

The Global Labour Rights Reporter

Protéger les droits du travail des travailleurs migrants et réfugiés



Juillet 2023 | Volume 3 Numéro 1

Global Labour Rights Reporter
Volume 3 Numéro 1

Droits d'auteur détenus par le réseau ILAW et ses contributeurs © 2023

Tous droits réservés. Sauf dans les cas autorisés par la loi américaine sur le droit d'auteur de 1976, aucune partie de cette publication ne peut être reproduite, distribuée ou transmise sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, ou stockée dans une base de données ou un système d'extraction, sans l'autorisation écrite préalable de l'éditeur.

Photo de couverture

Crédit photo sur la gauche © Jonathan Torgovnik/Getty Images/Images of Empowerment

Crédit photo au centre © F Armstrong Photography / Shutterstock

Crédit photo sur la droite © Sebastian Castelier / Shutterstock

Publié par le réseau ILAW
1130 Connecticut Avenue, NW
8Ème étage
Washington, DC 20036 USA

Veuillez adresser toutes vos demandes à admin@ilawnetwork.com

Cette publication est disponible en ligne en permanence à l'adresse :
<https://www.ilawnetwork.com/ilaw-network-journal-the-global-labour-rights-reporter/>

ISSN 2693-9657 (imprimé)

ISSN 2693-9665 (en ligne)

L'ouvrage est imprimé aux États-Unis par des syndicats.

Police de caractère : Open Sans

Désign : Haley Gray

Mise en page : Scalegate L.L.C.

GLRR La Comité de Rédaction

Antonio Loffredo

Colin Fenwick

Femi Aborisade

Jennifer Rosenbaum

Jon Hiatt

Marlese von Broembsen

Mary Joyce Carlson

Matías Cremonte

Maximiliano Garcez

Preeda Tongchumnum

Ruwan Subasinghe

Sara Khatib

Steven Barrett

Les informations contenues dans ce journal sont fournies à titre d'information uniquement, et ne doivent pas être interprétées comme des conseils juridiques sur quelque sujet que ce soit. Les informations continues dans ce journal peuvent ne pas constituer les informations juridiques ou autres les plus récentes. Le journal contient des liens vers d'autres sites web de tiers, le ILAW Network ne recommande ni n'approuve ces contenus, les liens sont uniquement destinés à faciliter la tâche du lecteur. Les opinions exprimées sont celles des auteurs auteurs individuels, et non celles du réseau ILAW dans son ensemble. Aucun lecteur ne doit agir ou s'abstenir d'agir sur la base de ces informations sans avoir au préalable sollicité l'avis d'un conseiller juridique dans la juridiction concernée.

INDICE

NOTE DE LA RÉDACTRICE INVITÉE

UN TRAVAILLEUR EST UN TRAVAILLEUR : PROTÉGER LES DROITS DU TRAVAIL DES TRAVAILLEURS EN MOUVEMENT NEHA MISRA	4
--	---

ESSAIS

PROTECTION GRÂCE À L'OCTROI DE VISAS POUR PERMETTRE AUX TRAVAILLEURS MIGRANTS EXPLOITÉS DE DÉPOSER DES PLAINTES : UNE PROPOSITION AUSTRALIENNE LAURIE BERG ET BASSINA FARBENBLUM	10
---	----

VIOLATION DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS : NÉCESSITÉ POUR LES AVOCATS DE FAIRE INVALIDER PAR LES TRIBUNAUX LE DROIT DE L'ÉTAT DE LIER DES TRAVAILLEURS À DES EMPLOYEURS DONNÉS AMANDA AZIZ ET EUGÉNIE DEPATIE-PELLETIER	18
---	----

PROTÉGER LES TRAVAILLEURS SANS PAPIERS AUX ÉTATS-UNIS : OBSTACLES, ÉTAPES, AVANCÉES MICHAEL FELSEN	29
---	----

LA VULNÉRABILITÉ DES TRAVAILLEURS MIGRANTS SANS PAPIERS AU REGARD DE LA LOI ITALIENNE SUR L'IMMIGRATION. REGARD SUR LE CADRE JURIDIQUE ITALIEN APRÈS 2020 : CHANGEMENT DE CAP ? RITA DAILA COSTA	38
--	----

ACCÈS À LA JUSTICE POUR NON-PAIEMENT DES SALAIRES DES TRAVAILLEURS MIGRANTS DANS LES PAYS DU GOLFE SOPHIA KAGAN	45
--	----

RÉFUGIÉS UKRAINIENS EN POLOGNE : COMMENT AGIR CONTRE DES PRATIQUES D'ABUS ENDÉMIQUES DANS UNE NOUVELLE RÉALITÉ ? LEONID STOIKOV	52
--	----

LA JUSTICE TRANSNATIONALE EST-ELLE APPLICABLE DANS LE CAS DES TRAVAILLEUSES ET DES TRAVAILLEURS DOMESTIQUES MIGRANTS KENYANS AUX ÉMIRATS ARABES UNIS (EAU) ? ÉVALUER LES BESOINS ET APPRENDRE DU MODÈLE DE HONG KONG FURAHA-JOY SEKAI SAUNGWEME & PUJA KAPAI	60
--	----

MESURES DE REMÉDIATION AU TITRE DE L'ARTICLE 307 DU TARIFF ACT DE 1930 DES ÉTATS-UNIS : POSSIBILITÉS DE RECOURS CONTRE LE TRAVAIL FORCÉ POUR LES TRAVAILLEURS MIGRANTS ALLIE BRUDNEY & AVERY KELLY	69
---	----

NOTE DE LA RÉDACTRICE INVITÉE :

UN TRAVAILLEUR EST UN TRAVAILLEUR : PROTÉGER LES DROITS DU TRAVAIL DES TRAVAILLEURS EN MOUVEMENT

NEHA MISRA, RESPONSABLE MONDIALE POUR LA MIGRATION ET LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS DU SOLIDARITY CENTER

L'économie mondiale est alimentée par les migrations de main-d'œuvre. Parmi les plus de 281 millions de migrants internationaux dans le monde¹, 169 millions sont des travailleurs migrants (c'est-à-dire des travailleurs embauchés dans un pays dont ils ne sont pas des ressortissants), et le nombre de jeunes qui migrent pour trouver un emploi est en hausse.² Les travailleurs migrants représentent ainsi 5 % de la main-d'œuvre mondiale. Et pourtant, la politique migratoire est souvent formulée en fonction de considérations de sécurité et de souveraineté, en dehors des cadres juridiques régissant les relations industrielles et les protections du droit du travail. Les travailleurs migrants sont davantage perçus comme des étrangers soumis au contrôle de l'immigration que comme des travailleurs jouissant de la pleine protection des droits des travailleurs en vertu des normes internationales du travail. Des millions de migrants se voient ainsi refuser un accès équitable et facile à la justice et aux voies

de recours.³

Dane le même temps, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR) estime que plus de 89 millions de personnes ont été déplacées de force en 2021, que ce soit en raison de guerres, du climat ou d'autres violations des droits humains, dont plus de 27 millions⁴ ont été considérées comme des réfugiés.⁵ Pour la première fois en 2022, le nombre total de personnes déplacées de force

¹ ONU Organisation Internationale pour les migrations (OIM), RAPPORT « ÉTAT DE LA MIGRATION DANS LE MONDE 2022 », <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/?lang=FR> (dernière visite 10 avril 2023).

² Organisation Internationale du Travail (OIT), ESTIMATIONS MONDIALES DE L'OIT CONCERNANT LES TRAVAILLEUSES ET LES TRAVAILLEURS MIGRANTS - RÉSULTATS ET MÉTHODOLOGIE – TROISIÈME ÉDITION (2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_808935.pdf. Le nombre de migrants (y compris les réfugiés) travaillant dans un pays de destination donné peut être beaucoup plus élevé, car beaucoup sont employés dans l'économie informelle et peuvent être sous-comptabilisés.

³ Voir, Mishka Pillay, Mia-Lia Boua Kiernan & Carolina Gottard, *En finir avec la détention des immigrant.e.s et leur criminalisation en soutenant le leadership communautaire*, COALITION GLOBALE SUR LA MIGRATION: RAPPORT « PLEINS FEUX SUR LES MIGRATIONS DANS LE MONDE » (2022), https://spotlightreportmigration.org/wp-content/uploads/SRGM_FR.pdf.

⁴ U.N. High Commissioner for Refugees (UNHCR), FIGURES AT A GLANCE, <https://www.unhcr.org/en-us/figures-at-a-glance.html> (dernière visite 10 avril 2023).

⁵ Ce nombre correspond aux réfugiés tels que définis dans la Convention de 1951, à savoir toute personne « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». Voir ONU, Convention sur les réfugiés (1951), art. 1A(2). D'aucun ont soutenu que les personnes déplacées de force par le climat devraient également être considérées comme des réfugiés. Bill Frelick, *It is Time to Change the Definition of Refugee*, HUMAN RIGHTS WATCH, (janvier 2020), <https://www.hrw.org/news/2020/01/28/it-time-change-definition-refugee> (dernière visite 10 avril 2023).



Neha Misra

Responsable mondiale pour les migrations et la traite des êtres humains, Solidarity Center

a dépassé les 100 millions, la guerre en Ukraine et d'autres conflits la guerre en Ukraine et d'autres conflits ayant alourdi le bilan de plus de 10 millions de personnes.⁶ Là encore, bien que de nombreux réfugiés et personnes déplacées de force apportent leurs compétences et leurs talents aux pays d'accueil et contribuent parfois à combler les pénuries de main-d'œuvre, ils sont également vulnérables à l'exploitation car ils sont souvent peu intégrés dans les marchés du travail des pays d'accueil. Comme le note l'OIT, « l'accès au travail formel et décent reste problématique. ... Le fait que peu de pays établissent un lien systématique entre, d'une part, les dispositions légales et réglementaires relatives à la détermination du statut et à la protection et, d'autre part, le droit au travail, constitue un obstacle majeur. De plus, d'une manière générale, la faiblesse des régimes généraux de protection se traduit par des mécanismes d'accès au marché du travail insuffisants et une protection limitée des réfugiés et autres personnes déplacées de force sur le lieu de travail »⁷. Même lorsque les réfugiés se voient accorder le droit de travailler DANS un pays d'accueil, ils se voient souvent refuser systématiquement les droits AU travail.⁸

Les migrants qui travaillent, qu'ils soient en situation régulière ou en situation irrégulière, soient considérés comme des migrants économiques ou des réfugiés, et que ce soit dans l'économie formelle ou informelle, sont parmi les plus vulnérables étant donné leur exclusion fréquente du champ d'application de la législation du travail. Ceci se traduit par exemple par des restrictions ou des exclusions de la liberté d'association et du droit de se syndiquer ou de négocier collectivement. Les bas salaires (lorsqu'ils sont payés) et l'exposition à des

conditions de travail dangereuses sont également monnaie courante. Un déficit flagrant de possibilités de travail décent est constaté dans le cas des travailleurs migrants.⁹ Ceux-ci sont **trois fois** plus susceptibles d'être victimes de travail forcé que les travailleurs adultes non migrants.¹⁰ Et pourtant, l'accès à la justice du travail, que ce soit dans le pays d'accueil ou dans le pays d'origine, est souvent au mieux difficile. Les travailleurs migrants évoluant dans le cadre de la migration temporaire de main-d'œuvre sont souvent vulnérables en raison d'obstacles systématiques et structurels, tels que les visas parrainés.¹¹ Ces problèmes sont encore aggravés pour les travailleurs migrants sans papiers, dont bon nombre travaillent dans l'ombre, sans accès à l'inspection du travail, aux organes

⁹ Le travail décent tel que défini par l'Organisation internationale du travail (OIT) et les quatre piliers de l'Agenda pour le travail décent de l'OIT - la création d'emplois, la protection sociale, les droits au travail et le dialogue social - font partie intégrante de l'Agenda 2030 pour le développement durable. Voir OIT, TRAVAIL DÉCENT, <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-fr/index.htm> (dernière visite 10 avril 2023).

¹⁰ OIT, ESTIMATIONS MONDIALES DE L'ESCLAVAGE MODERNE TRAVAIL FORCÉ ET MARIAGE FORCÉ (Septembre 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_854796.pdf [ci-après Estimations mondiales de l'OIT].

¹¹ Il n'existe pas de définition standard des systèmes de migration temporaire de main-d'œuvre (MTM), et en effet, ces systèmes peuvent se trouver sous des noms différents dans le monde, tels que la « kafala » ou système de parrainage, les programmes de visas pour non-immigrants, les programmes de travailleurs invités, les migrations circulaires, etc. Quelle que soit leur désignation, les MTM ont des caractéristiques communes. Les travailleurs doivent souvent payer des frais de recrutement pour y participer. Leurs visas sont généralement liés à un employeur particulier, et le travailleur ne peut souvent que difficilement changer d'employeur dans le pays de destination. Les travailleurs participant à la MTM, et surtout les travailleurs migrants faiblement rémunérés, ne peuvent pas émigrer avec leur famille. Ils migrent souvent de manière temporaire (c'est-à-dire pour une période limitée de quelques mois à quelques années) pour des emplois qui sont en fait permanents ou à long terme, ce qui les oblige parfois à quitter le pays de destination et à recommencer le processus de recrutement pour occuper le même emploi « temporaire ». Voir OIT, LA MIGRATION TEMPORAIRE DE MAIN D'ŒUVRE / UN PHÉNOMÈNE COMPLEXE - RAPPORT DE SYNTHÈSE (2022) https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_859219/lang-fr/index.htm; Voir aussi, *The American Dream Up for Sale: A Blueprint for Ending International Labor Recruitment Abuse*, <https://migrationthatworks.files.wordpress.com/2020/01/the-american-dream-up-for-sale-a-blueprint-for-ending-international-labor-recruitment-abuse1.pdf>.

⁶ UNHCR, GLOBAL TRENDS AT-A-GLANCE, <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/statistics/> (dernière visite 10 avril 2023).

⁷ OIT, L'accès au marché du travail des réfugiés et autres personnes déplacées de force (2016) 50, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/meetingdocument/wcms_490754.pdf.

⁸ Voir Jennifer Gordon, *Refugees and decent work: Lessons learned from recent refugee jobs compacts*, ILO (2019), available at: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_732602.pdf.

administratifs ou aux tribunaux.

Les systèmes mondiaux de migration sont délibérément structurés de manière à établir une discrimination entre les travailleurs. Ces systèmes et structures sont établis pour créer une hiérarchie entre les travailleurs, en fonction du genre, de la race, de l'ethnie, de la caste, de la nationalité ou du statut migratoire (en situation régulière, sans papiers/en situation irrégulière, résident permanent/contrat temporaire). Sur le même lieu de travail, par exemple dans une usine de vêtements en Jordanie, on trouvera des travailleurs migrants payés légalement à des salaires différents ou soumis à des frais de recrutement différents selon leur nationalité, les travailleuses, les sans-papiers et les réfugiés étant souvent les moins bien rémunérés.¹² Même dans des pays comme les États-Unis, où les employeurs ne peuvent légalement discriminer les travailleurs, en fonction de leur genre par exemple, la politique d'immigration autorise une telle discrimination vis-à-vis des migrants.¹³

Cette incohérence des politiques est répandue dans le domaine des migrations mondiales et est entretenue par le fait que les migrations sont gérées comme une question sécuritaire plutôt que comme une question de main-d'œuvre. En effet, ce sont souvent les ministères des Affaires étrangères, de la Sécurité ou de l'Intérieur et non les ministères du Travail qui élaborent les politiques migratoires ou gèrent les migrations, et ce, même après l'accueil des migrants. Concernant l'accès à la justice, cette incohérence des politiques peut se révéler encore plus grave. Les pays peuvent créer des organes administratifs ou judiciaires différents pour le règlement des revendications des travailleurs migrants en matière d'emploi, voir même refuser l'accès aux instances juridiques à certaines catégories de migrants, comme les travailleurs sans papiers.¹⁴ L'absence de

« pares-feux », c'est-à-dire d'une séparation entre les activités de contrôle de l'immigration et l'application de la législation du travail (ainsi que d'autres prestations des services publics relatives à la santé, à l'éducation et au logement par exemple), a longtemps été considérée comme une entrave à l'exercice des droits des travailleurs migrants sur leur lieu de travail.¹⁵ Pour qu'un travailleur dénonce un abus ou une exploitation sur le lieu de travail, il doit pouvoir avoir la certitude qu'il ne sera pas arrêté, détenu ou expulsé pour des infractions à la législation sur l'immigration ou pour avoir dénoncé une infraction de son employeur qui détient son visa.

L'accès à la justice pour les formes extrêmes d'exploitation du travail, comme le travail forcé, mais aussi pour les violations des droits élémentaires liés au travail, comme le vol de salaire, l'indemnisation des travailleurs en cas d'accident du travail et la discrimination, est difficile pour les travailleurs migrants, qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière. Si l'absence de pares-feux représente un problème majeur, d'autres obstacles surgissent souvent. Dans de nombreux pays, par exemple, un migrant doit être physiquement présent pour engager une action en justice, et ce même pour des infractions mineures au droit du travail, comme les vols de salaire. De plus, de nombreux pays n'offrent pas la possibilité de rester sur place pour engager une action, en particulier pour les personnes sans papiers ou disposant d'un visa temporaire lié à l'employeur. Les travailleurs migrants doivent bénéficier d'une protection statutaire concrète lorsqu'ils exercent leurs droits et contribuent à l'application du droit du travail. Des syndicalistes et d'autres défenseurs des droits des travailleurs et des migrants ont demandé la mise en place de mécanismes juridictionnels qui permettraient aux migrants d'obtenir facilement et équitablement réparation pour les violations systématiques dont ils sont victimes sur leur lieu de travail, et ce, qu'ils soient encore dans le pays où l'infraction a été commise, ou qu'ils soient dans leur pays d'origine ou dans un pays tiers. Le concept de « justice portable » gagne du terrain et est essentiel pour les travailleurs migrants. Sans ce concept, l'organisation collective des travailleurs migrants restera à la traîne.

¹² Silas Amo-Agyei, *The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals*, ILO (2020), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_763803.pdf.

¹³ Centro de los Derechos del Migrante (CDM), *MIGRANT WORKER WOMEN SUBMIT FIRST-EVER PETITION AGAINST THE U.S. UNDER THE USMCA*, (March 2021) <https://cdmigrante.org/migrant-worker-women-usmca/> (dernière visite 10 avril 2023).

¹⁴ Voir p.ex. PICUM, *A Worker is a Worker: How to Ensure that Undocumented Migrant Workers Can Access Justice*, PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (2020), <https://picum.org/wp-content/uploads/2020/03/A-Worker-is-a-Worker-full-doc.pdf>; Voir aussi, International Labour Organization (ILO), *FAIR RECRUITMENT AND ACCESS TO JUSTICE FOR MIGRANT WORKERS* (2022) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_850615.pdf.

[public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_850615.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_850615.pdf).

¹⁵ François Crépeau & Bethany Hastie, *The Case for 'Firewall' Protections for Irregular Migrants Safeguarding Fundamental Rights*, 2(3) EUR. J OF MIGRATION AND L. 157-183, (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2780641.

Le vol de salaire des travailleurs migrants reste une pratique courante. Dans le même rapport de l'OIT qui constate que les travailleurs migrants sont trois fois plus susceptibles d'être soumis au travail forcé que les autres travailleurs, il est également signalé que « la rétention systématique et délibérée du salaire, utilisée par des employeurs peu scrupuleux pour obliger des travailleurs à rester dans leur emploi de peur de perdre le revenu accumulé, est la forme de coercition la plus courante (36%) »¹⁶. En effet, il y est indiqué que le vol systématique de salaires fait depuis longtemps partie du paysage de la migration de main-d'œuvre dans toutes les régions du monde. Durant la pandémie de COVID-19, compte tenu des pressions financières auxquelles les entreprises étaient confrontées, le sous-paiement flagrant des travailleurs migrants était encore plus répandu et un grand nombre de travailleurs ont été rapatriés sans avoir reçu leur salaire. Bien que chaque juridiction dispose de mécanismes judiciaires et/ou administratifs pour traiter les réclamations salariales, les employeurs de tous les pays savent que très peu de travailleurs migrants non-rémunérés auront recours à ces mécanismes pour récupérer leur salaire. Cela s'explique par le fait que le système leur est défavorable à chaque étape de la procédure de réclamation salariale.¹⁷

L'effet dévastateur de la pandémie mondiale de la COVID-19 sur les travailleurs migrants était prévisible et a été amplement documenté.¹⁸

¹⁶ Estimations mondiales de l'OIT, *supra* note 10.

¹⁷ Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *Migrant Workers' Access to Justice for Wage Theft: A Global Study of Promising Initiatives*, (2021) <https://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2021/12/Migrant-Workers-Access-to-Justice-for-Wage-Theft-Publication.pdf> (Un rapport récent du Migrant Justice Institute (avec le soutien du Solidarity Center et du réseau ILAW).

¹⁸ Voir *p.ex.* OIT, *LA CRISE DU COVID-19 A RENDU LA VIE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS ENCORE PLUS PRÉCAIRE* (Novembre 2021) https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_829456/lang--fr/index.htm (dernière visite 10 avril 2023); Katharine Jones, Sanushka Mudaliar & Nicola Piper, *Confinés dans l'incertitude: L'impact mondial du COVID-19 sur les droits et le recrutement des travailleurs migrants*, OIT (2021) https://www.ilo.org/global/topics/fair-recruitment/publications/WCMS_826760/lang--fr/index.htm; Portail sur les données migratoires, *COMMENT LA COVID-19 A RENDU LA VIE DES TRAVAILLEURS MIGRANTS PLUS DANGEREUSE* (Avril 2022) <https://www.migrationdataportal.org/fr/blog/comment-la-covid-19-rendu-la-vie-des-travailleurs-migrants-plus-dangereuse> (dernière visite 10 avril 2023); Tula Connell, *Migrant Workers Essential Workers not only in COVID-19*, SOLIDARITY CENTRE (Avril 2020) <https://www.solidaritycenter.org/migrant-workers-essential-workers-not-only-in-covid-19/> (dernière visite 10 avril 2023); Tula Connell, *Podcast: Winning Rights for Migrant Workers*

Les défauts structurels des régimes actuels de gestion des migrations, tels que les visas liés à l'employeur et l'accès limité aux instances de réclamation, et l'incohérence persistante des politiques de régularisation des travailleurs migrants sans papiers expliquent que ces travailleurs précaires à bas salaires ont souvent été les premiers à subir le choc économique (et social) de la pandémie. À l'heure où les économies mondiales se redressent et s'attaquent à l'impact à long terme de la pandémie, les gouvernements se tournent vers la migration pour combler les pénuries de main-d'œuvre post-COVID. Comme le souligne une récente publication de l'OCDE, les pénuries de main-d'œuvre se sont généralisées dans tous les pays, tout particulièrement en Australie, au Canada et aux États-Unis, dans tous les secteurs, mais surtout ceux où le contact humain prévaut comme l'hôtellerie et la restauration et l'industrie manufacturière. Le rapport indique également que d'autres facteurs et non pas le (seul) cycle économique peuvent également jouer un rôle dans l'augmentation des pénuries de main-d'œuvre post-Covid-19, à savoir qu'elles reflètent également des changements structurels, en particulier des évolutions de préférences, car certains travailleurs n'acceptent plus les bas salaires et les conditions de travail médiocres ou pénibles.¹⁹ Dans ce contexte, nombreux sont les gouvernements qui se tournent vers les migrants pour occuper ces emplois caractérisés par de faibles salaires, de longues heures de travail et des protections insuffisantes en termes de sécurité et de santé au travail.

Malheureusement, pour remédier aux pénuries d'emploi, les gouvernements redoublent d'efforts pour promouvoir des programmes abusifs de migration de main-d'œuvre temporaire, et ce souvent en lieu et place des voies humanitaires. C'est ainsi qu'aux États-Unis, la stratégie de gestion collaborative des migrations (*Collaborative Migration Management Strategy*) de l'administration Biden-Harris, lancée en 2021, identifie et priorise les mesures visant à renforcer les efforts de coopération pour gérer des migrations sûres, ordonnées et humaines en Amérique du Nord et en Amérique

during COVID-19, SOLIDARITY CENTER (Mars 2021) <https://www.solidaritycenter.org/podcast-winning-rights-for-migrant-workers-during-covid-19/>.

¹⁹ Orsetta Causa, et al., *The Post-COVID-19 Rise in Labour Shortages*, OECD ECONOMICS DEPARTMENT WORKING PAPERS No. 1721 (Juillet 2022), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/e60c2d1c-en.pdf?expires=1677521745&id=id&accname=guest&checksum=750D2FA53AB6A3B54E071CB5B4171336>.

centrale. Pour les États-Unis, cette stratégie met l'accent sur des programmes proposant aux travailleurs des visas non-immigrants.²⁰ Les défenseurs des droits des migrants soulignent toutefois que ces programmes de migration temporaire sont élargis sans les protections nécessaires pour les travailleurs de ces secteurs, y compris les protections contre le très fréquent vol de salaire.²¹ Dans le même temps, les voies humanitaires, comme l'asile ou le statut de protection temporaire (TPS), sont restreintes, et les appels à la régularisation des sans-papiers sont infructueux. Cette tendance a été récemment illustrée au Royaume-Uni, où le HCR a accusé le gouvernement d'« abolir le droit d'asile au Royaume-Uni » en proposant une nouvelle loi limitant considérablement l'accès aux protections en matière d'asile.²² Et bien que les différents gouvernements du Conseil de coopération du Golfe, comme le Qatar et le Koweït, aient mis en œuvre certaines réformes de la « kafala » ou système de parrainage, aujourd'hui encore les travailleurs migrants faiblement rémunérés ne peuvent migrer que sans leurs familles dans le cadre de programmes de migration temporaire de main-d'œuvre.

De telles incohérences dans les politiques ne sont que trop répandues dans la gestion des migrations à l'échelle mondiale. Le paradigme dominant la migration régulière de main-d'œuvre au niveau mondial est celui de la précarité, où les visas temporaires liés à l'employeur entraînent l'impossibilité de changer d'employeur ou d'exercer la portabilité des visas, ainsi que des

frais de recrutement élevés et des contrats à court terme (pour des emplois permanents à long terme). Ceci se traduit par un pourcentage élevé de la main-d'œuvre dans de nombreux secteurs cantonnée dans des emplois à bas salaires où les travailleurs n'ont pas le droit à l'unité familiale. La régularisation des proportions considérables de la main-d'œuvre immigrée sans papiers dans les économies mondiales n'étant politiquement pas viable, il en résulte une forme structurelle extrême de flexibilité du travail. Les syndicats et les défenseurs des droits des travailleurs réclament inlassablement des systèmes de migration fondés sur l'humanitarisme, l'unité familiale, les besoins réels du marché du travail (temps que déterminés, par exemple, par une commission du travail indépendante), des possibilités d'accès à la résidence à long terme et l'égalité de traitement des travailleurs sur le lieu de travail et en vertu de la loi.

Le système incohérent de gestion des migrations au niveau mondial décrit ci-dessus crée intentionnellement des obstacles majeurs empêchant les travailleurs migrants d'exercer leur droit à la liberté d'association, leur droit de se syndiquer et de participer aux négociations collectives. Il constitue un élément essentiel des régimes de gestion des migrations. Dans les principaux pays de destination des travailleurs migrants, tels que le Qatar, l'Arabie saoudite et les Émirats arabes unis, les travailleurs migrants se voient refuser non seulement le droit de former des syndicats, mais aussi la liberté d'association en général. Dans d'autres grands pays de destination comme la Malaisie et la Thaïlande, les travailleurs migrants n'ont pas le droit de créer leurs propres syndicats, d'occuper des postes de responsabilité dans les syndicats ou de participer à des négociations collectives. Des travailleurs migrants ont également été contraints de signer des contrats limitant ce droit fondamental. De surcroît, les travailleurs migrants, qu'ils soient sans papiers ou qu'ils bénéficient de programmes de migration temporaire de main-d'œuvre, sont régulièrement blacklistés, dénoncés aux services de l'immigration, détenus et expulsés pour avoir tenté de s'organiser. L'accès à la justice pour les travailleurs migrants est toujours plus difficile sans ce droit fondamental de s'organiser. Le plaidoyer constant des travailleurs et des défenseurs des droits du travail en faveur du respect et de la dignité sur le lieu de travail pour tous les travailleurs gagne du terrain, un travailleur est un travailleur est un

²⁰ Voir The White House, FACT SHEET: UPDATE ON THE COLLABORATIVE MIGRATION MANAGEMENT STRATEGY (Avril 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/20/fact-sheet-update-on-the-collaborative-migration-management-strategy/>.

²¹ L'Economic Policy Institute (EPI), basé aux États-Unis, a publié une étude récente indiquant que le programme H-2B - permettant aux employeurs américains d'embaucher des travailleurs migrants pour des emplois temporaires et saisonniers - a atteint sa taille maximale en 2022. Parallèlement, des violations massives des lois sur les salaires et les heures de travail ont été commises dans les secteurs employant des travailleurs H-2B. Les données du Département du travail des États-Unis montrent que près de 1,8 milliard de dollars ont été volés aux travailleurs employés dans les principaux secteurs H-2B (ceci inclut à la fois les travailleurs américains et les travailleurs migrants) entre 2000 et 2021. Voir, Daniel Costa, *As the H-2B visa program grows, the need for reforms that protect workers is greater than ever*, ECONOMIC POLICY INSTITUTE, (août 2022) <https://www.epi.org/publication/h-2b-industries-and-wage-theft/>.

²² Rajeev Syal & Kiran Stace, *Rishi Sunak 'extinguishing the right to seek refugee protection in the UK'*, GUARDIAN, (2023), <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/mar/07/suella-braverman-asylum-migration-bill-law-change-small-boats>.

travailleur. Les articles de ce numéro du Global Labour Rights Reporter mettent en lumière certaines des stratégies et initiatives innovantes que les travailleurs et leurs alliés (au sein de la communauté juridique et du mouvement syndical) ont mises en œuvre pour permettre aux migrants et aux réfugiés - quel que soit leur statut - d'exercer leurs droits et d'accéder à des moyens de recours dans les cas où ceux-ci seraient violés.

PROTECTION GRÂCE À L'OCTROI DE VISAS POUR PERMETTRE AUX TRAVAILLEURS MIGRANTS EXPLOITÉS DE DÉPOSER DES PLAINTES : UNE PROPOSITION AUSTRALIENNE

LAURIE BERG ET BASSINA FARBENBLUM¹

Australie | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

L'exploitation des travailleurs migrants est un phénomène bien ancré dans de nombreux secteurs d'activité et dans pratiquement tous les pays. Les comportements abusifs des employeurs ne sont pas contrôlés dans leur grande majorité parce que les systèmes d'application de la législation du travail sont déficients et manquent de ressources, et que la plupart des travailleurs migrants choisissent de ne pas signaler l'exploitation dont ils sont victimes. Bien souvent, les travailleurs migrants se taisent de peur que, s'ils se manifestent, ils risquent de compromettre leur visa et leur séjour dans le pays d'emploi ou de compromettre l'obtention d'un futur visa. Les travailleurs migrants qui sont parrainés par leur employeur craignent de perdre leur parrainage et, partant, leur autorisation de séjourner légalement dans le pays. Les travailleurs sans papiers et les travailleurs qui n'ont pas respecté les conditions figurant sur leur visa craignent d'être repérés par les services de l'immigration et de voir leur visa annulé ou d'être expulsés. À la fin de leur séjour, lorsque les travailleurs migrants ont la possibilité de faire valoir leurs droits sans risque pour leur emploi ou leur visa, ils sont priés de retourner rapidement dans leur pays d'origine. Toutes les informations sur les employeurs peu scrupuleux disparaissent et le travailleur n'a jamais la possibilité d'obtenir justice pour les multiples violations du droit du travail dont il a été victime.²

En Australie, en 2022, le Migrant Justice Institute

¹ Mme Laurie Berg est membre de la faculté de droit de l'UTS et codirectrice exécutive du Migrant Justice Institute.

² Voir Migrant Justice Institute (MJI), *MIGRANT WORKERS AND WAGE THEFT: WHY GOVERNMENT AND BUSINESS SYSTEMS ARE FAILING AND WHAT NEEDS TO CHANGE*, (2023), <https://www.migrantjustice.org/wagethefta2j>.

« Ces défis liés à l'immigration pourraient être surmontés de deux manières : (1) l'autorisation à court terme de prolonger le séjour d'un travailleur migrant avec des droits de travail pour faire valoir une revendication salariale et, pour certains, la transition vers un nouvel employeur et/ou un nouveau visa, et (2) pour ceux qui ont travaillé sans autorisation légale, la protection contre l'expulsion ou l'annulation du visa. »

a élaboré une proposition détaillée de protection contre l'annulation des visas et un nouveau visa de courte durée appelé « Workplace Justice visa » pour les travailleurs migrants qui apportent la preuve qu'ils intentent une action contre un employeur pour violation du droit du travail.³ En collaboration avec une autre organisation nationale, le Human Rights Law Centre, le Migrant Justice Institute a recueilli un soutien sans précédent en faveur de cette proposition quelque peu radicale au sein du mouvement syndical et du monde associatif et, plus tard, du monde des affaires. Cette proposition a été qualifiée de « ticket d'unité » par un haut fonctionnaire du gouvernement fédéral australien. En mai 2023, le ministre de l'immigration a annoncé qu'il introduirait les deux éléments clés de la proposition : un projet pilote de visa de courte durée permettant aux travailleurs migrants de rester pour faire valoir leurs revendications salariales ou participer à une enquête sur l'application de la législation du travail ; et une protection législative contre l'annulation du visa pour les titulaires de visa qui dénoncent un employeur qui les

³ Voir MJI, *BREAKING THE SILENCE: A PROPOSAL FOR WHISTLEBLOWER PROTECTIONS TO ENABLE MIGRANT WORKERS TO ADDRESS EXPLOITATION*, (2023), <https://www.migrantjustice.org/law-and-policy-reform-proposals> (dernière visite : 1 mars 2023).



Bassina Farbenblum
Codirectrice exécutive de l'Institut pour la justice des migrants ; professeure associée à la faculté de droit de l'Université de Technologie de Sydney



Laurie Berg
Codirectrice exécutive de l'Institut pour la justice des migrants ; professeure associée à la faculté de droit de l'Université de Technologie de Sydney

exploite mais qui n'ont pas respecté les conditions d'obtention de leur visa. Les détails de chaque élément sont en cours d'élaboration. Si elle est mise en œuvre, la proposition australienne constituera un nouveau modèle et un précédent mondial solide en matière de protection des travailleurs migrants qui cherchent à tenter une action en justice pour violation des droits du travail sans compromettre leur visa.

Cet article examine le contexte et les détails de la proposition, ainsi que le processus visant à obtenir le soutien et le consensus de divers groupes de défense, de syndicats et de parties prenantes communautaires. Il situe les réformes proposées dans le contexte d'exemples d'autres modèles mondiaux qui, pour la plupart, sont plus limités.

Problème : l'écrasante majorité des travailleurs migrants en Australie subit en silence le vol des salaires et d'autres abus en matière de travail.

Contrairement à de nombreux autres pays du Nord, l'Australie n'a jamais mis en place un programme de travail temporaire d'envergure dédié. En lieu et place, une main-d'œuvre migrante temporaire de fait et faiblement rémunérée a fait son apparition avec les centaines de milliers d'étudiants du monde entier dont les droits de travail sont limités, les routards à qui l'on promet une prolongation de leur visa s'ils entreprennent des travaux horticoles ou autres dans certaines régions, et à un programme de visas temporaires parrainés par des employeurs qualifiés qui peut être utilisé par ces derniers pour embaucher des travailleurs immigrés vulnérables. Plus de 100 000 travailleurs migrants sans papiers vivent en Australie et sont, pour la plupart, arrivés avec un visa en cours de validité et y séjournent au-delà de la durée de validité de celui-ci.⁴

Le vol de salaire et d'autres formes d'exploitation sont endémiques dans les secteurs d'activité qui emploient un grand nombre de travailleurs migrants. L'enquête menée en 2016 par le Migrant Justice Institute auprès de 4 322 titulaires de visas temporaires a révélé que trois quarts d'entre eux gagnaient moins que le salaire horaire minimum applicable,

⁴Jess Davis, *Calls For Amnesty for Undocumented Workers, As New Report Recommends 'One-Off' Visas in Agriculture*, ABC NEWS, (4 mars 2021), <https://www.abc.net.au/news/2021-03-05/covid-19-vaccine-calls-for-amnesty-for-undocumented-workers/13218382>.

et qu'un tiers gagnait moins de la moitié du salaire minimum.⁵ Parmi ces travailleurs sous-payés, 91 % n'en ont parlé à personne et n'ont entamé aucune action. L'enquête à grande échelle que nous avons menée par la suite en 2019 a abouti à des résultats similaires.⁶

Une grande partie de ces travailleurs restent silencieux face au vol de salaire et à d'autres formes d'exploitation pour des raisons similaires à celles des migrants d'autres pays. Les étudiants étrangers qui ont travaillé plus que le nombre d'heures autorisé par leur visa évitent de faire valoir leurs droits auprès de leurs employeurs par crainte de voir leur visa annulé ou de compromettre l'obtention d'un visa à l'avenir. Les travailleurs parrainés victimes de vol de salaire gardent le silence de peur de perdre leur emploi et, par là même, leur visa. Les routards exploités refusent souvent de demander des comptes à leur employeur pour le harcèlement sexuel et d'autres formes d'exploitation parce qu'ils ont besoin de l'attestation dudit employeur pour obtenir un visa pour une deuxième année.

L'autorité nationale de régulation du travail en Australie, le Fair Work Ombudsman (FWO), reconnaît depuis des années que la plupart des travailleurs migrants rechignent à solliciter son aide.⁷ Le gouvernement fédéral a d'abord tenté de résoudre ce problème en mettant en œuvre un « Protocole d'assurance » entre le FWO et le Département des affaires intérieures (DHA) en 2017. En vertu de cet accord, le DHA s'engage à ne pas annuler le visa d'un étudiant étranger⁸ pour violation des droits du travail si le

⁵Laurie Berg & Bassina Farbenblum, *WAGE THEFT IN AUSTRALIA: FINDINGS OF THE NATIONAL TEMPORARY MIGRANT WORK SURVEY*, 5 (2017), <https://www.migrantjustice.org/highlights/2017/11/14/report-released-wage-theft-in-australia-findings-of-the-national-temporary-migrant-work-survey> (dernière visite : 1 mars 2023).

⁶Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *WAGE THEFT AND INTERNATIONAL STUDENTS REPORT*, 8 (2020), <https://www.migrantjustice.org/iswagetheft> (dernière visite : 1 mars 2023).

⁷Alexandra Reilly, Joanna Howe, Laurie Berg, Bassina Farbenblum & George Tan, *INTERNATIONAL STUDENTS AND THE FAIR WORK OMBUDSMAN*, (2017), <https://www.migrantjustice.org/publications-list/report-international-students-and-the-fair-work-ombudsman> (dernière visite : 1 mars 2023).

⁸Le protocole s'applique à tous les migrants temporaires ayant le droit de travailler, mais en réalité, il ne peut être utilisé que par les étudiants internationaux. Les travailleurs parrainés par leur employeur sont pratiquement dans l'impossibilité de se prévaloir de

travailleur coopère avec le FWO dans le cadre de ses enquêtes. Sur le principe, le protocole d'assurance constitue une approche novatrice de la protection des travailleurs migrants, car il reconnaît la nécessité de prévoir des garanties en matière de visas pour permettre aux étudiants étrangers de dénoncer l'exploitation dont ils sont victimes. Dans la pratique, cependant, son impact a été quasiment nul. Entre 2017 et 2021, il n'a été utilisé que par 77 titulaires de visas temporaires.⁹

« Les syndicats, les défenseurs des droits communautaires et les organisations de migrants de toute l'Australie ont compris qu'étant donné le risque sérieux d'annulation des visas (ou d'expulsion pour les travailleurs sans papiers), les travailleurs migrants ne se retourneront contre leurs employeurs que si des protections solides et explicites contre les conséquences négatives sont en place ou s'ils sont déjà en fin de séjour et n'ont plus rien à perdre. »

Son inefficacité tient à plusieurs lacunes majeures, notamment au fait qu'il n'est accessible qu'aux migrants qui ont enfreint une condition de visa liée aux droits du travail, et uniquement s'ils « coopèrent avec [le FWO] dans le cadre de [ses] enquêtes ». ¹⁰ Il ne peut être utilisé par les travailleurs exploités pour lesquels le FWO décide de ne pas poursuivre l'enquête en raison de l'insuffisance des preuves (en particulier pour les travailleurs sous-payés en espèces), du manque de ressources disponibles auprès du FWO ou pour d'autres raisons. En effet, le FWO n'enquête pas systématiquement sur les demandes des travailleurs migrants qui sollicitent son aide. ¹¹ Le recours

ces protections. Ils craignent de perdre leur parrainage s'ils font valoir leurs droits auprès de leur employeur qui les parraine au cours de leur période d'emploi. Toutefois, pour ces travailleurs, le dispositif de protection contre l'annulation de leur visa n'est pas suffisant pour pallier l'invalidité de leur visa du fait de la cessation du parrainage. En revanche, si leur parrainage prend fin ou est résilié, ces travailleurs ont besoin d'un nouveau visa pour régulariser leur séjour pendant une courte période qui leur permettra d'introduire une demande et d'identifier un nouveau parrain avant d'obtenir à nouveau un visa parrainé par un employeur.

⁹Informations fournies par le DHA en réponse à une demande d'accès à l'information, FA 21/12/00662, (14 février 2022).

¹⁰ Fair Work Ombudsman, *Visa protections – the Assurance Protocol*, <https://www.fairwork.gov.au/find-help-for/visa-holders-migrants/visa-protections-the-assurance-protocol> (dernière visite : 1 mars 2023).

¹¹ Laurie Berg & Bassina Farbenblum, *Migrant Workers'*

au protocole est donc hypothétique et échappe en grande partie au contrôle du travailleur. Le protocole n'est pas non plus ouvert aux travailleurs qui souhaitent s'adresser à d'autres organismes pour signaler d'autres préjudices subis sur le lieu de travail ou demander de l'aide en rapport avec ces préjudices, y compris les atteintes à la santé et à la sécurité au travail, le harcèlement sexuel ou les brimades et autres formes d'abus.

Proposition du Migrant Justice Institute en matière de « protection des lanceurs d'alerte »

En 2022, le Migrant Justice Institute a élaboré une proposition détaillée pour un nouveau projet à court terme de « Workplace Justice Visa » pour les travailleurs migrants qui apportent la preuve qu'ils intentent une action contre un employeur pour violation du droit du travail, et une protection contre l'annulation du visa principalement pour les étudiants étrangers qui n'ont pas respecté leur plafond d'heures de travail.

Un nouveau Workplace Justice Visa (visa pour la justice au travail)

La proposition prévoit la délivrance d'un nouveau visa « Workplace Justice Visa » aux travailleurs migrants qui déposent des plaintes légitimes contre un employeur en recourant à d'autres moyens que l'autorité fédérale de réglementation du travail.

Conditions d'obtention du visa. Un travailleur migrant peut prétendre à ce visa dans les conditions suivantes :

1. des motifs raisonnables de soupçonner que son employeur a commis une infraction non négligeable au droit du travail ou au droit de l'immigration à son égard ;
2. le travailleur est un « lanceur d'alerte », c'est-à-dire qu'il a pris des mesures pour remédier à l'infraction. Il peut s'agir d'aider une agence gouvernementale compétente à enquêter sur l'employeur, de prendre contact avec un syndicat au sujet d'une infraction présumée de l'employeur ou d'avoir fait appel à un avocat privé ou communautaire pour tenter une action en justice.

Formes de preuves acceptables attestant du bien-fondé de l'allégation du travailleur, et preuve que le travailleur prend des mesures pour obtenir

Access to Remedy for Exploitation in Australia: The Role of the National Fair Work Ombudsman, 23(3) AUSTRALIAN J. OF HUM. RTS. 310-331 (2017), <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1323238X.2017.1392478>.

réparation. Celles-ci seraient définies dans un instrument législatif et incluraient :

1. une attestation d'un organisme chargé de l'application de la loi indiquant qu'il mène des enquêtes ou prend des mesures de mise en conformité en rapport avec l'emploi du titulaire du visa. Parmi les organismes d'application de la loi concernés, figurent une série d'autorités fédérales et étatiques chargées du travail, ainsi que des organismes de maintien de l'ordre et des organismes d'application de la loi dans le cadre des systèmes d'autorisation d'embauche de main-d'œuvre ;
2. une juridiction, un tribunal ou une commission délivrant un « certificat de séjour temporaire » attestant que la présence continue d'un travailleur en Australie est nécessaire à la conduite de sa procédure ;
3. la certification par un praticien du droit du travail titulaire d'une accréditation en tant qu'expert auprès de l'ordre des avocats compétent ou employé dans un service juridique financé par le gouvernement, pratiquant à titre bénévole dans une entreprise commerciale ou au sein d'un syndicat. Le juriste doit certifier qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que l'employeur d'un travailleur a enfreint une loi applicable au lieu de travail dans le cadre de l'emploi du titulaire du visa, et que le travailleur exerce un recours juridique en rapport avec une infraction présumée au lieu de travail par voie de négociation avec l'employeur ou par une demande légale auprès d'un forum approprié.

La prescription d'un éventail plus large de preuves acceptables, y compris de la part des avocats des syndicats, garantit que les ressources des agences gouvernementales ne seront pas épuisées par un nombre potentiellement élevé de demandes de certification de la part des travailleurs qui souhaitent bénéficier de ce visa.

L'admissibilité dépend de présomptions d'infractions non négligeables de la part des employeurs. Un instrument législatif établirait une liste des infractions commises sur le lieu de travail qui ouvrent notamment droit à un visa, y compris les infractions au droit du travail, à la législation sur la santé et la sécurité au travail et aux lois interdisant le harcèlement sexuel.

Garanties contre les demandes non fondées introduites en vue de l'obtention du visa. Les trois options de certification établissent un équilibre entre, d'une part, la mise en place de garanties contre les demandes frauduleuses d'obtention de visa et, d'autre part, une procédure simple de présentation de preuves et de détermination de l'admissibilité qui ne crée pas d'obstacles pour les

travailleurs migrants qui demandent véritablement une protection.

La possibilité de certification par des acteurs non gouvernementaux est une option qui n'exige pas beaucoup de ressources ou de temps de la part de ces agences gouvernementales pour l'administrer. Consciente des préoccupations potentielles des pouvoirs publics concernant les certifications fausses ou insuffisamment étayées, la proposition contient trois mesures de protection. Premièrement, l'admissibilité à la certification est limitée aux avocats titulaires d'un certificat de pratique juridique en cours de validité et soumis au contrôle d'une instance disciplinaire professionnelle. Deuxièmement, l'admissibilité est limitée aux avocats privés qui ont obtenu une accréditation de leur barreau respectif (ce qui augmente le risque de réputation professionnelle), ou qui sont employés par des cabinets privés dans le cadre de pratiques *pro bono*, dans des cabinets financés par le gouvernement ou dans des syndicats qui n'ont aucun intérêt financier ou autre à certifier faussement une réclamation. Troisièmement, un instrument législatif fixerait un seuil pour les infractions « non négligeables », comme le paiement minimum de 2 000 AUD (1 340 USD) par travailleur.

Élargissement des acteurs chargés de l'application de la législation, y compris aux syndicats. La proposition présente l'avantage non négligeable de créer une communauté chargée de l'application de la législation au-delà des régulateurs gouvernementaux et d'inciter les travailleurs à déposer des plaintes par l'intermédiaire des centres juridiques et des syndicats. Il s'agit notamment d'inciter les travailleurs migrants à adhérer à un syndicat (aucune restriction légale ou autre n'empêche les travailleurs migrants en Australie d'adhérer à un syndicat) et, inversement, d'inciter les syndicats à recruter des travailleurs migrants. De plus, l'accès du gouvernement à des renseignements permettant d'étayer ses activités de contrôle s'en trouverait considérablement amélioré, car un demandeur s'appuyant sur une attestation d'un avocat privé est tenu de prouver qu'il a également signalé l'infraction à une autorité gouvernementale compétente.

Structure, durée et conditions du visa. Le visa « Workplace Justice » proposé est un visa concret qui présente les caractéristiques suivantes :

1. Sa durée de validité est de 6 à 12 mois, à la discrétion du décideur, en fonction de la forme, de la qualité et du contenu des preuves, du bien-fondé et des progrès de l'enquête, de la plainte ou de la réclamation. Le visa reste valable pour la période approuvée, que le litige soit ou



© FrameAngel / Shutterstock

non réglé, car le fait de subordonner la validité du visa au maintien de l'affaire peut inutilement freiner le règlement de la procédure. En cas de doute, un responsable des services de l'immigration peut exiger une certification de la bonne foi du règlement.

2. Le titulaire du visa peut demander un visa ultérieur/renouvellement d'un visa « Workplace Justice » s'il peut apporter la preuve qu'une procédure judiciaire ou une enquête est toujours en cours (seuil plus élevé que pour le visa initial). Il s'agit d'un point essentiel, car le fait de ne donner accès à ce visa qu'une seule fois permettrait à un employeur peu scrupuleux de prolonger indûment une négociation ou une procédure judiciaire jusqu'à l'expiration du visa, et de contraindre le travailleur à quitter le pays sans recours.
3. Le titulaire du visa est autorisé à travailler. Sans les revenus obtenus grâce aux droits du travail, la plupart des travailleurs migrants ne pourraient pas rester en Australie pour faire valoir leurs réclamations. Le visa serait alors très peu utilisé ou les titulaires de visa se livreraient à un travail non autorisé pour subvenir à leurs besoins, ce qui aggraverait le problème que le visa est supposé résoudre.
4. Une condition attachée au visa devrait stipuler que le titulaire du visa ne doit pas abandonner la demande ou cesser de coopérer avec les autorités (à l'exclusion des règlements de bonne foi). Ainsi, le titulaire du visa et l'employeur ne sont pas complices d'infractions à la législation du travail pour faciliter le séjour d'un travailleur en Australie.
5. Lorsqu'un travailleur migrant passe d'un visa de droit commun à un visa « Workplace Justice », le visa « Workplace Justice » doit avoir les mêmes voies d'accès que le visa effectif précédent. Cela permettrait aux travailleurs parrainés par un employeur qui ont quitté un employeur sans scrupules de trouver un autre parrainage.

Possibilité d'obtention d'un visa pour les travailleurs sans papiers, y compris en cas de détection. Les travailleurs sans papiers devraient pouvoir prétendre à ce visa, qu'ils se manifestent de manière proactive ou qu'ils déposent une demande d'emploi après avoir été détectés par le DHA. Une discussion approfondie sur les préoccupations et les réponses potentielles en rapport avec les travailleurs sans-papiers est présentée dans la Proposition.¹²

Protection contre l'annulation d'un visa

La proposition contient également des recommandations visant à renforcer les protections contre l'annulation des visas et l'impossibilité d'obtenir un visa à l'avenir, afin de permettre aux étudiants étrangers en Australie, en particulier, de faire valoir des droits légitimes à l'encontre d'un employeur. Ces dispositions s'appliquent lorsque l'étudiant étranger a enfreint les conditions de son visa de travail pour le compte d'un employeur spécifique, qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que cet employeur a commis une infraction non négligeable au droit du travail ou au droit de l'immigration à l'égard de ce travailleur et que ce dernier a pris des mesures pour remédier à l'infraction. Les critères d'admissibilité et relatifs aux éléments de preuve pour demander une protection contre l'annulation du visa seraient les mêmes que pour le visa « Workplace Justice ».

Pour donner une définition légale claire et fiable à cette protection, l'assurance devrait être fournie par une disposition existante de la législation australienne sur l'immigration, selon laquelle « le ministre ne doit pas annuler un visa ... s'il existe des circonstances prescrites dans lesquelles un visa ne doit pas être annulé ». La réglementation australienne ne prévoit actuellement aucune circonstance dans laquelle un visa ne doit pas être annulé. Dans le cadre du régime proposé, des règlements seraient adoptés, prescrivant qu'un visa ne doit pas être annulé lorsqu'un travailleur est devenu un « lanceur d'alertes » dans les circonstances décrites ci-dessus.

Créer un mouvement de soutien à la proposition

Contrairement à d'autres pays de l'OCDE, l'Australie n'en est qu'à ses débuts pour ce qui est de l'exploitation des travailleurs migrants. Si la question a gagné en importance ces dernières années, jusqu'à récemment, la question des droits des

¹² MJI, BREAKING THE SILENCE: A PROPOSAL FOR WHISTLEBLOWER PROTECTIONS TO ENABLE MIGRANT WORKERS TO ADDRESS EXPLOITATION, at 21-22 (2023), <https://www.migrantjustice.org/law-and-policy-reform-proposals> (dernière visite : 1 mars 2023).

travailleurs migrants étaient en grande partie occultée par le gouvernement australien. En mai 2022, un nouveau gouvernement travailliste est arrivé au pouvoir après s'être engagé lors des élections à s'attaquer à la question de l'exploitation des travailleurs migrants.

Reconnaissant que le moment était venu d'introduire des réformes systémiques plus radicales, le Migrant Justice Institute s'est associé au Human Rights Law Centre pour élaborer une proposition de protection des lanceurs d'alerte dans le cas des travailleurs migrants. Le concept de visa temporaire qui permet à un travailleur migrant de prolonger son séjour en Australie pour faire valoir ses droits a jeté les bases des recommandations de réforme du droit formulées par les juristes, les syndicats et le secteur associatif pendant plus d'une décennie. Le Migrant Workers Centre, qui travaille aux côtés du mouvement syndical dans l'État de Victoria pour donner des moyens d'action aux travailleurs migrants, avait inventé le terme « lanceur d'alerte » pour signifier que ce visa renforcerait l'action des travailleurs migrants qui dénonçaient le comportement fautif de leurs employeurs/entreprises. Aucune personne ou organisation n'avait toutefois défini les modalités d'application de ce visa, y compris les conditions d'admissibilité et les mesures de protection contre les abus.

Compte tenu de la nature plutôt radicale de la proposition, les organisations chefs de file ont voulu parvenir à un large consensus entre les syndicats, les prestataires de services et d'autres organisations nationales de premier plan sur la forme de la proposition, en rédigeant un document de synthèse et en organisant une série de consultations d'experts. Une fois la proposition affinée, tous les éléments justifiés et les problèmes potentiels résolus, les organisations chefs de file ont pris contact avec toute une série d'organisations australiennes afin d'obtenir leur soutien. Plus de 40 organisations ont soutenu la proposition, dont des prestataires de services juridiques, des syndicats (de droite et de gauche), des églises, des associations de communautés ethniques, des associations professionnelles (y compris des agents de migration), des organisations internationales de défense des droits de l'homme, des services nationaux de protection sociale et un commissaire national à la lutte contre l'esclavage (la liste complète des organisations ayant soutenu la proposition peut être consultée dans la proposition).¹³ La proposition a également été approuvée par la suite par le réseau australien du Pacte mondial des Nations unies, qui regroupe un grand nombre des plus grandes entreprises australiennes qui se sont engagées à lutter contre l'esclavage moderne.

¹³Id.



© Michael Major / Shutterstock

La proposition a été communiquée à titre confidentiel aux principaux ministères et départements gouvernementaux fin 2022, puis a fait l'objet de discussions visant à répondre aux préoccupations exprimées. Au moment de son examen par le cabinet du gouvernement fédéral en février 2023, elle a été rendue publique dans le cadre d'une vaste campagne dans les médias et sur les réseaux sociaux. En mai 2023, le ministre de l'immigration a annoncé que qu'il introduirait les deux éléments clés de la proposition : un projet pilote de visa de courte durée permettant aux travailleurs migrants de rester pour faire valoir des revendications salariales ou participer à une enquête sur l'application de la législation du travail ; et une protection législative contre l'annulation du visa pour les détenteurs de visa qui dénoncent un employeur qui les exploite mais qui n'ont pas respecté les conditions d'obtention de leur visa. Le ministère de l'intérieur a organisé un atelier de "co-conception" avec les syndicats et la société civile sur les détails de chaque élément. 2023, les formes définitives des deux éléments sont en cours d'élaboration par le gouvernement.

Contexte mondial : une avancée par rapport aux protections plus limitées dans de nombreux pays

Cette proposition s'appuie sur les enseignements tirés dans d'autres pays. Plusieurs pays ont introduit des visas pour faire face à l'exploitation des travailleurs migrants, mais ils ne l'ont fait que de manière partielle, ce qui n'encourage pas efficacement le plus grand nombre de travailleurs migrants à dénoncer l'exploitation sur leur lieu de travail. Si elle est mise en œuvre, la proposition australienne créera de nouveaux modèles et de solides précédents au niveau mondial en matière de protection des travailleurs migrants qui cherchent à faire valoir leurs droits en matière de travail sans mettre en péril leur visa.

Les possibilités limitées dont disposent actuellement les travailleurs migrants pour obtenir un nouveau

visa afin de faire valoir une demande d'indemnisation au titre du droit du travail

De nombreux pays accordent des visas aux victimes de la traite des êtres humains ou aux témoins dans le cadre d'enquêtes criminelles sur le travail forcé ou des infractions similaires, ce qui peut également permettre aux travailleurs d'engager des poursuites civiles contre leurs employeurs.

« Cela étant, en l'absence d'enquête criminelle, seul un très petit nombre de pays permet aux travailleurs de prolonger leur visa ou de demander un nouveau visa de courte durée, afin de rester dans le pays d'emploi pour faire valoir une revendication salariale.¹⁴ Même dans les pays disposant de procédures formelles de demande de séjour, ces programmes sont limités et ne permettent souvent pas au migrant de travailler pendant que son affaire est examinée. »

En vertu de la loi lettone, par exemple, un travailleur étranger sans papiers "employé dans des conditions de travail particulièrement abusives" peut demander un permis de séjour temporaire d'un an (renouvelable) « si le ressortissant étranger a saisi le tribunal d'une demande de recouvrement de sa rémunération impayée auprès de l'employeur ». ¹⁵ On ignore toutefois si ce permis de séjour est accordé dans la pratique.

Hong Kong dispose de procédures formelles permettant aux travailleurs domestiques étrangers de demander une prolongation de leur visa afin de déposer et de faire valoir une demande d'indemnisation au titre du droit du travail.¹⁶ Cela leur permet de rester à Hong Kong à l'expiration de leur visa (généralement deux semaines après la fin de leur contrat de travail). Chaque prolongation de visa de deux semaines coûte toutefois environ

¹⁴ Cette section s'appuie sur les recherches menées par Sarah Mehta, responsable des projets internationaux, Migrant Justice Institute. Les erreurs éventuelles sont le fait des auteurs. Pour plus d'informations, voir aussi MJ, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT, <https://www.migrantjustice.org/wagethefta2j> (dernière visite : 1 mars 2023).

¹⁵ IMMIGRATION LAW (IMIGRĀCIJAS LIKUMS), section 23(7) (Lat.).

¹⁶ Gouvernement de Hong Kong, Département des affaires intérieures, WORKING IN HONG KONG, https://www.had.gov.hk/rru/en/images/pdf/Your_Guide_to_Services_in_HK_English_chapter_4.pdf (dernière visite : 26 Jan. 2023); Hong Kong Federation of Asian Domestic Workers Unions (FADWU), THE PRICE OF JUSTICE: MIGRANT DOMESTIC WORKERS' EXPERIENCE OF TRYING TO RESOLVE LABOUR DISPUTES, (2019), https://idwfed.org/wp-content/uploads/2022/07/the_price_of_justice.pdf (dernière visite : 1 mars 2023); Rachel Li, *Interview - HELP*, (2023) (entretien réalisé dans le cadre des recherches du MJ, transcriptions archivées).

230 HK\$ (29,40 USD) et ne permet pas au migrant de travailler pendant la durée du visa, de sorte que celui-ci doit assumer tous les frais de logement, de nourriture et autres dépenses pendant la durée de la procédure. Pour de nombreux travailleurs, cela représente un coût important, d'autant plus que nombre d'entre eux devront demander de multiples prolongations en raison des retards accumulés par les tribunaux.

En Malaisie, les travailleurs migrants et d'autres personnes peuvent demander un "laissez-passer spécial" qui leur permet de rester au-delà de leur visa, généralement jusqu'à 30 jours, si le travailleur présente des documents attestant qu'il fait valoir une demande d'indemnisation au titre du droit du travail.¹⁷ Le laissez-passer peut être renouvelé pour une durée totale de trois mois, à la discrétion du service de l'immigration. Les défenseurs des droits des migrants notent que ce laissez-passer n'est pas une garantie significative pour les travailleurs migrants parce qu'il est de courte durée, discrétionnaire, coûteux (il coûte 100 ringgits malaisiens (environ 24 USD) à chaque renouvellement) et ne confère pas de droits de travail, ce qui ne permet pas au travailleur de subvenir légalement à ses besoins pendant que la procédure judiciaire suit son cours.

Ces dernières années, plusieurs pays, dont le Canada,¹⁸ la Finlande,¹⁹ et la Nouvelle-Zélande²⁰ ont

¹⁷ *Immigration Regulations of 1963*, Regulation 14 (Malaisie); Voir Conseil de l'ordre des avocats de Malaisie, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE: MALAYSIA, (2019), [https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Migrant%20Workers%20Access%20to%20Justice%20Report%20\(28Nov2019\).pdf](https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Migrant%20Workers%20Access%20to%20Justice%20Report%20(28Nov2019).pdf) (dernière visite : 1 mars 2023); Renuka Balasubramaniam, *Interview*, (2023) (entretien réalisé dans le cadre de la recherche du MJ, transcriptions dans le dossier); Apolinar Tolentina, *Interview*, (2023) (entretien réalisé dans le cadre de la recherche du MJ, transcriptions dans le dossier); iVisa, MALAYSIA VISA EXTENSION: ALL THE INFORMATION YOU NEED TO KNOW ABOUT IT, <https://www.ivisa.com/malaysia-blog/updated-information-for-malaysia-visa-extension> (dernière visite : 1 mars 2023).

¹⁸ Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2019-148, sections 299(2)(l) and 303.2(2)(a) in Government of Canada, *Part 2: Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, 153 CANADA GAZETTE (2019), <https://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-05-29/html/sor-dors148-eng.html> (dernière visite : 1 mars 2023); voir également Amanda Aziz, A PROMISE OF PROTECTION? AN ASSESSMENT OF IRCC DECISION-MAKING UNDER THE VULNERABLE WORKER OPEN WORK PERMIT PROGRAM (2022).

¹⁹ Services de l'immigration finlandais, *Residence permit or certificate due to exploitation by employer*, MAAHANMUUTTOVIRASTO, <https://migri.fi/en/residence-permit-or-certificate-due-to-exploitation-by-employer> (dernière visite : 1 mars 2023); Voir Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), LABOUR MIGRATION POLICIES CASE STUDY SERIES: FINLAND, (2022), https://picum.org/wp-content/uploads/2023/02/Labour-migration-policies_Case-study-series_Finland_EN.pdf.

²⁰ Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, *Migrant Exploitation*

mis en place des programmes de transférabilité pour les travailleurs migrants victimes d'exploitation sur leur lieu de travail. Ils permettent à un travailleur parrainé par un employeur de signaler une infraction au droit du travail et d'obtenir un visa de courte durée pour rester dans le pays et trouver un autre emploi, avant de déposer une nouvelle demande de visa lorsqu'il aura trouvé un nouvel employeur qui le parraine. Ces modèles ont pour but principal de permettre aux travailleurs parrainés de quitter un emploi où ils sont exploités. Pour bénéficier de ces visas, le travailleur migrant doit prouver qu'il est victime d'une exploitation sur son lieu de travail, mais on ne sait pas très bien à quelle fréquence les plaintes sont examinées par les autorités du travail et si des réparations individuelles, comme le remboursement du salaire, sont obtenues.

Protection contre l'annulation des visas et l'expulsion

En Australie, la protection contre l'annulation des visas est d'une importance capitale, car une grande partie de la main-d'œuvre migrante vulnérable du pays est constituée d'étudiants étrangers qui travaillent au-delà du plafond d'heures de travail autorisé afin de compenser des salaires sous-rémunérés illégalement. Dans la mesure où ils ont enfreint les conditions prévues sur leur visa, leur visa pourrait être annulé s'ils sont découverts et ils seraient tenus de quitter l'Australie.

Nous n'avons certes pas recensé d'autres exemples mondiaux de protection des travailleurs migrants contre une annulation de leur visa, mais les États-Unis ont récemment introduit de nouvelles protections permettant aux travailleurs sans papiers qui signalent des abus sur leur lieu de travail d'éviter d'être expulsés et de rester temporairement dans le pays. En 2023, le Département de la sécurité intérieure des États-Unis a mis en place une nouvelle procédure simplifiée et centralisée permettant aux travailleurs migrants impliqués dans des conflits du travail de demander une aide à l'immigration dans le cadre d'une action différée, qui peut durer jusqu'à deux ans en général et peut s'accompagner d'une autorisation de travail.²¹ Les candidats doivent fournir une lettre de soutien d'une agence pour l'emploi locale, étatique ou fédérale, décrivant « l'intérêt de l'agence pour l'emploi en matière d'application de la loi ou de

juridiction », les travailleurs concernés et la raison pour laquelle l'opportunité des poursuites pour ces travailleurs va dans le sens de l'intérêt de l'agence pour l'emploi. Si l'action différée ne modifie pas le statut d'immigration des travailleurs sans papiers, elle leur offre une protection contre l'expulsion et leur donne le temps de rechercher d'autres options en matière d'emploi et d'immigration. Les défenseurs des droits des travailleurs migrants notent qu'un autre avantage de l'action différée, dans ce modèle, est qu'elle fournit une autorisation de travail qui n'est pas liée à un seul employeur, ce qui augmente les options d'emploi du travailleur et son pouvoir de négociation pour éviter ou quitter une situation d'exploitation sur le lieu de travail.²²

Conclusion

L'émergence d'une nouvelle communauté de pratique mondiale parmi les défenseurs de la cause de l'exploitation des travailleurs migrants offre d'importantes possibilités d'établir et de partager des propositions et des exemples de pratiques prometteuses.²³ Des exemples clairs montrent que les gouvernements s'appuient les uns sur les autres pour mettre en place des réformes restrictives en matière de migration (y compris le triste régime célèbre de détention offshore de l'Australie).²⁴ Il est temps que les défenseurs des droits des migrants fassent pression sur les gouvernements dans une course aux réformes migratoires pour permettre aux travailleurs migrants de dénoncer l'exploitation dont ils sont victimes sur leur lieu de travail. Nous espérons que cette proposition définira une nouvelle bonne pratique à l'échelle mondiale, mais indépendamment de sa mise en œuvre, nous espérons que le partage de la proposition contribuera à un débat au niveau mondial entre les défenseurs qui développent et mènent des réformes dans chacun de nos pays.

Protection Work Visa: Visa details, IMMIGRATION NEW ZEALAND, <https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/visas/visa/migrant-exploitation-protection-visa> (dernière visite : 1 mars 2023).

²¹ Département de la sécurité intérieure des États-Unis, DHS ANNOUNCES PROCESS ENHANCEMENTS FOR SUPPORTING LABOR ENFORCEMENT INVESTIGATIONS, <https://www.dhs.gov/news/2023/01/13/dhs-announces-process-enhancements-supporting-labor-enforcement-investigations> (Dernière visite : 1 mars 2023).

²² Nina DiSalvo, *Interview - Towards Justice*, (2023).

²³ Migrant Justice Institute, Solidarity Center, Le réseau ILAW and MIDEQ s'est efforcé de soutenir cette communauté émergente en publiant une série de rapports, de notes de recherche, d'explications et en organisant des séminaires en ligne à l'échelle mondiale. Pour en savoir plus, consultez le site www.migrantjustice.org/wagethefta2j.

²⁴ Daniel Ghezlbash, LEGAL TRANSFERS OF RESTRICTIVE IMMIGRATION LAWS: A HISTORICAL PERSPECTIVE, 66 Int'l and Comp. L. Quarterly 235-255 (2017).

VIOLATION DES DROITS DES TRAVAILLEURS MIGRANTS : NÉCESSITÉ POUR LES AVOCATS DE FAIRE INVALIDER PAR LES TRIBUNAUX LE DROIT DE L'ÉTAT DE LIER DES TRAVAILLEURS À DES EMPLOYEURS DONNÉS.

AMANDA AZIZ¹, EUGÉNIE DEPATIE-PELLETIER²

Canada | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

Partout dans le monde, les migrants qui bénéficient d'un permis de travail les liant à des employeurs particuliers sont systématiquement victimes de violations des droits de la personne et des droits du travail. À partir d'exemples canadiens, américains et britanniques, anciens et contemporains, de politiques fondées sur le rattachement à un employeur, cet article montre

pourquoi les juristes doivent aller au-delà des mesures de protection symboliques accordées aux travailleurs migrants et se concentrer sur le démantèlement de la cause première de leur vulnérabilité aux abus : le statut juridique de rattachement à l'employeur.

Programmes d'(im)migration de travail liés à un employeur : un signal d'alarme

Le législateur et les gouvernements utilisent fréquemment des programmes de migration de main-d'œuvre pour répondre à leurs objectifs à long terme en matière de main-d'œuvre, ainsi qu'aux pénuries urgentes de main-d'œuvre qualifiée. Pour ce faire, les décideurs politiques disposent de nombreuses options pour accueillir et intégrer les ressortissants étrangers sur le marché du travail. Les programmes qui admettent les étrangers bénéficiant d'un statut juridique permanent, par exemple, leur donnent le droit de travailler, d'étudier, de quitter temporairement le pays, de s'installer s'ils le souhaitent et, avec le temps, de demander la citoyenneté. Les États disposent également de mécanismes permettant d'accélérer l'admission des ressortissants étrangers titulaires d'un permis de travail ouvert,³ qui leur permet de travailler pour quasiment n'importe quel employeur pendant une période déterminée (et, parfois, d'accéder à un statut de résident permanent).

¹ Amanda Aziz est une juriste spécialisée dans les questions d'immigration et de réfugiés, qui milite depuis de nombreuses années en faveur de la justice pour les migrants et qui est fière d'être née de parents immigrés. Elle a aidé de nombreuses familles à comprendre leur statut d'immigrant au Canada et travaillé avec des institutions soutenant les droits des femmes et des travailleuses et travailleurs. Elle travaille comme avocate salariée au Migrant Workers Centre BC et comme conseillère juridique du Congrès du travail du Canada dans le cadre un programme de régularisation des travailleurs du bâtiment. Elle fait partie de l'exécutif national de l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et participe activement au mouvement des villes refuges de Vancouver. Avant de devenir avocate, Amanda a représenté des étudiants de l'enseignement supérieur au niveau national, plaidant en faveur d'un enseignement universitaire accessible.

² Eugénie Depatie-Pelletier est titulaire d'une maîtrise en démographie et d'un doctorat en droit. Elle est professeure adjointe au département de géographie de l'Université Laval et chercheuse associée à la Chaire de recherche du Canada sur les dynamiques migratoires mondiales. Eugénie Depatie-Pelletier coordonne des projets de recherche académiques sur les droits fondamentaux des travailleurs migrants et travaille comme directrice générale de l'Association pour les droits des travailleuses et travailleurs de maison et de ferme. En tant qu'experte en politiques d'(im)migration de main-d'œuvre, elle travaille depuis 2003 pour des groupements communautaires, des organisations non gouvernementales, des organisations syndicales, des ministères et commissions aux niveaux fédéral et provincial au Canada, le gouvernement de la province de Shanxi, en Chine, ainsi que des organismes des Nations unies, et a publié de nombreux articles, chapitres d'ouvrages et rapports de recherche sur le sujet.

³ Ainsi, le programme SWAT des États-Unis, la classe d'expérience internationale du Canada ou les accords de l'Union européenne sur la mobilité des travailleurs à l'intérieur de l'Union ; Voir par exemple, Government of Canada, INTERNATIONAL EXPERIENCE CANADA: ABOUT THE PROCESS – WORKING HOLIDAY, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/work-canada/iec/about.html> (dernière visite : 10 avril 2023).

Parallèlement, les gouvernements appliquent souvent des régimes d'admission imposant aux travailleurs migrants un statut juridique lié à un employeur, les privant ainsi de leur droit d'en changer librement.⁴ S'il quitte son emploi, est licencié ou rompt de toute autre manière de sa relation avec l'employeur ou le groupe d'employeurs qui le parraine, son droit à gagner légalement sa vie dans le pays est immédiatement révoqué ou annulé, du moins temporairement.

Pour les travailleurs migrants liés à un employeur, le fait de quitter leur travail ou de faire valoir un droit susceptible de compromettre leur relation avec l'employeur qui les parraine implique un risque d'emploi clandestin, de retard ou de perte de possibilité de renouvellement de leur permis de travail ou de leur résidence permanente et de regroupement familial, de statut de sans-papiers, d'expulsion et d'interdiction d'entrer à nouveau dans le pays. Dans ce contexte, la plupart d'entre eux préfèrent ne pas quitter leur emploi ou faire valoir leur droit fondamental à la liberté d'association ou d'autres droits du travail protégés, même si leurs conditions de travail sont dangereuses ou en cas d'abus de la part de leur employeur. Les travailleurs migrants évitent aussi de se plaindre ou de demander justice en cas de violation de leurs droits - à moins qu'ils ne souffrent d'une maladie grave, qu'ils soient victimes d'un accident, qu'ils aient été licenciés, qu'ils n'aient pas grand-chose à perdre et qu'ils bénéficient d'un extraordinaire réseau de soutien communautaire.⁵

⁴ Dans certains cas, une procédure de « changement d'employeur parrain » est possible. Toutefois, sauf circonstances exceptionnelles, il est généralement interdit aux travailleurs de changer d'employeur avant de se voir délivrer un nouveau permis de travail par les autorités. Ce processus est aléatoire, relève généralement d'une procédure relativement complexe, coûteuse et/ou longue, et il est de fait inaccessible aux travailleurs pris au piège d'un employeur abusif.

⁵ En cas de maladie ou d'accident lié au travail ou de licenciement par un employeur parrain abusif (lorsque d'anciens travailleurs migrants liés à un employeur n'ont pas grand-chose à perdre en portant plainte et n'ont que rarement accès en temps utile à des ressources adéquates pour le faire), ils risquent en tout état de cause de ne pas voir leur plainte traitée avant l'expiration de leur permis de séjour, ce qui favorise l'impunité dont jouissent ces employeurs abusifs. Bassina Farbenblum & Laurie Berg, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT: A GLOBAL STUDY OF PROMISING INITIATIVES (2021), <https://static1.squarespace.com/static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/>

Les associations de défense des droits des migrants, les groupes de défense des droits des travailleurs et les institutions de défense des droits de la personne sont depuis longtemps au fait des violations systémiques des droits dont sont victimes les travailleurs migrants liés à un employeur dans le monde entier. Depuis 2000, Human Rights Watch et Amnesty International ont publié à eux seuls plus de 50 rapports sur la question.⁶ Au moins 12 organes des Nations unies, dont l'Organisation internationale du travail, et la Banque mondiale, ont confirmé les risques accrus d'abus auxquels sont exposés les travailleurs migrants liés à un employeur.⁷ Certaines agences nationales, comme le Human Trafficking office Département d'État des États-Unis (Bureau de surveillance et de lutte contre la traite des personnes), reconnaissent désormais régulièrement la corrélation entre les programmes de travail liés à des employeurs et les conditions de travail forcé.⁸ Récemment, les problèmes de droits de la personne rencontrés par les travailleurs migrants liés à un employeur ont suscité une attention publique accrue lors de la Coupe du monde de la FIFA 2022 au Qatar⁹.

L'impact négatif du statut de travailleur lié à un employeur sur l'exercice des droits des travailleurs migrants est aujourd'hui largement documenté et bien établi par les chercheurs de toutes les disciplines des

[626229554faefb74014351e3/1650600300445/MIGRANT+WORKERS%E2%80%99+ACCESS+TO+JUSTICE+FOR+WAGE+THEFT](https://www.columbia.edu/~l123/626229554faefb74014351e3/1650600300445/MIGRANT+WORKERS%E2%80%99+ACCESS+TO+JUSTICE+FOR+WAGE+THEFT). Voir également British Columbia Employment Standards Coalition, JUSTICE DENIED: THE SYSTEMIC FAILURE TO ENFORCE BC STANDARDS (février 2022) (qui décrit les longs délais de traitement des plaintes déposées par les travailleurs auprès de la Direction des normes du travail de Colombie-Britannique.).

⁶ Eugénie Depatie-Pelletier, LABOUR MIGRATION PROGRAM DECLARED A "MODERN FORM OF SLAVERY" UNDER CONSTITUTIONAL REVIEW: EMPLOYER-TYING POLICY IMPACT VS MYTHICAL "HARM REDUCTION" MEASURES (Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, non publiée) p. 32. (2018) [ci-après Depatie-Pelletier 2018].

⁷ *Id.* 33-34.

⁸ Voir par exemple, Département d'État, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, Trafficking in Persons Report (juillet 2022), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/10/20221020-2022-TIP-Report.pdf>.

⁹ Voir par exemple, Amnesty Int'l, QATAR: ONGOING DEBATE OVER MIGRANT WORKER DEATHS EXPOSES NEED FOR TRUTH AND COMPENSATION (novembre 2022), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/11/qatar-ongoing-debate-over-migrant-worker-deaths-exposes-need-for-truth-and-compensation/>.



Amanda Aziz
Avocate, Migrant Workers Centre
(Centre des travailleurs migrants)



Eugénie Depatie - Pelletier
Docteure en droit,
directrice exécutive de
l'Association pour les
droits des travailleuses.
rs de maison et de
ferme

sciences sociales.

« Plus précisément, les mesures de rattachement à un employeur restreignent la liberté de mouvement des travailleurs,¹⁰ ainsi que leur autonomie pour prendre des décisions fondamentales ayant un impact sur leur survie économique, leur statut juridique, leur stabilité familiale et/ou leur intégrité corporelle.¹¹ Le statut de rattachement à un employeur est associé à des risques accrus de vol de salaire et d'autres abus financiers, ainsi qu'à la servitude pour dettes résultant du paiement des frais de recrutement,¹² le statut juridique de sans-papiers et la traite des êtres humains. »¹³

Il est en outre associé à des préjudices physiques et psychologiques, à des obstacles à la santé et à la sécurité et à un manque d'accès aux protections sociales proposées par les organismes publics, les groupes communautaires et les organisations syndicales,¹⁴ des risques accrus de travail excessif ou dangereux,¹⁵ de harcèlement psychologique, physique et sexuel, d'agressions et de viols¹⁶ et de maladies, d'accidents et de décès liés au travail.¹⁷ De plus, il a été démontré que les mesures de rattachement à un employeur limitent la capacité des travailleurs migrants à accéder à la justice

¹⁰ Elizabeth Frantz, *Jordan's Unfree Workforce: State-Sponsored Bonded Labour in the Arab Region*, 49(8) J. OF DEV. STUD. (1072) (2013).

¹¹ Ray Jureidini & Nayla Moukarbel, *Female Sri Lankan domestic workers in Lebanon: a case of 'contract slavery'?* 30(4) J. OF ETHNIC AND MIGRATION STUD. (2004)

¹² Sabine Damir-Geilsdorf, *Contract Labour and Debt Bondage in the Arab Gulf States. Policies and Practices within the Kafala System*, in BONDÉ LABOUR: GLOBAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE (18TH-21ST CENTURY) at 163-190 (Sabine Damir-Geilsdorf ed., 2016).

¹³ Hila Shamir, *The Paradox of "legality": Temporary Migrant Worker Programs and Vulnerability to Trafficking*, in REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY (471-502) (Prabha Kotiswaran ed., 2017).

¹⁴ Anna Boucher, *PATTERNS OF EXPLOITATION: UNDERSTANDING MIGRANT WORKER RIGHTS IN ADVANCED DEMOCRACIES (170-194)* (février 2023).

¹⁵ Voir par exemple, Kamila Fialkowska & Kamil Matuszczyk, *Safe and fruitful? Structural vulnerabilities in the experience of seasonal migrant workers in agriculture in Germany and Poland* 139 SAFETY SCIENCES, (105-196) (2021).

¹⁶ Voir par exemple, Virginia N. Sherry, *Bad Dreams: Exploitation and Abuse of Migrant Workers in Saudi Arabia*, 16(5e) HUMAN RIGHTS WATCH (57-63) (2004), <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/saudi0704.pdf>.

¹⁷ Voir, par exemple, Evelyn Encalada Grez, *Mexican Migrant Farmworkers in Canada: Death, Disposability and Disruptions during COVID-19* 38(1) MEXICAN STUDIES/ESTUDIOS MEXICANOS (140-169). (2022)

dans le pays d'emploi,¹⁸ et discriminent les travailleurs sur la base de leur pays d'origine.¹⁹ À plus grande échelle, les chercheurs ont noté que ce statut a créé une situation propice aux abus,²⁰ en fournissant aux employeurs « une réserve de travailleurs non libres dont on peut disposer à volonté », sans grand coût politique pour les pouvoirs publics.²¹

Si les travailleurs migrants liés à un employeur ont souvent, en théorie, accès à tout ou partie des protections du travail et des droits formels des citoyens et des autres catégories de travailleurs locaux libres, leur capacité à exercer ces droits est structurellement et fondamentalement entravée par leur statut juridique de travailleur lié à un employeur.



© Association for the Rights of Household and Farm Workers

Politiques traditionnelles « poudre aux yeux »

Pour minimiser les pires scénarios et les critiques pour inaction (voire la complicité) face aux violations des droits de la personne subies par les travailleurs migrants, les pouvoirs

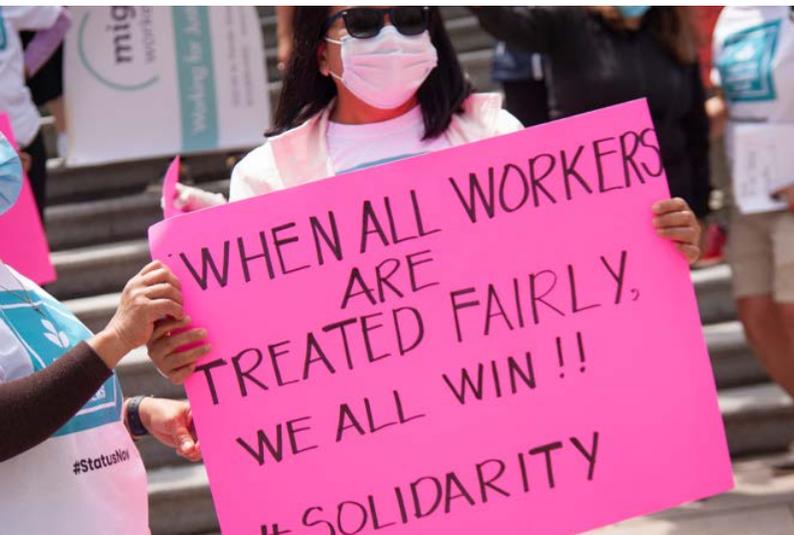
¹⁸ Voir par exemple, Myriam Dumont-Robillard, *L'accès à la justice pour les travailleuses domestiques migrantes : une illusion?* (2015)

¹⁹ Voir par exemple, Nandita Sharma, *Immigration Status and the Legalization of Inequality*, in eds, IMMIGRANT EXPERIENCES IN NORTH AMERICA: UNDERSTANDING SETTLEMENT AND INTEGRATION (204-222) (Harald Bauder & John Shields eds., 2015).

²⁰ Judy Fudge, *Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers* (2012), 34 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 95 (93-131) (2012-2013).

²¹ Judy Fudge & Fiona MacPhail, *The Temporary Foreign Worker Program in Canada: Low-Skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labour*, 31 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 101, (101-139) (2009) [ci-après, Fudge 2009].

publics appliquent généralement des mesures traditionnelles de réduction des risques pour tenter de prévenir les abus à l'encontre des travailleurs migrants. Ces mesures prennent souvent la forme d'un accès à un nouveau permis de travail lié à un employeur, ainsi que d'exigences particulières pour les recruteurs, les agents et les employeurs de travailleurs migrants liés à un employeur, notamment en matière d'enregistrement, de vérification des antécédents et de certification,²² de la vérification de l'authenticité et de la décence des offres d'emploi, de l'exigence d'une assurance santé et sécurité, des contrats écrits obligatoires, ainsi qu'une autorité et un financement accrus pour le suivi, les amendes et l'exclusion des employeurs/parrains et de leurs agents qui ne respectent pas les règles.²³



© Migrant Workers Centre

Toutefois, un système qui permet l'accès à de nouveaux permis de travail liés à un employeur ne fait que renforcer les conditions propices aux abus en raison de l'exigence de participation de l'employeur et du parrain, et les travailleurs sont souvent prêts à tout pour obtenir la prolongation de leur droit à un emploi légal dans le pays.²⁴ De même, quelles que soient les exigences imposées aux employeurs ou les mécanismes de suivi et d'application de la loi mis en place, les systèmes de suivi n'ont qu'un impact très limité, car le fait

de porter plainte peut entraîner des représailles à l'encontre d'un travailleur,²⁵ y compris la suspension du droit du travailleur migrant victime d'abus de gagner sa vie. L'impunité des employeurs reste la règle et non l'exception dans les régimes de travailleurs migrants liés à l'employeur.²⁶

D'autres mesures « poudre aux yeux » parfois appliquées prennent la forme d'une surveillance par des agents de gouvernements étrangers des travailleurs liés à un employeur dans le pays d'accueil, ainsi que de permis de travail multi-employeurs, spécifiques à un secteur ou rattaché à un organisme, autorisant officiellement une certaine forme de mobilité des travailleurs sur le marché de l'emploi. Ces mesures se sont toutefois révélées sans effet positif sur les conditions de travail et ne servent qu'à faciliter le transfert des travailleurs d'un employeur à l'autre au gré de leurs intérêts. Les permis de travail spécifiques à un secteur garantissent également un mécanisme de « dénonciation » plus efficace pour exclure rapidement les travailleurs qui se plaignent ou qui sont devenus inaptes pour des raisons de santé.²⁷

L'incapacité des mesures de « protection » traditionnelles à pallier la vulnérabilité structurelle d'un travailleur migrant lié à un employeur à l'égard des abus a été reconnue par les tribunaux²⁸, les commissions des droits de la personne²⁹, les tribunaux des droits de

²⁵ Association for the Rights of Household and Farm Workers, BAND-AID ON A BULLET WOUND: OPEN WORK PERMITS FOR EMPLOYER-TIED MIGRANT WORKERS FACING WORKPLACE ABUSE—EMPIRICAL EVALUATION OF THE CANADIAN OPEN WORK PERMIT FOR VULNERABLE WORKERS POLICY (septembre 2021), https://aafqweb.files.wordpress.com/2021/09/arhw_owp-v-policy-report_september-2021.pdf [ci-après Association for the Rights of Household and Farm Workers]; Eric Tucker, Sarah Marsden & Leah Vosko, FEDERAL ENFORCEMENT OF MIGRANT WORKERS' LABOUR RIGHTS IN CANADA: A RESEARCH REPORT (2795) (2020), https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=3794&context=scholarly_works.

²⁶ À moins que des mécanismes spécifiques de protection des témoins ne soient mis en place, comme c'est le cas aux États-Unis. Voir e.g. Jessica Corbett New Biden Policy Could Protect Migrant Worker Whistleblowers From Deportation, TRUTHOUT (Jan 2023) [ci-après Corbett 2023] <https://truthout.org/articles/new-biden-policy-could-protect-migrant-worker-whistleblowers-from-deportation/> (dernière visite : 6 avril 2023).

²⁷ Depatie-Pelletier 2018, *supra* note 6 aux sections 1.3.3.3 et 4.

²⁸ Voir par exemple, L'Écuyer c. Côté, [2013] QCCS 973 (Can. Mon.).

²⁹ Voir par exemple, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE À L'ÉGARD DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS MIGRANTS (2012), <https://>

²² Voir Hastie, B. Access to Justice for Migrant Workers: Evaluating Legislative Effectiveness in Canada (2021), *Allard Research Commons / Allard Faculty Publications*.

²³ Fudge 2009, *supra* note 21.

²⁴ Voir Depatie-Pelletier 2018 *supra* note 6, section 1.1.1.4.

la personne³⁰, les commissions « travail et de l'emploi »,³¹ les commissions permanentes de la Chambre des communes³², ainsi que les agences gouvernementales³³.

Permis ouverts exceptionnels et expulsions différées : la dernière mesure symbolique en date

Face à la reconnaissance croissante des abus dont sont victimes les travailleurs migrants liés à des employeurs, à la couverture médiatique et à la levée de boucliers des groupes communautaires et des ONG, certains gouvernements mettent aujourd'hui en œuvre une mesure symbolique supplémentaire : des permis de travail ouverts en cas d'allégation de vol de salaire ou autre forme d'abus.³⁴ À titre d'exemple, le gouvernement canadien a mis en place une politique de permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables (OWP-VW) en juillet 2019.³⁵ Cette politique a été conçue pour permettre aux travailleurs migrants d'être rapidement mobiles sur le marché du travail en cas d'abus dans le contexte de leur emploi et pour faciliter le signalement de ces abus aux

autorités.³⁶ Deux évaluations³⁷ de cette politique menées par des organisations militant pour la défense des droits des travailleurs migrants ont été publiées en 2022.³⁸

L'Association pour les droits des travailleuses et des travailleurs de maison et de ferme (ci-après « l'Association ») a identifié trois principaux obstacles à l'accès des travailleurs liés à un employeur et victimes d'abus à ces permis de travail ouverts : le statut juridique qui dépend de l'employeur et la volonté d'éviter les risques de perte du statut juridique et/ou une détresse psychologique supplémentaire ; l'exigence d'un permis de travail valide au moment de la demande ; et le manque de financement pour le soutien et l'assistance juridiques des travailleurs dans leurs démarches. Plus particulièrement, comme le statut juridique des travailleurs migrants au Canada est lié à son employeur, ils rechignent généralement à déposer une demande par crainte de représailles de la part de leur employeur, de l'agent de recrutement, de l'agence de placement et/ou des autorités de l'immigration. La faible proportion de demandes acceptées n'a pas incité les travailleurs victimes d'abus à risquer de perdre leur statut juridique pour tenter d'obtenir le permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables.³⁹ Les travailleurs qui ont réussi à obtenir un permis de travail ouvert ont néanmoins été contraints de trouver un nouvel employeur parrain au terme d'une période de 12 mois (la durée habituelle de validité du permis de travail ouvert pour les travailleurs

numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2102629.

³⁰ Voir par exemple, La Presse Canadienne, 83 000 \$ à un travailleur agricole mexicain lésé, LE DROIT (5 avril 2019), <https://www.ledroit.com/2019/04/06/83-000--a-un-travailleur-agricole-mexicain-lese-ad87944d33f550fb88d07d1aa16c4021> (dernière visite : 6 avril 2023).

³¹ Voir par exemple, Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce section 501 c. L'Écuyer et Locas [2010] QCCRT 0191 (Can. Que.).

³² Voir par exemple, Canada Parliament, House of Commons, Standing Committee on Human Resources, Skills and Social Development and the Status of Persons with Disabilities, *Report on the Temporary Foreign Worker Program*, 1^{SESS.}, 42ND PARLIAMENT. COMMITTEE REPORT 4, 31 (2016) (Ce rapport recommande au gouvernement canadien d'« intervenir immédiatement pour mettre fin à l'obligation d'obtenir un permis de travail associé à un employeur spécifique »).

³³ Voir par exemple, Immigration and Refugee Protection Canada, C. Gaz., Part II, V. 156, No 14, juin 2022 (Can.).

³⁴ Voir Corbett 2023 *supra* note 26.

³⁵ Immigration and Refugee Protection Regulations SOR/2002-227 à la section s.207.1 (Can.).

³⁶ Voir Gouvernement du Canada, OPEN WORK PERMITS FOR VULNERABLE WORKERS [R207.1 – A72] – INTERNATIONAL MOBILITY PROGRAM, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/temporary-residents/foreign-workers/vulnerable-workers.html> (dernière visite : 6 avril 2023) (Les

objectifs sont notamment d'offrir à un travailleur un autre moyen de quitter son employeur abusif, d'atténuer les risques des travailleurs migrants sans autorisation de travail et de faciliter la participation d'un travailleur à une procédure de plainte ou à une enquête). La législation canadienne définit les abus comme comprenant les agressions physiques, les abus sexuels, les abus psychologiques, les abus financiers et les représailles. Voir Immigration and Refugee Protection Regulations, *supra* note 35 à la section 196.2.

³⁷ Nous tenons à préciser que les auteurs de cet article ont été fortement impliqués dans la rédaction des deux rapports pour leurs organisations respectives.

³⁸ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *supra* note 25; Migrant Workers Centre (MWC), A PROMISE OF PROTECTION? AN ASSESSMENT OF IRCC DECISION-MAKING UNDER THE VULNERABLE WORKER OPEN WORK PERMIT PROGRAM (mars 2022) [ci-après le Rapport MWC].

³⁹ Le taux d'approbation entre juin 2019 et juillet 2021 était d'environ 57,1 %. Voir *Id.* au 12.

vulnérables) afin de préserver leur droit à gagner leur vie - un processus qui peut parfois s'avérer de nouveau traumatisant, voire impossible pour les travailleurs qui ont fui des conditions abusives avec leur employeur.⁴⁰ Enfin, l'évaluation a révélé qu'aucun protocole n'avait été mis en place pour sanctionner les employeurs problématiques après la reconnaissance de l'abus.⁴¹

Le Centre des travailleurs migrants (« MWC ») a analysé l'énoncé détaillé des motifs de 30 décisions, positives ou négatives, prises par des agents d'immigration lorsqu'ils approuvent ou refusent une demande de permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables. Le rapport présente succinctement les types d'abus auxquels les travailleurs sont confrontés de la part de leurs employeurs canadiens. La quasi-totalité des travailleurs, soit 96,7 %, ont été victimes d'abus financiers, notamment sous la forme de salaires ou d'heures supplémentaires non payés, d'obligation de rembourser une partie de leur salaire à leur employeur ou de versement de frais de recrutement illégaux. Plus précisément, 36,7 % ont payé des frais de recrutement illégaux compris entre 3 000 et 40 000 dollars canadiens. Soixante-dix pour cent des travailleurs ont déclaré avoir subi des violences psychologiques de la part de leur employeur, notamment des insultes verbales, des menaces d'expulsion et de renvoi dans le pays d'origine, et/ou des remarques racistes et discriminatoires. 30% d'entre eux ont déclaré avoir subi des violences physiques de la part de leur employeur. Fait troublant, 10 % des travailleurs ont déclaré avoir été victimes d'abus sexuels de la part de leur employeur.⁴²

Les décisions écrites des agents d'immigration révèlent une grande incohérence et une grande confusion sur ce qu'ils considèrent comme étant des abus. Les violations manifestes des normes de travail, notamment le fait de ne pas fournir à un travailleur un nombre minimal d'heures de travail ou de le forcer à travailler pour un autre employeur en violation des conditions de son contrat de travail et de son permis de travail, n'ont souvent pas été considérées comme des abus financiers. La perception de frais de recrutement, explicitement interdite au Canada, n'a été considérée comme une forme d'abus financier

que dans un des 11 cas où des frais illégaux ont été perçus.⁴³ Les déclarations personnelles des travailleurs n'ont pas toujours été acceptées à première vue comme étant suffisantes pour prouver l'existence d'un abus. Souvent, les agents n'ont pas reconnu les abus psychologiques dans l'exposé des motifs de leurs décisions, sauf si ces abus étaient bien documentés sous la forme de SMS ou de courriels.⁴⁴

Le rapport du MWC fait également état de situations inquiétantes dans lesquelles des travailleurs ayant déposé une demande risquent de faire l'objet de mesures d'exécution de la loi en matière d'immigration si leur demande n'est pas acceptée, et sont visés par des procédures d'expulsion du Canada, pour des violations présumées des lois sur l'immigration, en raison d'informations figurant dans leur demande de permis de travail ouvert aux travailleurs vulnérables. Le rapport recommande que toute juridiction qui applique une telle politique affecte au minimum des agents spécialisés pour statuer sur les demandes, avec une formation spécifique sur l'évaluation des preuves d'abus dans le cadre d'une approche tenant compte des traumatismes. Il souligne également l'importance de garantir que les travailleurs qui se manifestent soient protégés contre toute mesure d'application de la loi découlant de leur demande.⁴⁵

Les deux rapports ont conclu que, bien que des politiques telles que le programme canadien de permis de travail ouverts pour les travailleurs vulnérables fournissent un mécanisme permettant à certains travailleurs de fuir des situations d'emploi abusives, on ne peut s'attendre à ce que la délivrance limitée au cas par cas de permis de travail ouverts permette de contrer « l'impunité structurelle profondément enracinée des employeurs abusifs créée par le permis de travail rattaché à un employeur ».⁴⁶

Autres réformes : essentielles pour les droits de la personne, mais insuffisantes pour prévenir les abus

Dans ce contexte, tant qu'une mesure de rattachement à un employeur reste en place,

⁴³ *Id.* au 18.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.* au 34-36.

⁴⁶ Eugenie Depatie-Pelletier, Hannah Deegan & Katherine Berze, *Band-Aid on a Bullet Wound—Canada's Open Work Permit for Vulnerable Workers Policy*, 11(36) *Lois* (2022), <https://www.mdpi.com/2075-471X/11/3/36>.

⁴⁰ Le permis de travail ouvert pour les travailleurs vulnérables est une mesure temporaire et il est normalement délivré pour 12 mois, sans possibilité pratique de renouvellement.

⁴¹ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *supra* note 25.

⁴² Rapport MWC, *supra* note 38 (14).

les améliorations apportées à la politique de migration de main-d'œuvre n'auront qu'un impact limité sur les abus systémiques et les violations des droits des travailleurs migrants. Plus précisément, si diverses réformes sont également nécessaires pour garantir que les programmes destinés aux travailleurs étrangers temporaires sont compatibles avec les droits fondamentaux, les droits du travail et les droits socio-économiques des migrants, aucune d'entre elles ne s'attaque à elle seule à la cause première de la vulnérabilité systémique des travailleurs migrants aux abus si les travailleurs restent liés à leur employeur. Les exemples suivants incluent les réformes également nécessaires pour garantir à tout travailleur migrant l'exercice approprié de ses droits humains et de ses droits du travail :

- l'accès à des services de recrutement international objectifs, étroitement suivis ou administrés par les gouvernements du pays d'origine et du pays de destination, ainsi qu'à des programmes de microcrédit binationaux, afin d'éviter la servitude pour dettes ;⁴⁷
- des admissions basées sur un parrainage des pouvoirs publics déterminé par une évaluation annuelle de la pénurie de compétences au niveau national, au lieu du parrainage spécifique d'un ou de plusieurs employeurs ;⁴⁸
- la délivrance automatique de permis de travail ouverts et, dans un souci d'intégrité psychologique, de permis d'études pour les membres de la famille qui accompagnent le demandeur ;
- l'accès à des services de placement publics adaptés, également disponibles pour les travailleurs étrangers ;⁴⁹
- un nombre suffisant de programmes d'intégration et de soutien communautaires financés par les pouvoirs publics ;⁵⁰
- une protection à l'arrivée par une organisation syndicale agréée ou une association de travailleurs migrants ;⁵¹
- un accès permanent à une procédure de régularisation du statut juridique en cas d'irrégularité ;⁵²

⁴⁷ Voir Depatie-Pelletier 2018 *supra* note 6, section 4.1.I.B.

⁴⁸ *Id.* à la section 4.1.I.A. et 4.1.I.C.

⁴⁹ *Id.* à la section 4.1.II.

⁵⁰ *Id.* à la section 4.1.III.

⁵¹ Voir par exemple, United Food and Commercial Workers, *THE STATUS OF MIGRANT AGRICULTURAL WORKERS IN CANADA* (2022).

⁵² See e.g. Migrants Right Network, *REGULARIZATION IN CANADA – POLICY BRIEF* (2022), <https://migrantrights.ca/wp-content/uploads/2022/07/MRN-Brief-Regularization-July-2022.pdf>.

- à son arrivée, un accès indépendant à un statut juridique permanent, pour accéder de manière appropriée à la justice et pouvoir quitter temporairement le pays (notamment pour des questions de regroupement familial transnational) et y revenir sans que cela n'ait d'incidence sur son statut du travailleur ou son accès aux droits ;⁵³
- l'accès à la justice virtuelle depuis son pays d'origine ;⁵⁴
- l'accès aux compensations et avantages socio-économiques du pays d'origine des travailleurs.⁵⁵

Mais indépendamment de la mise en œuvre des politiques susmentionnées, la violation systémique des droits des travailleurs migrants se poursuivra tant que les mesures de rattachement à l'employeur ne seront pas abrogées et que les travailleurs ne seront pas libres d'accepter immédiatement une autre offre d'emploi et de fuir les abus sans risquer ou craindre de perdre leur droit légal au travail ou d'être expulsés.

Plaidoyer politique et victoires fragiles

La société civile, ainsi que les syndicats⁵⁶ et les fédérations,⁵⁷ ont fait pression pour que l'autorisation de travail liée à un employeur soit remplacée par un statut juridique permanent et que des permis de travail ouverts soient délivrés. Au Canada, par exemple, des campagnes nationales sont en cours sur ces deux thèmes⁵⁸, y compris une pétition adressée à la Chambre des communes.⁵⁹ Si cette organisation collective et ces

⁵³ Voir par exemple, Migrant Worker Alliance for Change, *POLICY SUBMISSION: PERMANENT STATUS ON LANDING – REAL REFORM FOR CAREGIVERS* (2018), <https://migrantworkersalliance.org/policy/statusonlanding2018/>.

⁵⁴ Voir par exemple, Ashwini Sukthankar, *Visas, Inc. Corporate Control and Policy Incoherence in the U.S. Temporary Foreign Labor System*, JUSTICE IN MOTION (GWJA), (2012), https://www.justiceinmotion.org/files/ugd/64f95e_31649e341fed4c8e9a73dd9922e7b6b1.pdf.

⁵⁵ Voir par exemple, Robert Holzmann, Florence Legros & Pamela Dale, *Assessing Benefit Portability for International Migrant Workers: A Review of the France-Morocco Bilateral Social Security Agreement*, WORLD BANK SOCIAL PROTECTION AND LABOR DISCUSSION PAPER No. 1604 (2016).

⁵⁶ United Food and Commercial Workers, *supra* note 51.

⁵⁷ Caroline Senneville, *Personne ne devrait être prisonnier de son employeur*, LE DEVOIR, (16 mars 2023), <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/785499/idees-personne-ne-devrait-etre-prisonnier-de-son-employeur>.

⁵⁸ Voir par exemple, Canadian Council for Refugees, *OPEN WORK PERMITS NOW* (2022), <https://www.openworknow.ca> (dernière visite : 7 avril 2023).

⁵⁹ Voir par exemple, House of Commons Canada,

activités de plaidoyer politique sont essentielles à l'autonomisation des travailleurs migrants et à des avancées politiques, les victoires politiques fondées sur la sympathie des décideurs et leur compréhension de la réalité à laquelle sont confrontés les seuls travailleurs migrants peuvent malheureusement s'avérer éphémères.

À cet égard, le cas des travailleurs domestiques migrants au Royaume-Uni est exemplaire. En 1998, le gouvernement britannique a autorisé les travailleurs domestiques employés dans des foyers privés à changer d'employeur. Ainsi, un travailleur entré dans le pays avec un employeur donné n'est pas lié à cet employeur.⁶⁰ En 2009, le Home Affairs Select Committee a confirmé que le maintien du droit de changer d'employeur « est le facteur le plus important dans la prévention du travail forcé et de la traite de ces travailleurs ». ⁶¹ Et pourtant, en 2012, le gouvernement britannique a réintroduit un régime de visa qui ne permettait pas aux travailleurs domestiques de changer d'employeur.⁶² Lorsqu'une étude indépendante, commandée par le gouvernement britannique lui-même, a confirmé que le nouveau régime augmentait la vulnérabilité des travailleurs aux abus, à l'exploitation et à la traite des êtres humains,⁶³ le gouvernement britannique a rejeté ses conclusions et ignoré la recommandation de mettre fin au système de visas liés à des employeurs.⁶⁴

Les victoires obtenues exclusivement grâce au plaidoyer politique peuvent être rapidement balayées par les changements de gouvernements ou de leurs priorités, surtout si l'on tient compte de l'efficacité des pressions exercées par les organisations d'employeurs.⁶⁵

PETITION E-4138 (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) CALLING ON THE CANADIAN GOVERNMENT TO ELIMINATE EMPLOYER-SPECIFIC WORK PERMITS, <https://petitions.ourcommons.ca/en/Petition/Details?Petition=e-4138> (dernière visite : 7 avril 2023).

⁶⁰ Virginia Mantouvalou, 'Am I Free Now?' *Overseas Domestic Workers in Slavery*, 42(3) J. of Law and Soc'y 329 à 335 (2015)

⁶¹ *Id.* au 336.

⁶² Alan Travis, *New visa rules for domestic workers 'will turn the clock back 15 years'*, THE GUARDIAN (29 février 2012), <https://www.theguardian.com/uk/2012/feb/29/new-visa-rules-domestic-workers> (dernière visite le 7 avril 2023).

⁶³ James Ewins, *Independent Review of the Overseas Domestic Workers Visa*, U.K. HOME OFFICE aux paras 68, 71 (2015), <https://www.gov.uk/government/publications/overseas-domestic-workers-visa-independent-review>

⁶⁴ Alan Travis, *Government rejects call to end UK tied visas for domestic workers*, THE GUARDIAN (7 mars 2016).

⁶⁵ Voir par exemple, Ludovic Rheault, *Corporate Lobbying and Immigration Policies in Canada* (2014), 46(3) CANADIAN J. OF POL.

L'utilité des tribunaux là où la non-liberté des travailleurs a été légalisée

« Les mesures modernes de rattachement à un employeur qui s'appliquent aux migrants reproduisent la dynamique de pouvoir employeur-travailleur caractéristique des régimes de travail non libres du passé. »

Plusieurs exemples historiques américains sont instructifs quant au rôle que les tribunaux peuvent, et souvent doivent, jouer lorsqu'un législateur ou un gouvernement adopte une politique qui restreint directement ou indirectement la capacité des travailleurs à quitter leur emploi et les lie à leur employeur.

Par exemple, les mesures de rattachement à l'employeur adoptées après la période de l'esclavage et présentées aux États-Unis comme des politiques « anti-vagabondage », qui pénalisaient les travailleurs sans contrat de travail et limitaient ainsi leur capacité à quitter ou à refuser un travail dangereux, ont dû être contestées devant les tribunaux pour être officiellement déclarées invalides en droit, car elles étaient incompatibles avec le droit fondamental d'un individu à ne pas être tenu en servitude.⁶⁶

De même, la constitutionnalité des lois restrictives en matière de contrats postérieures à l'esclavage, qui pénalisaient ou criminalisaient les travailleurs qui rompaient un contrat de travail avant son terme, a également été contestée devant les tribunaux avant d'être jugée inapplicable en raison de son incompatibilité avec les libertés fondamentales de l'Homme.⁶⁷

(691) (2013).

⁶⁶ Amy Dru Stanley, *Beggars Can't Be Choosers: Compulsion and Contract in Postbellum America*, 78(4) J. OF AMERICAN HIST. (1272-1279) (1992) (Le Congrès avait promulgué la loi ..., annulant ainsi les « Black Codes » du Sud, qui punissaient les esclaves libérés pour vagabondage et oisiveté. ... Il n'empêche que ... des lois sur les « vagabonds » ... ont été adoptées (...). ... En ... 1878, un juge ... déclara que la ... loi ... était contraire à la constitution (...). ... [L]e fait de maintenir les pauvres en « ... servitude » violait le principe du travail volontaire et transformait les [travailleurs] libres en esclaves (...). Trop souvent, des hommes pauvres ont conclu des « contrats contre leur gré uniquement. . . , contraints par la force des choses. » Les lois sur le vagabondage ont même révoqué ce droit formel de libre choix en faisant appel au pouvoir punitif de l'État (...). »)

⁶⁷ William Cohen, *Negro Involuntary Servitude in the South, 1865-1940: A Preliminary Analysis*, 42(1) J. OF S. HIST. (44-47, 54, 59) (1976) [ci-après Cohen 1976] (« La Caroline du Sud a

Il en va de même pour les politiques de péonage ou de « faux semblants » postérieures à l'esclavage, en vertu desquelles les travailleurs qui acceptaient une avance de leur employeur étaient pénalisés par l'État s'ils quittaient leur emploi avant le remboursement de leur dette. Ces polices ont été déclarées inapplicables par la Cour suprême des États-Unis en 1911⁶⁸, mais la résistance des États du Sud à s'y conformer a conduit à une autre décision historique de la Cour suprême en 1944, qui a précisé pourquoi le droit de changer librement d'employeur est essentiel pour prévenir la condition de servitude.⁶⁹

En 1914, la Cour suprême des États-Unis a également jugé injustifiables les mesures de rattachement à un employeur applicables aux condamnés après l'esclavage.⁷⁰ Plus précisément, la Cour a précisé l'effet de la sanction de l'État en cas de rupture du contrat de travail par un travailleur.⁷¹

adopté une loi sur les contrats stipulant qu'un travailleur qui ne fournit pas le travail raisonnablement exigé de lui (...) « est passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement (...) ». » ... En 1907, deux tribunaux ont déclaré cette ... loi ... contraire à la Constitution. ... Le juge fédéral ... Brawley ... a soutenu que ... les tribunaux n'avaient pas de devoir plus important que d'interpréter libéralement les dispositions relatives à la sécurité personnelle et à la liberté qui constituaient les fondements d'un gouvernement libre. ... [I]l a également fait remarquer que les efforts de la Caroline du Sud pour promouvoir l'immigration étrangère ne serviraient à rien « tant que nos recueils de lois contiendront des textes tendant à créer un système de travail forcé qui, dans ses éléments essentiels, est aussi dégradant que celui de l'esclavage ».)

⁶⁸ *Bailey v. Alabama*, 219 U.S. 219 (1911) (« Si la préoccupation immédiate [du 13^{ème} amendement] était l'esclavage africain, l'amendement ne se limitait pas à cela. C'était une charte des libertés civiles universelles pour toutes les personnes, quelle que soit leur race, leur couleur ou leur fortune, protégées par le drapeau. Les mots « servitude involontaire » ont un sens « plus large que l'esclavage ». ... L'intention manifeste était d'abolir l'esclavage, quels qu'en soient le nom et la forme, ainsi que tous ses signes et incidents ; de rendre impossible tout état de servitude ; de rendre le travail libre, en interdisant ce contrôle par lequel le service personnel d'un homme est aliéné ou imposé au bénéfice d'un autre, ce qui est l'essence même de la servitude involontaire.

⁶⁹ *Pollock v. Williams* (1944), 322 US 4, 17-18 (Cour suprême des États-Unis).

⁷⁰ Cohen 1976, *supra* note 67 au 54, 59.

⁷¹ *Id.* au 143-144. (« Ce travail est effectué sous la contrainte et la menace constantes ... [d'une] arrestation éventuelle (...) et cette forme de contrainte est aussi lourde de conséquences qu'elle l'aurait été si la loi avait prévu le service obligatoire du condamné ». ... [L]'État a permis la conclusion du contrat et prévoit une sanction en cas de rupture. ... Ainsi, sous peine de ... [sanction de l'État], le condamné peut être contraint au travail pour satisfaire les exigences de son employeur. À notre avis, ce système est en violation des

La Cour suprême de Caroline du Sud a également évalué la légalité du délit en common law (droit commun) consistant à embaucher un ouvrier qui avait l'obligation contractuelle de travailler pour un autre employeur.⁷² Dans cette affaire, la Cour a réaffirmé que le droit de quitter son emploi et de ne pas être tenu en servitude implique le droit de changer d'employeur.

Pour les questions d'immigration en particulier, la Cour suprême des États-Unis a reconnu en 1988 qu'une sanction légale associée à l'acte de démission crée une condition de servitude pour les travailleurs migrants qui dépendent économiquement de leur emploi pour bénéficier d'un statut juridique dans le pays.⁷³ Il n'en reste pas moins que la jurisprudence relative à l'application de la législation en matière de rattachement des travailleurs migrants à leur employeur reste à développer dans le monde entier.⁷⁴

Ces exemples historiques des États-Unis confirment que les tribunaux peuvent, et doivent systématiquement, jouer un rôle déterminant dans la défense des libertés fondamentales des travailleurs face aux attaques du législateur et des gouvernements. Ils confirment également que les restrictions imposées par les États au droit d'un travailleur de changer d'employeur placent ce dernier dans une situation juridique de servitude où sa capacité à exercer ses droits fondamentaux est réduite à néant.

Les cas historiques sont également utiles pour nous rappeler que les mesures de rattachement à un employeur ne causent pas seulement un préjudice aux travailleurs concernés, mais créent également des obstacles à la négociation collective pour tous les travailleurs, ainsi que des entraves à l'applicabilité des droits de la personne et du droit du travail à certains employeurs, et, partant, à l'intégrité de l'État de droit. Comme l'a

droits censés être garantis par le Treizième Amendement (...) ». *Id.* au 146.

⁷² *Shaw v. Fisher* 102 S.E. 325, 113 S.C. 287, 290 (1920).

⁷³ États-Unis v. *Kozminski* 487 USD 931, 943, 947-948 (1988) (« [P]as d'autre choix possible que de travailler ou de faire l'objet d'une sanction légale. ... L'histoire ... montre ... qu'une ... vulnérabilité particulière peut être utile pour déterminer si un type particulier ou un certain degré de ... coercition légale est suffisant pour maintenir cette personne dans une situation de servitude involontaire. ... [L]a menace ... d'expulsion à l'encontre d'un immigrant pourrait constituer une menace de coercition légale qui induit une servitude involontaire... »).

⁷⁴ Pour des exemples de procédures engagées jusqu'à présent, voir *Depatie-Pelletier* 2018, *supra* note 6 à la section I.

précisé la Cour suprême des États-Unis en 1944, les mesures de subordination à un employeur exercent une pression à la baisse sur les offres d'emploi et les conditions d'emploi proposées aux citoyens et aux autres travailleurs libres :

« L'objectif incontestable ... était ... un système de travail entièrement libre et volontaire sur tout le territoire des États-Unis... [E]n général, le droit de changer d'employeur est le moyen de défense contre des horaires, un salaire, des conditions de travail ou un traitement oppressifs ». Lorsque le maître peut contraindre et que le travailleur ne peut se soustraire à l'obligation de travailler, il n'y a pas de pouvoir de réparation en aval et pas d'incitation en amont pour remédier à la dureté de la tutelle ou à des conditions de travail insalubres. La dégradation des conditions de travail et du niveau de vie qui en résulte affecte non seulement le travailleur soumis au système, mais aussi tous ceux avec qui son travail entre en concurrence. »⁷⁵

Prochains litiges constitutionnels au Canada... et dans d'autres sociétés « libres » ?

Dans ce contexte, dans les juridictions qui reconnaissent un droit fondamental à ne pas être tenu en servitude ou un droit à la liberté, un droit à l'intégrité corporelle, un droit d'accès à la justice, un droit à ne pas être discriminé sur la base de son pays d'origine, un droit à la liberté d'association, à la liberté d'occupation,⁷⁶ et/ou un droit à la dignité, la légalité du pouvoir d'un gouvernement de rattacher des travailleurs à des employeurs spécifiques devra probablement être contestée par voie de justice pour prévenir les abus à l'encontre des travailleurs migrants.

Forte de ces enseignements, l'Association pour les droits des travailleuses et travailleurs de maison et de ferme s'apprête à déposer un recours stratégique au Canada sur la base de la qualité pour agir dans l'intérêt public, au nom des travailleurs migrants qui ont été embauchés en tant que travailleurs de maison et de ferme au Québec avec un permis de travail les rattachant à leur employeur.⁷⁷ – le recours constitutionnel

⁷⁵ Pollock *supra* note 69.

⁷⁶ Voir par exemple, Amnesty Int'l, *South Korea: Constitutional Court ruling leaves migrant workers to human rights abuses*, ASA 25/015/2011 (2011), <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/07/asa250152011en.pdf>.

⁷⁷ La possibilité d'introduire un recours avec au moins un

« *Fin au travail non libre pour les migrants* ». ⁷⁸

Compte tenu du seuil élevé fixé par la Constitution canadienne et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada pour justifier les restrictions imposées par l'État aux droits fondamentaux, ce litige stratégique s'appuiera sur les droits formels de l'individu à la liberté, à la sécurité de la personne et de la vie, et à l'accès à la justice, ainsi que sur le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur son pays d'origine.⁷⁹

Le recours constitutionnel a été approuvé pour un financement initial⁸⁰ dans le cadre du Programme de contestation judiciaire du Canada, qui sert notamment à faciliter les contestations de la légalité des mesures prises par l'État qui ont une incidence sur le droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.⁸¹ Des arguments juridiques ont été élaborés et une première sélection d'universitaires canadiens, d'organisations communautaires et de travailleurs migrants susceptibles de témoigner devant le tribunal a été faite. Un soutien financier supplémentaire suffisant a également été trouvé, et l'Association est actuellement en train de retenir les services d'avocats spécialisés en droit consti-

travailleur migrant en tant que codemandeur n'a pas encore été complètement écartée.

⁷⁸ Association for the Rights of Household and Farm Workers, STRATEGIC LITIGATION END MIGRANT WORKER UNFREEDOM (2023), <https://dtmf-rhfw.org/en/strategic-litigation> (dernière visite : 7 avril 2023) [ci-après « Litige stratégique »].

⁷⁹ Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la loi canadienne de 1982, c. 11, ss. 7, 15 (U.K.); loi constitutionnelle de 1987, s. 96 (Can).

⁸⁰ Association for the Rights of Household and Farm Workers, 2023 URGENT FUNDRAISING CAMPAIGN, <https://dtmf-rhfw.org/en/donate/> (dernière visite : 7 avril 2023).

⁸¹ Court Challenges Program, HUMAN RIGHTS (2023), <https://pcj-cpc.ca/rights-human-rights/>

tutionnel.⁸²

Le litige nécessitera en premier lieu une solide base de preuves démontrant que le régime de permis de travail du gouvernement canadien lié à un employeur porte atteinte aux droits fondamentaux, en s'appuyant en particulier sur les nombreux travaux de recherche universitaire réalisés sur les travailleuses et travailleurs migrants embauchés dans des fermes et des maisons au cours des dernières décennies. La deuxième étape du recours constitutionnel consistera à répondre à la question juridique suivante : les objectifs des mesures de rattachement à un employeur justifient-ils l'atteinte aux droits fondamentaux dans une société « libre » ? Le litige a pour but de démontrer que les politiques de rattachement à un employeur constituent un moyen inadéquat pour promouvoir les objectifs politiques du gouvernement et que, indépendamment de toute justification, elles entraînent une violation disproportionnée des droits constitutionnels.

« Comme les permis de travail sectoriels et multi-employeurs soulèvent les mêmes problèmes, les litiges ne devraient pas se limiter à une mesure spécifique, telle que les permis de travail liés à un employeur. ⁸³ Pour éviter que les décideurs politiques ne prennent des mesures créatives et préjudiciables lorsqu'ils sont confrontés à une contestation du régime de rattachement à un employeur, les recours en justice doivent viser aussi largement que possible la légalité de l'autorité générale de l'État à restreindre, de quelque manière que ce soit, le droit fondamental d'un travailleur à quitter son emploi et à changer d'employeur. »

Le gouvernement canadien a explicitement énoncé trois objectifs politiques associés aux permis de travail liés à un employeur : (1) la protection des intérêts des citoyens et des autres travailleurs libres sur le marché du travail, (2) la protection des droits des travailleurs migrants,

(dernière visite : 7 avril 2023).

⁸² Pour de plus amples informations, voir Strategic Litigation, *supra* note 79.

⁸³ Ainsi, les travailleurs agricoles saisonniers au Canada sont autorisés à travailler avec un permis de travail spécifique au secteur. La possibilité de quitter leur employeur est toutefois fortement limitée. Le gouvernement canadien fournit aux travailleurs un contrat de travail standard comportant une clause qui prévoit qu'en règle générale, l'autorisation de l'employeur-parrain est requise pour demander et finaliser un transfert vers un autre employeur. Immigration Regulation, *supra* note 35, section 11.1(c).

et (3) la facilitation de l'intégrité des programmes et de l'application de la loi.⁸⁴ Compte tenu de la nature et de l'étendue des droits constitutionnels enfreints et de l'existence d'alternatives politiques moins dommageables au Canada, l'argument avancé est que, pour les trois objectifs politiques, les mesures de rattachement à un employeur ont un impact disproportionné qui ne peut être justifié dans une société libre.

Qui plus est, dans la mesure où des éléments de preuve peuvent être et seront apportés pour démontrer que les mesures de rattachement à un employeur détériorent également les conditions de travail des citoyens,⁸⁵ aggravent les violations des droits des migrants en général et se traduisent par une augmentation de l'emploi de personnes sans papiers, ont une incidence négative sur le statut juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière et renforcent l'impunité de leurs employeurs,⁸⁶ un argument juridique supplémentaire sera avancé pour démontrer que les mesures de l'État constituent également un moyen arbitraire d'atteindre les objectifs politiques déclarés et de préserver l'intégrité de l'État de droit.

Quels que soient ses résultats, le recours constitutionnel « Fin au travail non-libre pour les migrants » du Canada, qui devrait être engagé d'ici décembre 2023, créera un précédent instructif et utile dans la lutte mondiale pour garantir aux travailleurs migrants du monde entier une véritable capacité à faire valoir leurs droits.

⁸⁴ Gouvernement du Canada, GOVERNMENT OF CANADA RESPONSE TO THE REPORT OF THE STANDING COMMITTEE ON CITIZENSHIP AND IMMIGRATION: TEMPORARY FOREIGN WORKERS AND NON-STATUS WORKERS (2009), <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/CIMM/StudyActivity?studyActivityId=2606129>.

⁸⁵ Voir par exemple, Pierre Brochu, Till Gross & Christopher Worswick, *Temporary foreign workers and firms: Theory and Canadian evidence*, 53(3) Can. J. of Econ. (871-872). (2020)

⁸⁶ Voir par exemple, Xochitl Bada, & Shannon Gleeson, *The North American Agreement on Labor Cooperation and the Challenges to Protecting Low-Wage Migrant Workers, in ACCOUNTABILITY ACROSS BORDERS* (83 -110) (eds., Bada, X. & S. Gleeson 2019).

PROTÉGER LES TRAVAILLEURS SANS PAPIERS AUX ÉTATS-UNIS : OBSTACLES, ÉTAPES, AVANCÉES

MICHAEL FELSEN¹

États-Unis | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

S'agissant des travailleurs sans papiers², on observe depuis longtemps aux États-Unis une tension entre l'application de la législation en matière d'immigration,³ d'une part, et celle des lois relatives à la protection des travailleurs, d'autre part. Les travailleurs immigrés qui ne sont pas autorisés à séjourner aux États-Unis et qui n'ont donc pas le droit d'y travailler peuvent faire l'objet de mesures discriminatoires de la

part des services d'immigration, y compris d'une éventuelle expulsion. Dans le même temps, tous les travailleurs présents aux États-Unis, quel que soit leur statut d'immigrant, ont droit aux bénéfices de nombreuses lois américaines, notamment celles qui régissent les salaires et les heures de travail,⁴ la santé et la sécurité sur le lieu de travail,⁵ la non-discrimination,⁶ et le droit de se syndiquer.⁷ Une tension particulière se manifeste lorsque les employeurs soumettent leurs travailleurs immigrés à des pratiques illégales sur le lieu de travail, mais que les travailleurs, craignant des représailles de la part de leurs employeurs, y compris la menace d'une expulsion, taisent leurs plaintes et acceptent les illégalités. L'application des lois sur la protection des travailleurs en pâtit, les travailleurs en

¹ Durant sa carrière de 39 ans, où il a veillé à l'application des lois sur la protection des travailleurs en tant qu'avocat du Département du Travail des États-Unis, l'auteur a occupé le poste de procureur régional de la Nouvelle-Angleterre de 2010 à 2018. Depuis, il se consacre à la défense des droits des travailleurs et des immigrés et à la consultation, en tant que conseiller principal du bureau juridique à but non lucratif Justice at Work, en tant que conseiller du Comité national pour la sécurité et la santé au travail et en tant que conseiller stratégique en matière d'application de la loi auprès du Workplace Justice Lab de l'université de Rutgers. Ses travaux sur la protection des travailleurs et les droits des travailleurs immigrés ont été fréquemment publiés dans des revues telles que *The Hill* et *The Progressive*.

² Dans cet article, les termes travailleurs « sans-papiers », « immigrés » et « non-citoyens » sont utilisés indifféremment pour désigner les travailleurs qui n'ont pas l'autorisation de travailler légalement aux États-Unis, tout en reconnaissant, bien entendu, que de nombreux immigrés et non-citoyens peuvent en fait être employés légalement aux États-Unis.

³ L'Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. § 1101 et suivantes, régit la politique et les pratiques en matière d'immigration dans leur ensemble, y compris l'expulsion des « étrangers » non autorisés, 8 U.S.C. § 1227. En 1986, la loi a été modifiée pour intégrer la loi de 1986 sur la réforme et le contrôle de l'immigration (IRCA), décrite par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, 535 U.S. 137 (2002) comme « un dispositif global interdisant le recours à des étrangers en situation irrégulière aux États-Unis... qui a fait de la lutte contre l'emploi d'étrangers en situation irrégulière un élément central de la politique relative à la législation en matière d'immigration ».

⁴ Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA), 29 U.S.C. §203 et suivantes ; les arrêts interprétant la loi ont clairement établi que le statut d'immigrant n'est pas un facteur permettant de déterminer le droit d'un travailleur à percevoir un salaire. *Jin-Ming Lin v. Chinatown Restaurant Corp.*, 771 F. Supp. 2d 185, 190 (D. Mass. 2011) (le statut d'immigrant des employés n'est pas pertinent pour leurs réclamations au titre de la FLSA relatives au salaire minimum et aux heures supplémentaires non payés). Voir également *Lamonica v. Safe Hurricane Shutters, Inc.*, 711 F.3d 1299, 1306-07 (11th Cir. 2013) (la FLSA s'applique aux travailleurs sans papiers qui réclament le paiement de leurs heures supplémentaires) ; *Lucas v. Jerusalem Café, LLC*, 721 F.3d 927, 933-35 (8^{ème} Cir. 2013) (la FLSA s'applique aux travailleurs sans papiers car « les employeurs qui embauchent illégalement des étrangers en situation irrégulière doivent par ailleurs se conformer aux lois fédérales sur l'emploi »).

⁵ Occupational Safety and Health Act of 1970, 29 U.S.C. §651 et suivants.

⁶ Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §2000(e) et suivants.

⁷ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §151 et seq; In *Sure-Tan, Inc. v. NLRB*, 467 U.S. 883, 892 (1984), la United States Supreme Court a statué que les immigrés sans papiers sont des « employés » au sens de la National Labor Relations Act.

souffrent et les employeurs respectueux des lois sont pénalisés par rapport à la concurrence, et ce à grande échelle.⁸

Cet article examine les fluctuations de la politique et des activités menées aux États-Unis au cours des dernières décennies, dans le traitement des travailleurs sans papiers et l'application de la législation sur l'immigration sur le lieu de travail. Cette analyse se terminera par un examen des développements intervenus très récemment dans la pratique du gouvernement américain, indiquant un mouvement décisif de l'administration Biden vers la concrétisation de la capacité des travailleurs sans papiers à bénéficier des garanties offertes par les lois fédérales sur les droits des travailleurs.

Le parcours semé d'embûches pour une meilleure protection des travailleurs immigrés

Il y a plus de deux décennies, l'administration Clinton a reconnu que l'application simultanée de la législation en matière d'immigration et de protection des travailleurs sur un lieu de travail donné n'était pas de nature à assurer une protection efficace des travailleurs. Après une série de descentes des services d'immigration qui ont perturbé les campagnes d'organisation syndicale en cours et les poursuites judiciaires engagées par les travailleurs immigrés pour réclamer le salaire minimum, une politique interne des services d'immigration a été mise au point en 1996, afin de garantir que lesdits services n'interviennent pas dans les conflits du travail.⁹ En 1998, un protocole d'accord (« MOU ») entre le service américain de l'immigration et de la naturalisation (« INS », aujourd'hui rebaptisé Immigration and Customs Enforcement, « ICE », une division du Département de la sécurité intérieure, « DHS ») et le Département du travail des

⁸ Daniel Costa, *California Leads the Way: A look at California laws that help protect labor standards for unauthorized immigrant workers*, ECONOMIC POLICY INSTITUTE (2018), <https://www.epi.org/publication/california-immigrant-labor-laws/> (dernière consultation : 28 mars 2023).

⁹ INS Operating Instruction 287.3(a) qui prévoyait, par exemple, que « Lorsque des informations sont reçues concernant l'emploi d'étrangers sans papiers ou en situation irrégulière, la question est de savoir si ces informations sont fournies dans le but d'interférer avec les droits du travail ».

« Ces récentes avancées s'expliquent par le rôle des organisations de défense des droits des immigrés et des travailleurs, qui plaident résolument en faveur d'une meilleure protection des travailleurs immigrés sur le lieu de travail - des droits qui ne peuvent être garantis sans la coopération active des autorités chargées de l'immigration. »

États-Unis (« DOL ») a été conclu afin de créer une barrière entre les inspections du DOL et les mesures d'application des lois de l'INS.¹⁰ L'objectif était entre autres de mettre fin au non-respect des normes de travail qui s'appliquent à tous les travailleurs aux États-Unis et d'empêcher que les travailleurs en situation irrégulière ne soient davantage exposés à des représailles de la part d'employeurs peu scrupuleux qui, après avoir fait valoir leurs droits, se servent de l'application de la législation sur l'immigration comme d'une arme fatale à l'encontre des travailleurs.

Ces nouvelles politiques et ces nouveaux protocoles n'ont pas été en mesure de tenir leurs promesses. Au moment de l'investiture du président Barack Obama en janvier 2009, les descentes de police sur les lieux de travail visant à appréhender les travailleurs sans papiers, puis à les expulser, menées pendant les huit années du mandat du président George W. Bush, étaient devenues monnaie courante.¹¹ Les groupes de

¹⁰ U.S. Department of Labor, *ESA Press Release: Labor Department and INS Sign Memorandum of Understanding to Enhance Labor Standards Enforcement to Aid U.S. Workers* (1998) <https://www.dol.gov/newsroom/releases/esa/esa19981123-0>.

¹¹ Amy Chozick, *Raids of Illegal Immigrants Bring Harsh Memories, and Strong Fears*, NEW YORK TIMES, (2017) [ci-après "Raids of illegal immigrants"] <https://www.nytimes.com/2017/01/02/us/illegal-immigrants-raids-deportation.html>. Ainsi, en mai 2007, 160 agents des services de l'immigration ont effectué une descente dans une usine agroalimentaire de Portland, dans l'Oregon, arrêtant 167 travailleurs, juste après que les médias locaux ont parlé de la décision de justice obtenue à l'issue d'un procès portant sur les salaires et les heures de travail, d'un montant de 400 000 dollars, intenté par les travailleurs de l'usine. En mai 2008, des agents ont arrêté 389 autres travailleurs dans une usine agroalimentaire de l'Iowa, et au moins trois autres agences enquêtaient sur de graves violations du droit du travail. Rebecca Smith, Ana Avendano & Julie Martinez Ortega, ICED OUT: How IMMIGRATION ENFORCEMENT HAS INTERFERED WITH WORKERS' RIGHTS



Michael Felsen

Conseiller principal auprès de Justice at Work à Boston, du Workplace Justice Lab de la Rutgers University et du National Council for Occupational Safety and Health (Conseil national pour la sécurité et la santé au travail) ; ancien procureur régional du Département du Travail des États-Unis pour la Nouvelle-Angleterre de 2010 à 2018

défense des travailleurs et des immigrés ont clairement signifié à l'administration Obama que des changements s'imposaient.¹² L'administration Obama s'est efforcée de réformer en profondeur le système d'immigration, sans y parvenir toutefois. Mais elle a évité les descentes sur les lieux de travail, préférant l'application de la législation sur l'immigration axée sur les arrestations aux frontières et le renvoi des immigrés ayant un casier judiciaire,¹³ et les « descentes pour contrôles d'identité »¹⁴ effectuées auprès des employeurs qui embauchaient et exploitaient en toute connaissance de cause des travailleurs sans papiers. Les nombreuses expulsions d'immigrés effectuées sous la présidence Obama ont suscité de vives critiques de la part des défenseurs des droits des immigrés, qui ont continué à faire valoir leurs priorités au cours de son mandat.¹⁵ Il n'en reste pas moins que l'administration Obama a reconnu les abus subis par les travailleurs sans papiers sur leur lieu de travail et l'importance de son rôle dans les efforts de protection des travailleurs en général, et qu'elle a pris des mesures importantes pour y remédier.

En 2011, le DOL et l'ICE ont signé une version révisée du protocole d'accord de 1998, dans laquelle ils intensifient leurs efforts pour s'assurer que les activités d'application de la loi sur les lieux de travail des deux agences n'entrent pas en conflit.¹⁶ En 2016, la Commission pour l'égalité des chances en matière d'emploi (« EEOC », chargée de lutter contre diverses formes de discrimination sur le lieu de travail, notamment en vertu du titre VII de la loi sur les

(2009) https://s27147.pcdn.co/wp-content/uploads/2015/03/ICED_OUT.pdf.

¹² *Id.*

¹³ Chirs McGreal, *Barack Obama: lack of immigration reform my biggest failure so far*, GUARDIAN (2012) <https://www.theguardian.com/world/2012/sep/20/barack-obama-immigration-reform-failure>.

¹⁴ Raids of Illegal Immigrants, *supra* note 11.

¹⁵ Jennifer (J) Rosenbaum & Josh Stehlik, WORKERS RIGHTS PROTECTIONS IN IMMIGRATION ENFORCEMENT REFORM (2014) <https://www.nilc.org/wp-content/uploads/2017/03/workers-rights-in-admin-relief-NGAO-NILC-JWJ-2014-09.pdf>. En tête de liste des priorités, figurait : « Ne pas craindre les représailles et l'intimidation des services d'immigration dans les conflits liés au travail et aux droits civils en expliquant comment les immigrés qui se battent pour protéger leurs droits civils et professionnels et qui ne font pas encore l'objet d'une procédure peuvent demander un report d'action auprès de l'USCIS ».

¹⁶ U.S. Department of Homeland Security & U.S. Department of Labor, REVISED MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN THE DEPARTMENTS OF HOMELAND SECURITY AND LABOR CONCERNING ENFORCEMENT ACTIVITIES AT WORKSITES (2011), https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/DHS-DOL-MOU_4.19.18.pdf.



© Bannafarsai_Stock / Shutterstock

droits civils) et le Conseil national des relations du travail (« NLRB », chargé de garantir les droits des travailleurs à la syndicalisation et à l'action collective en vertu de la loi sur les relations du travail) ont adhéré à l'accord.¹⁷

Le protocole d'accord, qui est toujours en vigueur, réitère l'engagement des agences à ne pas intervenir dans l'application des lois sur l'immigration pendant les conflits de travail en cours sur un lieu de travail, y compris les conflits portant sur les droits suivants des travailleurs :

- le droit à un salaire correct et au paiement des heures supplémentaires ;
- le droit à travailler dans des conditions sûres ;
- le droit à l'indemnisation des travailleurs, aux congés familiaux et médicaux et aux avantages sociaux ;
- le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination illégale ;
- le droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer ou de l'assister, de participer à la négociation collective et de se livrer à des activités concertées protégées à des fins d'entraide ou de protection ;
- les droits des membres de syndicats à la démocratie syndicale et à l'information sur les droits des employés et les finances des syndicats, des employeurs et des consultants en relations de travail ;
- le droit à la protection contre les représailles pour avoir sollicité l'application de quelque

¹⁷ U.S. Department of Homeland Security & U.S. Department of Labor, REVISED MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN THE DEPARTMENTS OF HOMELAND SECURITY AND LABOR CONCERNING ENFORCEMENT ACTIVITIES AT WORKSITES (2016), https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/DHS-DOL-MOU_4.19.18.pdf.

de ces droits.

Dans le protocole d'accord, le DHS s'engage à « être attentif aux tentatives de tiers visant à manipuler ses activités de contrôle des lieux de travail à des fins illicites ou inappropriées et à les contrecarrer », et à évaluer si les renseignements qu'il a reçus concernant le contrôle des lieux de travail impliquent un conflit du travail ou sont destinés à exercer des représailles ou à « entraver de toute autre manière l'application du droit du travail ». Le DHS accepte également de prendre en considération les demandes des agences pour l'emploi visant à accorder des mesures d'aide à l'immigration (telles que la liberté conditionnelle)¹⁸ ou le report d'action¹⁹) pour les témoins nécessaires à une enquête de l'agence pour l'emploi ou à une procédure apparentée. Les agences pour l'emploi conservent leur capacité à demander des visas pour les témoins, y compris en délivrant des visas U et T aux travailleurs victimes d'actes criminels.²⁰

¹⁸ U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), HUMANITARIAN PAROLE, <https://www.uscis.gov/forms/explore-my-options/humanitarian-parole> (dernière consultation : 28 mars 2023) (La possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle permet à une personne susceptible d'être interdite de territoire ou de ne pas pouvoir être admise aux États-Unis de séjourner temporairement sur le territoire américain pour des raisons humanitaires urgentes ou pour un bénéfice public important.).

¹⁹ L'action différée est une décision de différer l'expulsion d'une personne dans le cadre d'un acte judiciaire discrétionnaire. Une personne n'est pas considérée comme étant en situation irrégulière pendant la période où l'action différée est en vigueur, dès lors qu'elle a été autorisée par le DHS à séjourner aux États-Unis pendant la durée de la période d'action différée. Les bénéficiaires d'une action différée sont également considérés comme étant « légalement présents » aux fins de leur admissibilité à certains bénéfices publics (comme certaines prestations de sécurité sociale) pendant la période visée par l'action différée. Une autorisation de travail peut également être obtenue. L'action différée ne confère toutefois pas à son bénéficiaire un statut d'immigrant légal, pas plus qu'elle ne l'exonère des périodes antérieures ou ultérieures de présence illégale qu'il a pu avoir. USCIS, FREQUENTLY ASKED QUESTIONS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/consideration-of-deferred-action-for-childhood-arrivals-daca/frequently-asked-questions#general> (dernière consultation : 28 mars 2023).

²⁰ Le statut de non-immigrant U, également connu sous le nom de visa U, est destiné aux victimes de certaines activités criminelles qualifiées, notamment la violence domestique, les agressions sexuelles, les crimes de haine, la traite des êtres humains, la servitude involontaire et certains autres délits graves. USCIS, VICTIMS OF CRIMINAL ACTIVITY: U NONIMMIGRANT STATUS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes/victims-of-criminal-activity-u-nonimmigrant-status> (Dernière consultation : 28 mars 2023). Le statut de non-immigrant T (T nonimmigrant status), également connu sous le nom de visa T, est destiné aux victimes de formes graves de traite des êtres humains. Les victimes qui obtiennent l'un ou l'autre de ces statuts

peuvent séjourner et travailler aux États-Unis pendant une période maximale de quatre ans une fois que ce statut de non-immigrant leur a été accordé. Des prolongations au-delà des quatre ans peuvent être accordées, et les victimes peuvent déposer une demande de carte verte, également connue sous le nom de résidence permanente légale, pour autant qu'elles remplissent certaines conditions. USCIS, VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING: T NONIMMIGRANT STATUS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes/victims-of-human-trafficking-t-nonimmigrant-status> (Dernière consultation : 28 mars 2023) Pour bénéficier des visas U et T, la victime doit en règle générale prêter assistance ou coopérer avec les forces de l'ordre dans le cadre de la détection, de l'enquête ou de la poursuite de la traite des êtres humains ou d'une activité criminelle qualifiée. USCIS, VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING AND OTHER CRIMES, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes> (Dernière consultation : 28 mars 2023). En 2011, la division « Wage and Hour » (WHD) du Département du travail a commencé à délivrer des visas U aux victimes de cinq infractions qualifiées constatées dans le cadre de ses enquêtes sur des lieux de travail (servitude involontaire, péonage, traite des êtres humains, obstruction à la justice et subornation de témoins). En avril 2015, le Département du travail a commencé à exercer son autorité pour certifier les demandes des victimes de la traite des êtres humains cherchant à obtenir un visa T et a fait ajouter trois activités criminelles qualifiantes supplémentaires (extorsion, travail forcé et fraude dans les contrats de main-d'œuvre étrangère) dans le cadre de sa certification des demandes de visa U. U.S. Department of Labor, U AND T VISA CERTIFICATIONS, <https://www.dol.gov/agencies/whd/immigration/u-t-visa> (Dernière consultation : 28 mars 2023). Au cours de la dernière décennie, l'utilisation de ces outils s'est avérée efficace pour fournir une aide à l'immigration aux travailleurs dans certains cas, mais le nombre de visas disponibles est plafonné, le nombre de demandes en attente est important et les délais d'attente peuvent être de plusieurs années. Les défenseurs des droits ne cessent de plaider en faveur de l'amélioration et de l'extension de cet important programme.

Le protocole d'accord est venu compléter un mémorandum de juin 2011²¹ du directeur de l'ICE, donnant instruction aux agents de recourir à leur pouvoir discrétionnaire dans leurs décisions relatives à l'application de la législation sur l'immigration, en tenant compte de questions telles que « la question de savoir si la personne coopère actuellement ou a coopéré avec les autorités fédérales, des États ou locales chargées de l'application de la loi, telles que le Département du travail, ou le Conseil national des relations de travail, entre autres ».

Chacune de ces politiques et de ces décisions témoigne d'une reconnaissance croissante, encouragée par les organisations de défense des immigrés et des travailleurs, de la vulnérabilité particulièrement grande des travailleurs immigrés aux abus sur le lieu de travail en raison de

²¹ U.S. Immigration and Customs Enforcement, MEMORANDUM: EXERCISING PROSECUTORIAL DISCRETION CONSISTENT WITH THE CIVIL IMMIGRATION ENFORCEMENT PRIORITIES OF THE AGENCY FOR THE APPREHENSION, DETENTION, AND REMOVAL OF ALIENS (2011), <https://www.ice.gov/doclib/secure-communities/pdf/prosecutorial-discretion-memo.pdf>.

leur statut de sans-papiers, de la responsabilité des agences pour l'emploi de faire respecter leurs droits en vertu des lois applicables en matière de protection des travailleurs et du fait que la coopération - et la non-intervention - des agences chargées de l'application des lois sur l'immigration est essentielle pour que les agences pour l'emploi puissent s'acquitter efficacement de leurs responsabilités en matière de protection des travailleurs.

Le pendule oscille à nouveau

La suppression par l'administration Obama des descentes sur les lieux de travail et l'accent mis sur le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites - en mettant l'accent sur les immigrés ayant un casier judiciaire et les nouveaux arrivants, et non sur les travailleurs sans papiers - ont été jetés aux oubliettes par l'administration Trump²², avec des résultats effrayants pour les travailleurs immigrés. Le DHS de l'administration Trump a inauguré un nouveau régime d'application de la loi, destiné à quadrupler ou quintupler les contrôles sur les lieux de travail,²³ et s'est en définitive concentré sur les descentes de police qui ont abouti à l'expulsion d'un nombre sans précédent de travailleurs sans papiers,²⁴ avec des conséquences désastreuses pour les familles.²⁵ L'efficacité des efforts déployés par les agences pour l'emploi en matière de protection des travailleurs en a aussi pâti, car les travailleurs immigrés ont été à nouveau relégués dans l'ombre,²⁶ alors que les employeurs en infraction ont été largement épargnés.²⁷ Ces politiques et

actions agressives contre les travailleurs immigrés ont suscité de vives protestations et des actions défensives au nom des travailleurs immigrés.²⁸

C'est le cas de l'administration actuelle du président Joe Biden. Le 21 janvier 2021, au lendemain de l'investiture de M. Biden, et dans le but de marquer un contraste frappant avec les politiques de l'ancien président Trump, le Secrétaire par intérim du DHS a publié un mémo²⁹ contenant des directives provisoires relatives à l'application de la législation américaine en matière d'immigration. Ce mémo a suspendu, pendant 100 jours, toutes les expulsions d'immigrants en situation irrégulière, à l'exception d'une poignée d'entre eux, en mettant l'accent sur le pouvoir discrétionnaire des procureurs et en privilégiant trois domaines prioritaires : les personnes qui représentent une menace pour la sécurité nationale, celles qui tentent de franchir illégalement la frontière après le 1^{er} novembre 2020 et les criminels ayant fait l'objet d'une condamnation pour « crime aggravé ». Rien n'indique que l'arrestation des travailleurs sans papiers ait été envisagée d'une manière ou d'une autre dans le cadre du programme d'exécution provisoire.

Ces directives provisoires ont été remplacées par un memorandum publié le 30 septembre 2021 par le Secrétaire du DHS, Alejandro Mayorkas, intitulé « Guidelines for the Enforcement of Civil Immigration Law » (Directives pour l'application de la législation civile sur l'immigration) (« Directives »).³⁰ En réitérant le principe légalement accepté du pouvoir discrétionnaire des procureurs, M. Mayorkas a reconnu l'existence d'au moins 11 millions de sans-papiers ou de non-citoyens expulsables aux États-Unis, et le fait que le DHS est loin de disposer de ressources suffisantes pour les expulser tous. Il a reconnu que la majorité des non-citoyens sans papiers ont été des membres actifs de la société américaine,

²² Hamed Aleaziz, *Workplace Arrests Have Soared As The Trump Administration Steps Up Immigration Enforcement*, BUZZFEED NEWS (24 juillet, 2018), <https://www.buzzfeednews.com/article/hamedaleaziz/workplace-arrests-trump-enforcement-ice>.

²³ Tal Kopan, *ICE chief pledges quadrupling or more of workplace crackdowns*, CNN POLITICS (17 octobre, 2017), <https://www.cnn.com/2017/10/17/politics/ice-crackdown-workplaces/index.html>.

²⁴ National Immigration Law Center, *WORKSITE IMMIGRATION RAIDS*, <https://www.nilc.org/issues/workersrights/worksite-raids/> (dernière consultation : 29 mars 2023).

²⁵ Holly Straut-Eppsteiner, *Worksite Immigration Raids Terrorize Workers and Communities Now, and their Devastating Consequences Are Long-Term*, NATIONAL IMMIGRATION LAW CENTER (11 avril, 2019), <https://www.nilc.org/2019/04/11/worksite-immigration-raids-terrorize-workers-and-communities/>.

²⁶ Michael Felsen & M. Patricia Smith, *Wage Theft is a Real National Emergency*, THE AMERICAN PROSPECT, (5 mars, 2019), <https://prospect.org/power/wage-theft-real-national-emergency/>.

²⁷ Renae Merle, *As Workplace Raids Multiple, Trump administration charges few companies*, THE WASHINGTON POST (9 août 2019), <https://www.washingtonpost.com/>

[business/2019/08/09/workplace-raids-multiply-trump-administration-charges-few-companies/](https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/21_0120_enforcement-memo_signed.pdf).

²⁸ National Employment Law Project, *FEAR OF IMMIGRATION RAIDS MAY HARM WORKPLACE RIGHTS* (13 avril 2017) <https://www.nelp.org/press-clips/fear-of-immigration-raids-may-harm-workplace-rights/>.

²⁹ U.S. Department of Homeland Security (DHS), *MEMORANDUM: REVIEW OF AND INTERIM REVISION TO CIVIL IMMIGRATION ENFORCEMENT AND REMOVAL POLICIES AND PRIORITIES*, (20 janvier 2021) https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/21_0120_enforcement-memo_signed.pdf.

³⁰ DHS, *MEMORANDUM: DHS, MEMORANDUM: GUIDELINES FOR THE ENFORCEMENT OF CIVIL IMMIGRATION LAW* (30 septembre, 2021) [ci-après Les directives], <https://www.ice.gov/doclib/news/guidelines-civilimmigrationlaw.pdf>.

y compris ceux « qui travaillent en première ligne dans la bataille contre la COVID enseignant à nos enfants, travaillent dur dans les fermes pour approvisionner la population en nourriture... », en d'autres termes, les travailleurs sans papiers. Affirmant, avec de légères modifications, les trois mêmes priorités limitées en matière d'application que celles décrites dans la note intérimaire du 21 janvier, ces directives, se faisant l'écho de directives antérieures, affirment également :

« En d'autres termes, il est peu probable que les travailleurs immigrés se plaignent d'un vol de leurs salaires, de conditions de travail dangereuses ou d'actions antisyndicales, ou qu'ils coopèrent à l'enquête d'une agence sur ces questions, si les représailles de l'employeur et la menace d'une éventuelle expulsion ou d'autres conséquences négatives pour les immigrants risquent de résulter de l'exercice de leurs droits du travail. »

« Il est regrettable que des employeurs sans scrupules exploitent le statut d'immigrant de leurs employés et leur vulnérabilité à l'expulsion, par exemple en réduisant leurs salaires, en maintenant des conditions de travail dangereuses et en réprimant leurs droits et leurs activités sur leur lieu de travail.

Nous devons veiller à ce que notre autorité chargée de l'application des lois sur l'immigration ne soit pas utilisée comme un instrument pour ces pratiques et autres pratiques sans scrupules. L'exercice par un non-citoyen de ses droits sur le lieu de travail ou sa qualité de témoin dans un conflit du travail doit être considéré comme une circonstance atténuante dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des procureurs. »³¹

³¹ Dans le contexte politique très tendu que connaît ce pays, y compris sur la question controversée de l'immigration, les États du Texas et de la Louisiane ont intenté une action devant le tribunal fédéral de district du Texas pour bloquer la mise en œuvre des directives, au motif, entre autres, qu'elles contreviennent directement à diverses dispositions de la législation en matière d'immigration. La contestation des États s'est soldée par une décision favorable de la cour de district, qui a annulé les directives en juin 2022. État c. États-Unis, action civile 6:21-cv-00016 (S.D. Texas, 19 août 2021) https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.txsd.1821703/gov.uscourts.txsd.1821703.240.0_1.pdf. Les requêtes du DHS visant à suspendre l'annulation ont été rejetées par la cour d'appel du cinquième circuit et par la U.S. Supreme Court, qui a examiné l'affaire sur le fond. Les plaidoiries ont eu lieu en décembre 2022 ; les parties sont en attente de la décision. Dans l'intervalle, si les

Peu après, le 12 octobre 2021, le Secrétaire Mayorkas a publié une déclaration de politique générale intitulée « Worksite Enforcement » : *The Strategy to Protect the American Labor Market, the Conditions of the American worksite, and the Dignity of the Individual. (La stratégie de protection du marché du travail américain, des conditions de travail sur les lieux de travail américains et de la dignité de l'individu).* »³² Il a souligné que le DHS « **doit adopter** des politiques d'application des lois sur l'immigration afin de faciliter le travail important du Département du travail et des autres agences gouvernementales pour faire respecter les protections salariales, la sécurité sur le lieu de travail, les droits du travail et d'autres lois et normes », y compris des pratiques « pour atténuer la crainte que les victimes et les témoins de la traite et de l'exploitation des travailleurs peuvent avoir par rapport à leur coopération avec les forces de l'ordre dans les enquêtes et les poursuites contre les employeurs sans scrupules » (surligné-ment ajouté). Il s'agirait notamment « d'envisager une action différée, une présence continue, une libération conditionnelle et d'autres mesures disponibles pour les non-citoyens qui sont témoins ou victimes de pratiques de travail abusives et d'exploitation », y compris dans les cas où le DOL demande ce type de mesures pour les victimes ou les témoins de pratiques d'exploitation de l'employeur qui font l'objet d'une enquête en cours.³³

lignes directrices ne sont pas actuellement en vigueur, le DHS conserve son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pour accorder une aide à l'immigration au cas par cas. Par ailleurs, l'affaire portée devant la Cour suprême ne concerne pas la déclaration de politique générale relative à l'application de la législation sur les lieux de travail mentionnée dans le corps de la présente note et dans la note de bas de page n° 30.

³² DHS, MEMORANDUM: WORKSITE ENFORCEMENT: THE STRATEGY TO PROTECT THE AMERICAN LABOR MARKET, THE CONDITIONS OF THE AMERICAN WORKSITE, AND THE DIGNITY OF THE INDIVIDUAL, (12 octobre 2021), https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/memo_from_secretary_mayorkas_on_worksite_enforcement.pdf.

³³ Quelques mois plus tard, en février 2022, le DOL, le NLRB et l'EEOC ont annoncé une initiative conjointe visant à lutter contre les représailles des employeurs à l'encontre des travailleurs qui font valoir leurs droits en matière de protection du travail. National Labor Relations Board, THE NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, US DEPARTMENT OF LABOR, US EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION ALIGN TO END RETALIATION, PROMOTE WORKERS' RIGHTS, (10 novembre 2021) <https://www.nlrb.gov/news-outreach/news-story/the-national-labor-relations-board-us-department-of-labor-us-equal>. Dans une présentation vidéo destinée aux défenseurs des travailleurs et des immigrants et intitulée « Ending Retaliation, Securing Racial and Economic Justice » (Mettre fin aux représailles, garantir la justice raciale et économique), des représentants de chacune des agences ont évoqué leur engagement à lutter contre les représailles, y compris et en mentionnant explicitement les représailles à l'encontre des travailleurs sans-papiers. L'avocat régional du DOL,

Le 6 juillet 2022, le DOL a annoncé une nouvelle procédure de demande de soutien de l'agence pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'immigration pour les travailleurs impliqués dans des conflits du travail.³⁴ Sous la forme d'une « foire aux questions », le DOL souligne que sa mission et l'efficacité de son application dépendent de la coopération des travailleurs, et que ceux qui n'ont pas d'autorisation de travail sont souvent réticents à signaler les violations, à collaborer avec les agences gouvernementales chargées de l'application de la loi, ou à exercer leurs droits de toute autre manière. Le DOL a donc élaboré une méthode conviviale pour demander à l'agence une « déclaration d'intérêt » (« Déclaration »), qui ferait valoir que le DOL a besoin de témoins pour participer à son enquête et/ou à l'application éventuelle de la loi. La Déclaration demanderait au DHS de faire usage de son pouvoir discrétionnaire en matière d'immigration pour aider le DOL à tenir les contrevenants au droit du travail responsables des infractions commises sur les lieux de travail en question. Les travailleurs concernés qui demandent une aide à l'immigration pourraient inclure la déclaration du DOL à l'appui de toute demande de ce type qu'ils adresseraient au DHS, qui prendrait alors une décision à sa seule discrétion.³⁵

M. Fisher, a par exemple précisé que les menaces de toute nature, y compris les menaces d'expulsion à l'encontre des travailleurs sans papiers, donnent lieu à des poursuites judiciaires immédiates à l'encontre des employeurs fautifs en vue d'obtenir une injonction interdisant ce type de comportement. Plusieurs actions injonctives de ce type ont été intentées par le DOL au cours des dernières années. The U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), *Ending Retaliation, Securing Racial and Economic Justice in the Workplace*, YouTube, (24 février 2022), <https://www.youtube.com/watch?v=MjB7vFK7MXy>.

³⁴ U.S. Department of Labor, PROCESS FOR REQUESTING DEPARTMENT OF LABOR SUPPORT FOR REQUESTS TO THE DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY FOR IMMIGRATION-RELATED PROSECUTORIAL DISCRETION DURING LABOR DISPUTES (6 juillet 2022), <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/files/Process-For-Requesting-Department-Of-Labor-Support-FAQ.pdf>.

³⁵ En mai 2022, le NLRB a publié un mémo intitulé « Ensuring Safe and Dignified Access for Immigrant Workers to NLRB Processes » (Assurer aux travailleurs immigrés un accès sûr et digne aux procédures du NLRB), indiquant qu'il était disposé à examiner les demandes d'aide à l'immigration émanant de travailleurs concernés par des conflits du travail relevant de la compétence du NLRB. National Labor Relations Board, NLRB GENERAL COUNSEL ISSUES MEMO ON ENSURING ACCESS FOR IMMIGRANT WORKERS TO NLRB PROCESSES, (May 2, 2022), <https://www.nlr.gov/news-outreach/news-story/nlr-general-counsel-issues-memo-on-ensuring-access-for-immigrant-workers>. Enfin, le 21 février 2023, l'EEOC a publié une FAQ intitulée « EEOC's Support for Immigration-Related Deferred Action Requests to the DHS » (Soutien de l'EEOC aux demandes d'action différée liées à l'immigration adressées au DHS) dans laquelle est décrite sa procédure

Les organisations de défense des droits des immigrés et des travailleurs ont salué la mise en place par le DOL d'un système accessible permettant aux travailleurs de demander une aide aux services d'immigration.³⁶ Elles ont également été encouragées par le fait que le Secrétaire du DHS, M. Mayorkas, a reconnu expressément les défis auxquels sont confrontés les immigrants sans papiers sur leur lieu de travail, les contributions qu'ils ont apportées à la société américaine et les mesures d'aide à l'immigration qui doivent leur être accordées. Mais elles sont restées sur leur faim.³⁷ Si le DHS a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en accordant une aide à l'immigration à certaines personnes qui étaient victimes et/ou témoins d'un vol de salaire donné,³⁸ de sécurité et santé,³⁹ et mesures d'application anti-représailles du DOL,⁴⁰ les défenseurs de ces droits souhaitaient vivement que soit mise en place une méthode institutionnalisée, étendue et spécifique permettant aux travailleurs sans papiers d'accéder à ces mesures d'aide à l'immigration.⁴¹

de demande d'une déclaration d'intérêt. EEOC, EEOC'S SUPPORT FOR IMMIGRATION-RELATED DEFERRED ACTION REQUESTS TO THE DHS, <https://www.eeoc.gov/faq/eeocs-support-immigration-related-deferred-action-requests-dhs> (dernière consultation : 29 mars 2023).

³⁶ Southern Poverty Law Center, SPLC: NEW DEPARTMENT OF LABOR POLICY A WELCOME STEP FOR PROTECTING LONG EXPLOITED IMMIGRANT WORKERS, (JULY 8, 2022) <https://www.splcenter.org/presscenter/splc-new-department-labor-policy-welcome-step-protecting-long-exploited-immigrant>.

³⁷ Alexandra Martinez, *Immigrant workers want protections from deportation for reporting labor abuse*, PRISM, (24 octobre 2022), <https://prismreports.org/2022/10/24/immigrant-workers-protections-labor-abuse/>.

³⁸ Dana Gentry, *Feds: Stadium subcontractor 'repeat violator' of wage laws*, NEVADA CURRENT (8 Mai 2020) <https://www.nevadacurrent.com/2020/05/08/feds-stadium-subcontractor-repeat-violator-of-wage-laws/>.

³⁹ Jennifer Solis, *Feds unveil process to protect immigrant workers facing employer retaliation*, NEVADA CURRENT (8 juillet 2022), <https://www.nevadacurrent.com/2022/07/08/feds-unveil-process-to-protect-immigrant-workers-facing-employer-retaliation/>.

⁴⁰ Shelley Murphy, *Jury orders construction company to pay \$650,000 to immigrant worker retaliation case*, BOSTON GLOBE (21 juin 2022) <https://www.bostonglobe.com/2022/06/21/metro/jury-orders-construction-company-pay-650000-immigrant-worker-retaliation-case/>.

⁴¹ National Immigrant Law Center, NILC Statement on the Department of Labor's Guidance for Workers Involved in Labor Disputes, (6 juillet 2022), <https://www.nilc.org/2022/07/06/department-of-labor-guidance-for-workers-involved-in-labor-disputes/> (« Accorder des protections temporaires aux travailleurs immigrés pour leur permettre de lutter en toute sécurité contre les injustices sur le lieu de travail consolidera les droits de tous les travailleurs. Le Département de la sécurité intérieure doit rapidement donner suite à son enga-

Plus d'un an après la publication par le Secrétaire Mayorkas de son mémo sur l'application de la législation sur les lieux de travail, les défenseurs des droits des travailleurs et des immigrés se sont à nouveau mobilisés à la suite de demandes persistantes d'action concrète de la part du DHS.⁴² Le 17 novembre 2022, ils ont adressé une lettre⁴³ au Secrétaire du DHS, l'exhortant sans équivoque à clarifier la procédure par laquelle les travailleurs peuvent accéder à la discrétion judiciaire, y compris l'action différée et la libération conditionnelle, lorsqu'ils sont impliqués dans des conflits du travail.

« La lettre indiquait ce qui suit : " La mise en place d'une procédure claire et efficace pour fournir des protections en matière d'immigration et une autorisation de travail aux immigrants qui font valoir leurs droits civils et professionnels constitue une étape essentielle dans la réalisation de cette vision et laissera un héritage qui renforcera les normes du travail pour tous les travailleurs de ce pays. " Elle a été signée par trois cent trente organisations de défense des droits des immigrés, des droits civils et des droits du travail. »

Une avancée significative

Les années de plaidoyer sans relâche et passionné des défenseurs ont finalement porté leurs fruits le 13 janvier 2023, lorsque le DHS a annoncé une nouvelle procédure visant à rationaliser l'exercice de son autorité en vigueur pour accorder une protection discrétionnaire en matière d'immigration aux travailleurs sans papiers impliqués dans une enquête ou une mesure d'exécution d'une agence fédérale, d'un État ou d'une agence locale pour l'emploi.⁴⁴ Dans le cadre de la nouvelle procédure,

gement de préciser la procédure permettant aux travailleurs d'accéder aux protections afin que tous les travailleurs, y compris les travailleurs immigrés, puissent faire leur travail en toute sécurité et avec dignité »).

⁴² National Day Laborer Organizing Network, #Breaking: Hundreds of Migrant Workers have take to the streets of #NYC! FACEBOOK (1 octobre 2022) <https://www.facebook.com/NDLON/posts/pfbid0Piz6fDAbn2emEEympgSem1pa7oHFeNsgPrh7BT-MVF3YYpAQhe36Ri5pJvufHQW1PI>.

⁴³ National Immigrant Law Center, DHS SIGN-ON LETTER REGARDING PROSECUTORIAL DISCRETION, (17 novembre 2022) <https://www.nilc.org/wp-content/uploads/2022/11/DHS-Sign-On-Letter-Regarding-Prosecutorial-Discretion-Labor-Disputes-Nov-2022.pdf>.

⁴⁴ DHS, DHS SUPPORT OF THE ENFORCEMENT OF LABOR AND EMPLOYMENT LAWS, <https://www.dhs.gov/enforcement-labor-and->

les travailleurs non citoyens peuvent soumettre leurs demandes d'action différée, qui devraient inclure, comme prévu, une « déclaration d'intérêt » de la part de leur agence pour l'emploi au DHS (Service des douanes et de l'immigration des États-Unis), en passant par un point d'accueil central spécialement créé pour traiter ces demandes en lien avec les enquêtes menées par l'agence pour l'emploi. Les travailleurs ont également la possibilité de demander une autorisation de travail. Les agences pour l'emploi peuvent également solliciter le soutien du DHS dans le cadre d'actions en cours en soumettant directement leur « déclaration d'intérêt » et peuvent demander un examen accéléré des demandes d'autorisation d'emploi des travailleurs si, par exemple, l'agence concernée réclame des arriérés de salaire ou une réintégration dans le cadre d'une mesure d'application de la loi ou de toute autre procédure judiciaire.⁴⁵

Le DHS n'avait jamais mis en place une procédure systématique de ce type auparavant, et les groupes de défense des travailleurs et des immigrés ont été unanimes à en apprécier l'importance. Ils ont également souligné, à juste titre, leurs appels à l'action répétés et directs qui ont précédé l'action du DHS. Se félicitant de « ces protections essentielles [qui] permettent aux travailleurs immigrés de signaler les abus sur leur lieu de travail sans craindre que les employeurs utilisent leur statut d'immigré pour exercer des représailles à leur encontre et à l'encontre de leurs communautés », Rebecca Dixon, directrice exécutive du National Employment Law Project, a souligné que « [c]ette dernière mesure annoncée par le DHS est le résultat d'un plaidoyer soutenu de la part des travailleurs et de leurs défenseurs qui

[employment-laws](#) (dernière consultation : 29 mars 2023).

⁴⁵ L'obtention d'une autorisation de travail de cette manière permet d'éviter le blocage des arriérés de salaire et de la réintégration applicable aux travailleurs victimes de représailles illégales mais non autorisés à travailler, conformément à l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Hoffman*.

Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board, 535 U.S. 137 (2002) (Dans l'affaire *Hoffman*, un travailleur qui avait fourni de faux papiers d'identité a été illégalement licencié, comme l'a constaté le NLRB, au motif qu'il participait à une activité d'organisation syndicale. La Commission a ordonné à l'employeur de lui verser les salaires qu'il avait perdus après avoir été licencié en violation des protections de la loi sur les relations de travail (National Labor Relations Act), 29 U.S.C. §151 et suivantes. Dans un arrêt rendu à 5 voix contre 4, la Cour suprême a estimé que, même si le travailleur était protégé par la loi contre les mesures de rétorsion de l'employeur, le recours au « rappel de salaire » de la Commission ne pouvait être maintenu, car il empiétait sur des dispositions essentielles de l'IRCA, qui exige que les travailleurs disposent d'une autorisation légale de travailler).

réclament respect et dignité sur le lieu de travail pour l'ensemble des travailleurs ».46 Raha Wala, vice-présidente des partenariats stratégiques et du plaidoyer au Centre national du droit de l'immigration (National Immigration Law Center) a approuvé : « Cette victoire capitale est le résultat d'années de militantisme de la part des travailleurs et de leurs défenseurs. Elle sera essentielle pour soutenir le travail collectif et rendre les lieux de travail à travers le pays plus sûrs et plus équitables pour tous ».47 De nombreux autres groupes48 se sont fait l'écho de cette combinaison d'appréciation de l'action du gouvernement et de fierté de voir, enfin, les fruits de leur insistance pour que le DHS transforme ses déclarations en pratiques réelles et significatives.49

Conclusion

Les travailleurs et les organisations de défense des droits engagés dans cette lutte reconnaissent que, bien qu'il s'agisse d'une étape importante, la quête de justice pour les travailleurs et les immigrés se poursuit. Les systèmes des agences pour l'emploi et du DHS devront faire l'objet d'un suivi attentif pour déterminer s'ils parviennent à apporter l'aide nécessaire qu'ils sont censés fournir. La réforme des lois sur l'immigration visant à répondre aux besoins des plus de 11 millions d'immigrés en situation irrégulière aux États-Unis reste, bien entendu, essentielle mais incroyablement floue. Dans le même temps, le vol de salaire, les conditions de travail dangereuses, la discrimination et le démantèlement des syndicats persistent dans un trop grand nombre de lieux de travail. Les organismes de protection des travailleurs ont besoin de financements supplémentaires et de

stratégies toujours plus performantes pour faire respecter les droits des travailleurs.⁵⁰

Reconnaître les défis à venir est nécessaire, mais ne doit pas diminuer l'importance des efforts du gouvernement décrits ci-dessus pour faire progresser la protection des travailleurs en général, et les droits des travailleurs sans papiers en particulier. De la même manière, si les travailleurs et les immigrés, ainsi que les groupes qui les défendent, ont encore un long chemin à parcourir, leur victoire démontre qu'ensemble, ils peuvent accomplir de grandes choses.

⁴⁶ National Employment Law Project, *HOMELAND SECURITY ANNOUNCEMENT AFFIRMS PROTECTIONS FOR IMMIGRANT WORKERS REPORTING WORKPLACE ABUSES*, (13 janvier 2023) <https://www.nelp.org/news-releases/homeland-security-announcement-affirms-protections-for-immigrant-workers-reporting-workplace-abuses/>.

⁴⁷ National Immigration Law Center, *NILC STATEMENT ON THE DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY'S GUIDANCE REGARDING WORKERS ASSERTING THEIR RIGHTS IN THE WORKPLACE*, (13 janvier 2023) <https://www.nilc.org/2023/01/13/statement-on-department-of-homeland-security-guidance-regarding-workers-asserting-their-rights-in-the-workplace/>.

⁴⁸ Kara Rodriguez, *Undocumented Workers in Labor Disputes can Apply for Temporary Immigration Relief*, *RAISE THE FLOOR*, (13 janvier 2023) https://www.raisetheflooralliance.org/undocumented_workers_in_labor_disputes_can_apply_for_temporary_immigration_relief.

⁴⁹ National Day Laborer Organizing Network, *IMMIGRANT WORKERS RESPOND TO NEW HOMELAND SECURITY IMMIGRANT WHISTLEBLOWER POLICY*, (January 13, 2023), <https://ndlon.org/immigrant-workers-to-respond-to-new-homeland-security-immigrant-whistleblower-policy/>.

⁵⁰ Une autre victoire remportée très récemment par les défenseurs des travailleurs et des immigrés a été annoncée le 13 février 2023 par le DOL : l'Occupational Safety and Health Administration ("OSHA") commencera à certifier les demandes de visas U et T à partir du 31 mars 2023. Pour la toute première fois, l'OSHA pourra délivrer ces certifications de visa - au cours de ses enquêtes sur la sécurité au travail - lorsqu'elle identifiera des activités criminelles qualifiées, notamment l'homicide involontaire, le trafic, l'extorsion, l'agression criminelle, le travail forcé et l'obstruction à la justice. Dans le communiqué de presse de l'OSHA, le Sous-secrétaire à la sécurité et à la santé au travail, Doug Parker, déclare : "Les travailleurs aux États-Unis doivent se sentir responsabilisés et capables de faire suffisamment confiance à l'OSHA et au Département du travail des États-Unis pour exprimer leurs préoccupations au sujet de la sécurité sur le lieu de travail, indépendamment de leur statut d'immigré et de leurs craintes de représailles. En permettant à l'OSHA de délivrer des certifications de visas U et T, nous donnerons à certains des travailleurs les plus vulnérables de notre économie les moyens de nous dire si leur travail met en péril leur sécurité et leur santé, ainsi que celles de leurs collègues, et de soutenir nos efforts d'application de la loi. » U.S. Department of Labor, *READOUT: US DEPARTMENT OF LABOR EXPANDS OSHA'S ABILITY TO PROTECT ALL WORKERS BY CERTIFYING SPECIAL VISA APPLICATIONS TO ENSURE EFFECTIVE ENFORCEMENT*, (13 février, 2023) <https://www.dol.gov/newsroom/releases/osha/osha20230213-1>. L'action du DOL fait suite à un plaidoyer intense, notamment une lettre ferme adressée le 22 juin 2023 au Secrétaire au travail, signée par 27 organisations de défense des travailleurs et des immigrés, demandant instamment qu'une telle action soit entreprise. Voir Sign-on Letter: Request for Stakeholder Meeting Regarding the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) Becoming a U and T Visa Certifying Agency, (22 juin 2022) https://drive.google.com/file/d/1LKw6YVW_2hQMx5apmXuwfhohUSDEpps/view.

LA VULNÉRABILITÉ DES TRAVAILLEURS MIGRANTS SANS PAPIERS AU REGARD DE LA LOI ITALIENNE SUR L'IMMIGRATION.

REGARD SUR LE CADRE JURIDIQUE ITALIEN APRÈS 2020 : CHANGEMENT DE CAP ?

RITA DAILA COSTA¹

Italie | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction : les étrangers et les travailleurs migrants vulnérables sans papiers

Le statut juridique des migrants dans l'État d'arrivée est un exemple classique de vulnérabilité, en raison de la discrimination et de l'inégalité qui se recourent, combinées à des dynamiques structurelles et sociales, auxquelles ils sont confrontés. En abordant cette question, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a déclaré : « La vulnérabilité des migrants peut résulter de divers facteurs personnels ou situationnels qui peuvent se recouper ou coexister, influencer les uns sur les autres ou s'exacerber mutuellement, et évoluer en fonction des circonstances. »²

D'une part, le simple fait de se déplacer d'un endroit à un autre entraîne l'acquisition d'un statut juridique différent³ et, par conséquent, différents niveaux d'autonomisation et d'accès aux droits. D'autre part, il est indéniable que les politiques d'immigration sont l'une des principales causes de la vulnérabilité des migrants.⁴ En

effet, les politiques d'immigration italiennes et européennes sont conçues pour lutter contre l'immigration illégale, conformément à la perception selon laquelle l'immigration est un problème d'ordre public et de sécurité, et il n'y a apparemment pas de place pour des politiques qui traitent de l'entrée et de la résidence légales des personnes dans les pays européens. Une telle approche pousse les migrants à entrer dans le pays et à y séjourner en situation irrégulière, ce qui les place dans une situation d'invisibilité et de marginalité, tout en les exposant à un risque accru de devenir des victimes potentielles d'organisations criminelles, de maltraitance et d'exploitation.⁵ En fait, les sans-papiers et les migrants en situation irrégulière sont considérés comme des victimes de l'exploitation paradigmatique.⁶

Le cadre juridique italien a traditionnellement ignoré l'existence de ces personnes, exacerbant les problèmes créés par cette invisibilité en ne réglementant pas et en ne protégeant pas les

¹ Doctorante en dynamique des systèmes à l'Université de Palerme, Juriste stagiaire, Membre de Clinica Legale per i diritti umani - CLEDU, ritadaila.costa@unipa.it.

² Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), *Principles and Practical Guidance on the Protection of the Human Rights of Migrants in Vulnerable Situations, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, at 12, UN Doc. A/HRC/37/34 (3 janvier 2018).

³ Jorge A. Bustamante, *La "responsabilidad del estado" y las migraciones internacionales*, in *DERECHO INTERNACIONAL Y PROTECCIÓN DE MUJERES MIGRANTES EN SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD* 17, 34 (Carmen Pérez Gonzáles ed., 2014).

⁴ En effet, les institutions peuvent également être à l'origine de vulnérabilités « pathogènes ». Voir Catriona Mackenzie,

Wendy Rogers, & Susan Dodds, *Introduction: What is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in *VULNERABILITY: NEW ESSAYS IN ETHICS AND FEMINIST PHILOSOPHY* 1, 8 (Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, & Susan Dodds eds., 2013).

⁵ See Anne T. Gallagher & Marika McAdam, *Abuse of the Position of Vulnerability Within the Definition of Trafficked Persons*, in *ROUTLEDGE HANDBOOK OF HUMAN TRAFFICKING* 185, 186 (Ryszard W. Piotrowicz, Cony Rijken, & Baerbel Heide Uhl eds., 2017).

⁶ Louise Waite, Gary Craig, Hannah Lewis, & Klara Skrivankova, *Introduction*, in *VULNERABILITY, EXPLOITATION AND MIGRANTS – INSECURE WORK IN A GLOBALISED ECONOMY* 1, 7 (Louise Waite, Gary Craig, Hannah Lewis, & Klara Skrivankova eds., 2015).

migrants venus en Italie. Pour autant, en 2020, le gouvernement italien a publié des protections spéciales qui donnent aux migrants des possibilités légales d'échapper à cette invisibilité, en procédant à des évaluations individuelles de leur situation en Italie.

Le système italien de « crimmigration » : une cause de la vulnérabilité des migrants à l'exploitation

Les politiques d'immigration de l'Italie sont un excellent exemple de l'aggravation de la vulnérabilité des travailleurs migrants. Selon la loi italienne sur l'immigration, les ressortissants étrangers - y compris les demandeurs d'asile et les réfugiés - sont perçus non seulement comme de dangereux « ennemis », mais aussi comme des sources d'insécurité sociale.⁷ Ainsi, les politiques d'immigration mises en place par l'Italie sont conçues pour lutter à la fois contre l'immigration irrégulière et les organisations criminelles, alors que les politiques d'accès et de séjour sont totalement négligées,⁸ ce qui pousse les migrants à trouver d'autres moyens illégaux d'entrer et de vivre en Italie.⁹ Cela étant, les personnes qui entrent et séjournent illégalement sont considérées comme des criminels en vertu de l'article 10-bis de ce que l'on appelle la loi consolidée sur l'immigration.¹⁰ Ils sont donc invisibles pour

les institutions italiennes et se voient même refuser l'accès aux droits fondamentaux, malgré la garantie formelle de ces droits prévue par la Constitution italienne.¹¹

Les sans-papiers ne peuvent pas être recrutés sur la base de contrats de travail réguliers et n'ont pas non plus accès au marché du travail régulier. La loi consolidée sur l'immigration sanctionne en effet pénalement l'emploi de travailleurs étrangers sans permis de séjour, empêchant ainsi les employeurs d'embaucher légalement des sans-papiers.¹²

De ce fait, les sans-papiers sont contraints de travailler dans l'économie informelle et d'accepter des conditions d'abus et d'exploitation,¹³ ou se tournent vers des organisations criminelles pour gagner leur vie. Le secteur agricole italien est un excellent exemple de ce type de situation abusive : il repose presque entièrement sur l'exploitation des migrants, qui peuvent travailler pour des salaires plus bas et des horaires plus longs que les travailleurs italiens. Les sans-papiers sont généralement recrutés illégalement par d'autres étrangers pour travailler sans contrat officiel et sans aucune garantie en matière de santé, de sécurité et de protection



Rita Daila Costa

Docteurante en dynamique des systèmes à l'Université de Palerme et membre de la Clinica Legale per i diritti umani - CLEUDU

⁷ Voir Luigi Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in 1 QUESTIONE GIUSTIZIA, 79, 80 (2019).

⁸ Voir, par exemple, Alessandro Riccobono, *Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo*, 2-3/2013 NUOVE AUTONOMIE, 401, 406 (2013); Livio Neri, *Il lavoro*, in IMMIGRAZIONE, ASILO E CITTADINANZA 191, 201 (Paolo Morozzo Della Rocca ed, 5^{ème} édition, 2021).

⁹ Le dernier « Décret Flux », qui fixe le nombre de personnes pouvant entrer en Italie pour des raisons professionnelles pendant l'année en cours, semble répéter les erreurs commises par le passé. Ce décret prévoit un nombre très faible par rapport à la demande. Les migrants ne peuvent entrer en Italie que s'ils ont déjà un employeur. Dès lors, lorsqu'ils sont encore dans leur pays d'origine, ils doivent trouver un employeur disponible pour déposer une demande et poursuivre la procédure en Italie. Une nouvelle exigence a également été ajoutée dans ce décret : les employeurs doivent vérifier si des travailleurs italiens sont disponibles avant d'embaucher un étranger. Voir Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Al via le quote d'ingresso per il 2023. Un commento al Decreto Flussi* (31 janvier 2023), <https://www.asgi.it/notizie/decreto-flussi-2023/>.

¹⁰ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286/1998

(It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25:286>.

Les chercheurs italiens condamnent les crimes sanctionnés par l'article 10-bis pour leur inutilité et leur inefficacité. Voir, par exemple, Luca Maserà, *"Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in IL PACCHETTO SICUREZZA 27 (Oliviero Mazza & Francesco Viganò eds., 2009); Massimo Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in 1 QUESTIONE GIUSTIZIA, 101, 114-115 (2009).

¹¹ Comme l'ont souligné les chercheurs, le cadre juridique italien repose sur des inégalités structurelles entre les citoyens et les étrangers, mais prévoit que les différences de traitement doivent être raisonnables et respectueuses des droits fondamentaux. Voir Silvio Bologna, *Lavoro e sicurezza sociale dei migranti economici: l'eguaglianza imperfetta*, in DIRITTO E IMMIGRAZIONE. UN QUADRO AGGIORNATO DELLE QUESTIONI PIÙ ATTUALI E RILEVANTI 277, 281 (Giuseppe De Marzo & Francesco Parisi eds., 2021).

¹² D.Lgs. n.286/1998, art. 12, paras. 12 & 12-bis (It.).

¹³ Madia D'Onghia, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro: spunti per una discussione*, 2019-2 RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO 463, 474 (2019); Stella Laforgia, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo dei migranti*, in MIGRANTI E LAVORO 192 (William Chiaromonte, Maria Dolores Ferrara, & Maura Ranieri eds., 2020). En revanche, les migrants réguliers sont aussi particulièrement vulnérables aux abus sur le lieu de travail, car leur résidence dépend de leur emploi.

sociale.¹⁴ Qui plus est, ils vivent souvent à l'écart et isolés du reste de la société italienne, dans des campements temporaires et précaires dans les zones rurales, qu'ils ne peuvent quitter que lorsqu'ils sont transportés sur leur lieu de travail par les mêmes « *gangmasters* ». ¹⁵

Il convient de noter que cette situation d'emploi n'est pas seulement le lot des sans-papiers, mais qu'elle affecte également les migrants qui acceptent de travailler dans ces conditions parce qu'ils ont besoin d'un contrat de travail pour renouveler leur permis de séjour en Italie. Dans cette situation, les employeurs récupèrent généralement de leurs documents d'identité pour pouvoir les contrôler totalement, ce qui leur fait souvent perdre leur droit de renouveler leur permis de séjour en raison de la précarité ou de l'irrégularité de leur emploi.¹⁶

Dans le même temps, les travailleurs dans cette situation ne sont pas en mesure de demander l'aide des autorités publiques pour se protéger contre les abus. En effet, selon Alagie Jinkang, par crainte d'être arrêtés (et/ou expulsés), de nombreux migrants ne signalent pas qu'ils sont exploités (quel que soit le degré d'exploitation). Ceci donne à penser que l'approche politique adoptée par l'Italie, qui criminalise les migrants en situation irrégulière, est un obstacle à la lutte contre l'exploitation au travail.¹⁷

Par ailleurs, selon l'approche traditionnelle de la loi italienne sur l'immigration, cette condition d'irrégularité est généralement irréversible. Le cadre juridique italien ne prévoit aucun moyen de sortir de ce statut d'invisibilité, de sorte qu'il est impossible pour un migrant sans papiers d'obtenir non seulement un permis de séjour légal en Italie, mais aussi d'accéder à l'économie régulière. Les mesures de régularisation (« amnisties »)

ne sont accordées qu'à titre exceptionnel et occasionnellement par le gouvernement italien lorsque la nécessité de faire coïncider le monde des immigrés légaux avec celui des immigrés réels qui résident et travaillent dans le pays se fait sentir.¹⁸ De plus, ces « amnisties » sont soumises à des conditions strictes d'admissibilité, en raison de leur caractère exceptionnel.¹⁹ Ainsi, pour pouvoir demander à bénéficier de l'amnistie, un migrant doit apporter la preuve qu'il se trouvait en Italie le 8 mars 2020 et qu'il avait un emploi acceptable, malgré sa situation irrégulière, et son employeur doit apporter la preuve qu'il touchait le revenu minimum requis.

Changement de cap : la protection spéciale après la réforme de 2020

Le cadre qui vient d'être illustré s'est durci après l'augmentation du nombre de réfugiés qui sont arrivés par la mer en 2015. Pendant des années, « l'attention était principalement portée sur les arrivées depuis la Méditerranée et sur l'accueil des demandeurs d'asile, qui ont généré des craintes d'invasion bien supérieures aux chiffres objectifs. »²⁰ Par conséquent, plusieurs dispositions restrictives ont été approuvées, qui affectent la vie de nombreux demandeurs d'asile et réduisent leur possibilité d'obtenir un permis de séjour après avoir déposé leur demande de protection internationale.

Il n'en reste pas moins qu'après que la mesure controversée de régularisation des migrants, définie à l'article 103 du « décret Rilancio » (décret n° 34/2020, publié en mai 2020) s'est soldée par un échec,²¹ le gouvernement italien a résolument changé de cap à la fin de l'année 2020. En effet, le décret n° 130/2020,²² a introduit un élément nouveau et inattendu dans la législation italienne sur l'immigration.

Dans le but de réduire les effets secondaires des réformes restrictives antérieures du système d'asile, le décret n° 130/2020 a introduit une

¹⁴ ALAGIE JINKANG, PERCEPTIONS POLICY BRIEF: - VULNERABILITY AND EXPLOITATION OF MIGRANT WORKERS IN ITALIAN AGRICULTURE 2 (avril 2022).

¹⁵ See LETIZIA PALUMBO & ALESSANDRA SCIURBA, THE VULNERABILITY TO EXPLOITATION OF WOMEN MIGRANT WORKERS IN AGRICULTURE IN THE EU: THE NEED FOR A HUMAN RIGHTS AND GENDER BASED APPROACH 24 (2018), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU\(2018\)604966_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU(2018)604966_EN.pdf).

¹⁶ Un échantillon de ces situations de vulnérabilité et d'abus est donné dans l'arrêt n° 17095 de la Cour de cassation du 16 mars 2022. À cette occasion, la Cour a décrit les conditions des travailleurs migrants avec et sans papiers, et a condamné les employeurs pour crimes d'esclavage et de travail forcé. Rita Daila Costa, *Servitù, schiavitù e sfruttamento lavorativo*, 4/2022 RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA SICUREZZA SOCIALE 419 (2022) (citing Cass., 16 marzo 2022, n. 17095, V pen., sent. (It.)).

¹⁷ JINKANG, *supra* note 14, au 7.

¹⁸ Maurizio Ambrosini, *Moral Economy and Deservingness in Immigration Policies. The Case of Regularisations in Italy*, 23 ETHNICITIES, 306, 314 (2022).

¹⁹ *Id.*, au 313.

²⁰ *Id.*, au 315.

²¹ Voir Alessandro Bellavista, *L'emersione del lavoro irregolare nel "Decreto Rilancio"*, in DALL'EMERGENZA AL RILANCIO: LAVORO E DIRITTI SOCIALI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA 163 (Alessandro Garilli ed., 2020).

²² Decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130/2020 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2020-10-21;130>.

« nouvelle » forme de protection complémentaire²³ dans le système d'asile italien : la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, conformément à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).²⁴ Le décret n° 130/2020 interdit l'expulsion d'un étranger lorsque cette mesure risque de porter atteinte au droit protégé par l'article 8 de la CEDH, ainsi qu'à d'autres obligations prévues par la Constitution et les obligations internationales de l'Italie, définies à l'article 19 de la loi consolidée sur l'immigration.

Ainsi, les personnes qui ne peuvent être expulsées en raison de leur statut de réfugié sont en droit de demander un permis de séjour au titre de la « protection spéciale ».²⁵

De fait, après la réforme de 2020, les personnes peuvent bénéficier d'une protection spéciale grâce à plusieurs options. En vertu de la première option, les demandeurs d'asile qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier d'une protection internationale peuvent se voir reconnaître le droit à une protection spéciale. En vertu de la deuxième option, les migrants peuvent demander directement la reconnaissance de leur droit à obtenir un permis de séjour au titre de la protection spéciale, en vertu de l'article 19, paragraphe 1.2, de la loi consolidée sur l'immigration. L'article 19 est devenu un moyen de défense important contre l'expulsion illégale, dans la mesure où un ordre d'expulsion valide ne peut être délivré en cas de violation potentielle dudit article.

Protection spéciale après 2020 pour sortir de l'invisibilité

Malgré plusieurs références au système de protection humanitaire qui a été aboli en 2018,²⁶ la réforme de 2020 a apporté un changement inattendu au dispositif général de la législation italienne en matière d'immigration. Selon certains chercheurs, le décret n° 130/2020 a finalement introduit un mécanisme de régularisation permanente pour les étrangers sans papiers résidant en Italie.²⁷ En effet, sa disposition en

²⁶ Jusqu'en 2018, le droit d'asile prévu par la Constitution italienne se concrétisait sous la forme d'un statut de réfugié, d'une protection subsidiaire et d'une protection humanitaire. La protection humanitaire était accordée pour des raisons humanitaires impérieuses ou en réponse à des obligations constitutionnelles ou internationales de l'Italie. C'était une forme de protection qui, selon la jurisprudence, devait être reconnue en raison d'hypothèses de « vulnérabilité », à évaluer au cas par cas. La jurisprudence récente a également reconnu l'existence de motifs humanitaires dans le cas de « l'intégration sociale » du demandeur, conformément au droit au respect de la vie privée et familiale en vertu de l'article 8 de la CEDH. Pour assurer la protection de l'intégration sociale, la jurisprudence exigeait toutefois qu'à l'issue d'une évaluation comparative, les liens en Italie soient plus forts que dans le pays d'origine. En 2018, avec le décret « Sécurité », cette forme de protection a été abrogée, suscitant l'inquiétude de la société civile et même de la communauté internationale. Malgré l'absence de référence aux raisons humanitaires précédentes, la réforme de 2020 s'est clairement inspirée du cadre antérieur, en se référant aux obligations constitutionnelles et internationales et au droit à la vie privée et familiale. Voir Marcella Ferri, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, 2/2021 DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA 78 (2021).

²⁷ Voir Paolo Bonetti, *Il permesso di soggiorno per protezione speciale dopo il decreto legge n. 130/2020: una importante innovazione nel diritto degli stranieri*, in FONDAZIONE MIGRANTES, IL DIRITTO D'ASILO – REPORT 2021 – GLI OSTACOLI VERSO UN NOI SEMPRE PIÙ GRANDE 245, 268 (2021); Livio Neri, *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*,



© Alessio Tricani / Shutterstock

²³ Ruma Mandal, UNHCR Department of Internal Protection, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention ("Complementary Protection")*, PPLA/2005/02, at 2, (Jun. 2005), <https://www.unhcr.org/media/no-9-protection-mechanisms-outside-1951-convention-complementary-protection-rumamandal> (« Le terme « protection complémentaire » est apparu au cours des dix dernières années environ pour décrire le phénomène de plus en plus répandu dans les pays industrialisés, à savoir l'obtention d'une dispense d'exécution pour les demandeurs d'asile dont la demande de statut de réfugié au titre de la Convention de 1951 a été rejetée. [...] ces initiatives ont en commun leur complémentarité avec le régime de protection établi pour les réfugiés dans le cadre de la convention de 1951 et du protocole de 1967. Elles visent à offrir une protection aux personnes qui ne peuvent bénéficier de ces instruments, même si, à l'instar des réfugiés au sens de la convention, elles peuvent avoir de bonnes raisons de ne pas vouloir retourner dans leur pays d'origine. »).

²⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights), art. 8, 4 novembre 1950, E.T.S. No. 5.

²⁵ See Decreto Legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, art. 32, para. 3 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2008-01-28;25> (qui fournit des règles détaillées relatives au permis de séjour au titre de la protection spéciale).

matière de protection spéciale peut permettre la régularisation des sans-papiers sur la base d'une évaluation individuelle.

Avant 2020, la protection « spéciale » constituait une simple application du principe de non-refoulement. Cela signifie qu'elle ne s'appliquait qu'aux personnes risquant de subir des tortures ou des traitements inhumains ou dégradants si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine.

« Avec la réforme de 2020, la compréhension italienne du principe de non-refoulement a été élargie, étendant l'application du principe selon l'obligation créée par l'article 8 de la CEDH et accordant une pertinence particulière à l'évaluation de la vie privée et familiale du migrant. Dans le cadre de cette évaluation, selon la jurisprudence, l'élément clé à évaluer est l'intégration professionnelle, car elle peut révéler l'existence d'un lien effectif avec l'Italie. »²⁸

En effet, selon l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 8 de la CEDH,²⁹ la jurisprudence italienne interprète le concept de vie « privée » comme indépendant de la vie familiale. Ainsi, la vie privée englobe tous les types de relations de l'individu avec le monde extérieur et, en particulier, les relations de travail. Celles-ci sont considérées comme la preuve la plus probante de la vie privée et, partant, comme l'élément le plus important à prendre en considération pour bénéficier d'une protection spéciale en vertu du décret de 2020.³⁰

Il n'en reste pas moins qu'une protection spéciale a été reconnue non seulement lorsque les personnes travaillaient déjà régulièrement en Italie,³¹ mais aussi lorsqu'elles y ont travaillé de manière irrégulière³² et même lorsqu'elles ont été

victimes d'exploitation.³³ L'obligation de protéger le droit à la vie privée et familiale permet donc de prendre en considération le fait qu'un migrant travaille (ou a travaillé) en Italie, même dans des conditions irrégulières, en lui garantissant le droit à un permis de séjour en raison de son intégration professionnelle et en protégeant ainsi son droit à la vie privée.

De cette manière, la protection spéciale aurait pu être un moyen de donner accès à la justice aux sans-papiers et aux migrants en situation irrégulière, en leur permettant de sortir de leur invisibilité et de leur marginalité. En effet, la possibilité d'obtenir un permis de séjour, plutôt que de se voir imposer un ordre d'expulsion, pourrait être un moyen efficace d'encourager les migrants en situation irrégulière à dénoncer enfin les conditions de travail abusives qu'ils avaient pu subir.³⁴ Les employeurs qui exploitent les travailleurs migrants économisent de l'argent en ne versant pas les montants requis pour la retraite et la sécurité sociale. Bien que ce type de vol de salaire soit courant, dans la plupart des cas, la crainte d'être expulsé dissuade les sans-papiers de le signaler ou d'accéder à la justice.³⁵

Ces réformes de 2020 ont toutefois permis aux travailleurs migrants sans papiers de dénoncer les employeurs qui les exploitent, et aux personnes qui ont accepté ce travail précaire et informel de prouver qu'elles ont travaillé en Italie et qu'elles

³³ Selon la jurisprudence, la référence aux obligations internationales et constitutionnelles vise à fournir une protection lorsque les droits fondamentaux risquent d'être violés. Ainsi, les victimes d'exploitation ont également le droit de se voir accorder une protection, puisque leurs droits fondamentaux sont violés par leur condition d'exploitation, *Voit Court of Turin, May 24, 2022* (this needs a cite to the specific case – I tried finding it but there were several opinions issued by the Tribunale di Torino on this day...); Rita Daila Costa, *Il diritto alla protezione "speciale" del migrante vittima di sfruttamento lavorativo*, 23 *DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI*, 117, 119 (2023).

³⁴ Il convient de rappeler que la loi italienne sur l'immigration prévoit également une forme de protection pour les victimes de l'exploitation au travail, en vertu de l'article 18. Pour autant, cette protection n'est ouverte qu'aux victimes d'une exploitation « grave » et son inefficacité a été dénoncée ; voir PALUMBO & SCIURBA, *supra* note 15 at 59; Letizia Palumbo & Alessandra Sciarba, *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking: The Case of Romanian Women in the Agricultural Sector in Sicily*, 5 *ANTI-TRAFFICKING REV.*, 89, 103 (2015). La « nouvelle » protection spéciale peut en revanche être reconnue aux victimes de tout type d'exploitation, indépendamment de la responsabilité pénale de leurs employeurs.

³⁵ Il convient de souligner qu'en vertu de la législation italienne, les migrants sans-papiers ont le droit de poursuivre leurs employeurs en cas de vol de salaire. *See Cass., sez. lav.*, 13 ottobre 1998, n. 10128 (It.); *Cass., sez. lav.*, 26 Marzo 2010, n. 7380 (It.); *Cass., sez. lav.* 21 settembre 2015, n. 18540 (It.).

3/2022 *DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA*, 123, 125 (2022).

²⁸ Trib. Ord. di Roma, sez. dir. della pers. e immig., 22 gennaio 2021, n. 19019/2019 (It.); Trib. di Venezia, 13. ottobre 2022, n. 7300/2022 (It.).

²⁹ *Paradiso & Campanelli vs Italia*, App. No. 25358/12 (24 janvier 2017), <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-170359%22%7D>.

³⁰ *See Cass., sez. un. civ.*, n. 24414/2021 (It.).

³¹ C'est généralement le cas des demandeurs d'asile, qui n'ont pas droit à une protection internationale mais qui ont vécu en Italie, y ont étudié et travaillé.

³² En effet, il semble contradictoire et abusif de demander la preuve d'un emploi régulier, puisque les sans-papiers ne peuvent pas travailler légalement.

ont donc droit à une protection spéciale et à un permis de séjour.

Dernière réforme de la protection spéciale : un retour en arrière

Malgré toutes ces applications potentielles de la protection spéciale, la dernière réforme de la loi applicable, qui est entrée en vigueur avec le décret n. 20/2023³⁶ a partiellement modifié la portée de cette protection, en supprimant la référence à la protection de la vie privée et familiale de l'article 19 de la loi consolidée sur l'immigration.

Malgré l'impact du décret n° 20/2023, la protection du droit prévu par l'article 8 de la CEDH doit néanmoins être considérée comme un élément essentiel de la protection spéciale. Comme l'ont souligné certains commentateurs, même en l'absence d'une référence directe à la vie privée et familiale, le caractère actuel de la protection spéciale n'en serait pas pour autant modifié. En effet, il est bien établi dans la jurisprudence que la vie privée et familiale doit être protégée, non seulement en raison de l'obligation prévue par l'article 8 de la CEDH,³⁷ mais aussi parce qu'elles sont toujours pertinentes au regard des obligations constitutionnelles et internationales.³⁸

De plus, bien que la jurisprudence concentre son attention sur l'application des droits prévus par l'article 8 de la CEDH, il convient de souligner que le droit à une protection spéciale pour les sans-papiers travaillant en Italie est également garanti par la Constitution italienne. Plus précisément, l'article 35, qui prévoit la protection de tout type de travail dans toutes les situations, s'applique également aux travailleurs migrants sans papiers en Italie. Cette disposition est la source de l'obligation constitutionnelle applicable à l'article 19 de la loi consolidée sur l'immigration et, partant, établit le droit à une protection spéciale.³⁹

³⁶ Decree n. 20/2023 of 2023 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2008-01-28;25>.

³⁷ Comme nous l'avons déjà indiqué, malgré la suppression d'une référence expresse au droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 8 de la CEDH doit être appliqué dans les cas « d'intégration sociale ». See Nazzarena Zorzella, *L'inammissibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, QUESTIONE GIUSTIZIA, Apr. 4, 2023, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-speciale-zorzella>.

³⁸ Le caractère pertinent accordé à l'article 8 de la CEDH avant 2018, malgré l'absence de référence directe, est l'un des principaux arguments qui peuvent être utilisés pour réduire les effets collatéraux de la réforme du décret n. 20/2023 de 2023. Voir Zorzella, *supra* note 37.

³⁹ Voir Rita Daila Costa, *La tutela del lavoratore straniero "irregolare" dopo il decreto n. 130/2020*, 11 IL LAVORO NELLA

Cela signifie que la protection des travailleurs migrants sans papiers devrait toujours être assurée en vertu du « nouvel » article 19, même si la référence directe à la protection de la vie familiale et privée a été supprimée. Par conséquent, malgré les modifications formelles apportées au texte de l'article 19, la protection spéciale semble conserver son champ d'application antérieur.

Il n'en reste pas moins que la réforme mise en œuvre par le décret n° 20/2023 a indéniablement causé d'importants dommages.

Cette réforme a en effet complètement modifié les modalités d'accès à la protection spéciale, en supprimant le paragraphe 1.2 de l'article 19. Comme cela a déjà été mentionné, cette disposition permettait aux migrants de demander directement la reconnaissance de leur droit à une protection spéciale. Le décret n° 20/2023 a supprimé cette possibilité et, chose incroyable, réduit l'accès réel à la protection spéciale. Actuellement, la protection spéciale ne peut être accordée qu'après une demande de protection internationale ou comme moyen de défense contre une expulsion illégale. L'article 19 ne peut donc plus être considéré comme un mécanisme de régularisation des étrangers sans papiers résidant en Italie, ce qui représente un incroyable retour en arrière.

Après cette réforme, même si les migrants remplissent toutes les conditions essentielles requises par l'article 19 pour bénéficier d'une protection spéciale, leur droit à cette protection ne peut être reconnu que s'ils demandent l'asile ou s'ils veulent s'opposer à un ordre d'expulsion. Là encore, les sans-papiers sont confinés dans l'invisibilité et la vulnérabilité, sans échappatoire possible.

Conclusions

La vulnérabilité des migrants aux abus et à l'exploitation est en partie due aux politiques d'immigration italiennes et, en particulier, à la marginalisation et à la criminalisation des immigrés, comme le montre le cadre juridique italien. Néanmoins, la vulnérabilité exige non seulement d'être comprise, mais aussi d'être déconstruite, car elle met en évidence à la fois les raisons pour lesquelles les individus sont exposés au préjudice d'autrui et les responsabilités des États.⁴⁰ En ce sens, rendre visible l'invisible est

GIURISPRUDENZA 1120, 1128 (2022).

⁴⁰ Alessandra Sciarba, *Vulnerabilità posizionale e intersezionale. I minori migranti soli come caso para-digmatico*, in I SOGGETTI

un moyen de déconstruire ces vulnérabilités, car sortir de la marginalité et de l'invisibilité est en soi un outil essentiel pour lutter contre l'exploitation du travail, dans la mesure où il permet aux personnes d'être en mesure d'accéder à leurs droits⁴¹.

Ainsi, la protection "spéciale" peut se révéler être un outil précieux non seulement dans la lutte contre l'exploitation, mais aussi dans sa prévention. En introduisant une forme de protection de la vie privée et familiale, le décret n° 130/2020 semble avoir modifié l'approche traditionnelle de la loi italienne sur l'immigration, en proposant une procédure efficace qui devrait permettre aux travailleurs migrants de sortir de l'invisibilité et d'avoir enfin accès à leurs droits fondamentaux.

Cette situation n'a pas totalement changé, malgré les modifications apportées par le décret n° 20/2023. En effet, le droit à la protection de la vie privée et familiale n'est pas un droit dont on peut disposer, puisqu'il est garanti par l'article 8 de la CEDH et par la Constitution italienne, et qu'il s'inscrit dans la conception italienne du principe de non-refoulement.

En éliminant toutefois l'option de demander la reconnaissance directe de la protection spéciale, la dernière réforme de 2023 a réduit la possibilité d'accéder à la protection spéciale, en modifiant une fois de plus le cap de la loi italienne sur l'immigration et en cantonnant les personnes à l'intérieur des frontières de leur invisibilité.

VULNERABILI NEI PROCESSI MIGRATORI. LA PRO-TEZIONE INTERNAZIONALE TRA TEORIA E PRASSI 71, 75 (Isabel Fanlo Cortés & Daniele Ferrari eds., 2020).

⁴¹ Laura Calafà, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, 2 LAVORO E DIRITTO 193, 209 (2021).

ACCÈS À LA JUSTICE POUR NON-PAIEMENT DES SALAIRES DES TRAVAILLEURS MIGRANTS DANS LES PAYS DU GOLFE

SOPHIA KAGAN¹

Golfe Persique | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

La région arabe est une destination qui accueille une part importante des travailleurs migrants dans le monde. Selon les estimations mondiales de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur les travailleurs migrants internationaux, il y avait 24,1 millions de travailleurs migrants dans les États arabes du Moyen-Orient en 2019, ce qui représente 14 % de tous les travailleurs migrants dans le monde. Il est important de noter que la région a la part mondiale la plus élevée de travailleurs migrants par rapport à la main-d'œuvre totale, atteignant 41 % en 2019, alors que la moyenne mondiale n'est que de 5 %, ² et plus encore dans les six pays du Conseil de coopération du Golfe (CCG), en particulier le Qatar et les Émirats arabes unis (E.A.U.).

L'accès à la justice pour les salaires et les prestations dus constituait un défi structurel majeur dans les pays du CCG avant la COVID-19, mais la pandémie a mis en évidence et aggravé l'ampleur du problème. De nombreuses institutions de la société civile se sont inquiétées du fait que la COVID-19 s'était traduite par une augmentation notable du non-paiement des salaires, certains employeurs ayant profité de la pandémie pour licencier des travailleurs migrants

et retenir les salaires et les prestations qui leur étaient dus.³ Dans d'autres cas, les employeurs auraient imposé des salaires très réduits aux travailleurs migrants, les auraient forcés à prendre des congés sans solde ou auraient procédé à des déductions illicites sur le salaire de ces travailleurs. Des cas de travailleurs ne recevant pas leurs prestations de fin de contrat ou devant payer leur billet de retour ont également été signalés. Dans une enquête menée auprès de 2 252 travailleurs migrants originaires d'Inde et rentrant des pays du CCG entre mai et décembre 2020, plus de la moitié étaient rentrés au pays parce qu'ils avaient perdu leur emploi. Parmi ces migrants rentrés au pays, 39 % ont déclaré ne pas avoir perçu leur salaire ou leurs droits et/ou avoir vu leur salaire réduit. Malgré la présence de personnel consulaire et d'ambassade et l'existence d'une ligne d'assistance téléphonique dans la langue des travailleurs pour partager des informations sur leurs droits légaux, aucun n'a déposé de plainte contre son employeur dans le pays de destination pour recouvrer ses droits.⁴

Ce bref article présente les normes internationales du travail relatives à la protection des salaires et met en évidence quelques pratiques prometteuses (et les défis qui subsistent) dans la lutte contre le non-paiement des salaires dans les pays du CCG, et plus particulièrement au Qatar et

¹ Sophia Kagan est conseillère technique en chef du projet FAIRWAY de l'Organisation internationale du travail à Beyrouth, au Liban. Son travail porte sur l'amélioration de la gouvernance des migrations de main-d'œuvre dans les pays arabes, en particulier celles des travailleurs vulnérables du bâtiment, des emplois domestiques et des secteurs connexes. Le présent article reflète son point de vue et non celui de l'OIT ou de ses mandants.

² Organisation internationale du travail (OIT), GLOBAL ESTIMATES ON INTERNATIONAL MIGRANT WORKERS: RESULTS AND METHODOLOGY 3RD EDITION at 31, (juin 2021), https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_808935/lang--en/index.htm.

³ OIT Migration Advisory Group (Arab States), DISCUSSION NOTE FOR POLICYMAKERS: COVID-19 PANDEMIC: WAGE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS IN THE ARAB STATES (2021), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/briefingnote/wcms_803052.pdf. Voir également, Migrant Forum in Asia (MFA), JUSTICE FOR WAGE THEFT CAMPAIGN, <https://justiceforwagetheft.org/> (dernière visite : 4 avril 2023).

⁴ S Irudaya Rajan & C S Akhil, EMPTY-HANDED AND DEMORALIZED: NEW EVIDENCE OF NON-PAYMENT OF WAGES AMONG INDIAN RETURN MIGRANTS DURING COVID-19, MFA Policy Brief No. 3 (juillet 2021), <https://justiceforwagetheft.org/en/entity/6coz00v2td4>.

dans les Émirats arabes unis.

Normes internationales du travail sur la protection des salaires

En ce qui concerne les normes internationales du travail, la Convention (n° 95) sur la protection du salaire, 1949⁵ et la recommandation qui l'accompagne (recommandation n° 85 sur la protection des salaires, 1949)⁶, fournissent le cadre essentiel de la protection des salaires,⁷ et définissent :

- Le droit à des paiements en monnaie légale à intervalles réguliers, directement sur le compte bancaire du travailleur ou de celui qu'il a choisi ;⁸
- Une protection en matière de paiement en nature et de déductions salariales (y compris les paiements reçus par des intermédiaires, comme des recruteurs de main-d'œuvre ou des recruteurs pour l'obtention ou la conservation d'un emploi) ;
- En cas d'insolvabilité de l'employeur, priorité privilégiée pour les créances salariales des travailleurs ;
- Lors de la rupture d'un contrat de travail, le droit des travailleurs au paiement rapide et définitif des salaires dus ;
- le droit des travailleurs d'être informés de leur salaire avant leur embauche et au moment de chaque paiement de salaire (par exemple, au moyen d'un contrat de travail écrit et de bordereaux ou de relevés de paiement de salaire).

Dans les pays du CCG, seule l'Arabie saoudite a ratifié la convention n° 95, qui est en-

trée en vigueur dans ce pays en décembre 2021.⁹

De plus, la protection salariale des travailleurs domestiques est couverte par la convention (n° 189) de l'OIT sur les travailleurs domestiques, 2011¹⁰ et la recommandation sur les travailleurs domestiques (n° 201, 2011).¹¹ On estime à 5,80 millions le nombre de travailleurs domestiques dans les pays du CCG, dont 2,05 millions de femmes, soit 36 %, et 3,75 millions d'hommes, soit 64 %. La majorité de ces travailleurs ne sont pas couverts par les législations du travail respectives, mais par des réglementations distinctes qui offrent des protections inférieures à celles de la législation du travail.¹² La convention n°189 de l'OIT dispose que les travailleurs domestiques doivent être payés directement en espèces à intervalles réguliers, au moins une fois par mois. Les paiements peuvent être effectués par virement bancaire ou tout autre moyen similaire, avec l'accord du travailleur.¹³ La recommandation n° 201 de l'OIT prévoit que les travailleurs domestiques reçoivent un relevé écrit facilement compréhensible de la rémunération totale qui leur est due, ainsi que le montant spécifique et l'objet des déductions qui ont pu être effectuées. Lors de la rupture du contrat, tous les versements dus doivent être effectués rapidement.¹⁴ Par ailleurs, la convention n° 189 de l'OIT prévoit une protection relative aux paiements en nature ainsi qu'aux déductions.¹⁵



Sophia Kagan

Conseillère technique en chef pour le programme FAIRWAY de l'Organisation internationale du travail dans les États arabes

⁵ OIT, CONVENTION N° 95 SUR LA PROTECTION DES SALAIRES (1949), [ci-après OIT C95] https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C095.

⁶ OIT, RECOMMANDATION (NO 85) SUR LA PROTECTION DU SALAIRE (1949), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312423.

⁷ OIT, Guidance Tool on Protection of Wages for Migrant Workers (avril 2023), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_878480.pdf [ci-après Guidance Tool].

⁸ On peut soutenir que les réductions des salaires des travailleurs migrants pendant la pandémie, qui ont été signalées comme étant monnaie courante dans les pays du CCG, peuvent être considérées comme des déductions illégales, même si elles ont été effectuées avec le « consentement » du travailleur, dans la mesure où il n'y avait pas de possibilité de négociation collective.

⁹ OIT, NORMLEX: ARABIE SAOUDITE, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11110:0::NO::P11110_COUNTRY_ID:103208 (dernière visite : 4 avril 2023).

¹⁰ OIT, CONVENTION (N° 189) SUR LES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS DOMESTIQUES, 2011, [ci-après OIT C189] https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460 (Aucun des pays du CCG n'a ratifié la convention n° 189.)

¹¹ OIT, Recommandation (n° 201) sur les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011, [ci-après OIT R201] https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:2551502:NO.

¹² OIT, Making decent work a reality for domestic workers: Progress and prospects in the Arab States ten years after the adoption of the ILO Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189) (décembre 2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_831916.pdf.

¹³ OIT C189, *supra* note 10 à l'article 12(1).

¹⁴ OIT R201, *supra* note 11 à l'art. 15(1-2).

¹⁵ Guidance Tool, *supra* note 7.

Conformément aux conventions n° 95 et n° 189 de l'OIT, des mécanismes efficaces doivent être mis en place pour assurer le suivi et l'application de la législation, y compris par le biais de l'inspection du travail, et lorsque les travailleurs ont été victimes d'abus (salariaux), ils doivent avoir un accès effectif à la justice et à des voies de recours.

« La retenue (ou la menace de retenue) du salaire peut être un indicateur de travail forcé¹⁶. Sur les 27,6 millions de personnes soumises au travail forcé, plus d'un tiers (36,3 %) ont vu leur salaire retenu ou ont été empêchées de démissionner en raison de menaces de non-paiement du salaire dû.¹⁷ Selon les dernières estimations mondiales, c'est dans les États arabes que la proportion de travail forcé est la plus élevée (5,3 pour 1 000 personnes). »¹⁸

Les problèmes structurels qui entraînent des retards et le non-paiement des salaires et des prestations dans le Golfe

Le non-paiement, le sous-paiement et le retard de paiement des salaires des migrants est un phénomène répandu dans le monde entier,¹⁹ et même parfois une stratégie pour les employeurs peu scrupuleux qui sont conscients du risque limité de détection et de sanction. Il existe néanmoins des raisons structurelles pour lesquelles cette question est particulièrement problématique dans les pays du CCG, en raison des contraintes de trésorerie auxquelles les entreprises peuvent être confrontées.

Sous-traitance et clauses de paiement sur paiement

De nombreux travailleurs migrants dans les pays du CCG, en particulier dans le secteur du bâtiment, travaillent dans le cadre de contrats

de sous-traitance ou d'externalisation de la main-d'œuvre (« emplois triangulaires ») et il arrive que les travailleurs eux-mêmes ne sachent pas exactement qui est leur « employeur ». Aux Émirats arabes unis, cette ambiguïté a récemment été levée dans une certaine mesure par les règlements exécutifs du décret-loi fédéral n° (33) de 2022 et du décret ministériel n° (51) de 2022 concernant l'octroi de licences et la réglementation des activités des agences de recrutement. Les entreprises de travail temporaire ou d'externalisation (qui ont une relation contractuelle directe avec le travailleur mais qui fournissent son travail à un tiers) peuvent voir leur licence suspendue ou révoquée si elles ne paient pas les salaires des travailleurs.²⁰ Toutefois, le tiers (qui bénéficie du travail du travailleur) n'est pas tenu de payer les salaires des travailleurs lorsque l'agence de travail intérimaire ne le fait pas ou se trouve dans l'impossibilité de le faire. Le tiers est tenu de garantir des conditions de travail sûres, le respect des horaires de travail maximaux normaux et doit permettre au travailleur d'examiner la feuille de présence avant de l'envoyer à l'agence (y compris les réserves que le travailleur peut avoir quant à son contenu) - ce qui pourrait réduire le risque de décompte incomplet des heures travaillées, y compris des heures supplémentaires - mais il n'a aucune responsabilité (conjointe ou solidaire) à l'égard des salaires.²¹

Un autre problème courant est la conséquence des retards de paiement des entrepreneurs principaux à l'employeur immédiat du travailleur, ce qui entraîne un retard cumulé dans le paiement des salaires des travailleurs en sous-traitance. Le décalage entre les paiements effectués par les clients pour l'exécution des travaux et la réception des paiements en aval de la chaîne d'approvisionnement par les entrepreneurs et les sous-traitants peut atteindre plusieurs mois, et il est amplifié à chaque niveau de la chaîne d'approvisionnement (car chaque prestataire « ne paie que lorsqu'il est payé », c'est-à-dire qu'il attend d'être payé par un fournisseur avant de débloquer des fonds pour ses sous-traitants).²² Dans de tels cas également, les travailleurs n'ont aucun recours légal contre l'entrepreneur principal ou le client et sont particulièrement

¹⁶ OIT, ILO INDICATEURS DE L'OIT SUR LE TRAVAIL FORCÉ (octobre 2012), https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_203832/lang-en/index.htm.

¹⁷ OIT, Walk Free, & International Organization for Migration (IOM), GLOBAL ESTIMATES OF MODERN SLAVERY: FORCED LABOUR AND FORCED MARRIAGE (septembre 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_854733.pdf.

¹⁸ Id.

¹⁹ Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *Migrant Workers' Access to Justice for Wage Theft: A Global Study of Promising Initiatives*, MIGRANT JUSTICE INSTITUTE (2021), [https://static1.squarespace.com/static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/61adba9108bec25ce355c6e4/1638775475553/Farbenblum+Berg+2021+MWA2\]+with+hyperlinks.pdf](https://static1.squarespace.com/static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/61adba9108bec25ce355c6e4/1638775475553/Farbenblum+Berg+2021+MWA2]+with+hyperlinks.pdf).

²⁰ Executive Regulations of Federal Decree-Law No. (33) of 2022 at Article 9(7)(d) (E.A.U.).

²¹ Ministerial Decree No. (51) OF 2022, at Article 9(5) (E.A.U.).

²² Jill Wells, EXPLORATORY STUDY OF GOOD POLICIES IN THE PROTECTION OF CONSTRUCTION WORKERS IN THE MIDDLE EAST, ILO White Paper (février 2018), https://www.ilo.org/beirut/publications/WCMS_618158/lang-en/index.htm.

vulnérables si leur employeur direct dépose le bilan.

Prestations de cessation de service

Les travailleurs migrants sont exclus des systèmes de protection sociale dans les pays du CCG, à l'exception de l'accès aux soins de santé, qui est généralement assuré par une assurance privée prise en charge par l'employeur.²³ En revanche, les prestations dues à la cessation de service (généralement environ un mois de salaire par année d'emploi) servent de substitut inadéquat à la protection sociale dans les pays du CCG.²⁴ Toutefois, au lieu d'être versés par une institution (telle qu'une société de sécurité sociale), ces prestations ne constituent qu'une obligation pour l'employeur, qui verse une gratification forfaitaire basée sur le dernier salaire mensuel. Ainsi, si une travailleuse ne perçoit pas la prestation de fin de service qui lui est due, elle n'a d'autre choix que de poursuivre l'employeur en justice. Si l'employeur ne dispose pas de suffisamment de liquidités à la cessation de service, les travailleurs migrants ne sont pas payés ou doivent parfois attendre avant de l'être.

Pratiques prometteuses

Les pays du CCG ont été parmi les premiers au monde à exiger le paiement des salaires des travailleurs migrants (dans le secteur privé) via des systèmes digitaux de protection des salaires (WPS). Bien qu'il s'agisse d'une innovation mondiale importante, les critiques ont noté que ces systèmes servent davantage de « système de notification » qui signale les employeurs en vue de leur imposer des pénalités en cas de non-paiement pur et simple, plutôt qu'un système qui sert à indemniser les travailleurs et,

²³ À l'exception de Bahreïn, où les travailleurs migrants sont affiliés au régime d'assurance chômage.

²⁴ Les droits diffèrent pour les travailleurs domestiques et les travailleurs du secteur privé, couverts par la législation du travail. Voir Migrant Rights.Org, A COMPARISON OF END-OF-SERVICE GRATUITY FOR DOMESTIC WORKERS IN THE GCC, (mars 2020), <https://www.migrant-rights.org/wp-content/uploads/2020/03/A-Comparison-of-End-of-service-Gratuity-For-Domestic-Workers-In-The-GCC.pdf>. Pour les travailleurs du secteur privé au Qatar, les prestations de cessation de service sont prévues par l'article 54 de la loi sur le travail n° 14 de 2004, tandis qu'aux Émirats arabes unis, elles sont couvertes par l'article 51 de la loi sur le travail (décret-loi fédéral n° 33/2021 relatif à la réglementation des relations de travail). Voir OIT, COUNTRY BRIEFS OF THE REGULATORY FRAMEWORKS GOVERNING MIGRANT WORKERS IN THE ARAB STATES (septembre 2022), https://www.ilo.org/beirut/projects/fairway/WCMS_776362/lang-en/index.htm.

partant, à protéger leurs droits.²⁵ Actuellement, le système WPS utilisé dans les pays du Golfe ne prend pas en compte les fraudes salariales (mauvais calcul des heures supplémentaires, des gratifications de fin de service ou des congés annuels), ni les situations où les paiements sont retirés d'un distributeur automatique de billets par l'employeur, et il n'indemnise pas non plus le travailleur (la sanction la plus courante étant la suspension de la capacité de l'employeur à recruter davantage de travailleurs migrants).²⁶

De plus, les systèmes actuels ne protègent pas les travailleurs contre l'incapacité des employeurs à payer les salaires, par exemple à la suite d'un dépôt de bilan.

« Les normes internationales du travail sont claires sur la question des créances salariales des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'entreprise : ces créances doivent être traitées comme des dettes privilégiées auprès des créanciers, être couvertes par un organisme de garantie, ou les deux. »²⁷

La réalité est toutefois tout autre dans de nombreux pays du CCG, à l'exception, dans une certaine mesure, des Émirats arabes unis et du Qatar.

Le reste de cet article se concentre sur certaines initiatives prometteuses en matière de recouvrement des salaires qui ont été récemment

²⁵ OIT, *Minimum Wages and Wage Protection in the Arab States: Ensuring a Just System for National and Migrant Workers*, ILO POLICY ADVISORY COMMITTEE ON FAIR MIGRATION IN THE MIDDLE EAST (janvier 2019), <https://gulfnews.com/world/gulf/kuwait/kuwait-expats-working-in-government-complain-of-not-receiving-gratuity-1.82724989>.

²⁶ OIT, *ASSESSMENT OF THE WAGE PROTECTION SYSTEM IN QATAR*, (juin 2019), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_726174.pdf.

²⁷ Guidance Tool, *supra* note 7. Voir également OIT C95, *supra* note 5, à l'art. 11; OIT, CONVENTION N° 173 SUR LA PROTECTION DES CRÉANCES DES TRAVAILLEURS EN CAS D'INSOLVABILITÉ DE LEUR EMPLOYEUR, 1992 à l'article 1, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312318 Par ailleurs, la Convention n° 189 de l'OIT reconnaît la vulnérabilité spécifique des travailleuses et travailleurs domestiques dans ce contexte et demande aux Membres de prendre des mesures pour garantir que les travailleuses et travailleurs domestiques bénéficient de conditions non moins favorables que celles des travailleuses et travailleurs en général en ce qui concerne la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité ou de décès de l'employeur. OIT C189, *supra* note 10.

prises en œuvre au Qatar et aux Émirats arabes unis, en mettant l'accent sur des procédures rapides en matière de recouvrement des salaires, un aspect important si l'on considère que les tribunaux mettent souvent des années à statuer sur une plainte et qu'il est très peu probable que le travailleur reste sur place pour porter plainte contre son employeur.

Qatar

En août 2017, le Qatar a adopté une loi établissant le Comité de règlement des différends, un mécanisme quasi judiciaire de règlement accéléré des conflits du travail visant à améliorer l'accès à la justice en réglant les conflits du travail dans les trois semaines suivant le dépôt d'une plainte par un travailleur.²⁸ Le travailleur peut déposer une plainte en personne ou en ligne, et des documents explicatifs sont disponibles en ligne dans les principales langues parlées au Qatar. Après le dépôt de la plainte, toutes les communications sont envoyées par SMS sur le téléphone portable du travailleur. L'employeur est informé dès lors qu'il devient partie à un conflit du travail. En général, une ou deux réunions de conciliation sont organisées avec la participation d'agents du ministère du travail, de l'employeur et du travailleur. Si les réunions n'aboutissent pas à un compromis, l'affaire est transmise à un Comité de règlement des différends. Après avoir obtenu une décision favorable du Comité de règlement des différends, le travailleur doit toutefois souvent saisir le Tribunal d'application des peines pour faire exécuter la décision.

Bien que les Comités aient été mis en place en mars 2018, la durée des procédures et de l'application de la loi a largement dépassé le délai initialement prévu par la législation.²⁹ En novembre 2018, le gouvernement qatari a annoncé la création du



© Noushad Thekkayil / Shutterstock

Fonds de soutien et d'assurance des travailleurs,³⁰ qui paie les travailleurs si le Comité de règlement des différends leur a donné une réponse favorable mais que le tribunal d'exécution n'a pas été en mesure d'assurer le paiement des sommes dues aux travailleurs. Cette mesure est particulièrement importante pour les travailleurs dont les employeurs sont insolvables, en faillite ou dans l'incapacité de payer. Les cas sont toutefois traités avec lenteur. En avril 2022, une décision a été publiée par le Fonds établissant les conditions et les procédures relatives au versement des sommes versées au titre des salaires et des prestations des travailleurs, à savoir qu'il verserait les fonds sur la base des décisions finales du Comité de règlement des différends, des décisions de la juridiction spécialisée, ou dans des situations d'urgence et exceptionnelles et pour le bien commun.³¹ La décision prévoyait également la création d'une plateforme électronique dédiée aux demandes de décaissement des fonds. Selon la décision, en cas de décès du travailleur, les survivants sont en droit de demander à bénéficier du versement des prestations des travailleurs.³²

À la suite de cette décision, les décaissements se sont rapidement accélérés et, en novembre 2022,

²⁸ Les Comités de règlement des différends sont présidés par un juge et rendent des décisions de justice exécutoires. En 2022, le nombre de Comités est passé de trois à cinq. Décision du Conseil des ministres n° 6 de 2018 sur la création du Comité de règlement des différends des travailleurs, sur les règles et procédures qui doivent être observées devant lui, sur le mécanisme d'application de ses décisions et sur la fixation de ses rétributions. Voir également : State of Qatar, QATAR'S LABOUR DISPUTE RESOLUTION EXPLAINED – A GUIDE FOR WORKERS: DISPUTE-RESOLUTION_FLOWCHART-R3, [ci-après *Dispute Resolution Flowchart*], https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_773305.pdf.

²⁹ Amnesty Int'l, *Qatar: All work, no pay: The struggle of Qatar's migrant workers for justice*, AI Index MED 22/0793/2019 (19 septembre 2019), <https://www.amnesty.org/en/documents/mde22/0793/2019/en/>.

³⁰ Law No. 17 of 2018 to Establish the Workers' Support and Insurance Fund, Qatar Legal Portal (Qatar), <https://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=7798&language=ar> (dernière visite : 4 avril 2023).

³¹ James Cockayne, *Developing Freedom: The Sustainable Development Case for Ending Modern Slavery, Forced Labour and Human Trafficking*, UNITED NATIONS UNIVERSITY CENTRE FOR POLICY RESEARCH (UNU-CPR) (223-224 (2021), <https://www.developingfreedom.org/report/>.

³² 'Sanduq da'īm al-ūmmal yu'īn ijra'at saref al-ūjur al-muta'akhira lil ūmala wa ūqubat sahib al-ūmal', Al-Sharq, <https://shrq.me/pboakv> (dernière visite : 5 avril 2023).

le Fonds avait déboursé plus de 320 millions d'USD au titre des salaires et des prestations non versés.³³ En effet, plus de 160 millions d'USD ont été versés uniquement au cours des trois mois de juillet à septembre 2022.

Trois limites doivent cependant être soulignées :

- Les travailleurs ne peuvent pas s'adresser directement au Fonds d'aide et d'assurance des travailleurs ; ils doivent déposer une demande auprès du Comité de règlement des différends, dont le traitement prend encore du temps, ce qui peut ne pas être une option pour les travailleurs qui doivent retourner rapidement dans leur pays d'origine ;
- Les Comités de règlement des litiges sont beaucoup plus accessibles (du moins sur le papier) que la plupart des procédures judiciaires pour les travailleurs migrants; ils entendent les litiges à la fois en anglais et en arabe et travaillent à des heures étendues. Toutefois, les travailleurs peuvent encore avoir du mal à s'y retrouver, notamment pour ce qui est des documents requis (ainsi, les travailleurs sont toujours tenus de préparer un calcul de leurs pertes, ainsi que tous les autres documents requis par le tribunal en arabe, par exemple).³⁴
- Le montant maximal des indemnités est plafonné à environ 5 500 USD ou trois mois de salaire pour les personnes employées par une entreprise en activité, à 3 200 USD ou deux mois de salaire pour les personnes employées par une entreprise en faillite et à seulement 2 100 USD ou trois mois de salaire pour les employés de maison.³⁵ Le montant nettement inférieur proposé aux travailleurs domestiques n'est pas expliqué et pourrait être considéré comme discriminatoire, d'autant plus que l'objectif du fonds est de « fournir des indemnités salariales, une aide humanitaire et des services sociaux d'une manière efficace, cohérente et non discriminatoire ». ³⁶

³³ OIT, PROGRESS REPORT ON THE TECHNICAL COOPERATION PROGRAMME BETWEEN THE GOVERNMENT OF QATAR AND THE ILO (novembre 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/---ilo-qatar/documents/publication/wcms_859839.pdf.

³⁴ Dispute Resolution Flowchart, *supra* note 29.

³⁵ Gouvernement du Qatar, DECISION OF THE CHAIRMAN OF THE BOARD OF DIRECTORS OF THE WORKERS' SUPPORT AND INSURANCE FUND No. (2) OF 2022 ON THE PROVISIONS AND PROCEDURES FOR DISBURSING WORKERS' ENTITLEMENTS (UNOFFICIAL TRANSLATION), https://www.migrant-rights.org/wp-content/uploads/2022/11/wcms_854088.pdf.

³⁶ ILO, RECOMMENDATIONS ON THE ESTABLISHMENT OF THE WORKERS' SUPPORT AND INSURANCE FUND IN QATAR: DRAWING FROM INTERNATIONAL EXPERIENCE, at 1 (novembre 2019), <https://www.ilo.org/>

Émirats arabes unis

Une série de réformes visant à faciliter les réclamations salariales des travailleurs ont également été introduites aux Émirats arabes unis, et plus particulièrement dans l'émirat d'Abu Dhabi. En 2018, le département de la justice d'Abou Dhabi a mis en place des « tribunaux du travail mobiles » qui se rendent dans les camps de travailleurs de l'émirat, afin d'entendre et de trancher les affaires « sur place ». En 2018 également, le département de la justice d'Abu Dhabi a mis en place un « tribunal du travail d'un jour » afin d'accélérer les décisions et de régler les litiges entre travailleurs et employeurs lorsque la valeur de la demande est inférieure à approximativement 5 000 d'USD. Malheureusement, le gouvernement n'a publié aucune donnée fiable et aucune évaluation indépendante n'a été réalisée sur les tribunaux mobiles et les tribunaux d'un jour. Selon les communiqués de presse du gouvernement, les tribunaux mobiles ont accordé plus de 157 millions d'USD de salaires impayés à 53 000 travailleurs à la suite de plaintes déposées par des travailleurs migrants entre janvier 2019 et juin 2020.³⁷

En 2018 également, le ministère des Ressources humaines et de l'Émiratisation (MoHRE) a mis en place une police d'assurance pour les travailleurs, appelée « Taa-meen », qui peut être utilisée pour indemniser les travailleurs en cas de non-paiement de leur salaire. Dans le cadre du système actuel, une entreprise peut choisir soit de fournir une garantie bancaire, auprès d'une banque opérant aux E.A.U., d'au moins 3 000 AED (environ 816 USD) pour chaque travailleur, soit d'acheter une police d'assurance pour le travailleur qui a une couverture d'assurance maximale de 20 000 AED (5 500 USD) pour chaque travailleur et qui les protège de la faillite de l'entreprise ou de l'incapacité à percevoir leurs dus légitimes.³⁸ Ce système d'assurance fonctionne depuis plusieurs années, mais il n'existe à ce jour toujours pas de données fiables ni d'évaluation indépendante de cette initiative.

[wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_726175.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_726175.pdf).

³⁷ Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *supra* note 19 (24).

³⁸ Ministerial Resolution No. 318 of 2022 Concerning Bank Guarantees and Employees Protection Insurance Scheme (E.A.U.).

Conclusion

Le recouvrement des salaires impayés ou des prestations de cessation de service reste un énorme défi pour de nombreux travailleurs migrants dans les pays du CCG. En l'absence de syndicats, de comités de travailleurs ou d'institutions actives de la société civile capables de maintenir la pression sur les employeurs et de soutenir les travailleurs dans le cadre de procédures judiciaires, la plupart d'entre eux se résignent à ne jamais obtenir justice. Malgré le potentiel des systèmes électroniques de protection des salaires, ces systèmes ne sont pas accessibles et ne sont pas conçus pour indemniser les travailleurs. Toutefois, les réformes récentes qui créent un processus institutionnel permettant d'indemniser les travailleurs (sans qu'ils aient à poursuivre l'employeur pour obtenir une indemnisation) constituent un pas dans la bonne direction (y compris le Fonds de soutien et d'assurance des travailleurs au Qatar et l'exigence d'une assurance/garantie bancaire aux Émirats arabes unis), bien qu'une analyse des données et une évaluation indépendante soient encore nécessaires.

RÉFUGIÉS UKRAINIENS EN POLOGNE : COMMENT AGIR CONTRE DES PRATIQUES D'ABUS ENDÉMIQUES DANS UNE NOUVELLE RÉALITÉ ?

LEONID STOIKOV

Pologne, Ukraine | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

Selon le Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, près de 8 millions de personnes ont été forcées de fuir l'Ukraine depuis le début de l'agression militaire russe à grande échelle,¹ submergeant ainsi les pays voisins. Cette situation a créé une pression sur les systèmes de protection sociale des pays d'accueil et inondé leurs marchés du travail de millions de personnes désespérées à la recherche d'un emploi.

La plupart des pays d'accueil tentent d'adapter leurs systèmes à cette nouvelle réalité. Les rapports montrent notamment que l'économie de l'Union européenne a en fait bénéficié de l'arrivée des réfugiés ukrainiens, car l'écrasante majorité d'entre eux sont contraints de trouver un emploi. Ceci s'est traduit par une croissance du PIB dans les pays d'accueil, tout particulièrement en Pologne.² On estime que la contribution au taux de croissance annuel du PIB de la République Tchèque, de la Pologne et de l'Estonie sera d'environ 1,2 % par an, et que la contribution des travailleurs migrants au PIB de la Hongrie, de la Lettonie, de la Slovaquie, de la Lituanie et de la Roumanie s'établira autour de 0,8 %.³ Selon les estimations du FMI, même l'impact budgétaire à court terme des flux de migrants/réfugiés dans

l'UE sera positif, avec environ 30 à 37 milliards d'Euros, soit une croissance de 0,19 à 0,23 % du PIB de l'UE.⁴ La Banque centrale européenne a par ailleurs estimé que l'afflux de réfugiés ukrainiens devrait entraîner une augmentation progressive de la taille de la population active dans la zone euro. Selon toutes ces hypothèses, des calculs approximatifs indiquent une augmentation moyenne de 0,2 % à 0,8 % de cette population active de la zone euro à moyen terme.⁵

Cadre Juridique Des Travailleurs Migrants en Pologne

La Pologne est le principal pays d'accueil et de transit des réfugiés ukrainiens. Dès le début de l'invasion russe, la société polonaise a réagi en manifestant un soutien désintéressé à l'Ukraine et aux réfugiés fuyant le pays. Le gouvernement polonais a par ailleurs reconnu que l'économie polonaise bénéficiait de cet afflux de travailleurs migrants, car de nombreux Polonais sont eux-mêmes des travailleurs migrants, provoquant ainsi des pénuries sur le marché du travail polonais. De surcroît, en dépit de l'arrivée de millions de réfugiés en Pologne, le pays affiche le deuxième taux de chômage le plus bas de l'Union européenne.⁶ Comme l'a souligné

¹ U.N. High Commissioner for Refugees (UNHCR), OPERATIONAL DATA PORTAL: UKRAINE REFUGEE SITUATION, <https://data.unhcr.org/fr/situations/ukraine> (dernière visite : 10 avril 2023).

² Pawel Strzelecki, Jakub Grwec & Robert Wyszynski, *The contribution of immigration from Ukraine to economic growth in Poland*, 158 REVIEW OF WORLD ECONOMICS 365-399 (2022), <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-021-00437-y>.

³ Olga Tucha et. al., *Вплив українських мігрантів на економіку країниреципієнтів [Impact des migrants ukrainiens sur l'économie des pays d'accueil]*, NATIONAL BANK OF UKRAINE REPORT (décembre 2022), https://bank.gov.ua/admin/uploads/article/Migration_impact_2022-12-15.pdf?v=4.

⁴ Nicolo Bird, David Amaglobeli, *Policies to Address the Refugee Crisis in Europe Related to Russia's Invasion of Ukraine*, IMF NOTES No. 2022/003 (2022) <https://www.imf.org/en/Publications/IMF-Notes/Issues/2022/09/08/Policies-to-Address-the-Refugee-Crisis-in-Europe-Related-to-Russias-Invasion-of-Ukraine-522662>.

⁵ Vasco Botelho, *The impact of the influx of Ukrainian refugees on the euro area labour force*, 4 ECB ECONOMIC BULLETIN (2022) https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2022/html/ecb.ebbox202204_03-c9ddc08308.en.html.

⁶ UNEMPLOYMENT RATE IN THE EUROPEAN UNION AS OF OCTOBER 2022, <https://www.statista.com/statistics/1115276/unemployment-in-europe-by-country/> (dernière visite 20 avril 2023).

un homme politique polonais, « seuls ceux qui ne veulent pas travailler ne trouvent pas de travail en Pologne ».⁷ On serait tenté de penser que dans une telle situation, lorsqu'un pays a réellement besoin de travailleurs, les travailleurs migrants seront accueillis dans des conditions décentes et ne feront pas l'objet d'abus.

Cela étant, si la Pologne était et reste tributaire de la main-d'œuvre immigrée, l'emploi des travailleurs immigrés n'a jamais été chose aisée. Avant l'invasion, les citoyens non européens, y compris les Ukrainiens, devaient obtenir une autorisation pour travailler légalement dans le pays.⁸ Un visa de longue durée était également délivré aux étrangers pour la période mentionnée sur le permis de travail. Un permis de séjour temporaire était ensuite délivré sur la base de ce permis de travail.⁹ Toutefois, en cas de perte d'emploi, ces permis de séjour pouvaient être révoqués.¹⁰ Un étranger est légalement tenu d'en informer les organismes gouvernementaux compétents dans un délai de 15 jours et dispose de 30 jours pour trouver un autre emploi, demander un autre permis de travail et faire les démarches nécessaires pour apporter les changements correspondants à son permis de séjour.¹¹

d'autre choix que de travailler illégalement pendant que son permis est en cours de traitement. Aux termes de la loi, le travailleur migrant est également passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 5 000 PLN (environ 1 200 USD), ce qui est rétroactif pour un travailleur percevant le salaire minimum de 3 010 PLN (environ 690 USD).¹² De plus, les travailleurs migrants peuvent se voir contraints de quitter la Pologne et interdire l'entrée dans le pays et dans d'autres pays de l'espace Schengen - pour une période de 1 à 3 ans.¹³

La situation s'est aggravée avec la mise en place des restrictions liées à la COVID-19. Même si les permis de travail, les visas et les permis de séjour ont été prolongés par la législation d'urgence adoptée, dans certaines régions du pays, la période d'attente pour l'obtention d'un nouveau permis de travail a atteint 3 à 5 mois, ce qui permet très difficilement à un travailleur migrant de changer d'emploi tout en restant dans la légalité.

Modifications De La Législation De La Pologne en Faveur Des Réfugiés Ukrainiens

Suite à l'invasion russe de l'Ukraine, la Pologne a adopté une loi d'urgence du 12 mars 2022 « sur l'assistance aux citoyens ukrainiens dans le cadre du conflit armé sur le territoire de cet État ».¹⁴ Grâce à cette loi, les citoyens ukrainiens ne sont pas tenus de demander un permis de travail. La confirmation de la légalité de leur présence en Pologne suffit pour obtenir un emploi.¹⁵ Par ailleurs, conformément à l'art. 23. 1 de la loi, les citoyens ukrainiens qui séjournent en Pologne sont considérés comme étant en situation régulière et peuvent entreprendre et mener des activités commerciales en Pologne selon les mêmes règles que les citoyens polonais.

« Force est de constater, la capacité d'un travailleur migrant à séjourner légalement dans le pays dépend de son employeur. Qui plus est, avec l'augmentation du nombre de travailleurs migrants arrivant en Pologne, les autorités peinent à traiter toutes les demandes dans les délais impartis. »

Toute tentative de quitter son emploi peut placer le migrant dans une situation où il n'a

⁷ Monika Górecka-Czuryło, *Pracy nie mają ci, Którzy pracować nie chcą*, [Ceux qui ne veulent pas travailler n'ont pas d'emploi] RZECZPOSPOLITA (2008) <https://www.rp.pl/wydarzenia/art8337831-pracy-nie-maja-ci-ktorzy-pracowac-nie-chca>.

⁸ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy [La loi du 20 avril 2004 sur la promotion de l'emploi et les institutions du marché du travail], art 87, (2004) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu2004099100>.

⁹ *Id.* à l'art. 114.

¹⁰ *Id.* à l'art. 101.

¹¹ *Id.* à l'art.123.

¹² Le salaire minimum a augmenté en 2023, passant à 3 490 PLN (environ 790 USD).

¹³ Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach [Loi de décembre 2013 relative aux étrangers] à l'art. 318, 319 (2013) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20130001650>.

¹⁴ Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa [Loi du 12 mars 2022 sur l'assistance aux citoyens ukrainiens dans le cadre du conflit armé sur le territoire du pays] (2022) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20220000583>.

¹⁵ *Id.* at art 22.1.

La majeure partie de la main-d'œuvre migrante qui arrive en Pologne, c'est-à-dire les réfugiés ukrainiens, jouit pratiquement des mêmes droits en matière d'emploi que les citoyens de l'UE et, bien entendu, de toute la panoplie des droits de la personne et du travail prévue par la législation polonaise. En tant que membre de l'Union européenne, la Pologne reconnaît les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne et aux droits du travail, et ces droits sont inscrits dans la législation nationale.¹⁶

Quelques droits fondamentaux des travailleurs inscrit dans le code du travail polonais¹⁷ :

- Le droit de choisir librement un emploi - chaque personne employée en Pologne peut choisir la profession dans laquelle elle souhaite travailler. Les exceptions ne s'appliquent qu'à des situations où l'interdiction d'exercer un travail spécifique est définie par la loi (par exemple, si un extrait de casier judiciaire est obligatoire pour exercer un travail et que le travailleur n'en possède pas).
- Le droit à un salaire décent - aucun travail ne peut être fait gratuitement, et les salaires minimum sont fixés par l'État.
- L'égalité des droits pour l'accomplissement des mêmes tâches, y compris l'égalité de rémunération pour le même travail.

Persistance De L'exploitation Des Travailleurs Réfugiés en Pologne

La présence massive de réfugiés désespérés à la recherche d'un emploi crée des possibilités

¹⁶ En tant que membre de l'Union européenne, la Pologne, reconnaît la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales adoptée en 1950 par le Conseil de l'Europe. Voir *Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, MINISTERSTWO RODZINY I POLITYKI SPOŁECZNEJ [MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DE LA POLITIQUE SOCIALE] <https://www.gov.pl/web/rodzina/europejska-konwencja-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci> (dernière visite : 20 avril 2023). Par ailleurs, elle a ratifié 92 conventions de l'OIT et 1 protocole. Parmi elles, la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, la convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951, la convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 1958, et d'autres encore. Voir, International Labour Organization (ILO), RATIFICATIONS FOR POLAND https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:112:0:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102809 (dernière visite : 20 avril 2023).

¹⁷ USTAWA z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy [Loi du 26 juin 1974, Code du travail] (1974) (Pol.). <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19740240141/U/D19740141Lj.pdf>.



© All-Poland Alliance of Trade Unions

infinies d'exploitations diverses du travail, y compris le vol de salaire. Le concept de « vol de salaire » couvre un large éventail de pratiques : la classification incorrecte d'individus en tant que « travailleurs indépendants » et en dehors du champ d'application du Cadre du salaire minimum en vigueur dans le pays, le non-paiement des heures supplémentaires ou des congés payés, les déductions illicites et l'absence de transparence en ce qui concerne les droits salariaux.¹⁸ Il est lié aux préoccupations plus générales du public concernant l'application effective du régime du salaire minimum légal et le non-paiement total ou partiel, par un employeur, de la rémunération à laquelle un travailleur a droit, en vertu de la législation applicable ou de son contrat de travail, écrit ou oral.¹⁹

« Les femmes ukrainiennes ayant fui la guerre cherchent à gagner de l'argent en faisant des travaux ménagers et en s'occupant de personnes âgées. C'est difficile, parce qu'elles ne parlent pas la langue et ont vécu une tragédie, et les employeurs profitent de cette situation pour baisser leurs salaires. Les travailleuses domestiques ne connaissent pas leurs droits. »²⁰

¹⁸ Sarah Green, *Wage Theft as a Legal Concept in CRIMINALITY AT WORK* (Alan Bogg ed. 2020) (134) <https://academic.oup.com/book/36923/chapter-abstract/322194518?redirectedFrom=fulltext>.

¹⁹ Bassina Farbenblum and Laurie Berg, *MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT: A GLOBAL STUDY OF PROMISING INITIATIVES* (2021), <https://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2021/12/Migrant-Workers-Access-to-Justice-for-Wage-Theft-Publication.pdf>.

²⁰ Julia Theus, *Praca za mieszkanie, jedzenie i pół wypłaty. Pracodawcy wykorzystują wojnę do wycisku Ukrainek [Travailler pour un logement, de la nourriture et un demi-salaire. Les employeurs profitent de la guerre pour exploiter les femmes*

Selon la législation polonaise, le vol de salaire peut être considéré comme une violation de certains des droits du travail inscrits dans le Code du travail, notamment le droit à un salaire décent, l'égalité des droits pour l'exercice des mêmes tâches et le droit à une rémunération en cas de licenciement. Il convient néanmoins de noter que les conflits de travail ne se limitent pas aux salaires, mais sont plus complexes et comprennent également des violations d'autres droits. Dès les toutes premières vagues de réfugiés, composées essentiellement de femmes et d'enfants, de nombreux cas ont été signalés. Un grand nombre d'entre eux ont dû travailler pour être logés, nourris, et ce, à la moitié du salaire. Parfois, les réfugiés ont été contraints de faire des heures supplémentaires, parfois durant plus de dix heures.²¹

Si des travailleurs font état de préoccupations relatives à la santé et à la sécurité sur leur lieu de travail, ils sont souvent licenciés sans salaire et sans percevoir les sommes dues au titre de leurs jours d'emploi précédent leur licenciement.²²

Les motifs de cette exploitation sont multiples. Parmi elles, la méconnaissance de leurs droits et l'accès limité à la justice. Il convient toutefois de noter que l'accès limité à la justice n'est pas nécessairement lié à des obstacles juridiques visant les migrants ou à une mauvaise législation en soi.

« Ainsi, la législation polonaise du travail offre de multiples garanties aux travailleurs migrants et, contrairement à d'autres pays, la Pologne dispose d'une inspection du travail assez efficace et de tribunaux du travail spécialisés. Cependant, la méconnaissance de leurs droits par les travailleurs migrants, la méconnaissance de la langue locale et la méfiance à l'égard du système juridique du pays d'accueil sont autant d'obstacles à l'accès à la justice. »

ukrainiennes], OKO.PRESS (2022) <https://oko.press/pracodawcy-wykorzystuja-wojne-do-wyzysku-ukrainek> (dernière visite : 20 avril 2023).

²¹ Maciej Orłowski, *Tak wykorzystuje się Ukrainki. "Pracują ponad siły po kilkanaście godzin. Czasem bez wypłaty [C'est de cette façon que les femmes ukrainiennes sont exploitées. « Elles travaillent jusqu'à épuisement, plusieurs heures d'affilée, parfois sans être payées. »]* NEWSWEEK, <https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/hieny-sie-obudzily-jak-wykorzystuje-sie-ukrainki-w-polsce/6lc979c> (dernière visite : 20 avril 2023).

²² Unions Help Refugees, FACEBOOK (21 juin 2022) <https://www.facebook.com/UnionsHelpRefugees/photos/a.100706182590968/136390979022488/>.

De plus, lorsque nous parlons de réfugiés, la situation désespérée dans laquelle ils se trouvent joue également un rôle.

La plupart des travailleurs migrants, et plus particulièrement les réfugiés, sont peu susceptibles de réclamer justice parce qu'ils ne croient pas au système juridique. En cas de travail informel, par exemple, ils peuvent se voir infliger une amende et être expulsés ou subir d'autres conséquences comme perdre leur emploi et leur capacité à subvenir aux besoins de leur famille. De plus, l'aide juridique professionnelle est coûteuse et la procédure elle-même peut durer des mois, voire des années, ce qu'un travailleur migrant ne peut tout simplement pas se permettre.

Un réfugié qui ne peut retourner dans son pays n'a pas beaucoup de choix. Il acceptera probablement une offre d'emploi louche, ou encore de travailler au noir, pensant percevoir un salaire plus élevé, dans la mesure où l'employeur fait des économies en termes d'impôts, de prestations sociales, d'assurance, etc. Ou, dans certains cas, il acceptera même une « période d'essai » sans être rémunéré.²³

Il est important de comprendre que, jusqu'à récemment, la « lune de miel » entre les Polonais et les réfugiés à la recherche d'un emploi dans le pays était encore bien présente. Aujourd'hui, cette lune de miel touche à sa fin. Dans la mesure où le gouvernement ne parvient pas à mettre en œuvre un programme de répartition équitable des réfugiés à la recherche d'un emploi entre les centres urbains et les zones rurales, la pénurie d'offres d'emploi dans les grandes villes est devenue une source de tension croissante. Cette situation a deux conséquences majeures : il est plus facile pour un employeur de tirer profit du besoin désespéré d'un migrant de trouver un emploi, et cela crée un environnement propice aux idées selon lesquelles les travailleurs migrants volent les emplois de la population locale.

Recommendations

Que peut-on donc faire pour remédier à ce problème ? Le problème lui-même n'ayant pas de motif unique et fondamental, mais plutôt de nature complexe, il ne peut y avoir de réponse

²³ *Praca "na próbę" bez wynagrodzenia? Wakacje to czas nieuczciwych przedsiębiorców [Un travail « à l'essai » non rémunéré ? Les vacances sont la période des entrepreneurs malhonnêtes]*, FORSAL.PL, (21 juin 2022) <https://forsal.pl/praca/aktualnosci/artykuly/8496233.praca-nieuczciwi-przedsiębiorcy-dzien-probny-bez-wynagrodzenia.html> (dernière visite le 20 avril 2023).

simple. Pour l'aborder, il est nécessaire de recourir à une approche multicouche complexe. Il ne suffira pas de créer un réseau de cliniques juridiques pour les travailleurs migrants dans un pays donné, car cela ne permettra de traiter les problèmes que sur une base ad hoc et n'aura, au mieux, qu'un faible impact sur la situation d'ensemble. Par conséquent, pour y parvenir, il est donc préférable de traiter chacune des principales raisons dans le cadre d'un système complexe. Voici nos recommandations et exemples sur la manière de lutter de manière holistique contre l'exploitation continue des travailleurs migrants et réfugiés en Pologne :

1. Cours et formations adaptés au profit des migrants et des réfugiés

Ces formations ne doivent pas être axées uniquement sur la langue du pays d'accueil, mais aussi sur la manière de se familiariser avec le marché du travail et les systèmes juridiques et sociaux du pays d'accueil. Les particularités du calcul des salaires dans le pays, y compris le système de retraite, doivent être expliquées, au même titre que les compétences de base permettant d'éviter d'éventuels abus. Il est impossible de remplacer l'expérience d'une enfance passée dans un pays et toutes les connaissances et compétences qui y sont liées. Cependant, même un bref aperçu de cette expérience peut rendre la nouvelle réalité plus simple et moins effrayante.

L'initiative « *Mamo pracuj* » (« Maman, travail »), lancée en Pologne, est un exemple de ce type de formation. Les fondateurs de *Mamo pracuj* ont lancé ce programme destiné spécialement aux femmes ukrainiennes à la recherche d'un emploi en Pologne peu après le déclenchement de la guerre en février. Grâce à plus de 100 experts bénévoles - recruteurs, responsables des ressources humaines et coachs de carrière - quelque 500 réfugiées ukrainiennes ont pu trouver un emploi décent en Pologne avant septembre 2022.²⁴ Ce programme a permis aux migrantes et aux réfugiées de se former et d'acquérir les compétences nécessaires pour trouver un emploi décent en Pologne.

²⁴ *Mamo Pracuj i Talenti dla kobiet z Ukrainy!* [*Mamo pracuj et Talenti pour les femmes d'Ukraine !*], MAMO PRACUJ <https://mamopracuj.pl/mamo-pracuj-i-talenti-dla-kobiet-z-ukrainy/> (dernière visite : 20 avril 2023).



© Trade Union of Railways and Transport Construction Workers

2. Campagne de sensibilisation des travailleurs migrants à leurs droits

Il s'agit de mettre sur pied une campagne ayant pour objectif d'aider les travailleurs migrant à comprendre ce à quoi ils ont droit dans le pays d'accueil/de destination. Elle permettra aux de mieux reconnaître des offres d'emploi louches ainsi que ce type de comportement de certains employeurs.

Un bon exemple d'une telle campagne d'information est l'initiative contre la traite des êtres humains mis en place conjointement par les Chemins fer, le Syndicat des travailleurs de la construction et des transports, et le Conseil régional des syndicats de Kiev, avec le soutien de l'OIT en Ukraine. Cette initiative a été déployée dans tous les trains de passagers se dirigeant vers l'ouest du pays.²⁵ Chaque mois, environ 50 000 à 70 000 utilisateurs des trains interurbains d'Ukraine ont été informés des risques liés au travail forcé, à la traite d'êtres humains et des règles de sécurité. La plupart de ces passagers sont des déplacés internes, des personnes ayant fui à l'étranger ou récemment revenues. La campagne d'information a été lancée début avril 2022 et devrait durer jusqu'à la fin de la guerre. Près de 400 000 personnes ont été sensibilisées et conseillées par les inspecteurs du travail sur la manière de réduire le risque qu'elles deviennent victimes de traite humaine ou de travail forcé.

²⁵ ILO PROJECT TOWARDS SAFE, HEALTHY AND DECLARED WORK IN UKRAINE (2022) <https://sway.office.com/tpPPLR7YPT7qWrIV?ref=Link> (dernière visite : 20 avril 2023).

3. Réseau de cliniques juridiques *pro bono*

Un réseau de cliniques juridiques *pro bono* qui disposent des ressources, non seulement pour traiter des questions simples et de prodiguer des conseils juridiques, mais aussi représenter les travailleurs devant les tribunaux. Une des raisons limitant l'accès à la justice des travailleurs migrants victimes de vol de salaires est justement le vol de salaire lui-même. Une aide juridique qualifiée et professionnelle est coûteuse et un travailleur migrant sera plus susceptible de partir avec ce qu'il a que de tenter de se défendre contre le vol de salaire, au risque de perdre encore plus d'argent et de se retrouver sans ressources pour survivre.

Un exemple est l'initiative « Unions Helping Refugees » (UHR - Des syndicats pour aider les réfugiés) lancée par l'Alliance des syndicats de Pologne (OPZZ) et soutenue notamment par le Solidarity Center.²⁶ UHR fournit principalement de l'aide juridique, des informations sur le système polonais du droit du travail, et assiste les réfugiés devant les tribunaux. La démarche la plus répandue consiste à fournir au migrant les outils nécessaires pour défendre ses droits en lui expliquant les clauses contractuelles et en le préparant à la négociation avec l'employeur. Si celle-ci n'aboutit pas, le travailleur migrant pourra alors être encouragé et aidé à déposer une plainte auprès des institutions compétentes, telles que l'inspection du travail, et éventuellement, s'il n'y a pas d'autre option, auprès d'un tribunal. Parmi les exemples récents figure le cas d'une jeune femme ukrainienne dont l'employeur avait pris l'habitude de ne pas payer les travailleurs.²⁷ Ou encore le cas d'une organisation locale de la société civile employant une réfugiée ukrainienne en tant que « bénévole » sans même lui verser son salaire officiel.²⁸

4. Efforts de syndicalisation des migrants

Il est primordial de syndiquer les travailleurs migrants et réfugiés, que ce soit en expliquant les bénéfices d'être syndiqué ou en incitant les syndicats polonais locaux à syndiquer les travailleurs migrants dans leurs secteurs. Des migrants désespérés ne se sentant pas en

sécurité seront probablement des briseurs de grève lorsqu'un syndicat local décidera d'agir, et serviront donc les intérêts d'employeurs peu scrupuleux. Le travailleur migrant sera utilisé un jour ou l'autre dans un conflit entre un syndicat et un employeur. Soit par l'employeur, soit par le syndicat.

D'une certaine manière, dans leur majorité, les syndicats ne comprennent pas qu'il est préférable d'utiliser les travailleurs migrants pour renforcer leurs rangs et leur position dans un éventuel conflit, plutôt que de les considérer comme un autre « ennemi ». Ne pas comprendre qu'un travailleur citoyen local a plus en commun avec un migrant venu de l'autre bout du monde qu'avec l'employeur qui a grandi dans le même quartier, est un problème à la fois pour les travailleurs migrants et pour les travailleurs locaux.

De plus, des syndicats ayant une forte implantation et qui réussissent à s'imposer peuvent soutenir les travailleurs migrants dans leur quête de justice, voire fournir des fonds pour couvrir leurs frais de justice, ce qui rend la justice accessible à ces derniers et les offres d'emploi plus équitables

5. Campagnes de plaidoyer pour encourager le gouvernement à mettre en place des politiques efficaces.

La tâche peut s'avérer ardue, car les travailleurs migrants peuvent être considérés comme une population idéale par le gouvernement, car ils contribuent à l'économie, paient des impôts et ne votent pas. Mais comme ils ne peuvent pas aider les hommes et femmes politiques à être réélus, ils présentent peu d'intérêt pour ces derniers.

Cela étant, les travailleurs migrants peuvent soutenir l'économie d'un pays, comme c'est le cas en Pologne, et aident ainsi le gouvernement à assurer la stabilité du pays, et à maintenir les flux fiscaux et le bien-être des citoyens. Par ailleurs, la situation actuelle en Europe montre que des gouvernements encouragent les travailleurs étrangers, et particulièrement les réfugiés ukrainiens, à prendre racine dans leur pays et à travailler pour le bien de l'économie nationale. Par conséquent, si un pays a besoin d'une main-d'œuvre étrangère, les pouvoirs publics devraient adopter des politiques plus accueillantes pour les migrants, notamment par l'introduction d'une plus grande responsabilisation de l'employeur en cas de comportement frauduleux à l'égard des travailleurs migrants, et d'un système dans le cadre duquel la sanction en cas de vol de salaire,

²⁶ Tula Connell, *Polish Federation Safeguards Ukrainian Migrant Worker Rights*, SOLIDARITY CENTER (May 23, 2022) <https://www.solidaritycenter.org/polish-federation-safeguards-ukrainian-migrant-worker-rights/> (dernière visite : 20 avril 2023).

²⁷ Unions Help Refugees, *supra* note 22.

²⁸ *Id.*

d'emploi non officiel et d'exploitation serait sévère et inévitable. « Voices of the Polish », (*les voix des Polonais*), une organisation de la société civile, une organisation de la société civile, dénonce haut et fort depuis des années que la législation polonaise relative à l'emploi des étrangers est complètement obsolète ; personne ne pouvait prévoir que la Pologne serait si attrayante pour les travailleurs migrants. Après des années de plaidoyer, des changements longtemps attendus et toujours nécessaires ont été introduits en Pologne²⁹, en particulier le projet de loi sur l'emploi des étrangers, qui devrait être adopté dans les mois à venir.³⁰

Les changements les plus importants sont les suivants :

- Les bureaux locaux du travail enregistreront les permis de travail dans le registre. Il sera ainsi facile de vérifier si l'employeur respecte les exigences salariales ;
- Les procédures liées à l'obtention d'un permis de travail pour les étrangers seront entièrement numérisées (les fonctionnalités du système numérique doivent encore être étendues) ;
- Le travail saisonnier reste limité à 9 mois ;
- La suppression du « test du marché du travail » lors de la demande d'un permis de travail, qui exigeait de vérifier s'il existait, sur le marché du travail local, des chômeurs inscrits susceptibles d'être employés. Les citoyens polonais qui sont au chômage sont prioritaire en matière d'emploi par rapport aux étrangers ;
- Des procédures distinctes de prolongation des permis de travail, actuellement délivrés, seront également supprimées lorsque l'employeur continue à confier un travail à un étranger au même poste, c'est-à-dire qu'il sera possible de maintenir le travail dans son emploi jusqu'à ce qu'un nouveau permis lui soit délivré ;
- L'introduction d'un motif obligatoire de refus d'octroi d'un permis de travail lorsque l'employeur ne paie pas les cotisations de sécurité sociale obligatoires ou l'impôt sur le revenu anticipé. Jusqu'à présent, cette condition était facultative.

²⁹ Tetiana Sharapova, *Polscy pracodawcy nie będą już mogli płacić Ukraińcom mniej [Les employeurs polonais ne pourront plus payer moins les travailleurs ukrainiens]*, UKRAINIEN IN POLAND, (21 septembre 2022), <https://www.ukrainianinpoland.pl/equal-salaries-for-ukrainians-and-poles-pl/> (dernière visite : 20 avril 2023).

³⁰ Projekt ustawy o zatrudnieniu cudzoziemców - Kancelaria Prezesa Rady Ministrów [Projet de loi sur l'emploi des étrangers], Gouvernement de Pologne, <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zatrudnieniu-cudzoziemcow> (dernière visite : 20 avril 2023).

L'une des nouvelles dispositions du projet de loi est la possibilité d'augmenter le temps de travail ou le nombre d'heures de travail au cours d'une semaine ou d'un mois, à condition que la rémunération soit augmentée proportionnellement, sans qu'il soit nécessaire de modifier le permis de travail ou d'en obtenir un nouveau.³¹

Ces changements permettent de régler certains problèmes qui existaient auparavant, comme la rigidité des heures de travail prévues dans le cadre d'un permis de travail. Il n'y aura pas non plus de test du marché du travail, qui était un trompe-l'œil. En revanche, d'autres solutions défavorables ont été introduites, comme la limitation de la durée du permis de travail passant de trois ans à un an dans les cas suivants : lorsque l'entreprise existe depuis moins d'un an, lorsque l'étranger ne travaille que peu d'heures, et lorsque l'emploi se base sur un contrat de droit civil. Dans ce dernier cas, des frais seront facturés à l'employeur, ce qui augmentera les coûts liés à l'emploi d'un étranger.³²

Par ailleurs, les sanctions pour l'emploi illégal d'étrangers ont été fortement alourdies, avec des amendes pouvant aller jusqu'à 30 000 PLN (environ 6 800 USD), mais dans le cas de personnes physiques, ces amendes s'élèveront à 500 PLN. Jusqu'à présent, la découverte d'un emploi illégal était passible d'une amende de 2000 à 3000 PLN. Désormais, l'inspecteur du travail devra déterminer le montant de l'amende basé sur le nombre de travailleurs étrangers illégaux. Dans le projet de loi, des dispositions selon lesquelles les amendes devront être proportionnelles au nombre d'étrangers travaillant illégalement ont été introduites, avec un montant minimum de 500 PLN par étranger. Cette nouvelle disposition devrait renforcer la sévérité des sanctions pour les entités qui emploient illégalement des travailleurs étrangers.³³

6. Litiges stratégiques

La législation de nombreux pays d'accueil est relativement satisfaisante pour ce qui est des droits du travail des travailleurs migrants. Mais dans de nombreux cas, elle n'est pas efficace.

³¹ *Id.* at art. 18(1)(4)) (Contrairement aux dispositions précédentes de la loi sur la promotion de l'emploi et les institutions du marché du travail, le règlement couvre les cas où le travail est effectué dans le cadre d'un contrat de travail, mais s'applique également au travail effectué dans le cadre d'un contrat de droit civil.)

³² *Id.*

³³ *Id.* at art. 76(9).

La création d'un ensemble de litiges d'intérêt public couronnés de succès pour les travailleurs migrants peut influencer l'agenda général et faire jurisprudence et influencer les systèmes juridiques ainsi que les politiques publiques.

7. Campagnes d'information visant la société civile locale

Ces campagnes devraient être menées dans le but de rendre les violations des droits des migrants absolument intolérables pour la société. Ainsi, ces abus ne seraient pas seulement illégaux, mais aussi condamnés par la société.

La population des pays d'accueil devra être incitée à comprendre que la seule manière d'assurer que les travailleurs migrants ne « voleront pas un travail », est de créer une situation où le vol des salaires des travailleurs migrants est inacceptable tant aux yeux du gouvernement que du grand public. Si un travailleur migrant bénéficie d'un niveau de protection égal ou au moins similaire, ne sera pas moins cher pour l'employeur de l'embaucher, ce qui permettra aux travailleurs migrants comme aux travailleurs locaux de se sentir plus en sécurité sur un marché du travail où l'accès et les salaires sont équitables.

En conclusion, il est important de souligner qu'aucune des mesures susmentionnées ne saurait suffire à réduire les pratiques abusives et à améliorer l'accès à la justice pour les travailleurs migrants si elle ne s'inscrit pas dans une démarche coordonnée. Ce n'est qu'au prix d'efforts coordonnés et bien orchestrés, lorsque les institutions internationales, les syndicats et les organisations de la société civile travailleront main dans la main, qu'il sera possible de protéger les travailleurs migrants et de réduire considérablement les abus et l'exploitation auxquels ils sont actuellement confrontés.

LA JUSTICE TRANSNATIONALE EST-ELLE APPLICABLE DANS LE CAS DES TRAVAILLEUSES ET DES TRAVAILLEURS DOMESTIQUES MIGRANTS KENYANS AUX ÉMIRATS ARABES UNIS (EAU) ? ÉVALUER LES BESOINS ET APPRENDRE DU MODÈLE DE HONG KONG¹

FURAHA-JOY SEKAI SAUNGWEME AND PUJA KAPAI

Émirats arabes unis, Kenya | Rédigé à l'origine en anglais

Introduction

Hong Kong et les Émirats arabes unis (EAU) sont depuis longtemps des destinations attrayantes pour les travailleuses et les travailleurs domestiques migrants (TDM) en raison des possibilités économiques que chacun de ces pays est susceptible d'offrir. Si les obstacles communs à l'accès à la justice sapent considérablement les droits des travailleurs migrants à Hong Kong et aux Émirats arabes unis, nous pensons que la mise en place d'un système de justice transnationale à Hong Kong offre aux TDM des avantages et des protections juridiques spécifiques que l'on ne trouve pas aux Émirats arabes unis. Cet article examine le potentiel d'amélioration de l'accès à la justice transnationale pour les travailleurs migrants aux Émirats arabes unis.²

« La " justice transnationale " fait référence à la possibilité pour les travailleurs migrants d'intenter une action en justice contre leurs anciens employeurs ou agences responsables de leur exploitation dans les pays où ils travaillaient, sans être physiquement présents sur le territoire en question. »³

¹ Si cet article tire les leçons de l'un des mécanismes disponibles pour mieux faire respecter les droits des TDM à Hong Kong, nous reconnaissons que l'introduction de la loi sur la sécurité nationale a provoqué un changement radical dans l'environnement démocratique de Hong Kong. De nombreuses OSC (y compris les syndicats) ont dû adapter leurs activités de sensibilisation. La dissolution de la Confédération des syndicats de Hong Kong et l'arrestation du secrétaire général de la Fédération internationale des travailleurs domestiques ont eu un effet dissuasif sur les activités de sensibilisation des OSC et des syndicats. Ces développements ont un impact négatif sur les droits des TDM, y compris le droit à la liberté d'association.

² Cependant, même avec l'établissement et la mise en œuvre de la justice transnationale à Hong Kong, il reste des domaines de préoccupation importants liés à l'exploitation des TDM qui n'ont pas encore été abordés.

³ Cathleen Caron, *Justice Beyond Borders: Portable Justice for*

Les organisations de défense des droits de l'homme dans les pays d'origine sont en contact avec leurs pendants dans les pays d'emploi afin d'engager des procédures pertinentes devant les tribunaux locaux et de faciliter la représentation des TDM sur le terrain grâce à un réseau d'avocats une fois que les migrants ont quitté le pays.⁴ Ces organisations informent les « clients » (les TDM et les organisations de défense des droits de l'homme/syndicats dans leur pays d'origine) de l'évolution des dossiers.⁵

Hong Kong a commencé à accueillir des TDM dans les années 1960 ; ils représentent près de 4,5 % de sa population totale et 57 % des minorités ethniques de Hong Kong⁶ de même qu'ils contribuent à sa croissance économique.⁷ Hong Kong est partie à plusieurs traités internationaux, dont les conventions de l'OIT⁸ qui créent des obligations de promotion et de protection des droits de l'homme. Dans leur sillage, Hong Kong

Global Workers, ENTRY FREEDOM COMPETITION, (2006).

⁴ Voir, par exemple, Justice in Motion (Global Workers Justice Alliance), DEFENDER NETWORK, <https://www.justiceinmotion.org/defender-network> (Dernière visite : 24 avril 2023).

⁵ *Id.*

⁶ Chenyu Liang, *Maid in Hong Kong: Protecting Foreign Domestic Workers*, MIGRATION POLICY INSTITUTE (20 octobre 2016), <https://www.migrationpolicy.org/article/maid-hong-kong-protecting-foreign-domestic-workers>.

⁷ Voir Experian and Enrich Hong Kong, THE VALUE OF CARE – KEY CONTRIBUTIONS OF MIGRANT DOMESTIC WORKERS TO ECONOMIC GROWTH AND FAMILY WELL-BEING IN ASIA (2019). https://enrichhk.org/sites/default/files/2019-09/Final_The-Value-of-Care_Full-Report.pdf.

⁸ Hong Kong est partie à 15 conventions internationales. Voir CONSTITUTIONAL AND MAINLAND AFFAIRS BUREAU, HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/human.htm> (Dernière visite : 25 mai. 2023).



Furaha-Joy Sekai Saungweme

Avocate spécialisée dans les droits de l'Homme, fondatrice et coordinatrice régionale de l'Africa End Sexual Harassment Initiative/ AESHI (Initiative africaine pour mettre fin au harcèlement sexuel) et titulaire de la bourse LAWAW du Centre de droit de l'Université de Georgetown pour la période 2023-24



Puja Kapai

Professeure associée, Faculté de droit Responsable du Centre de recherche sur le genre Université de Hong Kong

a adopté l'ordonnance sur la Charte des droits de Hong Kong⁹, qui garantit divers droits civils et politiques, ainsi qu'une série de dispositions dans l'ordonnance relative à l'emploi¹⁰ et dans les lois anti-discrimination, afin de lutter contre la discrimination fondée sur divers motifs protégés.¹¹ Si bon nombre de ces dispositions ont été invoquées par les TDM pour faire valoir leurs droits auprès des employeurs et du gouvernement, le solide système juridique de Hong Kong présente des lacunes susceptibles de permettre l'exploitation ; par exemple, la « règle des deux semaines » qui s'applique lors de la cessation de la relation de travail. Elle suspend effectivement le droit des TDM à rester légalement à Hong Kong, à moins qu'un autre contrat de travail n'ait été obtenu dans les deux semaines suivant la conclusion ou la rupture du contrat précédent ou qu'une prolongation de séjour n'ait été accordée par le département de l'immigration (à la discrétion de ce dernier). La tendance est toutefois d'accorder une prolongation lorsque le TDM peut démontrer qu'il a intenté une action en justice contre un ancien employeur ou une agence pour l'emploi, ou que sa situation justifie une attention particulière en raison du décès ou de la délocalisation d'un employeur. Cela dit, la prolongation de leur séjour ne permet pas aux TDM d'occuper un emploi en attendant l'issue de leur action en justice, ce qui les dissuade financièrement d'engager une telle action.

Le contrat de travail type de Hong Kong prévoit le paiement d'un salaire minimum aux TDM, des jours de repos, des dispositions pour assurer une intimité raisonnable dans les locaux d'habitation et une indemnité de repas¹² ; cela étant, les TDM restent

⁹ Cap. 383, Laws of Hong Kong ("LHK"). L'article 39 de la loi fondamentale de Hong Kong a intégré les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et des conventions de l'OIT.

¹⁰ Cap. 57, LHK.

¹¹ Sex Discrimination Ordinance (Cap. 480, LHK), Family Status Discrimination Ordinance (Cap. 527, LHK), Disability Discrimination Ordinance (Cap. 487, LHK) and Race Discrimination Ordinance (Cap. 602, LHK).

¹² Immigration Department, 'Forms' (Standard Employment Contract and Terms of Employment for Helpers, [https://www.immd.gov.hk/eng/forms/forms/fdhcontractterms.html#:~:text=The%20standard%20Employment%20Contract%20\(ID,a%20domestic%20](https://www.immd.gov.hk/eng/forms/forms/fdhcontractterms.html#:~:text=The%20standard%20Employment%20Contract%20(ID,a%20domestic%20)

vulnérables à l'exploitation.¹³ Par exemple, bien que la loi coréenne interdise aux agences de placement de prélever une commission supérieure à 10 %, de nombreux TDM voient leur salaire mensuel réduit de 90 % et vivent avec seulement 50 USD par mois pendant 6 à 8 mois, pour pouvoir payer ces frais, et peuvent même se voir confisquer leur passeport et leurs cartes bancaires. Cette exploitation financière par les agences d'emploi accroît leur vulnérabilité en termes de conditions de travail et de vie ; elle reflète la situation critique quasi universelle des TDM ainsi que les contraintes structurelles liées à la situation économique, à la classe sociale, à l'éducation et à la langue, qui empêchent les TDM de faire valoir leurs droits.¹⁴ La justice transnationale devient donc une intervention essentielle pour atténuer les effets néfastes de la règle des deux semaines, qui constitue un obstacle majeur à l'application effective des protections contractuelles et autres protections juridiques.

« Le droit de poursuivre une justice efficace au-delà des frontières doit être considéré comme un droit fondamental et un outil essentiel pour les TDM qui veulent faire valoir des recours malgré leur départ du pays d'emploi. »¹⁵

[helper%20from%20abroad.](#)

¹³ Environ 2,4% des personnes interrogées dans le cadre d'une enquête ciblant les TDM remplissaient les conditions du travail forcé et ont été considérées comme victimes de la traite des êtres humains en raison de leur recrutement à HK. Justice Centre Hong Kong, COMING CLEAN: THE PREVALENCE OF FORCED LABOUR AND HUMAN TRAFFICKING FOR THE PURPOSE OF FORCED LABOUR AMONGST MIGRANT DOMESTIC WORKERS IN HONG KONG (2016) (a constaté que près de 95 % des TDM étaient exploités ou contraints au travail à Hong Kong), <https://www.justicecentre.org.hk/framework/uploads/2016/03/Coming-Clean-The-prevalence-of-forced-labour-and-human-trafficking-for-the-purpose-of-forced-labour-amongst-migrant-domestic-workers-in-hong-kong.pdf> [ci-après Coming Clean]. Si ce chiffre est pondéré en fonction de la population des TDM de HK, le nombre total de victimes de la traite devrait être d'environ 8100. Selon le Bureau de la sécurité, dix-sept TDM ont été recensés comme victimes de la traite entre 2016 et 2021, dont seulement trois ont été identifiés au cours de l'année 2016.

¹⁴ Justice Without Borders, A PRACTITIONER'S MANUAL FOR MIGRANT WORKERS: PURSUING CIVIL CLAIMS IN HONG KONG AND FROM ABROAD, (2015), <https://forjusticewithoutborders.org/wp-content/uploads/2018/09/JWB-HK-Practitioners-Manual-Bahasa.pdf>.

¹⁵ Caron, *supra* note 3.

Évaluation du problème : les travailleurs domestiques migrants à Hong Kong

Les pays à hauts revenus ont tendance à attirer un grand nombre de TDM.¹⁶ En 2016, le département de l'immigration de Hong Kong a estimé que 53 % des TDM de la ville étaient originaires des Philippines, 44 % d'Indonésie, et le reste principalement de Thaïlande, du Sri Lanka et du Népal.¹⁷ On estime que les TDM de Hong Kong contribuent à l'économie de la ville à hauteur de 12,6 milliards USD, soit 3,6 % du produit intérieur brut (PIB) de la ville.¹⁸ Les pays d'origine bénéficient de près d'un milliard d'USD aux Philippines et en Indonésie¹⁹ grâce aux envois de fonds des TDM.

Hong Kong a été critiquée pour ses lois qui ne protègent pas les TDM, bien qu'elle soit perçue comme un lieu où les perspectives sont plus favorables. Les pays d'origine tels que le Kenya, l'Indonésie et les Philippines sont également accusés de privilégier les profits au détriment des droits du travail, de ne pas s'opposer aux pays d'accueil par crainte de représailles et de perdre les lucratifs envois de fonds des travailleurs immigrés.²⁰ Souvent, l'ignorance

des TDM quant à leurs droits et les lacunes en matière de protection juridique contre des actes d'exploitation spécifiques tels que la traite²¹, ainsi que l'exclusion de certains droits²² et les obstacles circonstanciels ne font qu'aggraver l'état de précarité²³ dans lequel se trouvent les TDM.

Hong Kong ne dispose d'aucune législation ou politique globale pour lutter contre le travail forcé ou la traite des êtres humains.²⁴ Pourtant, le gouvernement maintient qu'il existe plus de 50 dispositions qui caractérisent les délits de traite des personnes. Cela étant, les statistiques présentées par le gouvernement portent sur des cas de traite à des fins sexuelles, mais pas à des fins de travail.²⁵

rapide lorsque les TDM doivent être extraits de situations d'abus graves a été partiellement mise en œuvre. Voir Hong Kong Police Force, TIP: CRIME MATTERS, https://www.police.gov.hk/ppp_en/04_crime_matters/trafficking.html (Dernière visite : 19 mai 2023).

²¹ Par exemple, Hong Kong n'a pas de législation ciblant les infractions de traite des êtres humains à des fins de travail forcé, bien que cette question ait été examinée par la Cour d'appel final de Hong Kong dans l'affaire ZN v SECRETARY FOR JUSTICE [2019] HKCFA 35; [2020] HKCU 120. Il a été établi que l'article 4 de l'ordonnance sur la Charte des droits de HK ne s'étendait pas au concept de « traite des êtres humains » dans son interdiction de l'esclavage, de la servitude ou du travail obligatoire ou forcé.

²² Deux exemples notables sont l'exclusion de la législation de Hong Kong sur le salaire minimum (s. 7(3) de l'Ordonnance sur le salaire minimum (Politique 602, LHK) et l'éligibilité à la demande de résidence permanente après avoir résidé à Hong Kong pendant 7 ans comme c'est le cas pour tous les autres résidents de Hong Kong (s.2(4) de l'Ordonnance sur l'immigration (Chap. 115, LHK).

²³ Justice Centre Hong Kong, COMING CLEAN, *supra*, note 13; Voir également, John Kang, *supra* note 16.

²⁴ Département d'État des États-Unis, TIPS REPORT 2022: HONG KONG, (2022) <https://www.state.gov/reports/2022-trafficking-in-persons-report/hong-kong/>.

²⁵ Know Your Country, HUMAN TRAFFICKING, <https://www.knowyourcountry.com/human-trafficking> (dernière visite : 24 avril 2023). Hong Kong a été inscrite par le rapport américain sur la traite des personnes comme une région d'origine, de destination ou de transit pour la traite des êtres humains et le travail forcé et a été placée sur la liste de surveillance de niveau 2 depuis 2015, ce qui la met au même niveau que de nombreux pays du Moyen-Orient. Ce classement a toutefois été rejeté par le gouvernement de Hong Kong. Voir The Government of Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR), PRESS RELEASE: HKSAR GOVERNMENT VEHEMENTLY OBJECTS TO UNITED STATES TRAFFICKING IN PERSONS REPORT 2022, (July 20, 2022) <https://www.info.gov.hk/gia/general/202207/20/P2022072000199.htm> (Dernière visite : 24 avril 2023). En mars 2018, le gouvernement de la RASHK a mis en place un comité directeur de haut niveau pour lutter contre la traite des personnes et renforcer la protection des aides domestiques étrangers et a promulgué le plan d'action pour lutter contre la traite des êtres humains et renforcer la protection des aides domestiques étrangers à Hong Kong (plan d'action). En décembre 2019, le ministère

¹⁶ Id.; John Kang, *Study Reveals 95% of Filipino, Indonesian Helpers in Hong Kong Exploited or Forced Labor*, FORBES (Mar. 2016), <https://www.forbes.com/sites/johnkang/2016/03/18/study-reveals-95-of-filipino-indonesian-helpers-in-hong-kong-exploited-or-forced-labor/?sh=1e88b0ea7f0d>.

¹⁷ Rachel Blundy, *Hong Kong domestic helpers: Doubts expressed about viability of government code of practice for maid agencies*, SOUTH CHINA MORNING POST, (28 mai 2016), <https://www.scmp.com/news/hong-kong/education-community/article/1956749/hong-kong-domestic-helpers-doubts-expressed-about>.

¹⁸ Raquel Carvalho, *Migrant domestic workers prop up Hong Kong's economy, so why are they excluded?*, SOUTH CHINA MORNING POST, (mars 2019), <https://www.scmp.com/week-asia/economics/article/2188754/migrant-domestic-workers-prop-hong-kongs-economy-so-why-are-they>.

¹⁹ Id.

²⁰ En 2015, le Centre de droit comparé et de droit public de l'Université de Hong Kong, en collaboration avec la Hong Kong Public Interest Law and Advocacy Society, a organisé une table ronde sur les travailleurs domestiques afin de réunir diverses parties prenantes, notamment des syndicats de TDM, des législateurs, des groupes de défense des droits des employeurs, des universitaires, des cabinets d'avocats, le personnel consulaire des pays d'origine des TDM à Hong Kong et des représentants du gouvernement de Hong Kong. Voir HKU Legal Scholarship Blog, DOMESTIC WORKERS' ROUNDTABLE HOSTED BY CCPL (24 AVRIL 2015) <http://researchblog.law.hku.hk/2015/04/domestic-workers-roundtable-hosted-by.html> (Dernière visite : 24 avril 2023). Sa proposition de créer un groupe de travail intergouvernemental chargé d'assurer une coordination rapide dans les cas où des mesures urgentes sont nécessaires pour lutter contre les pratiques d'exploitation transfrontalières et pour permettre une justice

Les lacunes législatives de Hong Kong dans le domaine de la traite des êtres humains à des fins de travail et le nombre minime de victimes examinées dans le cadre de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle exposent les TDM à des mauvais traitements et à une exploitation financière continue, en recourant aux mêmes tactiques que celles observées au Moyen-Orient, à savoir de fausses promesses sur la nature et les conditions de l'emploi, la servitude pour dettes avant de quitter le pays d'origine, des frais de placement élevés pour obtenir un emploi, l'absence de recours en cas d'exploitation par crainte de représailles contre la famille dans le pays d'origine et la confiscation des documents de voyage par les agences de recrutement jusqu'à ce que les frais de placement soient acquittés.²⁶ Les droits des TDM ne sont qu'une chimère en raison de la faiblesse de l'application des lois dans les pays d'origine et d'accueil. Dans de nombreuses situations, ces conditions relèvent effectivement de l'esclavage moderne et de la traite des êtres humains, compte tenu du mode de recrutement, de la tromperie, de l'enfermement dans des conditions de travail et de vie défavorables qui sont le lot de nombreux TDM.

Par conséquent, les TDM à Hong Kong se retrouvent régulièrement en situation de vulnérabilité : Une plainte peut entraîner la rupture du contrat par l'employeur, ce qui expose le TDM à la règle des deux semaines. Ces défis soulignent l'importance de renforcer l'accès à la justice pour les TDM. Des innovations telles que la justice transnationale ont donné un nouveau souffle aux protections inscrites dans les textes, les rendant plus facilement réalisables dans la pratique.

de l'immigration a mis en place une section d'enquêtes spéciales sur les aides domestiques étrangères afin de renforcer l'examen des demandes de visa et de repérer les victimes potentielles de la traite des êtres humains et de l'exploitation. Ces mesures couvrent divers aspects, notamment l'identification des victimes, les enquêtes, la répression, les poursuites, la protection et l'aide aux victimes, la prévention ainsi que le partenariat avec diverses parties prenantes. Malgré cela, une seule victime en 2021 et trois victimes en 2020 ont été identifiées comme ayant été victimes de la traite.

²⁶ Raquel Carvalho, *Illegal fees, little rest and no documents: domestic helpers in Hong Kong continue to fight for their rights*, SOUTH CHINA MORNING POST (30 octobre 2016) <http://www.scmp.com/news/hong-kong/education-community/article/2041263/illegalfees-little-rest-and-no-documents>.

Application de la justice transnationale à Hong Kong

C'est dans l'affaire *Re Chow Kam Fai*²⁷ que le principe de la justice transnationale, en vigueur à Hong Kong depuis plusieurs années, a été appliqué et au cours de laquelle le tribunal a utilisé les critères suivants pour déterminer s'il devait autoriser l'utilisation d'installations de visioconférence par un demandeur d'asile pour témoigner :

- Le demandeur doit démontrer qu'il existe une bonne raison de déroger à la règle générale du témoignage en personne ;
- Une raison valable doit être « l'intérêt de la justice » et « l'efficacité de la procédure » ;
- L'utilisation d'une telle procédure en tant que manœuvre tactique par le demandeur ou la partie adverse pour obtenir un avantage collatéral ou avec des motifs ultérieurs sera une considération pertinente ;
- L'accès par liaison vidéo ne sera pas autorisé lorsque l'affaire repose sur la crédibilité du témoin et que la présence physique de ce dernier au tribunal faciliterait l'évaluation de sa crédibilité.

Hong Kong a mis en place des mécanismes d'accès à la justice qui permettent le recours à une installation de visioconférence dans certains types d'affaires liées au travail, à savoir le tribunal de police, le tribunal de l'emploi²⁸ et le recours à des représentants désignés (membres de syndicats locaux ou avocats locaux) pour assister aux réunions de conciliation à la Commission de l'égalité des chances de Hong Kong.²⁹ Toutefois, l'administration chargée des agences de

²⁷ *Re Chow Kam Fai* [2004] 1 H.K.L.R.D. 161.

²⁸ Ces mesures ont été mises en œuvre dans le cadre de la phase III, depuis le 2 janvier 2021. Voir Hong Kong Judiciary, REMOTE HEARINGS FOR CIVIL BUSINESS IN CIVIL COURTS, https://www.judiciary.hk/en/court_services_facilities/gap_remote_hearing.html (Dernière visite : 24 avril 2023).

²⁹ La Commission pour l'égalité des chances de Hong Kong (EOC) accepte les plaintes pour traitement discriminatoire fondé sur le sexe, la race ou la situation de famille, même si la personne lésée ne travaille plus ou ne réside plus à Hong Kong. Une plainte peut être déposée auprès de l'EOC par courrier, par fax ou par courriel, avec l'assistance d'un représentant d'une ONG. Lorsque l'EOC invite les parties à assister à une réunion de conciliation, le représentant désigné et/ou un avocat bénévole peut assister à la réunion et discuter de l'affaire avec le défendeur au nom du plaignant. Voir EOC DISCRIMINATION LAWS, <https://www.eoc.org.hk/en/discrimination-laws/family-status-discrimination/fdq#:~:text=Yes%2C%20you%20can%20represent%20an,person%20to%20lodge%20the%20complaint> (Dernière visite : 24 avril 2023)

placement, qui supervise les plaintes contre les agences de recrutement, exige que le plaignant soit prêt à retourner à Hong Kong et à témoigner devant un tribunal en raison de la nature pénale plutôt que civile de la procédure.³⁰

En 2018, l'affaire ayant fait jurisprudence, *Mallorca Joenalyn Domingo c. Ng Mei Shuen*³¹ a créé un précédent pour les TDM qui intentent des actions en justice en dehors de Hong Kong. Une ressortissante philippine qui travaillait comme TDM à Hong Kong a porté plainte contre son employeur pour agression physique et licenciement immédiat non-motivé. Le président du tribunal du travail a rejeté la demande de la requérante de transférer la procédure au tribunal technologique pour que son témoignage soit donné par l'intermédiaire d'un système de visioconférence et pour qu'un membre du bureau d'un syndicat enregistré la représente dans la procédure.³² Cette décision a fait l'objet d'un recours.

Le Tribunal de première instance (TPI) a noté que le président du tribunal n'avait pas tenu compte du fait que l'article 23 de l'ordonnance sur les tribunaux du travail (chapitre 25) autorise expressément (sous réserve du pouvoir discrétionnaire du tribunal) la représentation par des responsables syndicaux. Ainsi, le législateur a envisagé la représentation par des personnes ayant reçu une formation dispensée par le syndicat et une expérience dans le traitement des affaires relatives au droit du travail.³³ La Cour a conclu que les raisons invoquées par le président pour rejeter la demande n'étaient pas fondées en droit et a ordonné que la demande de visioconférence et la demande de représentation soient renvoyées au Tribunal pour être entendues par un autre président dans le cadre de la procédure rétablie.³⁴ Fait important, le Tribunal a confirmé l'utilisation généralisée de la technologie dans l'administration de la justice et la disponibilité de systèmes de visioconférence à différents niveaux du système judiciaire, notant en particulier l'efficacité et l'efficacité de ce moyen de témoigner oralement dans une série de circonstances, non seulement par nécessité, mais également pour promouvoir



© Sebastian Casteller / Shutterstock

la rapidité, l'efficacité et la fonctionnalité dans l'administration de la justice.

En février 2019, le Tribunal du travail a réexaminé les affaires qui lui avaient été renvoyées et a rendu des ordonnances novatrices qui ont permis, pour la première fois, l'utilisation de la visioconférence par la TDM pour témoigner oralement depuis les Philippines et ont approuvé la présence d'un représentant d'un syndicat pour la représenter pendant la procédure au fond. L'affaire Mallorca a été une affaire test qui a ouvert la voie à la possibilité de témoigner oralement par visioconférence comme une alternative applicable et efficace pour les personnes qui ne peuvent pas être présentes à la procédure, tout en garantissant une représentation efficace pour surmonter les obstacles tels que la langue, la méconnaissance des droits, ou les coûts ou obstacles insurmontables liés au fait de rester à Hong Kong.

« Le ministère du travail, le tribunal du travail et le tribunal de police de Hong Kong acceptent désormais les plaintes des TDM à partir de leur pays d'origine. Ils participent par téléphone ou par visioconférence pendant qu'un représentant d'une organisation non gouvernementale ou d'un syndicat comparait en personne avec une autorisation écrite et s'occupe de toutes les questions de procédure, assiste à la procédure préliminaire et répond aux questions du Tribunal au cours de l'audience.³⁵ Ils rapportent les instructions du Tribunal au requérant pendant les pauses ou après l'audience. »

³⁰ Voir HKSAR, Labour Department, <https://www.labour.gov.hk/eng/faq/content.htm> (Dernière visite : 24 avril 2023).

³¹ Dans High Court of the Hong Kong Special Administrative Region Court of First Instance Labour Tribunal Appeal No 8 OF 2017 (On Appeal from Labour Tribunal Claim No 3464 of 2016). [2018] 3 H.K.L.R.D. 694.

³² *Id.*

³³ *Id.* au paragraphe 77.

³⁴ *Id.* au paragraphe 97.

³⁵ Il n'est pas nécessaire d'avoir suivi une formation juridique pour pouvoir être désigné comme représentant d'un TDM introduisant une plainte depuis l'étranger.

Au lendemain de la COVID-19, l'accélération de l'accès transfrontalier à la justice civile pour les travailleurs migrants à Hong Kong a pris une importance significative.³⁶ Cette avancée en matière de justice transnationale a été rendue possible grâce à la collaboration sans précédent de diverses ONG de Hong Kong et des Philippines, d'avocats bénévoles, de la Confédération des syndicats de Hong Kong et de la Fédération des travailleuses et travailleurs domestiques asiatiques de Hong Kong.

Malgré le caractère très récent de ces développements, plusieurs TDM ont entamé, sur la base de ce précédent, leur parcours pour obtenir justice, ce qui leur était jusque-là impossible. La COVID-19 a en outre souligné le caractère essentiel de ces moyens pour garantir que la justice soit toujours accessible. Dans la mesure où la justice transnationale peut lever les obstacles systémiques qui entravent l'accès effectif des TDM à la justice en poursuivant les employeurs et les agences pour l'emploi pour violation des droits contractuels et autres, il est urgent de faire connaître ce mécanisme aux TDM et de les soutenir dans ce processus. Cela pourrait s'avérer essentiel à leur autonomisation et à l'éradication des pratiques d'exploitation dénuées de scrupules ainsi que des oppressions. Cela étant, la dissolution de certains groupes syndicaux et ONG en réponse à la mise en œuvre de la loi sur la sécurité nationale de Hong Kong soulève de sérieuses questions quant à la viabilité continue de ce modèle. Pour autant, les groupes de la société civile et les syndicats de Hong Kong qui défendent les droits des TDM restent actifs, même si le contexte a changé.

Les mécanismes de justice transnationale fonctionnent à Hong Kong depuis près de dix ans et sont ancrés dans des dispositions légales. Jusqu'ici, les cas dans lesquels ces mécanismes pourraient impliquer des préoccupations de sécurité nationale lorsqu'il s'agit de faire respecter

³⁶ Justice Without Borders, BUILDING CROSS-BORDER ACCESS TO JUSTICE FOR HONG KONG'S MIGRANT WORKERS (May 2020), <https://forjusticewithoutborders.org/publication/building-cross-border-access-to-justice-for-hong-kongs-migrant-workers/>. Voir JUSTICE WITHOUT BORDERS, www.forjusticewithoutborders.org (dernière visite : 24 avril 2023). Justice sans Frontières a élaboré un manuel pratique à l'intention des ONG et des avocats, qui compare les meilleures pratiques en matière de justice transnationale à Hong Kong, afin de faciliter l'accès à la justice des TDM qui sont retournés aux Philippines et en Indonésie. Voir Justice Without Borders, JUST COMPENSATION: A TOOLKIT FOR CROSS-BORDER ACCESS TO JUSTICE FOR MDWs IN HONG KONG (May 2022), <https://forjusticewithoutborders.org/wp-content/uploads/2022/06/FINAL-PRINT-VERSION-Just-Compensation-Toolkit-2022.05.25.pdf>.

les droits des TDM semblent peu nombreux ; il est donc peu probable que la justice transnationale tombe sous le coup de ces nouvelles lois.

La section suivante se penche sur la viabilité de la justice transnationale pour les TDM kenyans aux É.A.U. en s'inspirant de l'expérience de son déploiement à Hong Kong. Nous évaluons la législation récente des É.A.U. et son potentiel à servir de tremplin pour la réalisation de la justice transnationale en faveur des TDM kenyans travaillant aux É.A.U. Nous examinons également le contexte socioculturel et politique des É.A.U. et nous nous interrogeons sur la volonté politique du gouvernement kenyan comme autant d'obstacles probables à la réalisation de la justice transnationale.

Évaluation du problème : les travailleurs domestiques migrants kenyans aux É.A.U.

Les travailleurs domestiques kenyans ont commencé à arriver en grand nombre dans les pays du Golfe après l'interdiction temporaire par l'Éthiopie du déploiement de ses travailleurs domestiques en 2013.³⁷ Les rapports du département d'État chargé du travail indiquent que 29 448 migrants kenyans travaillaient en Arabie saoudite en tant que chargés de soins à domicile (également une forme de travail domestique) entre mars 2019 et janvier 2020.³⁸ Le taux de chômage élevé et les conditions socio-économiques difficiles sont des facteurs qui poussent les Kényans³⁹ aux Émirats arabes unis. Le gouvernement du Kenya bénéficie largement des envois de fonds⁴⁰ effectués par les Kenyans de la diaspora, y compris les TDM aux Émirats

³⁷ Froilan Malit, Jr. & Ali Al Youha, *Kenyan Migration to the Gulf Countries: Balancing Economic Interests and Worker Protection*, MIGRATION POLICY INSTITUTE (18 mai 2016), <https://www.migrationpolicy.org/article/kenyan-migration-gulf-countries-balancing-economic-interests-and-worker-protection>.

³⁸ Voir United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, INTERNATIONAL MIGRATION STOCK 2020 (2020) [ci-après International Migration Stock], https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org/development/desa/pd/files/undesa_pd_2020_ims_stock_by_sex_destination_and_origin.xlsx.

³⁹ Eng. Peter K. Tum, O.G.W., *Kenya Labour Migration: Trends, Challenges, Management and Potential Areas for Cooperation*, The Regional Ministerial Forum on Harmonizing Labour Migration Policies in the East and Horn of Africa Scheduled at Intercontinental Hotel, (20 janvier 2019), <https://laboursp.go.ke/wp-content/uploads/2020/01/PS-Presentation-for-Regional-LM-Forum-FINAL..pdf>.

⁴⁰ Central Bank of Kenya, 2016 DIASPORA REMITTANCES, <https://www.centralbank.go.ke/diaspora-remittances/> (dernière visite : 24 avril 2023).

arabes unis.⁴¹

Si les travailleurs migrants, hommes et femmes, sont victimes d'exploitation, ce sont les travailleuses et travailleurs domestiques (essentiellement des femmes) qui sont confrontés à des formes spécifiques de violence liée au genre.⁴² Les histoires de servitude domestique, d'abus sexuels, de torture et de violations graves des conditions d'emploi sont courantes, mais les facteurs d'incitation et d'attraction restent inchangés, alors même que les risques augmentent.⁴³ La criminalisation de la traite des êtres humains et la réglementation des migrations de main-d'œuvre se sont également intensifiées⁴⁴, ce qui confère un caractère d'urgence à des migrations sûres, ordonnées et régulières⁴⁵ et l'accès à la justice⁴⁶ grâce à des mécanismes de justice transnationale.

La promesse d'une justice transnationale pour les travailleurs domestiques migrants kenyans

Cet article se penche à présent sur les perspectives de justice transnationale pour les TDM kenyans aux Émirats arabes unis⁴⁷ à la lumière d'une loi promulguée en 2022 visant à améliorer leurs conditions de travail.

Les Émirats arabes unis sont un État autoritaire doté d'un système judiciaire fédéral comprenant

trois branches principales : le droit civil, le droit pénal et la Charia. Les tribunaux pénaux et civils appliquent des éléments de la Charia codifiés dans le code pénal et le droit de la famille. L'application du système de la « Kafala », qui lie légalement les travailleurs migrants à leur employeur, crée des conditions proches de l'esclavage⁴⁸ avec de sérieuses entraves à la jouissance de droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et la liberté d'association.⁴⁹

La non-reconnaissance des syndicats et l'interdiction d'activités connexes telles que la négociation collective et le droit de grève exacerbent encore les risques encourus par les TDM,⁵⁰ car la participation à des manifestations peut entraîner l'annulation des permis de travail et, partant, l'expulsion.⁵¹

Les Émirats arabes unis ont adopté le décret-loi fédéral n°9⁵² pour lutter contre l'exploitation des TDM. Il vise deux objectifs majeurs : (1) établir un cadre pour les relations de travail avec les travailleurs domestiques au sein de l'État, en définissant les responsabilités des parties de manière à garantir un juste équilibre entre les droits des deux parties ; (2) maintenir un environnement de travail sûr et sain pour les TDM, en conformité avec les lois locales et les accords internationaux.⁵³

⁴¹ International Migration Stock, *supra* note 38.

⁴² Zahra Meghani, *WOMEN MIGRANT WORKERS: ETHICAL, POLITICAL AND LEGAL PROBLEMS* (2016) (a indiqué comment les femmes migrantes font l'objet d'une double discrimination en raison de leur sexe et de leur statut migratoire), <https://www.routledge.com/Women-Migrant-Workers-Ethical-Political-and-Legal-Problems/Meghani/p/book/9781138546332>. Voir également International Labour Organisation (ILO), *LABOUR MIGRATION: FACTS AND FIGURES*, <https://www.ilo.org/beirut/areasofwork/labour-migration/lang--en/index.htm> (Dernière visite : 24 avril 2023).

⁴³ The Economist, *IN THE GULF 99% OF KENYAN MIGRANT WORKERS ARE ABUSED, A POLL FINDS*, (Septembre 2022), <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2022/09/15/in-the-gulf-99-of-kenyan-migrant-workers-are-abused-a-poll-finds>.

⁴⁴ Mohamed Daghar, *Human trafficking: Kenya's reforms are not protecting its people from trafficking*, ENACT, (Jan. 2020), <https://enactafrica.org/enact-observer/kenyas-reforms-are-not-protecting-its-people-from-trafficking>.

⁴⁵ Judy Kaberia, *How migrant workers fall victims to flaws in Kenyan law and fragmented policies*, THE STANDARD, (2021) <https://www.standardmedia.co.ke/commentary/article/2001380757/how-migrant-workers-fall-victims-to-flaws-in-kenyan-law>.

⁴⁶ Mohamed Daghar, *supra* note 44.

⁴⁷ Hesam Mohammed Jalil Sultan Al-Ulama, *THE FEDERAL BOUNDARIES OF THE UNITED ARAB EMIRATES*, (1994), <https://people.exeter.ac.uk/nsaa201/UAE%20Federal%20Boundaries.pdf>.

⁴⁸ Khan, Azfar & Hélène Harroff-Tavel, *Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward*, 20(3-4) ASIAN AND PACIFIC MIGRATION J., 293, 293-313 (2011), <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/011719681102000303?journalCode=amja>.

⁴⁹ Les médias des Émirats arabes unis sont classés chaque année comme « non libres » dans le rapport sur la liberté de la presse de Freedom House. Les Émirats arabes unis sont mal classés dans le classement annuel de la liberté de la presse établi par Reporters sans frontières. Voir Reporters Without Borders, *UNITED ARAB EMIRATES*, <https://rsf.org/en/index> (Dernière visite : 24 avril 2023).

⁵⁰ U.A.E. Labour Law, Federal Law No. (8) of 1980, <http://www.mohre.gov.ae/MOLWebsite/en/labour-law/labour-law.aspx>. Voir également Rebecca Kelly & Christopher Brinley, *United Arab Emirates in LABOUR & EMPLOYMENT 2022* at 3 (Matthew Howse, eds. 2022), <https://www.morganlewis.com/-/media/files/special-topics/gtdt/2022/getting-the-deal-through-labour-employment-2022-uae.pdf>.

⁵¹ *Id.*

⁵² Federal Decree-Law No.9 of 2022 Concerning Domestic Workers (U.A.E.), <https://u.ae/-/media/Mohre-resolutions/Federal-DecreeLaw-No-9-of-2022-Concerning-Domestic-Workers-1.ashx>.

⁵³ *Id.* à l'article 24

« Cette loi reconnaît la relation triangulaire entre le TDM, les agences de recrutement et les employeurs, ainsi que les obligations contractuelles entre le TDM et l'employeur (arriérés de salaire, sous-paiement, heures de travail, problèmes de sécurité et de santé au travail (SST) et violence fondée sur le genre) et entre les employeurs et les agences de recrutement (pratiques de recrutement illégales et contraires à l'éthique, exploitation financière pendant le recrutement, confiscation des documents de voyage). »

Le recrutement de TDM par des agences de recrutement non agréées est interdit⁵⁴ ; leurs actes illégaux consistent notamment à exiger ou à accepter, directement ou indirectement, une commission pour l'obtention d'un emploi pour n'importe quel TDM.⁵⁵ S'agissant des litiges entre employeurs et TDM, la preuve du paiement des salaires est désormais exigée et attestée par l'utilisation d'un registre des salaires qui doit être signé par l'employeur et le TDM pour chaque paiement de salaire effectué.⁵⁶ Le contrat de travail doit décrire clairement le travail que le TDM doit effectuer, les heures de travail, les jours de congé/repos, la rémunération des heures supplémentaires et les éventuels accidents du travail.⁵⁷ Par ailleurs, pour éviter que les TDM ne se retrouvent sans abri ou bloqués aux Émirats arabes unis, l'employeur est tenu de prendre en charge les frais de rapatriement d'un TDM dans son pays d'origine.⁵⁸

La plupart des dispositions du droit du travail des Émirats arabes unis sont similaires aux dispositions types des contrats de Hong Kong régissant les relations entre les employeurs et les TDM (à l'exception de l'absence d'obligation de tenir un registre des salaires, bien que les agences de recrutement en fournissent un afin de conserver une trace des salaires versés avec la signature des TDM pour les versements reçus mensuellement).

Il est à noter que les Émirats arabes unis ne partagent leur compétence avec aucun tribunal situé en dehors des Émirats arabes unis et que leur législation est muette quant à la procédure

à suivre lorsqu'une partie au litige ne réside plus physiquement dans les Émirats arabes unis et se trouve hors du champ de compétence des Émirats arabes unis.⁵⁹ Les mécanismes de cette loi n'envisagent pas la justice transnationale, car les TDM doivent être physiquement présents aux Émirats arabes unis lorsque des recours et des demandes sont déposés. Elle envisage toutefois des circonstances dans lesquelles un TDM pourrait se trouver en conflit avec la loi.⁶⁰ Des procédures de résolution des litiges et de traitement des plaintes entre l'employeur et le TDM sont également prescrites.⁶¹ Le ministère du travail est habilité à résoudre les conflits à l'amiable ou à les soumettre aux tribunaux compétents des Émirats arabes unis.⁶²

En cas de litige devant les tribunaux, cette loi prévoit également que seuls les contrats ayant respecté les procédures prévues par le décret-loi et son règlement d'application seront pris en considération.⁶³ Cette loi exclut de fait les scénarios dans lesquels un TDM signe un contrat de travail à la suite d'une fausse déclaration, sous la contrainte ou lorsqu'il est introduit dans les Émirats arabes unis par des trafiquants et sans contrat. Des lois aussi strictes ne peuvent qu'entraîner des difficultés excessives pour les TDM, car elles ne tiennent pas compte des faibles capacités en matière de lecture et d'écriture, de la pauvreté et de la dynamique de pouvoir susceptibles d'influer sur la signature d'un contrat.

La possibilité d'appliquer la justice transnationale dans les Émirats arabes unis est encore réduite par l'exigence « qu'un procès concernant l'un des droits mentionnés dans les dispositions du présent décret-loi ne sera pas entendu après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de cessation de la relation de travail ». ⁶⁴ Une telle disposition, associée aux difficultés juridiques que pose le séjour aux Émirats arabes unis après la cessation d'un contrat de travail, augmente la probabilité qu'un TDM retourne dans son pays d'origine.

Toutefois, malgré ces aspects négatifs, la loi des Émirats arabes unis offre une lueur d'espoir, car elle témoigne d'une certaine prise de conscience

⁵⁴ *Id.* aux articles 4 et 5.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.* à l'article 5(8) & 15(2).

⁵⁷ *Id.* aux articles 9, 10 et 11.

⁵⁸ *Id.* à l'article 11 (15).

⁵⁹ *Id.* à l'article 26 (1).

⁶⁰ *Id.* à l'article 17.

⁶¹ *Id.* à l'article 23.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* à l'article 26

et sensibilité à l'égard de la situation critique des TDM aux Émirats arabes unis.

En revanche, l'évolution des Émirats arabes unis vers un renforcement des droits des TDM est vaine si le gouvernement kenyan ne joue pas un rôle essentiel au niveau national et par le biais des canaux diplomatiques. Les violations des droits de l'homme dont sont victimes les travailleurs domestiques au Kenya sont tout simplement amplifiées à l'étranger. Le gouvernement kenyan doit s'attaquer aux facteurs d'incitation qui sont à l'origine des problèmes liés à la pauvreté ; il doit également combler les lacunes législatives et les mécanismes d'application relatifs à la traite des êtres humains et renforcer les lois nationales en ratifiant la convention C190⁶⁵ et C189 de l'OIT.⁶⁶ Ceci enverrait un signal clair aux Kényans et aux Émirats arabes unis qu'ils prennent les droits des TDM au sérieux.

À l'intersection des devoirs et obligations qui lient le Kenya et les Émirats arabes unis en ce qui concerne les TDM se trouve la justice transnationale, une solution viable pour remédier aux injustices subies par les TDM kenyans et de nombreux autres TDM dans le monde.

Conclusion

Nous avons établi qu'en l'absence d'un soutien transfrontalier efficace et d'une reconnaissance de la viabilité des plaintes transfrontalières, les TDM renoncent souvent à porter plainte contre leurs employeurs et sont exclus des systèmes judiciaires.

Si la justice transnationale pose quelques problèmes de procédure et de logistique, elle représente une option prometteuse et applicable pour obtenir justice pour les TDM qui sont rentrés dans leur pays d'origine.

Notre proposition d'œuvrer en faveur d'une justice transnationale pour les TDM aux Émirats arabes unis s'articule autour de la table ronde sur les travailleurs domestiques⁶⁷ qui a conduit à la création d'un groupe de travail inter-institutions chargé de lutter contre le recrutement illicite

et contraire à l'éthique des TDM. Ce groupe de travail peut collaborer pour traquer et dénoncer les réseaux de trafiquants d'êtres humains qui exploitent les TDM par le travail et le sexe. Les possibilités d'une telle collaboration se sont présentées à travers le décret-loi des Émirats arabes unis de 2022, dont les dispositions témoignent d'une volonté de s'attaquer à certaines des causes profondes de l'exploitation des TDM.

Le modèle de la table ronde sur les travailleurs domestiques pourrait servir de tremplin pour collaborer avec les avocats locaux des É.A.U. ainsi qu'avec les cabinets d'avocats internationaux présents à la fois dans les pays d'origine et dans les pays d'accueil des migrants. Ils travailleraient en partenariat avec les syndicats et les avocats des pays d'origine des migrants, établiraient des canaux de communication réguliers et développeraient des réseaux pour soutenir les TDM en quête de justice transnationale.

La priorité accordée aux profits au détriment des droits de l'homme et du bien-être des TDM ne doit plus être tolérée. En l'absence d'une justice transnationale, de nombreux travailleurs des Émirats arabes unis rentrent chez eux sans aucune compensation pour leur dur labeur et sans obtenir justice pour les violations des droits humains, souvent flagrantes, dont ils sont victimes. Il est donc indispensable d'adopter des mesures éprouvées pour améliorer l'accès à la justice des TDM aux Émirats arabes unis et dans le monde.

Bien que présentant diverses lacunes, le modèle de Hong Kong a permis de soulager les victimes de la traite des êtres humains dans un certain nombre de cas et, à ce titre, il reste un exemple utile à suivre pour développer des activités de sensibilisation stratégiques et des actions collectives en vue de mettre en œuvre une justice transnationale pour les victimes de la traite des êtres humains dans le monde entier. Sa diffusion par la sensibilisation et le renforcement des ressources est indispensable pour que cette vision devienne réalité.

⁶⁵ OIT, Convention (n° 190) sur la violence et le harcèlement 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.

⁶⁶ OIT, Convention (n° 189) sur les travailleurs domestiques, 2011. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

⁶⁷ Voir Domestic Worker Roundtable, *supra* note 20.

MESURES DE REMÉDIATION AU TITRE DE L'ARTICLE 307 DU TARIFF ACT DE 1930 DES ÉTATS-UNIS : POSSIBILITÉS DE RECOURS CONTRE LE TRAVAIL FORCÉ POUR LES TRAVAILLEURS MIGRANTS

AVERY KELLY & ALLIE BRUDNEY

Dominican Republic | Originally written in English

Introduction

Le 31 juillet 2017, David Michel, un travailleur migrant haïtien des plantations de canne à sucre âgé d'une soixantaine d'années, a été frappé au visage par une bombe lacrymogène, lui fendant la joue droite et lui fracturant la mâchoire. La police anti-émeute a tiré la bombe qui a touché David Michel alors qu'il manifestait dans la capitale de la République dominicaine, aux côtés d'autres travailleurs des champs de canne à sucre (connus sous le nom de *cañeros*) de sa génération. Michel et ses compagnons *cañeros* réclamaient l'accès aux pensions auxquelles ils avaient cotisé pendant des décennies de dur labeur dans les champs de canne à sucre dominicains et demandaient la régularisation de leurs statut d'immigration.¹ Si de nombreux *cañeros* âgés comme Michel sont arrivés en République dominicaine légalement dans le cadre d'un accord sur le travail des migrants conclu entre les gouvernements dominicain et haïtien il y a plus de cinquante ans, la plupart n'ont plus de papiers et se voient refuser leur pension pour ce motif. La communauté de Michel affirme qu'au moment de la manifestation, il avait travaillé comme *cañero* dans deux entreprises pendant plus de quarante ans et qu'il avait même perdu son pouce gauche à la suite d'un accident de travail. Michel aurait dû subir une chirurgie coûteuse de la mâchoire pour sa blessure lors de la manifestation

et n'avait pas d'assurance pour la payer en raison de son statut d'immigrant.

Depuis plus d'un siècle, l'industrie sucrière dominicaine dépend presque exclusivement des migrants haïtiens et de leurs descendants - y compris les enfants et petits-enfants de migrants nés en République dominicaine - pour cultiver, surveiller et récolter la plante à croissance rapide et robuste dont dépend l'industrie.² Les *cañeros* travaillent de longues heures dans les plantations de sucre, sous le soleil brûlant, pour un salaire dérisoire, et effectuent des tâches pénibles et dangereuses. Ils vivent souvent dans des logements exiguës appartenant à l'entreprise, dépourvus d'électricité et de sanitaires. Ils sont particulièrement vulnérables parce qu'ils n'ont pas de statut légal, car beaucoup d'entre eux sont sans papiers ou apatrides.³ Une grande partie du sucre

² Sandy Tolan & Michael Montgomery, *US Bans Sugar Imports From Top Dominican Producer Over Forced Labor Allegations*, PULITZER CENTER (23 novembre 2022), <https://pulitzercenter.org/blog/us-bans-sugar-imports-top-dominican-producer-over-forced-labor-allegations>.

³ Voir, par exemple, United States Department of State, *2021 Country Reports on Human Rights Practices: Dominican Republic* (2022), <https://www.state.gov/reports/2021-country-reports-on-human-rights-practices/dominican-republic/>; United States Department of Labor, *Seventh Periodic Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic)* (13 septembre 2022), <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/DOL-Seven-Periodic-Report-Submission-2011-03-Dominican-Republic-Sugar-v2.pdf>; Sandy Nolan & Euclides Cordero Nuel, *The Bitter Work Behind Sugar*, REVEAL (Sep. 18, 2021), <https://revealnews.org/podcast/the-bitter-work-behind-sugar/> [ci-après *The Bitter Work Behind Sugar*]; Sandy Tolan, *The High Human Cost of America's Sugar*, MOTHER JONES, (17 septembre 2021) <https://www.motherjones.com/politics/2021/09/sugar-central-romana-fanjul-dominican-republic/> [ci-après *The High Human*

¹ Associated Press, *Dominicana: haitianos piden sanción por violencia en marcha*, EL CARIBE (1 août 2017), <https://www.elcaribe.com.do/panorama/dominicana-haitianos-piden-sancion-violencia-marcha/>; *Bombas y tiros: cañeros envejecientes denuncian ataques de la Policía Nacional durante marcha*, ACENTO, (1 août 2017), <https://acento.com.do/actualidad/bombas-tiros-caneros-envejecientes-denuncian-ataques-la-policia-nacional-marcha-8479310.html>.

produit sur le dos de ces *cañeros* est destinée aux États-Unis, qui importent plus de sucre de la République dominicaine que de n'importe quel autre pays.⁴

Cet article traite d'une loi commerciale américaine, l'article 307 du Tariff Act de 1930 (article 307), qui interdit l'entrée aux États-Unis de biens produits grâce au travail forcé ou pénitentiaire. Nous suggérons que la société civile et les syndicats tirent parti de cette loi de manière plus efficace au bénéfice des travailleurs migrants, qui sont touchés de manière disproportionnée par le travail forcé, en se préparant à l'avance aux mesures de réparation prévues par l'article 307 et en travaillant avec les entreprises lorsqu'elles sont soumises à l'application de l'article 307 afin d'élaborer et de mettre en œuvre des plans de réparation fondés sur des méthodes éprouvées visant à éliminer le travail forcé sur le long terme. Cet article préconise que les groupes de la société civile qui invoquent l'article 307 pour obtenir des bénéfices pour les travailleurs de manière plus générale se concentrent au moins autant sur la phase de remédiation post-ordonnance de refus de mainlevée (WRO) que sur la partie pré-ordonnance de refus de mainlevée du processus de l'article 307 - au moins dans les cas où les entreprises souhaitent faire modifier les ordonnances de refus de mainlevée plutôt que de renoncer à l'accès au marché américain.

Nous prendrons l'exemple de l'industrie dominicaine du sucre pour illustrer ces possibilités. Le service des douanes et de

la protection des frontières des États-Unis (U.S. Customs and Border Protection - CBP) est chargée de l'application de l'article 307 par l'émission d'ordonnances de refus de mainlevée (WRO) qui empêchent l'entrée aux États-Unis de marchandises soupçonnées d'avoir été produites par le travail forcé. En novembre 2022, le CBP a émis une ordonnance de refus de mainlevée à l'encontre de l'ensemble du sucre et des produits à base de sucre produits par Central Romana Corporation, Ltd. (Central Romana), le plus grand producteur de sucre de la République dominicaine.⁵ Il s'agit d'une possibilité unique pour tous les acteurs concernés par le cas de Central Romana de se rallier autour d'un modèle éprouvé (la responsabilité sociale des travailleurs) pour éradiquer le travail forcé. Nous espérons que ce moment déclenchera un changement durable à Central Romana, ainsi que dans l'ensemble de l'industrie dominicaine de la canne à sucre, et qu'il illustrera l'éventail des possibilités de faire progresser les droits de la personne et les droits du travail au moyen de l'article 307.

Travail forcé dans l'industrie sucrière dominicaine

Les conditions de travail abusives imposées aux travailleurs migrants haïtiens et aux travailleurs d'origine haïtienne, ainsi qu'à leurs familles, qui travaillent et vivent sur les terres des producteurs de canne à sucre en République dominicaine, sont

⁵ U.S. Customs and Border Protection, *CBP Issues Withhold Release Order on Central Romana Corporation Limited* (Nov. 23, 2022), <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-issues-withhold-release-order-central-romana-corporation>. En émettant cette WRO, le CBP a identifié cinq indicateurs de travail forcé de l'OIT dans la chaîne d'approvisionnement en sucre de Central Romana : abus de vulnérabilité, isolement, rétention de salaire, conditions de travail et de vie abusives et heures supplémentaires excessives. U.S. Customs and Border Protection, *CBP Issues Withhold Release Order on Central Romana Corporation Limited*, (23 novembre 2022), <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-issues-withhold-release-order-central-romana-corporation>. Le CBP n'a pas identifié les indicateurs de travail forcé de l'OIT, à savoir l'intimidation et les menaces, la restriction des mouvements, la violence physique et la servitude pour dettes. Pourtant, il apparaît de plus en plus clairement que ces indicateurs sont également présents dans les champs de canne à sucre et les *bateyes* de Central Romana et qu'ils doivent être éliminés si l'on veut s'attaquer de manière globale aux conditions qui conduisent au travail forcé à Central Romana.

Cost of America's Sugar]; Sandy Tolan & Euclides Cordero Nuel, *Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*, THE INTERCEPT, (14 octobre 2022) <https://theintercept.com/2022/10/14/dominican-sugar-central-romana-fanjul-domino/> [ci-après *Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*].

⁴ Trade Representative, Office of the United States, Fiscal Year 2022 Tariff-Rate Quota Allocations for Raw Cane Sugar, Refined and Specialty Sugar, and Sugar-Containing Products, (16 septembre 2021), <https://www.federalregister.gov/documents/2021/09/16/2021-19951/fiscal-year-2022-tariff-rate-quota-allocations-for-raw-cane-sugar-refined-and-specialty-sugar-and>; Les États-Unis sont également le premier importateur de sucre de ce pays. United States Department of Agriculture Foreign Agricultural Service, *Sugar Annual* (18 avril 2022) https://apps.fas.usda.gov/newgainapi/api/Report/DownloadReportByFileName?fileName=Sugar%20Annual_Santo%20Domingo_Dominican%20Republic_DR2022-0004.pdf.



Allie Brudney
Avocate salariée,
Corporate
Accountability Lab



Avery Kelly
Avocate salariée,
Corporate
Accountability Lab

multiples et systémiques. Le gouvernement dominicain a adopté à plusieurs reprises des lois discriminatoires à l'égard des migrants haïtiens et des Dominicains d'origine haïtienne, créant ainsi les conditions permettant à l'industrie sucrière dominicaine d'exercer un contrôle massif sur une main-d'œuvre désespérée disposant de peu de moyens publics pour faire valoir ses droits. Qui plus est, depuis des générations, les gouvernements dominicain et haïtien signent régulièrement des accords sur le travail des migrants, souvent complétés par des vagues de politiques d'immigration racistes en République dominicaine, notamment la révocation du droit à la citoyenneté de naissance en 2015.⁶ Ces politiques ont facilité l'exploitation des migrants haïtiens et des communautés d'origine haïtienne.⁷

Certaines des situations abusives auxquelles sont confrontés les *cañeros* et qui, selon le CBP, constituent une indication raisonnable de travail forcé à Central Romana, sont décrites ci-dessous afin de mettre en contexte la nécessité et la possibilité d'une action de réparation holistique conçue et mise en œuvre avec les travailleurs concernés au sein du centre.

En effet, il n'était pas rare, il y a 100 ou même 50 ans, que des garçons et des jeunes hommes haïtiens des communautés rurales soient enlevés et emmenés de force pour travailler dans les champs de canne à sucre dominicains. Lors d'une visite récente en République dominicaine, l'équipe du Corporate Accountability Lab (CAL) a rencontré un syndicaliste et *cañero* de 75 ans qui affirme avoir été kidnappé à l'âge de 14 ans et amené à travailler dans les champs de canne à sucre dominicains, où il a coupé de la canne à sucre pendant les six dernières décennies. (Cet homme âgé nous a montré une blessure à la machette sur son tibia, vieille d'une semaine, due à la coupe de la canne à sucre. Comme ses enfants et petits-enfants nés en République dominicaine, il n'a pas de papiers en règle et ne peut donc pas accéder à de nombreuses prestations sociales, dont les soins de santé.)

De nos jours, moins de travailleurs sont enlevés en Haïti, mais beaucoup continuent de payer des frais de recrutement élevés - jusqu'à 15 000 pesos

(environ 273 USD), soit plus que ce que gagne un coupeur de canne en un mois - à des recruteurs privés appelés « *buscones* ». Ces recruteurs ne disent pas toujours aux migrants haïtiens où ils vont travailler (ni dans quelle partie du pays, ni dans quel secteur d'activité), ni que leur salaire sera si bas que le seul moyen de rembourser les frais de recrutement abusifs sera de commencer à travailler immédiatement. Sur place, les *cañeros* effectuent un travail éreintant : couper et charger la canne à sucre dans des chariots tirés par des bœufs pendant la saison des récoltes, dégager des chemins dans les champs de canne denses pour les bœufs, semer de la nouvelle canne et effectuer d'autres travaux manuels pénibles qui sont essentiels à la production de la canne à sucre.⁸ Les *cañeros* sont payés au poids de la canne coupée chaque semaine, mais ils sont souvent exclus du processus de pesée pour être sûrs d'être payés correctement. Les salaires sont si bas que les *cañeros* et leurs familles n'ont souvent pas assez à manger. Pourtant, divers facteurs - notamment la peur de l'expulsion, l'intimidation et les menaces, ainsi que la servitude pour dettes - les poussent à travailler pour des entreprises qui produisent du sucre pour les États-Unis et d'autres marchés.⁹

Au travail, les *cañeros* n'ont que très rarement accès à de l'eau potable, à de la nourriture, à des sanitaires ou à des équipements de protection individuelle adéquats. Beaucoup travaillent depuis l'adolescence jusqu'à 70 ou 80 ans, sans pouvoir prendre leur retraite et sans bénéficier des prestations de retraite versées par l'entreprise ou de la pension de l'État à laquelle ils ont cotisé pendant des décennies, parce que le ministère du Travail les rejette faute des pièces justificatives requises.¹⁰ Les *cañeros* du secteur, qui sont presque exclusivement des hommes, vivent avec leur famille dans des *bateyes* appartenant à l'entreprise ou contrôlés par celle-ci. Les conditions de vie dans les *bateyes* sont souvent inférieures aux normes, et aucune ne possède de salle de bain, mais varient sur des aspects fondamentaux comme l'accès à l'électricité, l'état des structures d'habitation et l'accès à l'éducation de base.¹¹ De manière plus générale, plus le *batey* est isolé, plus les conditions sont mauvaises. La plupart des familles de *cañeros* se partagent un logement d'une chambre. Lors d'une visite sur le terrain en janvier 2023, le personnel du CAL

⁶ Jonathan Katz, *What Happened When a Nation Erased Birthright Citizenship*, THE ATLANTIC, (Nov. 12, 2018) <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/11/dominican-republic-erased-birthright-citizenship/575527/>.

⁷ Des éléments probants suggèrent que bon nombre des conditions évoquées dans cet article ne sont pas propres à Central Romana mais sont endémiques à l'industrie dominicaine de la canne à sucre.

⁸ *The Bitter Work Behind Sugar*, supra note 3.

⁹ Voir également *Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*, supra note 3.

¹⁰ Voir également *The High Human Cost of America's Sugar Habit*, supra note 3.

¹¹ Voir *id.*

a rencontré une femme dont la famille de neuf personnes partage un seul lit. Ces conditions sont le résultat de politiques publiques et privées qui ont été mises en place en sachant qu'une main-d'œuvre essentiellement composée de migrants et de descendants de migrants sans papiers ou apatrides serait incapable de s'y opposer.

Engagement de la société civile concernant l'article 307 de la loi sur les tarifs douaniers

Depuis quelques années, l'article 307 de la loi sur les tarifs douaniers américains de 1930 - qui interdit l'importation de biens produits par le travail forcé ou pénitentiaire - est un instrument important pour la défense des droits de la personne.¹² Bien qu'initialement adopté à des fins protectionnistes, l'article 307 est devenu un mécanisme efficace, bien que fragmentaire, pour lutter contre le travail forcé et le travail des prisonniers dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises qui importent des biens aux États-Unis.¹³ En vertu de l'article 307, une WRO peut être très étroite et porter sur des marchandises produites dans des usines, des exploitations agricoles ou des bateaux de pêche spécifiques ; elle peut aussi être large et porter sur des marchandises produites par une entreprise dans une région ou un pays donné, voire sur toutes les marchandises d'un même type (par exemple, le coton ou le tabac) produites dans une région ou un pays entier.

« La possibilité de voir les marchandises bloquées à l'entrée des États-Unis incite fortement les entreprises à remédier aux conditions de travail forcé ou de prisonniers identifiées dans leur chaîne d'approvisionnement pour avoir à nouveau accès au marché américain. En fait, la loi a été si efficace que d'autres pays sont en train d'élaborer des régimes d'interdiction d'importation similaires s'inspirant de l'article 307. »¹⁴

¹² 19 U.S.C. § 1307 dispose que tous les biens, articles, marchandises, équipements, extraits, produits ou fabriqués en tout ou partie dans un pays étranger par le travail de prisonniers et/ou le travail forcé et/ou le travail en servitude passibles de sanctions pénales ne seront pas autorisés à entrer dans les ports des États-Unis, que leur importation est interdite, et charge le Secrétaire au Trésor de prescrire les règlements nécessaires à l'application de cette disposition.

¹³ Fait ironique, protectionniste et immoral, il est illégal d'importer des biens produits par le travail des prisonniers, mais il n'est pas illégal de produire des biens en recourant au travail de prisonniers à l'intérieur des États-Unis. Voir Corporate Accountability Lab, *Convicted: How Corporation's Exploit the Thirteenth Amendment's Loophole for Profit* (novembre 2022) <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/6362ce034ff96629396013/dd/1667419656303/CAL+Convicted++Report+02.11.22.pdf>.

¹⁴ En vertu de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique,

Pourtant, la loi est loin d'être aussi efficace qu'elle pourrait l'être. Cela s'explique en partie par le fait que le CBP, l'entité chargée de l'application de l'article 307, pourrait - et devrait - émettre beaucoup plus de WRO chaque année. Elle n'en a émis que trois en 2022, huit en 2021 et quatorze en 2020.¹⁵ L'émission d'un plus grand nombre de WRO aurait non seulement un impact sur un plus grand nombre de produits entachés par des pratiques de travail forcé, mais elle rendrait également la menace que représentent ces WRO plus visible pour toutes les entreprises qui importent des produits aux États-Unis, encourageant ainsi une prise de conscience plus générale des conditions qui prévalent dans la chaîne d'approvisionnement. Le régime de l'article 307 pourrait également être plus efficace si la société civile et les syndicats accordaient plus d'attention aux possibilités offertes après l'émission d'une WRO - en préconisant des mesures de remédiation efficaces et des changements structurels dans les chaînes d'approvisionnement des entreprises à

le Mexique et le Canada sont tenus d'appliquer des interdictions d'importation similaires. Le Canada a adopté une loi interdisant l'importation de biens produits par le travail forcé (et il disposait déjà d'une loi interdisant l'importation de biens fabriqués en prison). Le gouvernement canadien ne l'a toutefois que rarement appliquée. Les autorités douanières canadiennes ont bloqué une cargaison de vêtements pour femmes et enfants en provenance de Chine à la fin de l'année 2021. Le gouvernement canadien a également demandé à Supermax Healthcare Canada, filiale de la société malaisienne Supermax Corporation, de cesser toute livraison jusqu'à ce qu'elle puisse apporter la preuve qu'elle n'a pas recours au travail forcé pour produire des gants en caoutchouc. Voir Caitlin Taylor, Katie Pedersen, Eric Szeto, *Canada halts import of goods linked to forced labour from China, Malaysia*, CBC, (17 novembre 2021), <https://www.cbc.ca/news/canada/canada-stop-forced-labour-imports-1.6252283>. En février 2023, le ministère mexicain de l'économie a publié un règlement administratif, le Règlement sur le travail forcé, au Journal officiel fédéral. Il entrera en vigueur le 18 mai 2023. Cf. José Hoyos-Robles, Adriana Inarra-Fernandez & Eunhyung Kim Shin, *Mexico: Mexico Implements the United States-Mexico-Canada Agreement Forced Labor Import Ban*, GLOBAL COMPLIANCE NEWS, (15 mars 2023), <https://www.globalcompliancencews.com/2023/03/15/https-insightplus-bakermckenzie-com-bm-international-commercial-trade-mexico-the-implementation-of-united-states-mexico-canada-agreement-forced-labor-import-ban-02272023/>; Bureau du représentant américain au Commerce, STATEMENT FROM AMBASSADOR KATHERINE TAI ON MEXICO'S ACTION ON IMPORTS PRODUCED WITH FORCED LABOR, (17 février 2023), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/february/statement-ambassador-katherine-tai-mexicos-action-imports-produced-forced-labor>. L'Union européenne est en train d'adopter un règlement. Commission européenne, *Commission moves to ban products made by forced labour*, (14 septembre 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5415.

¹⁵ U.S. Customs and Border Protection, *Withhold Release Orders and Findings List*, <https://www.cbp.gov/trade/forced-labor/withhold-release-orders-and-findings> (dernière visite : 10 avril 2023).



© Balifilm / Shutterstock

l'encontre desquelles le CBP a émis des WRO.

Pré-WRO : Plaidoyer en faveur de l'application de l'article 307

Le délai entre la transmission d'informations au CBP concernant un éventuel travail forcé dans une chaîne d'approvisionnement et l'émission par le CBP d'une WRO bloquant les marchandises concernées peut être long. Pour émettre une WRO, le CBP doit estimer qu'il existe des « motifs raisonnables de soupçonner » que les conditions de la chaîne d'approvisionnement sont assimilables à du travail forcé (ou de prisonniers). Le travail forcé est défini comme « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque en cas de non-exécution et pour lequel le travailleur ne se propose pas de plein gré. »¹⁶ Le CBP s'appuie souvent sur les informations fournies par les organisations de la société civile pour ouvrir des enquêtes sur des secteurs d'activité spécifiques,¹⁷ même si elle peut également s'autosaisir pour mener des enquêtes.

Le CBP applique les onze indicateurs de travail forcé de l'Organisation internationale du travail (OIT) pour déterminer s'il existe une suspicion raisonnable de travail forcé ou carcéral justifiant

¹⁶ 19 U.S.C. §1307. Le texte s'inspire de la Convention sur le travail forcé (1930) de l'Organisation internationale du travail (OIT).

¹⁷ The Human Trafficking Legal Center propose un guide utile à l'intention de la société civile pour rédiger 307 pétitions. Voir Anasuya Syam and Meg Roggensack, *Importing Freedom: Using the U.S. Tariff Act to Combat Forced Labor in Supply Chains*, HUMAN TRAFFICKING LEGAL CENTER, (2020), https://htlegalcenter.org/wp-content/uploads/Importing-Freedom-Using-the-U.S.-Tariff-Act-to-Combat-Forced-Labor-in-Supply-Chains_FINAL.pdf.

l'émission d'une WRO.¹⁸ Les onze indicateurs sont les suivants : abus de vulnérabilité, tromperie, restriction de mouvement, isolement, violence physique et sexuelle, intimidation et menaces, rétention de documents d'identité, rétention de salaires, servitude pour dettes, conditions de travail et de vie abusives et heures supplémentaires excessives. Les normes internationales n'exigent pas que tous les indicateurs soient réunis pour déterminer qu'il y a travail forcé. En fait, dans certains cas, la présence d'un seul indicateur suffit à déterminer l'existence du travail forcé.¹⁹ Une fois que le CBP a émis une WRO à l'encontre de marchandises, celles-ci ne sont pas autorisées à entrer aux États-Unis.

Les organisations de la société civile et les (y compris CAL) ont souvent privilégié la fourniture d'informations au CBP afin que l'agence *puisse* émettre une WRO (en invoquant des soupçons raisonnables de travail forcé), plutôt que de se concentrer sur les possibilités offertes lorsque le CBP émet effectivement une WRO. Par exemple, avant que le CBP n'émette une WRO contre le sucre produit par Central Romana, la société civile s'est efforcée de fournir suffisamment d'informations pour que le CBP émette la WRO. En plus de soumettre une pétition au CBP qui fournissait des preuves du travail forcé dans les champs de canne à sucre de Central Romana et *bateyes*,²⁰ des défenseurs des droits humains et des syndicats ont adressé une lettre à l'administration Biden pour l'exhorter à émettre une WRO.²¹

Même à ce stade initial de plaidoyer en faveur d'une WRO, il est essentiel que la société civile et les syndicats réfléchissent également aux possibilités de remédier aux conditions de travail forcé si le CBP émet une WRO. Nos efforts collectifs peuvent être plus efficaces si les informations fournies au CBP et les activités de sensibilisation qui en découlent mettent l'accent sur les mesures de remédiation possibles. CAL et

¹⁸ OIT, INDICATEURS SUR LE TRAVAIL FORCÉ, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf.

¹⁹ *Id.* au 3.

²⁰ Allie Brudney, *Advocates Urge CBP to Block Imports of Sugar From the Dominican Republic, Citing Forced Labor*, CORPORATE ACCOUNTABILITY LAB, (18 août 2022), <https://corpaccountabilitylab.org/calblog/2022/8/18/advocates-urge-cbp-to-block-imports-of-sugar-from-the-dominican-republic-citing-forced-labor>.

²¹ OPEN LETTER ON DR SUGAR, (Nov. 8, 2022), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/636a9b9f459fe04fe6a21810/1667931039708/CSO+Sign+on+Letter+re+DR+Sugar.pdf>.

d'autres ont tenté de le faire en proposant, dans des pétitions adressées au CBP, des mesures que les entreprises devraient prendre pour prouver qu'elles ont remédié au problème du travail forcé.²² Chaque situation étant unique, cette liste d'étapes nécessaires établie par les institutions de la société civile et les syndicats, lorsqu'ils sont présents, et dotés de compétences spécialisées, peut être un outil utile pour le CBP afin de mieux comprendre le mode de fonctionnement du travail forcé dans ce secteur d'activité spécifique.

Post-WRO : Vers des mesures de remédiation efficaces

Une fois que le CBP a émis une WRO, l'entreprise ou les entreprises dont les marchandises sont couvertes par la WRO peuvent tenter de la faire lever en remédiant au travail forcé. Si le mode opératoire du CBP reste en grande partie une « boîte noire », sa procédure commencerait par un audit effectué par un organisme tiers, qui établirait les conditions de base des mesures de remédiation. L'entreprise doit ensuite s'efforcer de remédier à chaque indicateur de l'OIT que le CBP a relevé lors de l'émission de la WRO.²³ L'entreprise doit prouver au CBP qu'elle a remédié aux conditions de travail forcé et le vérifier par un audit de suivi ou de « sortie ». Cette procédure peut être longue et durer dix-huit mois ou plus.

²² See Re: *Petition to exclude cocoa produced in Cote D'Ivoire and imported to the U.S. by Nestle, Mars, Hershey, Barry Callebaut, World's Finest Chocolate, Inc., Blommer Chocolate Co., Cargill, Mondelēz, and Olam unless and until within 180 days any specific "importer establishes by satisfactory evidence that [its] merchandise was not ... manufactured in any part with" forced or trafficked child labor.* 19 C.F.R. § 12.42 (g), 14 février 2020; Re: *Petition under 19 U.S.C. §1307 concerning the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of China*, (28 août 2020), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/618aa95ceadc0c5ec40d0832/1636477277345/Section+1307+Petition+Xinjiang+August+28+2020-2+table+%281%29.pdf>; Corporate Accountability Lab & International Rights Advocates, CAL AND IRADVOCATES PROVIDE NEW EVIDENCE OF FORCED CHILD LABOR IN MAJOR CHOCOLATE PRODUCERS' SUPPLY CHAIN, (25 juin 2021), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/60d602b5815e265a8d3e5abb/1624638133368/Press+Release+Supplemental+Petition+June+2021.pdf>; Brudney, *supra* note 20.

²³ U.S. Customs and Border Protection, Forced Labor Division Forced Labor Enforcement, WRO MODIFICATION/REVOCATION PROCESSES OVERVIEW*, https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2021-Mar/Final_Modification%20Revocation%20Process%5B5%5D.pdf (« Le CBP conseille aux pétitionnaires de fournir certaines informations pour les demandes de modification/révocation et insiste sur la nécessité d'apporter la preuve que tous les indicateurs de travail forcé identifiés par l'OIT ont été traités. Les informations que le CBP considère généralement comme utiles sont, entre autres, des éléments probants réfutant chaque indicateur de travail forcé identifié réfutant chaque indicateur de travail forcé identifié... »).

Lorsque le CBP constate que toutes les conditions de travail forcé identifiées ont été corrigées, elle "modifie" la WRO, la rendant « inactive » tant que l'entreprise ne revient pas sur ses engagements.²⁴ Le CBP a le pouvoir de réimposer - c'est-à-dire de réactiver - la WRO à tout moment. Si cela n'a encore jamais été fait, cette menace pourrait fortement inciter les entreprises à abolir définitivement les politiques et les pratiques qui ont permis au CBP de conclure à l'existence d'une indication raisonnable de travail forcé.

« Le processus de remédiation offre à la société civile et aux syndicats indépendants, lorsqu'ils sont présents, une occasion importante de jouer un rôle déterminant dans la promotion d'initiatives durables et systématiques de remédiation et de prévention. Le CBP n'est pas prescriptive en ce qui concerne le processus de remédiation pour les entreprises. Cela permet à la société civile et aux travailleurs de promouvoir les meilleures pratiques auprès du CBP, des entreprises et des auditeurs. »

Le fait de conditionner l'accès au marché américain à la correction des conditions de travail forcé offre aux avocats spécialisés dans la défense des travailleurs et des humains, qui sont généralement plus hostiles aux entreprises, une occasion unique de collaborer avec elles pour traiter les problèmes structurels qui sont à l'origine des restrictions à l'importation de produits aux États-Unis.

Une fois la WRO émise, les intérêts des travailleurs et de la société civile s'alignent soudainement sur les intérêts de l'entreprise, et ce de manière significative. Les deux parties cherchent à remédier au travail forcé et, d'une manière générale, à faire modifier la WRO. Si les motivations diffèrent - les entreprises veulent retrouver l'accès au marché pour continuer à faire des bénéfices, alors que la société civile s'attache à réparer les préjudices subis par les travailleurs, à veiller à ce que des systèmes soient mis en place pour que le travail forcé n'ait plus cours et à s'assurer que les travailleurs conservent leur emploi -, les objectifs généraux sont alignés sur ceux de la WRO. Ceci se traduit par des possibilités de collaboration utile et sensible au facteur temps avec les entreprises. La tâche est ambitieuse et demande du temps, de l'énergie, des ressources et de la collaboration. Mais nous sommes convaincus que notre investissement

²⁴ *Id.*

sera payant.

Une occasion à saisir : Central Romana et la remédiation à l'initiative des travailleurs

Une occasion se profile à l'heure où nous écrivons ces lignes : la remédiation post-WRO des conditions dans les champs de canne à sucre et les *bateyes* de Central Romana en République dominicaine. L'étendue et la nature structurelle des abus raisonnablement indiqués à l'encontre des *cañeros* de Central Romana et de la population plus large qui vit dans les *bateyes* de Central Romana - comme dans l'ensemble de ce secteur d'activité nécessitent plus que de simplement cocher des cases. Une remédiation digne de ce nom nécessitera des changements créatifs, globaux et structurels au sein de l'entreprise. Le meilleur moyen d'y parvenir est de collaborer avec les organisations de la société civile et un syndicat démocratique et indépendant ou une organisation de travailleurs représentant les *cañeros* - autant d'éléments clés d'un vaste effort visant à remettre en cause les structures et les pratiques du statu quo qui ont abouti à des conditions de travail forcé.

L'une des approches permettant de remédier complètement à la situation en cette période post-WRO consiste à envisager l'élaboration et la mise en œuvre d'un programme de responsabilité sociale à l'initiative des travailleurs (WSR) à Central Romana, qui pourrait remédier aux abus actuels, atténuer les risques futurs et servir de modèle pour le reste du secteur sucrier dominicain.

« Les programmes de responsabilité sociale menés à l'initiative des travailleurs, par opposition aux programmes de responsabilité sociale conçus par les entreprises au bénéfice des travailleurs mais sans leadership de leur part, sont devenus la référence en matière de réglementation privée des violations des droits humains et des droits des travailleurs dans les chaînes d'approvisionnement.²⁵ Les modèles de programmes de responsabilité sociale menés à l'initiative des travailleurs sont fondamentalement différents des programmes de responsabilité sociale des entreprises en ce sens qu'ils sont menés par les travailleurs et les organisations indépendantes de travailleurs, qu'ils exigent des entreprises qu'elles signent des accords de conformité contraignants, et qu'ils sont continuellement suivis et améliorés sous la surveillance d'un organisme indépendant au moyen d'audits périodiques,²⁶ d'échanges d'informations et d'un mécanisme de plainte. »²⁷

d'échanges d'informations et d'un mécanisme de plainte.²⁸ Les programmes de responsabilité sociale menés à l'initiative des travailleurs, tels que le Fair Food Program de la Coalition of Immokalee Workers et l'Accord du Bangladesh, se sont révélés efficaces pour induire des changements durables et des améliorations continues, y compris dans les champs de tomates que les procureurs fédéraux américains ont qualifié d'« épicerie de

²⁵ Worker-Driven Social Responsibility Network, *What is WSR?*, <https://wsr-network.org/what-is-wsr/>.

²⁶ Un consensus se dégage de plus en plus au sein des organisations de défense des droits humains et du travail sur le fait que les audits sociaux ponctuels traditionnels, qui ne sont pas réalisés à l'initiative des travailleurs, sont souvent incomplets et induisent en erreur, car ils tendent à passer à côté de certains indicateurs de travail forcé. Voir Business and Human Rights Resource Center, *BEYOND SOCIAL AUDITING, labour-rights/beyond-social-auditing/* (dernière visite : 10 avril 2023). Des études ont montré que les auditeurs sociaux ne parviennent pas à identifier régulièrement des preuves de violations des droits humains et des droits du travail. ELEVATE, une société d'audit social qui a réalisé des milliers d'audits dans plus de 10 pays, reconnaît/a reconnu que les audits sociaux ne sont pas conçus pour prendre en compte les violations sensibles des droits humains et du travail, telles que le travail forcé et le harcèlement. Aruna Kashyap, *Social Audit Reforms and the Labor Rights Ruse*, HUMAN RIGHTS WATCH, (7 octobre 2020), <https://www.hrw.org/news/2020/10/07/social-audit-reforms-and-labor-rights-ruse>. Des obstacles importants doivent être pris en compte : la peur et l'intimidation des travailleurs, la menace de représailles contre les travailleurs, la sous-traitance sans papiers et la falsification généralisée des dossiers.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

l'esclavage moderne » aux États-Unis.²⁹

Un programme de responsabilité sociale mené à l'initiative des travailleurs à Central Romana pourrait institutionnaliser les changements que l'entreprise devra effectuer pour retrouver l'accès au marché américain. Il comprendrait, entre autres, un accord juridiquement contraignant sur les normes et les mécanismes de mise en œuvre entre les travailleurs, un syndicat démocratique indépendant ou une organisation de travailleurs, des groupes de la société civile qui les soutiennent et l'entreprise. Il comprendrait également des campagnes d'éducation et d'autonomisation menées par les travailleurs, ainsi qu'un suivi et une application rigoureux et continus, même après que l'entreprise a retrouvé l'accès au marché américain, ce qui serait l'un des objectifs du programme compte tenu des possibilités de remédiation post-ordonnance de refus de mainlevée. Un tel programme permettrait d'assurer un suivi et une supervision indépendants afin d'atténuer le risque de régression et de rendre l'effet de remédiation de la WRO plus durable et pérenne. Un programme de responsabilité sociale mené à l'initiative des travailleurs à Central Romana devrait être conçu, suivi et mis en œuvre autour de *cañeros* haïtiens ou descendants d'Haïtiens. La nature d'un tel programme nécessite des conseils de la part d'organisations de la société civile et de syndicats ayant l'expérience de ces programmes et principes. Ce constat est particulièrement vrai dans ce contexte, où la longue histoire d'exploitation a suscité une profonde méfiance entre les parties prenantes, et où une grande partie de la main-d'œuvre a intériorisé le discours dominant selon lequel les migrants haïtiens, les sans-papiers et les apatrides d'ascendance haïtienne n'ont pas de droits.

Les programmes de responsabilité sociale menés à l'initiative des travailleurs visent à éliminer les causes profondes du travail forcé, telles que la peur, la vulnérabilité et la difficulté pour les travailleurs de faire entendre leur voix. Dans ce cas, la remédiation post-WRO ouvrirait la voie à la prise en compte des indicateurs de travail forcé de l'OIT pertinents pour le CBP et, au-delà, à la création d'un système de transformation visant à garantir des conditions de travail équitables aux travailleurs sur le long terme, ce qui pourrait faire de Central Romana un modèle à suivre pour d'autres entreprises de l'industrie dominicaine de la canne à sucre. L'avenir nous dira si ce projet

ambitieux est réalisable.

Conclusion

L'article 307 de la loi américaine sur les tarifs douaniers de 1930 offre des possibilités formidables et majeures à la société civile pour pousser les entreprises à apporter des changements durables et continus dans leurs chaînes d'approvisionnement. La société civile doit se montrer à la hauteur dès que le CBP émet une WRO. Il s'agit souvent d'une tâche gargantuesque : pour ceux d'entre nous qui sont établis dans les pays du Nord - dans les pays qui appliquent ou appliqueront bientôt des interdictions d'importation telles que l'article 307 - nous devons pouvoir compter sur des partenaires locaux proches, y compris des syndicats ; nous devons connaître les conditions qui doivent changer comme point de départ ; et nous devons être prêts à investir beaucoup de temps et de ressources dans nos efforts visant à une remédiation durable. Aucun programme, processus ou système unique ne sera efficace dans l'ensemble des secteurs pour lesquels le CBP émet une WRO. Mais en se concentrant sur les possibilités de remédiation offertes par les interdictions d'importation telles que l'article 307 et en mettant en place des plans solides et ambitieux pour cette partie longue - mais vitale - du processus, la société civile peut faire de ces lois un outil encore plus efficace pour lutter contre le travail forcé dans les chaînes d'approvisionnement internationales.

Dans le cas de Central Romana, qui se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins pour savoir si et comment elle va remédier aux conditions de travail forcé identifiées par le CBP, il existe une possibilité pour des acteurs insolites de collaborer en vue de remédier aux conditions de travail des *cañeros* migrants et descendants de migrants, et de devenir un exemple dans le secteur. Nous espérons que cela portera ses fruits dans le cas qui nous occupe, en impliquant les groupes qui ont plaidé en faveur d'une WRO en premier lieu, et que la société civile et les organisations de travailleurs qui plaident en faveur d'une WRO dans d'autres cas feront également évoluer les droits de la personne et les droits du travail en envisageant et en préparant une remédiation complète du travail forcé dès le départ.

²⁹ Fair Food Program, WORKER DRIVEN SOCIAL RESPONSIBILITY, <https://fairfoodprogram.org/worker-driven-social-responsibility/> (dernière visite : 10 avril 2023).

Le réseau International Lawyers Assisting Workers (ILAW) est une organisation composée d'avocats syndicaux et de défense des droits des travailleurs du monde entier. La mission principale du réseau ILAW est d'unir les praticiens du droit et les universitaires dans un échange d'informations, d'idées et de stratégies afin de promouvoir et de défendre au mieux les droits et les intérêts des travailleurs et de leurs organisations où qu'ils se trouvent.