du sort des entités, des services et des seuils de marchés publics exclus de l'application de l'AMP et de l'ALÉNA⁸³. Dans le cas d'appels d'offres de cette nature, les entreprises soumissionnaires ne peuvent prétendre à aucun droit spécifique issu des accords commerciaux de marchés publics. En d'autres mots, l'équité en emploi (sous quelque forme) ne pourrait être un facteur de discrimination commerciale dans le cas de ces entreprises lorsqu'elles soumissionnent des marchés de biens ou de services offerts par des entités exclus de l'application des accords ou encore des marchés de services exclus en raison de leur nature (santé et services sociaux, par exemple) ou du montant du marché offert. Pour une large part des marchés publics, la compétence du Canada de resserrer les exigences législatives ou administratives en matière d'équité en emploi et de marchés publics est donc totalement intacte.

Concentrons-nous donc sur ces entreprises « canadiennes sous contrôle étranger », qui, bien que soumises aux lois et aux politiques canadiennes, dont celles relatives à l'équité en emploi, n'en sont pas moins détentrices de droits en vertu de l'AMP et de l'ALÉNA. Rappelons d'abord qu'environ 800 entreprises canadiennes diverses sont inscrites au registre de RHDCC, destiné à attester de l'existence du certificat d'engagement en matière d'équité en emploi. Rappelons aussi qu'environ 400 d'entre elles sont des entreprises régies par le droit fédéral parce qu'elles exercent des activités de compétence fédérale. Il aurait été fastidieux, mais possible, de déterminer exactement combien de ces entreprises sont des entreprises canadiennes « sous contrôle étranger ». Cela aurait-il été bien utile? Nous préférons retenir qu'il existe au Canada environ 800 entreprises susceptibles de soumissionner des marchés publics et que, du point de vue de la politique sociale que constitue l'équité en emploi, ces entreprises ne sont pas toutes également situées. Ce qu'elles ont en commun, c'est un statut d'employeur canadien embauchant plus de 100 employés. Cela fait tout de même d'elles des entités non négligeables, du point de vue de l'emploi féminin.

Loin de nous l'idée de prétendre que dans l'état actuel des choses, les entreprises qui ne sont pas soumises à la LÉE auraient quelque raison de se plaindre. Leurs obligations sont aussi formelles que minimales, nous l'avons démontré. Nous avons aussi démontré l'urgent besoin de redresser les obligations liées au PCF. C'est dans cet esprit de redressement que se posent certaines questions liées à l'AMP et à l'ALÉNA : peut-on imposer des obligations supplémentaires aux entreprises canadiennes « sous contrôle étranger » lorsque ces dernières soumissionnent aux fins de l'octroi de marchés publics et qu'elles ne sont pas soumises à la LÉE?

Les entreprises « sous contrôle étranger » qui ne sont pas soumises à la compétence fédérale doivent faire la preuve, aux fins de l'accès aux marchés publics canadiens, de l'obtention d'un certificat d'engagement en matière d'équité en emploi. Ce certificat est délivré par RHDCC sans autre formalité, non plus que sous condition de progrès dans la réalisation des

objectifs d'équité en emploi. On a récemment évoqué la possibilité de soumettre au moins ces entreprises à l'obligation de faire rapport de ces progrès (CPDRHCPH, 2002a). Selon ce scénario, le défaut de faire rapport entraînerait la suspension du certificat d'engagement. Dans les faits, ce certificat donne aux entreprises (sous contrôle étranger ou non) accès aux processus d'appel d'offres des marchés publics. La suspension d'un tel certificat aurait alors pour effet de priver les entreprises établies au Canada, mais qui sont sous contrôle étranger, de leur droit à un processus conforme à l'AMP. Cette procédure contreviendrait à l'esprit de l'AMP. Elle équivaut à une condition de qualification des fournisseurs aux fins de leur participation au processus d'appel d'offres et qui ne concerne pas leur capacité technique de soumissionner.

Dans l'élaboration de propositions destinées au renforcement du PCF, le CPDRHCPH n'a nullement tenu compte du fait que certaines entreprises canadiennes sont aussi des « entreprises canadiennes sous contrôle étranger » et qu'à ce titre, elles peuvent détenir des droits spécifiques, dont celui de ne pas être écartée comme soumissionnaire en vertu d'une considération sociale, selon le type de marché public dont il est question. Les exigences commerciales issues des engagements commerciaux du Canada n'ont donc pas « percolé vers le bas » non plus qu'on en a anticipé les effets lors de leur détermination.

La LÉE prévoit que les entreprises régies par la LÉE ainsi que celles soumises au PCF devraient faire l'objet d'obligations équivalentes en matière d'équité en emploi⁸⁴. La LÉE suggère, en partie, la réponse au problème posé ci-dessus. L'origine de l'article 42(2) de la LÉE n'a rien à voir avec l'AMP. Lors de son élaboration, il s'agissait de rechercher une utilisation maximale du modèle de l'obligation contractuelle imposée aux entreprises soumissionnaires. Les discussions entourant cette mesure ne font aucunement état du problème des entreprises sous contrôle étranger. À l'heure des accords de commerce, toutefois, on constate que les raisons pour lesquelles le gouvernement devrait donner suite à l'article 42(2) de la LÉE ne sont plus strictement d'ordre local. Nous sommes donc en présence d'un cas où les exigences découlant des accords de commerce avantagent indirectement les femmes qui ne pourraient que bénéficier du renforcement du PCF.

L'effet combiné de l'AMP et des exigences issues du programme canadien d'équité en emploi est simple : toutes les entreprises soumissionnaires auprès des entités fédérales doivent s'attendre à se voir imposer contractuellement le respect de la LÉE. Dans la mesure où toutes les entreprises soumissionnaires auraient des obligations équivalentes, le Canada se trouverait à valider le recours à des politiques sociales en matière de marchés publics et à avantager les Canadiennes au travail. Toutefois, la récente évaluation de la LÉE et du PCF révèle que toutes les entreprises sont réticentes à une telle solution. De plus en plus, elles décrivent l'équité en emploi comme un processus lourd, coûteux, long et imprévisible (CVC, 2002). La question des politiques sociales attachées aux contrats de marchés publics n'est donc pas simple, du point de vue politique et économique. Compte tenu de leurs droits, à quelle intensité d'obligation le gouvernement fédéral est-il prêt à soumettre les entreprises soumissionnaires qui sont canadiennes, mais sous contrôle étranger?

Si le manque de rigueur avec lequel fut géré jusqu'à ce jour le PCF est garant de l'avenir, ce programme pourrait succomber aux exigences de l'AMP ou de l'ALÉNA, non pas parce que

de telles mesures sont interdites, mais bien plutôt parce que ces accords augmentent la pression qui s'exerce sur les programmes de deuxième génération (mesures proactives) destinés à promouvoir l'égalité en emploi, et notamment l'égalité des femmes en emploi. Il va de soi que tout élargissement de la liste des entités gouvernementales soumises à ces accords ne ferait qu'exacerber le problème. Cette problématique participe aussi d'un autre phénomène soulevé dans le cadre de l'examen du chapitre 11 de l'ALÉNA relatif aux investissements. Il s'agit de l'« effet paralysant » (*chilling regulatory effect*) des accords de commerce, dont on peine toujours à faire la preuve (Appel Molot, 2002). Le gouvernement canadien a choisi d'exempter du PCF les entreprises étrangères (sises à l'étranger) qui soumissionnent des contrats publics. Il n'avait pas à considérer l'autre partie de l'équation puisque le PCF n'est pas, à ce jour, un programme contraignant et que les entreprises s'en satisfont largement. Dans l'hypothèse où la population exige toutefois le renforcement de ce programme social, la question se pose différemment parce que « l'international contraint le national » à des procédures très précises à cet égard.

Une autre dimension de la problématique doit de plus être considérée. McCrudden propose qu'afin de sauvegarder les politiques sociales dans le cadre de contrats de marchés publics, les contrats eux-mêmes doivent explicitement prévoir l'engagement des soumissionnaires à respecter certaines lois. Pour ne pas porter atteinte à la transparence des processus d'adjudication des contrats publics, l'auteur propose que les conditions contractuelles stipulées se limitent aux législations directes. Par législation directe, on entend ces législations qui imposent des obligations objectives aux employeurs : le respect du salaire minimum, la durée du travail, l'interdiction de la discrimination. Le Canada fait partie de ce groupe de pays qui peut s'enorgueillir d'avoir dépassé le stade des lois de première génération en matière d'égalité. Toutefois, les législations proactives d'équité en emploi, qui en constituent un exemple, ne sont pas des législations dites directes. Elles exigent non seulement un haut degré d'implication de la part de l'entreprise, mais aussi une intense négociation entre l'agence responsable de leur respect et l'entreprise aux fins de la vérification de l'atteinte de conformité aux objectifs recherchés par la LÉE. Si, en matière d'équité en emploi, il y a un cheminement prévu par la Loi, il n'y a pas qu'une bonne réponse. Déjà, les employeurs canadiens se plaignent des ambiguïtés et des complexités que recèle cette Loi. Les pressions ainsi mises sur ce type de législations ne sont qu'accrues par les exigences découlant des accords de commerce qui mettent au premier plan la transparence des procédures commerciales. Afin donc de sauvegarder les politiques d'équité en emploi au Canada et de respecter l'exigence de transparence qui distingue l'AMP et le chapitre 10 de l'ALÉNA, il faudra envisager d'« éclaircir » le texte de la LÉE au chapitre des obligations des entreprises afin d'explicitier les obligations directes des entreprises en matière d'équité en emploi.

Le set aside

Nous avons vu que l'AMP et l'ALÉNA contiennent des exceptions spécifiques insérées par les pays. Le Canada a prévu que ces accords ne seront pas applicables aux marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités⁸⁵. Nous avons aussi vu dans la première partie de cette étude que seules les entreprises autochtones bénéficient actuellement au Canada de cette politique d'exception (SAEA). Enfin, nous avons souligné que cette politique a récemment fait l'objet d'une révision. Les conclusions ont confirmé la

légitimité ainsi que l'utilité de ce programme et ont révélé que plusieurs efforts devront être consentis afin d'en accroître la visibilité et la portée. Selon le MAECI, le *set aside* n'a fait l'objet d'aucune évaluation quant à sa portée depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA. Dans ce contexte, les représentants du MAECI évoquent le manque d'intérêt des petites entreprises non autochtones à être régies par un tel programme d'exception. On ne se souvient toutefois pas si la problématique des petites et des très petites entreprises appartenant à des femmes a alors été considérée.

Dans tous les cas, le MAECI affirme que le libellé de la note du Canada n'interdirait pas de tels développements si les programmes destinés aux femmes étaient conçus avec minutie. Cette minutie est sans doute celle qui distingue la SAEA. Elle détermine avec précision ce qu'est une entreprise autochtone, comment les ministères et les agences du gouvernement fédéral peuvent choisir de réserver un marché pour ces entreprises, comment celles-ci en sont informées, comment elles peuvent soumissionner et comment le marché est adjudgé⁸⁶. Considérons de surcroît qu'il subsiste au Canada bon nombre de marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords de commerce et dont les entreprises appartenant à des femmes pourraient bénéficier. Dans le cas des États-Unis, le *Small Business Act* prend résolument partie en faveur des entreprises détenues non seulement par des groupes minoritaires racisés, mais aussi par des femmes. Cela inclut *a fortiori* les petites entreprises détenues par des femmes issues des minorités raciales. L'exception enregistrée par le Canada n'exclut pas cette hypothèse (petites entreprises et entreprises détenues par des minorités).

Qu'avons-nous appris?

La négociation des accords relatifs aux marchés publics et le Canada

Le Canada ne dispose pas d'un mécanisme de consultation inter-ministériel, inter-gouvernemental et mixte (gouvernement-entreprises-société civile) destiné à appréhender l'impact (neutre, positif ou négatif) des engagements commerciaux internationaux sur les politiques sociales canadiennes. Ainsi, RHDC n'a pas été sollicité à cette fin non plus qu'il n'a jugé utile d'agir de son propre chef. Il en va de même pour la CCDP. Le souci du gouvernement canadien semble se limiter à la prise en compte de l'impact économique de ces engagements commerciaux.

L'absence d'analyse comparative selon les sexes

Dans une logique globale d'ouverture des marchés publics, l'impact général de cette ouverture sur les volumes d'emploi au Canada est considéré. Cependant, ces considérations ne sont pas désagrégées. Ainsi, le jeu complexe des interactions entre 1) les inclusions/exclusions des entités soumises à de tels accords; 2) les seuils de soumissions des contrats publics aux accords; 3) la nature des contrats de marchés publics; 4) les relations entre les contractants et les sous-contractants; et 5) les ratios entre les entrepreneurs nationaux et ceux « sous contrôle étranger » a un impact non seulement sur le volume total d'emplois féminins au Canada, mais aussi sur la nature de ces emplois et les protections dont ils bénéficient. Qui sont les entreprises canadiennes « sous contrôle étranger » qui bénéficient de droits en vertu de l'AMP ou de l'ALÉNA? Combien d'employés embauchent-elles? Sont-ce des secteurs d'emplois féminins? Des secteurs non traditionnels? Des secteurs dans lesquels la CCDP espère implanter plus fermement les exigences de l'équité en emploi? En résumé, quels sont

les « enjeux de l'emploi féminin » dont sont responsables les employeurs soumissionnaires de marchés publics sous contrôle étranger au Canada?

L'applicabilité du set aside aux entreprises contrôlées par des femmes

Depuis la conclusion de l'ALÉNA, la question de la stratégie du *set aside* au profit des entreprises canadiennes contrôlées par des femmes n'a pas été envisagée. Seule la question générale du recours au *set aside* destiné aux petites entreprises canadiennes a été examinée jusqu'à présent, pour conclure que ces entreprises ne sont pas intéressées par de tels marchés. De même que dans le cas de la SAEA destinée aux entreprises autochtones, il n'est pas impossible, non plus qu'interdit, d'envisager l'implantation d'une telle stratégie ciblant les entreprises féminines, à condition bien sûr que ses limites et conditions d'accès soient clairement définies. Nous croyons que le gouvernement canadien devrait examiner la question dans la mesure où le volume de marchés publics attribué à des entreprises étrangères ou sous contrôle étranger est appelé à croître à moyen terme.

La bonification du PCF

Nous avons expliqué pourquoi, dans sa forme actuelle, le PCF et sa gestion ne répondent pas aux exigences de l'AMP et de l'ALÉNA en ce qui concerne les entreprises et les entités soumises aux accords relatifs aux marchés publics ou bénéficiaires de droits en vertu de ces accords. Nous avons constaté que cette considération « locale » n'a pas fait l'objet d'une attention suffisante lors de l'évaluation du PCF complétée en 2002, notamment parce que la sphère « commerciale » et la sphère « sociale » ne bénéficient pas de mécanismes de dialogue nécessaires à l'examen de la conformité des politiques sociales canadiennes aux exigences découlant des engagements commerciaux internationaux. Cette absence d'interface entraîne des conséquences négatives pour les femmes, à titre de groupe désigné par les mesures d'équité en emploi.

Les amendements à la Loi sur l'équité en emploi

Des amendements sont requis à la LÉE afin d'éclaircir les obligations des entreprises canadiennes qui lui sont soumises et de valider par une référence directe aux obligations de la LÉE les engagements des entreprises sous contrôle étranger qui embauchent au Canada et qui bénéficient de marchés publics. Pour répondre aux questions posées dans le premier tableau-synthèse de la première partie de cette étude, notons que rien dans les accords relatifs aux marchés publics ne restreint la compétence du gouvernement fédéral de procéder à de tels amendements. *A contrario*, le défaut d'apporter à la Loi les précisions nécessaires en ce qui concerne les obligations des entreprises pourrait porter atteinte à la capacité du gouvernement de contraindre les entreprises sous contrôle étranger à mettre en oeuvre l'équité en emploi en recourant à des conditions supplémentaires issues directement de la Loi et intégrées au contrat. En résumé, il faudrait éviter que dans le cas des mesures canadiennes d'équité en emploi, les acteurs ne succombent au syndrome de la paralysie réglementaire en omettant de procéder à l'amélioration de la Loi ou du PCF.

Et la Zone de libre-échange des Amériques?

Rien ne laisse croire que dans le cours des propositions canadiennes relatives à la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA), quelque élément n'altère l'analyse ci-dessus livrée. Dans ce dernier cas cependant, le gouvernement pourrait remédier à l'absence d'analyse

comparative selon le sexe en demandant aux ministères, institutions et agences concernés de se pencher sur l'impact possible de ces propositions sur les politiques d'équité en emploi qui avantagent les Canadiennes. Cette opération concernerait au premier chef RHDCC et la CCDP.

5. L'AGCS ET LES MESURES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA

Le fait pour un État d'être partie à un accord de libéralisation commerciale ne signifie pas *a priori* que ce dernier est dépossédé de ses compétences en matière sociale, économique ou environnementale. La déconstruction de ce mythe ne peut être accomplie que par des études de cas qui doivent aller au-delà des chiffres relatifs au volume total d'emplois créés ou perdus.

L'objet de notre étude concerne uniquement les entreprises canadiennes et les entreprises étrangères qui assurent une présence commerciale au Canada et qui sont donc soumises au droit canadien. On pourrait disposer de la question en affirmant que dans la mesure où l'application de la LÉE est la même pour toutes ces entreprises, les accords de commerce issus de l'OMC ne l'affectent d'aucune manière. Ce serait peut-être encore une fois négliger le fait que ces mêmes accords supposent de la part des États un certain comportement en ce qui a trait à l'administration des lois et des politiques nationales. Ce comportement est d'abord guidé par l'obligation de ne pas maintenir des normes et des pratiques qui engendreraient de la discrimination entre les entreprises canadiennes et les entreprises étrangères. Cette première exigence guidera notre examen de la conformité non seulement de la LÉE, mais aussi de son administration aux accords de commerce, et plus particulièrement à l'Accord général sur le commerce des services (AGCS⁸⁷). En regardant de plus près les enjeux soulevés par cette première question, on constate qu'elle doit être raffinée. Car rarement se trouve-t-on placé devant une situation où tous les secteurs, les biens ou les services produits, importés ou exportés au et en provenance du Canada sont complètement soumis aux règles de base des accords de l'OMC.

Chaque enjeu doit donc être relativisé en fonction de cette variable. Ce n'est donc pas le volume total d'emplois féminins qui est concerné par la libéralisation, par exemple, des services. En effet, la structure complexe, mais très intéressante, de l'AGCS de l'OMC confère à cet égard des marges de manoeuvre cruciales au gouvernement canadien⁸⁸.

La présente sous-section s'intéresse à l'AGCS. Pourquoi⁸⁹? Premièrement, parce que l'AGCS est un accord symbolique de l'OMC. L'AGCS est l'accord de commerce de l'OMC par lequel les règles de libéralisation des services ont été introduites en droit économique international. Or le lien entre l'emploi féminin et le secteur des services n'est plus à démontrer. C'est d'ailleurs dans ces secteurs que croît non seulement le volume d'emplois au Canada, mais aussi le volume d'emplois féminins. C'est aussi dans ce secteur que s'accroît la précarité de l'emploi féminin. Deuxièmement, l'AGCS est un accord complexe et d'une certaine façon, d'une facture remarquable. Nous verrons que les engagements spécifiques consentis par un pays, s'il sont minutieusement énoncés, peuvent permettre une réconciliation des enjeux relatifs d'une part, aux politiques et aux valeurs nationales, et d'autre part, aux impératifs de la libéralisation des échanges de services. Troisièmement, la notion de discrimination commerciale à l'encontre des entreprises à qui l'AGCS confère des droits est subtile : elle concerne les « mesures » prises par les États qui affectent le commerce des services. Enfin, l'AGCS, de par sa nature complexe, nous est apparu constituer un exemple utile en vue d'un plaidoyer favorisant l'introduction, dans la politique canadienne,

d'une analyse comparative selon le sexe des impacts d'un accord de commerce sur les politiques nationales et sur les Canadiennes.

Retenons pour l'instant que le gouvernement canadien, lors de l'élaboration de ses listes d'engagements spécifiques relatives à l'AGCS, a pris pour acquis que l'AGCS n'affecterait en rien « l'universalisme » des règles, des lois et des politiques du travail qui s'appliquent à toutes les entreprises opérant en sol canadien. Comment présumer *a priori* de cet universalisme alors que l'AGCS confère des droits aux entreprises étrangères opérant au Canada, particulièrement en ce qui a trait au caractère non préjudiciable des mesures affectant le commerce? Comment présumer que cette exigence ne comporte pas de conséquences particulières dans le cas des groupes vulnérables et des femmes? Notre étude de cas nous permet de nous livrer à un exercice touchant de telles questions. Cela ne signifie pas que les conclusions seront négatives, mais plus simplement qu'une règle de prudence doit être introduite à ce sujet. Les accords de commerce ont en effet ceci de particulier qu'ils produisent des effets imprévisibles. Ils sont, en quelque sorte, « plus grands que nature ».

Le droit social et du travail au Canada est extrêmement sophistiqué. Il est d'ailleurs entré dans une phase proactive qui bénéficie aux Canadiennes. Pour ne prendre que le cas de la LÉE, on peut se demander si les entreprises qui ne sont pas rompues à de telles pratiques et exigences n'y trouveront pas là matière à se plaindre. On le sait, l'équité en emploi et la LÉE font grincer des dents (CVC, 2002). Ce n'est pas parce que des plaintes formelles n'ont pas pris forme que la question est pour autant théorique. Car les institutions chargées de l'administration de la LÉE entendent cette grogne et en subissent quotidiennement les conséquences.

Après avoir rappelé les règles de l'AGCS et de la discrimination commerciale, nous nous penchons sur les conséquences de ces règles sur la LÉE, mais surtout, sur son administration, afin d'étayer les propositions du chapitre final de cette étude.

L'AGCS : le commerce des services et les modes de livraison de ces services

Le commerce des services et les mesures qui affectent ce commerce

L'article I de l'AGCS prévoit que cet Accord « s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services »⁹⁰. Il ne s'agit donc pas d'un accord qui s'applique aux services, mais bien plutôt aux mesures affectant les services⁹¹. Cette formulation est importante car elle a été utilisée afin d'élargir la portée de l'Accord.

En conséquence, les biens importés et qui sont également accompagnés de services de livraison ou de distribution, ou dont l'importation concerne d'abord les biens, et non les services, bénéficient des règles de l'AGCS quant aux services dont ces opérations font l'objet. Autrement dit, aucune mesure n'est, *a priori*, exclue de l'AGCS. Gardant à l'esprit la LÉE et son champ d'application, on constate que la CCDP n'est pas en mesure à ce jour d'identifier, parmi les entreprises soumises à cette Loi, combien d'entre elles sont des entreprises canadiennes ou étrangères qui fournissent, distribuent ou importent, à titre principal ou accessoire, des services. Cependant, et ce à titre d'exemple, dans le découpage que la CCDP fait des entreprises sous sa juridiction, les secteurs du transport et des télécommunications comptent pour un pourcentage important d'entre elles.

Les modes de livraison des services

L'article I:2 de l'AGCS prévoit qu'aux fins de l'Accord, le commerce des services est défini comme étant entre autres la fourniture d'un service par un fournisseur de services d'un Membre, *grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre ou par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre*⁹².

Les modes de fourniture c) et d) (les modes 3 et 4) supposent la présence du fournisseur sur le territoire du pays important le service. Le mode 3, plus spécialement, suppose au moins un investissement commercial et au plus, un statut d'employeur. En effet, l'AGCS considère qu'un fournisseur de services s'entend de « toute personne qui fournit un service »⁹³. Cet article est accompagné d'une note qui stipule que : « Dans les cas où le service n'est pas fourni directement par une personne morale, mais grâce à d'autres formes de présence commerciale, telles qu'une succursale ou un bureau de représentation, le fournisseur de services (c'est-à-dire la personne morale) n'en bénéficiera pas moins, grâce à une telle présence, du traitement prévu pour les fournisseurs de services en vertu de l'Accord. »⁹⁴.

Sinclair (2000) soutient que l'AGCS est construit de façon à atteindre la « neutralité modale », c'est-à-dire qu'il vise à contraindre les Parties à offrir un traitement non discriminatoire aux fournisseurs, quel que soit le mode de livraison utilisé. Ainsi, le fournisseur du mode 3 qui embauche au Canada est considéré comme un employeur canadien. Il faut toutefois prendre garde que son statut d'employeur canadien n'occulte le fait que cet *employeur-fournisseur* étranger se voit octroyer des droits en vertu de l'AGCS.

Qui sont les fournisseurs?

L'AGCS entend protéger les fournisseurs des autres Membres. Ce fournisseur peut être une personne physique ou morale, y compris une personne morale contrôlée par une personne physique ou morale du Membre⁹⁵. La détention ou le niveau de contrôle sont définis à l'article XXVIII (n) de l'AGCS.

Dans la mesure où il est détenu, contrôlé ou affilié de manière significative par des entités ressortissantes d'un autre Membre, un fournisseur de services installé sur le territoire d'un pays Membre doit donc être considéré comme étant un fournisseur d'un autre Membre. Ainsi, l'AGCS devient, dans une certaine mesure, un accord sur l'investissement beaucoup plus important que certains ne l'imaginaient à l'origine. Lang (2000) fait d'ailleurs remarquer que les négociations sur les services impliquent dorénavant deux points essentiels, à savoir la régulation domestique et les investissements. Pour l'instant, nous nous concentrerons sur le sort de la régulation domestique alors que la sous-section suivante est consacrée au statut de l'investisseur.

Le fonctionnement de l'AGCS⁹⁶

À la date de la signature de l'Acte final du Cycle de l'Uruguay (le 15 avril 1994), 95 listes d'engagements spécifiques concernant les services et 61 listes de dérogations au principe de la Nation la plus favorisée (NPF) avaient été présentées et acceptées en ce qui concerne l'AGCS. Ce n'est qu'en se référant à la liste d'engagements d'un pays et à sa liste d'exemptions du traitement NPF que l'on peut voir à quels secteurs de services et selon

quelles conditions les principes fondamentaux de l'AGCS – accès aux marchés, traitement national et traitement de la nation la plus favorisée – s'appliquent dans ce pays⁹⁷. Ces listes sont constituées de complexes compromis économiques qui illustrent le caractère « pas à pas » de la libéralisation internationale du commerce des services. Le Canada a récemment déposé une Offre conditionnelle initiale sur les services, laquelle s'inscrit dans le deuxième cycle de négociation de la libéralisation du commerce des services⁹⁸. On doit faire la différence entre l'effet général sur l'emploi des Canadiennes et l'effet particulier sur la réglementation intérieure générale des engagements pris par le Canada en vertu de l'AGCS. Les fournisseurs de services « couverts » par la Liste canadienne détiennent des droits issus de l'AGCS qui sont susceptibles d'influencer la réglementation canadienne à laquelle ils sont soumis. Pour mieux comprendre, il faut distinguer les obligations et les disciplines générales prévues par l'AGCS des engagements spécifiques.

Les obligations et les disciplines générales sont les obligations qui régissent les mesures prises envers *tous les secteurs libéralisés* de services. Les règles les plus importantes concernent le traitement de la nation la plus favorisée (art. II), la transparence (art. III) et la réglementation intérieure (art. VI). Les articles III et VI retiendront notre attention. En plus des obligations générales, chaque État partie à l'AGCS doit déposer une liste d'engagements qui concerne les secteurs et les sous-secteurs qu'il entend totalement ou partiellement libéraliser. Cette liste est construite en fonction de quatre paramètres principaux, lesquels encadrent et déterminent l'ampleur de la libéralisation.

- **Les modes de fourniture** : les engagements et les limitations de la Liste sont déterminés dans tous les cas en fonction des modes de fourniture prévus par l'article 1 :2 de l'AGCS. Chaque secteur libéralisé n'a pas à l'être à l'égard de tous les modes de fourniture prévus à l'article I de l'AGCS.
- **Les engagements horizontaux** : les engagements horizontaux sont les limitations applicables à tous les secteurs de la Liste; ceux-ci visent souvent un mode de fourniture particulier, notamment la présence commerciale et la présence de personnes physiques. Ces limitations concernent surtout l'accès aux marchés et le bénéfice du traitement national. Il faut donc tenir compte des indications relatives aux engagements horizontaux pour évaluer les engagements sectoriels. Par exemple, dans sa récente Offre conditionnelle, le Canada prévoit certaines conditions d'acquisition par un Non-Canadien d'une entreprise canadienne dans le cas de la présence commerciale anticipée de ce Non-Canadien. On remarquera que ce Non-Canadien doit alors être approuvé selon les règles prévues par le droit canadien, lesquelles prennent en compte l'effet de l'investissement, notamment sur l'emploi⁹⁹. Cette règle vaudrait pour tous les secteurs libéralisés par le Canada et constitue une limitation dans l'accès aux marchés. Certaines autres limitations horizontales concernent le traitement fiscal préférentiel ou la limitation de la participation à des entreprises cédées à des Non-Canadiens. Ce sont des limitations au bénéfice du traitement national.
- **Les engagements sectoriels** : les secteurs sont déterminés en fonction de la classification du GATT et numérotés en fonction du système de Classification centrale des produits des Nations Unies. Des limitations à l'accès au marché peuvent être prévues selon les termes de l'article XVI :2 de l'AGCS. Des limitations peuvent aussi être prévues au chapitre du

bénéfice du traitement national. Enfin, un Membre peut prendre des engagements additionnels positifs qu'il doit rendre publics¹⁰⁰.

- **La liste des exemptions de l'article II** : le traitement NPF est une obligation générale qui s'applique à toutes les mesures affectant le commerce des services et les engagements spécifiques doivent le respecter. Dans les cas où des engagements sont souscrits, l'effet d'une exemption du traitement NPF ne peut donc être que de permettre d'accorder au pays auquel l'exemption s'applique un traitement plus favorable que celui qui est accordé à tous les autres Membres. Par contre, dans les cas où il n'y a pas d'engagements, une exemption du traitement NPF peut aussi permettre d'accorder un traitement moins favorable. Par exemple, l'Offre récemment déposée par le Canada prévoit que dans le cas de coproduction de films, un traitement différentiel est accordé aux oeuvres dont les coproducteurs sont des ressortissants d'États avec qui le Canada a conclu des ententes de coproduction. Cette exemption « positive » est fondée sur des raisons de promotion de la politique culturelle¹⁰¹.

L'obligation de transparence ainsi que celle concernant la réglementation intérieure dominent les engagements horizontaux et les engagements sectoriels à l'égard des secteurs libéralisés. Ainsi, toute et chacune des entreprises bénéficiaires d'un statut de fournisseur de services libéralisés par la Liste canadienne est en droit de s'attendre à ce que le droit interne soit à son égard accessible et clair. De plus, il devra être appliqué de manière raisonnable, objective et impartiale. Nous avons semé quelques doutes quant à l'administration de la LÉE dans la première partie de cette étude. Nous y reviendrons à la fin de la présente sous-section. Pour l'instant, il nous faudra disposer d'une autre question qui mérite quelques éclaircissements : il s'agit de celle de l'application universelle du droit interne aux entreprises étrangères soumises à la loi canadienne.

La règle du jeu : l'interdiction de la discrimination commerciale et le bénéfice du traitement national

L'évolution du commerce international, du point de vue de ses règles, repose sur la quête constante d'un accès aux autres marchés dans les mêmes conditions que celles qui sont offertes et imposées aux entreprises nationales. Un État qui enfreint cette règle est auteur de discrimination commerciale. L'article XVII :1 de l'AGCS prévoit que « [selon la Liste] chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne les mesures affectant la fourniture de services, un *traitement non moins favorable* que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires [nos italiques] ».

La règle du traitement national exige en général des États parties à un accord de commerce qu'ils accordent aux produits, aux services ou aux investissements étrangers concernés par l'accord de libéralisation un traitement non moins favorable que celui accordé aux produits, aux services ou aux investissements nationaux qui sont *similaires*¹⁰² ou auxquels est directement substituable un produit étranger. Ainsi, un État ne peut mettre en oeuvre une loi, un règlement ou tout autre mesure qui produirait des effets différents ou qui imposerait des exigences différentes à l'endroit d'un produit, d'un service ou d'un investissement venu de l'étranger ou produit par une entreprise étrangère établie dans l'État d'accueil. La règle du traitement similaire résulte d'un exercice comparatif entre les entreprises étrangères et les

entreprises nationales et entre les produits nationaux et les produits venant de l'étranger. Dans la mesure où 1) les règles sont les mêmes pour toutes les entreprises; 2) les produits et les services sont similaires; et 3) l'application des règles n'est pas arbitraire ou discriminatoire envers les entreprises étrangères, la règle du traitement national sera respectée. Toutefois, tant l'énonciation de la règle que son administration doivent être prévisibles, transparentes et non arbitraires.

De plus, en vertu de la règle du traitement national, non seulement la règle énoncée et connue doit-elle être la même pour tous, mais en sus, elle doit produire les mêmes effets. La règle du traitement national doit assurer l'égalité effective des compétiteurs, c'est-à-dire défendre le rapport compétitif entre tous. Elle sert également à « créer les conditions de prévisibilité nécessaire pour planifier les échanges futurs ». La Partie qui se plaint de la violation de la règle du traitement national n'a pas à démontrer l'intention protectionniste de l'État d'accueil. Elle doit alléguer que la règle est discriminatoire et prouver qu'elle lui impose un désavantage qui lui est exclusif lorsqu'elle se compare à une entreprise nationale (permis spécial, coûts de licences d'exploitation exclusifs, etc.). L'État d'accueil ne peut donc se contenter d'offrir un traitement qui serait en apparence et selon les termes de la loi ou de la politique (discrimination *de jure*) non discriminatoire mais qui, dans les faits, produirait des effets discriminatoires (discrimination *de facto*)¹⁰³.

L'aspect fondamental de la discrimination concerne la *concurrence* entre les différents biens, services ou fournisseurs¹⁰⁴. Lorsqu'il s'agit du commerce de services, l'État a l'obligation de s'assurer que le rapport compétitif entre les fournisseurs est préservé.

De ce qui précède, nous pouvons conclure ce qui suit :

- le fait d'imposer le respect de la LÉE à une entreprise sous contrôle étranger ne constitue pas une atteinte à la règle du traitement national au sens de l'AGCS;
- le fait que tous les fournisseurs étrangers de services libéralisés ne soient pas soumis à la LÉE (parce qu'ils ne sont pas soumis à la compétence fédérale ou parce qu'ils emploient moins de 100 employés) ne prive pas le fournisseur étranger qui y est soumis du bénéfice du traitement national;
- l'imposition de la LÉE aux entreprises étrangères qui y sont soumises et qui fournissent des services « libéralisés » ainsi qu'aux entreprises canadiennes, ne porte pas atteinte au principe de la concurrence.

Ces conclusions reposent toutefois sur une prémisse un peu chancelante : la transparence et la prévisibilité de la norme juridique que constitue la LÉE. Comme ces constats ne sont pas à toute épreuve, il convient de se demander si certaines entreprises étrangères qui sont des employeurs au Canada ne pourraient pas revendiquer le bénéfice des obligations de transparence (art. III) et d'objectivité de la réglementation intérieure (art. IV) qui sont faites aux États parties à l'AGCS.

Une autre disposition de l'AGCS touche aussi très accidentellement la question de savoir si le législateur canadien peut influencer le sexe, la race ou la composition globale de la main-

d'oeuvre d'un fournisseur étranger qui est un employeur au Canada. Il s'agit de l'article XVI :2(d) de l'AGCS qui interdit aux Membres, à l'égard des secteurs pour lesquels des engagements spécifiques relatifs à l'accès au marché ont été pris, d'adopter des mesures limitant le nombre de personnes physiques susceptibles d'être employées dans un secteur particulier.

Le développement qui suit souhaite mettre en lumière, encore une fois, la nécessité de rendre totalement conforme la LÉE à l'AGCS. Elle illustre le même paradoxe que dans le cas de l'examen de l'AMP : parce que le Canada n'est pas à l'abri des exigences posées par les accords de commerce, il doit faire en sorte d'ajuster sa législation domestique. Alors que la société civile a souvent prétendu que ce mouvement d'ajustement ne pouvait que « tirer vers le bas » les protections sociales au Canada, voilà que l'on découvre qu'au cas par cas, les obligations de transparence imposées en général par les accords de commerce peuvent produire l'effet contraire.

Les obligations de transparence et d'objectivité prévues par l'AGCS

Selon l'article III de l'AGCS, chaque Membre doit publier et rendre disponible une version à jour de l'ensemble des lois, règlements et directives « visant ou affectant le commerce des services » en les communiquant au Conseil du commerce des services (CCS). De même, il doit rendre disponible dès que possible toute information de cette nature dans le cas où la demande lui viendrait d'un autre Membre. De plus, l'article VI de l'AGCS impose aux Membres une administration objective et impartiale des mesures générales touchant le commerce. Ces dernières mesures toutefois concernent d'abord l'accessibilité et l'impartialité de mécanismes judiciaires et administratifs destinés à faciliter la circulation des services et l'adjudication des litiges.

Nous avons vu dans la première partie de cette étude que suite à l'entrée en vigueur de l'AGCS, certains Membres avaient ressenti le besoin de préciser que les mesures d'égalité entre les sexes au travail ou celles d'équité en emploi n'étaient pas touchées par les obligations que créait l'AGCS (Nouvelle-Zélande, 1997). La préoccupation alors exprimée concernait la sauvegarde de mesures sociales et nationales « légitimes », sans pour autant que ne soit précisé comment celles-ci pouvaient être remises en question. Dans bien des cas, on a eu tendance à assimiler des législations du type de la LÉE à d'autres législations du travail plus objectives : la durée du travail, le salaire minimum, les règles de santé et de sécurité au travail. On a vu que la LÉE est cependant beaucoup plus complexe, ce qui ne signifie pas qu'elle soit plus onéreuse pour les entreprises que des législations « directes », telle celles concernant la santé et la sécurité au travail. La LÉE, qui relève d'un modèle législatif mieux connu au sein des pays du Commonwealth, soumet en effet le plan d'équité en emploi à l'approbation d'une instance administrative sans prévoir pour les entreprises la possibilité de contester le refus de cette instance d'approuver le plan. Ce n'est donc pas tant l'obligation faite aux entreprises d'adopter un plan d'équité en emploi que la manière dont il est prévu que ce plan soit approuvé et la méthodologie menant à l'approbation du plan qui posent problème au chapitre de la transparence de la mesure législative.

Comme nous l'avons souligné dans la première partie de cette étude, la LÉE souffre d'un déficit de précisions. Ce déficit se manifeste des manières suivantes :

- la Loi ne définit pas les étapes de la vérification auxquelles doit être soumis un éventuel plan d'équité en emploi;
- la Loi ne définit pas les « mesures spéciales » destinées aux membres des groupes désignés que doit comporter le plan;
- la Loi ne définit pas les objectifs du suivi d'un plan vérifié que la CCDP doit effectuer;
- la Loi ne définit pas la nature des mesures qui seront considérées comme des mesures spéciales ou qualitatives utiles à la promotion des membres des groupes désignés dans l'entreprise non plus que RHDC ne dispose d'outils d'analyse destinés à évaluer de telles mesures dans l'éventualité où elles existeraient en entreprise.

De plus, le mécanisme d'adoption et de vérification du plan d'équité en emploi fait l'objet de critiques « administratives » soutenues de la part des entreprises, notamment lenteur, imprévisibilité et consignes contradictoires entre RHDC et la CCDP (CPDRHCPH, 2002a).

Nous avons brièvement fait état, dans la première partie de l'étude, de notre expérience lorsqu'il s'est agi pour nous d'obtenir les rapports vérifiés des entreprises ayant déposé des plans d'équité conformes à la LÉE¹⁰⁵. Au moment de la demande, 26 entreprises avaient complété cette étape¹⁰⁶ : 20 entreprises ont communiqué sans autre formalité ce rapport; 6 d'entre elles ont tenu à nous parler. Dans chaque cas, elles ont exprimé des réticences à la communication du rapport fondées sur le caractère hautement compétitif de l'information qu'il contient. Cette information concerne non pas tant les chiffres relatifs à la représentation des membres des groupes désignés par catégorie d'emplois que la divulgation de la structure organisationnelle de l'entreprise. Dans tous les cas, on a soutenu que la LÉE a des répercussions sur l'organisation de l'entreprise dans un climat hautement compétitif. L'humeur est au secret. Doit-on pour autant prétendre que la LÉE affecte le commerce des services au sens où le prévoit l'article III de l'AGCS? Les entreprises sont plutôt portées à affirmer qu'elle affecte le commerce... tout court. Notons que cette prétention ne peut qu'être celle des entreprises étrangères, fournisseurs des services libéralisés prévus par la Liste canadienne.

La sociologie de la norme juridique nous impose d'analyser le climat dans lequel le droit évolue. Car au-delà de la lettre de la loi, un contexte politique ou économique peut porter atteinte à la norme, voire en déformer l'objet. Voilà ce avec quoi nous jonglons dans le cas de la LÉE. Selon la CCDP, la résistance à l'implantation de plans d'équité en emploi va grandissante au sein des entreprises, tout comme la grogne de ces dernières.

Les limitations relatives à l'embauche et les engagements spécifiques

Nous avons reproduit à l'annexe III un encadré faisant état du rapport de vérification d'équité en emploi « censuré » que la Banque de Hong Kong a finalement accepté de rendre public après une négociation menée avec la CCDP, selon les termes de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ce rapport, ou du moins les parties qui le composent, est désormais public et peut être obtenu auprès de la CCDP. Dans l'encart, nous faisons état d'une difficulté apparente, à la lecture même du rapport censuré. Cette entreprise refuse de divulguer la

détermination des zones géographiques à partir desquelles elle a établi ses objectifs numériques de recrutement en ce qui concerne les femmes. En assumant les risques de notre analyse, car ce n'est qu'une hypothèse ou une déduction logique, nous croyons que cette entreprise refuse de recruter en nombre suffisant des femmes à des postes supérieurs, surtout si ces postes ne sont pas comblés par des Canadiens et des Canadiennes.

Cela pose un intéressant et imprévisible problème en vertu de l'AGCS. L'article XVI :2(d) de l'AGCS interdit aux Membres, à l'égard des secteurs pour lesquels des engagements spécifiques relatifs à l'accès au marché ont été pris, d'adopter des mesures limitant le nombre de personnes physiques susceptibles d'être employées dans un secteur particulier. *A contrario*, le Membre peut-il imposer le recrutement sexué ou racisé de ces personnes, voire imposer en vertu d'une loi nationale un pourcentage racisé ou sexué des personnes susceptibles d'être employées? Ou encore, imposer au fournisseur l'obligation de recruter au Canada des membres issus des groupes désignés? Pour ce faire, ne devrait-il pas prévoir des limitations à ses engagements horizontaux en vertu de l'AGCS?

Qu'avons-nous appris?

La négociation de l'AGCS et le Canada

Le souci du gouvernement canadien semble se limiter à la prise en compte de l'impact économique de ses engagements commerciaux. Cet impact économique peut inclure des considérations liées aux variations du volume d'emplois en général ou de l'emploi féminin en particulier. Dans le cas de l'AGCS, nous n'avons trouvé aucune étude spécifique.

A fortiori, les groupes de femmes ne sont pas de la partie. Dans le cas spécifique de la LÉE, une telle consultation aurait permis d'intégrer à l'évaluation quinquennale de la Loi de 2002, s'il y eut lieu, les préoccupations ci-dessus énoncées. De même, des représentations auraient pu inciter les négociateurs canadiens à élucider la question de la légitimité des mesures proactives d'équité en emploi sinon dans le texte de l'Accord, du moins la Liste de ses engagements. Cette Liste ne peut être réouverte qu'au prix de sanctions possibles. Selon l'Article XXI de l'AGCS, un Membre doit garder un niveau général d'engagements équivalent à celui qui prévalait avant la modification. Cependant, il n'est pas évident que la modification souhaitable (à savoir la précision au chapitre des engagements horizontaux du fait que le Canada interprète l'AGCS comme lui permettant d'imposer intégralement la LÉE aux fournisseurs du mode 3 embauchant suffisamment d'employés au Canada) soit une réelle modification, tout au plus, parle-t-on ici d'une note interprétative ou d'une note générale qui pourrait trouver sa place au chapitre des engagements horizontaux spécifiques.

La mise en oeuvre de l'AGCS et le récent dépôt de l'Offre conditionnelle du Canada

Comme nous l'avons dit, le Canada a déposé une nouvelle Offre conditionnelle initiale de libéralisation des services le 31 mars 2003. Bien que le texte de l'AGCS soit dorénavant définitif, semble-t-il, les mêmes remarques s'appliquent que dans le cas du dépôt de l'Offre d'origine. Constatons au surplus que les groupes de femmes du Canada n'ont encore une fois pas réagi à ce processus non plus qu'elles n'ont demandé à être formellement consultées. Leurs préoccupations sont plus vastes que la seule question de la sauvegarde ou de la bonification de la LÉE. Leur silence n'en est que plus éloquent.

L'absence d'analyse différenciée selon le sexe

À ce stade de l'analyse, nous retenons une seule question à cet égard : de qui relève la responsabilité d'une telle initiative, à savoir l'examen de l'impact différencié selon le sexe des politiques commerciales sur les politiques sociales nationales? Il est difficilement acceptable d'imposer uniquement au MAECI cette responsabilité. Comment présumer que l'expertise relative à la LÉE et à ses difficultés soit celle du MAECI? Ne faut-il donc pas considérer que les variables « sexe et commerce » doivent être intégrées à chaque stratégie d'analyse différenciée, en fonction des ministères et des agences responsables de la mise en oeuvre d'une loi, d'une politique et d'une stratégie nationale? Dans le cas de la LÉE, des pistes s'imposent : RHDCC et la CCDP devraient avoir l'obligation de se pencher sur ces questions alors que le MAECI devrait avoir celle de les informer des développements pertinents. Cela pose la question des partenaires naturels du MAECI. Au fil d'une rencontre¹⁰⁷, des représentants du MAECI ont évoqué cette question des partenaires naturels, pour ne pas dire historiques : Industrie Canada, Agriculture Canada et Santé Canada ont été nommés bien qu'on ait aussi souligné que le cercle tendait à s'élargir. Ne devrait-il pas plutôt se systématiser? Chaque politique peut être influencée par la conclusion et la mise en oeuvre d'un accord de commerce qui impose au Canada des ajustements internes à la réglementation nationale. Chaque entité responsable doit par ailleurs mener à terme l'analyse comparative ou différenciée selon les sexes de ses politiques. Ne devrait-elle pas aussi intégrer à cet exercice la considération des variables « sexe et commerce »?

L'AGCS et la LÉE

Nous croyons avoir démontré que l'AGCS exerce une pression positive, du moins du point de vue des membres des groupes désignés, sur la LÉE. Les recommandations du CPDRHCPH (2002a) laissent pourtant croire qu'il en ira autrement. La variable « commerce » n'a aucunement été considérée lors des travaux du Comité non plus qu'elle n'a été évoquée par les associations et les personnes qui ont comparu devant le Comité.

Les recommandations du Comité ont plutôt tendance à renvoyer les partenaires à la collaboration volontaire avec RHDCC. Ce modèle très canadien¹⁰⁸ a non seulement été remis en cause par la CCDP, mais doit aussi l'être en vue d'éviter un dérapage qui serait induit par les accords de commerce, et plus particulièrement par l'AGCS. Dans le cas du *statu quo*, il faudra conclure que le gouvernement canadien, faute d'une stratégie globale destinée à analyser systématiquement l'impact des accords de commerce sur les législations sociales nationales, préfère mettre à risque une législation telle la LÉE.

Cette situation illustre un acte d'omission de la part du gouvernement qui a plutôt tendance à être réactif en matière de commerce international lorsqu'il s'agit des politiques sociales. On ne peut pas sérieusement envisager un autre Membre remettant en cause devant un Panel d'arbitrage de l'OMC l'application de la LÉE à ses ressortissants. D'autres enjeux sont bien plus importants. Cependant, nos travaux nous permettent de constater que le défaut d'élever la LÉE au niveau des exigences de transparence de l'AGCS, notamment, entraîne des dérives et des difficultés administratives grandissantes. La CCDP rencontre de plus en plus de résistance. Si le mouvement de libéralisation se poursuit, elle sera aussi de plus en plus appelée à transiger avec des entreprises dont la culture est étrangère aux exigences de l'équité en emploi. Ce problème sociologique risque de ralentir sensiblement les progrès des

membres des groupes désignés, dont les femmes, dans les entreprises canadiennes ou opérant au Canada bien que sous contrôle étranger.

L'AGCS, la LÉE et l'emploi des femmes

Il va de soi que toute amélioration à la LÉE participera à la promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi. Fallait-il que cette pression émane entre autres des exigences posées par l'AGCS? Certes, non. D'un autre côté, le rapport récemment déposé par le CPDRHCPH permet à sa lecture de déceler un certain désintéressement à l'endroit des femmes, à titre de groupe désigné. Certes, elles ont atteint un pourcentage de représentativité acceptable dans certaines catégories d'emploi, même supérieures. En revanche, cela pourrait n'être qu'un leurre. L'emploi des femmes, en se précarisant, entraîne une confusion entre le fait de leur présence en emploi et celui de la qualité des emplois qu'elle occupent. De même, la méthodologie d'identification des membres des groupes désignés prévue par la LÉE ne permet pas de bien saisir la réalité des femmes victimes de double, voire de triple discrimination (sexe/race/handicap). Des recommandations ont été faites afin de remédier à cette lacune par le Comité permanent (CPDRHCPH, 2002a). Enfin, les demandes de la CCDP concernant les amendements à la LÉE, afin d'y préciser quelles sont les mesures spéciales que doit contenir un plan d'équité en emploi, sont destinées à enrichir la corbeille de mesures qualitatives dont les femmes peuvent et ont le droit de bénéficier en emploi (réconciliation travail/famille, flexibilité des horaires, etc.). Bref, les femmes ont encore et toujours besoin de la LÉE et sa consolidation ne pourra que leur être bénéfique. Si les changements démographiques qui transforment la composition de la population canadienne peuvent avantager la promotion de l'emploi des membres des groupes minoritaires, la partie n'est pas pour autant gagnée en ce qui concerne les femmes issues des groupes racisés.

Toutes ces considérations peuvent être énoncées indépendamment de l'analyse de l'incidence des accords de commerce, et notamment de l'AGCS, sur la LÉE, mais jusqu'à un certain point. Nous croyons avoir démontré que les législations proactives d'équité en emploi comportent des particularités qui sont mises au défi par les exigences de transparence énoncées dans les accords de commerce et énoncées dans diverses politiques nationales. Ces législations « indirectes » doivent être plus précises que cela n'a été le cas jusqu'à ce jour. La CCDP évoque elle-même le besoin d'élucider certains aspects de la LÉE¹⁰⁹. Les objectifs recherchés, de même que la méthodologie prévue afin de promouvoir l'égalité en emploi, doivent être clairement compris par les entreprises étrangères qui embauchent au Canada. Si toutes les entreprises doivent accepter le fait que le plan d'équité en emploi n'est pas un projet qui peut être indéfiniment différé, seules les entreprises étrangères sont mises en position de prétendre que le « clair-obscur » qui entoure leurs obligations pourrait porter atteinte à leurs intérêts commerciaux.

6. LES DROITS DE L'INVESTISSEUR, LE CHAPITRE 11 DE L'ALÉNA ET L'ÉQUITÉ EN EMPLOI AU CANADA

Le mouvement d'institutionnalisation et d'internationalisation des échanges commerciaux, et plus particulièrement la multiplication des accords de commerce relatifs aux investissements, bouscule les schèmes du monde du travail. Ainsi, il faut ajouter aux éléments traditionnels du rapport de force qui détermine les liens entre l'entreprise et les employés un nouvel élément : l'entrepreneur est dorénavant un investisseur. Ce statut d'investisseur ainsi que les droits que leur confèrent certains accords de commerce, dont le chapitre 11 de l'ALÉNA, font l'objet d'appréhensions importantes au Canada, tant en ce qui concerne le gouvernement fédéral que le milieu des affaires, les syndicats et les groupes communautaires. Nous avons déjà évoqué l'idée que les accords de commerce étaient plus « grands que nature », c'est-à-dire qu'ils produisent dans certains cas des effets aussi difficiles à appréhender qu'à gérer. Le chapitre 11 de l'ALÉNA relatif aux investissements a en effet débordé l'intention initiale des États parties dans ses effets au point où le Canada, le Mexique et les États-Unis, réunis au sein de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, ont jugé utile d'adopter en juillet 2001 une Note d'interprétation destinée à interpréter à certains égards la portée du chapitre 11¹¹⁰.

Les dispositions de l'ALÉNA relatives à l'investissement confèrent aux investisseurs non seulement des droits, mais aussi le privilège de poursuivre directement, à titre de partie civile, le gouvernement d'accueil d'un investissement et ce, au risque de remettre en cause certaines lois, réglementations et politiques locales et nationales qu'ils jugent susceptibles de porter atteinte à leurs droits. C'est d'ailleurs l'effet de ce privilège que tentent d'évaluer les experts : que cela signifie-t-il lorsqu'un investisseur étranger demande à un panel d'experts qui n'est pas un tribunal judiciaire de disposer de questions relatives à la validité de la réglementation nationale?

Si personne n'a répondu à cette question, plusieurs ont toutefois procédé à des analyses fort raffinées des décisions rendues par les panels d'arbitrage constitués en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹¹. Nous n'entendons pas reprendre cette analyse sinon pour nous concentrer sur la question empirique qui fait l'objet de cette étude de cas : qu'en est-il de la sauvegarde de la politique canadienne d'équité en emploi en vertu des règles du chapitre 11 de l'ALÉNA? Voici en effet un sujet pour lequel l'intersection employeur/investisseur n'a pas encore été explorée.

En vue d'examiner cette question (et non d'y répondre), nous abordons dans l'ordre les aspects suivants du chapitre 11 de l'ALÉNA : 1) qu'est-ce qu'un investissement? 2) Quels sont les droits des investisseurs? Enfin, 3) comment ces droits peuvent-ils ébranler la légitimité des lois, des réglementations et des politiques nationales dans différents domaines historiquement qualifiés de sociaux au Canada : l'environnement, la santé et les droits de la personne, par exemple.

Il est présumé, pour les fins de cette exploration, que les Canadiennes font partie des groupes bénéficiant des mesures d'équité en emploi et que, si elles n'étaient pas les seules victimes d'un ébranlement de la mesure, elles seraient néanmoins gravement préjudiciées

par la possibilité qu'un investisseur puisse remettre en cause les programmes et le modèle canadien d'équité en emploi.

L'investisseur et l'investissement

En vertu de l'article 1139 du chapitre 11 de l'ALÉNA, *l'investisseur* (celui qui peut donc prétendre à la protection de son investissement dans un État d'accueil) est celui qui possède un titre de participation dans une entreprise, qui est une entreprise ou qui est une succursale d'une entreprise¹¹². *L'investissement* est constitué d'un titre de participation, d'un titre de créance, d'un prêt consenti à une entreprise affiliée, d'un avoir d'actionnaire, de biens immobiliers ou d'autres intérêts. L'article 1139 énumère une dizaine de situations d'investissements si larges qu'à toutes fins pratiques, toutes les entités imaginables peuvent être considérées comme des « investisseurs » aux fins de l'Accord (Adair, 1999).

Comme le font remarquer Mann et Moltke (1999) dans le cas des fournisseurs de services, la loi de mise en oeuvre des États-Unis concernant les articles 1202 (traitement national) et 1203 (nation la plus favorisée) explique bien la signification, dans l'ALÉNA, des règles de non-discrimination (Dally, 1994; Mann et Moltke, 1999). Celles-ci : « interdisent l'imposition de lois et de réglementations visant à modifier les termes de compétition en faveur des firmes locales; elles n'empêchent pas les mesures légitimes apportant une distinction entre ces firmes et les fournisseurs de services étrangers » [*traduction*] (États-Unis, 1993). Mann et Moltke font remarquer avec justesse qu'on pourrait remplacer les termes « fournisseurs de services étrangers » par « investisseurs étrangers » et parvenir à des résultats identiques. Cette analogie entre le chapitre 12 sur les services et le chapitre 11 sur l'investissement est possible à cause des termes communs aux deux chapitres.

Selon article 1101(4) de l'ALÉNA, les engagements pris par un État en vertu du chapitre 11 n'empêchent pas ce dernier d'assurer des services ou d'exercer des fonctions, par exemple, en matière de services correctionnels, de sécurité ou de garantie du revenu, de sécurité ou d'assurance sociale, de bien-être social, d'éducation publique, de formation publique, de services de santé et de services d'aide à l'enfance *si ces services sont assurés en conformité avec les dispositions du chapitre 11*.

De plus, les États peuvent exempter certains secteurs des obligations relatives au traitement national, à l'interdiction d'imposer des obligations de résultats ou encore à celle de limiter la présence physique des représentants de l'investisseur sur le territoire d'accueil, en autant que les mesures aient été signalées en Annexe lors de la ratification. Le Canada a enregistré de telles réserves concernant l'octroi du bénéfice du traitement national dans le secteur des services sociaux. Les investissements publics de nature « sociale » sont donc exemptés, au Canada, du respect de la règle du traitement national en vertu des règles relatives à la libéralisation des investissements. Pressentant l'immensité des droits qui étaient consentis aux investisseurs par le biais du chapitre 11 de l'ALÉNA, les Parties ont aussi convenu de prévoir explicitement que ce chapitre n'a pas pour objet d'empêcher les États d'appliquer sur leur territoire des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'environnement¹¹³. De même, et ce à titre préventif, les Membres ont prévu pouvoir recourir à la consultation si l'un d'eux est d'opinion que les mesures relatives à l'investissement sont utilisées par un autre Membre

au détriment de mesures nationales concernant la protection de l'environnement, de la santé ou de la sécurité (Ganguly, 1999).

Les négociateurs et les rédacteurs du chapitre 11 de l'ALÉNA n'ont donc pas été insensibles aux risques qu'aurait représentés un Accord ne prévoyant pas les situations conflictuelles possibles entre les droits des investisseurs et les questions environnementales et de santé publique. C'est ici toutefois que s'arrêtent les préoccupations exprimées. Car en ce qui concerne la sauvegarde des droits sociaux et les risques de conflits entre ces droits et ceux des investisseurs, le chapitre 11 est muet. On ne peut s'empêcher de souligner ce silence malgré l'existence tant d'un Accord parallèle à l'ALÉNA concernant l'environnement que d'un autre Accord parallèle concernant la coopération relative au travail¹¹⁴. Il est vrai que si l'investissement peut directement porter atteinte à l'environnement et à la santé publique en déclenchant une course vers les normes les plus basses, les atteintes aux droits sociaux et aux droits fondamentaux de la personne, tel le droit à l'égalité, sont plutôt de nature indirecte. Elles transitent par un rapport de force potentiellement affaibli entre les parties au contrat de travail. De plus, il est d'usage de dire que les investisseurs sont de toute façon assujettis au droit du travail national dans la mesure où cette soumission ne comporte pas d'effets discriminatoires ou déraisonnables. Cependant, on l'a déjà dit, cette vision trop vite simplifiée des rapports entre les règles sociales locales, leur application universelle et les investisseurs a tendance à négliger la nature complexe de certaines législations sociales, dont celles relatives à l'équité en emploi.

La question est donc entière quant à nous : les législations proactives du type de la LÉE sont-elles à l'abri des revendications des investisseurs issues de leurs droits en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, voire de certains autres accords sur les investissements auxquels le Canada est partie?

Les droits des investisseurs

L'expression « droits des investisseurs » renvoie aux dispositions des articles 1102 à 1110 de l'ALÉNA. Il s'agit du droit de ne pas être victime de discrimination commerciale, de celui de bénéficier de la norme minimale de traitement, de celui de ne pas se voir imposer des prescriptions de résultats et enfin, de ne pas être victime d'une mesure *équivalente* à une expropriation. Certains de ces droits sont encore fort ambigus et suscitent au Canada des débats au sujet, entre autres, de la question de savoir si le gouvernement canadien et les entités sous-centrales (provinces et municipalités) peuvent encore réglementer librement.

L'interdiction de la discrimination

Les articles 1102, 1103 et 1104 de l'ALÉNA prévoient que les investisseurs et leurs investissements sont protégés sur le territoire d'accueil des effets de mesures adoptées par les Parties dans des circonstances analogues¹¹⁵, mais susceptibles de nier leur droit de bénéficier du traitement national et du traitement NPF.

Il a été établi qu'une différence de traitement peut résulter d'une distinction apparente (dans le texte d'une loi, par exemple) entre les investisseurs locaux et étrangers ou d'une distinction par effet discriminatoire¹¹⁶. D'autres motifs peuvent aussi justifier un traitement différent : VanDuzer (2002) propose à titre d'exemple le cas des techniques environnementales

auxquelles seraient mieux rompues les investisseurs/producteurs locaux que les investisseurs étrangers, ce qui ne conférerait pas pour autant aux investisseurs étrangers le droit de prétendre au déni du bénéfice du traitement national.

Les prescriptions de résultats

Selon l'article 1106 de l'ALÉNA, les Parties ne peuvent imposer des prescriptions de résultats en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement (par exemple, imposer un pourcentage de contenu national dans les biens, les actifs ou les créances d'un investisseur). Toutefois dans certains cas¹¹⁷, il est possible pour une Partie de maintenir des mesures, notamment lorsqu'il est question de préserver l'environnement, la santé des humains et des végétaux ou les ressources naturelles. Bien évidemment, ces mesures ne peuvent constituer des restrictions déguisées à l'investissement.

La norme minimale de traitement

L'article 1105 de l'ALÉNA fait l'objet d'intenses débats. La question est la suivante : les garanties relatives au traitement juste et équitable ainsi qu'à la protection et à la sécurité intégrales des investissements sont-elles différentes de celles prévues par le droit international en vertu de l'ALÉNA?

Been et Beauvais (2003) font une analyse exhaustive de l'état du droit international pour conclure à l'incertitude sur le sujet (Lavieq, 1985). En effet, autant il est possible de prétendre que les garanties relatives au traitement juste et intégral dérivent d'une intention de contrôler les expropriations frauduleuses, non respectueuses des principes de justice naturelle ou fondées sur des motifs politiques inacceptables, autant il est aussi possible de prétendre que le droit des investissements a dépassé ce standard en prévoyant le droit à la sécurité des investissements. Quelles seraient les limites de ce « nouveau » droit des investisseurs en ce qui concerne les réglementations locales? Devant le partage des opinions exprimées par les arbitres, il est impossible de savoir, par exemple, si « le droit à la sécurité de l'investissement » permettrait à un investisseur de prétendre que toute modification législative ou réglementaire altère le climat initial dans lequel l'investissement a été consenti. Quel comportement du décideur local met à risque l'investissement étranger? La question est encore ouverte.

Selon la Note d'interprétation adoptée par la Commission du libre-échange¹¹⁸, les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers. De plus, la constatation du fait qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALÉNA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1). Au-delà des débats entourant la portée juridique d'une telle Note interprétative, on sent bien la volonté des États parties à l'ALÉNA d'éviter un débordement du droit international coutumier qui confirmerait non seulement le droit des investisseurs d'être traités équitablement sur le territoire d'accueil, mais aussi celui de remettre en cause une norme nationale qu'ils considéreraient inéquitable pour des raisons qui leur seraient propres.

La régulation des expropriations

Les débats doctrinaux sur la question des expropriations et des nationalisations vont comme suit : une nationalisation ou une expropriation doit-elle nécessairement impliquer une *prise de possession* des actifs du propriétaire de l'investissement? Comme le rappelle Romero Jimenez (2001), il existe en droit international deux types d'expropriation : les expropriations directes, où il y a une prise de possession par le gouvernement à des fins publiques, et les expropriations indirectes qui résultent de mesures équivalentes à une expropriation. Une expropriation directe suppose un transfert de titre de propriété en question vers l'État d'accueil. Une expropriation indirecte, en revanche, est plus difficile à identifier parce qu'il n'y a pas de transfert comme tel de la propriété de l'investisseur à l'État d'accueil. Il s'agit plutôt du résultat d'une interférence avec la propriété qui est équivalente à une captation de la propriété de l'investisseur (Jiménez, 2001).

L'article 1110 (1) relatif aux expropriations et aux indemnisations prévoit qu'aucune *Partie ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement*¹¹⁹. Cette définition (et notamment les expressions « directement ou indirectement » et « mesure équivalant ») signifie concrètement que ce n'est pas parce qu'une mesure d'une Partie ne permet pas un transfert de propriété de l'investisseur à l'État qu'elle ne peut être considérée comme une expropriation¹²⁰.

La décision du panel arbitral de l'ALÉNA dans *Metalclad* est célèbre. Dans cette décision, le Panel a proposé une interprétation très large de l'expropriation : l'expropriation sous l'ALÉNA n'inclut pas seulement des prises de propriété ouvertes, délibérées et connues, comme les transferts de titres illégaux ou formels ou obligatoires en faveur de l'État d'accueil, mais couvre également les *interférences accidentelles à l'utilisation de la propriété* ayant comme effet de priver le propriétaire du tout ou d'une partie *significative* de l'utilisation de la propriété ou de l'espoir raisonnable de recevoir des profits grâce à elle-même si l'acte ne profite pas directement à l'État d'accueil¹²¹. Comme le fait remarquer Dhooge (2001) : « Les seuls intérêts identifiés par le tribunal [dans l'affaire *Metalclad*] ont été ceux de l'investisseur. Selon le tribunal, les intérêts primaires de l'investisseur étaient son attente raisonnable au regard de son investissement, l'action gouvernementale aurait, prétendait la compagnie, constitué une expropriation à cause des impacts prévisibles d'une telle action sur l'investissement ». Une interférence à la propriété privée, même si elle est accidentelle (*Metalclad*) et non discriminatoire (Pope et Talbot¹²²) est donc susceptible de constituer une expropriation selon les termes de l'article 1110 de l'ALÉNA. Par contre, un seuil (Pope et Talbot) doit être atteint lors de cette l'interférence et une part *significative* de l'utilisation de la propriété doit avoir été aliénée (*Metalclad*).

Comme le soulignent Mann et Soloway (2002), ce raisonnement encore inachevé et développé par les panels d'arbitrage de l'ALÉNA n'offre aucun critère de distinction entre des mesures de protection du bien-être public et d'autres mesures prises qui auraient un effet spoliateur au sens plus classique du droit international. Le seul critère utilisé aux fins de la détermination de l'existence ou non de mesures équivalentes à une expropriation demeure donc celui du degré d'interférence entraînant pour l'investisseur des répercussions

considérables. Cette incertitude perdure malgré le fait que le panel arbitral dans l'affaire *S.D. Myers*¹²³ se soit montré un peu plus rassurant. Il a apporté une distinction utile entre les concepts d'« expropriation » et de « régulation », le second signifiant une intervention moindre de l'autorité gouvernementale. La distinction entre les deux permettrait de « réduire le risque que le gouvernement soit l'objet de poursuites concernant l'administration des affaires publiques »¹²⁴.

Le débat entourant le mystérieux article 1110 de l'ALÉNA est donc centré sur le niveau d'utilisation par les investisseurs des dispositions de l'ALÉNA relatives à l'expropriation en vue d'obtenir des dommages face à des mesures réglementaires et législatives promulguées de bonne foi dans le but de protéger le bien-être public. Il s'agit toutefois d'un débat car, à ce jour, l'analyse des décisions arbitrales ne permet pas de fonder clairement les inquiétudes concernant cette disposition. La question est importante car elle a trait à l'essence même des activités des gouvernements : légiférer et réglementer dans l'intérêt public. Comme le disent encore une fois Mann et Soloway (2002), si l'article 1110 peut être utilisé pour exiger des gouvernements qu'ils indemnisent les investisseurs pour avoir adopté des mesures de bonne foi, cela pourrait avoir des *répercussions paralysantes* sur la capacité des gouvernements de réglementer, compromettant ainsi la protection de l'environnement, de la santé humaine, etc. Bien que n'évoquant pas dans ce contexte la question du droit à l'égalité et du droit des femmes à l'égalité, il faut comprendre que le recours extensif à la réglementation dans le cas des mesures d'équité en emploi s'insère dans le débat entourant le droit des investisseurs d'être indemnisés pour des mesures équivalant à une expropriation. Existe-t-il un moment où une utilisation autrement valide du pouvoir de réglementation devient une mesure d'expropriation en raison du degré des répercussions sur un investisseur? (Mann et al., 2002).

L'« effet paralysant » du chapitre 11 de l'ALÉNA

À l'occasion de sa contribution à la Conférence organisée par le Centre for Trade Policy and Law de l'Université Carleton, Maureen Appel Molot (2002) soulève l'intéressante question de l'effet paralysant du chapitre 11 de l'ALÉNA. Bien que reconnaissant qu'aucune étude sérieuse n'a encore été menée sur ce sujet, la professeure Appel Molot propose que l'on examine plus sérieusement le *comportement* du gouvernement devant la « menace » que constitue le chapitre 11 de l'ALÉNA. Est-il possible que pressentant des réactions négatives, voire vindicatives, de la part des investisseurs, l'action gouvernementale destinée à la protection des intérêts nationaux ralentisse?

Les investisseurs/employeurs soumis à la LÉE se voient offrir de nombreuses occasions informelles et non judiciaires de manifester leur insatisfaction au regard des exigences posées par la LÉE. C'est la CCDP, qui n'est d'aucune manière rompue à l'exercice imposée par l'article 1110 de l'ALÉNA, qui reçoit ces insatisfactions et surtout, qui doit les gérer. Cette gestion s'inscrit dans un processus transactionnel entre les entreprises et la CCDP destiné à la vérification du plan d'équité en emploi de l'entreprise. Jusqu'à quel point la CCDP peut-elle gérer l'arrogance des investisseurs sans compromettre les objectifs de la LÉE? De nombreuses indications permettent de conclure à l'insatisfaction des entreprises qui, si elles ont la sagesse politique de ne pas remettre en cause le modèle de l'équité en

emploi, en dénoncent néanmoins la lourdeur et l'imprévisibilité à certains égards. La position difficile de la CCDP est d'autant plus complexe que la LÉE prévoit l'obligation de mettre en oeuvre tous les efforts possibles afin d'obtenir un plan négocié d'équité en emploi¹²⁵. Ce n'est certes pas en ayant à l'esprit les droits des investisseurs que la LÉE a été écrite. Néanmoins, ces droits sont susceptibles d'altérer les rapports entre la CCDP et les entreprises soumises à la LÉE qui ont des droits d'investisseurs. Cette zone grise de la négociation de résultats recherchés, qui est propre aux législations proactives et probablement salutaire dans un contexte national, doit être éclaircie. Le défaut d'améliorer, d'une part, l'énonciation des obligations des entreprises soumises à la LÉE et d'autre part, les pouvoirs de la CCDP, correspondrait-il, même inconsciemment, à l'effet paralysant qu'évoque Appel Molot? Impossible de le savoir pour l'instant, car la CCDP ne soumet pas l'analyse de la LÉE à celle des impacts des accords de commerce. *A fortiori*, la mesure dans laquelle cet effet paralysant pourrait entraîner des conséquences préjudiciables pour les Canadiennes est encore plus obscure.

Qu'avons-nous appris?

La négociation du chapitre 11 de l'ALÉNA et le droit des femmes à l'égalité

Les États parties à l'ALÉNA ont prévu que le chapitre 11 relatif aux investissements n'aurait pas pour objet de les empêcher d'appliquer sur leur territoire des mesures nécessaires à la sauvegarde de l'environnement. De même, à titre préventif, les Membres ont prévu de pouvoir recourir à la consultation si l'un d'eux est d'opinion que les mesures relatives à l'investissement auraient été utilisées par un autre Membre au détriment de mesures nationales concernant la protection de *l'environnement, de la santé ou de la sécurité*. Qu'en est-il des droits de la personne et des mesures susceptibles de promouvoir le droit des femmes à l'égalité en emploi, dont les mesures d'équité en emploi? Elles ont été reléguées au chapitre de la coopération selon les termes prévus par l'Accord parallèle de l'ALÉNA sur la coopération dans le domaine du travail¹²⁶. Pourquoi? Vraisemblablement parce que les Membres ont estimé *a priori* que le chapitre 11 de l'ALÉNA, malgré l'amplitude des termes relatifs à la protection des droits des investisseurs, ne pouvait porter atteinte à la réglementation nationale dans la mesure où celle-ci n'entraînait pas d'effets discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers. Nous ne sommes pas en mesure, à ce jour, de déterminer s'ils avaient raison ou tort.

Cette situation est révélatrice d'une incompréhension de la portée et du sens des garanties d'égalité au Canada. Il ne suffit pas en effet d'interdire la discrimination fondée sur le sexe pour atteindre l'égalité. Les femmes ont besoin de législations, de programmes et de mesures qui leur sont spécialement destinés. C'est le cas des mesures législatives et administratives en matière d'équité en emploi. L'incertitude entourant les limites des droits des investisseurs et la définition des mesures équivalant à une expropriation met à risque tout un pan de la réglementation canadienne en ce qu'il s'agit désormais de savoir si de telles mesures excèdent le degré d'interférence acceptable sur les investissements étrangers. Cette question est totalement « extérieure » à la légitimité des mesures d'équité en emploi et est donc imposée par l'agenda de la libéralisation des investissements. Il s'agit donc pour le Canada de prendre position sur la question de savoir si nous sommes ou non en présence d'une interférence proscrite par les dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, eu égard à la gestion de l'équité en emploi au Canada.

L'effet paralysant du chapitre 11 de l'ALÉNA

Nous sommes particulièrement sensibles à la question de la professeure Appel Molot qui se demande si la plus grande victoire du chapitre 11 de l'ALÉNA ne serait pas de paralyser « par anticipation » des plaintes des investisseurs « l'action réglementaire » gouvernementale. Nous croyons que la question doit être examinée par la CCDP et RHDCC. Une approche croisant les variables « femmes », « commerce » et « équité en emploi » constituerait un atout et bénéficierait aussi à d'autres groupes désignés par la Loi.

L'environnement et les droits de la personne, dont le droit des femmes à l'égalité

Tout comme dans le cas de l'environnement, la sauvegarde et la promotion du droit des femmes à l'égalité dépend de l'intervention active de l'État, de ses actions de contrôle, de suivi et de son pouvoir de sanction. Le gouvernement canadien devrait entreprendre un vaste chantier destiné à répertorier les régulations pertinentes en matière d'égalité en emploi afin de les soumettre au « test » des droits des investisseurs. Ce chantier devrait faire intervenir non seulement le MAECI, mais aussi les entités gouvernementales concernées par la question du droit des femmes de jouir de l'égalité en emploi, plus particulièrement RHDCC et la CCDP.

7. L'ORDRE PUBLIC DANS LES ACCORDS DE COMMERCE ET LES POLITIQUES D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

Au nom de l'ordre public, les États parties aux accords de commerce peuvent exceptionnellement déroger à leurs engagements dans la mesure où ces dérogations n'ont pas pour effet de créer des discriminations à l'égard des entreprises étrangères ou de favoriser le marché intérieur à leur détriment. Les accords de l'OMC comportent tous des énonciations différentes relatives à l'exception d'ordre public. Le GATT prévoit seulement le cas de la protection de la « morale publique »¹²⁷. L'AGCS y ajoute les mesures « nécessaires à la protection de la morale publique et au maintien de l'ordre public »¹²⁸. Dans ce dernier cas, un astérisque renvoie à ce que l'on entend par « l'ordre public » : « l'exception d'ordre public ne peut être invoquée qu'en cas de menace véritable et sérieuse posée à l'un des intérêts fondamentaux de la société ». L'AMP, quant à lui, reconnaît la légitimité des mesures imposées et mises en place pour protéger « la morale, l'ordre et la sécurité publics »¹²⁹, sans autre ajout. Le flou quant à la définition de l'ordre public s'épaissit lorsqu'on tient compte du libellé de l'exception contenue dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC¹³⁰) où l'ordre public est inscrit en français dans le texte anglais, faisant ainsi référence à la conception française de l'ordre public, un concept touchant de près la souveraineté de l'État. Ces exceptions sont généralement chapeautées par une disposition qui précise « qu'aucune mesure ne doit être appliquée de telle manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions prévalent, ou une restriction déguisée au commerce international »¹³¹.

L'alinéa e) de l'article XX du GATT prévoit que le GATT (de 1947) ne peut être interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante de mesures concernant les articles fabriqués dans les prisons. Un État pourrait donc bloquer l'accès à son marché de tels produits au nom du respect de l'interdiction largement acceptée du travail forcé. Toutefois, généralement, l'étanchéité entre la sphère commerciale et celle des droits de la personne est préservée dans le texte même des accords de commerce¹³². Compte tenu de l'asymétrie au chapitre des possibilités offertes aux États de déroger de bonne foi à une prescription commerciale au nom de la santé ou de la moralité publique mais non au nom de la sauvegarde d'une mesure destinée à la promotion des droits de la personne, nous avons jugé opportun d'explorer les limites de « l'exception d'ordre public » afin de répondre à la question de savoir si ce nouvel ordre public du commerce international inclut les droits de la personne, et ce faisant, le droit des femmes à l'égalité.

Une abondante littérature (Jarvis, 2000; Charnovitz, 1998; Dommen, 2002; Bal, 2001; Bhala, 1998-1999) tend à proposer le recours à l'exception d'ordre public afin 1) de légitimer des politiques nationales destinées à la promotion et à la protection des droits de la personne ou 2) de légitimer la décision d'un État d'entraver la libre circulation d'un bien ou d'un produit lorsque sa confection résulte de conditions de travail violant les droits humains fondamentaux (le travail des enfants, le travail forcé, la discrimination *de jure*, etc.). Cette littérature tend toutefois à limiter l'analyse à la violation de droits humains dont le caractère de *jus cogens* (c'est-à-dire de droits dont le caractère fondamental et essentiel à la dignité

humaine est partagé par la communauté internationale et par la pratique des États¹³³) est reconnu. De plus, et ce dans la tradition américaine des politiques du commerce extérieur, elle concentre ses efforts sur un cas de figure précis : celui où le marché intérieur pourrait refuser l'accès à un bien parce que la production de ce bien aurait entraîné la violation de certains droits de la personne fondamentaux. Il existerait un ordre public des droits de la personne qui transcende les exigences des accords de commerce qui ne peuvent y déroger.

Cette littérature s'inspire fortement des avancées importantes réalisées dans le domaine de l'environnement, bien que dans ce dernier cas, les textes des accords de commerce soient en général plus généreux et plus explicites quant aux possibilités de dérogation. Bref, la prise en compte des considérations environnementales dans les décisions commerciales se porte mieux que celle relative aux exigences des droits de la personne. De plus, dans ce dernier cas, la littérature relative aux droits de la personne limite l'analyse aux droits fondamentaux de la personne, dont l'égalité entre les sexes, certes, mais sans pour autant considérer le sort des législations proactives adoptées par les États développés, surtout dans le monde anglophone.

L'idée même de recourir à l'exception d'ordre public afin de sauvegarder des mesures proactives d'équité en emploi au Canada, à titre d'expression du droit à l'égalité en emploi est en quelque sorte assez déprimante. Elle suppose 1) une incompatibilité possible entre les accords de commerce et les droits de la personne; 2) un affaiblissement des pouvoirs étatiques relativement à l'obligation positive qui est la leur en matière de droits de la personne; 3) une compétence « commerciale » afin de disposer des exceptions d'ordre public fondées sur les exigences des droits de la personne; et 4) une compréhension partagée de ce qu'est le domaine des droits de la personne, ce qui, on le sait, n'est pas le cas au sein de la communauté internationale au-delà des libertés et des droits dits fondamentaux. Cependant, par-dessus tout, l'exception d'ordre public entendu comme une exception « positive », comme une exception de sauvegarde des politiques et des législations relatives aux droits de la personne dans le contexte du commerce, demeure une exception. Elle anticipe qu'il est des cas, où les règles du commerce devront céder le pas aux droits de la personne. Dans le cas précis des mesures d'équité en emploi, elle anticipe que des distorsions au commerce pourraient résulter des exigences imposées par les mesures d'équité en emploi et que ces dernières pourraient prévaloir « à titre exceptionnel ».

L'exception d'ordre public est souvent jumelée à d'autres préoccupations publiques, tel le besoin de sauvegarder la vie, la santé, la sécurité, la vie privée, et même, dans le cas de l'AGCS, les législations destinées à contrôler la fraude dans les contrats. Dans le contexte des exceptions au respect des règles du commerce, l'ordre public est donc ramené à un statut « ordinaire » dans la mesure où il est admis que certaines règles commerciales peuvent parfois et de manière exceptionnelle céder le pas à des préoccupations nationales supérieures. Toutefois, les mesures proactives d'équité en emploi, à titre de modalité d'expression du droit à l'égalité et du droit des femmes à l'égalité, ne sont pas assimilables à de telles préoccupations.

Dans le contexte canadien, on associe les valeurs fondamentales préconisées par la *Charte canadienne des droits et libertés* (et le standard d'égalité) à l'ordre public. La problématique,

complexe, est donc ramenée à une simple question : est-il concevable que le modèle canadien d'équité en emploi, dans l'éventualité où il dérogerait aux exigences des accords de commerce, puisse bénéficier d'une sauvegarde au nom de l'exception d'ordre public? La réponse est négative et nos conclusions sont de deux ordres : d'une part, les mesures proactives d'équité en emploi n'appartiennent pas au groupe de normes fondamentales dont le respect est imposé au nom de l'ordre public en droit national; d'autre part, la conception nationale de l'ordre public cède de plus en plus le pas à une conception internationale de l'ordre public, où dominent les droits des marchands.

Le concept d'ordre public dans une perspective comparée

En droit français, Jean-François Romain (1995) classe la notion d'ordre public en deux catégories selon ses modalités d'application. D'abord, il propose « l'ordre public fondamental » qui inclut la protection des droits et libertés fondamentales des personnes et englobe les bonnes moeurs, principes prévalant sur l'action des individus comme de l'État. Cette première catégorie de l'ordre public se pose traditionnellement en défense des droits fondamentaux contre l'action répressive de l'État. La deuxième catégorie traite de « l'ordre public essentiel ». Il incarne les principes tendant à protéger « l'intérêt général réalisé dans l'ordre public juridique, économique et social de l'État ». D'un côté, c'est la liberté et les droits fondamentaux des personnes qui sont la finalité de l'ordre public, de l'autre c'est l'intérêt commun qui est recherché. Toute l'ambiguïté de cette notion juridique se trouve résumée dans la définition de Planiol : « Une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹³⁴.

En droit québécois, la notion d'ordre public est prévue dans la Charte québécoise. Le professeur François Chevrette (1989) en tire la définition suivante : l'ordre public constitue « un concept à portée indiscutablement très large, qui inclut fort probablement [les concepts de sécurité nationale, de sûreté publique, de santé ou de morale publique] de même que le bon fonctionnement du système judiciaire, la prévention du crime et la protection des droits et libertés d'autrui ». L'acception anglo-saxonne de l'ordre public est beaucoup plus restrictive que l'utilisation qui en est fait en droit français¹³⁵. Les considérations de *public order* concernent avant tout la prévention du désordre public. On trouvera aussi les termes *public policy* et *public order* utilisés indistinctement¹³⁶. Toutefois, l'expression *public policy* pourra aussi inclure les principes de justice naturelle. Jean-Gabriel Castel recourt à l'expression *public policy* (Castel, 1975).

Une définition aussi large de l'exception d'ordre public doit pourtant être regardée à la lumière de la culture juridique canadienne et du contexte international. Rarement le Canada souhaitera-t-il se trouver en porte-à-faux par rapport à ses engagements internationaux, particulièrement en matière de droits de la personne. Cependant, la doctrine au Canada qui traite particulièrement de la place de l'ordre public dans le droit canadien ou encore québécois est rare¹³⁷.

La justice fondamentale, la sécurité publique et le respect des droits de la personne participent donc de l'ordre public en droit canadien et québécois. Dans la mesure où le droit des femmes à l'égalité est un droit fondamental, il en découle que les mesures proactives

destinées à le promouvoir revêtent le même caractère fondamental. Cela n'est toutefois pas une vision partagée par tous les droits nationaux, loin de là. Cette acception de l'ordre public canadien, développée au fil d'une riche jurisprudence relative aux droits de la personne, peut-elle survivre à l'heure de l'émergence d'un ordre public international dont les contours ne sont pas déterminés par des tribunaux canadiens? Le droit communautaire européen a développé un ordre public régional soucieux du respect des droits de la personne. Il dévie toutefois pour des raisons particulières de la tendance internationale.

J. Dollinger (2000) note une tendance de plus en plus forte à la considération d'un ordre public véritablement international qui dépasse les limites du droit international privé (gestion des conflits de lois). L'apparition d'un ordre public européen illustre cette affirmation. L'article 30 du nouveau Traité de Rome permet de déroger à la seule règle prohibant les restrictions quantitatives au commerce entre les États membres pour des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique. Ces dérogations ne doivent pas constituer un moyen d'imposer des discriminations arbitraires ni une restriction déguisée aux échanges. On retrouve cette clause et la restriction énoncée dans des termes similaires dans le GATT¹³⁸. La réserve d'ordre public est aussi énoncée à l'article 39(2) du nouveau Traité de Rome concernant les restrictions à la liberté de circulation, à l'article 46 concernant le régime spécial pour les étrangers en matière de liberté d'établissement et à l'article 55 au sujet de la libre prestation de services. Enfin, l'article 58.1(b) « permet aux États de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements (...) ou de prendre des mesures justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique » (Castillo et al., 2001). Le Traité de Rome semble laisser une marge de manoeuvre importante aux États membres de l'Union européenne d'exercer leur souveraineté par le biais de ces exceptions générales aux termes du traité. Cependant, Castillo et Chemain (2001) prétendent que le système juridique basé sur le marché commun tend à affaiblir le pouvoir discrétionnaire des États, bien qu'ils ne prévoient pas la disparition du recours à l'exception d'ordre public à terme .

Le droit communautaire renvoie ainsi aux conceptions nationales de l'ordre public. Selon la Cour de justice européenne (CJE), l'ajout des concepts de « sécurité publique » et de « santé publique » encadre l'ordre public et permet d'éviter que les États abusent de dérogations aux règles communautaires. Pour la Cour, les exceptions d'ordre public doivent être entendues strictement.¹³⁹ L'application d'un droit communautaire uniforme justifie les contrôles des exceptions exercés par les institutions européennes. De cette tendance naît progressivement un ordre public véritablement communautaire, ou européen, dans une communauté qui rassemble dans un même système interdépendant libéralisation économique, ordre social et ordre juridique.

Le concept « d'ordre public européen » est apparu dans la jurisprudence européenne avec l'arrêt *Loizidou/Turquie* où la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁰ a statué qu'elle devait « tenir compte de la nature particulière de la Convention de Rome, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains »¹⁴¹. Dans l'affaire *Soering*, la Cour a même donné priorité à la *Convention européenne des droits de l'Homme* afin d'écarter l'application d'une autre convention internationale relative à l'extradition¹⁴². L'ordre public européen domine donc de plus en plus nettement l'ordre public interne. Au

niveau international ou transnational, toutefois, la situation est différente. L'ordre public économique tend à dominer un ordre public soucieux des droits de la personne. Ainsi, et malgré les traditions nationales, dont la tradition canadienne et québécoise, il y a lieu de se demander si un ordre public international résolument économique n'aura pas le dernier mot sur les droits de la personne.

L'ordre public transnational ou réellement international

Le droit économique international prend une telle ampleur que certains évoquent une *lex mercatoria unifiée* et la naissance d'un véritable système juridique à part entière. Parce que les accords de commerce constituent une source de cette *lex mercatoria*, dont les autres sources sont à rechercher dans la jurisprudence de l'arbitrage international, et que la notion d'ordre public transnational est d'abord apparue dans les arbitrages de la Chambre de commerce internationale (CCI), il est pertinent de procéder par analogie avec le droit privé international pour découvrir le sens à donner à la réserve d'ordre public incluse dans les accords de l'OMC. En effet, même si les accords de commerce entrent dans la catégorie du droit public international (liant des États entre eux), une analogie peut être tirée du droit international privé puisque les objectifs recherchés par les accords de commerce sont de favoriser les échanges commerciaux internationaux par « le jeu des acteurs privés internationaux¹⁴³ ».

L'arbitrage commercial international a connu une évolution poussée au cours du XX^e siècle en accordant une liberté toujours plus grande aux parties et aux institutions d'arbitrage, laissant le juge national devant une sentence basée sur des règles exogènes au droit national, mais y faisant force (Racine, 1999). Le dernier rempart de l'État souverain serait celui de l'exception d'ordre public. Cependant, il n'est pas certain que lui soit accordé beaucoup de poids dans le cadre d'un arbitrage international.

Au cours des 20 dernières années, le concept d'un ordre public « véritablement » international est apparu dans plusieurs décisions de la CCI. Il s'agit d'un ordre public dont l'existence repose sur les règles de droit international visant à assurer l'ordre, la sécurité et la stabilité des relations internationales. Les arbitres jugeront contraires à l'ordre public véritablement international des actes répréhensibles du point de vue non seulement des bonnes mœurs, mais aussi de la morale économique.

Certains vont même jusqu'à dire que la *lex mercatoria* pourrait imposer son ordre public en influençant les décisions arbitrales et en remplaçant les propres lois de l'État¹⁴⁴. En outre, l'importance croissante d'un ordre public visant à protéger l'harmonie des relations économiques internationales contre les velléités souverainistes des États tend à ne plus seulement se restreindre au droit international économique privé, mais recouvre différentes juridictions du droit et des relations internationales (Dollinger, 2000).

Plusieurs auteurs (Dollinger, 2000; Oppetit, 1993) voient la notion d'ordre public transnational dépasser le simple domaine de l'arbitrage commercial international et incorporer le droit public international. Les pratiques commerciales contraires à une morale publique commune (la corruption ou le trafic d'influence) sont prohibées et succombent sous le coup de plusieurs décisions arbitrales internationales au nom de l'ordre public transnational. Certaines valeurs

éthiques sont aussi prises en compte, excluant du commerce licite des produits contraires à la morale publique. Ainsi, le commerce des stupéfiants ou de la fausse monnaie est exclu des accords de commerce. De même les biens culturels font l'objet de diverses conventions visant à assurer leur protection contre le pillage et le vol.¹⁴⁵ Les valeurs « recueillant un assez large consensus » seraient la justice et la sécurité mais aussi « la valeur de la vie, la valeur de la propriété, la valeur de la compétition et le contrôle de l'activité économique, au nom de l'intérêt public ».¹⁴⁶

Les valeurs universellement reconnues sont ainsi limitées et ne font pas référence à l'ensemble des droits protégés par les instruments des droits de la personne. Les valeurs liées à l'activité économique tendent à être prédominantes et être les seules pour l'instant à être acceptées au nom d'un ordre public transnational. Voilà pourquoi nombreux sont ceux qui plaident pour l'inclusion des droits de la personne internationalement reconnus dans les exceptions d'ordre public et de morale publique des accords de commerce.

Cependant, dans le cas où cette thèse triompherait malgré les termes des accords de commerce et la tendance affichée à distinguer le commerce et les droits de la personne, il faut encore reconnaître que de telles exceptions seraient soumises au principe selon lequel elles doivent être « nécessaires » et constituer une mesure alternative restreignant le moins possible le commerce (OMC, 2003).

En conclusion, l'évolution de la notion d'ordre public en droit canadien et québécois permet d'affirmer que les droits de la personne garantis par les chartes canadienne et québécoise doivent être considérés comme participant à cet ordre public. Comme dans le cas du droit français, et ce conformément à l'évolution des instruments des droits de la personne sur le plan international, l'ordre public canadien et québécois protège les fonctions de l'État (sécurité, moralité), mais aussi les citoyens contre les intrusions abusives ou les omissions de l'État préjudiciables aux citoyens et à la promotion de leurs droits. À l'évidence, l'esprit et la lettre des chartes font en sorte que le droit des femmes à l'égalité tout autant que les mécanismes proactifs destinés à promouvoir ce droit dans le domaine du travail peuvent être protégés au nom de l'ordre public. Il est acquis que le gouvernement doit intervenir dans la sphère du travail afin de promouvoir le droit des femmes au travail en toute égalité.

Placée devant la réalité des accords de commerce, la question se pose autrement. Dans l'éventualité où les détenteurs de droits en vertu des accords de commerce remettraient en cause, pour des raisons que nous avons explorées, le modèle canadien de l'équité en emploi qui est imposé à ceux d'entre eux qui sont des employeurs canadiens, le Canada pourrait-il prétendre que l'ordre public lui permet de déroger à ses engagements commerciaux? Rien n'est moins certain. Pis encore, rien n'est moins souhaitable! Les droits de la personne n'ont aucun avantage à être conceptualisés comme des dérogations aux règles du commerce.

La superposition du droit national et du droit économique international engendre donc un conflit des « ordres publics ». Cependant, dans l'éventualité d'un arbitrage commercial tirant sa source du texte d'un accord de commerce et des principes du droit économique international, il va de soi que l'ordre public marchand dominerait l'ordre public destiné à la protection des personnes, même si la source de la dérogation était le respect du droit des femmes à l'égalité.

Certains tentent de résoudre ce conflit en invoquant le caractère de *jus cogens* ou de principes généraux de droit des droits de la personne qui, ainsi, domineraient le droit économique international et les accords de commerce. Cette thèse est combattue par ceux qui affirment que les risques de conflits sont rares et que de toutes façons, les règles de l'OMC ou de l'ALÉNA sont *lex specialis* et ne concernent que le commerce (Marceau, 2002). Bref, il y a débat.

Dans tous les cas, et dans l'hypothèse où serait reconnue la primauté des droits de la personne sur le commerce, il reste à déterminer de quels droits on parle? À cet égard, l'indication la plus sérieuse nous serait fournie par la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* adoptée par la Conférence internationale du travail en 1998¹⁴⁷ : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; l'abolition effective du travail des enfants; et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession expriment les droits fondamentaux dont la valeur de droits n'est contestée par aucun État membre de l'OIT. Il faut reconnaître ici que les mesures d'équité en emploi constituent un prolongement de la valeur d'égalité et de son corollaire, l'interdiction de la discrimination, mais que ce prolongement ou cette modalité proactive de mise en oeuvre de l'interdiction de la discrimination n'est pas nécessairement inclus dans la vision universaliste de l'interdiction de la discrimination en emploi¹⁴⁸.

En résumé, les politiques canadiennes destinées à promouvoir le droit des femmes à l'égalité en emploi par le recours à l'équité en emploi, dans l'éventualité où elles heurteraient les droits des marchands au Canada, ne peuvent être sauvegardées en recourant à l'exception d'ordre public au sens où l'évoquent les accords de commerce et où le conçoit le droit économique international. Ce constat fournit un appui supplémentaire à notre argument principal qui propose le renforcement des mesures canadiennes d'équité en emploi « dans le respect des engagements commerciaux du Canada et des accords qu'il a ratifiés ».

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Qu'il nous soit permis en conclusion de nous éloigner un peu du terrain juridique pour poser des questions d'ordre plus politique. Principalement, ces questions expriment certaines des craintes du mouvement féministe canadien et québécois à l'heure des accords de commerce. Notre analyse a révélé que le gouvernement canadien peut, sans effort exagéré, s'il le souhaite, apporter aux mesures d'équité en emploi les correctifs nécessaires¹⁴⁹ afin de les sauvegarder dans le contexte de ses engagements commerciaux internationaux. Il convient en effet de parler de correctifs car les accords de commerce n'invalident pas les politiques publiques nationales relatives à l'égalité des femmes en emploi. Elles en accroissent toutefois les exigences au chapitre de la transparence de la norme, de l'administration des programmes et des attentes des entreprises étrangères. Le gouvernement canadien souhaite-t-il de tels renforcements? Ce choix s'inscrit à l'encontre de l'idéologie du « moins d'État » et du mouvement de dérégulation amorcé par l'État canadien. Cependant, il n'est pas la conséquence juridique des accords de commerce, il en est plutôt la source et la conséquence idéologique.

Il faut de plus tenir compte de l'opinion des investisseurs, des fournisseurs et des producteurs étrangers qui embauchent au Canada. Alors qu'il était d'usage de recevoir les critiques des entreprises relatives à l'équité en emploi dans un contexte totalement « domestique », les arguments d'opposition à l'équité en emploi issus de préoccupations relatives à la compétitivité, à la productivité, voire tout simplement aux coûts engendrés par l'implantation de plans d'équité en emploi en entreprises, prennent une autre couleur lorsqu'ils sont mis en contexte international. En effet, à certains égards, ces critiques ne sont plus seulement des critiques. Elles sont aussi l'expression voilée de griefs fondés sur les « droits des entreprises étrangères » embauchant au Canada. Les décideurs en matière d'équité en emploi sentent ces nouvelles résistances. Le Canada a-t-il les moyens politiques de ses politiques publiques? Cette question a des effets spécifiques sur les droits des Canadiennes.

Difficile à dire car il n'existe pas au Canada de méthodologie destinée à l'examen systématique et préventif des effets du commerce sur les politiques nationales destinées à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité en emploi. Or ces questions ne peuvent qu'être envisagées au « cas par cas » selon les accords de commerce dont il est question. Dans le cas des mesures d'équité en emploi, nous en sommes venues à la conclusion que la ratification par le Canada des accords de commerce signifie que plus de commerce exige aussi « plus d'État ». Cela est-il politiquement viable?

La dernière partie de cette étude se penche spécifiquement sur la question du besoin d'une analyse comparative ou différenciée selon le sexe en matière de commerce international et de politiques publiques nationales. Il ne s'agit pas de réinventer la roue, de nombreuses études et modèles se consacrent à la question. Il s'agit plutôt de soumettre ces modèles aux exigences spécifiques de l'objet de l'analyse (les politiques publiques destinées aux femmes) dans le contexte de sociétés développées, là où les appareils d'état sont sophistiqués et les modes de mise en oeuvre du droit des femmes à l'égalité le sont tout autant. Les mesures d'équité en emploi servent alors de référence.

PARTIE 3 : L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE SUR LA RÉGLEMENTATION CANADIENNE DESTINÉE À L'ÉQUITÉ EN EMPLOI : DES CONCLUSIONS ET DES RECOMMANDATIONS TIRÉES DE L'ÉTUDE DE CAS

9. L'ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SEXES ET L'IMPACT DES ACCORDS DE COMMERCE : UN DOSSIER ÉMERGENT

ACS et développement

L'analyse comparative ou différenciée selon les sexes (ACS) est née des débats des années 1970 entourant les difficiles articulations entre le marxisme, le féminisme et le développement. Aujourd'hui, de nouvelles réalités s'imposent, dont celle du commerce international. Nul ne conteste maintenant le fait que des politiques en apparence neutre produisent des effets différents à l'égard des femmes et des hommes. L'ACS exprime le besoin de mettre au point des outils de « mesure » destinés à cerner ces effets. Conformément à la théorie de l'égalité entre les sexes, il existe de nombreuses situations où le repérage des effets préjudiciables d'une politique spécifique à l'égard des femmes entraîne le besoin de mettre en oeuvre des solutions adaptées afin de corriger le désavantage subi.

Les premiers outils de l'ACS étaient destinés à l'analyse des politiques de développement (Overholt et al., 1984; Moser, 1993), terrain sur lequel se sont affrontées des approches divergentes. Overholt et al. (1984) ont proposé un modèle axé sur la recherche de solutions de développement conçues en fonction des besoins des femmes. Ce modèle se désintéressait de la question de l'organisation des rapports de pouvoir pour privilégier la conception de politiques de développement adaptées aux femmes. Moser (1993), pour sa part, a élaboré un modèle axé sur la prise en compte des besoins des femmes qui dépasse la seule correction des inégalités. Selon Moser, qui a contribué aux travaux de la Banque mondiale, l'objectif central des politiques de développement qui prennent la dimension de genre en compte est de redonner aux femmes une autonomie de décision tout en contribuant à combattre la pauvreté et les inégalités dans le développement¹⁵⁰.

Récemment, Hlupelik Longwe (2001) et Kabeer (1994) ont poussé plus loin l'intégration de préoccupations sociales, le besoin pour les femmes d'avoir plus de pouvoir politique et économique et la reconnaissance du droit des femmes de participer la gestion des ressources premières. Les travaux de Hlupelike Longwe ont permis la diffusion du modèle du « Women's Empowerment Framework ». L'auteure décrit *l'empowerment*¹⁵¹ comme un « processus par lequel une personne, ou un groupe social, acquiert la maîtrise des moyens qui lui permettent de se conscientiser, de renforcer son potentiel et de se transformer dans une perspective de développement et d'amélioration de ses conditions de vie et de son environnement [traduction] ». La méthode d'analyse de Hlupelike Longwe propose des marqueurs¹⁵² afin d'identifier le niveau d'autonomisation d'une mesure, d'un programme ou d'une politique. La mesure idéale est celle émanant des femmes que cette mesure concerne et qui permet le contrôle par ces dernières de la mise en oeuvre et de l'exécution (Hlupelike Longwe, 2001). Hlupelike Longwe réfère au « cycle » de l'autonomisation (Hlupelike Longwe, 2001). Le Women's Empowerment Framework a une connotation davantage politique que d'autres

méthodes d'analyse. Par contre, elle ne tient pas compte de l'interdépendance de mesures à caractère économique et social.

Ce processus d'interdépendance des normes et des comportements est au coeur des discriminations dont les femmes sont victimes. Kabeer (1994) propose d'examiner les processus de régulation comme des processus globaux de mise à risque du développement humain des femmes. La production est comprise dans le sens le plus large de l'ensemble des activités humaines visant à parvenir au bien-être et la pauvreté, comme la conséquence d'une distribution inégale des ressources que Kabeer décrit comme étant « l'inégalité des relations sociales ». Les rapports de sexe sont ici perçus comme une facette des relations sociales. Pour Kabeer, il faut déterminer la source des inégalités entre les hommes et les femmes.

Le commerce international et l'institutionnalisation du commerce comportent de nombreuses régulations locales, nationales et internationales dont les effets ne sont pas neutres pour les femmes. Plus particulièrement, les accords de commerce influencent les conditions de vie et les droits des femmes et cet impact est distinct de celui dont les hommes (Brambilla, 2001; Joekes et al., 1994; Haxton et al., 1999) font les frais. À ce titre, plusieurs études se sont penchées sur les effets du commerce sur les femmes des pays en voie de développement (Allaert et al., 2001; Allaert, 1997). Peu d'études ou de modèles d'analyse comparative selon les sexes sont adaptés aux besoins et aux réalités des femmes des pays développés, particulièrement en ce qui concerne l'impact des accords de commerce.

Les accords de commerce et l'ACS

L'analyse comparative des politiques commerciales selon les sexes a été proposée, entre autres, par l'Organisation des Nations Unies (ONU) et par l'Organisation internationale du Travail (OIT) à titre d'outil destiné à prévenir les dommages que pourrait entraîner une application aveugle de normes non adaptées aux besoins spécifiques de certaines populations cibles. On constate à ce sujet les efforts de divers organismes, telle la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) qui a tenté de sensibiliser l'OMC à la nécessité de s'intéresser à l'impact des accords de commerce sur les populations vulnérables. À titre d'exemple, la CNUCED a déposé, en collaboration avec le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et la Commission économique et sociale sur l'Asie-Pacifique (CESAP), un document traitant de l'importance d'une perspective axée sur l'analyse comparative en fonction des sexes (ONU, 1996) à la Conférence ministérielle de l'OMC à Jakarta en 1996.

Outre ces institutions, plusieurs organisations non gouvernementales (ONG) de femmes mettent de l'avant l'utilisation d'une analyse comparée entre les sexes. C'est le cas de l'Organisation des femmes pour l'Environnement et le Développement (WEDO) qui propose sur son site une mise en application de l'analyse comparée (WEDO, 2002). Notons aussi les travaux du Network Women in Development Europe (WIDE), groupe parapluie regroupant diverses ONG,¹⁵³ et ceux de l'Association pour les droits de la femme et le développement (AWID)¹⁵⁴. Du côté de la recherche, certains travaux plus récents ont entrepris l'analyse de l'impact des accords de commerce et des règles commerciales sur la

capacité des acteurs publics et privés d'adopter des règles destinées à la promotion de l'égalité des femmes. Soulignons, par exemple, les travaux de Evers (1999) (IDS, 1998). Il faut en effet distinguer les efforts destinés à intégrer dans les institutions internationales et régionales du commerce une analyse selon les sexes de ceux qui, plus précisément, tentent de promouvoir le devoir des États d'analyser l'impact des politiques commerciales sur leur propre capacité d'adopter des politiques nationales destinées aux femmes. Hassalani souligne en outre que les efforts des femmes visant à être entendues dans les forums de l'OMC et de la future ZLÉA ont eu peu de répercussions jusqu'à maintenant, malgré l'émergence de lobbys, tel le Informal Working Group on Gender and Trade (IWGGT), qui tentent de percer le mur de l'OMC. Selon Hassalani, ces groupes ont eu un certain succès auprès de tribunes parallèles à l'OMC, telles les Nations Unies ou l'OIT (Hassalani, 2000). Certaines autres percées doivent cependant être soulignées.

La Coopération économique Asie-Pacifique¹⁵⁵ (APEC) est l'organisation qui a consenti les efforts les plus sérieux en ce qui concerne l'intégration d'une perspective et d'une analyse de genre dans le développement et le commerce. Cet effort est manifeste non seulement d'un point de vue institutionnel, mais aussi parce que de nombreuses données concernant les femmes et le commerce ont été rendues disponibles. Le cas du rapport des femmes au travail non rémunéré en constitue un bon exemple. L'APEC diffuse aussi des données concernant les femmes dirigeantes d'entreprises ainsi que des statistiques sur les types d'emplois exercés par les femmes, incluant les catégories salariales. La création du SOM Ad Hoc Task Force on the Integration of Women et du Ad Hoc Advisory Group on Gender Integration (AGGI) a généré des travaux qui ont rendu possible l'adoption d'une Déclaration conjointe portant sur les femmes, le développement et le commerce¹⁵⁶ à l'occasion de la Conférence des ministres de la Condition féminine de l'APEC en 2002. Le AGGI de l'APEC a rédigé en 2001 un guide d'évaluation du rôle des femmes dans les projets de l'APEC ainsi que de l'impact de ses projets sur elles. Cependant, tous ces efforts ne se reflètent pas nécessairement dans les Plans d'action collectifs (PAC) ou dans les Plans d'action individuels (PAI)¹⁵⁷ qui sont les rapports annuels relatifs aux politiques économiques globales de l'APEC et des États membres. Rien dans ces rapports ne laisse encore entrevoir une analyse comparative des impacts de ces politiques entre les sexes (Gibb, 2000).

La Commission européenne élabore des instruments destinés à mesurer les impacts sociaux des accords de commerce sur l'ensemble des populations, aussi bien des pays industrialisés que de ceux en développement. Il s'agit du projet Social Impact Assessment (SIA) (IDPM, 2003b). De même, le Secrétariat du Commonwealth a adopté en 1995 un Plan d'action sur le développement qui incorpore la notion de genre. Des politiques d'analyse comparative entre les sexes ont été développées dans le cadre de ce Plan (Sen, 1999).

Le SIA est un vaste projet portant sur les impacts économiques et sociaux des négociations commerciales de l'OMC à la fois sur les pays développés et en voie de développement. Ce projet a été commandé par la Commission européenne. Il est dirigé par l'Institute for Development Policy and Management (IDPM) de l'Université de Manchester, au Royaume-Uni. Le rapport final a été déposé en 2003 (IDPM, 2003b). Le projet porte sur une estimation des impacts à long terme du commerce. Ces impacts sont évalués dans divers secteurs de commerce libéralisés¹⁵⁸. La nouveauté du modèle repose sur le fait qu'on évalue à la fois les

impacts économiques, environnementaux et sociaux. Afin de procéder à cette évaluation, les chercheurs ont recouru à différents types de marqueurs, certains étant reliés à l'emploi, à l'égalité entre les sexes et à l'équité.

L'objectif premier de la recherche est de conseiller les négociateurs de l'Union européenne dans le cadre des rondes de négociation de l'OMC et de leur fournir des outils afin d'évaluer les impacts des mesures proposées dans le cadre des négociations. À ce jour cependant, les rapports parus mettent l'accent sur certains aspects de l'équité qui concernent un autre groupe générique que celui des femmes : les consommateurs. Par exemple, les impacts à long terme, pour les pays développés, d'une libéralisation visant à augmenter la compétitivité des entreprises se résument à deux choses : l'évaluation des impacts positifs sur le choix des denrées accessibles aux consommateurs et ceux sur l'accès aux services de santé (IDPM, 2003a). Les études ne font qu'effleurer la question des impacts négatifs possibles de la libéralisation du commerce européen sur les normes de travail au sein des pays développés (Kirkpatrick et al., 1999). C'est donc avec peu de bagage que nous nous sommes aventurées sur le chemin encore mal connu de l'analyse des impacts des politiques commerciales selon le sexe et sur celle de la capacité des États de maintenir ou d'adopter des réglementations nationales destinées aux femmes. Cela a largement justifié le recours à une étude de cas. De plus, le modèle canadien de l'ACS n'a pas non plus été d'un grand secours, malgré ses vertus et ses succès.

Le Canada, l'ACS et les politiques nationales

La méthode d'analyse différenciée ou comparative selon le sexe mise de l'avant par Condition féminine Canada (1998) se décompose en huit étapes. Elle a été structurée de façon à reproduire les étapes généralement suivies par les responsables gouvernementaux qui élaborent des politiques. L'analyse, qui est détaillée à l'annexe VI, vise principalement à préciser les enjeux soulevés par la mesure (étape 1), à définir les résultats souhaités (étape 2), à mener des travaux de recherche (étape 4) et à évaluer la qualité de la démarche (étape 8). Cette méthode se penche sur la *source* de la régulation, c'est-à-dire la norme productrice d'équité ou d'inégalité. L'ACS a connu des succès, comme en témoignent le cas de Santé Canada (2002) et celui de l'Agence canadienne pour le développement international (ACDI) (1999).

Santé Canada a désigné 12 déterminants de la santé qui comprennent des considérations liées à l'analyse comparative selon le sexe et aux rapports sociaux de sexes. Ces déterminants sont le revenu et la situation sociale; l'emploi; la scolarité; l'environnement social; l'environnement physique; le développement sain de l'enfant; les pratiques personnelles liées à la santé et la capacité d'adaptation; les services de santé; les réseaux de soutien social; la constitution biologique et le patrimoine génétique; les différences sociales entre hommes et femmes; la culture. Santé Canada a aussi créé en 1993 le Bureau pour la santé des femmes. Ce Bureau n'est pas un programme ni un organisme de financement. Il est, en général, axé sur les politiques. Il travaille avec les autres divisions et directions générales du ministère afin de promouvoir les politiques et les programmes qui répondent adéquatement aux besoins des femmes en matière de santé afin d'améliorer la compréhension de la différence entre les sexes comme variable déterminante en matière de santé. Le Bureau entretient des relations avec les autres ministères fédéraux, les gouvernements provinciaux et les organismes à l'échelle nationale et internationale. Malgré

les immenses progrès accomplis à cet égard, il ne semble pas toutefois que l'impact des accords commerciaux sur la santé des femmes (en matière d'accès aux médicaments ou de qualité de ces derniers, par exemple) soit directement considéré. Il ne semble pas non plus que les relations entretenues par le Bureau pour la santé des femmes s'étendent au MAECI.

Le cas de l'ACDI est aussi éloquent. Pour l'ACDI, l'égalité entre les sexes passe par l'accès des femmes à la décision dans les processus de développement durable, aux ressources, au respect des droits fondamentaux, au partage et au contrôle des bénéfices du développement (ACDI, 1999). La grille de prise en compte des exigences de l'égalité des sexes embrasse plusieurs considérations : l'environnement, la déforestation, l'accès aux services de base, etc., mais rien cependant sur le commerce.

La méthodologie de l'ACS, destinée aux décideurs gouvernementaux, comporte un faible potentiel de transversalité lorsqu'il s'agit de se pencher sur les effets du commerce sur les femmes. En proposant à chaque ministère l'implantation de cette méthodologie, il est évident que la prise en compte des rapports sociaux de sexe dans l'élaboration des politiques devient, d'une certaine façon, disciplinaire : la santé, par exemple. Cela facilite certes l'imputabilité. Or le commerce, lui, n'est pas de nature monodisciplinaire. Les décisions relatives à la libéralisation des échanges commerciaux traversent toutes les compétences du gouvernement. Une application systémique de la méthodologie de l'ACS signifierait que le MAECI devrait assumer l'ensemble des analyses relatives à l'ensemble des politiques commerciales susceptibles d'affecter l'un ou l'autre domaine de compétence d'un autre ministère ou organisme, et ce parce que le commerce international est de sa compétence. Le problème, c'est qu'à l'exception faite des affaires étrangères, le commerce international est la seule compétence du MAECI! Comment donc tenir compte des aspects multidimensionnels du commerce international et, plus particulièrement, intégrer à cette prise en compte les considérations liées aux femmes et aux rapports sociaux de sexe? Le MAECI reconnaît que la question est difficile et qu'il doit encore y réfléchir. Ses représentants reconnaissent aussi qu'il est difficile d'élargir le cercle « naturel » des partenaires du MAECI (Industrie et Commerce, Agriculture, et maintenant, RHDCC) et que malgré de récents rapprochements, les communications ne sont ni claires ni soutenues entre lui et Condition féminine Canada, par exemple¹⁵⁹. Toutefois, de la même façon que la première compétence du MAECI est le commerce international, Condition féminine Canada ne possède pas non plus la compétence universelle au sein du gouvernement fédéral.

Ce bref survol de la situation permet de constater qu'entre la reconnaissance du besoin de l'analyse comparative selon les sexes des politiques publiques nationales et internationales et l'implantation de stratégies d'ACS au sein des administrations issues des pays développés, il manque encore des chaînons importants. Entre autres, le cas de la soumission des politiques commerciales à l'exigence de l'ACS illustre bien les limites d'une approche « ministère par ministère » et le défi que constituerait un décloisonnement de cette approche. Idéalement, un projet de politique commerciale, mais plus particulièrement un projet d'engagement canadien en matière de libéralisation d'un secteur commercial, devrait être soumis à l'ensemble des ministères concernés pour opinion et avis. Non seulement n'est-ce pas le cas, mais en sus, il faut conclure que les modèles sont encore à créer. En effet, sur le plan particulier des accords de commerce et des institutions commerciales, tout porte à croire que la poussée du

mouvement féministe en faveur de la prise en compte des rapports de sexe dans l'élaboration et la mise en oeuvre de tels accords, évolue plus rapidement au plan international que national. Cette situation est assez anachronique dans la mesure où elle nie la réalité quotidienne de femmes « situées » géographiquement et politiquement.

La prochaine section s'intéresse plus particulièrement à cette question dans le contexte canadien. Tirant avantage de l'étude de cas complétée, elle aboutit à des recommandations destinées à promouvoir un dialogue utile au niveau national entre les femmes et le MAECI et une prise en compte de l'analyse comparative entre les sexes de l'impact des décisions canadiennes en matière de commerce international¹⁶⁰.

10. L'ABSENCE DE MÉCANISMES DE CONSULTATION ET DE PRISE EN COMPTE DES IMPACTS DU COMMERCE SUR LES CANADIENNES

Afin d'étayer cette proposition, nous avons choisi de concentrer notre analyse sur deux aspects : d'une part, les mécanismes de consultation propres au MAECI et, d'autre part, les récents travaux du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international (CPAECI) de la Chambre des Communes, lequel a tenu des audiences importantes sur l'incidence du commerce pour les Canadiens et les Canadiennes en 1999 et en 2001.

Le MAECI

Le MAECI a recours à plusieurs organes de consultation lorsque vient le temps d'élaborer des politiques commerciales. Hassalani a procédé en 2000 à la recension de ces organes consultatifs. Toutefois, le CPAECI est de loin le forum le plus large en matière de consultation. Il ne relève évidemment pas du MAECI. Les consultations organisées par le CPAECI se font sur une base ponctuelle, et non institutionnelle ou permanente (Hassalani, 2000).

Le MAECI mène régulièrement des consultations fédérales-provinciales-territoriales, souvent teintées du sceau de la discrétion. Il arrive que des représentants du milieu des affaires y soient invités (Hassalani, 2000). Parmi les mécanismes de consultation, on retrouve aussi les Groupes de consultations sectorielles sur le commerce extérieur (GCSCE). À l'origine, les syndicats participaient aux travaux de ces groupes. Ce n'est plus le cas aujourd'hui et les femmes y sont nettement sous-représentées. Pour satisfaire notre curiosité, nous avons demandé et obtenu du MAECI la liste (2002) des membres de trois de ces groupes sectoriels : Santé et services médicaux, Services, et Environnement. Le Groupe « Santé et services médicaux » comptait trois femmes (sur 19 membres). Elles représentaient le secteur pharmaceutique et celui des hôpitaux. Le Groupe « Services » comptait quatre femmes (sur 20 membres) et aucun membre ne représentait les syndicats, voire les groupes de protection des consommateurs. Le Groupe « Environnement » comptait deux femmes, dont une représentant le Sierra Club du Canada. Certes, l'on prétendra que ces groupes intéressent d'abord le milieu des affaires. Toutefois, considérant leur influence sur les politiques commerciales, ne faudrait-il pas réviser cette impression et ouvrir les GCSCE à d'autres interlocuteurs, dont les femmes?

Le MAECI entretient aussi un dialogue avec deux groupes de consultation qui relèvent directement du cabinet du ministre des Affaires étrangères et du Commerce extérieur : le Conseil consultatif d'Équipe Canada, composé de 20 porte-paroles de l'industrie¹⁶¹, et le Conseil consultatif d'universitaires sur la politique commerciale canadienne, lequel est, pour sa part, formé de spécialistes de la question du libre-échange. Ce groupe est le reflet de la liste d'experts recensés par le MAECI dans le cadre de ses études sur les recherches universitaires en matière de libre-échange. Selon une recension (Mugga, 2002), seulement 5 p. 100 des recherches et opinions sollicitées concernent le domaine social au sens large. Il faut noter de plus que ces deux derniers groupes ne figurent pas au site du MAECI et que leur existence ne peut donc pas facilement être connue du grand public¹⁶².

Les grandes consultations

Depuis 1999, le Parlement canadien a tenu trois grandes consultations publiques consacrées à l'impact du commerce international et régional sur la vie des Canadiens (Parlement, 1999a, 1999b, 2002). Nous avons jugé opportun de vérifier si les questions relatives à la prise en compte du point de vue des Canadiennes sur le commerce tout comme celles de l'analyse comparative selon les sexes de l'impact du commerce avaient été abordées de quelque manière dans le cours de ces travaux.

La consultation de 1999 portant sur l'OMC et le programme du millénaire a donné lieu à plusieurs recommandations faisant écho à l'insatisfaction générale relative au caractère secret et non démocratique des négociations commerciales. C'était aussi le moment « chaud » des débats entourant l'opportunité de l'inclusion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC¹⁶³. Plusieurs recommandations ont donné suite à ces préoccupations. Au chapitre de la consultation, les recommandations 1, 4, 5 donnent le ton. Aucune cependant ne comporte d'engagement explicite ou particulier concernant les femmes, leurs droits en général ou leur droit à la consultation et à l'information. Il faut ajouter que des quatre regroupements de femmes étant intervenus aux débats, aucun n'a fait de recommandation en ce sens, non plus que des représentations destinées à promouvoir l'ACS dans les accords de commerce ou encore dans la détermination de la politique commerciale du Canada. Au contraire, les environnementalistes se sont mieux fait entendre. Ainsi, le gouvernement canadien a créé un lieu d'examen et un mécanisme relatif à l'évaluation environnementale des négociations commerciales en cours au sein de l'OMC¹⁶⁴.

Faut-il s'étonner qu'aucun des groupes de femmes ayant comparu devant le CPAECI en 1999 ne se soit présenté lors des audiences du Comité en 2002 portant sur le nouveau cycle de l'OMC? Les recommandations issues de ce plus récent cycle de consultation ont pourtant accordé une importance plus significative au défaut de transparence du processus de négociation des ententes commerciales :

Que le gouvernement du Canada multiplie ses efforts en vue de dégager un consensus à l'OMC sur la création d'un mécanisme parlementaire permanent de l'OMC afin d'associer plus étroitement les parlementaires et les élus au travail de l'OMC, et d'établir une communication entre l'OMC, les citoyens et le public. La constitution d'un tel mécanisme comporte trois éléments : la structure et le financement du mécanisme, la représentation, et le lien organisationnel qui le lierait à l'OMC (Parlement, 2002, recommandation 26).

Encore une fois cependant, les gains ont été plus importants du côté de l'environnement :

Que le gouvernement fédéral propose aux membres de l'OMC que l'Organisation internationale du travail et le Programme des Nations Unies pour l'environnement soient autorisés à fournir directement leurs avis d'experts pendant les négociations (Parlement, 2002, recommandation 28).

Les audiences du CPAECI tenues en 1999 et qui portaient sur l'établissement de la ZLÉA ont rapporté des gains encore plus minces du point de vue de la prise en compte des intérêts

et des droits des femmes. Notons que seul le National Action Committee avait alors comparu. Dans le contexte de ces audiences, le CPAECI a choisi de favoriser le respect des normes fondamentales du travail dans les accords de commerce sans même se pencher sur la question du rapport des femmes au commerce et au travail ou encore, sur celle de la pertinence de la Déclaration de 1998 de l'OIT portant sur les droits fondamentaux des travailleurs¹⁶⁵ du point de vue des femmes (Parlement, 1999b, recommandation 10).

En conclusion, nous croyons qu'il n'est pas exagéré d'affirmer que les rapports entre les Canadiennes, le MAECI et le Parlement sont au point mort en ce qui concerne le commerce, exception faite du cas des femmes entrepreneures¹⁶⁶. Pourquoi? Plusieurs explications sont plausibles :

- le MAECI n'est pas un ministère ayant manifesté un engagement particulier envers l'ACS;
- la méthodologie de l'ACS développée au Canada privilégie une approche thématique et sectorielle qui n'est pas propice à l'analyse comparative selon les sexes des politiques commerciales et des impacts des accords de commerce;
- le MAECI n'a pas envisagé l'élaboration d'une approche proactive et éducative destinée à intéresser les femmes et leurs associations représentatives aux réalités des accords de commerce et aux processus et procédures de consultation ponctuels ou réguliers qui s'y greffent;
- la recherche destinée à favoriser l'analyse comparative selon les sexes des impacts des accords de commerce sur les régulations nationales et infra nationales tarde à venir en ce qui concerne les pays développés;
- les femmes et leurs associations représentatives ne sont ni en mesure de s'intéresser ni intéressées par cette dernière question.

Cette dernière hypothèse nécessite certains commentaires.

Les femmes et le commerce

Au cours de la dernière année, nous avons tenté sans succès d'intéresser certains groupes de femmes à nos travaux, particulièrement au Québec. Cette quête étrange nous a permis de découvrir qu'au-delà de l'opposition significative des femmes à l'effet intégrateur des accords de commerce, ce qui est politiquement légitime, la connaissance technique de ce qu'est un accord de commerce et de ce que sont les règles promues par ces derniers fait largement défaut. Nous ferions peut-être ici une exception en ce qui concerne le chapitre 11 de l'ALÉNA portant sur les investissements et autour duquel de larges pans de la société civile canadienne sont mobilisés. Les associations représentatives des femmes sont plus « naturellement » portées à penser « à l'extérieur de la boîte » qu'à l'intérieur de celle-ci, malgré la réalité de l'intégration économique. Prenons un exemple concret. À toutes fins pratiques, il a été impossible d'organiser un atelier ou une consultation portant directement sur le mécanisme actuel des « listes » de l'AGCS, accord de l'OMC pourtant toujours campé, à tort ou à raison, dans le rôle du « loup dans la bergerie du bien commun ». Cependant, l'implication des femmes et de leurs associations représentatives dans le

processus de rédaction l'Offre conditionnelle initiale que le Canada a déposé en mars 2003¹⁶⁷ auprès de l'OMC aurait pu constituer un laboratoire formateur. Seul un très petit groupe était au fait de cette démarche alors qu'au contraire, le milieu des affaires était mobilisé. Voilà qui prouve que la stratégie du MAECI destinée à consulter en ligne les Canadiennes comporte des limites évidentes. Pourtant, la règle de base est bien connue, pour être utilement consulté, il faut être bien informé.

Dans un tel contexte, on comprend que la question principale que soulève notre étude de cas, à savoir l'analyse de l'impact différencié selon le sexe des accords de commerce sur la réglementation canadienne favorisant l'égalité des femmes, s'est avérée prématurée aux fins de la consultation. Certains chercheurs soupçonnent que l'une des victoires des accords de commerce est de contribuer à créer un effet de paralysie sur la réglementation domestique (Appel Molot, 2002), malgré le texte de ces accords. S'ils ont raison, l'état déficitaire des connaissances des Canadiennes serait d'autant plus dramatique.

Avec l'aide des Services aux collectivités de l'UQAM, institution à laquelle l'auteur du présent rapport appartient, il a été convenu de mettre sur pied une première formation communautaire destinée aux groupes de femmes et portant sur le contenu et les règles générales des accords de commerce. C'est un début. Cette formation vise quatre objectifs : 1) faire connaître les règles de base du commerce international et des accords de commerce que ne cesse de se multiplier; 2) identifier les lieux et les moments de la vie des accords de commerce où les Canadiennes peuvent exiger d'être consultées et utilement entendues afin de faire valoir une perspective de genre dans la politique commerciale du Canada; 3) inciter à l'élaboration d'une méthodologie de base permettant de créer les liens entre les réglementations locales favorables aux femmes et l'impact sur ces dernières des règles et des accords de commerce; et, enfin, 4) généralement démystifier les accords de commerce. Ces objectifs nous semblent préalables à la revendication d'une consultation efficace et systématique en vue de l'élaboration de politiques commerciales respectueuses du droit des Canadiennes à l'égalité et à la dignité. Selon nous, la question se pose ainsi : quelle est la part réelle de l'appauvrissement et de l'exclusion des Canadiennes et qui est imputable au respect par le Canada de ses engagements commerciaux internationaux (Lamarche et al., 2003)?

11. QUELQUES RECOMMANDATIONS

1. Élargir la portée de l'ACS aux politiques et aux engagements commerciaux du Canada en fonction de l'importance des régulations domestiques pour l'égalité des femmes.

Il faut sortir le commerce du MAECI et élargir la portée de l'ACS. Un ministère ou un organisme qui n'est pas un « partenaire naturel » du MAECI (Industrie Canada, par exemple) risque peu d'être informé en temps utile du déroulement des négociations commerciales internationales ou des exigences découlant des engagements commerciaux du Canada qui peuvent influencer la réglementation dont il a la responsabilité de surveillance, du respect et de la mise en oeuvre. Ce même ministère ou organisme, dans l'exercice de l'analyse comparative entre les sexes des impacts de ses politiques et programmes, est peu susceptible de vérifier si les politiques existantes ou projetées qui favoriseraient l'égalité des femmes et l'équité entre les sexes sont conformes aux engagements commerciaux du Canada, particulièrement en vertu des accords de commerce, sauf dans la mesure où il est alerté par la société civile.

Nous recommandons que soit explicitement prévue dans la méthodologie de l'ACS préconisée par Condition féminine Canada l'exigence d'évaluer les enjeux d'une politique, d'un programme ou d'une régulation domestique à l'aune des engagements commerciaux du Canada et ce, afin d'apprécier les impacts de ces engagements sur la capacité d'un ministère ou d'un organisme de sauvegarder de tels programmes susceptibles d'améliorer directement ou indirectement le sort des Canadiennes.

Cette exigence pourrait être assortie d'un mécanisme d'imputabilité ministérielle approprié.

2. Promouvoir des conditions de dialogue effectif entre le MAECI, les Canadiennes et leurs associations représentatives.

Le MAECI dispose de réseaux de consultation utiles auprès du public et du milieu des affaires, dont les Groupes de consultations sectorielles sur le commerce extérieur.

Le MAECI, actuellement coupé des associations représentatives de femmes au Canada, pourrait envisager la participation régulière et statutaire de ces associations aux travaux des GCSCÉ, notamment par le truchement des comités de condition féminine, des syndicats et des associations professionnelles regroupant un pourcentage important de travailleuses.

3. L'obligation proactive du gouvernement canadien et du MAECI de former et d'informer les Canadiennes.

Dans son dernier Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et intitulé *L'Heure de l'égalité au travail* (BIT, 2004), le Bureau international du travail (BIT) réserve une section de ce rapport à l'intégration des rapports hommes-femmes et à l'audit. Il constate que l'intégration des

préoccupations liées aux rapports de sexe et à l'égalité entre les sexes ne se limite pas à l'interdiction de la discrimination. À titre d'exemple, le BIT reconnaît le faible taux de participation pour les intérêts des femmes au sein de la Commission mondiale sur la dimension sociale, récemment créée (Commission mondiale, 2004). Par ailleurs, les organes de contrôle des instruments des droits de la personne affirment de plus en plus clairement l'obligation proactive des États en ce qui concerne l'égalité entre les sexes.

Lorsqu'il s'agit du commerce international et des engagements commerciaux du Canada, les Canadiennes sont privées d'information utile qui leur permettrait d'apprécier l'impact des accords de commerce sur leurs conditions de vie et sur la réglementation qui promeut leur droit à l'égalité.

Il est essentiel et urgent que le gouvernement du Canada, par le truchement de Condition féminine Canada, facilite le déploiement de mesures de « formation » destinées à accroître la participation et la vigilance des Canadiennes à l'égard des engagements commerciaux auxquels souscrit le Canada.

4. Intensifier la participation des Canadiennes aux travaux du CPAECI.

Il faut intensifier la participation des Canadiennes aux travaux du CPAECI. Les récentes audiences du CPAECI portant sur le commerce international et les intérêts des Canadiens ont été fort peu fréquentées par les associations représentatives des femmes. De 1999 à 2001, cette participation, déjà mince, a décliné. En conséquence, aucune des recommandations du Comité ou du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux n'a porté spécifiquement sur les intérêts des Canadiennes non plus que sur la question du droit des Canadiennes à l'égalité ou sur celle de l'équité entre les sexes à l'heure du commerce international.

Le CPAECI doit veiller à susciter une participation éclairée des femmes et de leurs associations représentatives à ses éventuels travaux.

5. La recherche sur les femmes au MAECI.

Le MAECI doit élargir son champ d'analyse afin d'y inclure les dimensions sociales du commerce international. À notre connaissance, aucune étude n'a été faite concernant l'analyse comparative entre les sexes des impacts des politiques et des accords commerciaux qui lient le Canada. Aucun programme de recherche visant de tels objectifs n'existe non plus.

Le MAECI doit dégager les domaines de réglementation nationale qui contribuent à l'égalité entre les sexes et les soumettre à une analyse indépendante en fonction des exigences des accords de commerce. Les politiques d'égalité au travail, les politiques de la santé, les politiques de services de garde et les politiques d'éducation devraient être jugées prioritaires en raison de l'impact quotidien qu'elles ont sur la vie des Canadiennes. Ces recherches devraient faire l'objet d'une large diffusion.

Telles sont, nous semble-t-il, les recommandations minimales qui éviteraient que l'on constate, à nouveau, comme nous avons été appelées à le faire, la totale *disjonction* entre les politiques commerciales, les Canadiennes et les mécanismes nationaux destinés à promouvoir l'égalité des femmes.

La prochaine et dernière section de cette étude est réservée aux recommandations spécifiquement destinées à la sauvegarde du modèle canadien d'équité en emploi, compte tenu des accords de commerce auxquels le Canada est partie et des engagements auxquels il a souscrit en vertu de ces accords. Ces recommandations sont dans plusieurs cas de nature technique et concernent certains accords particuliers de l'OMC et l'ALÉNA. Elles font directement suite à l'analyse des parties précédentes. Sans prétendre proposer ici un modèle « tout aller », nous croyons que les recommandations proposées fournissent un cadre à partir duquel d'autres politiques canadiennes propices à la promotion du droit des Canadiennes à l'égalité pourraient aussi être analysées. On verra que les recommandations proposent des pistes en aval et en amont des politiques commerciales, bien qu'en ce qui concerne l'étude de cas au sujet de laquelle nous concluons, nous ne pouvons que réagir *a posteriori* et constater qu'aucun examen préalable de l'impact des politiques commerciales sur les mécanismes destinés à la protection et à la promotion des droits des Canadiennes au travail n'a été effectué en l'espèce.

12. DES PISTES EN VUE DE LA SAUVEGARDE DU MODÈLE CANADIEN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI À L'HEURE DES ACCORDS DE COMMERCE

Les recommandations énoncées dans la présente sous-section sont regroupées en fonction de quatre thèmes : 1) la dynamique de négociation et la négociation des accords de commerce; 2) le renforcement du PCF; 3) le besoin de renforcer et donc d'amender la *Loi sur l'équité en emploi*; et enfin, 4) celui d'intensifier la collaboration entre RHDCC et la CCDP. Ces recommandations tiennent compte des plus récentes évaluations menées en la matière. Plus particulièrement, soulignons le rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées (CPDRHCPH, 2002a), résultat de la première révision quinquennale de la Loi; celui sur l'évaluation du PCF (DRHC, 2002) effectué par RHDCC et enfin, le rapport d'audit indépendant réalisé pour le compte de la CCDP et portant sur la division d'équité en emploi¹⁶⁸. Enfin, rappelons qu'aucune de ces études n'a pris en compte la dimension « commerciale » des mesures d'équité en emploi du point de vue de leur conformité. C'est bien là ce qui importe! Car les recommandations qui suivent supposent selon nous que l'étanchéité qui distingue au Canada l'analyse des politiques dites « domestiques » et celle des politiques commerciales n'est plus viable dans le contexte actuel. De même, l'application du modèle ACS aux politiques « domestiques » ne peut permettre une meilleure prise en compte des effets du commerce sur les femmes parce qu'il isole aussi les politiques « domestiques » les unes des autres et qu'il n'intègre pas la variable « commerce » à chacune de ces analyses.

Négocier et re-négocier le contenu des engagements commerciaux en tenant compte des régulations internes en matière d'équité en emploi

Il nous est apparu que trois aspects de la problématique de la prise en compte des impacts selon le sexe des accords commerciaux devaient être soulignés ici : la consultation auprès des groupes de femmes; la désagrégation des données relatives à l'emploi des femmes en fonction des engagements commerciaux pris par le Canada et, enfin, le contenu même des engagements et des accords de commerce international ou régional.

La consultation

Notre étude a confirmé le besoin de développer en aval et en amont de la conclusion des accords de commerce et des engagements commerciaux pris par le Canada endroit une méthodologie inter-ministérielle, inter-agence et inter-gouvernementale destinée à la consultation et à l'évaluation concernant les impacts des accords et des engagements commerciaux sur la réglementation ou la régulation domestique propice à la promotion du droit des femmes à l'égalité. Nous classons dans cette catégorie les mesures (législatives ou autres) d'équité en emploi. En matière d'équité en emploi, nous avons conclu que, paradoxalement, les accords de commerce qui lient le Canada exigent le redressement ou l'abandon de telles mesures. Ces mesures sont en effet non pas illégitimes, mais bien plutôt imparfaites compte tenu des exigences découlant des accords examinés. Une communication avec la CCDP¹⁶⁹ a confirmé que ce thème n'a jamais été abordé, de manière systématique ou accidentelle, entre la CCDP et le MAECI, pour ne parler que de la politique qui nous préoccupe.

6. **Le MAECI doit élaborer un système de consultation auprès des autres ministères et organismes fédéraux et auprès des autres échelons de gouvernement afin d'évaluer, AVANT la ratification par le Canada d'un accord commercial, l'impact de cet engagement sur les politiques et les réglementations canadiennes qui contribuent à la promotion du droit des femmes à l'égalité.**
7. **Cette consultation ne doit pas *a priori* être orientée vers le MAECI, mais plutôt être accessible à tous les interlocuteurs gouvernementaux afin de promouvoir une approche transversale de l'analyse de l'impact des accords commerciaux sur les femmes et sur la réglementation nationale dont dépend la promotion de l'égalité.**
8. **À la suite de la ratification d'un accord commercial, le MAECI doit inciter chaque organisme et échelon de gouvernement à évaluer le besoin de redresser et d'adapter, en fonction des engagements commerciaux pris, les législations, politiques et programmes susceptibles de concerner les femmes.**
9. **Dans tous les cas, une attention particulière sera accordée aux législations et programmes directement liés aux droits de la personne et à la mise en oeuvre du droit fondamental des femmes à l'égalité. C'est le cas en ce qui concerne la *Loi sur l'équité en emploi* et le PCF, dont la mise en oeuvre dépend en premier lieu de RHDC et de la CCDP.**
10. **Plutôt que d'instituer le MAECI seul responsable de la prise en compte des effets différenciés selon le sexe des accords de commerce, le gouvernement doit concevoir le rôle du MAECI comme étant celui d'un responsable de « vigie », laquelle serait de la responsabilité de chaque organisme et ministère.**
11. **Cette responsabilité spécifique du MAECI pourrait être décrite comme constituant l'une des applications spécifiques de la méthode ACS préconisée par Condition féminine Canada au MAECI.**

Il nous est apparu que cette déclinaison innovatrice de l'analyse comparative entre les sexes et selon le sexe des accords de commerce constitue la meilleure garantie contre le risque d'immobilisme réglementaire dont on présume qu'il est induit des accords de commerce. Ainsi, la particularité des politiques canadiennes en matière de promotion du droit des femmes à l'égalité en emploi ne serait pas remise en cause « par défaut ».

La désagrégation des données relatives à l'emploi des femmes et les engagements commerciaux

Le modèle canadien de l'équité en emploi dépend de certaines réalités propres à la structure des entreprises : leur taille (100 employés ou plus); leur secteur d'activités (de compétence fédérale). La nouvelle donne économique a déjà porté atteinte aux postulats de ce modèle : les entreprises se fractionnent et l'emploi des femmes s'éclate en fonction du lieu de travail et de la forme du travail (travail à domicile, à temps partiel, travail autonome). Cela comporte des conséquences en ce qui concerne la capacité des femmes d'obtenir leur juste

part de la richesse-emploi et des emplois de qualité équivalente à ceux qui leur furent historiquement dédiés par le truchement des mesures d'équité en emploi. De plus, les récentes données indiquent que le « nouvel » emploi des femmes croît dans certains secteurs spécifiques, dont bien sûr, celui des services.

Les accords de commerce auxquels le Canada est partie supposent la détermination par le Canada (dans un rapport international « donnant-donnant », il va sans dire) de paramètres spécifiques dont la fonction est de délimiter les secteurs et les sous-secteurs de commerce qui seront soumis ou non aux nouvelles règles des accords ratifiés. Des secteurs peuvent être progressivement libéralisés ou être maintenus à l'écart de la libéralisation recherchée. Cette négociation n'est pas arrêtée une fois pour toutes, mais plutôt de nature constante. Il y a des rondes de négociations. La recherche gouvernementale a eu tendance à présumer que la libéralisation est nécessairement bonne pour l'emploi des femmes parce qu'elle promeut la croissance économique et dans certains cas, la croissance de l'emploi en termes absolus. Cependant, rien ne nous permet de croire que dans la foulée de cette affirmation, une attention particulière a été portée au lien entre le type et les secteurs d'entreprises présentes au Canada et qui sont touchées par ce mouvement de libéralisation et l'accès des travailleuses au bénéfice des mesures d'équité en emploi. On peut en effet créer de l'emploi, mais il est moins évident de créer des emplois de qualité dans des entreprises et dans des secteurs soumis aux mesures d'équité en emploi. De même, on peut promouvoir l'emploi féminin, mais quel est l'effet de la libéralisation sur les secteurs et la taille des entreprises susceptibles de fournir de l'emploi aux femmes?

Dans le cas de l'AMP, le mouvement de libéralisation, encore fort modéré, tend à permettre à des entreprises étrangères opérant à l'étranger d'obtenir des contrats publics de fourniture de biens ou de services. Dans ce contexte, le Canada peut choisir les entités gouvernementales et la nature des contrats qui seront soumis à cette libéralisation. Selon ces choix, l'emploi féminin en entreprise soumissionnaire et la qualité des emplois ainsi créés au Canada varieront. Or, plus les marchés publics sont ouverts aux entreprises étrangères, moins le PCF est efficace. Il ne concerne en effet que les entreprises opérant au Canada et embauchant plus de 100 employés.

Un troisième point doit être soulevé ici. Il existe au Canada un programme réservant aux populations autochtones le bénéfice de certains marchés publics. C'est la SAEA dont il a été question dans la première partie de cette étude. On peut espérer que ce programme bénéficie aux femmes autochtones directement (femmes entrepreneures) ou indirectement (femmes employées par des entreprises autochtones), mais les données ne sont pas disponibles à cet effet. Quoi qu'il en soit, nous avons été surprises de constater que le gouvernement fédéral, et plus particulièrement le MAECI, ne considère pas ouvrir ce programme aux femmes entrepreneures en général. Comme nous l'avons dit, rien dans la Note assortissant la ratification par le Canada de l'AMP ou de l'ALÉNA n'interdirait une telle exploration. De plus, la SAEA offre suffisamment de garanties de transparence et d'équité pour qu'on ne puisse pas prétendre qu'un tel programme destiné aux femmes en général contrevienne aux règles de l'AMP ou de l'ALÉNA. À cet égard, c'est le point mort... parce que, semble-t-il, les petits entrepreneurs préfèrent les bénéfices de la libéralisation et ceux des règles fixées par l'AMP. Mais qu'en est-il des femmes?

Tous les croisements exposés ci-dessus sont sans réponse. Le gouvernement fédéral possède, certes, des données générales sur l'emploi, mais il n'a pas procédé à des analyses permettant de déterminer comment la libéralisation de secteurs d'industrie rend plus ou moins accessibles aux travailleuses les mesures d'équité en emploi, à titre de régulation domestique contribuant à la promotion du droit des femmes à l'égalité.

- 12. Dans tous les cas où le gouvernement fédéral et le MAECI mettent en branle des processus de consultation et de négociation destinés à la détermination ou à l'accroissement des secteurs et des sous-secteurs d'industrie canadiens soumis à la libéralisation, une analyse devrait être menée afin de déterminer l'impact de la libéralisation projetée sur la portée de la *Loi sur l'équité en emploi* et du PCF. À titre d'organisme responsable de la vérification des plans d'équité en emploi en entreprise, la CCDP pourrait informer le MAECI de manière utile à cet égard. À titre de ministère responsable de la *Loi sur l'équité en emploi*, il en va de même de RHDC.**
- 13. L'augmentation éventuelle du nombre d'entités gouvernementales ou sous-gouvernementales soumises aux règles de l'AMP, de même que la révision des types de biens et de services achetés par les entités et qui sont exclus de cet accord, devraient être soumises au même examen.**
- 14. Le gouvernement fédéral et le MAECI devraient songer à entreprendre une consultation destinée à évaluer l'intérêt au sein de la communauté des femmes propriétaires de petites et de très petites entreprises au Canada de bénéficier de la position canadienne envers l'AMP et l'ALÉNA et qui prévoit que ces accords ne sont pas applicables aux marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités.**

Choisir d'influencer l'interprétation de l'AGCS, de l'AMP et de l'ALÉNA

Au fil de cette étude, nous avons souligné que les questions environnementales reçoivent plus d'attention que celles liées aux droits humains dans les textes des accords de commerce. Sans doute l'exemple le plus éloquent est-il celui de l'article 1114(1) de l'ALÉNA, qui prévoit la possibilité pour les États parties d'adopter légitimement des mesures de sauvegarde susceptibles de contrevenir au texte de l'ALÉNA en matière de santé et de sécurité publiques ou d'environnement. Comment donc sauvegarder, dans un contexte de silence, les mesures d'équité en emploi qui existent au Canada? Certains véhicules prévus par les accords de commerce sur lesquels nous nous sommes penchés pourraient contribuer à rendre plus évidente et plus probante la légitimité de telles mesures dans la foulée de l'interprétation des accords de commerce. Rien n'interdit que le Canada contribue au développement d'une certaine « pratique d'États » destinée à affirmer une telle légitimité.

Les États parties à l'ALÉNA ont eu recours de telles méthodes (la Note interprétative) lorsqu'ils ont senti que le chapitre 11 pouvait constituer une menace à la légitimité des réglementations internes qui n'auraient pas l'heur de plaire aux investisseurs. En recourant aux standards du droit international et à la coutume, ils ont affirmé indirectement que le

développement de ces derniers ne signifie pas que l'action régulatrice exercée de bonne foi par un État équivaut à une expropriation directe ou indirecte des investissements étrangers¹⁷⁰.

Dans le contexte de l'OMC, certains ont « tourné autour du pot » à la suite de la ratification des accords multilatéraux, tel l'AGCS. On prenait alors la parole pour bien faire comprendre qu'en aucun cas, les mesures proactives d'équité en emploi ne contrevenaient aux règles de l'AGCS. Il y avait donc un malaise.

Il nous semble que le Canada, avec d'autres États promoteurs de pratiques et de mesures proactives d'équité en emploi entre autres destinées aux femmes, devrait transporter sur la scène internationale ses acquis nationaux afin d'éviter des dérapages non anticipés. Certains moyens sont à sa disposition pour ce faire. De plus, la pratique canadienne d'équité en emploi, tout comme d'autres programmes destinés à la promotion sociale des groupes défavorisés, a reçu l'aval des gouvernements provinciaux et territoriaux qui n'ont pas hésité à affirmer dans l'ACI que de tels programmes expriment des objectifs légitimes justifiant des dérogations non discriminatoires aux règles prévues par l'Accord¹⁷¹.

- 15. Dans tous les forums institutionnels disponibles, et plus particulièrement au sein de la Commission du libre-échange de l'ALÉNA, le Canada devrait saisir toutes les occasions propices d'affirmer que les programmes canadiens d'équité en emploi, tout comme l'ensemble des programmes destinés à la promotion sociale des groupes défavorisés, constituent un exercice raisonnable et légitime du droit du Canada de réglementer afin de mettre en oeuvre le droit fondamental à l'égalité en emploi de tous et de toutes.**
- 16. En ce qui concerne l'OMC, le Canada pourrait envisager de saisir l'occasion que représente le dépôt des rapports périodiques auprès de l'Organe d'examen des politiques commerciales (OEPC)¹⁷² afin de réitérer la légitimité des mesures canadiennes d'équité en emploi.**
- 17. En ce qui concerne l'OMC, le Canada pourrait songer à soumettre au Groupe de travail des règles de l'AGCS le besoin d'affirmer que de telles mesures sont légitimes et que les règles de l'AGCS ne contreviennent pas à la capacité d'un État de les renforcer¹⁷³.**
- 18. Enfin, le Canada pourrait envisager, si l'occasion lui en est donnée, de bonifier l'Offre conditionnelle initiale en vertu de l'AGCS, qu'il a déposée en mars 2003 et qui n'est pas un document final. Cette bonification pourrait avoir pour objet l'introduction, au chapitre des engagements horizontaux qui accompagnent l'offre de sous-secteurs offerts à la libéralisation, d'une précision à l'effet que le bénéfice du traitement national ne sera possible que dans le cas où les entreprises étrangères embauchant au Canada respectent la réglementation relative à l'équité en emploi.**

Le renforcement du Programme de contrats fédéraux

Comme nous l'avons déclaré dans la première partie de cette étude, le PCF est un programme mal aimé et en quelque sorte, laissé à lui-même. RHDCC reconnaît¹⁷⁴ son impact marginal sur l'emploi des groupes désignés au sens de la *Loi sur l'équité en emploi*. La dernière chose que souhaitent les entreprises soumissionnaires de marchés publics qui ne sont pas par ailleurs soumises à la *Loi sur l'équité en emploi*, c'est le respect de la Loi elle-même! En effet, l'article 42(2) de la Loi prévoit qu'il est de la responsabilité du ministre responsable de la Loi de voir à ce que les obligations des entreprises soumissionnaires de marchés publics ou qui sont de compétence fédérale, dans la mesure où elles embauchent au moins 100 employés, soient *équivalentes*. Il n'y a à l'heure actuelle aucune équivalence entre les obligations de l'un et de l'autre groupe. Les soumissionnaires ne sont tenus qu'à un vague engagement de réaliser l'équité en emploi alors que les entreprises soumises à la Loi doivent se soumettre à l'entier processus de vérification menant à l'émission du certificat de vérification par la CCDP. Ce ne sont pas les entreprises soumissionnaires de marchés publics qui se plaindront de l'État actuel des choses. Ce sont encore moins celles qui sont sous contrôle étranger et qui, bien que bénéficiant des avantages prévus par l'AMP, ne peuvent décemment conclure que le PCF constitue un obstacle de quelque nature dans la conduite de leurs affaires. Pour des raisons d'efficacité et d'équité strictement liées au programme, le ministre doit donc mettre en oeuvre les dispositions de l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi*. Cela va de soi.

Que se passe-t-il donc sous les cieux du PCF? La réponse s'impose : le gouvernement est atteint d'inertie. S'agit-il de cet effet paralysant auquel réfère la professeure Appel Molot¹⁷⁵ et qui consisterait à décrire l'effet général d'inertie réglementaire à l'ère des accords de commerce au sein des pays développés? Cela n'est pas évident. RHDCC, dans son évaluation récente du PCF (DRHC, 2002), tout comme le CPDRHCPH (2002a), concluent qu'il faut encourager la mise en oeuvre de l'article 42(2) de la Loi et la création d'obligations *équivalentes* pour toutes les entreprises concernées par les programmes d'équité en emploi. Ces conclusions ne sont d'aucune manière inspirées de la prise en compte des exigences de l'AMP, mais plus simplement de constats nationaux. Pourtant, les entreprises, et surtout celles qui n'ont pas été de la première vague d'implantation des programmes d'équité en emploi, dont les banques canadiennes, résistent. Le groupe des résistants est constitué de nouvelles venues, mais aussi de plus petites entreprises. Or, comme l'a souvent fait remarquer la CCDP, ce dernier groupe varie plus rapidement à l'heure d'une économie libéralisée. Il est aussi plus « étranger » à la culture de l'équité en emploi en entreprise et en accepte moins bien la pertinence.

Chose certaine, cette grogne des entreprises n'est pas sans influencer les décideurs. Cela explique l'extrême timidité de la réponse du gouvernement du Canada après l'examen de la *Loi sur l'équité en emploi*¹⁷⁶. À toutes fins pratiques, cette réponse ne comporte aucun engagement significatif.

De deux choses l'une : ou le PCF demeurera un programme insignifiant au Canada, ou, pour survivre à la logique des engagements commerciaux du Canada sur la scène internationale, et plus particulièrement en ce qui concerne l'AMP, il faudra sérieusement songer à le

renforcer. À cette fin, et afin d'assurer la conformité du PCF à l'AMP, deux recommandations s'imposent.

19. La ministre du Travail doit donner suite aux dispositions de l'article 42(2) de la *Loi sur l'équité en emploi* qui prévoit son obligation de veiller à l'imposition d'obligations équivalentes entre les entreprises soumises à la Loi et celles uniquement soumises aux exigences du PCF.

20. Les *contrats de marchés publics* doivent prévoir l'obligation contractuelle des entreprises soumissionnaires à qui des marchés publics sont octroyés de (1) mettre en oeuvre des programmes d'équité en emploi conformes à ceux prévus par la *Loi sur l'équité en emploi* ou (2) de respecter cette Loi.

La révision de la *Loi sur l'équité en emploi*

Dans la partie 2 de la présente étude, nous croyons avoir démontré qu'en général, les accords de commerce, et plus particulièrement l'AGCS, imposent à la réglementation nationale un standard de transparence jamais égalé auparavant. Nous avons aussi affirmé et démontré que l'AGCS ne remet pas en cause des lois comme celle sur l'équité en emploi. Toutefois, il exerce sur le modèle canadien des pressions particulières au chapitre de la transparence dans la gestion de la loi. Contrairement à ce qui est souvent affirmé, le Canada n'est donc pas au-dessus de tout reproche à cet égard. Évidemment, plus les modèles législatifs sont complexes, et c'est le cas de la *Loi sur l'équité en emploi*, plus les reproches sont à portée de voix en ce qui concerne le respect des accords de commerce.

La révision quinquennale de la *Loi sur l'équité en emploi* dont a émané le Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées de la Chambre des communes en juin 2002 comporte plusieurs recommandations destinées à assurer une telle transparence. Certes, ces recommandations ne sont pas fondées sur une analyse des accords de commerce et de leurs exigences, mais elles convergent vers les exigences de ces dernières. Les recommandations qui suivent nous semblent constituer les aménagements nécessaires afin de rendre la *Loi sur l'équité en emploi* conforme, entre autres, aux obligations de transparence de la réglementation domestique prévues par l'AGCS.

21. La méthodologie en 12 étapes¹⁷⁷ destinée à l'implantation et à la vérification du Plan d'équité en emploi promue par la CCDP doit être éclaircie et définie dans la Loi. Plusieurs entreprises prétendent en effet que cette exigence excède la compétence de la CCDP.

22. L'article 11 de la *Loi sur l'équité en emploi*, qui stipule que l'employeur doit veiller à la réalisation de progrès raisonnables en fonction du plan d'équité en emploi accepté par la CCDP, doit être amendé afin de préciser que l'employeur a l'obligation d'accomplir des progrès raisonnables.

- 23. L'article 10(1)(a) de la *Loi sur l'équité en emploi* prévoit que l'employeur doit prévoir dans le plan d'équité en emploi, des usages positifs en matière de recrutement, de formation, de promotion et de maintien en fonction des membres des groupes désignés afin de corriger à long terme les sous-représentations. L'expression « usages positifs » doit être précisée afin d'indiquer clairement l'obligation de l'employeur d'assortir les objectifs numériques d'un plan d'équité en emploi de mesures qualitatives spéciales destinées à chacun des groupe désigné par la Loi, dont les femmes.**
- 24. Les articles 25 à 28 de la Loi doivent être amendés afin d'éclaircir la compétence du Tribunal de l'équité en emploi et de permettre à la CCDP de saisir plus rapidement le Tribunal quand une entreprise refuse de négocier de bonne foi le plan d'équité en emploi ou les conditions de son suivi ou lorsque l'employeur ne donne pas suite de bonne foi à un ordre émis par la Commission. Les conditions de saisine du Tribunal de l'équité en emploi devraient aussi être précisées.**

Selon la CCDP, les rapports avec les entreprises sont souvent ardues, et ce, dès le démarrage du processus de vérification du plan d'équité en emploi. Les principaux irritants sont les suivants :

- l'exigence de la Commission de reprendre l'exercice d'auto-identification des membres des groupes désignés afin d'obtenir des données plus fiables sur la composition de la main-d'oeuvre en entreprise;
- les discussions entourant la suppression des obstacles afin d'obtenir une politique de dotation équitable;
- les discussions entourant l'identification des bassins géographiques et des bassins de disponibilité appropriés aux fins du recrutement;
- la détermination des objectifs numériques de recrutement à être atteints;
- l'identification des pratiques positives destinées à assurer une représentation équitable des membres des groupes désignés au sein de l'entreprise;
- les modes de transmission de l'information relative à l'implantation du plan d'équité en emploi destinées aux effectifs.

Les entreprises ne se prêtent pas gaiement à l'exercice de l'équité en emploi et il serait inacceptable d'encourager ce débat en le transposant dans l'arène des accords de commerce. Ces difficultés, de surcroît, retardent le délai d'émission du certificat de vérification (environ deux ans selon les rapports annuels de la Commission). Le récent audit réalisé au sein de la Division de l'équité en emploi de la CCDP par des vérificateurs externes révèle d'ailleurs que les entreprises sont mécontentes des ambiguïtés entourant les compétences de la Commission¹⁷⁸. Ambiguïté et retards ne sont pas les meilleures garanties de longévité d'une politique sociale à l'heure des accords de commerce!

Si elles sont destinées à améliorer le sort de tous les groupes désignés, nos recommandations ont une signification particulière dans le cas des femmes. En effet, les femmes ont enregistré

des progrès significatifs sur le marché du travail en raison de l'existence des mesures d'équité en emploi. De plus, certaines pratiques se déploient maintenant en entreprise, lesquelles leur sont d'abord destinées : le temps flexible, la conciliation travail-famille, etc.

Cependant, plusieurs sont plutôt enclins à penser que la *Loi sur l'équité en emploi* a « fait son temps », maintenant que les grandes entreprises ont reçu la certification du plan initial d'équité en emploi. Cette vision pour le moins optimiste laisse en suspens des enjeux importants : qu'en sera-t-il du suivi de ces plans? Qu'advient-il des mesures qualitatives destinées entre autres aux femmes? Comment sera contrôlé l'atteinte des objectifs numériques prévus par le plan d'équité en emploi?

Notre recherche ajoute une autre question à ces incertitudes : y a-t-il un lien, même indirect, entre l'absence de volonté politique de renforcer la *Loi sur l'équité en emploi* et l'arrivée des accords de commerce? À notre avis, il existe au moins un lien idéologique entre les deux événements. Avec l'ère de la libéralisation des échanges commerciaux vient celle de l'autorégulation des entreprises. Or, l'analyse du récent rapport de vérification et d'audit externe de la Division de l'équité en emploi de la CCDP révèle à cet égard des éléments importants. Le manque des ressources chroniques auquel fait face la CCDP, de même que RHDC, joint aux pressions issues de la promotion d'une approche conciliatrice, limitent la marge de manoeuvre de ces deux entités face aux entreprises. Toutefois, l'expérience des années 1986-1996 a fait la démonstration des limites d'une telle approche.

25. La CCDP doit conserver intact le mandat que lui confie la Loi aux fins du suivi des plans d'équité en emploi. Les rapports annuels que déposent auprès de RHDC les entreprises soumises à la Loi ne sauraient s'y substituer.

13. CONCLUSION

Cet enchevêtrement de considérations a un fil conducteur qui démontre l'existence d'un lien entre les exigences découlant des accords de commerce, les droits de la personne et les droits des femmes. En effet, si les employeurs semblent prêts à accepter à titre de principe général du droit et de la règle de droit l'interdiction de la discrimination, ils manifestent de plus en plus leur insatisfaction en regard des modèles de deuxième génération qui sont de nature proactive. Le silence du législateur est éloquent. Laissera-t-il s'étioler l'équité en emploi au Canada? À défaut d'en renforcer la légitimité, tant sur la scène nationale qu'internationale, cela ressemble à un objectif poursuivi « par défaut ». Pourtant, les recommandations que nous soumettons n'ont rien de révolutionnaire. Celles qui concernent directement la *Loi d'équité en emploi* ou le PCF auraient probablement été jugées souhaitables en 1995, date d'entrée en vigueur de l'actuelle *Loi sur l'équité en emploi*. Aujourd'hui, nous n'en sommes plus si certaines. Pourquoi?

Où mènera le silence du législateur et des décideurs? De quelle nature est ce silence? Nous ne cacherons pas avoir été intriguées par la question que posait, dans le cadre du colloque de Carleton portant sur l'ALÉNA et le chapitre 11, la professeure Appel Molot¹⁷⁹ : les accords de commerce engendrent-ils un effet de paralysie réglementaire au niveau national? En conclusion, nous serions tentées de répondre : probablement.

Les accords de commerce changent l'état d'esprit des entreprises et des décideurs. D'un point de vue idéologique, ils croient, consciemment ou inconsciemment, avoir de « nouveaux droits ». Le droit d'échapper ou de se soustraire à la réglementation nationale n'existe pourtant pas. Cependant, lorsqu'on jette un regard intéressé au travail des institutions, telle la CCDP qui doit au quotidien interagir avec les entreprises dans un rapport d'autorité, on constate que cette idéologie des « nouveaux droits » fait son chemin. L'obstruction exercée par les entreprises croît... et la légitimité des institutions décroît. Ce drame discret se joue loin des tribunes altermondialistes. À vrai dire, on peut à peine le saisir si l'on n'examine pas au cas à cas les situations.

Voilà le type de questions auxquelles, selon nous, les associations de femmes devront consacrer une attention plus soutenue. Nous espérons que cette étude les y incitera.

En terminant, nous espérons aussi avoir transmis aux associations représentatives des Canadiennes et des Québécoises le goût d'entreprendre d'autres études de cas qui révéleraient de manière empirique la nature précise des risques encourus par les politiques et réglementations domestiques nécessaires à la protection et à la promotion du droit des femmes à l'égalité. Cette première étude est loin d'être parfaite. Nous en sommes conscientes. Elle nous a laissés aussi sur notre appétit. Nous estimons cependant avoir modestement contribué à la venue d'une nouvelle génération d'études sur les femmes et sur les accords de commerce. À constater comment nos questions ont été parfois accueillies, il est inutile de nier qu'il existe un malaise à dissiper en l'espèce.

ANNEXE I : LE CLASSEMENT DES ENTREPRISES VISÉES PAR LA LOI SUR L'ÉQUITÉ EN EMPLOI DE RHDCC

Les six indicateurs reposent sur les données numériques remises annuellement par les employeurs dans le cadre de leur rapport à RHDCC. Des points sont attribués aux différents indicateurs pour un total maximum de 16. Le résultat est par la suite transféré en notation littérale globale qui représente la performance de l'entreprise face à l'ensemble des indicateurs.

Indicateur 1 : Représentation

Compare la représentation des groupes désignés à l'intérieur de l'entreprise à leur disponibilité externe.

Indicateur 2 : Concentration

Détermine la représentation des groupes désignés dans les différentes catégories d'emploi de façon à voir s'il y a surreprésentation (concentration) dans certaines catégories d'emploi

Indicateur 3 : Écart salarial

Évalue la répartition des groupes désignés à travers l'échelle salariale d'une entreprise.

Indicateur 4 : Recrutement

Compare le recrutement des membres des groupes désignés et leur disponibilité sur le marché de l'emploi.

Indicateur 5 : Promotion

Mesure si les groupes désignés reçoivent une part équitable des promotions en vertu de leur représentation au sein de l'entreprise.

Indicateur 6 : Cessation d'emploi

Fait la comparaison entre, d'une part, le pourcentage de cessation d'emploi chez les membres des groupes désignés et leur représentation globale dans l'entreprise et, d'autre part, le pourcentage de cessation d'emploi pour l'ensemble de la force de travail.

Indice des bonnes pratiques (IBP)

À la notation effectuée à partir des statistiques remises dans le cadre du rapport annuel s'ajoute, depuis l'année civile 2001 (RHDCC, 2001), une notation sur le rapport narratif.

L'IBP est noté sur cinq. L'employeur obtient un premier point s'il remet son rapport à temps, trois autres points si son rapport rend compte des mesures prises, des résultats obtenus et des consultations effectuées. Finalement, l'employeur obtient un dernier point s'il tente d'expliquer les écarts anormaux notés dans ses résultats statistiques ou encore si ses résultats cadrent avec ceux des années antérieures. Il faut noter que selon les indications même du ministère, ce n'est pas RHDCC qui vérifie le contenu des comptes rendus envoyés par les employeurs. Cette tâche revient à la CCDP.

ANNEXE II : LES 12 ÉTAPES DE LA VÉRIFICATION PAR LA CCDP DE LA CONFORMITÉ DE LA DÉMARCHE D'ADOPTION ET D'IMPLANTATION DU PLAN D'ÉQUITÉ EN EMPLOI

ÉTAPE 1 : *l'enquête sur l'effectif et la collecte des données*

L'art. 18(4) de la Loi prévoit l'administration d'un questionnaire d'auto-identification *volontaire* relatif à l'appartenance à un groupe désigné par la Loi. En vertu de cette étape, il n'est pas impossible que l'employeur doive reprendre, à la demande de l'agent vérificateur, l'exercice d'auto-identification dans le cas où le taux de réponse au sein de l'entreprise serait trop faible.

ÉTAPE 2 : *l'analyse de l'effectif*

Pour chaque catégorie professionnelle, l'employeur doit comparer avec la représentation interne les parts de cessation de fonctions et de promotions des membres des groupes désignés. Le but de l'exercice serait donc plutôt d'ordre numérique et ne se démarque pas, *a priori*, de l'enquête annuelle menée par RHDDC. Cependant, le suivi des plans d'équité permettrait, dans le cas de l'occurrence d'une sous-représentation par cessation de fonctions apparaissant dans une catégorie professionnelle donnée, d'introduire des éléments pour dégager les causes de ces cessations de fonctions.

ÉTAPE 3 : *l'étude des systèmes d'emploi*

Bien que le *Règlement sur l'équité en emploi* ne le précise pas, le système d'emploi s'entend, selon le document cadre adopté par la CCDP, de l'ensemble des politiques et pratiques concernant le recrutement, la sélection, l'embauche, la formation, le perfectionnement, l'avancement, le maintien en fonction et les cessations de fonctions ainsi que les mesures d'adaptation. Conformément à l'article 9(1)(d) et (e) du Règlement, les fluctuations relatives aux parts de cessation de fonction feront l'objet d'un examen spécifique que peut ordonner le vérificateur, si elles dépassent en général la représentation interne.

ÉTAPE 4 : *la suppression des obstacles à l'atteinte de l'équité en emploi.*

ÉTAPE 5 : *les mesures d'adaptation*

Les mesures d'adaptation devraient viser à la fois les questions d'accessibilité et l'ensemble du processus de dotation. Lorsqu'il discute de cette exigence avec l'employeur, l'agent doit veiller à ce que celui-ci comprenne que l'obligation d'adaptation concerne tous ses employés et tous les candidats ayant des besoins spéciaux.

ÉTAPE 6 : *les politiques et pratiques positives*

Cette étape est cruciale. En effet, l'agent se voit confier le mandat d'exiger de l'employeur, s'il y a lieu, qu'il évalue la pertinence et l'opportunité des pratiques et politiques jugées utiles à l'atteinte de la représentation équitable. Il n'appartient pas à l'agent vérificateur de dégager ces pratiques et politiques, mais bien plutôt d'exiger la preuve de leur pertinence et de leur utilité. Le certificat de conformité à la Loi, ultime étape du processus de vérification, peut donc être soumis à des exigences qualitatives.

Ces politiques et pratiques ont une portée dite universelle plutôt que ciblée et se destinent à l'ensemble de la main-d'oeuvre. Toutefois, la consultation du *Guide de procédures et de référence en matière d'équité en emploi* révèle une forte incitation à l'endroit des agents vérificateurs afin qu'ils insistent sur l'importance des politiques de conciliation travail-famille et d'horaires flexibles.

ÉTAPE 7 : *les objectifs de recrutement et d'avancement.*

ÉTAPE 8 : *les objectifs de représentation.*

ÉTAPE 9 : *le suivi, l'examen et la révision du Plan.*

ÉTAPE 10 : *l'information à fournir à l'effectif.*

ÉTAPE 11 : *la consultation.*

ÉTAPE 12 : *la tenue des dossiers.*

ANNEXE III : LE RAPPORT DE VÉRIFICATION DE LA BANQUE DE HONG KONG RÉDIGÉ PAR LA CCDP

Trois types d'informations ont été retirées du rapport transmis :

- **la revue des systèmes d'emploi** : cette section contient les motifs invoqués par l'employeur afin d'expliquer la sous-représentation des groupes cibles. Elle contient aussi l'analyse de l'agent de la CCDP quant aux motifs invoqués par l'employeur ainsi que ses propres conclusions quant à cette sous-représentation;
- **les données numériques sur la sous-représentation** : ces données sont présentées sous forme de tableau. Ce tableau contient, pour chaque groupe, cible les éléments suivants : 1- les groupes occupationnels, 2- le nombre total d'employés par groupe, 3- la représentation des femmes en nombre et en pourcentage pour chaque groupe, 4- la disponibilité globale des femmes pour ce groupe en fonction d'une zone cible, ce en nombre et en pourcentage, 5- les niveaux de représentation. Dans la version censurée du tableau que nous avons obtenue, les colonnes 4 et 5 ont été effacées, pour tous les groupes cibles;
- **les objectifs de promotion et d'embauche** : ces objectifs sont fixés à partir de la sous-représentation des groupes cibles.

Afin de soustraire certains renseignements du rapport transmis, la Banque de Hong Kong devait démontrer que cette information était de nature exclusive et impossible à obtenir autrement. Ce ne pouvait être le cas en ce qui concerne les données sur le nombre d'employés par groupes occupationnels ni même en ce qui concerne les données globales sur la disponibilité des groupes cibles. Toutes ces données sont affichées au site de RHDCC. Ce ne pouvait être le cas non plus des autres éléments du rapport portant sur les mesures d'élimination des barrières, sur les mesures d'accommodement et sur les pratiques positives, éléments déjà rendus publics de façon générale par le rapport narratif contenu dans les rapports annuels transmis à RHDCC. Que reste-il donc? La délimitation des zones cibles!

Afin de calculer les taux de disponibilité des membres des groupes cibles dans une catégorie d'emploi donnée, l'entreprise doit délimiter une zone géographique où elle entend faire son recrutement. Cette zone est choisie **exclusivement** par l'entreprise, sous réserve de correctifs apportés par les vérificateurs de la CCDP. Sans cette information, il est impossible pour un tiers de calculer avec certitude quel est le taux de disponibilité, car ce dernier varie d'une région à une autre du Canada. Par exemple, le taux de disponibilité des femmes pour les postes de cadre supérieur est de 21,2 p. 100 à Toronto et de 17,5 p. 100 à Montréal. Et il est bien sûr impossible de savoir où exactement l'entreprise recrute ses cadres. En prenant pour acquis que l'information concernant le choix des zones cibles n'appartient pas au domaine public, que ce renseignement a une « valeur » aux yeux de la Banque et que cette dernière l'a toujours traité confidentiellement, ce qui semble être le cas, toutes données obtenues à partir de ce choix peuvent donc devenir à leur tour confidentielles. D'où l'absence de données concernant la sous-représentation dont le calcul dépend du taux de disponibilité. Pourront aussi être exclus les objectifs d'embauche, puisqu'ils basés sur la sous-représentation.

Au risque d'une interprétation purement spéculative, nous croyons que le cas de cette entreprise révèle un profond malaise issu des objectifs recherchés par la *Loi sur l'équité en emploi*. À l'évidence, la Banque de Hong Kong a choisi de protéger sa stratégie de recrutement des cadres supérieurs, voire de ne pas révéler que ce recrutement stratégique s'opère indépendamment des exigences posées par la *Loi sur l'équité en emploi*, y compris en ce qui concerne la présence de femmes aux postes de direction. Le recrutement « outre-mer » de cadres supérieurs masculins fait partie de nos hypothèses.

ANNEXE IV : L'EXAMEN DE LA *LOI SUR L'ÉQUITÉ EN EMPLOI* SOUMIS AUX EXIGENCES DES ACCORDS DE COMMERCE : DES QUESTIONS

L'exercice de révision quinquennale que vient d'achever le Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées a révélé la faiblesse des moyens dont dispose la CCDP pour mener à terme une vérification conforme aux objectifs de la Loi, l'insuffisance de ses ressources à cette fin et les effets négatifs issus de la confusion des mandats confiés d'une part à RHDCC et d'autre part à la CCDP. Cet examen a aussi révélé la préférence des entreprises pour la procédure de rapport auprès de RHDCC. Enfin, les entreprises ont dénoncé poliment l'imprévisibilité (pour utiliser leurs termes) des étapes du processus de vérification mené par la CCDP selon le mandat que lui confie la *Loi sur l'équité en emploi*. À cette imprévisibilité s'ajoutent des frustrations issues de la lenteur du processus de vérification, des coûts impliqués pour l'entreprise et des incertitudes de la transaction (sur l'identification des bassins de recrutement de la main-d'oeuvre, par exemple) conclue dans certains cas entre l'entreprise et la CCDP aux fins de l'émission du certificat de vérification. Toutefois, nul intervenant au cours de ce processus n'a remis en question la pertinence de la Loi ou encore du modèle canadien de l'équité en emploi. À l'évidence, cette confirmation du besoin de la *Loi sur l'équité en emploi* constitue une bonne nouvelle pour les femmes, mais plus particulièrement pour celles issues des groupes de minorités visibles ou pour les femmes handicapées, qui souffre de la double (sexe-handicap / sexe-race) discrimination en emploi.

Les entreprises (sous contrôle étranger, mais aussi canadiennes dans certains cas) peuvent désormais prétendre, en raison des engagements pris par le gouvernement canadien au chapitre des accords de commerce, à de nouvelles attentes dans le cours de leurs affaires. Plus particulièrement, et de manière générale, elles ont le droit de bénéficier d'un milieu commercial non discriminatoire, transparent, prévisible, et libéré d'obstacles et d'exigences qui sont étrangers au commerce. Dans ce contexte, quels sont les risques pour la *Loi sur l'équité en emploi* qui sont issus du diagnostic récemment posé par le Comité permanent?

Plus particulièrement :

La précision législative :

- le mandat confié à la CCDP concernant le suivi de la mise en oeuvre du plan d'équité en emploi au chapitre de la réalisation des progrès raisonnables serait-il mieux assuré si ce concept était défini dans la *Loi sur l'équité en emploi*?
- L'exigence de la CCDP relativement à l'inclusion dans le plan d'équité en emploi de mesures spéciales destinées aux membres des groupes désignés et aux femmes serait-elle mieux assurée si le concept de « mesures spéciales » était défini par la Loi ou par le Règlement sur l'équité en emploi?
- De même, les 12 étapes de la vérification du plan d'équité en emploi doivent-elles être prévues explicitement dans la Loi ou le Règlement?

Les délais :

La lenteur du processus menant à la vérification du plan d'équité en emploi constituerait-elle un obstacle au commerce auquel le gouvernement doit remédier en vue de se conformer aux engagements prévus par certains accords de commerce?

Les rapports :

L'exigence de données qualitatives dans le rapport annuel que les entreprises doivent déposer auprès de RHDCO constituerait-elle une intrusion indue dans le droit des entreprises de commercer au Canada?

Les remèdes :

À la limite, la CCDDP peut recourir au Tribunal de l'équité en emploi dans le but de requérir un ordre destiné à une entreprise qui ne se conforme pas à son obligation d'élaborer conformément aux directives de la CCDDP un plan d'équité en emploi. L'hypothèse à l'effet que la CCDDP pourrait plus rapidement requérir un tel ordre contreviendrait-elle aux « droits des entreprises » en vertu des accords de commerce que le Canada a ratifiés?

En général :

La double obligation qui est faite aux entreprises de faire rapport d'une part et de se livrer à la vérification de leur plan d'équité en emploi, d'autre part, est-elle viable à l'heure des accords de commerce? Le dépassement des objectifs numériques de représentation des membres des groupes désignés en entreprise est-il un objectif gouvernemental valide dans ce même contexte?

ANNEXE V : RÈGLES RELATIVES AUX MARCHÉS PUBLICS AU CANADA

Accord sur le commerce intérieur (ACI)

Définition : l'ACI a un caractère global et vise à réduire les barrières commerciales au Canada. Entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995, il a été signé par le gouvernement fédéral et par l'ensemble des provinces et des territoires. Le chapitre 5 de l'ACI porte sur les marchés publics et vise à constituer un cadre pour accorder à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés.

Seuils : l'ACI vise l'ensemble des marchés de biens dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 dollars et les marchés de services et de travaux de construction dont la valeur est égale ou supérieure à 100 000 dollars.

Exclusions : sont entre autres exclus de l'application de l'ACI les services de santé et les services sociaux . De plus, l'ACI ne s'applique pas aux marchés relatifs aux entreprises culturelles, à la culture autochtone ou à la sécurité nationale.

Portée : l'ACI s'applique à tous les ministères et organismes fédéraux, sauf à la Chambre des communes, à l'Agence spatiale canadienne et au Sénat.

Accord sur les marchés publics (AMP)

Définition : l'AMP de l'OMC est un accord multilatéral visant à accroître la concurrence internationale pour les marchés publics. L'AMP étoffe le GATT et en étend l'application aux services et aux travaux de construction.

Seuils : biens : 255 800 dollars CAN; services : 255 800 dollars CAN; travaux de construction : 9 800 000 dollars CAN.

Portée : tous les ministères et organismes fédéraux sont visés par l'AMP.

Exceptions : la Chambre des communes, le Cabinet du premier ministre, l'Agence spatiale canadienne, l'Office national du film et le Service canadien du renseignement de sécurité. En outre, les programmes de subventions de l'Agence canadienne de développement international pour les pays en voie de développement ne sont pas assujettis à l'AMP-OMC. Les sociétés d'État ne sont pas visées par cet accord.

Biens et services exclus : voir l'ALÉNA.

Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)

Définition : le chapitre 10 de cet accord porte sur les marchés publics. Selon ce chapitre, le Canada, les États-Unis et le Mexique s'engagent à traiter les entreprises des pays signataires sur un pied d'égalité avec leurs propres entreprises et à ne pas privilégier ces dernières dans l'attribution des marchés publics visés par l'ALÉNA.

Seuils : dans le cas des ministères : biens : 38 000 dollars (Canada/É-U.), 89 000 dollars (Canada/Mexique); services : 89 000 dollars CAN; travaux de construction : 11 500 000 dollars CAN. Dans le cas des sociétés d'État : biens/services : 445 000 dollars CAN; travaux de construction : 14 200 000 dollars CAN¹⁸⁰.

Portée : l'ALÉNA vise les quelque 100 ministères et organismes du gouvernement fédéral. En outre, 10 sociétés d'État sont assujetties à cet accord, dont Via Rail Canada.

Organismes exclus : la Chambre des communes, le Cabinet du premier ministre, l'Agence spatiale canadienne, l'Office national du film, le Service canadien du renseignement de sécurité et les programmes de subventions de l'Agence canadienne de développement international pour les pays en voie de développement.

Services exclus : outre certaines exceptions générales, par exemple les marchés portant sur la sécurité nationale, sur les produits fabriqués par les personnes handicapées, sur les institutions philanthropiques ou sur la main-d'oeuvre carcérale, de même que sur les mesures nécessaires à la protection des mœurs, de l'ordre et de la sécurité publique, les cinq groupes suivants de marchés de services sont entièrement exclus de l'application de l'ALÉNA ou de l'AMP, ou des deux : la recherche et le développement; les services de santé et les services sociaux; les services financiers et les services connexes; les services publics; les services de communications, de photographie, de cartographie, d'imprimerie et d'édition¹⁸¹.

ANNEXE VI : ANALYSE COMPARATIVE SELON LE SEXE EN HUIT ÉTAPES (CONDITION FÉMININE CANADA)

Étape 1 : **Déterminer, définir et préciser l'enjeu** : le guide encourage la participation des hommes et des femmes à la détermination des enjeux de la politique analysée.

Étape 2 : **Définir les résultats souhaités ou prévus** : il faudra tenir compte du fait qu'une politique n'aura pas nécessairement les mêmes effets sur les hommes et sur les femmes.

Étape 3 : **Définir les apports en matière d'information et de consultation** : veiller à ce que les données recueillies soient ventilées en fonction des sexes et s'assurer de la participation de groupes de femmes à cette fin.

Étape 4 : **Mener les travaux de recherche** : tenir compte du fait que certaines méthodes d'analyse ne rendent pas compte de la spécificité des femmes.

Étape 5 : **Élaborer et analyser les options** : déterminer l'impact négatif ou positif sur la situation des femmes.

Étape 6 : **Formuler une recommandation en vue de la prise d'une décision** : reconnaître l'importance de l'équité entre les sexes et formuler des recommandations qui en tiennent compte.

Étape 7 : **Communiquer la politique.**

Étape 8 : **Évaluer la qualité de l'analyse** : formuler des recommandations de manière à ce que la politique appuie l'équité entre les sexes d'une manière crédible et concrète.

ANNEXE VII : LÉGISLATION, JURISPRUDENCE, DÉCISIONS ET ACCORDS

i. Traités internationaux :

Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, 27 décembre 1987 et 2 janvier 1988, R.T. Can 1989 n° 3 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989).

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T.Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289, (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994).

Accord sur le commerce intérieur, 3 mai 1997, G.O. Q. 1997 I. 413.

Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1144 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1947), 30 octobre 1947, 58 R.T.N.U. 187, R.T.Can. 1947 n° 27 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948)

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1994), Annexe 1A de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1154 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord général sur le commerce des services, Annexe 1 B de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1167, (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [ADPIC], annexe 1C de l'Acte instituant l'Organisation mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1197 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

Accord sur les marchés publics, Annexe 4 b) de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1996)

Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement et Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, 14 septembre 1993, R.T.Can. 1994, n° 3 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994) .

Accord sur le bois d'oeuvre résineux entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique, 29 mai 1996, R.T. Can. 1996, n° 16 (entrée en vigueur le 29 mai 1996 avec effet à compter du 1^{er} avril 1996).

Convention de Vienne sur le droit des traités, May 23, 1969; 115 R.T.N.U. 331; 8 I.L.M. 679.

Gouvernement des États-Unis d'Amérique, *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*, Statement of Administrative Action, HR, DOC No. 103-159, Vol. 1 (1993).

ii. *Droit communautaire européen*

Communautés européennes, *Directive 71/305/EEC du 26 juillet 1971, du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux publics*, [1971] J.O.L. n° 206, p. 0026.

Communautés européennes, *Directive 77/62/EEC du 21 décembre 1976, du Conseil coordonnant la procédure de passation de marchés publics en matière de fournitures publiques*, [1976] J.O.L. n° 284, p. 0011.

Communautés européennes, *Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992, du Conseil en matière de marchés publics de services, de fournitures et de travaux*, [1992] J.O.L. n° 209, p. 0001-0024.

Communautés européennes, *Directives 93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993*, modifiées par la *Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997*, J.O.L. no 324, p.0001-0059.

iii. *Législations nationales :*

Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, L.C. 1988, c. 65.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, c. 44.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du Commerce, L.C. 1994, c. 47.

Loi portant mise en oeuvre de l'Accord sur le Commerce Intérieur, L.C. 1996, c. 17.

Loi sur l'équité en matière d'emploi, S.C. 1986, c. 31, L.R.C. c. E-5.4. Abrogée et remplacée par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R. 1985, ch. F-11,

Loi sur la production de défense, 1985, ch. D-1.

Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1996, c. 16.

iv. *Jurisprudence internationale*OMC

Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Rapport de l'organe d'appel, 9 septembre 1997, (WT/DS27/AB/R).

Canada – Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, Rapport du Groupe spécial, adopté le 7 février 1984, (L/5504 – 30S/147).

Canada – Certaines mesures concernant les périodiques, rapport du Groupe spécial, 14 mars 1997, (WT/DS31/R).

Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, Rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, (WT/DS139/R) (WT/DS142/R).

États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation, Rapport du Groupe spécial, 17 juin 1987 (L/6175 – 34s/154).

États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930, Rapport du Groupe spécial, adopté le 7 novembre 1989, (L/6439 – 36S/386).

Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, Rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, (WT/DS8/AB/R) (WT/DS10/AB/R) (WT/DS11/AB/R).

Norvège – Marché concernant le matériel pour la perception des péages destiné à la ville de Trondheim, Rapport du Groupe spécial, adopté par le Comité des marchés publics le 13 mai 1992, (GRP.DS2/R).

Pratiques suivies par la Belgique en matière d'impôts sur le revenu, Rapport du Groupe d'experts, présenté au Conseil des représentants le 12 novembre 1976 (L/4424 – 23S/139).

Décisions de la Cour de Justice des communautés européennes.

Badeck et al. v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Affaire C-158/97, [2000] E.C.R. I-01875.

Commission des Communautés européennes contre République italienne, affaire C-360/89, [1992] E.C.R. I-3401.

Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark, affaire C-243/89, [1993] E.C.R. I-03353.

Gebroeders Beentjes BV c. État des Pays-Bas, Affaire 31/87, [1988] E.C.R. 04635.

Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen, affaire C-450/93, [1995] E.C.R. I-3051.

Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, affaire C-409/95, [1997] E.C.R. I-6363.

SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes », Affaires jointes 27 à 29/86, [1987] E.C.R. 3347.

Sami Hainonen, affaire 394/97, [1999] E.C.R. I-035999.

Tania Kreil contre Bundesrepublik Deutschland, Affaire 285/98, [2000] E.C.R. I-00069.

Décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Affaire *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil 1996-VI.

Affaire *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A.161 G A n^o 33.

ALÉNA

Pope & Talbot c. le gouvernement du Canada, Award on the Merits (2001), disponible sur le site du Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/pope_archive-fr.asp, ALÉNA

S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada (décision partielle) (2000), en ligne : Ministère des Affaires étrangères et du commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcnadapartialaward_final_13-11-00.pdf, ALÉNA Arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter.

v. *Décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur*

Conair Aviation, Décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, 8 août 1996, dossier n^o : PR-95-039.

Corel Corporation, Tribunal canadien du commerce extérieur, 8 mai 2002, dossier n^o : PR-2001-060.

Econaire (1984) inc. et Environmental Growth Chambers, ltd. Commission de révision des marchés publics : 28 janvier 1991, n^{os} de greffe de la Commission : E90PRF6601-021-0020 et E90PRF6601-021-0021.

Enconaire (1984) inc., Tribunal canadien du Commerce extérieur, 15 février 1991, n^o du greffe de la Commission : E90PRF664Y-021-0019.

Information Systems Management Corporation, Tribunal canadien du commerce extérieur, 30 juillet 1996, dossier n^o : PR-95-040.

Keystone Supplies Company, Tribunal canadien du commerce extérieur, 19 avril 1999, dossiers n^{os} : PR-98-034 et PR-98-035.

Lotus Development Canada Limited, Novell Canada, Ltd. et Netscape Communications Canada inc. Tribunal canadien du commerce extérieur, 14 août 1998, dossiers n^{os} : PR-98-005, PR-98-006 et PR-98-009.

Société d'énergie Mechron Limitée, Tribunal canadien du commerce extérieur, 18 août 1995, dossier n^o : PR-95-001.

BIBLIOGRAPHIE

- ABELLA, R. S. *Rapport de la Commission sur l'égalité*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.
- ABU-AKEEL, A. K. « Definition of Trade in Services under the GATS: Legal Implications », *G. Wash J. of Int'l L & Eco.*, n° 32 (1999), 189.
- ADAIR, D.R. « Investor's Rights: The Evolutionary Process of Investment Treaties », *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, n° 6 (1999), 195.
- AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA. *Politique sur les revendications territoriales globales et état des revendications*, AINC, 2002a, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brief_f.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Évaluation de la Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones*, Direction générale de l'évaluation et de la vérification interne, AINC, 2002b, http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/ae/ev/00-06_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *SAEA Rapport sur le rendement 2000*, 2002c, http://www.ainc-inac.gc.ca/SAEA-psab/pub/pr/perf_rep_2000_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- AGENCE CANADIENNE POUR LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL. *Politique de l'ACDI en matière d'égalité des sexes*, mars 1999, http://www.acdi-cida.gc.ca/cida_ind.nsf/vall/E5CA16A2B1F7749E852569500003DA50?OpenDocument, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ALLAERT, B., C. de la CRUZ et A. FALU *et al.* *International Trade and Gender Inequality, A Gender Analysis of the Trade Agreements Between the European Union and Latin America: Mexico and the Mercosur*, WIDE, Bruxelles, 2001.
- ALLAERT, B. *Gender Mapping the European Union Trade Policy*, Bruxelles, WIDE, 1997.
- APPEL MOLOT, Maureen. « NAFTA Chapter 11: An Evolving Regime » in NAFTA Chapter 11 Conference, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI. Les textes sont affichés à : <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ARROWSMITH, S. et A. DAVIES (dir.). *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1988.
- . *Public Procurement: Global Revolution*, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- . *Government procurement in the WTO*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC), *Page d'accueil*, 2004a, <http://www.apecsec.org.sg/>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *APEC Electronic Individual Action Plan*, 2004b, <http://apec-iap.org/>, consulté le 1^{er} juin 2004.

BAINES, B. « Occupational sex segregation and employment equity: lessons from Canada », *Can. Lab. & Emp.*, n° 8 (2000), L.J., 291.

BAL, S. « International Free Trade Agreement and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT », *Minn. J. Global Trade*, n° 10 (2001), 62.

BANQUE MONDIALE. Social Protection, Zafiris Tzannatos, *Women and Labor Market Changes in the Global Economy: Growth Helps, Inequalities Hurt and Public Policy Matters*, SP Discussion Paper n° 9808, avril 1998.

BARTON, C. et E. NAZOMBEL. *Women's labour and economic globalisation: a participatory workshop created by Alternative Women in Development (Alt-WID)*, (mars 2000) n° 8 : *1 Gender and Development* 35-44.

BASTASELÉ, D., P. FLAMME et P. QUERTAINMONT. *Initiations aux marchés publics* (2^e édition), Bruxelles, Bruylant, 2001.

BEEN ET J.C. BEAUVAIS. « The Global Fifth Amendment : NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », New York University Center for Law and Business, Working Paper CLB-02-06, 2003, http://www.nyu.edu/pages/lawreview/78/1/Been_Beauvais.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

BELLEY, N. « Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada du GATT à l'ALÉNA », *C. de D.*, vol. 36, n° 2 (1995), 503.

BERNSTEIN, S., K. LIPPEL et L. LAMARCHE. *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Condition féminine Canada, mars 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662291433/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

BHALA, R. « Clarifying the Trade-Labor Link », *Colm. J. Transnat'l L.*, n° 37 (1998-1999), 11.

———. « The Bananas War », *McGeorge L. R.*, n° 31 (2000), 839.

BLACK, H. L. *How to sell to the government: the 30 billion dollar market: your complete guide to doing business with Canadian government departments, agencies and crown corporations, and cracking the provincial and U.S. government markets*, Toronto, Macmillan of Canada, 1989.

- BLACK, W. W. *Employment and Equality: A Systemic Approach*, Human Rights Research and Education Centre, Université d'Ottawa, 1985.
- BLACKLOCK, Cathy. *Les Canadiennes et le commerce : survol des principaux enjeux*, document préparé pour Condition féminine Canada, août 2000, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662661966/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- BLANK A. et G. MARCEAU. « A History of Multilateral Negotiations on Procurement : From ITO to WTO », in B.M. Hoekman et P.C. Mavroidis (dir.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997.
- BRAMBILLA, P. *Gender and Monitoring: A Review of Practical Experiences*, Brighton, Institute of Development Studies, BRIDGE, Report 63, 2001.
- BRANCH, K. « Are Women Worth as Much as Men?: Employment Inequities, Gender Roles, and Public Policy », n° 1 (1994), *Duke J. Gender L. & Pol'y*, 119.
- BROWN, A. et C. POUNCEY. « Expanding the International Market for Public Procurement: The WTO's Agreement on Government Procurement », *Int'l Trade L. & reg.*, vol. 1, n° 3 (1995), 69.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. *L'heure de l'égalité au travail, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, Conférence internationale du travail, 91^e session, Bureau international du travail, Genève, 2003, <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/decl/publ/reports/download/report4/rapport.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- CARASCO, E. « A Case of double jeopardy: race and gender », *Can. J. Women & L.*, n° 6 (1993), 142.
- CARREAU, D. et P. JUILLARD. *Droit international économique*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1998.
- CARRIER, P. J. « An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement », *NY. Int'l L. Rev.*, n° 10 (1997a), 59.
- . « Domestic Price Preference in Public Purchasing: An Overview and Proposal of thje Amendement to the Agreement on Government Procurement », *NY. Int'l L. Rev.*, n° 10 (1997b), 59.
- . « Sovereignty under the Agreement on Government Procurement, *Minn J. Global Trade*, n° 6 (1997c), 67.
- CASTEL, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, Butterworths, 1^{re} éd. (1975) et 2^e éd. (1986).

CASTILLO, M. et CHEMAIN, R. « La réserve d'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public*, 2001.

CEPAL. *Compras governamentais: Políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*, (LC/BRS/R.130), septembre 2002.

CHABURSKY, L. « The Employment Equity Act: An Examination of its Development and Direction », *Ottawa L. Rev.*, vol. 24, n° 2 (1992), 305.

CHARNOVITZ, S. « The Moral Exception in Trade Policy », *Va. J. Int'l L.*, n° 38 (1998), 689.

CHEMILLER GENDREAU, M. et Y. MOULIER BOUTANG. *Le droit dans la mondialisation: une perspective critique*, Presses universitaires de France, Paris, 2001.

CHEVRETTE, François. « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit », in *De la Charte québécoise des droits et libertés, origine, nature et défis*, Montréal, Thémis, 1989.

CLARO DE LA MAZA, J. et R. CAMPLOR. *Government Procurement and Free Trade in the Americas*, Intal-ITD, occasional paper 3, janvier 1999.

COMITÉ PERMANENT DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES ET DE LA CONDITION DES PERSONNES HANDICAPÉES (CPDRHCPH).
Témoignages, 11 décembre 2001, 2001, 1140, <http://www.parl.gc.ca/InfoCom/PubDocument.asp?DocumentID=652645&Language=F>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *Promouvoir l'égalité dans les secteurs de compétence fédérale : examen de la loi sur l'équité en matière d'emploi : Rapport du comité*, Ottawa, Travaux publics Canada, 2002a, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. Témoignages, 7 février 2002, 2002b, 1150, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/HUMA48-F.HTM#Int-126132>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. Témoignages, 26 février 2002, 2002c, 1155, <http://www.parl.gc.ca/infocomdoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/humae51-f.htm#T1150>, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMERCE INTERNATIONAL CANADA. *Règlement des différends – ALÉNA Chapitre 11 Investissement – Note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 (Commission du libre-échange de l'ALÉNA*, 11 juillet 2001, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *On vous écoute*, 2004, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/consult-fr.asp#pre>, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE. *Guide de vérification et de référence : vérification de l'équité en matière d'emploi*, mars 2000a.

———. *Rapport annuel 1999*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2000b.

———. *Document cadre : vérifications de la conformité à la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Processus de vérification, facteurs d'évaluation et questionnaire d'enquête*, Direction générale de l'équité en matière d'emploi, janvier 2000, 2000c, http://www.chrc-ccdp.ca/employment_equity/framework_compliance-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *Rapport annuel 2000*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2001.

———. *Rapport annuel 2001 : Rapport sur l'équité en matière d'emploi*, Ottawa, ministre des Travaux publics, 2002a.

———. *Rapport sur le rendement 2001-2002*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2002b, http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

COMMISSION EUROPÉENNE. Communication de la Commission, « Les marchés publics dans l'Union européenne », adoptée par la Commission le 11 mars 1998. COM(1998) 143 final.

———. Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable au marché public et aux possibilités d'intégration de considérations sociales dans les contrats de marchés publics, adoptée par la Commission le 28 novembre 2001. COM(2001) 566 final.

COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION. *Une mondialisation juste : créer des opportunités pour tous*, OIT, Genève, 2004.

COMMONWEALTH SECRETARIAT. *Gender Mainstreaming in Finance, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*, Londres, 1999a.

———. *Gender Mainstreaming in the Public Service, A Reference Manual for Governments and other Stakeholders*, Londres, 1999b.

COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE. Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, [1976] *J.O.L.* no 039, p. 0040 - 0042.

- CONDITION FÉMININE CANADA. *Analyse comparative entre les sexes, guide d'élaboration de politiques*, Ottawa, 1998, http://www.cfc-swc.gc.ca/pubs/gbguide/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED). *Trade, sustainable development and gender*, Papers prepared in support of the themes discussed at the Pre-UNCTAD X Expert Workshop on Trade, development and gender, juillet 1999, doc. NU n° UNCTAD/EDM/Misc.78.
- CONSEILS ET VÉRIFICATION CANADA. *Evaluation of the Employment Equity Program- Final Audit*, juin 2002. Disponible auprès de la CCDP.
- CONTRATS CANADA, *Guide du nouvel acheteur*, 2004, <http://contractscanada.gc.ca/fr/buyerguidef.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- CORR, C. F. et K. ZISSIS. «The WTO Government procurement Agreement and U.S. Procurement Reform », *NY. L. School J. of Int'l & Com. L.*, n° 18 (1999), 303.
- COTTIER, T. et P. C. MAVROIDIS, (dir.). *Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law*, vol. 2, Ann Arbor, Series World Trade Forum, University of Michigan Press, 2000.
- DALLY, J. « Has Mexico Crossed the Border on the State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA », *St Mary's L.J.*, n° 25 (1994), 1147.
- DE GRAFF, G. et M. KING. « Towards a More Global Government Procurement Market: The Expansion of The GATT Government Agreement in the Context of the Uruguay Round », *Int'l Lawyer*, n° 29 (1995), 435.
- DE WOLFF, A. « The face of globalization: Women working poor in Canada », *Canadian Woman Studies*, vol. 20, n° 3 (2000), 54.
- DELMAS-MARTY, M. *La mondialisation du droit : chances et risques*, Paris, Dalloz, 1999.
- DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA. *L'examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Développement et ressources humaines Canada, Un rapport présenté au Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées*, Hull, DRHC, 2001.
- . Evaluation and Data Development, *Final Report for the Evaluation of the Federal Contractors Program*, avril 2002, sur demande.
- DHOOGE, L.J. « The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States », *Minn. J. Global Trade*, n° 10 (2001), 209.

- DOLLINGER, J. « Resolving Conflicts in Contracts and Torts », *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, Tome 283 (2000).
- DOMMEN, C. « Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization: Actors, Processes and Possible Strategies », *Human Rights Quarterly*, n° 24 (2002), 1.
- ÉQUIPE CANADA INC. *Page d'accueil*, 2004, <http://exportsource.gc.ca>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ÉTATS-UNIS. *North American Free Trade Agreement, Implementation Act*, Statement of Administrative Action, HR, document n° 103-159, vol. 1 (1993).
- EVERS, B. *Engendering the Trade Policy Review Mechanism of the WTO*, in E. Haxton et C. Olsson (dir.), *Gender Focus on the WTO*, Upssala, Global Publication Foundation, 1999.
- FADLALLAH, I. « L'ordre public dans les sentences arbitrales », (1994) *RCADI* V.377.
- FEDDERSEN, C.T. « Focusing on Substantive Law in International Economic Relations: The Public Morals of GATT's Article XX(a) and Conventional rules of Interpretation », *Minn. J. Global Trade*, vol. 7, n° 45 (1998), 75.
- FORUM DES MINISTRES RESPONSABLES DE LA CONDITION FÉMININE À L'ÉCHELLE FÉDÉRALE, PROVINCIALE ET TERRITORIALE. *L'autonomie et la sécurité économiques des femmes*, mars 2001, http://www.swc-cfc.gc.ca/pubs/0662655427/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- FRANDESCAKIS, Ph. (dir.). *Répertoire de Droit International*, Tome II, Dalloz, Paris, 1969.
- GAFFNEY, J.P. « Due Process in the World Trade Organization: The Need for Procedural Justice in the Dispute Settlement System », *Am. U. Int'l L. Rev.*, n° 14 (1999), 1173.
- GANGULY, S. « The Investor-State Dispute Settlement Mechanism (ISDM) and a Sovereign Power to Protect Public Health », *Colum. J. Transnat'l L.*, n° 38 (1999), 113.
- GANTZ, D.A. « Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties », *AM. U. Int'l L. Rev.*, n° 14 (1999), 1025.
- GIBB, H. *Gender Mainstreaming - Good Practices from the Asia-Pacific Region*, Renouf Publishing, Canada, 2000, <http://www.nsi-ins.ca/fnsi/research/research04.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- GOLDMAN, B. « La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité et perspectives », *Clunet.*, n° 106 (1979), 483.

GOLDSTEIN, G. *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire : Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, thèse présentée à l'Université McGill, Vol. I et II, Montréal, 1992.

GOURLEY, Alan W.H., Jean HEILMAN GRIER et Frederick F. SHAHEEN.
« International Procurement », *Int'l Lawyer*, n° 35 (2001), 395.

HAMMJE, P. « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.* (1997), 1-31.

HART, M. et P. SAUVÉ. « Does size matter? Canadian perspectives on the development of government procurement disciplines in North America », in B.M. Hoekman et P.C. Mavroidis (dir.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1997.

HASSALANI, S. *Commerce international : intégration des considérations liées à l'égalité entre les sexes dans le processus d'élaboration des politiques*, Condition féminine Canada, décembre 2000.

HAXTON, E. et C. OLSSON (dir.). *Gender Focus on the WTO*, Upssala, Global Publication Foundation, 1999.

HEARN, W. R. « Selling to Ottawa: Some Legal Aspects of Federal Procurement in Canada », *C.U.B.L.R.*, n° 4 (1999), 235.

HLUPELIKE LONGWE, S. *Gender Equality and Women's Empowerment*, présenté lors du Working Seminar on Methods for Measuring Women's Empowerment in Southern African Context, 17-18 octobre 2001, Namibie, <http://poverty.worldbank.org/library/view/14639>, consulté le 1^{er} juin 2004.

HOEKMAN, B. M. et P. C. MAVROIDIS (dir.). *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, The University of Michigan Press, 1997.

HOEKMAN, B. M. et P. C. MAVROIDIS. « The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership? », *Pub. Procurement L. Rev.*, n° 4 (1995), 63.

HUGHES, L. « Buy North America: A Revision to FTA Buy America Requirements », *Transp. L. J.*, n° 23 (1995), 207.

INDUSTRIE CANADA, *Communications du Canada – Offre conditionnelle initiale sur les services*, 31 mars 2003, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/TS/Canada_Initial_Offer_French_31_03_2003.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.

INSTITUTE FOR DEVELOPMENT POLICY AND MANAGEMENT. *Sustainability Impact Assessment of Proposed WTO Negotiations, Project Inception Report to the European Commission, Sector Study Market Access, environmental services and*

- competition, mid-term report*, IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, BMT Cordah Ltd, 2003a, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Sustainability Impact Assessment of WTO Proposed Negotiations*, University of Manchester, 2003b, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase%203A/CompetitionFinal.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- INSTITUTE OF DEVELOPMENT STUDIES. *Bridge Quarterly Update, Issue 8, Trade Policy*, 1998, <http://www.ids.ac.uk/bridge/dgb8.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. *Commerce mondial et protection des droits de l'Homme, les droits de l'Homme à l'épreuve de la globalisation des échanges économiques*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- INSTITUT NORD SUD. *La condition des sexes et le commerce*, décembre 2001, http://www.nsi-ins.ca/download/consultation_rapport.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.
- JACKSON, J. H. « National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers », *Mich. J. of Int'l L.*, n° 10 (1989), 207.
- JARVIS, L. M. « Women's Rights and the Public Morals Exception of GATT Article XX », *U. Michigan J. of Int'l Law Law School*, n° 22 (2000), 219.
- JIMENEZ, M. R. « Considerations of NAFTA Chapter 11 », *Chi. J. Int'l L.* (2001), 243.
- JOEKES, S. et A. WESTON. *Women and the New Trade Agenda*, New-York, UNIFEM, 1994.
- JOHNSON, K. D., S. LERO et J. A. ROONEY. *Recueil travail – personnel 2001, 150 statistiques canadiennes sur le travail, la famille et le mieux-être*, Université de Guelph, 2001.
- KABEER, N. *Reversed Realities: Gender Hierarchies in Development*, Verso, New York, 1994.
- KIRKPATRICK, C., N. LEE et O. MORRISSEY. *WTO New Round, Sustainability Impact Assessment Study, Phase One Report*, IDPM, University of Manchester, CREDIT, University of Nottingham, 1999, <http://idpm.man.ac.uk/sia-trade/Phase1/frontpage1.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- KLEVEN, T. « Why International law favors emigration over immigration », *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, n° 33 (printemps 2002), 69.
- KRAJEWSKI, M. « Public Services and the Scope of the GATS », Research Paper, Center for International Environmental Law (CIEL), mai 2001.

- LAINING, E. A. « Equal Access /Non-Discrimination and Legitimate Discrimination in International Economic Law », *Wisconsin Int'l L. J.*, n° 14 (1996), 246.
- LALIVE, P. « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage* (1986), p. 327-373.
- LAMARCHE, L. *Les programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Montréal, Louise Courteau éditrice, 1990.
- LAMARCHE, L. et F. TOUGAS. *La Loi canadienne sur l'équité en emploi et la transformation des rapports sociaux : le cas des minorités visibles*, Commission du droit du Canada, juin 2001.
- LAMARCHE, L. et R. BACHAND. *La protection et la promotion des droits des travailleuses québécoises à l'heure de la prolifération des accords de commerce : le besoin de clarifier les causes de menaces potentielles afin d'orienter l'action - Recherche*, Conseil du statut de la femme du Québec, octobre 2003, <http://www.csf.gouv.qc.ca/fr/publications/?F=affichage&ma=20&choix=1&s=31>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- LANG, J. M. « The First Five Years of the WTO: General Agreement on Trade in Services », *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, n° 31 (2000), 801.
- LAVIEC, J.P. *Protection et promotion des investissements : études de droit international économique*, PUF, Genève, 1985.
- LEMIEUX, D. et A. STUHEC. *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999.
- LEVESQUE, C. W. « Chapter 13 of the United States-Canada Free Trade Agreement: Has it Created an Open and Effective Government Procurement Dispute Resolution System? », *J. Int'l L. Bus.*, n° 12 (1991), 187.
- LINARELLI, J. « The Role of Dispute Settlement in World Trade Law: Some Lessons from the Kodak-Fuji Dispute », *L. & Pol'y in Int'l Bus.*, (2000), 263.
- LOW, P., A. MATTOU et A. SUBRAMANIAN. « Government Procurement in Services », *World Competition*, n° 20 (1996), 5.
- MACPHAILI, F. « A feminist economics perspective on recent trends in inequality in Canada », *Atlantis*, vol. 23, n° 2 (1999), 90.
- MANN, H. et K. von MOLTKE. *NAFTA's Chapter 11 and the Environment: Addressing the Impacts of the Investor-State Process on the Environment*, IISD, 1999, <http://www.iisd.org/pdf/nafta.pdf>, consulté le 1^{er} juin 2004.

- MANN, H. et J.A. SOLOWAY. *Clarifier la relation entre l'expropriation et la réglementation: Comment y parvenir?*, rapport destiné au Groupe spécial d'Experts sur les règles d'investissement et au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, mars 2002, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/regulation-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- MARCEAU, Gabrielle. « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, n° 13 (2002), 703.
- MATTOU, A. *The Government Procurement Agreement: Implications of Economic Theory*, 1996, World Trade Organisation, Staff Working Paper TISD-96-03.
- McCRUDDEN, C. « Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview's », in S. Arrowsmith et A. Davies, (dir.). *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer, 1998, 219.
- . « International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of “selective purchasing”, Laws under the WTO Government Procurement Agreement », *Journal of International Economic Law* (1999), 3.
- MEYERS TIETJENS, D. (dir.). *Feminist social thought: a reader*, Routledge, New York, 1997.
- MINGUY, C. et M. ROCHETTE,. *Même poids, même mesure : avis sur l'équité en emploi*, Québec, Conseil du statut de la femme du Québec, 1993.
- MONTANA I MORA, M. « A GATT with Teeth: Law Wins over Politics in the Resolution of International Trade Disputes », *Colum. J. of Transnat'l L.*, n° 31 (1993), 103.
- MORAND, C. A. (dir.). *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant - Éditions de l'Université de Bruxelles- Helbing et Lichtenhahn, Bruxelles, 2001.
- MOSER, C. *Gender Planning and Development: Theory, Practice and Training*, Londres, Routledge, 1993.
- MUGGA, A. *Études sur la recherche en matière de politique commerciale internationale*, document de référence n° 10, Direction de l'analyse commerciale et économique, MAECI, 2002, http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/survey/survey_report2002-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- MUGGENBERG, C. « The Government Procurement Chapter of NAFTA », *U.S. Mexico L.J.*, n° 1 (1993), 295.
- MUTARI, E. *et al. Gender and political economy: incorporating diversity into theory and policy*, M.E. Sharpe, 1997.

NOUVELLE-ZÉLANDE. « Réponse aux questions concernant l'échange de renseignements prescrits par le mandat de négociation sur les subventions », Groupe de travail sur les règles de l'AGCS, 2 juillet 1997, S/WPGR/W/16/add.

OPPETIT, B. « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », dans Christian Dominice (dir.), *Études du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 309-319.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES. *Asian and Pacific Developing Economies and the First WTO Ministerial Conference*, Issues of Concern, New-York, Nations Unies, 1996.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT), « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail », juin 1998, adoptée à la 86^{ème} session, <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC). *Synthesis of the Information Available on Transparency-Related Provisions in Existing International Instruments on Government Procurement Procedures and on National Practices*, note du Secrétariat de l'OMC, WT/WGTGP/W/6, octobre 1996.

———. *Guide pour la lecture des listes d'engagements spécifiques et des listes d'exemptions de l'article II (NPF) annexes à l'AGCS*, 2004a, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/guide1_f/htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. *Liste d'engagements et liste d'exemptions des obligations de l'article II*, 2004b, http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/serv_commitments_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

———. Working Group on Transparency in Government Procurement, *Work of the Working Group on the Matters Related to Item VI-XII of the List of the Issues Raised and Points Made*, WT/WGTGP/W/33, octobre 2002.

———. Working Party on Domestic Regulation, « “Necessity tests” in WTO, Notes by the Secretariat WTO », S/WPDR/W/27, 2 déc. 2003. <http://www.ictsd.org/issarea/stds/resources/Docs/Nectest.PDF>, consulté le 1^{er} juin 2004.

OVERHOLT, C. *et al. Gender Roles in Development Projects. A Case Book*. West Hartford, Kumarian Press, 1984.

PALMETER, D. et P. C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Kluwer Law International, La Haye, Londres et Boston, 1999.

- PARLEMENT DU CANADA. Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, *Le Canada et l'avenir de l'Organisation mondiale du commerce, Pour un programme du millénaire qui sert l'intérêt public*, rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, rapport 9, 10 juin 1999, 36^e législature, 1^{re} session, 1999a, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/FAIT/Studies/Reports/faitrp09-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *La zone de libre-échange des Amériques : pour un accord qui sert les intérêts des Canadiens*, premier rapport du Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, Premier rapport du Sous-comité du commerce, des différends commerciaux et des investissements internationaux, octobre 1999, 36^e législature, 2^e session, 1999b, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/2/FAIT/Studies/Reports/faitrp01-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Pour un nouveau cycle de négociations efficaces : les grands enjeux du Canada à l'OMC*, mars 2002, 37^e législature, 1^{re} session, 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/FAIT/Studies/Reports/faitrp19-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- PETERSMANN, E.-U. (dir.) *International Trade Law and Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, Londres, La Haye, Boston, 1997.
- PETERSMANN, E.-U. « Violation-Complaints and Non-Violation Complaints in Public International Trade Law », *Ger. Yearbook of Int'l L.*, n^o 34 (1991), 175.
- POLIN, R. (dir.). *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996.
- PRIESS, H.-J. « Public Procurement Law in the European Union: The New GATT Agreement on Government Procurement », *Int'l. Trade L. & Reg.*, vol. 2, n^o 2 (1996), 49.
- RACINE, J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Bibliothèque de droit privé, Tome 309, L.G.D.J., Paris, 1999.
- RAMKHALAWANSINGH, C. « Employment standards legislation: a primary source of women's employment inequality », *Can. Lab. L.J.*, n^o 2 (été 1993), 80-89.
- REDOR, M.-J. (dir.). *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Collection Droit et Justice, n^o 29, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- REED, C. A. « Contradictions and assumptions: A report on employment equity in Canada », *Resources for Feminist Research*, n^{os} 3-4 (1995-1996), 24.
- REICH, A. « Government Procurement and Bid Challenging in Canada after the Free Trade Agreement », *Rev. can. du droit du commerce*, n^o 18 (1991), 195.

- . *Toward Free Trade in the Public Sector: A Comparative Study of International Agreements on Government Procurement*, Toronto, thèse de doctorat en science juridique, Université de Toronto, 1994.
- . *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1998.
- RESNIK, J. « Categorical Federalism: Jurisdiction, Gender and the Globe », *Yale Law Journal*, n° 111 (2000), 619.
- RESSOURCES HUMAINES ET DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES CANADA. Travail, famille et collectivité : questions clés et orientations pour la recherche à venir, 2004a, www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/psait/ctv/tfc/02table_des_matières.shtml&hs=wnc, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Rapport annuel, Loi sur l'équité en matière d'emploi 2003*, Programme du Travail, Ottawa, RHDC, 2004b.
- . *Programme de contrats fédéraux (PCF) – Foire aux questions – Tables des matières*, 2004d, <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/ot/ntemt/emt/programmes/pcf/qfp/index-eme.shtml&hs=wzp>.
- ROESSLER, F. « Domestic Policy Objectives and the Multilateral Trade Order: Lessons from the Past », *U. Pa. Journal of Int'l Economic Law*, n° 19 (1998), 513.
- . *Données individuelles des entreprises*, 2004, 2004c, http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eaisadmin/cgi-bin/eais_fra.cgi, consulté le 1^{er} juin 2004.
- ROMAIN, J.-F. « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme » in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Bruxelles, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v.3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- RUSSELL, M. « Backlash, the Political Economy, and Structural Exclusion », *Berkeley J. Employment & Lab. L.*, n° 21 (2000), 335.
- SANTÉ CANADA. *Stratégie pour la santé des femmes*, 2002, <http://www.hc-sc.gc.ca/francais/femmes/stratfem.htm#différences>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SCHOONER, S.L. et C.R. YUKINS. « Model Behavior? Anecdotal Evidence of Tension between Evolving Commercial Public Procurement Practices and Trade Policy », George Washington University Law School, Public Law Legal Theory Working Paper n° 048, *Int'l Trade Law and Regulation*, vol. 9 (2003), http://www.ssrn.com/abstract_id=346000, consulté le 1^{er} juin 2004.

- SCHWARTZ, J. A. « Learning from the United States Procurement Law Experience: On Law transfer and its Limitations », *Public Procurement Law Review*, n° 11 (2002), 115.
- SECRETARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR DU CANADA (SCT), *Politique sur l'examen des acquisitions*, 1994, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/TBM_122/pr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Faire plus avec l'argent des contribuables, Le gouvernement en tant que "partenaire" : Les six étapes d'une collaboration réussie*, 1995, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/opepubs/tb_o3/fgpe_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Politiques sur les marchés*, 2003, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Avis sur la politique des marchés 1997-6*, http://www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/siglist_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SEN, G. A. *Quick Guide to Gender Mainstreaming in Finance*, Commonwealth Secretariat, Londres, 1999.
- SHELL, G. R. « Trade legalism and International Relations Theory: an analysis of the World Trade Organization », *Duke L.J.*, n° 44 (mars 1995), 829.
- SHUMAN, M. H. « GATTzilla v. Communities », *Cornell Int'l L. J.*, vol. 27, n° 3 (1994), 527.
- SILVEIRA, M. C. « Rules of Origin in International Trade Treaties: Towards the FTAA », *Ar. J. of Int'l & Comp. L.*, n° 14 (1997), 411.
- SINCLAIR, S. « GATS : How the World Trade Organization's New 'Services' Negotiations Threaten Democracy », Ottawa, Réseaux canadiens de recherche en politiques publiques, 2000.
- STEWART, T. P. (dir.). *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History*, (4 vol.), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Boston, La Haye, Londres, 1991-1999.
- SUDRE, Frédéric. « L'ordre public européen », in *L'ordre public : concept et applications*, Bruylant, Bruxelles, 1995, Collection de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, v. 3, Les conférences du Centre de droit privé et de droit économique.
- SUSTAINABILITY IMPACT ASSESSMENT (SIA). *Page d'accueil*, 2004, <http://www.sia-trade.org/index.shtml>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- SZURGOT, C. F. « The Buy American Act: Reverse Discrimination Against Domestic Manufacturers; Implications of the Trade Agreements Act of 1979 on the Rule of Origin Test », *Adm L. J. of the Am. U.*, n° 7 (automne 1993, hiver 1994), 737.

- TAMRA, A. A. *The Canadian International Trade Tribunal: Canada's Emerging Trade Jurisprudence*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Montréal, 1996.
- TETLEY, W. « Évasion/Fraude à la loi and avoidance of the law », *McGill L.J.*, n° 39 (1994), 303.
- TEUBNER, G. (dir.). *Global law without a state*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- THOMAS, J.S. et M.A. MEYER. *The New Rules of Global Trade: A Guide to the World Trade Organization*, Scarborough, Carswell, 1997.
- TIEFER, C. « The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice », *U. Balt. L. Rev.*, n° 26 (1997), 31.
- TOBLER, C. « Encore: « Women's clauses », in public procurement under community law », *E. L. Rev.*, n° 25(6) (2000), 618-631.
- TORNQVIST, A., B. Van BRONKHORST et C. MOSER. *Mainstreaming Gender and Development in the World Bank: Progress and Recommendations*, Washington, Banque mondiale, 1999.
- . *Integrating Gender into the World Bank Work: A Strategy for Action*, Washington, Banque mondiale, 2002.
- TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA (TPSGC), *Services des approvisionnement du gouvernement canadien*, 2004a, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/index-f.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Guide des approvisionnement*, 2004b, http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/sm/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Manuel du client de TPSGC*, 2004c, <http://www.tpsgc.gc.ca/sos/corporate/sm/index-f.html>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- . *Clauses et conditions uniformisées d'achat*, 2004d, <http://sacc.tpsgc.gc.ca/sacc/index-f.jsp>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- United Nations (UNCCD). *Convention to Combat Desertification – Institution Details: Association of Women in Development Experts (AWIDE)*, 2004, <http://www.unccd.int/ngo/accreditationDB/institutionDetails.php?id=223>, consulté le 1^{er} juin 2004.
- URETA, M. « Women, work and family: recent economic trends », *Northern Illinois University Law Rev.*, n° 19 (1998), 57.

VANDUZER, J.A. « NAFTA Chapter 11 to Date: the Progress of a Work in Progress », IISD, NAFTA Chapter 11 Conference, organisée par le Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI, <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

WEBB, K. « Thumbs, Fingers, and Pushing on String: Legal Accountability in the Use of Federal Financial Incentives », *Alta. L. Rev.*, vol. 31, n^o 3 (1993), 501.

WEDO. *Gender Analysis of the WSSD Plan of Implementation World Summit on Sustainable Development 2002*, http://www.wedo.org/sus_dev/analysis2.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

WOMEN IN DEVELOPMENT (WIDE). *Globalising gender equality and social justice*, 2004, <http://www.eurosur.org/wide/home.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

NOTES

¹ Il est à noter que le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), tel qu'il existait au moment de la rédaction du présent rapport, a depuis été scindé en deux ministères distincts, soit le ministère des Affaires étrangères Canada (AEC) et le ministère du Commerce international Canada (CICan).

² Accord de l'OMC sur les marchés publics, Appendice I, Annexe 6, Canada.

³ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1986, c. 31, L.R.C. c. E-5.4. Abrogée et remplacée par *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

⁴ Art. 4. Selon le *Rapport 2001 sur l'équité en emploi*, déposé par la Commission canadienne des droits de la personne conformément à la *Loi sur l'équité en emploi*, 397 entreprises du secteur privé étaient en cours de vérification au 31 décembre 2000. Voir CCDP (2002a), tableau 3, Nombre total d'employeurs et d'employés visés par la *Loi sur l'équité en matière d'emploi* et en cours de vérification selon le secteur. En ligne à : http://www.chrc-ccdp.ca/publications/employment_equity-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁵ Bien que la Commission présidée par la juge Abella portait le nom de Commission sur l'égalité en emploi, la littérature reconnaît que l'introduction du concept *d'équité en emploi* répondait à une stratégie contextuelle précise : contrer les résistances à l'implantation d'un modèle proactif, lesquelles étaient issues de l'expérience américaine de l'*Affirmative Action*. Voir Chabursky (1992) et Black (1985).

⁶ *Action Travail des femmes c. Canadien National* [1987] 1 R.C.S. 114.

⁷ Art. 18(1), *Loi sur l'équité en matière d'emploi*.

⁸ Voir art. 22 et suiv. de la LÉE.

⁹ Voir Système informatisé de présentation des rapports d'équité en matière d'emploi (SIPRÉME), en ligne à : http://www19.hrdc-drhc.gc.ca/~eisAdmin/cgi-bin/eis_fra.cgi, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁰ Voir en ligne : http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/ot/ntemt/emt/outils_eme/rapports/annuel/methodologie.shtml&hs=wzp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹ Article 36 de la *Loi sur l'équité en emploi*.

¹² En vertu de l'article 44 de la *Loi sur l'équité en emploi*.

¹³ « Depuis le début du programme en 1998, la Commission a entrepris des vérifications initiales chez 215 des 476 employeurs visés au total par la Loi. Toutefois, il a fallu faire au moins une vérification de suivi chez la plupart d'entre eux avant qu'il ne soit possible de les déclarer en conformité. Cela signifie que la Commission a commencé en tout

354 vérifications, alors qu'elle prévoyait en avoir terminé environ 320 à la fin de la quatrième année de son programme » (CCDP, 2002a). Seulement 8 entreprises ont été jugées conformes à la Loi dès la vérification initiale. Ces entreprises avaient pourtant déposé de nombreux rapports annuels auprès de RHDCC.

¹⁴ Id., une vingtaine d'employeurs avaient reçu un ordre de se conformer au 31 décembre 2000.

¹⁵ Art. 25 de la Loi.

¹⁶ Communications 2001, 2002 et 2003. Cette information a été fournie par MM. Benoît Fortin, agent principal, et Rhys Philip, directeur de législation et élaboration des programmes à la Division de l'équité en emploi à la CCDP. Nous tenons par ailleurs à les remercier de leur aimable collaboration.

¹⁷ La Commission canadienne des droits de la personne nous a donné accès à un rapport d'audit externe en mai 2003. Ce rapport intitulé *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit* a été réalisé par la firme Conseils et vérification Canada. Il est daté de juin 2002. Il met en évidence l'important problème de cohérence que pose les interactions simultanées auprès des entreprises de la CCDP et de RHDCC ainsi que les frustrations que cela entraîne chez les entreprises, lesquelles manifestent un évident parti pris pour les méthodes de travail de RHDCC. Le 28 mai 2003, M. Benoît Fortin de la CCDP nous a informés de travaux en cours entre la CCDP et RHDCC et dont le but consiste à formuler des protocoles de travail destinés à remédier à cette situation.

¹⁸ Les entreprises rendent aussi compte de leurs pratiques qualitatives d'équité en emploi. Toutefois, ce bref ajout au rapport n'est, dans la majorité des cas, pas très éloquent. Pour l'année 2002, RHDCC a procédé à un tel recensement (mais non à son analyse). Voir RHDCC (2004c).

¹⁹ Au 31 mars 2002, la Loi s'appliquait à 397 employeurs du secteur privé sous réglementation fédérale. CCDP, 2002a, en ligne à : http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr01_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

²⁰ *Loi sur l'accès à l'information*. L.R.C 1985, c. A-1.

²¹ L'article 20(1(b)) de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que « [...] Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant [...] des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers », qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers. En 1993, le Secrétariat du Conseil du Trésor (CT) a publié une série de directives en ce qui concerne l'interprétation à donner à la *Loi sur l'accès à l'information*. Certaines d'entre elles concernent spécifiquement l'article 20 (*Chapitre 2-8 – Exceptions particulières*). Les renseignements protégés par l'article 20(1(b)) « doivent être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques et de nature confidentielle ». La notion de renseignement est interprétée généreusement par le CT qui l'a élargie à toute information « qui a une valeur

pour le détenteur et qui a été confiée à une autre personne dans des circonstances qui obligent cette dernière à la garder confidentielle » (p. 19). Le renseignement n'a pas à être de nature industrielle ou même à avoir une application pratique pour l'entreprise, il suffit qu'il n'appartienne pas au domaine public et ne puisse être fourni sur demande. Finalement, le renseignement doit émaner du tiers et non du gouvernement. Celui qui invoque l'exception doit donc démontrer : « que les renseignements sont de nature confidentielle et que [il] les a toujours traités de façon confidentielle (p. 20).

²² Voir l'annexe III concernant le détail de l'information dont l'accès nous a été refusé en ce qui a trait au rapport de vérification de la Banque de Hong Kong.

²³ Voir note 17. *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*. Taux de réponse obtenu : 30 p. 100 des entreprises interrogées. Ce qui, selon les auteurs du rapport, constitue un pourcentage significatif.

²⁴ Nombreux sont les employeurs qui ont admis accepter difficilement le rôle de la CCDP et la longueur du processus de vérification. Certains croyaient que les agents de la CCDP ne savaient pas ce qu'ils voulaient et modifiaient les critères au milieu du processus. D'autres remettaient en question l'efficacité des vérifications en ce qui a trait à l'équité en matière d'emploi. Le manque d'uniformité dans la façon dont la CCDP applique la Loi était aussi considéré comme un problème. Certains ont laissé entendre que la CCDP et RHDCC devraient se rendre compte que l'équité en matière d'emploi n'est pas une science exacte (DRHC, 2001, point 7.14).

²⁵ Sauf pour quelques employeurs importants, beaucoup d'employeurs continuent d'attendre que la Commission amorce une vérification avant de mettre formellement en oeuvre les mesures requises pour respecter les exigences de la Loi », (CCDP, 2002b, point 3.222 « vérification initiale et suivi auprès des employeurs », en ligne à : http://www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/CHRC/chrc01-02dpr_f.asp, consulté le 1^{er} juin 2004).

²⁶ CCDP, Rapport et recommandations présentées au Comité, avril 2002, faisant suite à la consultation menée par la CCDP en 2002 [cité Recommandations 2002]. En ligne à : <http://www.chrc-ccdp.ca/publications/discussion-fr.asp>, consulté le 1^{er} juin 2004. Voir aussi DRHC (2001), point 7.1.

²⁷ Voir CPDRHCPH (2002) en ligne à : <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

²⁸ Id., recommandations 3 et 29.

²⁹ Id., recommandation 23.

³⁰ Id., recommandation 3.

³¹ « *La Commission continue d'appuyer l'apport d'une modification pour énoncer clairement l'exigence de prévoir des mesures spéciales dans le plan d'équité en matière*

d'emploi. Il faudrait inclure dans l'exigence la norme selon laquelle ce plan devrait comporter suffisamment de politiques positives et de mesures spéciales, afin qu'on puisse s'attendre raisonnablement à l'atteinte des objectifs de recrutement et d'avancement à court terme.

[...]

La Commission continue aussi d'appuyer l'apport d'une modification au Règlement pour y préciser qu'au nombre des politiques et pratiques positives doivent figurer des politiques (ou des lignes directrices de l'employeur) sur l'équité en matière d'emploi et le harcèlement qui doivent être communiquées aux membres de la direction et du personnel. » Voir Rapport de la CDDP, note 25.

³² Cette préoccupation fait entre autres appel à la question des coûts d'implantation de l'équité en emploi : *je tenais à préciser que si la conformité requiert de chaque employeur deux équivalents temps plein, et on ne parle ici que de présenter un rapport, les montants en cause sont plus élevés. [...]. Je dirais que nous devons prévoir environ 8 dollars par année par contribuable pour la présentation du rapport.* Voir audiences du 7 février 2002 (CDPRHCPH, 2002b) témoignage de F. Poschmann, Institut C.D.Howe, en son nom personnel. <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Meetings/Evidence/HUMAEV48-F.HTM#Int-126132>, consulté le 1^{er} juin 2004.

³³ Pour des informations générales, consulter RHDCC (2004d).

³⁴ Fait rarissime depuis l'entrée en vigueur du programme.

³⁵ Voir la note 33.

³⁶ *Les examens de conformité sont sporadiques et imprévus. Selon l'Université de la Saskatchewan et d'autres employeurs que j'ai consultés, le processus et les attentes ne sont pas définis et portent donc à confusion. L'objectif de l'examen n'est pas clair, et il n'y a presque pas de surveillance du processus d'examen. Il y a un manque de communication soutenu avec les représentants du programme de contrats fédéraux.* (M^{me} Kathy Gray, directrice des services aux employés, Université de la Saskatchewan), Voir CPDRHCPH (2002c).

³⁷ 1-Informer les employés de l'équité en matière d'emploi; 2-Nommer un responsable de l'équité en matière d'emploi; 3-Recueillir des renseignements sur l'effectif de l'entreprise; 4-Analyser l'effectif de l'entreprise; 5-Effectuer l'étude des systèmes d'emploi; 6-Fixer des objectifs; 7-Élaborer un Plan d'équité en matière d'emploi; 8-Adopter des mesures favorables d'adaptation raisonnables; 9-Créer un climat de travail favorable; 10-Adopter des mesures de suivi; 11-Permettre de consulter les dossiers. Pour plus d'informations, consulter : <http://www.rhdcc.gc.ca/asp/passerelle.asp?hr=/fr/pt/ot/ntemt/emt/programmes/pcf/criteres/index-eme.shtml&hs=wzp>, consulté le 1^{er} juin 2004.

³⁸ Environ 57 contrôles par année, sans préjuger ici du sens du terme « contrôle » (DRHC, 2000).

³⁹ *Loi sur l'équité en emploi*, art. 4. (1) « La présente loi s'applique à : a) tous les employeurs du secteur privé ». Voir aussi l'art. 42 (2) : « Le ministre est également chargé de l'administration du programme de contrats fédéraux pour l'équité en matière d'emploi et, à ce titre, tenu de veiller à ce que les exigences applicables aux entrepreneurs en vertu de ce programme pour ce qui est de la réalisation de l'équité en matière d'emploi soient *équivalentes* à celles que la présente loi impose aux employeurs dans ce domaine ».

⁴⁰ Voir *Examen de la Loi sur l'équité en emploi*, réponse du gouvernement du Canada au 9^e Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées : *Promouvoir l'égalité dans les secteurs de compétence fédérale : Examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi*, novembre 2002, <http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/37/1/HUMA/Studies/Reports/HUMARP9-f.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁴¹ « La Direction générale du Service des opérations des approvisionnements fournit des services communs d'acquisition de biens et de services pour le gouvernement fédéral. Il gère le processus d'acquisition en aidant les ministères clients à définir leurs besoins, en lançant des appels d'offres, en évaluant les soumissions et en choisissant les fournisseurs, ainsi qu'en négociant et en gérant des marchés ». Voir TPSGC (2004a). Quatre lois et politiques encadrent ce processus : *Loi sur la gestion des finances publiques* L.R. 1985, ch. F-11, *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* 1996, ch. 16; *Loi sur la production de défense* 1985, ch. D-1; et *Politique sur les revendications territoriales globales et état des revendications*, mars 2002, Affaires Indiennes et du Nord Canada, http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/brieff_f.pdf, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁴² Pour les politiques du CT, voir SCT 2003.

⁴³ Les activités d'approvisionnement de TPSGC feront progresser les politiques socio-économiques nationales du gouvernement, *dans les limites imposées par les obligations liées aux accords internationaux*. Voir TPSGC (2004b).

⁴⁴ Les acquisitions de TPSGC se feront en régime de concurrence, sauf dans des cas particuliers. Id., chapitre 5.

⁴⁵ Voir Contrats Canada (2004) et TPSGC (2004c).

⁴⁶ Voir Clauses et conditions uniformisées d'achat (TPSGC, 2004d).

⁴⁷ Voir Infra, « La Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones ».

⁴⁸ Voir SCT (1995). Aussi, entrevue avec M. Daniel Pilon, agent principal de l'administration des contrats, Commission canadienne de sûreté nucléaire, Section de l'administration, 5 septembre 2002.

⁴⁹ Un préavis d'adjudication de contrat (PAC) permet aux ministères et aux organismes de publier un avis, pendant une période d'au moins quinze (15) jours civils, pour informer la collectivité des fournisseurs de leur intention de passer un marché pour un bien, un service

ou des travaux de construction à un fournisseur sélectionné d'avance. Si, pendant la période d'affichage, aucun fournisseur ne présente un Énoncé de capacités répondant aux exigences précisées dans le PAC, les exigences de la politique du gouvernement en matière de régime concurrentiel auront été respectées. Un fournisseur sélectionné d'avance est un fournisseur inscrit sur la liste des fournisseurs et qui peut répondre à des exigences techniques précises prévues par le contrat.

⁵⁰ *Guide des approvisionnement*, précité, note 41, para. 4.003.

⁵¹ *Avis sur la politique des marchés 1997-6* (Secrétariat du Conseil du Trésor); voir aussi *Avis sur la politique des marchés 1997-6*, Stratégie d'approvisionnement auprès des entreprises autochtones : lignes directrices pour les acheteurs et les fonctionnaires du gouvernement, août 1997, points 2.6. et 2.7.

⁵² Communication avec M. Robert Cadieux, agent supérieur-achats/marchés de services, Patrimoine canadien, Gestion du matériel et marchés de services, 28 octobre 2002.

⁵³ Rapports sur les rendements de la SAEA de 2000 (AINC, 2002c).

⁵⁴ Voir SCT (1994) et entrevue téléphonique avec la Direction de la politique sur les acquisitions et la gestion du projets des Conseil du Trésor, 7 novembre 2002.

⁵⁵ Voir AINC (2002b).

⁵⁶ *Accord sur les marchés publics*, annexe 4 b) de l'Acte final de l'Uruguay Round, 15 avril 1994 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996).

⁵⁷ 37 pays sont présentement parties à l'AMP : le Canada, la Communauté européenne, la Corée du Sud, les États-Unis, Hong Kong, la Chine, l'Islande, l'Israël, le Japon, le Liechtenstein, la Norvège, les Pays-Bas pour le compte d'Aruba, Singapour et la Suisse. Liste disponible en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁵⁸ Voir les annexes I, II et III qui lorsque complétées par les États qui adhèrent à l'AMP font partie de ce dernier. Ces annexes prévoient pour chaque État l'énumération des entités du gouvernement central et des autres entités sous-centrales qui seront liées par l'Accord. Au Canada, l'AMP ne lie que des entités du gouvernement central à ce jour.

⁵⁹ *Accord sur les marchés publics*, 12 avril 1979, 1981 R.T. Can 39 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1981) [ci-après : Code de Tokyo].

⁶⁰ Le Code de Tokyo a surtout eu une influence symbolique, ne concernant au total que 10 p. 100 des achats gouvernementaux, selon une estimation faite par Stewart. Au Canada, la valeur des marchés publics concernés était de 648 millions de dollars en 1988, soit 8,6 p. 100 de la valeur totale des marchés publics et moins de 1 p. 100 du total de biens et services achetés par les divers niveaux gouvernementaux pour cette année (Reich, 1991).

⁶¹ Stuhec et Lemieux signalent que moins de 5 p. 100 des plaintes proviennent des fournisseurs étrangers (Lemieux et al., 1999).

⁶² Pour une comparaison complète entre les deux accords, voir Blank et al. (1997).

⁶³ Voir les tableaux 2 et 3 de l'annexe V. Ils font état, de manière comparative bien que non exhaustive, des différents seuils financiers établis en fonction des marchés publics soumis aux différents accords de commerce.

⁶⁴ Voir AMP, art. XXIII (1) et (2) et ALÉNA, art. 1018 (1) et (2).

⁶⁵ Pour une analyse détaillée, Corr et al. (1999).

⁶⁶ Rencontre avec le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, 9 avril 2003.

⁶⁷ Concernant le *Small Business Act*, voir notamment CEPAL (2002).

⁶⁸ Par exemple, le Canada n'a pas encore présenté de listes d'entités provinciales ou municipales qui seraient liées par les règles de l'AMP ou de l'ALÉNA et ne le fera pas tant que les États-Unis n'auront pas ouvert davantage leurs propres marchés. Rencontre, note 66.

⁶⁹ De même que l'article 1009 (2)(b) de l'ALÉNA.

⁷⁰ Tout comme l'article 1015(4)(c) de l'ALÉNA.

⁷¹ Accord sur le commerce intérieur, 3 mai 1997, G.O.Q. 1997. I. 413.

⁷² Certaines sont soumises à la LÉE alors que d'autres ne sont soumises qu'aux exigences du PCF.

⁷³ Directive du Conseil 71/305/EEC du 26 juillet 1971 en matière de coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et Directive du Conseil 77/62/EEC du 21 décembre 1976 coordonnant la procédure de passation de marchés publics en matière de fournitures publiques, auxquelles a succédé une nouvelle vague de Directives dans les années 1990 : les Directives européennes en matière de marchés publics de services (92/50/CEE du 18 juin 1992), de fournitures et de travaux (93/36/CEE et 93/37/CEE du 14 juin 1993) modifiées par la Directive 97/52/CE du 13 octobre 1997.

⁷⁴ Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Amsterdam), *Journal officiel* n° C 340 du 10/11/1997 p. 0306.

⁷⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *Journal officiel* n° L 039 du 14/02/1976, p. 0040 - 0042.

⁷⁶ Cet article a été interprété strictement par la décision Kalanke (Cas C-450/93, Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen [1995] E.C.R. I-3051.) de la Cour de Justice européenne (CJE), puis révisée plus soupagement dans les décisions Marschall (Cas C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] E.C.R. I-6363) et Badeck (Cas C-158/97 Badeck et al. v. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000], E.C.R. I-01875).

⁷⁷ Mesures de compensation (offsets). Voir *AMP*, art. XVI (1) et *ALÉNA*, art. 1006. Cas C-360/89, *Commission des Communautés européennes contre République italienne* [1992] E.C.R. I-3401 [cité *Commission c. Italie*] et Cas C-243/89 *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Danemark* [1993] E.C.R. I-03353.

⁷⁸ *Commission c. Italie*. Voir aussi McCrudden (1999).

⁷⁹ Voir par exemple : Cas joints 27 à 29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) a. O. v. Société coopérative « Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes »* [1987] E.C.R. 3347.

⁸⁰ Cas 31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. État des Pays-Bas* [1988] E.C.R. 04635.

⁸¹ McCrudden (1998) cite un recours intenté par la Commission européenne contre le Land de Westphalie du Nord pour la mise en oeuvre de mesures d'égalité de traitement dans ses contrats de marchés publics. L'affaire ne se serait pas réglée devant les tribunaux.

⁸² Tout comme l'article 1003(2)(a) de l'ALÉNA.

⁸³ Voir note 63. Voir aussi : « [l]a plupart [des États] ont exclu de leur liste une panoplie de secteurs de services. [...] ». La signification empirique de ces exclusions n'est pas claire. Finalement, il existe tout un champ de non-application et de provisions de réciprocité contenue dans les Annexes où apparaissent les services couverts. Les exceptions générales les plus communes ont cette forme : « un service inscrit dans l'Annexe 4 est couvert en regard d'une Partie particulière uniquement dans la mesure où une telle Partie a aussi inclus ce service dans l'Annexe 4 » (Low et al., 1996) [*traduction*].

⁸⁴ Voir notes 27 et 40.

⁸⁵ *AMP*, Appendice I, Notes générales du Canada, art. i d); *ALÉNA*, Annexe 1001.2b, liste du Canada, art. 1 d).

⁸⁶ Renseignements au site de la SAEA, http://www.a-inc-inac.gc.ca/saea-psab/index_f.html, consulté le 1^{er} juin 2004.

⁸⁷ *Accord général sur le commerce des services*, annexe 1B de l'*Acte final de l'Uruguay Round*, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 46, [ci-après : AGCS].

⁸⁸ Par exemple, le gouvernement canadien ne cesse de rappeler que les secteurs de la santé et de l'éducation sont exclus de l'AGCS. Il faut comprendre que cela signifie que les règles de libéralisation du secteur des services ne sauraient modifier l'accès (économique, par exemple) à ces services. Cela importe aux Canadiennes, qui sont nombreuses à être dans une situation économiquement vulnérable. Toutefois, l'exclusion de certains secteurs de services de l'AGCS signifie aussi que pour ces secteurs exclus, le gouvernement canadien est exempté de certaines autres obligations relatives à l'absence d'effets discriminatoires de ses politiques intérieures envers les entreprises étrangères. Nous estimons que les normes et politiques relatives à l'équité en emploi appartiennent à ce groupe de politiques. Le découpage entre les services visés par les engagements canadiens au chapitre de l'AGCS et les services exclus pourrait donc revêtir des conséquences à cet égard.

⁸⁹ Aux fins de cette sous-section, aucune référence n'est faite au chapitre 12 de l'ALÉNA portant sur le commerce des services. Les distinctions utiles entre l'AGCS et l'ALÉNA concernent le statut d'investisseur et la définition de l'investissement sont analysées à la sous-section suivante.

⁹⁰ L'article 1 :3 (b) prévoit l'exclusion de l'Accord de tous les secteurs fournis exclusivement dans l'exercice du pouvoir gouvernemental sur une base autre que commerciale. Cette exclusion, loin d'être limpide, a été examinée par Krajewski (2001).

⁹¹ Stewart (1999). Voir aussi *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport de l'Organe d'appel, 9 septembre 1997, (WT/DS27/AB/R), §220. Pour un bon résumé de la « guerre de la banane », voir Bhala (2000).

⁹² Alinéas c) et d). Nos italiques.

⁹³ AGCS, art. XXVIII (g).

⁹⁴ Id.

⁹⁵ AGCS, art. XXVIII (j).

⁹⁶ Voir OMC (2004a).

⁹⁷ Voir OMC (2004b).

⁹⁸ Voir Industrie Canada, 2003, aussi cité « Offre conditionnelle ».

⁹⁹ Voir Offre conditionnelle, p. 3.

¹⁰⁰ Voir Offre conditionnelle, p. 28.

¹⁰¹ Voir Offre conditionnelle, p. 132.

¹⁰² Cette similarité doit être analysée au cas par cas. On peut retirer de certaines décisions des organes chargés de régler les différends, dans le cas du GATT/OMC, des critères d'analyse tels l'utilisation finale faite par les consommateurs, la propriété, la nature et la qualité d'un produit ou d'un service.

¹⁰³ Voir par exemple, *États-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930*, Rapport du Groupe spécial, 7 novembre 1989 (L/6439 – 36S/386), §5.11 et *Communautés européennes – régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, par. 233.

¹⁰⁴ L'idée que l'obligation d'accorder un « traitement non moins favorable », prévue à l'article III : 4 [du GATT], est l'obligation pour les pouvoirs publics d'assurer l'égalité effective des possibilités de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés, et avec le principe selon lequel il n'est pas nécessaire de montrer les effets sur le commerce pour établir l'existence d'un manquement à cette obligation. *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, Rapport du Groupe spécial, 11 février 2000, (WT/DS139/R) (WT/DS142/R), §10.84.

¹⁰⁵ Voir note 20 et suiv.

¹⁰⁶ Ces rapports peuvent maintenant être obtenus en communiquant avec la CCDP.

¹⁰⁷ Rencontre avec le MAECI, le 9 avril 2003.

¹⁰⁸ Depuis la parution du rapport Abella en 1984, le gouvernement du Canada a toujours évité la dimension coercitive ou la judiciarisation du modèle de l'équité en emploi. En vertu de ce choix, on a constaté lors des modifications apportées à la Loi en 1996 que les progrès étaient mineurs. Les moyens timides octroyés à la CCDP en vue d'accélérer ces progrès peuvent encore aujourd'hui correspondre aux préoccupations de certains intervenants (les entreprises en particulier). Ceci toutefois ne tient pas compte des exigences de transparence imposées par les accords de commerce, dont l'AGCS.

¹⁰⁹ Voir note 26.

¹¹⁰ Voir la Note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 (Commerce International Canada, 2001).

¹¹¹ Voir entre autres : « NAFTA Chapter 11 Conference », organisé par le Centre for Trade Policy and Law, Carleton University, 18 janvier 2002, en collaboration avec le MAECI, les textes sont disponibles en ligne à : <http://www.carleton.ca/ctpl/conferences.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹² L'article 1101 (3) de l'ALÉNA stipule que « [l]e présent chapitre ne s'applique pas aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie dans la mesure où celles-ci sont couvertes par le chapitre 14 (services financiers) ». Le chapitre 14, toutefois, n'exclut pas la totalité de l'application du chapitre 11.

¹¹³ Article 1114 (1) de l'ALÉNA.

¹¹⁴ Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement et Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, 13 septembre 1993, reproduits en anglais dans *NAFTA Text – Including Supplemental Agreements*, CCH, 1994, p. 747-773 et p.775-801.

¹¹⁵ L'article 201 de l'ALÉNA prévoit qu'une mesure s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique.

¹¹⁶ *Pope & Talbot c. le gouvernement du Canada, Award on the Merits* (2001), en ligne au ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/pope_archive-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹¹⁷ Voir article 1106 (6) de l'ALÉNA.

¹¹⁸ Voir note 110.

¹¹⁹ Sauf pour une raison d'intérêt public et ce sur une base non discriminatoire et en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1), le tout moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

¹²⁰ ALÉNA, art. 1110 (1).

¹²¹ *Metalclad v. United States of Mexico, Final Award* (Cas CIRDI No ARB(AF)/97/1), (2000) par. 103.

¹²² *Pope & Talbot contre le Canada, interim award* (2000), précité, note 116.

¹²³ *S.D. Myers c. le Gouvernement du Canada (décision partielle)* (2000), en ligne : ministère des Affaires étrangères et du Commerce international : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersvcanadapartialaward_final_13-11-00.pdf, (arbitres : B.P. Schwartz, E.C. Chiasson, J.M. Hunter), consulté le 1^{er} juin 2004.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ *Loi sur l'équité en matière d'emploi*, L.C. 1995, c. 44.

¹²⁶ Voir note 114.

¹²⁷ GATT, article XX(a).

¹²⁸ AGCS, article XIV(a).

¹²⁹ AMP, article XXIII(2).

¹³⁰ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [ADPIC], annexe 1C de l'Acte final, 15 avril 1994, 33 I.L.M. 1197, art. 27 (2).

¹³¹ Voir à titre d'exemple, l'article XXIII de l'AMP.

¹³² Faut-il rappeler que c'est au nom de cette étanchéité qui lui fut rappelé à Singapour en 1996 que l'OIT a jugé nécessaire d'adopter en 1998 la « Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail », juin 1998, adoptée à la 86^e session, en ligne : <http://www.ilo.org/public/french/standards/realm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹³³ La reconnaissance de ces principes repose sur les articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969; 115 R.T.N.U. 331; 8 I.L.M. 679 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980). Voir Romain (1995).

¹³⁴ Définition reprise par Ghestin, *Traité de Droit Civil*, t. 2, spéc. P. 85, n° 93 et réf. 41, cité dans J.-F. Romain, *ibid*, p. 29.

¹³⁵ Kleven (2002), 69, note 1 : “Under U.S. law the term ‘general welfare,’ which is used in the UDHR, has a very broad meaning that might allow the freedom to leave to be restricted for a wide variety of reasons pursuant to a rational basis test according it no special protection. Perhaps for this reason a general welfare exception was expressly rejected in drafting the ICCPR, the operative law, in favor of the ‘public order/ordre public’ terminology, which has somewhat narrower overtones in English (akin perhaps to prevention of disorder) than in French where it invokes not only the welfare of the public but also the protection of individual human rights that ‘cannot be lightly sacrificed even for the good of the majority or the common good of all.’”

¹³⁶ Voir par exemple Tetley (1994) : l'auteur utilise la double expression « public policy/order » pour parler de l'exception d'ordre public.

¹³⁷ L'ouvrage de Goldstein (1992) est le plus complet.

¹³⁸ GATT, article XX.

¹³⁹ *Sami Hainonen*, affaire 394/97, 15 juin 1999, att. 43.

¹⁴⁰ Compétences de la Cour européenne des droits de l'Homme, art. 32 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*.

¹⁴¹ Cour EDH, *Loizidou/Turquie*, 23 mars 1995, série A, n° 310, § 93; voir également le paragraphe 75 de l'arrêt en question, où la Cour a qualifié la Convention « d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». Voir aussi Sudre (1995).

¹⁴² *Soering*, 7 juillet 1989, A.161 G A N° 33.

¹⁴³ Expression utilisée par Lalive (1986).

¹⁴⁴ Goldman (1979), cité par Racine (1999).

¹⁴⁵ Dollinger, 2000; Oppetit, 1998. Voir l'Avant-projet de convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, approuvé par le Comité d'étude d'UNIDROIT à sa troisième session, le 26 janvier 1990.

¹⁴⁶ Ibid, p. 309. Voir aussi Racine (1999). Racine ajoute aux actes immoraux le boycottage pour raison raciale, donnant en exemple le boycottage des pays arabes contre l'Israël.

¹⁴⁷ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail, note 132.

¹⁴⁸ Conférence internationale du travail, Rapport IB, Conférence internationale du travail, 91^e session, juin 2003, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droit fondamentaux au travail, L'heure de l'égalité au travail, en ligne : <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/french/standards/relm/ilc/ilc92/reports.htm>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁴⁹ Nous y revenons dans la dernière partie de l'étude.

¹⁵⁰ Voir Tornqvist et al. (1999, 2002). L'approche de la Banque mondiale consiste à identifier à l'intérieur de sa structure les éléments essentiels à l'implantation d'une stratégie globale d'ACS : responsabilité de ses cadres supérieurs, personnel formé en matière d'ACS, budget alloué spécifiquement à cette implantation et une plus grande collaboration avec la société civile et les pays « donateurs ».

¹⁵¹ En français « autonomisation » selon *Le grand dictionnaire terminologique*, en ligne : http://w3.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁵² Niveau 1 : Bien-être matériel : Mesures permettant d'améliorer le bien-être matériel des femmes; Niveau 2 : Accès : Mesures permettant aux femmes l'accès à la ressource afin qu'elles puissent veiller elles-mêmes à leur bien-être; Niveau 3 : Conscientisation : Mesures sensibilisant les femmes quant aux croyances erronées acquises socialement et qui les infériorisent. Cette mesure n'est pas facilement quantifiable, mais vise à déterminer si les femmes se considèrent égales aux hommes; Niveau 4 : Mobilisation : Réalisation d'actions communes par des femmes qui se sont mobilisées afin d'améliorer leurs conditions de vie; Niveau 5 : Contrôle : Participation des femmes au processus décisionnel. Les femmes sont ainsi en mesure d'avoir un véritable accès aux ressources, ce qui leur permet d'améliorer leur bien-être.

¹⁵³ Voir WIDE (2004).

¹⁵⁴ Voir UNCCD (2004).

¹⁵⁵ Voir APEC (2004a).

¹⁵⁶ Voir APEC Second Ministerial Meeting on Women à : http://www.apec.org/apec/ministerial_statements/sectoral_ministerial/women/2002_women.html, consulté le 1^{er} juin 2004, et plus particulièrement le para. 23 de la Déclaration.

¹⁵⁷ Voir APEC (2004).

¹⁵⁸ Voir SIA (2004).

¹⁵⁹ Rencontre avec le MAECI, 9 avril 2003.

¹⁶⁰ Pour un travail de déblayage, voir Institut Nord Sud (2001). Voir aussi, pour une proposition théorique pouvant servir de repère, Blacklock (2000).

¹⁶¹ La liste des membres provenant de l'industrie n'est pas disponible. Voir Équipe Canada inc (2004).

¹⁶² Voir par exemple Équipe Canada inc (2004).

¹⁶³ Voir plus particulièrement la recommandation n^o 35.

¹⁶⁴ Voir http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/wto_opinion-fr.asp, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁶⁵ Voir *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* (OIT, 1998).

¹⁶⁶ Voir *Groupe de travail du Premier ministre sur les femmes entrepreneures* : le Groupe de travail donnera des avis au gouvernement fédéral sur des questions générales concernant les créations d'entreprises chez les femmes. À cette fin, le Groupe va proposer des initiatives précises que le gouvernement devrait envisager. Citons, par exemple, des initiatives visant le commerce et la recherche. En ligne à : <http://www.liberal.parl.gc.ca/entrepreneur/about.asp?lang=fr>, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁶⁷ Voir *Offre initiale du Canada*, note 98.

¹⁶⁸ Voir *Evaluation of the Employment Equity Program - Final Audit*, note 17.

¹⁶⁹ Communication téléphonique avec M. Sébastien Sigouin de la CCDP, 24 avril 2003.

¹⁷⁰ Voir note 110.

¹⁷¹ Voir note 71.

¹⁷² Le Mécanisme d'examen des politiques commerciales (MEPC) de l'OMC a pour objet

de contribuer à ce que tous les Membres respectent davantage les règles, disciplines et engagements définis dans les accords commerciaux multilatéraux et, le cas échéant, dans les accords commerciaux plurilatéraux, et donc à faciliter le fonctionnement du système commercial multilatéral, en permettant une transparence accrue et une meilleure compréhension des politiques et pratiques commerciales des Membres. Il n'est toutefois pas destiné à servir de base pour assurer le respect d'obligations spécifiques découlant des accords. Le MEPC est institué pour effectuer les examens des politiques commerciales et les politiques et pratiques commerciales de tous les Membres seront soumises à un examen périodique.

¹⁷³ Conformément aux objectifs de l'AGCS tels qu'ils sont énoncés dans le préambule et l'article IV, et comme le prescrit l'article XIX, les négociations sont menées sur la base d'une libéralisation progressive [...] et en reconnaissant le droit des Membres de réglementer la fourniture de services et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard. Voir *Lignes directrices et procédures pour les négociations sur le commerce des services adoptées le 28 mars 2001 par le Conseil du commerce des services de l'OMC réuni en session extraordinaire*; en ligne : http://www.wto.org/french/news_f/pres01_f/pr217_f.htm, consulté le 1^{er} juin 2004.

¹⁷⁴ Voir note 36.

¹⁷⁵ Voir note 111.

¹⁷⁶ Voir *Examen de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, Réponse du gouvernement du Canada au 9^e Rapport du Comité permanent du développement des ressources humaines et de la condition des personnes handicapées*, note 40.

¹⁷⁷ Voir l'annexe II.

¹⁷⁸ Voir note 17.

¹⁷⁹ Voir note 111.

¹⁸⁰ Ces seuils sont en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004.

¹⁸¹ Sont également exclus de l'application de l'ALÉNA et/ou de l'AMP-OMC les marchés portant sur les biens et les services suivants : (a) la construction et la réparation de navires; (b) les éléments, le matériel, le fer, l'acier et l'équipement liés au transport terrestre et au transport ferroviaire en zone urbaine; (c) les services de transport qui font partie, intégralement ou accessoirement, d'un marché d'approvisionnement; (d) le matériel de communications et de détection et l'équipement de radiation cohérent compris dans la catégorie 58 de la Classification fédérale des approvisionnements (CFA); (e) les achats de pétrole répondant à des impératifs de réserve stratégique; (f) les achats effectués pour permettre de protéger les matériaux nucléaires; (g) les travaux de dragage.

Projets financés en vertu du Fonds de recherche en matière de politiques de Condition féminine Canada appel de propositions Les accords commerciaux et les femmes *

Sauvegarder les mesures d'équité en emploi à l'heure des accords de commerce

Lucie Lamarche, en collaboration avec Rémi Bachand, Aurélie Arnaud et Rachel Chagnon

Accords commerciaux, soins à domicile et santé des femmes

Olena Hankivsky et Marina Morrow avec Pat Armstrong, Lindsey Galvin et Holly Grinvalds

Intégration des considérations liées à l'égalité entre les sexes dans la politique commerciale du Canada : Une étude de cas de la mobilité de la main d'œuvre dans les accords commerciaux

Chantal Blouin, Heather Gibb, Maire McAdams et Ann Weston
L'Institut Nord-Sud

Les accords commerciaux, le secteur des soins de santé et la santé des femmes

Teresa Cyrus et Lori Curtis

Les femmes handicapées et la libéralisation du commerce

Deborah Stienstra, Colleen Watters, Hugh Grant, Hui-Mei Huang et Lindsey Troschuk

La prise en compte des particularités propres à chacun des sexes au sein de l'Organisation mondiale du commerce : un modèle canadien de promotion et d'analyse

Dana Peebles

Du commerce des fourrures au libre-échange : la foresterie et les femmes des Premières nations au Canada

Connie Deiter et Darlene Rude

* Certains de ces documents sont encore en voie d'élaboration; leurs titres ne sont donc pas nécessairement définitifs