

L'obligation de prévenir l'exploitation au travail dans la perspective du droit suisse des migrations

Accent sur les travailleurs migrants de l'économie domestique

ANNE-LAURENCE GRAF*

MOTS CLÉS	étrangers – exploitation – travail – domestique – migration
RÉSUMÉ	L'auteur s'interroge sur le rôle du droit suisse migratoire dans le cadre de l'obligation en droit international de prévenir l'exploitation au travail. Il examine en particulier la situation juridique des migrants qui travaillent dans l'économie domestique. L'article conclut que le droit suisse migratoire se situe, actuellement, dans une logique de guérison plutôt que de prévention.
ZUSAMMENFASSUNG	Der Beitrag befasst sich mit der Rolle des schweizerischen Migrationsrechts in Bezug auf völkerrechtliche Verpflichtungen zur Prävention der Ausbeutung von Arbeitskräften. Er legt ein besonderes Augenmerk auf die rechtliche Situation von ausländischen Haushaltshilfen. Der Artikel kommt zum Schluss, dass die aktuelle Gesetzgebung der Schweiz im Bereich Migrationsrecht stärker auf Wiedergutmachung als auf Prävention setzt.
ABSTRACT	This article examines the Swiss migration law in the light of the obligation under international law to prevent labour exploitation. It focuses on the legal situation of the migrant domestic workers. The article reaches the conclusion that Swiss migration law's current paradigm is reparation rather than prevention.

I. Introduction

Le moteur du capitalisme, selon KARL MARX, est l'enrichissement par *l'exploitation du travail d'autrui*.¹ Le travailleur crée, grâce à sa « force de travail », une « plus-value » de la marchandise, que s'approprié le détenteur du capital contre le paiement d'un salaire. A cet égard, l'auteur du Capital distingue « le mode de production capitaliste [...] du mode de production fondé sur l'esclavage en ceci, notamment, que la valeur (ou le prix) de la force de travail s'y présente comme valeur (prix) du travail lui-même, comme salaire ».² Ainsi, la différence entre le capitalisme et l'esclavagisme consiste principalement, selon MARX, dans le paiement d'un salaire qui correspond au travail fourni.

Deux cents ans après la naissance de MARX, seuls de virulents critiques du capitalisme parlent encore d'explo-

tation de l'homme par l'homme au travail. En revanche, l'exploitation au travail, au sens d'*un travail effectué contre la liberté de l'individu qui n'est alors considéré que comme un objet*, n'a, elle, pas disparu. Selon un rapport publié le 19 septembre 2017 par l'ONG australienne *Walk Free Foundation* et l'Organisation internationale du travail (OIT), en collaboration avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM), plus de 40 millions de personnes dans le monde étaient victimes en 2016 d'« esclavage moderne ».³ La Suisse n'est pas épargnée. En mars 2016, une étude empirique a confirmé que l'exploitation au travail existait en Suisse, principalement dans les secteurs d'activité de la gastronomie, l'agriculture, la construction, l'économie domestique et de la mendicité (le secteur érotique avait été exclu de l'étude, s'agissant d'exploitation sexuelle plutôt que du travail).⁴

* ANNE-LAURENCE GRAF, Dr. iur., collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains, domaine migration, Université de Neuchâtel.

¹ KARL MARX, *Le Capital*, Livre III, Editions sociales, Paris 1976, 413.

² MARX (n. 1), 48.

³ « Esclavage moderne » se réfère, dans ce rapport, au travail et au mariage forcés, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf (visité le 31.7.2018).

⁴ JOHANNA PROBST/DENISE EFIONAYI-MÄDER, *Exploitation du travail dans le contexte de la traite des êtres humains, état des lieux en Suisse*, mars 2016, disponible à : <https://www.ksmm.admin.ch/dam/data/fedpol/aktuell/news/2016/2016-04-06/>

La Suisse s'est engagée, par divers traités internationaux, à lutter contre l'exploitation au travail sur son territoire. Or, un aspect fondamental de cette lutte consiste en la *prévention* de l'exploitation, c'est-à-dire *avant* que celle-ci ne survienne ou ne se répète. Outre les aspects opérationnels visant à prévenir la réalisation d'un danger immédiat à l'égard d'une personne, la prévention implique la mise en place d'un système législatif et réglementaire qui empêche de manière effective, selon une obligation de moyens, l'exploitation au travail. Le système migratoire d'un pays, c'est-à-dire les conditions d'entrée, de séjour et d'accès à l'exercice d'une activité lucrative pour un étranger dans un pays, joue un rôle à cet égard en raison de la vulnérabilité des migrants à l'exploitation au travail.⁵ De fait, l'immense majorité des personnes exploitées au travail en Suisse sont des travailleurs migrants.⁶ La question qui se pose est donc la suivante : le droit suisse des migrations est-il conçu comme un système efficace de *prévention* de l'exploitation au travail des migrants en Suisse ?

Après avoir défini ce que l'on entend par « exploitation au travail » et expliqué le contenu de l'obligation de droit international consistant, dans le cadre du droit migratoire, à prévenir l'exploitation au travail (II), nous passerons au vif du sujet en analysant certains aspects du droit suisse migratoire à l'aune de cette obligation (III). Nous nous concentrerons en particulier sur les travailleurs de l'économie domestique. Nous évoquerons, également, le changement de paradigme par rapport au rôle du droit migratoire que constituerait l'abrogation de l'article 30, al. 1, let. d, de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr, à partir du 1er janvier 2019 « loi sur les étrangers et l'intégration », LEI)⁷ sur lequel se basait le statut d'artiste de cabaret. Nous formulerons, enfin, quelques remarques conclusives et prospectives quant au rôle joué par le droit suisse des migrations en matière de prévention de l'exploitation au travail, notamment dans le secteur domestique (IV).

II. Exploitation au travail : définition et obligation de prévention

A. Définition

L'« exploitation au travail » n'est pas définie juridiquement au niveau international ou en droit suisse. Selon les points de vue ou le contexte, l'expression désigne des conditions de travail très défavorables au travailleur⁸, le travail forcé⁹, la servitude¹⁰, l'esclavage¹¹ ou la traite des êtres humains (à des fins d'exploitation du travail)¹². A cet égard, il faut pré-

⁸ Au sens de contraires aux conditions de travail « justes et favorables » de l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1).

⁹ La Convention n° 29 de l'OIT concernant le travail forcé ou obligatoire de 1930 (RS 0.822.713.9), définit à son art. 2, al. 1, le « travail forcé ou obligatoire » comme étant « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré » ; cette définition a été reprise par la CEDH *Van der Musselle c. Belgique* (23 novembre 1983), série A n° 70, § 32.

¹⁰ La Cour européenne des droits de l'homme définit la servitude comme une « forme de négation de la liberté, particulièrement grave » qui englobe « en plus de l'obligation de fournir à autrui certains services, [...] l'obligation pour le 'serf' de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition », CEDH *Siliadin c. France* (26 juillet 2005), 73316/01, § 123. Dans l'arrêt CEDH *C.N. et V. c. France* (11 octobre 2012), 67724/09, § 91, la Cour a considéré que l'élément fondamental qui distingue la servitude du travail forcé ou obligatoire consiste dans « le sentiment des victimes que leur condition est immuable et que la situation n'est pas susceptible d'évoluer ».

¹¹ La Convention relative à l'esclavage de 1926 (RS 0.311.37) définit l'esclavage comme : « l'état ou [la] condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ».

¹² La traite des êtres humains est définie à l'art. 3, let. a, du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, de 2000 (Protocole de Palerme, RS 0.311.542) et, de manière identique, à l'art. 4, let. a, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains de 2005 (RS 0.311.543), comme « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes [l'action de traite], par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre [le moyen de la traite] aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes [le but de la traite] ». En droit suisse, la notion d'« exploitation du travail » de l'article 182 CP a un

ber-sfm-menschenhandel-f.pdf (visité le 31.7.2018).

⁵ Préambule, al. 4, Convention n° 189 de l'OIT concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9) ; Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA), Septième Rapport Général sur les activités du GRETA couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 2017, <https://rm.coe.int/greta-2018-1-7gr-fr/16807af481> (visité le 31.7.2018), § 112 ; Préambule, al. 10, Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé de 1930 (entré en vigueur à l'égard de la Suisse le 28 septembre 2018).

⁶ PROBST/EFIONAYI-MÄDER (n. 4), 14.

⁷ RS 142.20.

ciser que l'un des trois éléments de la définition juridique internationale de la traite des êtres humains (« le but de la traite ») se réfère au travail et aux services forcés, à l'esclavage ainsi qu'aux pratiques analogues aux pratiques de l'esclavage. Précisons encore que la distinction entre, d'un côté, le travail forcé, la servitude et l'esclavage, et de l'autre côté, la traite des êtres humains, est controversée¹³ : certains arguent du fait que tout travail forcé constitue de la traite des êtres humains, tandis que d'autres¹⁴ distinguent clairement la traite comme étant un processus du travail forcé comme résultat, ou non, de ce processus. Il faut en tout cas retenir qu'il s'agit de concepts qui partagent de nombreux points communs.

Dans le contexte de cet article, nous retenons comme critère principal de la définition de l'« exploitation au travail », en référence au concept de traite des êtres humains, le fait de traiter la victime comme un *objet*¹⁵, plutôt que comme un *sujet* (de droits). Cet élément permet de faire la distinction entre de « simples » mauvaises conditions de travail en termes de rémunération, de temps de travail et de repos, et des conditions d'exploitation. En effet, dès lors que la part d'humanité de l'individu est niée, les mauvaises conditions de travail sont souvent accompagnées de mauvais traitements, qui peuvent consister en des violences physiques (parfois aussi sexuelles) ou en un refus de soins médicaux en cas de blessure ou de maladie, des conditions de vie et de logement indignes.¹⁶ Par ailleurs, l'individu n'étant pas considéré comme une personne, il

n'est pas considéré comme ayant un libre-arbitre.¹⁷ Ainsi, la situation d'exploitation est *imposée* à l'individu, soit dès le début de la relation ou à n'importe quel moment de la relation, au moyen de la violence, de menaces, de fausses promesses (au début de la relation) sur les conditions ou la nature du travail ou d'abus de la vulnérabilité de la personne. Un exemple classique d'abus de vulnérabilité est d'exploiter la peur d'un migrant en situation irrégulière sur le territoire d'être expulsé, en menaçant de le dénoncer à la police ou aux autorités de migration, s'il quitte son travail ou ne le fait pas correctement.¹⁸ C'était par exemple le cas d'« Ana » : « *When she objected to her working conditions, the employers told her that she would be imprisoned because of her undocumented status if she left them* »¹⁹. Sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme a noté, dans l'arrêt *Chowdury c. Grèce*, la « situation de vulnérabilité » des requérants « en tant que migrants en situation irrégulière n'ayant pas de ressources et courant le risque d'être arrêtés, détenus et expulsés ».²⁰ Or, dès lors que la volonté de la personne est passée outre, son consentement au travail n'est pas considéré comme

champ d'application plus large que le travail forcé, la servitude et l'esclavage, BSK StGB II- DELNON/RÜDY, Art. 182 n. 6.

¹³ ROGER PLANT, *Forced Labour, Slavery and Human Trafficking: When do definitions matter?*, *Anti-Trafficking Review* 2015/5, 153 et seqq., 153.

¹⁴ MARJA PAAVILAINEN, *Towards a Cohesive and Contextualised Response: When is it necessary to distinguish between forced labour, trafficking in persons and slavery?*, *Anti-Trafficking Review* 2015/5, 158 et seqq., 158 (qui estime cependant que la distinction entre ces concepts n'est pas pertinente quand il s'agit de la prévention des phénomènes et de la protection des travailleurs).

¹⁵ Message du Conseil fédéral portant approbation du Protocole facultatif du 25 mai 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la traite d'êtres humains du 11 mars 2005, FF 2005 2639 et seqq., 2665 ; la personne étant traitée comme une « marchandise vivante », arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2017 du 29 mars 2018, c. 4.3.1 ; DELNON/RÜDY (n. 12), 6.

¹⁶ Dans ce sens, Message du Conseil fédéral du 11 mars 2005 (n. 15), FF 2005 2667, rappelé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2017 (n. 15), c. 4.3.1.

¹⁷ Le bien juridique protégé, par l'infraction de traite des êtres humains en droit pénal suisse, est l'autodétermination de la personne (l'article 182 est placé dans le titre des crimes et des délits contre la liberté) ; DELNON/RÜDY (n. 12), 8. Cet élément subjectif, difficile à prouver, est utilisé en pratique pour distinguer une situation défavorable au travailleur mais « acceptée » par lui (dans le sens où il demeure « libre » de sortir à tout moment de la relation de travail) d'une situation caractéristique de traite, ce qui génère une importante zone grise (DELNON/RÜDY (n. 12), 10). Un exemple récent d'un cas controversé à cet égard est illustré par l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2017 (n. 15), c. 4.3.3, qui estime contrairement à la cour cantonale, que de profiter de la précarité d'une personne dépourvue d'autorisations de séjour et de travail ne suffit pas à caractériser la traite des êtres humains, dès lors que la victime « paraît avoir eu la capacité de décider de son propre chef de se rendre à l'hôpital quand [elle] en a eu besoin, ainsi que de quitter la Suisse, notamment en se procurant un billet d'avion ».

¹⁸ *Siliadin* (n. 10), § 118 ; *C.N. et V.* (n. 10), § 92 ; Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW), Observation générale n° 2 sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille, CMW/C/GC/2, 2013, § 2.

¹⁹ MARIA TERESA HERRERA VIVAR, « The Right to Always Wear a Smile ? » : *Migration Policies and the Exploitation of Domestic Workers' Labour in Germany*, in : van der Anker/van Liempt (éds.), *Human Rights and Migration, Trafficking for Forced Labour*, Basingstoke 2012, 108 et seqq., 109. Voir aussi HANNAH LEWIS/LOUISE WAITE, *Asylum, Immigration Restrictions and Exploitation: Hyper-precarity as a lens for understanding and tackling forced labour*, *Anti-Trafficking Review* 2015/5, 50 et seqq., 60.

²⁰ CEDH *Chowdury c. Grèce* (30 mars 2017), 21884/15, § 97. Sur ce point, la jurisprudence précitée du TF (n. 15 et n. 17) est critiquable.

étant libre et éclairé.²¹ Ainsi, pour revenir à la distinction entre de mauvaises conditions de travail et une situation d'exploitation, l'individu qui est considéré comme un *sujet* sera « entendu » (même s'il n'obtient pas gain de cause) par l'employeur au sujet de ses doléances concernant ses mauvaises conditions de travail, tandis que celui qui est considéré comme un *objet* sera maintenu (par la contrainte) dans la situation, sans égard pour sa personne. En d'autres termes, s'il existe un doute quant à savoir si une situation est constitutive de mauvaises conditions de travail ou d'exploitation, il faut se demander si le travailleur concerné semble, à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, être considéré comme un *sujet* de droits que l'on respecte ou comme un *objet* sans droits que l'on maltraite. Si la réponse penche vers la seconde proposition, peu importe que le travailleur « accepte » en apparence la situation. Un consentement obtenu par abus de vulnérabilité ou un autre moyen de contrainte n'a pas de validité dans le contexte des droits humains. A cet égard, ce n'est pas seulement l'individu que l'on veut protéger de lui-même, mais aussi sa part d'humanité selon la conception rousseauiste.²²

B. Obligation de prévention dans le cadre du droit migratoire

La Suisse s'est engagée au niveau international pour lutter contre toutes les formes d'exploitation au travail, qu'il s'agisse du travail forcé, de la servitude, de l'esclavage ou de la traite des êtres humains à ces fins. La *prévention* de ces différentes formes d'exploitation au travail constitue un pilier fondamental de cette lutte.²³ A cet égard, la prévention de l'exploitation au travail ne constitue pas un objectif politique, mais une véritable *obligation juridique contraignante* de mettre en place à l'intérieur du pays un système juridique permettant de prévenir efficacement l'exploitation au travail. Cette obligation de prévention est renforcée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'obligations positives

découlant de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme.²⁴

Une grande partie de l'attention des organes de surveillance des traités pertinents s'est concentrée sur la réglementation pénale des Etats parties, en particulier sur l'incrimination des infractions visées permettant la poursuite des auteurs et une sanction adéquate de leurs agissements, notamment dans un but dissuasif.²⁵ Les critiques se sont, par ailleurs, tournées vers le droit du travail s'agissant de la réglementation souvent insuffisante dans certains secteurs à risque, notamment dans l'économie domestique. La prévention de l'exploitation au travail par le biais du droit migratoire, lequel est le reflet de la politique migratoire, est cependant également soulignée par plusieurs instances ou traités internationaux. A cet égard, la nécessité de protéger les travailleurs migrants contre des pratiques abusives ou frauduleuses, soulignée par le Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé (1930)²⁶ récemment entré en vigueur à l'égard de la Suisse, n'est pas nécessairement du (seul) ressort du droit des migrations. Le rôle préventif du droit des migrations correspond plutôt, selon les termes du même Protocole, à une « action contre les causes profondes et les facteurs qui accroissent le risque de travail forcé ou obligatoire »²⁷. Il s'agit en effet d'éviter que le droit migratoire ne crée une situation favorable à l'exploitation au travail, dans le sens où la législation en matière d'immigration aurait pour effet de placer une personne en situation de vulnérabilité susceptible d'être mise à profit par un employeur peu scrupuleux.

Ainsi, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains énonce, à titre de prévention de la traite des êtres humains, l'obligation des Etats parties de prendre « les mesures appropriées [...] afin de faire en sorte que les migrations se fassent de manière légale [...] »²⁸. Les voies de migration régulière sont, en effet, considérées par de nombreuses instances inter-

²¹ Art. 3, let. b, Protocole de Palerme (n. 12) ; art. 4, let. b, Convention du Conseil de l'Europe (n. 12).

²² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Du Contrat social ou Principes du droit politique : « Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs », Amsterdam 1762, 16.

²³ La prévention correspond en effet au premier « P » des trois « P » (Prévention, Protection et Poursuites) dans le cadre du Protocole de Palerme (n. 12) et de la Convention du Conseil de l'Europe (n. 12) ; voir aussi l'art. 1, al. 1, du Protocole de 2014 sur le travail forcé (n. 5).

²⁴ Sur la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de traite des êtres humains (art. 4 CEDH) et le renforcement (la justiciabilité) par ce biais des obligations inscrites dans la Convention du Conseil de l'Europe (n. 12), voir NULA FREI, Identifizieren, Schützen, Unterstützen: Neue Rechtsprechung des EGMR zum Opferschutz bei Menschenhandel, ASYL 2017/3, 15 et seqq. Sur l'obligation positive de prévenir la traite des êtres humains, voir CEDH *Rantsev c. Chypre et Russie* (7 janvier 2010), 25965/04, §§ 283–284.

²⁵ *Siliadin* (n. 10), §§ 146–148 ; *C.N. et V.* (n. 10), §§ 105–108.

²⁶ Art. 2, let. d, Protocole de 2014 (n. 5) (« au cours du processus de recrutement et de placement »).

²⁷ Art. 2, let. f, Protocole de 2014 (n. 5).

²⁸ Art. 5, al. 4, Convention du Conseil de l'Europe (n. 12).

nationales comme un facteur important de réduction de l'exploitation au travail des travailleurs migrants²⁹, dès lors que l'irrégularité du séjour sur le territoire ou du travail peut être utilisée, comme évoqué ci-dessus, comme un moyen de pression exercé sur une personne pour maintenir celle-ci dans une situation d'exploitation. Ainsi, le lien entre l'ouverture et le renforcement de voies de migration régulière, qui répondent aux besoins des économies des Etats de destination, et la lutte contre la traite des êtres humains (ou entre l'immigration irrégulière et les risques d'exploitation au travail) a été souligné par les Nations Unies dans le contexte de l'élaboration du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières.³⁰

Deux autres aspects concernant l'irrégularité du séjour et la traite des êtres humains ont été relevés par le Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA), chargé de veiller à la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, dans son Cinquième Rapport général. Le premier aspect concerne la possibilité, ou au contraire l'impossibilité, pour un employeur d'engager, selon la loi d'immigration concernée, un travailleur qui se trouve déjà sur le territoire en situation irrégulière. Concernant en particulier la loi d'immigration italienne qui ne prévoit pas cette possibilité, le GRETA note qu'elle a pour conséquence de ne pas laisser d'autre choix aux migrants en situation irrégulière sur le territoire italien que de travailler dans l'« économie informelle » (c'est-à-dire, qui échappe au contrôle de la législation sur le travail³¹),

souvent dans des conditions d'exploitation.³² Le second aspect relevé par le GRETA concerne la criminalisation, par la législation en matière d'immigration, de l'entrée et du séjour illégaux sur le territoire de l'Etat. Selon le GRETA, cette criminalisation est susceptible d'entraîner des conséquences négatives pour l'identification et la protection des victimes de traite des êtres humains.³³ En effet, une personne en situation irrégulière sur le territoire d'un pays aura une appréhension légitime à dénoncer une situation d'exploitation aux autorités du pays si elle est passible d'une sanction pénale (outre son expulsion) en raison de l'illégalité de son entrée et/ou de son séjour sur le territoire.³⁴ Ainsi, le GRETA recommande-t-il aux Etats, en particulier à l'Italie, d'examiner les conséquences de leur législation en matière d'immigration sur leurs obligations découlant de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.³⁵

Par ailleurs, dans l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que, dans le cadre des obligations positives découlant de l'article 4 CEDH, les Etats parties à la CEDH ont l'obligation de mettre en place un cadre législatif et réglementaire afin de protéger de manière effective les droits des victimes et des victimes potentielles de traite des êtres humains. Ceci implique en particulier : « *a State's immigration rules must address relevant concerns relating to encouragement, facilitation or tolerance of trafficking* »³⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé cette obligation des Etats parties à la CEDH dans son arrêt *Chowdury c. Grèce*³⁷, qui concernait des migrants bangladais en situation irrégulière sur le territoire grec ayant été soumis dans le secteur agricole à du travail forcé et à de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation au travail. S'agissant même des migrants en situation régulière sur le territoire d'un Etat, le fait de lier le statut migratoire d'un travailleur à la continuité des relations de travail avec un employeur crée, selon le Comité des travailleurs migrants³⁸, une vulnérabilité analogue à celle du travailleur en situation irrégulière, dans la mesure où le travailleur peut être soumis à la menace d'une expulsion en cas de recours juridique contre

²⁹ Assemblée générale des Nations Unies (AGNU), Résolution 72/149 adoptée le 19 décembre 2017, Violence à l'égard des travailleuses migrantes, préambule, al. 9 ; CMW, Observation générale n° 1 sur les travailleurs domestiques migrants, CMW/C/GC/1, 2011, § 21 et § 51 ; CMW, Observation générale n° 2 (n. 18), § 16 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), Recommandation générale n° 26 concernant les travailleuses migrantes, CEDAW/C/2009/WP.1/R, 2008, § 23, let. a.

³⁰ Voir notamment le rapport conjoint à l'AGNU par la Rapporteuse spéciale sur la vente et l'exploitation sexuelle d'enfants, y compris la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et autres contenus montrant des violences sexuelles sur enfant, MAUD DE BOER-BUQUICCHIO, et la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants, MARIA GRAZIA GIAMMARINARO, A/72/164, 18.7.2017, § 73.

³¹ Soit parce que l'activité en question n'entre pas dans le champ d'application de la loi (loi non applicable), soit parce que l'activité du travail n'est pas déclarée aux autorités (loi non appliquée). Il n'existe cependant pas de définition universellement acceptée de la notion d'« économie informelle » comme constaté par l'OIT dans sa Résolution concernant le travail décent et l'économie informelle (2002).

³² GRETA, Cinquième Rapport général sur les activités du GRETA couvrant la période du 1^{er} octobre 2014 au 31 décembre 2015, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168063093d> (visité le 31.7.2018), § 97.

³³ GRETA, Cinquième Rapport général (n. 32), § 97.

³⁴ LEWIS/WAITE (n. 19), 50–68.

³⁵ GRETA, Cinquième Rapport général (n. 32), § 97.

³⁶ *Rantsev* (n. 24), § 284.

³⁷ *Chowdury* (n. 20), § 87.

³⁸ CMW, Observation générale n° 1 (n. 29), § 21 et § 27, let. c.

l'employeur ou de cessation du travail. A cet égard, le fait de lier le statut migratoire à la continuité des relations de travail avec un employeur peut être considéré comme étant un facteur « facilitant » l'exploitation au travail. Un autre type de dépendance du travailleur migrant envers l'employeur qui peut être utilisé par ce dernier à mauvais escient, mais qui n'est pas nécessairement encouragé par le droit migratoire, consiste en le « *debt bondage* », à savoir la dette liée à la migration (le travailleur devant, au moyen de son travail, rembourser la dette à son employeur avant d'être libre, en principe, de quitter son travail).³⁹

Quand bien même les termes « *relevant concerns relating to encouragement, facilitation or tolerance of trafficking* » sont relativement vagues, ils offrent un point de départ intéressant pour notre réflexion sur le droit suisse des migrations s'agissant de l'obligation de la Suisse de prévenir l'exploitation au travail sur son territoire.

III. Analyse de certains aspects du droit suisse des migrations

Nous n'avons pas l'ambition d'analyser de manière exhaustive l'ensemble des conditions d'admission des étrangers aux fins d'exercer une activité lucrative en Suisse à la lumière de l'obligation de la Suisse de prévenir l'exploitation au travail. Notre propos est plutôt d'examiner, dans un premier temps (A), si la manière *générale* dont le droit suisse des migrations est conçu permet de prévenir efficacement l'exploitation au travail en Suisse. Dans un second temps (B), nous poserons cette même question s'agissant *en particulier* de l'admission de travailleurs étrangers dans un secteur particulièrement à risque d'exploitation : l'économie domestique.

A. Régimes généraux d'admission : LEtr (LEI) et ALCP

Le droit suisse des migrations repose sur un système binaire d'admission. D'un côté, le régime de la LEtr (LEI) régleme strictement l'admission des étrangers primo-immigrants ressortissant d'Etats non membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE), aux fins d'exercer une activité lucrative en Suisse : seules les personnes qualifiées⁴⁰ sont autorisées à prendre un travail en Suisse et elles doivent céder la priorité sur le marché suisse du travail aux ci-

toyens suisses, aux étrangers établis en Suisse, aux travailleurs déjà intégrés au marché suisse du travail, aux personnes admises provisoirement et aux ressortissants UE/AELE⁴¹, sous réserve que le contingent ne soit pas épuisé⁴² et que les conditions de travail et de salaire de la branche soient respectées⁴³. En tout état de cause, les ressortissants d'Etats non membres de l'UE/AELE primo-immigrants n'ont *pas de droit* à être admis en Suisse pour y travailler, ce qui signifie que même si les conditions requises par la LEtr (LEI) sont remplies, les autorités cantonales peuvent refuser d'octroyer à la personne une autorisation d'entrée, de séjour et de travail. D'un autre côté, l'admission des ressortissants de l'UE/AELE est uniquement régleme (dans le sens qu'il n'existe pas de conditions supplémentaires posées par la LEtr (LEI)) par les Accords sur la libre circulation des personnes, dont l'Accord avec l'UE et ses Etats membres (ALCP⁴⁴) qui répond à l'objectif de la politique suisse de rapprochement avec l'Union européenne⁴⁵. De par la raison d'être de ces Accords, les ressortissants de l'UE/AELE bénéficient d'un véritable *droit* d'être admis en Suisse pour y rechercher un travail et pour y travailler.⁴⁶ Les salariés bénéficient ainsi de la priorité sur le marché suisse du travail, sous réserve, depuis le 1er juillet 2018, d'un embargo de cinq jours à l'avantage des demandeurs d'emploi inscrits au service public de l'emploi en Suisse, sur les informations relatives aux postes vacants dans certains secteurs économiques touchés par un fort taux de chômage.⁴⁷ Par ailleurs, la seule condition posée à l'obtention d'une autorisation de séjour, pour une activité salariée d'une durée de plus de 3 mois, est de présenter un contrat de travail valable.⁴⁸ S'agissant d'une activité lu-

⁴¹ Art. 21 LEtr (LEI).

⁴² Art. 20 LEtr (LEI).

⁴³ Art. 22 LEtr (LEI).

⁴⁴ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681).

⁴⁵ CESLA AMARELLE, Les migrations économiques sans statut légal : l'environnement normatif des sans-papiers, in : Amarelle/Nguyen (éds.), Migrations et économie, l'accès des étrangers à la vie économique : les normes et leur application, Berne 2010, 125 et seqq., 127 ; ANDRÉ HOLENSTEIN/PATRICK KURY/KRISTINA SCHULZ, Schweizer Migrationsgeschichte, von der Anfängen bis zur Gegenwart, Baden 2018, 338.

⁴⁶ Art. 1, let. a, ALCP ; MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 3^e éd., Zurich 2015, 154.

⁴⁷ Ces nouvelles dispositions résultent de la mise en œuvre de l'art. 121a de la Constitution fédérale introduit par l'initiative populaire « contre l'immigration de masse », sur ces nouvelles dispositions, voir ANNE-LAURENCE GRAF/PASCAL MAHON, Article 121a de la Constitution et accès au marché du travail, Jusletter du 13 août 2018.

⁴⁸ Art. 6, al. 3, Annexe I ALCP.

³⁹ CMW, Observation générale n° 1 (n. 29), § 7 *in fine* et § 11 ; CEDAW, Recommandation générale n° 26 (n. 29), § 15.

⁴⁰ Art. 23, al. 1 et al. 2, LEtr (LEI).

crative de moins de 3 mois, aucune autorisation de séjour n'est requise (une simple annonce en ligne suffit).⁴⁹ Quant aux prestataires de services indépendants et les travailleurs détachés en Suisse par une entreprise européenne, ils ont le droit de fournir des services ou de travailler en Suisse jusqu'à 90 jours par année civile, sans qu'une autorisation de séjour ne soit requise (de nouveau, une annonce en ligne suffit).⁵⁰ Les mesures d'accompagnement à la libre circulation prévoient le respect et le contrôle des conditions de travail et de salaire minimales en Suisse pour les travailleurs détachés⁵¹, mais ne s'appliquent pas aux prestataires de service indépendants, sous réserve que leur indépendance ne soit pas fictive⁵².

Quelles conclusions peut-on déjà tirer de la conceptualisation générale du droit suisse des migrations par rapport à l'obligation positive de prévenir l'exploitation au travail en général ? Premièrement, les conditions générales d'admission en Suisse pour l'activité lucrative de ressortissants d'Etats non membres de l'UE/AELE sont tellement élevées, que la conséquence pour un travailleur migrant non ou peu qualifié est d'être incité, voire forcé, de travailler dans l'économie informelle, c'est-à-dire sans posséder d'autorisations de travail ni de séjour. A cet égard, il a été démontré que la condition des hautes qualifications avait un aspect « genré » dans la mesure où dans de nombreux Etats extra-européens, les femmes subissent des discriminations dans l'accès à la formation.⁵³ Les hommes sont ainsi plus à même de remplir les conditions strictes posées par le droit migratoire suisse.⁵⁴ Deuxièmement, la libéralisation du marché du travail à l'égard des ressortissants de l'UE/AELE, en particulier à l'égard de l'activité lucrative ou de la fourniture de prestations de service de courte durée qui ne nécessite pas d'autorisation de séjour, restreint⁵⁵

la possibilité de contrôler *en amont* si les conditions de travail paraissent décentes et si la personne possède les capacités professionnelles et personnelles de s'intégrer sur le marché suisse du travail sans dépendre d'un employeur en particulier (lequel pourrait utiliser à son profit ce lien de dépendance, quand bien même ce lien n'est pas lié au statut migratoire, en l'occurrence légal). Cette absence de contrôle en amont peut s'avérer problématique lorsque le secteur d'activité est très peu réglementé, comme c'est le cas de l'économie domestique (personnel de maison, au pair, garde des enfants et soins aux personnes âgées, etc.) qui échappe au champ d'application de la loi sur le travail⁵⁶ et qui implique un lien de dépendance du travailleur envers l'employeur en raison de facteurs que nous évoquerons plus loin⁵⁷. Cette problématique est illustrée par le phénomène actuel des migrantes pendulaires, originaires pour la plupart de pays d'Europe de l'Est membres de l'UE, qui viennent en Suisse pendant une période limitée (inférieure à 90 jours par an) au domicile d'une personne âgée s'en occuper 24h/24 et 7j/7⁵⁸, sans que les conditions de travail, notamment les temps de travail et de repos, ne soient prescrits de manière impérative par le droit⁵⁹. Dans les faits, les conditions de travail de ces migrantes pendulaires s'approchent parfois d'une situation d'exploitation.⁶⁰

Il y a donc un *paradoxe* : une réglementation trop stricte en matière d'immigration peut inciter des personnes migrantes à choisir la voie irrégulière pour venir et travailler en Suisse ; mais l'absence de réglementation, en matière d'immigration, couplée à une maigre réglementation

⁴⁹ Art. 6, al. 2, Annexe I ALCP.

⁵⁰ Arts. 17 et seqq., Annexe I ALCP.

⁵¹ Art. 2 de la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999 (Loi sur les travailleurs détachés, LDét, RS 823.20).

⁵² Voir Message concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes du 2 mars 2012, FF 2012 3161 et seqq., 3169.

⁵³ CEDAW, Recommandation générale n° 26 (n. 29), en particulier § 4 et § 26, let. a.

⁵⁴ Sur ce point, voir ROSWITHA PETRY, La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Genève 2013, 146-147.

⁵⁵ Sous réserve des données indiquées lors de l'annonce en ligne s'agissant par exemple des travailleurs détachés, cf. SEM, Procédure d'annonce, guide de l'utilisateur, 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/meldeverfahren/mv-be-nuhb-f.pdf> (visité le 10.10.18).

⁵⁶ Art. 2, al. 1, let. g, de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail, LTr, RS 822.11) ; KARINE LEMPEN/RACHEL SALEM, Travail domestique en Suisse, DTA 2017, 79 et seqq., 86.

⁵⁷ Voir B ci-dessous.

⁵⁸ Ainsi appelées « 24h-Betreuerinnen », SARAH SCHILIGER/KATHARINA SCHILLING, Care-Arbeit politisieren : Herausforderungen der (Selbst-)Organisierung von migrantischen 24h-Betreuerinnen, Femina Politica 2017/2, 101 et seqq. ; Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO), Soins aux personnes âgées : encadrer la migration pendulaire, Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Schmid-Federer 12.3266 du 16 mars 2012, 6.

⁵⁹ Les conditions de travail dépendent des contrat-type de travail (CTT) cantonaux auxquels les parties peuvent déroger, seul le salaire minimum, fixé au niveau fédéral par le CTT Economie domestique (RS 221.215.329.4), est impératif (le canton de Genève fait exception car il possède son propre CTT à caractère impératif quant au salaire minimum).

⁶⁰ SARAH SCHILIGER, Transnationale Care-Arbeit: Osteuropäische Pendelmigrantinnen in Privathaushalten von Pflegebedürftigen, in: Schweizerisches Rotes Kreuz (ed.): Who cares? Pflege und Solidarität in der alternden Gesellschaft, Zürich 2013, 142 et seqq., 151-154.

des conditions de travail dans certains secteurs à risque d'exploitation (qui emploient des personnes avec peu ou sans qualifications), peut également faire naître un danger d'exploitation. En d'autres termes, qu'il y ait une sur- ou une sous-réglementation par le droit des migrations, le risque d'exploitation au travail existe.

Pour cette raison notamment, le droit suisse des migrations prévoit des régimes spécifiques d'admission, dérogatoires aux conditions générales prévues par la LEtr (LEI), s'agissant en particulier des qualifications requises, pour certaines catégories de travailleurs ressortissant d'Etats non membres de l'UE/AELE qui sont susceptibles d'être victimes d'exploitation dans leur travail. Il s'agit en particulier des travailleurs migrants de l'économie domestique.

B. Régimes dérogatoires aux conditions générales de la LEtr (LEI) : le cas des travailleurs migrants domestiques

Ces régimes dérogatoires aux conditions générales d'admission selon la LEtr (LEI) sont principalement prévus à l'article 30, al. 1, mais peuvent également découler d'une autre base légale, notamment s'agissant de la situation des domestiques privés dans le milieu diplomatique.

Compte tenu de la *vulnérabilité particulière des travailleurs migrants dans l'économie domestique*, soulignée notamment par le GRETA dans son Septième Rapport général⁶¹, nous allons nous intéresser à certains régimes spécifiques d'admission des travailleurs migrants de l'économie domestique. Les facteurs qui prédisposent le travailleur migrant domestique à être victime d'exploitation sont nombreux : il travaille et souvent vit au domicile de l'employeur ; la frontière entre les temps de travail et de repos est floue (disponibilité la nuit en cas de garde d'enfant ou de soins aux personnes âgées) ; ce domaine d'activité échappe en grande partie au champ d'application du droit du travail et dès lors au regard de l'Etat ; le travailleur ne maîtrise pas, suffisamment en tout cas, la langue, la culture et le droit locaux ; il est isolé de sa famille ; il est dépendant de l'employeur pour son statut migratoire ou pour envoyer des fonds à sa famille restée au pays, etc.⁶² Quant aux femmes migrantes travaillant dans l'économie domestique, elles sont plus à même de subir des violences sexuelles.⁶³

S'agissant des travailleurs migrants domestiques, ces régimes d'admission spécifiques sont notamment les suivants :

- « au pair » : l'article 30, al. 1, let j, LEtr (LEI) prévoit qu'il peut être dérogé aux conditions d'admission générales prévues par la LEtr (LEI) pour permettre à une personne « au pair » placée par « une organisation reconnue » d'effectuer un séjour de formation continue en Suisse. L'article 48 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)⁶⁴ précise que l'organisation en question doit être autorisée à placer des employés au sens de la loi sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)⁶⁵, afin, selon les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) citées par la doctrine, d'« éviter des pratiques abusives telles que la traite des êtres humains ou l'exploitation »⁶⁶. Par ailleurs, l'article 48 OASA précise, entre autres, que l'activité ne doit pas dépasser 30 heures par semaine, qu'une journée complète de congé par semaine doit être octroyée à la personne et que celle-ci doit disposer de sa propre chambre dans sa famille d'accueil, ce qui constitue d'autres limites contre des abus éventuels. Ce régime dérogatoire n'est cependant applicable, selon l'article 48 OASA, qu'aux jeunes gens âgés de 18 à 25 ans. En outre, l'autorisation de séjour de courte durée ne peut être octroyée que pour une durée de 12 mois et ne peut pas être prolongée. S'agissant d'un régime d'admission dérogatoire à la LEtr (LEI), il ne concerne pas les ressortissants de l'UE/AELE puisque ces derniers bénéficient, ainsi que précisé ci-dessus, d'un droit à l'admission en Suisse (dérogatoire en soi aux conditions générales d'admission de la LEtr (LEI)) afin d'y travailler. Ainsi, une « au-pair » allemande en Suisse n'est pas concernée par le régime dérogatoire de l'article 30, al. 1, let. j, LEtr (LEI) quant à son entrée et son séjour sur le territoire suisse. Quant à ses conditions de travail, elles dépendront du contrat-type de travail (CTT) du canton concerné qui ne sont cependant pas impératives puisque les parties peuvent y déroger par écrit.
- *personnel de maison* : selon les directives du SEM, le personnel de maison chargé des tâches domestiques et/ou de la garde d'enfants et des soins aux personnes handicapées ou âgées *peut* être admis en Suisse à titre dérogatoire à l'article 23, al. 1, LEtr (LEI) qui concerne

⁶¹ GRETA, Septième Rapport général (n. 5), § 121.

⁶² CMW, Observation générale n° 1 (n. 29), § 7.

⁶³ CEDAW, Recommandation générale n° 26 (n. 29), § 20.

⁶⁴ RS 142.201.

⁶⁵ RS 823.11.

⁶⁶ MINH SON NGUYEN, Article 30 LEtr, in: Nguyen/Amarelle (éds.), Code annoté de droit des migrations, Volume II : Loi sur les étrangers (LEtr), Berne 2017, 255 et seq., 293.

les qualifications, sur le fondement de l'article 23, al. 3, LEtr (LEI), si certaines conditions sont cumulativement remplies : le travailleur doit être déjà employé sur la base d'un contrat de travail depuis deux ans au moins dans la famille demandeuse (selon les directives du SEM, la plupart des demandeurs sont, en effet, des cadres étrangers transférés en Suisse, de manière provisoire ou définitive, avec leur famille⁶⁷) ou, s'il s'agit d'un nouvel engagement, le travailleur doit apporter la preuve qu'il possède une expérience de cinq ans au moins dans la garde d'enfants et/ou les tâches ménagères et qu'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail depuis cinq ans au moins dans un Etat membre de l'UE/AELE⁶⁸. En cas de nouvel engagement, la famille demandeuse doit également prouver qu'elle a déployé des efforts pour recruter en priorité un travailleur en Suisse ou en provenance de l'UE/AELE. Dès lors qu'il ne s'agit que d'une dérogation à l'article 23, al. 1, LEtr (LEI), le contingentement (article 21 LEtr (LEI)) devrait en principe s'ajouter aux conditions listées par les directives. En outre, s'agissant d'une admission à titre exceptionnel, le changement de poste n'est pas autorisé (article 33, al. 2, LEtr (LEI)). Lorsque ces conditions sont remplies et que l'autorité cantonale autorise le séjour et le travail, plusieurs conditions découlant de la Convention n° 189 concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques de l'OIT doivent être respectées : ainsi, une communauté domestique n'est pas obligatoire (elle peut être « librement convenue »⁶⁹) ; en cas de communauté domestique, le travailleur ne peut pas être obligé de demeurer dans la maison pendant son temps de repos ou de congé⁷⁰ ; le contrat de travail doit, notamment, fixer le moment de la rémunération à la fin de chaque mois⁷¹, indiquer le temps de repos (le travailleur a droit à au moins 24 heures consécutives de repos hebdomadaires)⁷² ainsi que les conditions pour mettre fin aux rapports du travail par le travailleur ou l'employeur⁷³.

– *les domestiques privés au service de personnes bénéficiant d'immunités diplomatiques* : par « domestiques privés », il faut entendre le personnel de maison (ménage, cuisine, service de table, jardinage, garde d'enfants, etc.) travaillant au domicile privé d'un diplomate étranger en mission en Suisse. Leur admission en Suisse (en cas d'engagement à l'étranger) et leurs conditions de travail sont spécialement réglementées par l'Ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ODPr)⁷⁴. L'ODPr énonce une longue série de conditions visant à éviter les abus qui sont susceptibles de se produire, en raison à la fois du domaine privé du travail et des immunités dont bénéficie (jusqu'à ce qu'elles soient éventuellement levées par son Etat d'envoi) l'employeur. Par exemple, le contrat de travail doit être rédigé sur le modèle de celui fourni par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), des dérogations ne pouvant y être apportées qu'en faveur du travailleur⁷⁵ ; le domestique doit être libre de ses mouvements en-dehors de ses horaires de travail⁷⁶ ; il a droit à une chambre privée au domicile de son employeur pouvant être fermée à clé, répondant aux exigences en matière d'hygiène, devant être bien éclairée notamment par la lumière naturelle, etc.⁷⁷ (à la lecture de ces différentes conditions, on peut se faire une idée des conditions de logement qui ont pu ou peuvent exister dans ce milieu) ; le domestique peut choisir de prendre un logement à l'extérieur s'il ne souhaite pas loger chez son employeur⁷⁸ ; le salaire (au minimum 1200 CHF net par mois⁷⁹) doit être versé chaque mois au travailleur⁸⁰ ; la durée du travail hebdomadaire est de 45 heures maximum⁸¹ ; le travailleur doit bénéficier d'une pause d'une journée complète par semaine, en principe le dimanche, ainsi que d'une demi-journée par semaine un jour ouvrable⁸². Lorsque la personne est engagée à l'étranger et a besoin d'un visa pour voyager jusqu'en Suisse, la mission diplomatique suisse dans le pays concerné vérifie que le futur domestique est informé du contenu du contrat de travail, en

⁶⁷ SEM, Directives et commentaires, Domaine des étrangers (Directives LEtr), Chapitre 4, Séjour avec activité lucrative, 4.7.15.1.

⁶⁸ SEM, Directives LEtr (n. 67), 4.7.15.2.

⁶⁹ SEM, Directives LEtr (n. 67) se référant à l'art. 9, let. a, Convention n° 189 OIT (n. 5).

⁷⁰ Art. 9, let. b, Convention n° 189 OIT (n. 5).

⁷¹ SEM, Directives LEtr (n. 67), 4.7.15.3 se référant à l'art. 7, let. e, Convention n° 189 OIT (n. 5).

⁷² SEM, Directives LEtr (n. 67), 4.7.15.3 se référant à l'art. 10, al. 2, Convention n° 189 OIT (n. 5).

⁷³ SEM, Directives LEtr (n. 67), 4.7.15.3 se référant à l'art. 7, let. k, Convention n° 189 OIT (n. 5).

⁷⁴ RS 192.126.

⁷⁵ Art. 10, al. 2, ODPr.

⁷⁶ Art. 29, al. 4, ODPr.

⁷⁷ Art. 30, al. 1, ODPr.

⁷⁸ Art. 30, al. 5, ODPr.

⁷⁹ A noter que ce montant est largement inférieur au salaire minimum, même en l'absence de qualifications, du CTT fédéral économie domestique (n. 59).

⁸⁰ Art. 43, al. 1, ODPr.

⁸¹ Art. 46, al. 1, OPRr.

⁸² Art. 47, al. 1–2, ODPr.

insistant notamment sur les clauses relatives aux horaires de travail, aux vacances et à la rémunération⁸³. A noter que le « personnel de service » (chauffeur, personnel d'entretien et de nettoyage, etc.) des missions diplomatiques sur le territoire suisse n'est pas soumis à l'ODPr, ses conditions de travail et de salaire sont régies par le droit public de son Etat d'envoi.⁸⁴ La catégorie « personnel de service » est susceptible d'être utilisée par certains Etats d'envoi aux fins de contourner les conditions très strictes de l'ODPr en engageant un domestique comme « personnel de service » pour l'employer en fait comme domestique privé au domicile d'un diplomate.

Ces régimes spécifiques d'admission, dérogoires aux conditions générales ou à certaines conditions de la LEtr (LEI) à l'égard des ressortissants d'Etats non membres de l'UE/AELE, ont l'avantage d'offrir une voie de migration régulière pour les personnes qui ne remplissent pas l'exigence des qualifications de l'article 23, al. 1, LEtr (LEI). Ces régimes prévoient par ailleurs des garanties (dont l'efficacité dépend bien entendu de leur respect en pratique) contre l'exploitation en termes de condition de travail, de logement et de vie. L'idée derrière ces garanties est d'éviter que la personne ne soit isolée et contrôlée dans tous ses faits et gestes par son employeur. Cependant, en raison du principe même de la dérogation aux conditions générales de la LEtr (LEI) (qui visent à assurer, s'agissant en particulier de l'exigence des qualifications, une intégration durable de l'étranger sur le marché du travail et dans la société suisses⁸⁵), le travailleur admis en Suisse sur le fondement d'un de ces régimes dérogoires ne dispose souvent pas des qualifications lui permettant de changer facilement d'emploi et d'employeur en cas d'abus, voire d'exploitation. En outre, l'admission, donc le statut migratoire du travailleur, est directement liée à l'employeur.

Pour résumer, ces régimes dérogoires d'admission évitent que le travailleur ne se trouve en situation irrégulière, supprimant ainsi un facteur important de la vulnérabilité du travailleur migrant susceptible de mener à de l'exploitation, mais ne parviennent pas à briser le lien de dépendance quant au statut migratoire du travailleur envers l'employeur. Certes, lorsque la personne est exploitée, elle peut, à certaines conditions, obtenir une autorisation de séjour comme victime de traite des êtres humains de manière dérogoire aux conditions générales d'admission de la LEtr (LEI)⁸⁶, mais l'infraction est, dans ce cas,

déjà réalisée puisque la personne est une victime ou une personne pour laquelle il existe des motifs raisonnables de croire qu'elle est une victime. En outre, ces régimes spécifiques s'appliquent à des catégories bien déterminées qui ne couvrent pas la réalité de tous les travailleurs domestiques ressortissant de pays non membres de l'UE/AELE. Par ailleurs, quand bien même un travailleur domestique remplirait toutes les conditions pour être admis en Suisse comme personnel de maison « qualifié » au sens de l'article 23, al. 3, LEtr (LEI), l'autorisation ne lui serait pas octroyée « de droit » et pourrait donc lui être refusée par l'autorité cantonale ou le SEM lors de la procédure d'approbation.

On pourrait trouver une solution générale au problème, c'est-à-dire améliorer la protection des personnes dans des secteurs à risque d'exploitation comme celui de l'économie domestique, dans l'article 30, al. 1, let. d, LEtr (LEI).⁸⁷ Il s'agit d'un autre régime d'admission dérogoire à la LEtr (LEI) qui permet d'admettre au séjour (selon des conditions particulières fixées dans l'OASA) les personnes « particulièrement menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative », soit *avant* qu'elles ne soient victimes d'exploitation. Mais le libellé général de l'article 30, al. 1, let. d, est trompeur car, depuis l'abolition du statut d'« artiste de cabaret » au 1er janvier 2016, la disposition a été vidée de son sens du fait qu'elle était directement liée à ce statut⁸⁸. Les récents développements de la politique migratoire suisse pourraient, soit enterrer définitivement l'article 30, al. 1, let. d, LEtr (LEI), selon le Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 qui propose son abrogation⁸⁹, soit, selon la solution adoptée par le Conseil national le 27 septembre 2018 qui propose de conserver l'article 30, al. 1, let. d⁹⁰, lui insuffler une nouvelle vigueur. Le débat n'est pas encore tranché à l'heure où ces lignes sont écrites, puisque le Conseil des Etats doit se prononcer à nouveau sur ce point. On notera, même si cela concerne plutôt la protection contre l'exploitation sexuelle que l'exploitation de la force de travail, que la proposition du Conseil fédéral d'abroger l'article 30, al. 1, let. d et d'ajouter, à sa place, un article 30, al. 1, let. e qui permettrait⁹¹ de « régler le séjour des étran-

⁸³ Art. 18, al. 4, ODPr.

⁸⁴ Art. 1, al. 3, let. a, ODPr et art. 3, al. 1–2, ODPr.

⁸⁵ Art. 23, al. 2, LEtr (LEI).

⁸⁶ Art. 30, al. 1, let. e ; arts. 35 et 36 OASA.

⁸⁷ De cet avis, PÉTRY (n. 54), 222–223.

⁸⁸ FF 2002 3544.

⁸⁹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Normes procédurales et systèmes d'information) du 2 mars 2018, FF 2018 1673 et seqq.

⁹⁰ Bulletin officiel : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?-SubjectId=44433> (visité le 10.10.2018).

⁹¹ La nature potestative de l'article 30, al. 1, LEtr (LEI) a été conservée par le CF dans son projet, laissant ainsi une marge

gers qui exercent la prostitution et ont subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle durant l'exercice de cette activité »⁹² constituerait un véritable changement de paradigme par rapport à l'ancien statut d'artiste de cabaret⁹³. En effet, au lieu de prévenir l'exploitation, il s'agirait de panser les plaies en admettant au séjour la *victime* de l'infraction (déjà réalisée), selon la même logique que l'admission au séjour d'une victime de traite des êtres humains sur la base de l'article 30, al. 1, let. e, LEtr (LEI). Au contraire, une nouvelle vigueur donnée à l'article 30, al. 1, let. d, LEtr (LEI) avec une applicabilité au-delà du statut (disparu) d'artiste de cabaret ouvrirait de nouvelles perspectives, en permettant notamment d'admettre au séjour des travailleurs de l'économie domestique non ressortissant de l'UE/AELE qui n'entreraient, sinon, dans aucune case du droit des étrangers.

IV. Conclusion

Notre analyse témoigne de la difficulté à prévenir efficacement l'exploitation au travail, notamment dans le secteur domestique : tant la libéralisation (à l'égard des Européens) que la forte restriction des conditions d'accès au marché du travail peuvent mener à des situations d'exploitation. Les régimes dérogatoires à la LEtr (LEI) pour les travailleurs de l'économie domestique constituent à certains égards une protection, mais qui n'est pas entièrement satisfaisante. Une clause générale du type de l'article 30, al. 1, let d, LEtr (LEI), applicable aux travailleurs non ressortissants de l'UE/AELE de l'économie domestique, permettrait de renforcer la protection *a priori* des travailleurs. Tout dépendra de l'issue des débats au Parlement sur la base du Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 : fin de vie ou nouvelle vie pour l'article 30, al. 1, al. d, LEtr (LEI) ?

d'appréciation aux autorités cantonales dans la mise en œuvre du futur article 30, al. 1, let. e^{bis}, Message du 2 mars 2018 (n. 89), FF 2018 1693.

⁹² Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) (Normes procédurales et systèmes d'information), Projet, FF 2018 1755 seqq., 1756.

⁹³ L'article 30, al. 1, let. d, LEtr, concrétisé par l'ancien article 34 OASA, permettait d'admettre le séjour pendant une durée maximum de huit mois, à certaines conditions, des « artistes de cabaret » en provenance de pays non membres de l'UE/AELE, dans le but de les protéger des risques d'exploitation sexuelle que la clandestinité renforce.