



Soins aux personnes âgées: encadrer la migration pendulaire

Rapport du Conseil fédéral en réponse au
postulat Schmid-Federer 12.3266 du
16 mars 2012

Table des matières

1	Mission	5
1.1	Contenu du postulat.....	5
1.2	Aspect partiel d'une thématique plus vaste	5
1.3	Organisation des travaux	5
1.4	Objet du rapport.....	6
2	Situation de la migration pendulaire liée à la prise en charge de personnes âgées en Suisse	6
2.1	Généralités	6
2.2	Ampleur de la migration	7
2.3	Caractéristiques des travailleuses concernées	9
2.4	Contenu des contrats de travail	10
2.5	Entreprises privées de placement ou de location de services	12
3	Cadre réglementaire	12
3.1	Autorisation obligatoire des entreprises de placement ou de location de services	12
3.1.1	Conditions d'octroi de l'autorisation conformément à la LSE	12
3.1.2	Placement privé	13
3.1.3	Location de services par des sociétés commerciales	13
3.1.4	Location de services par des institutions d'intérêt public.....	14
3.1.5	Pas de professionnels indépendants	14
3.2	Conditions de travail	14
3.2.1	Temps de travail et de repos	14
a)	La loi sur le travail (LTr) ne s'applique pas	14
b)	Protection restreinte par les contrats-type de travail (CTT) cantonaux.....	15
c)	Temps de travail et de repos conformément au CO	15
3.2.2	Autres dispositions du contrat de travail	17
a)	Protection de la personnalité	17
b)	Maternité	17
c)	Délai de préavis	18
3.2.3	Protection variable en fonction de la durée de la relation de travail	18
3.2.4	Salaire minimum	19
3.2.5	Assurances sociales.....	20
4	Réglementation en vigueur à l'étranger	20
4.1	Allemagne.....	20
4.2	Autriche	21
4.3	Pistes émanant d'autres pays	22
5	Conclusion et options possibles	23
5.1	Conclusion	23

5.2	Remarques préalables pour l'option à choisir.....	23
5.3	Création d'une nouvelle ordonnance relative à la loi sur le travail	24
5.4	CCT Services de prise en charge	24
5.5	Renforcement des CTT cantonaux existants ou création d'un contrat-type de travail national assorti de dispositions contraignantes.....	25
5.6	Assujettissement à la loi sur le travail	26
5.7	Obligation des employeurs d'informer	28
5.8	Mesures d'information et de sensibilisation	28
6	Annexe.....	29
6.1	Documents consultés.....	29
6.2	Postulat Schmid-Federer 12.3266.....	31

Synthèse

En Suisse, le nombre de personnes âgées nécessitant une prise en charge ne cesse d'augmenter, alors que, parallèlement, le temps et les ressources des membres de leurs familles, à qui incombaient traditionnellement ces tâches, vont s'amenuisant. On constate un décalage entre les besoins des personnes âgées d'une part et les offres existantes et les coûts de prise en charge dans les structures publiques et privées en place d'autre part. Dans de nombreux cas, cette situation oblige les personnes âgées elles-mêmes, ou leurs proches, à trouver une solution de prise en charge adaptée à leur situation individuelle et économiquement supportable. Pour l'encadrement des personnes âgées, le modèle de prise en charge 24h/24 au domicile de la personne concernée est de plus en plus privilégié. Ce travail est souvent assumé par des migrantes en provenance des Etats de l'Union européenne (UE). Etant donné que la loi sur le travail ne s'applique pas aux ménages privés, les temps de travail et de repos ne sont pas suffisamment encadrés sur le plan juridique.

Le groupe de travail interdépartemental convoqué pour répondre à ce postulat a compilé les informations disponibles sur ce thème. Il a conclu qu'une protection adaptée des travailleuses passait par des actions législatives. En effet, s'agissant des employés de maison, il est possible de déroger aux contrats-types de travail cantonaux par accord, et le Code des obligations (CO) ne prévoit que de rares dispositions concrètes concernant les temps de travail et de repos. Les retours d'informations qui parviennent de l'étranger sont révélateurs à cet égard car ils pourraient pointer vers une solution envisageable en Suisse. On pourrait évoquer ici par exemple la réglementation en vigueur en Autriche, où le temps libre réel doit représenter 3 heures par jour et où les employés ne peuvent réaliser des gardes pendant plus de 14 jours consécutifs.

Le rapport présente différentes options qui permettraient de réglementer les conditions de travail du personnel de prise en charge des personnes âgées dans les ménages privés. Toutes ces solutions s'accordent pour dire qu'une réglementation de ces conditions de travail par l'Etat ne peut pas admettre une prise en charge de 24h/24 par une seule personne. Pour réglementer les conditions de travail, une nouvelle ordonnance spécifique pourrait être édictée. Elle aurait l'avantage de permettre une solution adaptée aux besoins individuels. Pour ce faire, une base légale adéquate devrait être créée en amont dans la loi sur le travail. Une convention collective de travail déclarée de force obligatoire pourrait également émettre des directives contraignantes. Ce compromis négocié entre partenaires sociaux bénéficierait sans doute d'un haut niveau d'acceptation. Une autre idée propose la création d'un contrat-type de travail national assorti de dispositions contraignantes. On pourrait pour cela se fonder sur les clauses des contrats-types de travail cantonaux déjà en vigueur. Mais pour que les dispositions centrales dédiées à la protection des travailleurs ne puissent plus être exclues, il faudrait adapter l'article 360 du CO. Et enfin, la question d'un assujettissement de ces conditions de travail à la loi sur le travail se pose également. Celui-ci aurait pour avantage de déléguer la réglementation de l'exécution aux inspections du travail cantonales. On pourrait toutefois le risque que des adaptations fondamentales soient entreprises ou que des dispositions spéciales soient émises concernant les règles applicables aux temps de travail et de repos, puisqu'il faut actuellement au moins 4 travailleurs pour garantir un service ininterrompu. Ceci pourrait en outre avoir pour conséquence que d'autres branches exigent les mêmes adaptations. Dans tous les cas, la mise en œuvre devra être accompagnée de la prise de mesures d'information et de sensibilisation. Les solutions indiquées entraînent des coûts différents pour les personnes concernées et aussi peut-être pour le système social et de santé. C'est pourquoi le DEFR va procéder, d'ici à la mi-2016, à une évaluation des coûts de réglementation en relation avec les pistes de solutions proposées. Par ailleurs, le DEFR, en collaboration avec le DFI et le DFJP, va discuter des solutions envisageables avec les cantons, les partenaires sociaux et les organisations concernées, avant de soumettre une proposition concrète au Conseil fédéral d'ici à la fin 2016.

1 Mission

1.1 Contenu du postulat

Le 16 mars 2012, le postulat intitulé «Soins aux personnes âgées. Encadrer la migration pendulaire» (12.3266) a été déposé par la Conseillère nationale Barbara Schmid-Federer. Le texte était le suivant:

«Le Conseil fédéral est chargé d'étudier les possibilités qui s'offriraient de mieux encadrer juridiquement les conditions de travail des migrantes pendulaires qui en Suisse assurent la prise en charge permanente de personnes âgées à domicile.»

Le postulat était développé comme suit: «Aussi la prise en charge des personnes âgées est-elle assurée de plus en plus souvent par des migrantes pendulaires venues d'Allemagne ou de pays d'Europe de l'Est ayant rejoint l'UE [...]. Le cadre légal en vigueur pour ce nouveau marché du travail est complexe et parfois lacunaire, et il protège insuffisamment les travailleuses concernées. [...] Comme les activités salariées exercées dans les ménages privés ne sont pas couvertes par le champ d'application de la loi sur le travail, la durée maximale de la semaine de travail, les règles concernant la protection de la santé et les dispositions particulières de protection des femmes enceintes et des mères ne sont pas appliquées aux travailleuses domestiques s'occupant de personnes âgées à leur domicile. Quant aux dispositions protectrices du Code des obligations, nombre d'entre elles ne sont pas applicables [...], le contrat de travail étant conclu pour une durée inférieure à trois mois.»

Le Conseil fédéral partage l'avis de l'auteur du postulat, qui affirme que le nombre de personnes employées par des ménages privés pour s'occuper de personnes âgées augmente. Il considère également comme problématique le fait que ces travailleurs ne soient en principe pas protégés par la loi sur le travail et que diverses dispositions du Code des obligations ne leurs soient pas non plus applicables.

Le postulat a été accepté le 15 juin 2012.

1.2 Aspect partiel d'une thématique plus vaste

La question concernant les conditions de travail des migrantes pendulaires ne touche qu'un aspect partiel d'une thématique bien plus vaste en matière de politique sociale et sanitaire. Comment devra s'articuler la prise en charge future des personnes âgées ? Quels modèles de logement et de prise en charge l'Etat devra-il promouvoir ? Par quels moyens le service de prise en charge en général (que ce soit pour des enfants, des personnes âgées ou des handicapés) sera-t-il financé¹ ? Ce sont des questions pour lesquelles il faudra chercher et trouver des réponses dans un proche avenir. Il conviendra en outre de prendre d'autres mesures pour relever les défis que rencontre une population vieillissante.

La prévention générale de la santé des personnes âgées et les éventuelles problématiques de la qualité des soins et de la protection des personnes âgées contre les mauvais traitements ou les traitements inadaptés à leur situation ne sont pas non plus abordées dans le cadre de ce postulat et devront l'être dans le cadre d'autres travaux.

1.3 Organisation des travaux

La problématique des conditions de travail des migrantes pendulaires venues en Suisse pour prendre en charge des personnes âgées à leur domicile est complexe. C'est pourquoi un

¹ Certaines réponses se trouvent dans le rapport du Conseil fédéral, du 5.12.2014, sur les soins assumés par les proches (« Soutien aux proches aidants, analyse de la situation et mesures requises pour la Suisse »).

groupe de travail interdépartemental a été créé.² La contribution d'experts internes et externes, qui a pris la forme de présentations faites en séance, a permis de nourrir les débats de connaissances techniques supplémentaires.³

1.4 Objet du rapport

L'énoncé du postulat Schmid-Federer pointe vers les configurations d'emploi des « migrantes pendulaires » qui se caractérisent par les faits suivants : la migrante pendulaire⁴ habite chez la personne qu'elle prend en charge ; l'encadrement a lieu 24h/24 avec peu de temps libre à disposition. Les séjours en Suisse durent de 2 semaines à 3 mois et sont entrecoupés par des retours de plus ou moins longue durée de la migrante dans son pays d'origine.

La présente démarche porte sur les migrantes pendulaires qui travaillent légalement en Suisse. Les tâches considérées concernent la prise en charge générale des personnes (accompagnement, présence en cas de besoin) et les tâches domestiques (nettoyage, rangement, etc.). Elles n'incluent pas les prestations de soins médicaux pour lesquelles il est nécessaire de disposer d'une autorisation particulière en Suisse (cf. section 2.4). Les conditions de travail examinées sont celles relatives aux aspects relatifs au temps de travail et de repos, à la sécurité de l'emploi, aux assurances sociales, ainsi qu'aux questions liées à la protection de la personnalité et à la rémunération.

2 Situation de la migration pendulaire liée à la prise en charge de personnes âgées en Suisse

2.1 Généralités

L'adoption de la Convention n°189 de l'Organisation internationale du Travail, concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques en 2011 et sa ratification par un nombre croissant de pays⁵ attestent de l'intérêt grandissant pour les questions relatives aux

² SECO: Centre de prestations Conditions de travail (AB): Protection des travailleurs (ABAS), Travail et santé (ABGG); Centre de prestations Libre circulation des personnes et relations du travail: Surveillance du marché du travail (PAAM), Placement et location de service (PAVV); Centre de prestations Direction du travail (DA): Affaires internationales du travail (DAIN); Office fédéral des migrations (ODM) – Domaine de direction Immigration et intégration: Admission Marché du travail; Office fédéral des assurances sociales (OFAS) – Domaine AVS, prévoyance professionnelle et PC: Secteur Cotisations AVS/AI/APG; Domaine Affaires internationales - Secteur Conventions; Secteur Vieillesse, générations et société; Office fédéral de la justice (OFJ) – Domaine de direction Droit privé: Unité Droit civil et procédure civile; Office fédéral de la santé publique (OFSP): Unité de direction Politique de la santé.

³ Sarah Schilliger (Université de Bâle): *Pendelmigrantinnen in Schweizer Privathaushalten von Pflegebedürftigen* (Les migrantes pendulaires dans les ménages privés suisses de personnes nécessitant des soins); Karin van Holten [(Careum R+D) Institut de recherche en formes de soins innovantes et approches orientées vers les bénéficiaires de ces soins, Département de la Santé de la Haute Ecole Spécialisée Kalaidos]: *Care-Migration Globalisierung im Privathaushalt* (Mondialisation de la migration du personnel soignant dans les ménages privés); Dominik Ledergerber (Affaires internationales du travail [DAIN], SECO): Un travail décent pour les travailleurs et travailleuses domestiques – Convention n°189 et recommandation n°201 de l'Organisation internationale du Travail; Gabriela Medici (Université de Zurich): *Betagtenbetreuung durch Pendelmigrantinnen in schweizerischen Privathaushalten* (Prise en charge des personnes âgées par des migrantes pendulaires dans les ménages privés suisses).

⁴ Dans le présent rapport, ce sont principalement les formes féminines qui sont utilisées puisque les femmes représentent la grande majorité des migrants pendulaires dans le domaine de la prise en charge des personnes âgées. Les deux sexes sont néanmoins concernés.

⁵ Le 20.06.2014, l'Assemblée générale a approuvé la Convention n° 189 de l'Organisation internationale du travail de 2011 et habilité le Conseil fédéral à la ratifier (FF 2014 5204). Le délai référendaire s'est écoulé le 9 octobre 2014 sans avoir été utilisé. La Suisse a ratifié la Convention le 12.11.2014 et elle est entrée en vigueur un an plus tard.

conditions de travail et de vie des employés de maison. Ces travailleurs appartiennent à une catégorie professionnelle dont les conditions de travail peuvent être particulièrement précaires.

Diverses situations peuvent déclencher l'embauche d'une migrante pendulaire pour prendre en charge une personne âgée. On constate en général un décalage entre le besoin de rester chez soi le plus longtemps possible malgré des difficultés physiques, et la prise en charge, ainsi que sa tarification, proposée par les structures publiques. Cette situation contraint les personnes âgées et leurs proches à trouver des solutions adaptées à leur situation individuelle et notamment économiquement supportables pour assurer cette prise en charge. L'évolution démographique de la société joue aussi un rôle. Selon l'ESPA (OFS), le nombre de personnes de plus de 65 ans pour 100 personnes actives entre 15 et 64 ans a progressé de 28.2 en 2001 à 30.7 en 2011. Cette évolution est principalement attribuable à l'espérance de vie croissante (elle a augmenté de 25 ans en moyenne depuis 100 ans) et à la baisse du nombre moyen d'enfants par famille.⁶ Les familles sont plus réduites et les jeunes à même de prendre en charge les personnes âgées sont donc moins nombreux. En outre, la responsabilité d'organiser la prise en charge incombe de plus en plus souvent à la personne malade elle-même ou à sa famille, par exemple du fait du recours plus fréquent aux traitements ambulatoires. Les proches doivent obligatoirement trouver et aménager une solution de prise en charge, avec tout ce que cela implique en termes d'incertitude, de compromis et de charge émotionnelle.

La nécessité d'embaucher des migrantes pendulaires est également due à une répartition différente des tâches entre hommes et femmes. Le fait que les femmes exercent de plus en plus une activité professionnelle ne s'est pas traduit par une réduction du taux d'occupation rémunérée des hommes. En conséquence, les tâches ménagères et la prise en charge de la famille ne peuvent plus être assumées par des proches dans la même proportion qu'auparavant, et un besoin d'assistance externe s'est fait jour. De même, compte tenu des exigences plus pressantes du monde professionnel s'agissant des heures travaillées, de la flexibilité et de la mobilité, les formes de prise en charge traditionnelles ne sont plus adaptées.⁷ La libre circulation des personnes avec l'UE/AELE⁸, qui permet aux ressortissants de l'UE/AELE de travailler en Suisse jusqu'à 90 jours ouvrés d'une année civile en tant que prestataire de service transfrontalier, favorise encore le phénomène de migration pendulaire.

2.2 Ampleur de la migration

En matière d'immigration, certaines données sont disponibles concernant l'évolution des autorisations accordées et les résidents de courte durée (jusqu'à 90 jours par année civile) soumis à l'obligation d'annonce dans le secteur de l'économie domestique. Il convient de noter que les concepts de «Prise en charge de personnes âgées», «Emplois domestiques» et «Services aux ménages privés» ne sont pas entièrement identiques. Les immigrées qui prennent en charge des personnes âgées pourraient toutefois être prises en compte en majorité dans les statistiques des autorisations accordées et des séjours de courte durée soumis à l'obligation d'annonce.

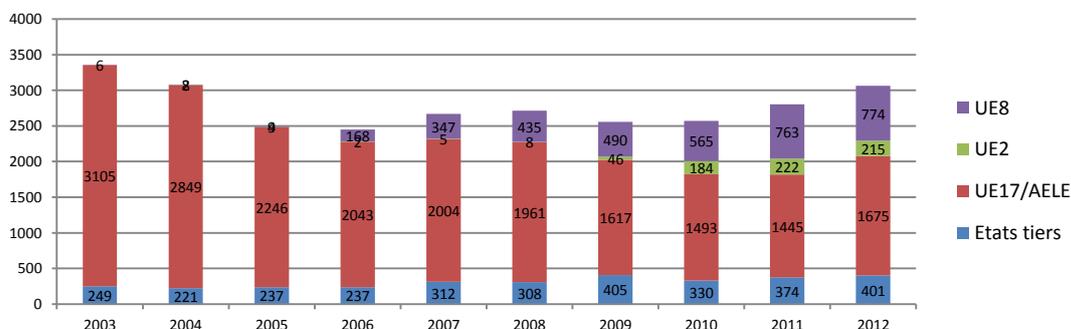
⁶ Kolland, 2013.

⁷ Lutz, 2011.

⁸ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681 du 21 juin 1999 ; ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP), RS 142.203 du 22 mai 2002; directives concernant l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (directives OLCP).

La figure 1 illustre l'évolution de l'immigration des personnes soumises à autorisation (permis B, C et L) dans la catégorie professionnelle des «emplois domestiques» depuis 2003.⁹ Entre 2003 et 2006, on a assisté au recul de l'immigration des personnes soumises à autorisation présentant les qualifications requises pour un emploi domestique. Par la suite, cette immigration s'est stabilisée à 2'500 personnes par an. A partir de 2010, elle a cependant recommencé à augmenter. En 2012, les autorités cantonales de migration ont enregistré 3'065 immigrés présentant un profil correspondant à un emploi domestique, soit 1,9% de l'immigration totale.¹⁰ Par rapport à 2010, l'immigration a donc augmenté de 19% (493 personnes) dans cette catégorie professionnelle. Au cours des neuf dernières années, la demande de main-d'œuvre étrangère dans le domaine de l'économie domestique a été de plus en plus couverte par des ressortissants de l'UE-8¹¹- et de l'UE-2¹². La part des migrants présentant ce même profil en provenance de l'UE-17¹³ s'élevait encore à 55% en 2012 (2003: 92%). Les ressortissants de l'UE-8, qui comptaient pour 0,2% de l'immigration totale des personnes affichant un profil de travailleur domestique en 2003, représentaient une part de 25% en 2012, supérieure donc à la moyenne (cf. figure 1).

Figure 1 Evolution de l'immigration (soumise à autorisation) dans la catégorie professionnelle «Emplois domestiques» par nationalité (source: ODM, SYMIC)



Pour se faire une image précise de l'évolution de l'immigration dans le domaine de l'économie domestique, une comparaison avec l'immigration totale se révèle utile. Selon la figure 2, l'immigration des personnes soumises à autorisation depuis 2010 dans la catégorie professionnelle «Emplois domestiques» a augmenté plus fortement que l'immigration totale: ces chiffres ont cru respectivement de 19% et 5%. L'immigration de l'économie domestique n'a tout de même pas atteint le niveau observé en 2003.

⁹ Le travail effectué par ces personnes ne relève pas exclusivement du champ d'application du contrat-type de travail (CTT) de l'économie domestique. Cette catégorie englobe par exemple: jeunes filles au pair, employés de ménages agricoles, employés de maison, gestionnaires en économie familiale dans des ménages privés ou collectifs, employés en intendance AFP, valets/femmes de chambre, etc.

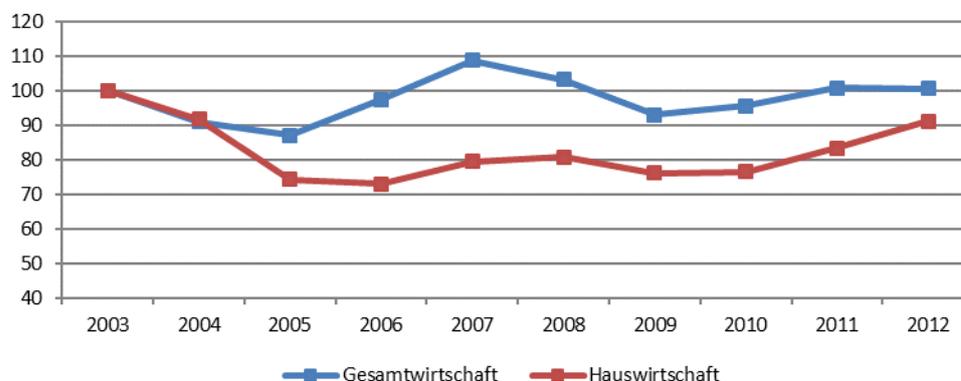
¹⁰ En 2012, 3,5% des migrants en provenance de l'UE-8 présentaient un profil de travailleur domestique, contre 1,4% parmi les ressortissants de l'UE-17.

¹¹ Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Slovaquie, Slovénie, République tchèque et Hongrie.

¹² Roumanie et Bulgarie.

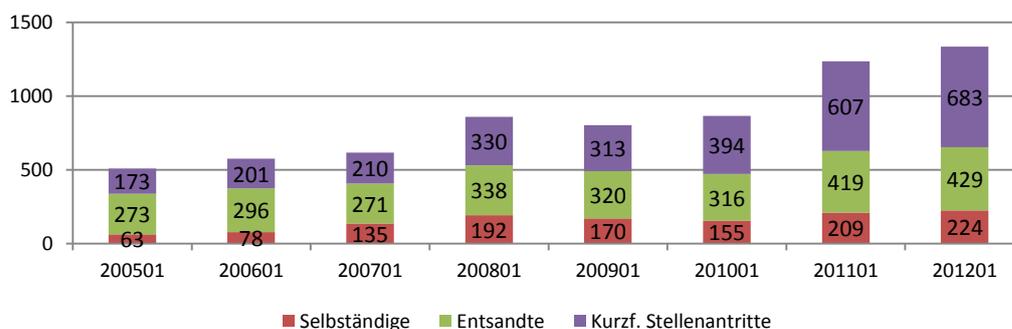
¹³ Belgique, Danemark, Allemagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Islande, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Norvège, Autriche, Portugal, Suède, Espagne, Royaume Uni et Chypre.

Figure 2 Evolution annuelle de l'immigration des personnes soumises à autorisation: total et catégorie professionnelle «Emplois domestiques», (base 100 = 2003), (source: OFS, SYMIC). (*Economie total ; Economie domestique*)



Le nombre des résidents de courte durée (jusqu'à 90 jours) en provenance de la zone UE/AELE soumis à l'obligation d'annonce présente une évolution similaire. En 2012, les cantons ont enregistré 1336 personnes soumises à l'obligation d'annonce travaillant dans le domaine «Services aux ménages privés», soit 0,7% de toutes les personnes soumises à l'obligation d'annonce cette même année. Parmi elles, 683 (51%) relevaient de la catégorie «Prise d'emploi de courte durée auprès d'un employeur suisse». Depuis 2010, 471 personnes supplémentaires soumises à l'obligation d'annonce dans cette branche ont été recensées, soit une hausse de 54%. Le nombre total de personnes soumises à l'obligation d'annonce a augmenté dans le même temps de 38%.

Figure 3 Evolution du nombre de résidents de courte durée (jusqu'à 90 jours) soumis à l'obligation d'annonce dans la branche «Services aux ménages privés» (source: SECO). (*Indépendants ; Travailleurs détachés ; Prises d'emploi de courte durée*)



2.3 Caractéristiques des travailleuses concernées

Une enquête¹⁴ a montré que ce groupe de travailleuses se caractérisait par un niveau de formation plus élevé que celui qui serait requis pour le travail qu'elles effectuent. Cependant, elles ont rarement bénéficié d'une formation en économie domestique ou en soins aux personnes âgées. Elles préfèrent travailler en Suisse en raison du salaire plus élevé ou de la difficulté à trouver un emploi adapté dans leur pays d'origine. Elles ont souvent plus de 45 ans et leurs enfants ne sont plus en bas âge. Le revenu supplémentaire procuré par le travail en

¹⁴ Schilliger, 2013.

Suisse est souvent destiné à améliorer la situation financière de leur famille dans le pays d'origine ou à financer les études de leurs enfants. Elles disposent aussi fréquemment d'un réseau de connaissances, composé de femmes originaires du même endroit ou appartenant à la même famille. Ce réseau leur permet également de trouver un emploi en Suisse lorsqu'elles ne font pas appel - comme c'est souvent le cas - à une agence spécialisée, ou de trouver, grâce à leurs contacts, un autre emploi lorsque les conditions de travail sont ou deviennent trop difficiles.

2.4 Contenu des contrats de travail

Teneur des prestations ménagères ou de prise en charge

Les prestations de ménage ou de prise en charge à effectuer chez ou pour une personne âgée sont en règle générale des services simples dont l'exécution chez des particuliers ne requiert pas de connaissances techniques spécifiques. Ces prestations incluent des activités telles que:

- accompagnement quotidien, promenades
- aide ménagère (faire la poussière, passer l'aspirateur, faire les lits, s'occuper de la lessive et du repassage, sortir les poubelles)
- accompagnement pour faire les courses, aller chez le médecin, le coiffeur, des amis ou des voisins
- préparation et cuisson des repas
- aide à l'entretien des animaux domestiques, des plantes d'intérieur ou du jardin
- courses en magasin ou en pharmacie

Conditions de travail typiques des migrantes pendulaires qui s'occupent de personnes âgées à domicile

Conditions de travail	Explications et exemples
Salaires faibles et absence de possibilités de formation continue	De CHF 1500.- à CHF 3000.- plus logis et nourriture. Quelques exceptions sont rapportées avec des salaires inférieurs à CHF 1000.- par mois.
Faible sécurité d'emploi	Emploi temporaire; aucune garantie de pouvoir conserver son emploi.
Délai de préavis très court	2 à 7 jours.
Temps de travail	Le temps de travail est en partie régi par le contrat de travail et souvent il ne prend pas en compte le temps de présence pendant lequel la travailleuse n'a aucune tâche précise à accomplir. Dans les faits, la travailleuse doit normalement être disponible 24h/24 (ou presque). Le manque de temps de récupération et le travail de nuit sont vécus comme très contraignants.
Morcellement du temps de travail	Le travail est entrecoupé de périodes d'inactivité pendant lesquelles on attend des travailleuses qu'elles soient prêtes à agir si nécessaire.

Peu de place pour la sphère privée et risque d'isolement social	Ses heures de travail et le fait qu'elle habite au domicile de son employeur limitent pour la travailleuse les possibilités de vie sociale (du moins pendant la durée de son séjour en Suisse). Le fait que le réseau social de ces travailleuses soit en grande partie composé de personnes qui sont confrontées aux mêmes réalités professionnelles contribue à renforcer ce phénomène.
Charge psychique importante	Par exemple lorsque le travail devient difficile sur le plan émotionnel (fin de vie de la personne prise en charge) ou lorsque la travailleuse ne dispose pas des compétences nécessaires pour les soins médicaux à prodiguer (personne souffrante ou ayant des difficultés fonctionnelles importantes) et de plus n'a pas connaissance des offres existantes de prise en charge et de conseil (p. ex. services de soins oncologiques extra-hospitaliers (SEOP), Association Alzheimer, etc.
Charge physique importante	Postures contraignantes, recours important à la force, mouvements répétitifs sur des périodes prolongées, absence de ressources (humaines ou techniques) permettant de diminuer ces charges physiques.

Tableau 1: Conditions de travail et caractéristiques des travaux

En raison des caractéristiques de leur travail, les migrantes pendulaires sont particulièrement susceptibles de développer des problèmes de santé dus à leur profession ou des troubles psychiques¹⁵. Il est donc important de veiller à protéger la santé des migrantes pendulaires qui prennent en charge des personnes âgées en Suisse.

Problématique de la délimitation avec des prestations de soins

Les services de prise en charge doivent être distingués des prestations de soins en cas de maladie au sens de l'article 25a, al. 1 et 4, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) et de l'art. 33, let. i, de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal). Les soins de base et les traitements qui sont financés par l'assurance-maladie sont définis à l'article 7 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS). Pour bénéficier d'un financement au titre de la LAMal, les prestations de soin doivent être fournies par des infirmiers reconnus (art. 49 OAMal) ou des organisations de soins et d'aide à domicile (art. 51 OAMal) et réalisés sur prescription médicale. Les infirmiers ou infirmières diplômés responsables du secteur des soins dans les services d'aide et de soins à domicile doivent disposer d'une autorisation de pratiquer délivrée par le canton. C'est aussi le cas pour les infirmières et infirmiers diplômés désirant exercer la profession à titre indépendant. Pour être autorisés à exercer leur activité à la charge de l'assurance obligatoire des soins, ils doivent remplir les conditions citées à l'article 49 OAMal, en liaison avec les articles 46 et 51. Ce principe s'applique aussi, conformément à l'article 7, al. 2, let. c, ch. 1, OPAS, aux soins dits de base

¹⁵ P. ex. du fait de la précarité de leurs conditions de travail, de l'éloignement familial, du manque de perspectives professionnelles, etc.

qui impliquent d'aider le patient à s'habiller et à se dévêtir, à s'alimenter et à boire, aux soins d'hygiène corporelle et buccale, ainsi qu'à se lever ou se coucher.¹⁶

2.5 Entreprises privées de placement ou de location de services

Selon certaines estimations¹⁷ les entreprises de placement en Suisse sont de taille petite ou moyenne, et assurent en général la prise en charge de 20 ménages privés. Une enquête plus structurée dans la région de Zurich a révélé qu'environ 30 agences y étaient actives. La taille de ces entreprises est variable. Le coût d'une prise en charge à domicile 24h/24 pour le client oscille entre CHF 4500.- et CHF 13 500.- par mois¹⁸. A cet égard, les auteurs de l'enquête ont noté que le prix peut également varier au sein d'une même agence, en fonction de la prise en charge nécessaire, du nombre de personnes vivant dans le ménage concerné et même de la provenance de la migrante pendulaire employée.

Il existe actuellement plus de 50 agences disposant d'une autorisation conforme à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). Au moins 10 entreprises supplémentaires ont déposé une demande d'autorisation.

3 Cadre réglementaire

Le chapitre suivant explique les dispositions légales applicables, et parfois non applicables, à ces contrats de travail, afin d'identifier les lacunes.

3.1 Autorisation obligatoire des entreprises de placement ou de location de services

Les entreprises de placement et de location de services jouent un rôle central dans le domaine de la prise en charge des personnes 24h/24. Selon la configuration concernée, une telle agence doit disposer d'une autorisation conforme à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE). Dans la pratique, quatre configurations ont été constatées : placement privé, location de personnel par des entreprises commerciales, location de personnel par des institutions d'utilité publique et professionnels indépendants.

3.1.1 Conditions d'octroi de l'autorisation conformément à la LSE

Les sociétés qui ne sont actives qu'en Suisse doivent disposer d'une autorisation cantonale délivrée par le canton dans lequel leur siège est installé. Les entreprises également présentes à l'international - c'est-à-dire qui placent des demandeurs d'emploi vers ou depuis l'étranger ou qui recrutent les services de travailleurs pour les louer à l'étranger, ou vice-versa - nécessitent, outre l'autorisation cantonale, une autorisation fédérale, qui leur est accordée par le SECO.

L'octroi d'une autorisation est subordonné au respect de diverses conditions précisées dans la LSE. Ainsi, les entreprises qui sont rémunérées pour le placement de travailleurs ou qui font commerce de céder les services de travailleurs doivent être inscrites au registre suisse du commerce. Cette inscription au registre n'est toutefois possible que pour les entreprises ayant

¹⁶ Dans la pratique, ces prestations sont aussi souvent effectuées par des personnes non qualifiées, mais qui travaillent sous la surveillance et la responsabilité de l'organisation respective des soins aux malades et de l'aide à domicile. Il convient alors de déterminer avec certitude que le personnel de prise en charge et la personne âgée bénéficient d'une protection suffisante. Comme déjà évoqué au chapitre 1.2, le présent rapport n'a pas pour objet de définir les exigences de qualité qui empêchent de surcharger excessivement le personnel d'encadrement et qui garantissent une prise en charge suffisante de la personne âgée.

¹⁷ Truong et al., 2012.

¹⁸ Le salaire versé à la migrante pendulaire ne constitue qu'une fraction du coût total.

leur siège en Suisse. Il s'ensuit que les entreprises qui ont leur siège à l'étranger ne peuvent demander d'autorisation et que leur activité n'est donc pas autorisée. La location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger est explicitement interdite par la loi (art. 12, al. 2, LSE). Ces entreprises doivent fonder une succursale en Suisse et obtenir pour celle-ci les autorisations requises. Les entreprises qui ont leur siège à l'étranger ne sont pas non plus autorisées à fournir ce type de prestations dans le cadre d'un détachement de travailleurs.

3.1.2 Placement privé

Les personnes à qui est confiée la prise en charge sont embauchées comme employés par des ménages privés. La mise en relation de ces personnes avec les ménages privés est organisée par des sociétés commerciales, contre rémunération. Au regard de leur activité en tant que sociétés de placement privé, les sociétés qui placent des personnes dans des ménages privés sont soumises à la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE).

L'embauche par les ménages privés de personnes à qui ils confient une prise en charge est conditionnée à l'établissement d'un contrat de travail au sens des articles 319 ss du Code des obligations (CO). Les ménages privés doivent alors respecter les salaires minimaux conformément au contrat-type de travail (CTT) économie domestique. En tant qu'employeurs, ils doivent également remplir leurs obligations d'annonce auprès des autorités compétentes de l'assurance sociale, de l'immigration et des impôts; à défaut de quoi ils seraient en infraction vis-à-vis de la loi sur le travail au noir et devraient payer des amendes ainsi que des versements supplémentaires au titre des cotisations sociales et des impôts.

3.1.3 Location de services par des sociétés commerciales

Les sociétés qui mettent à disposition de ménages privés des personnes pour prendre en charge des personnes âgées, des blessés ou des malades sont, en qualité d'entreprises de location de services, assujetties à la LSE. Pour remplir les conditions requises, elles doivent disposer d'une autorisation de location de services. A cet égard, le SECO a adopté une pratique établie depuis le milieu des années 90, et confirmée par le Tribunal fédéral¹⁹ sur la base d'un dossier jugé par le Tribunal administratif du canton de Lucerne²⁰. Il a retenu qu'en cas de fourniture de services de ménage et de prise en charge selon les besoins et souhaits individuels des clients dans le cadre d'une intégration complète des travailleurs dans le fonctionnement du client, de larges compétences pour donner des instructions sont transférées au client. C'est le cas notamment lorsque le personnel de service vit et travaille 24h/24 au sein du ménage de la personne à prendre en charge et qu'il est donc entièrement intégré à la communauté domestique, tant sur le plan organisationnel et personnel que dans la durée. Dans ce type d'affaires, on est en présence de location de services soumise à autorisation.

L'emploi de la personne dont on loue les services doit être assujetti à un contrat de travail au sens des articles 319 ss CO, lequel doit également respecter les dispositions de la LSE et les salaires minimaux du CTT économie domestique. Si la société elle-même remplit les conditions pour être assujettie à la convention collective de travail (CCT) étendue de la branche du travail temporaire (masse salariale annuelle minimale de 1,2 million de francs), ses prescriptions doivent également être prises en compte.

¹⁹ Arrêt du TF 2C_356/2012 du 11 février 2013.

²⁰ Jugement du 1^{er} mars 2012.

3.1.4 Location de services par des institutions d'intérêt public

Les organismes/institutions d'utilité publique qui louent les services de personnes sans poursuivre de but lucratif ne sont pas soumis à l'obligation d'autorisation puisqu'ils n'ont pas d'activité commerciale au sens de la LSE. Il est possible de renoncer à une protection accrue des collaborateurs concernés, laquelle protection est garantie par l'exigibilité de l'autorisation de location de services, puisque ces organismes sont souvent assujettis à la supervision des autorités publiques, ou bien collaborent avec des partenaires sociaux, ou encore, parfois, disposent d'un mandat de prestations des pouvoirs publics.

Les organismes/institutions d'utilité publique ne sont pas non plus soumis à la CCT du travail temporaire, puisqu'il faudrait pour ce faire que l'organisme/institution dispose d'une autorisation de location de services.

3.1.5 Pas de professionnels indépendants

En règle générale, un contrat de prise en charge au sein d'un ménage âgé ne remplit pas les divers critères qui caractérisent une activité indépendante. Par exemple, l'intégration au sein du ménage de la personne à prendre en charge est trop forte; les temps de travail sont largement imposés; il existe, du fait de l'activité dans un seul ou dans un petit nombre de ménage(s) un lien de dépendance économique et les personnes qui assurent la prise en charge ne supportent aucun risque entrepreneurial. Le contrat de prise en charge remplit donc les conditions générales des articles 319 ss CO et, en conséquence, les dispositions régissant le contrat de travail s'appliquent.

3.2 Conditions de travail

Cette section entend présenter, sans prétendre à l'exhaustivité, les principaux éléments des conditions de travail. Pour une grande part, les explications qui suivent s'appuient sur les travaux préalables de Medici²¹.

3.2.1 Temps de travail et de repos

a) La loi sur le travail (LTr) ne s'applique pas

Conformément à l'article 2, alinéa 1, lettre g, LTr, les ménages privés n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur le travail. Pour les employés de maison, ne s'appliquent donc ni les dispositions relatives aux temps de travail et de repos ni les prescriptions relatives à la protection de la santé de la LTr.²² Seules les dispositions concernant l'âge minimal sont applicables (voir art. 2, al. 4 LTr).

Les motifs de l'exclusion du champ d'application, en vigueur actuellement, sont énoncés dans le message du Conseil fédéral du 30 septembre 1960: «Les prescriptions de droit public sur la protection des travailleurs n'ont jamais visé le personnel de maison. Il n'existe pas non plus, selon une opinion générale et incontestée, de besoin pour le soumettre à la loi sur le travail, d'autant moins que, pour des raisons évidentes, les prescriptions légales ne pourraient guère

²¹ Medici, 2011.

²² Il n'en va pas de même dès lors qu'il ne s'agit pas d'employés de maison (personnes employées sur une base privée au sein d'un ménage privé), mais qu'une prestation purement temporaire est fournie dans plusieurs ménages privés, au sein desquels la compétence pour donner des instructions sur les temps de travail, etc., incombe sans équivoque à la société mandatée et non à la personne habitant dans le ménage privé. A titre d'exemple, citons les soins de la personne prise en charge effectués à domicile par Spitex. Dans ce cas, la LTr s'applique (voir également, pour Spitex, les dispositions spéciales correspondantes à l'art. 17 de l'ordonnance 2 relative à la loi sur le travail [OLT2]). Des questions de délimitation peuvent se poser dans certains cas.

être exécutées. Notons d'ailleurs que la plupart des cantons ont établi spécialement pour ce personnel, comme pour les travailleurs agricoles, des contrats-types de travail.»

La difficulté d'application (contrôle des ménages privés) et la protection déjà assurée par le CTT étaient donc à l'époque des arguments en faveur de l'exclusion des ménages privés du champ d'application de la loi sur le travail.

Autre motif: il convient de noter que, dans le cas des employés de maison, des exigences très spécifiques et variables selon les cas s'appliquent aux temps de travail, ce qui compliquerait l'établissement d'une réglementation uniforme au titre du droit du travail. C'est pour des motifs similaires que les assistants sociaux et les éducateurs occupés dans des établissements ont eux aussi été exclus du champ d'application des dispositions concernées de la loi sur le travail (art. 3, let. e, LTr).

Cette exclusion du champ d'application vaut également lorsqu'une société de location de services met à la disposition d'un ménage une employée, que le ménage privé exerce sa compétence pour donner des instructions pour la prestation à effectuer, et qu'il y a intégration dans le ménage privé. De fait, pour déterminer si une relation de travail tombe ou non dans le champ d'application de la loi sur le travail, l'établissement d'affectation est déterminant. Et comme c'est souligné plus haut, les ménages privés en sont exclus (cf. note de bas de page n° 28).

b) Protection restreinte par les contrats-type de travail (CTT) cantonaux

Au titre de l'article 359, alinéa 2, CO, les cantons sont tenus d'édicter des contrats-type de travail (CTT) pour le service de maison, qui règlent notamment la durée du travail et du repos. Sauf accord contraire entre employeur et employé, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit (art. 360, al. 1, CO). Il est donc possible, dans le cadre d'un contrat de travail individuel, de déroger aux conditions de travail conformes au CTT, même si cela dessert les intérêts du travailleur. La protection des travailleurs est donc limitée. Le CTT peut prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite (art. 360, al. 2, CO). Les CTT cantonaux pour les travailleurs en économie domestique ne contiennent souvent aucune disposition ou aucun détail concernant le travail de nuit et le service de permanence.

c) Temps de travail et de repos conformément au CO

Le Code des obligations ne contient que de rares dispositions concrètes concernant les temps de travail et de repos. La jurisprudence a élaboré quelques règles concernant le temps de travail.

Conformément à l'article 329, al. 1, CO, le travailleur doit bénéficier d'un jour de congé par semaine. Cela signifie que, ce jour-là, l'employé de maison doit effectivement être dégagé de toute obligation professionnelle. Une compensation financière de cette journée de congé hebdomadaire n'est pas autorisée. Conformément à l'article 329, al. 2, CO, il est possible, exceptionnellement, de renoncer à la journée de congé hebdomadaire, si, au bout de plusieurs semaines sans congé, un nombre correspondant de jours de congé consécutifs est accordé ou si le jour de congé est accordé en deux demi-journées. Cela étant, selon la volonté du législateur, cette possibilité est admise uniquement si des circonstances spécifiques l'exigent et que le travailleur y consent. Le service de maison a été explicitement cité au Parlement à titre d'exemple dans ce cas.²³ C'est pourquoi la pratique actuelle, qui consiste à accorder à l'employé des jours de congé regroupés après plusieurs (en général 2 à 4) semaines de sept jours devrait respecter les dispositions impératives du droit du travail. Le droit du travail contraignant dispose en outre uniquement que le travailleur a droit aux heures et jours de

²³ BO 1969 N 776

congé usuels et, une fois le contrat dénoncé, au temps nécessaire pour chercher un nouvel emploi (art. 329, al. 3 CO).

L'art. 329a CO prévoit pour chaque année de service quatre semaines de congés payés au moins (cinq semaines pour les jeunes travailleurs jusqu'à leur 20^e année). Pendant la durée du contrat de travail, les congés ne peuvent pas être remplacés par une compensation financière; l'octroi de temps libre est obligatoire.

Le Tribunal fédéral considère le temps pendant lequel un travailleur se tient prêt, sur son lieu de travail, à effectuer son service comme du temps de travail, qui doit donc être rémunéré en conséquence²⁴. Des accords au niveau contractuel dérogeant à ce principe sont cependant admis. De même, le Tribunal fédéral considère comme temps de travail le temps pendant lequel l'employé est de garde sans avoir à se trouver sur son lieu de travail. Pour les périodes de garde toutefois, la rémunération n'est pas nécessairement la même que pour l'activité principale.²⁵ Si le niveau de dédommagement n'a pas été convenu contractuellement, l'employeur est redevable du montant usuel. S'il n'existe pas de montant usuel, le juge prend une décision équitable. Le Tribunal fédéral a toutefois retenu que le prestataire de garde ne peut pas rester sans travail et donc sans rémunération.²⁶ De plus, un salaire qui serait manifestement disproportionné par rapport à la contre-prestation et qui exploiterait la faiblesse du travailleur contreviendrait à l'article 21 CO et à l'article 157 du Code pénal suisse.²⁷ Des conditions de travail excessives peuvent également constituer une violation des droits de la personnalité (pour plus de détails, cf. ci-après section 3.2.2, a).

A la question de savoir si la présence 24h/24 de la travailleuse chargée d'une personne âgée devait être considérée comme un travail à rémunérer comme un plein temps, le Tribunal du travail de Zurich a répondu par la négative dans un arrêt du 9 août 2010.²⁸ Une partie du temps de présence est considérée comme une période de sommeil pendant le piquet, et ne constitue donc pas du temps de travail effectif. De même, aucune restriction excessive des libertés n'a été constatée. Il convient à cet égard de noter qu'un salaire plus élevé a été versé (CHF 6380.- par mois); un temps libre raisonnable a été accordé (un jour par semaine et 2 week-ends par mois), ainsi que le droit de résilier le contrat à tout moment. Dans ce cas précis, le Tribunal a conclu que le contrat de travail ne portait atteinte ni à la moralité ni à la personnalité, ce qui aurait motivé l'octroi d'une réparation morale.²⁹

Si la pratique actuelle au regard du CO n'interdit pas une activité de 24 heures par jour, il convient cependant de tenir compte en particulier des règles concernant le temps libre et les congés, ainsi que le montant du salaire, qui doivent suffire à la protection de la personnalité et doivent être évalués au cas par cas (cf. 3.2.2. a).

²⁴ ATF 124 III 249, consid. 3.

²⁵ ATF 124 III 249, consid. 3.

²⁶ ATF 125 III 65.

²⁷ P. ex. ATF 130 IV 106.

²⁸ AGer, AN080423 du 9 août 2010 dans Arrêts du Tribunal du travail de Zurich (Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich) 2010.

²⁹ Cas dans lesquels une atteinte à la personnalité a été constatée, cf. section 3.2.2, a).

3.2.2 Autres dispositions du contrat de travail

Dans le CO, le droit général du contrat de travail offre quelques pistes concernant les thèmes ci-après:

a) Protection de la personnalité

L'employeur est tenu de protéger la personnalité du travailleur, et le devoir d'assistance s'étend notamment aussi à la protection de la santé du travailleur. L'article 328 CO ne peut être exclu par les parties contractuelles et s'applique sans réserve aux employés de maison.

Une rémunération très faible, des temps de travail excessifs sans avoir la liberté de déterminer soi-même son lieu de séjour, sans temps libre et sans temps de repos constituent une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur (art. 328, al. 1 CO). Ainsi, le Tribunal fédéral a conclu qu'une famille avait failli à son devoir d'assistance vis-à-vis de la jeune nounou portugaise de ses enfants en employant cette dernière pendant plus d'un an dans des conditions assimilables à de l'esclavage (13 heures de travail par jour, aucun jour de libre ou de congé pendant 13 mois, aucun contact avec le monde extérieur, logement dans la chambre des enfants, aucun salaire). Le Tribunal lui a octroyé une réparation morale.³⁰ Dans un autre dossier relevant de l'économie domestique, le Tribunal fédéral a également décelé une atteinte au devoir d'assistance, lorsque l'employeur a donné à l'employée de maison l'instruction de nettoyer les armes de sa collection, sans attirer au préalable son attention sur le fait que certaines d'entre elles étaient chargées. L'employeur a été condamné dans ce cas à verser une indemnité à titre de réparation car l'employée a été gravement blessée et est désormais invalide. Il n'est cependant possible de déterminer si l'employeur a failli à son devoir d'assistance vis-à-vis de son employée qu'au cas par cas. Dans certaines circonstances, toutefois, il peut s'agir d'une violation de la protection de la personnalité au sens de l'article 27 CC et de l'article 328 CO, lorsqu'une employée doit en permanence se tenir de garde.

Si l'employée de maison vit au domicile de son employeur, ce dernier doit, outre le devoir d'assistance générale que nous venons de décrire, s'acquitter d'autres obligations contraignantes pour protéger son employée (art. 328a CO): il doit lui fournir une nourriture suffisante et un logement convenable. Pour déterminer si la quantité de nourriture est suffisante, il doit se fonder sur la santé et l'âge de l'employée, ainsi que sur le type et la difficulté du travail à fournir. Quant au logement, il est lui aussi fonction des circonstances individuelles, mais il doit systématiquement inclure l'accès aux installations sanitaires nécessaires. La disposition du CO ne permet toutefois pas de conclure à un droit à une chambre individuelle. L'employeur est également tenu d'accorder à son employée les soins et des traitements médicaux nécessaires si celle-ci est empêchée de travailler pour cause de maladie ou d'accident. La perte de salaire occasionnée par un accident est couverte par l'assurance accidents obligatoire. La souscription d'une police d'assurance qui couvre la perte de salaire en cas de maladie n'est pas obligatoire en Suisse.

b) Maternité

Conformément à l'article 329f CO, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé de maternité d'au moins 14 semaines. Le congé de maternité doit être pris immédiatement après la naissance. Les employées de maison ne sont cependant pas obligées de prendre ce congé de maternité. Elles peuvent renoncer à exercer ce droit, mais pas en avance. Puisque la loi sur le travail ne leur est pas applicable, l'interdiction de travail pendant huit semaines après l'accouchement ne les concerne pas non plus. La rémunération du congé de maternité est fonction de l'assurance maternité, ou (si les conditions ne sont pas remplies pour une telle

³⁰ Arrêt du TF 4P.32/2004 du 23 avril 2004.

assurance) des règles générales qui président au maintien du salaire en cas d'empêchement de travailler.

c) Délai de préavis

Les contrats à durée déterminée prennent fin à leur expiration, sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 334 CO). La fin du contrat en cas de travail à durée déterminée doit être prévisible. Sachant que la mort n'intervient pas à une date prévisible, la fin d'un contrat à durée déterminée ne peut pas dépendre de la mort de la personne prise en charge. Un tel contrat devrait être qualifié de contrat à durée indéterminée. Si la relation de travail se poursuit après l'expiration de la durée du contrat, le contrat de travail est là aussi automatiquement converti en contrat à durée indéterminée. Pour les emplois temporaires, l'article 19, al. 4, LSE prévoit des délais de préavis spécifiques particulièrement courts: pendant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu, le délai de congé est de deux jours au moins. Entre le quatrième et le sixième mois inclus d'un emploi ininterrompu, ce délai passe à sept jours au moins.

3.2.3 Protection variable en fonction de la durée de la relation de travail

Les dispositions des articles 319 ss CO, qui régissent la protection, s'appliquent en général quelle que soit la durée de la relation de travail. Il existe deux exceptions importantes à ce principe - avec l'article 324a CO, qui régit l'obligation de poursuite de versement du salaire si le travailleur est empêché de travailler, et l'article 336c CO, qui porte sur la question de la résiliation en temps inopportun. Ces deux dispositions ne sont applicables que lorsque la relation de travail a duré plus de trois mois ou qu'elle a été conclue pour plus de trois mois (art. 324a, al. 1, CO), ou lorsque le temps d'essai est écoulé (art. 336c CO). Certaines dispositions font dépendre l'étendue de la protection des années de service, si bien que cette protection peut être limitée dans ces cas-là en raison de la courte durée d'emploi. C'est le cas dans le cadre de l'obligation de l'employeur au maintien du salaire en cas d'empêchement du travailleur de fournir sa prestation de travail. En vertu de l'article 324a, al. 2, CO, l'obligation de maintien du salaire dépend de la durée du rapport de travail. Le délai de congé augmente également après l'expiration du temps d'essai, puis après le temps d'essai, en fonction des années de service (art. 335b et art. 335c CO).

Dans le cas des migrantes pendulaires, qui concluent des contrats de très courte durée, il peut arriver que ces clauses de protection ne soient pas applicables. Il ne fait aucun doute qu'il faut examiner la problématique des contrats dits «en chaîne», qui, dans certaines circonstances, peuvent être convertis en contrats à durée indéterminée. Des contrats sont dits en chaîne lorsque plusieurs contrats à durée déterminée s'enchaînent les uns à la suite des autres. Cette succession est interdite dès lors qu'elle n'est pas motivée par une raison objective ou qu'elle vise à contourner les dispositions relatives à la protection du délai de résiliation et à d'autres droits obligatoires du travailleur. En cas de contrats en chaîne non autorisés, les prescriptions légales relatives à la résiliation et autres prescriptions contraignantes au profit du travailleur, qui sont fonction de la durée du contrat de travail, s'appliquent néanmoins. La distinction entre la poursuite du même contrat de travail et la conclusion d'un nouveau contrat peut être difficile à faire lorsqu'il y a une interruption entre les deux emplois. Chaque cas dépend en particulier de la longueur de l'interruption et de la volonté des parties au contrat. Pour les employées de maison qui ne rentrent dans leur pays d'origine que pour une courte durée avant de revenir travailler dans le même ménage, il ne peut donc s'agir que d'un contrat unique à durée indéterminée.

3.2.4 Salaire minimum

A l'échelle fédérale, le 1^{er} janvier 2011 est entré en vigueur pour la première fois un contrat-type de travail (CTT économie domestique)³¹ assorti de salaires minimaux. Le 13 novembre 2013, il a été prorogé jusqu'à fin 2016. Il régleme le salaire minimum des employées de maison dans les ménages privés et s'applique dans toute la Suisse, à l'exception du canton de Genève, qui avait déjà introduit un salaire minimum pour le service de maison.

Jusqu'à la fin 2016, un salaire minimum national est en vigueur pour les quatre catégories salariales suivantes:

- employé non qualifié: CHF 18.55 par heure;
- employé non qualifié avec au moins quatre ans d'expérience professionnelle dans l'économie domestique: CHF 20.35 par heure;
- employé qualifié disposant d'un certificat fédéral de capacité (CFC): CHF 22.40 par heure;
- disposant d'une attestation fédérale de formation professionnelle (AFP): CHF 20.35 par heure.

Le 1^{er} janvier 2012, la convention collective de travail de la branche du travail temporaire (CCT Location de services) a été déclarée de force obligatoire. Dans certaines circonstances, les entreprises spécialisées qui mettent leur personnel de prise en charge à la disposition des ménages dans le cadre d'une location de services entrent dans le champ d'application de cette CCT, notamment lorsque les travailleuses dont les services sont loués représentent une masse salariale d'au moins CHF 1,2 million par année civile.

La CCT régleme elle aussi, à l'article 20, les salaires minimaux. Les salaires minimaux suivants, soumis à l'AVS, doivent être respectés:

Employés

sans formation professionnelle: CHF 39'000.00/an ou CHF 3'000.00/mois x 13 ou
CHF 16.46/heure (salaire de base)

Haut salaire

Employés non qualifiés: CHF 41'600.00/an ou CHF 3'200.00/mois x 13 ou
CHF 17.56/heure (salaire de base)

Employés qualifiés: CHF 52'000.00/an ou CHF 4'000.00/mois x 13 ou
CHF 21.95/heure (salaire de base)

Haut salaire

Employés qualifiés: CHF 55'900.00/an ou CHF 4'300.00/mois x 13 ou
CHF 23.95/heure (salaire de base)

Les régions de hauts salaires sont les agglomérations de Berne, Bâle, Zurich et l'arc lémanique.

Dans les zones frontalières du Tessin et du Jura occidental, le salaire minimum de CHF 39'000 pour les employées sans formation professionnelle peut être réduit de 10% durant la première année contractuelle, puis de 5% durant la deuxième année. Cette réglementation transitoire tombe après la deuxième année contractuelle.

³¹ Ordonnance sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique; RS 221.215.329.4

3.2.5 Assurances sociales

Les assurances sociales suisses sont composées de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité, des allocations pour perte de gain, de la prévoyance professionnelle, de l'assurance-chômage, de l'assurance maladie et de l'assurance accidents. Il n'est pas possible de prendre des mesures spéciales relatives à l'assurance sociale au profit de personnel de prise en charge étranger, car la réglementation de l'assujettissement à l'assurance repose en grande partie sur des conventions internationales en matière d'assurance sociale, respectivement – en ce qui concerne les ressortissants de l'UE – sur l'accord sur la libre circulation des personnes signé entre la Suisse et l'UE. L'assujettissement à l'assurance et l'obligation de cotisation qui en découle doivent être déterminés au cas par cas en fonction des circonstances concrètes et des prescriptions légales nationales ou internationales en vigueur.

4 Réglementation en vigueur à l'étranger

Pour en savoir plus sur la réglementation à l'étranger de la thématique qui nous concerne, et pour en tirer les enseignements qui pourraient être applicables en Suisse, un bref questionnaire a été élaboré. Nous avons reçu des réponses de l'Autriche, de l'Allemagne, du Liechtenstein, de l'Espagne, de la République tchèque, de l'Italie et du Portugal. Aucun de ces pays ne semble disposer d'une réglementation qui corresponde intégralement aux critères définis par le groupe de travail. Ci-après figurent quelques-unes des observations recueillies, parfois complétées par des informations issues de recherches sur Internet. Nous avons renoncé à retranscrire l'intégralité des réponses reçues.

4.1 Allemagne

La situation qui prévaut en Allemagne est similaire à celle de la Suisse. Aucun des deux pays ne s'est doté d'un texte de loi portant spécifiquement sur les personnes qui assurent des prestations de soins ou de prise en charge dans les ménages. Les travailleuses sont exclues du champ d'application de la loi sur le temps de travail (Arbeitszeitgesetz, ArbZG) en raison de leur communauté de domicile avec la personne prise en charge (§18, al. 1, n°3 ArbZG). Par contre, les prescriptions contractuelles générales relatives à la protection s'appliquent (§618, al. 2 du Code civil allemand [Bürgerliches Gesetzbuch, BGB]). Cette réglementation prévoit, en cas de communauté domestique entre le prestataire de service et le bénéficiaire du service, que ce dernier doit prendre toutes les mesures nécessaires relatives au logement et au coucher, à la nourriture et aux temps de travail et de repos du prestataire, en tenant compte de sa santé, de sa moralité et de sa religion³².

Conformément à la loi sur le temps de travail, les périodes de disponibilité et les services de permanence sont considérés intégralement comme temps de travail. L'ordonnance sur les conditions de travail dans le secteur des soins aux personnes (Pflegearbeitsbedingungenverordnung, PflegeArbbV) ne s'applique pas, puisque cette activité au sein d'un ménage privé vise à la satisfaction d'un besoin individuel, et qu'il ne s'agit pas d'une activité au sein d'une entreprise ou du département indépendant d'une entreprise. Pour cette raison, le salaire minimum énoncé dans ladite ordonnance ne s'applique pas non plus. A compter du 1er janvier 2015, un salaire minimum légal général de EUR 8.50 sera toutefois introduit en Allemagne, qui s'appliquera également aux personnes employées au sein de ménages privés. Le respect des prétentions au titre du droit du travail est assuré, comme toutes les prétentions relevant du droit civil, par le Tribunal du travail (Arbeitsgericht). Les

³² Cette disposition est équivalente à l'art. 328a CO.

travailleurs syndiqués peuvent à cet égard recourir à la protection juridique offerte par leur syndicat. Les autorités chargées de la protection des travailleurs n'ont compétence que pour faire appliquer la loi sur le temps de travail.

4.2 Autriche

En Autriche, un train complet de mesures a été pris afin de faire en sorte que la prise en charge 24h/24 se fasse dans des conditions légales et soit faisable et de qualité. Ainsi, depuis 2007, une loi portant réglementation de la prise en charge de personnes à leur domicile (Hausbetreuungsgesetz) vient compléter la loi générale sur l'aide à domicile et les employés de maison (Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz). Par ailleurs, une aide de l'Etat a été introduite afin d'atténuer les conséquences financières de cette législation. Outre l'allocation de soins (Pflegegeld), financée par l'impôt et indépendante des revenus, qui permet le financement de prestations de soins (à domicile ou dans un home), une subvention supplémentaire est allouée pour la prise en charge de personnes 24h/24. Les personnes classées à l'échelon 3 ou plus de l'allocation de soins et pour lesquelles une prise en charge permanente est nécessaire ont droit à cette subvention supplémentaire. Son montant varie en fonction du nombre de personnes (une ou deux) effectuant la prise en charge mais aussi selon qu'elles sont indépendantes ou employées. La subvention représente EUR 550 pour une employée (EUR 1100 pour deux) et EUR 275 pour une indépendante (EUR 550 pour deux). Pour garantir une certaine qualité des soins, l'octroi de la subvention est tributaire d'un certain niveau de formation du personnel de prise en charge. En outre, l'Autriche a institutionnalisé un système général d'assurance-qualité des soins à domicile, qui concerne également les modalités de soins dans le cadre d'une prise en charge 24h/24.

La Hausbetreuungsgesetz régit les conditions de travail du personnel de prise en charge employé à domicile dans le cadre d'un contrat de travail. Cela étant, en Autriche, les prestations de services à domicile sont souvent fournies par des professionnels indépendants. La possibilité de travailler en indépendant dans ce champ d'activité a été prévue explicitement, contrairement à ce qui se passe en Suisse, où le statut d'indépendant est généralement refusé. Avec le personnel indépendant, il est possible de convenir librement des temps de travail et des honoraires, ce qui signifie que les restrictions énoncées ci-après ne s'appliquent pas.

L'application de la loi sur la prise en charge de personnes à leur domicile est soumise à plusieurs conditions, en particulier au fait d'avoir atteint un certain échelon de soins et de bénéficier à ce titre du droit à l'allocation correspondante. S'agissant des temps de travail et de repos, la Hausbetreuungsgesetz prévoit les dispositions suivantes: il doit y avoir équilibre entre le temps de travail et le temps libre, c'est-à-dire que, au bout d'un certain nombre de jours consécutifs travaillés, le même nombre de jours de temps libre doit être accordé (option possible seulement pour 14 jours au max.). Il est également intéressant de noter que chaque jour doit comporter trois heures de temps véritablement libre tandis que le reste du temps (soit 21 heures par jour) peut être constitué d'un service de permanence. Cette règle ne s'applique cependant que pour autant que l'activité effective intervienne au maximum pendant 11 heures par jour. A l'exception des dispositions relatives aux temps de travail, les employés qui entrent dans le champ d'application de la Hausbetreuungsgesetz sont également soumis à la réglementation générale applicable aux employés de maison (Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz).

Pour les employés couverts par la Hausbetreuungsgesetz, c'est le salaire minimum des employés à domicile qui s'applique. Dans la mesure où la nourriture et le logement sont assurés par l'employeur, le salaire brut minimum mensuel pour la prise en charge d'une

personne malade ou âgée³³ entre la 1^{ère} et la 5^e année d'activité est de EUR 1262.40 pour un temps de travail de 238 heures. A partir de la 6^e année d'activité, le salaire est de EUR 1371, et à partir de la 11^e année d'activité, il est de EUR 1633. Un supplément mensuel de EUR 485 est dû dès lors que, pour le même employeur, outre le service de journée, un service de nuit entre 22 heures et 6 heures du matin est nécessaire et a fait l'objet d'un accord.

Le non-respect de certaines des dispositions évoquées concernant les temps de travail et de repos est passible de sanctions (contravention, peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à EUR 218), dont l'application est du ressort des autorités administratives de chaque district. L'inspection du travail ne procède à aucun contrôle chez les ménages privés. Les employés et les syndicats ont toutefois la possibilité de procéder à des dénonciations.

4.3 Pistes émanant d'autres pays

En Espagne, la durée de travail maximale pour les employés de maison est de 40 heures hebdomadaires. Les parties peuvent néanmoins convenir d'un temps de présence supplémentaire. Le personnel a droit à 30 jours libres par an. Le salaire minimum général est de EUR 645.30 par mois, et il s'applique aussi à ces relations de travail. Un contrôle des ménages privés n'est possible que sur approbation judiciaire.

En Italie, la durée de travail hebdomadaire maximale des employés de maison et les salaires dus sont réglementés par une convention collective nationale. La durée de travail maximale des personnes qui vivent sous le même toit que la personne qu'elles prennent en charge est de 54 heures, et le temps de repos hebdomadaire est de 36 heures. Les temps de présence ne sont pas comptabilisés comme temps de travail. Pour les temps de présence, un supplément de salaire doit être versé. Les contrôles de ménages privés ne sont pas possibles.

Au Portugal, les heures de présence ne comptent pas non plus comme temps de travail. Pour le calcul du temps de travail hebdomadaire maximal, seule la durée du travail effectif est prise en compte.

En République tchèque, il n'existe aucune disposition spécifique pour les employés de maison. Les dispositions générales s'appliquent. Il y a dans ce pays un besoin urgent de réglementer la protection des personnes âgées prises en charge.

Au Liechtenstein, un contrat-type de travail s'applique aux employés de l'économie domestique. Il est cependant possible d'y déroger sur accord. Une activité indépendante est autorisée dans ce domaine d'activité, mais aucune prescription légale concernant les temps de travail ou les honoraires n'existe pour les travailleurs indépendants. Le droit général des contrats de travail ne fixe pas non plus de durée de travail journalière maximale.

³³ Outre la catégorie «Prise en charge de personnes malades et de personnes âgées» (*Kranken- und Altenbetreuer/innen*), il existe également des tarifs distincts pour les infirmiers diplômés (*Diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegepersonen*).

5 Conclusion et options possibles

5.1 Conclusion

Cet exposé a montré que les personnes prenant seules en charge une personne âgée peuvent supporter, selon les circonstances, une grande contrainte dans leur relation de travail, ce qui peut mettre leur santé en danger. Parallèlement, il constate l'absence de directives légales spécifiques et claires pour ce groupe de travailleuses dans certaines questions centrales telles que la limitation du temps de travail, la responsabilité excessive, la réglementation des situations précaires en termes de contrat de travail, le manque de sphère privée. On peut en conclure qu'il est nécessaire de mieux réglementer les conditions de travail des employées qui prennent en charge des personnes âgées, afin de garantir leur protection et d'apporter une sécurité juridique aux ménages privés.

5.2 Remarques préalables pour l'option à choisir

Il convient de rappeler au préalable que la santé de tous les travailleurs doit être systématiquement protégée. Il en résulte qu'une réglementation par l'Etat des conditions de travail des travailleuses concernées par le présent rapport ne saurait admettre une prise en charge durant 24 heures sur 24 par une seule personne, celle-ci constituant souvent une contrainte excessive. Les employées qui prennent en charge des personnes âgées ont impérativement besoin de pauses sans service de permanence pour se détendre suffisamment. Souvent, le travail est également contraignant sur le plan physique, notamment lorsque la personne à prendre en charge est physiquement très diminuée. L'employée chargée d'une personne âgée a besoin de demi-journées libres dans la semaine pour pouvoir entretenir des contacts personnels en dehors du ménage dans lequel elle vit et travaille. Cet aspect est très important compte tenu du fait qu'un grand nombre de ces employées sont loin de leurs familles, ce qui constitue en soi déjà une situation psychologiquement éprouvante.

Les options possibles ont été élaborées à l'appui des hypothèses suivantes :

- a) Il convient fondamentalement de conserver la possibilité de faire appel, en Suisse, à des migrantes pendulaires pour assurer la prise en charge à domicile de personnes âgées. Il s'agit d'un modèle populaire qui peut s'avérer favorable à toutes les parties impliquées.
- b) La personne concernée doit avoir le libre choix de décider si le travail de prise en charge sera confié à une main-d'œuvre nationale ou étrangère. Aucune solution ne doit être privilégiée.
- c) Il convient de veiller à ce que l'application des conditions de travail puisse être garantie. C'est la raison pour laquelle chaque solution est accompagnée d'une brève description de la manière dont l'exécution serait réglementée.

Les solutions indiquées entraînent des coûts différents non seulement pour les personnes concernées mais aussi peut-être pour le système social et de santé. C'est pourquoi le DEFR va procéder, d'ici à la mi-2016, à une évaluation des coûts de réglementation en relation avec les pistes de solutions proposées. Par ailleurs, le DEFR, en collaboration avec le DFI et le DFJP, va discuter des solutions envisageables avec les cantons, les partenaires sociaux et les organisations concernées, avant de soumettre une proposition concrète au Conseil fédéral d'ici à la fin 2016.

5.3 Création d'une nouvelle ordonnance relative à la loi sur le travail

Pour les personnes prenant en charge des personnes âgées, il serait également possible de trouver une solution adaptée à cette problématique, semblable à celle mise en place pour les employés de maison des diplomates³⁴ Elle réglementerait spécifiquement les aspects liés à l'hébergement et aux temps de repos.³⁵ Mais il faudrait au préalable instaurer dans la loi sur le travail une nouvelle base juridique qui donnerait compétence au Conseil fédéral pour réglementer, dans une ordonnance du Conseil fédéral, les dispositions relatives à la santé des personnels de prise en charge des personnes dans les ménages privés. Il ne serait toutefois pas possible de s'appuyer sur une telle délégation de compétence au sein de la loi sur le travail pour régler également les questions salariales. En outre, une telle réglementation devrait être coordonnée avec le mandat légal des cantons conformément à l'art. 359 CO relatif à l'édiction d'un CTT pour les employés de maison.

Les inspections cantonales du travail seraient a priori responsables de l'exécution, sauf si la norme de délégation attribuait l'exécution à une autre instance ou à un autre service.

5.4 CCT Services de prise en charge

Il n'existe aujourd'hui aucune convention collective de travail ayant explicitement force obligatoire, qui réglerait les questions en suspens de manière contraignante pour les entreprises privées et les ménages privés. Le 26 mai 2014, cependant, l'association «Zu Hause leben» a conclu avec Unia une convention collective de travail pour la branche privée de l'accompagnement non médical à domicile en Suisse alémanique³⁶. Celle-ci répond à une partie des questions soulevées. Cela étant, cette convention collective ne peut pas être déclarée de force obligatoire car la fédération « Zu Hause leben » n'a pas encore rempli la condition requise (représentativité de plus de 50% des employeurs dans la branche).

³⁴ Ordonnance sur les domestiques privés (ODPr); RS 192.126.

³⁵ **Art. 30 Conditions d'hébergement et de nourriture du domestique privé** ODPr:

¹ Le domestique privé a droit à une chambre privée au domicile de son employeur. Celle-ci doit:

- a. répondre aux exigences en matière d'hygiène;
- b. pouvoir être fermée à clé;
- c. être bien éclairée, tant par la lumière naturelle que par la lumière artificielle;
- d. être bien chauffée et aérée;
- e. disposer des meubles nécessaires tels qu'un lit, une armoire à vêtements fermant à clé, une chaise et une table.

² Le domestique privé doit avoir la jouissance d'installations sanitaires convenables.

³ Il a droit à une nourriture saine et suffisante et à trois repas par jour (matin, midi et soir).

Art. 47 Repos hebdomadaire

1 Le domestique privé doit bénéficier d'un jour entier de congé par semaine. Ce jour est en principe le dimanche. Le domestique privé et l'employeur peuvent convenir d'un autre jour par une disposition expresse du contrat de travail.

2 Le domestique privé doit bénéficier, en outre, d'un demi-jour ouvrable de congé par semaine. Si le demi-jour de congé est accordé le matin, le domestique privé reprend son travail à 13 heures. Si le demi-jour de congé commence après 13 heures, le domestique privé n'a pas à reprendre son service le soir.

3 Le domestique privé a droit aux prestations de nourriture en nature pendant ses jours de congé. S'il ne prend pas ses repas chez l'employeur, ce dernier doit remplacer ces prestations par une indemnité de nourriture calculée au minimum selon les barèmes prévus à l'art. 11 RAVS pour fixer le salaire déterminant au sens de l'assurance-veillesse et survivants.

4 Le repos hebdomadaire doit impérativement être accordé par l'employeur chaque semaine. Il ne peut pas être reporté sur une semaine suivante, même avec le consentement du domestique privé.

5 L'employeur accorde en outre au domestique privé les heures et les jours de congé usuels payés, par exemple lorsque le domestique privé doit se rendre chez le médecin ou le dentiste.

³⁶ Communiqué de presse Unia du 03.04.2014

Les prescriptions sur la durée du travail et du repos inscrites dans la Loi sur le travail s'appliquent pour les personnes dites «Live-in», mais lorsque la prise en charge au sein du ménage privé ne peut pas être assurée en respectant ces dispositions, les employeurs sont tenus de décharger la travailleuse ou le travailleur par des mesures adéquates. D'autre part, les employeurs sont tenus de vérifier régulièrement si la prise en charge dans le modèle de temps de travail «Live-in» peut encore être effectuée par *un* travailleur ou *une* travailleuse et si elle est autorisée.

Cette CCT est un pas important dans la bonne direction pour cette branche et montre qu'il y a nécessité d'agir et qu'elle est reconnue. Elle ne déploie ses effets que pour les entreprises qui y sont assujetties.

Dans le cas d'une CCT étendue, une commission paritaire serait chargée de la surveillance du respect de ces conditions de travail.

5.5 Renforcement des CTT cantonaux existants ou création d'un contrat-type de travail national assorti de dispositions contraignantes

Le contrat-type de travail (CTT) s'est déjà avéré comme étant l'instrument qui convient le mieux pour réglementer des relations de travail spécifiques. Un CTT obligerait à prévoir la rémunération des temps de présence, l'obligation de saisie des temps de travail, et les principes régissant les temps de travail et de repos, ainsi que les autres conditions de travail.

Lorsque le périmètre d'application d'un contrat-type de travail s'étend sur plusieurs cantons, le Conseil fédéral a compétence pour l'édicter (art. 359a CO³⁷). Un CTT d'application fédérale fondé sur l'article 359a CO permettrait d'aboutir à une réglementation unique, valable dans toute la Suisse. La protection des travailleurs serait déjà meilleure si les cantons pouvaient donner force obligatoire à leur CTT³⁸. Il est toutefois judicieux de disposer d'une réglementation uniforme pour toute la Suisse car les entreprises de location de services actives sur plusieurs cantons sont de plus en plus nombreuses.

On pourrait se fonder sur les CTT cantonaux déjà en vigueur. Pour véritablement garantir la protection des travailleurs, cependant, le CTT, ou du moins certaines sections spécifiques, devraient être déclarées de force obligatoire. Il ne serait alors plus possible de déroger à ces dispositions par un accord individuel. Pour pouvoir rendre obligatoire des dispositions individuelles d'un CTT, il faudrait adapter l'article 360 du CO³⁹.

³⁷ Art. 359a CO: «¹ Le Conseil fédéral édicte les contrats-types valables pour plusieurs cantons; les cantons sont compétents dans les autres cas.

² Avant d'être édicté, le contrat-type de travail est publié d'une manière suffisante, avec indication d'un délai pendant lequel quiconque justifie d'un intérêt peut présenter des observations par écrit; en outre, l'autorité prend l'avis des associations professionnelles et des sociétés d'utilité publique intéressées.

³ Le contrat-type entre en vigueur après avoir été publié conformément aux prescriptions valables pour les publications officielles.

⁴ La même procédure est applicable à l'abrogation et à la modification d'un contrat-type de travail.»

³⁸ http://www.sta.be.ch/belex/d/2/222_153_22.html

³⁹ Art. 360 CO: «¹Sauf accord contraire, le contrat-type de travail s'applique directement aux rapports de travail qu'il régit.

² Le contrat-type peut prévoir que les accords dérogeant à certaines de ses dispositions doivent être passés en la forme écrite.»

En présence d'un CTT d'application fédérale, une adaptation de l'article 359 CO pourrait s'avérer nécessaire, puisque ledit article donne compétence aux cantons pour édicter des CTT destinés aux employés de maison.

Cette proposition de solution s'appuie sur un instrument qui existe déjà. L'application d'un CTT contraignant incombe aux tribunaux du travail de droit privé et la question des salaires (lutte contre les sous-enchères salariales) aux inspecteurs du marché du travail cantonaux, mais qui jusqu'ici ne font aucun contrôle dans les ménages privés. En outre, il ne serait pas facile d'attribuer de nouvelles responsabilités de contrôle aux cantons, désormais également chargés de la supervision des ménages privés, sans envisager une participation fédérale aux coûts.

Elle pourrait en outre être assurée par le retrait de l'autorisation et des amendes aux prestataires soumis à la LSE ayant commis des infractions graves et récurrentes. Par contre, dans un modèle de ce genre, il serait difficile de concevoir un éventuel contrôle du respect de ce CTT par l'Etat.

Le CTT économie domestique d'une durée limitée prévoyant des salaires minimaux resterait applicable conformément à l'article 360a CO. L'élargissement dudit CTT à d'autres questions relatives aux conditions de travail n'est pour le moment pas possible. Le CTT étant un instrument des mesures d'accompagnement de la libre circulation des personnes, seuls les salaires minimums peuvent y être prévus. En outre, conformément à l'article 360a CO, l'adoption d'un CTT est liée à la satisfaction de conditions strictes. Il faut par exemple, au sein d'une branche économique ou d'une profession, que les salaires usuels fassent l'objet de sous-enchères abusives et répétées. Un CTT ne peut être édicté que sur proposition de la commission tripartite (CT) compétente. Un élargissement du champ d'application de l'article 360a CO aux temps de travail et de repos suppose donc que la CT compétente ait établi l'existence de circonstances abusives répétées concernant les temps de travail, avant de pouvoir demander au gouvernement d'édicter un CTT. En outre, le CTT n'est valable que pour une durée déterminée limitée.

5.6 Assujettissement à la loi sur le travail

La solution qui consistait à élargir le champ d'application de la loi sur le travail au personnel de prise en charge des personnes âgées (cf. section 3.2.1 a) plus haut) a été étudiée avec attention. Pour ce faire, on pourrait élargir le champ d'application de la loi sur le travail aux ménages privés, ce qui aurait pour conséquence que tous les employés de maison (jardiniers, chauffeurs, etc., compris) seraient soumis aux dispositions de la loi sur le travail. On procéderait seulement à un élargissement restreint du champ d'application de la loi sur le travail, qui s'étendrait soit à tous les contrats de prise en charge (indépendamment du fait qu'il s'agisse d'enfants, de personnes âgées ou de malades) soit seulement aux contrats où l'affectation en ménage privé est déterminée par des agences de placement ou de location de services. Avec la limitation aux contrats de placement et de location, il y aurait toutefois une inégalité dans le traitement de différentes situations comparables qui serait difficile à défendre. Il faudrait créer pour cela une base légale formelle ou au moins une norme de délégation au sein de la loi sur le travail, qui permettrait au Conseil fédéral de préciser les employés de maison inclus dans le champ d'application de la loi sur le travail.

Avec cette variante, les temps de travail et de repos seraient réglementés clairement, les dispositions relatives à la protection de la maternité seraient applicables et l'exécution par les inspections cantonales du travail serait réglementée.

Les dispositions actuelles de la loi sur le travail concernant les temps de travail et de repos n'autorisent pas la prise en charge 24h/24 par une seule personne. Conformément aux règles de la loi sur le travail, le service de piquet effectué dans l'entreprise compte comme temps de travail (art. 15 OLT 1). Sur un intervalle de 4 semaines, la travailleuse ne peut être en service

de piquet que 7 jours au plus. A l'expiration de son dernier service de piquet, elle doit bénéficier de deux semaines sans piquet. Le temps de travail hebdomadaire maximum est de 50 heures. Si les mêmes règles que celles des hôpitaux et des homes s'appliquaient⁴⁰, un travail de nuit de 12 heures pourrait être effectué dès lors qu'un endroit pour s'allonger est à disposition et que le travail effectif ne dure que quelques heures. Le travail de nuit doit être suivi d'un temps de repos de 12 heures au minimum (art. 10, al. 2, OLT 2). Les travailleurs peuvent être occupés pendant sept jours consécutifs (pas en continu, mais toujours assortis d'un temps de repos quotidien) si 83 heures de repos sont accordées ensuite (art. 7, al. 2, OLT 2). Ainsi, pour pouvoir garantir un service 24h/24, trois équipes de huit heures devraient être établies, au fil desquelles trois à quatre personnes au minimum devraient travailler en alternance.

Si les règles de la LTr actuellement en vigueur étaient appliquées, il serait fait appel à une équipe de prise en charge, et ceci avec les coûts correspondants, qui à ce jour ne sont pas couverts par le secteur public. Pour nombre de personnes âgées, les prestations concernées ne seraient alors plus abordables. De plus, une telle solution irait à l'encontre du souhait maintes fois exprimé par les personnes âgées, qui ne veulent qu'une seule personne pour s'occuper d'elles, et qui ne tiennent pas à être confrontées à une équipe entière. Cette option constituerait un terreau fertile pour le marché noir, puisque la demande déjà forte ne fait que croître, tout comme l'offre, et qu'il existe un vivier de main-d'œuvre toute prête à effectuer ce travail, même dans de mauvaises conditions. Il y aurait toujours une migration pendulaire, mais illégale et dissimulée.

Si la pratique actuelle des personnes qui prennent en charge des personnes âgées, consistant à assumer en partie seules une prise en charge de 24h/24, était ancrée dans la loi, elle aurait des répercussions potentielles sur un grand nombre de travailleurs. On devrait s'attendre à ce que d'autres entreprises dont les activités comportent également des prestations de permanence (hôpitaux, ambulances, homes, Spitex) cherchent à profiter elles aussi d'une telle journée de 24 heures. Les éducateurs et les surveillants occupés dans des établissements sont eux aussi exclus du domaine d'application de la loi sur le travail, car ils ont des temps de travail et de repos qui ne correspondent pas au régime préétabli par la loi.

Certes, les inspections du travail cantonales constituent un organe de contrôle déjà en place, mais elles n'ont encore jamais effectué de contrôles dans des ménages privés. Cette dichotomie était d'ailleurs à l'époque l'une des raisons de l'exclusion des ménages privés du champ d'application de la loi sur le travail. Avant qu'une nouvelle décision ne soit prise sur ce point, il convient certainement d'organiser un débat qui serait orienté sur l'arbitrage entre le respect de la sphère privée que constitue le ménage et la conformité avec la loi sur le travail, dans la mesure où le ménage est aussi un lieu de travail). Quoi qu'il en soit, ledit contrôle pourrait être limité aux sociétés de location de services, ou n'être déclenché que sur signalement.

En outre, il ne serait pas facile d'attribuer de nouvelles responsabilités de contrôle aux cantons, désormais également chargés de la supervision des ménages privés, sans envisager une participation fédérale aux coûts, comme c'est le cas pour le travail au noir ou les mesures d'accompagnement.

⁴⁰ Aide-mémoire sur l'application de la loi sur le travail dans les hôpitaux et cliniques (aide-mémoire du SECO) (http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/02095/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6i0NTU042l2Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCEdX5,gmym162epYbg2c_JjKbNoKS6A--)

5.7 Obligation des employeurs d'informer

Au lieu de recourir à des mesures législatives, on pourrait se limiter à imposer aux employeurs d'informer leurs employés des dispositions légales en vigueur et des voies de droit permettant de garantir leur application. Cela pourrait se faire par le biais d'un aide-mémoire dans la langue de la migrante, que cette dernière trouverait impérativement adjoint au contrat de travail et que l'employeur et elle seraient tenus de signer. Les migrantes pendulaires sont en général bien formées et les délais de congé courts leur permettent de changer rapidement d'emploi si l'activité leur semble inacceptable.

5.8 Mesures d'information et de sensibilisation

Dès lors que la situation juridique aura été éclaircie, il serait indispensable d'informer la population et les autorités compétentes. Selon Human Rights Watch (2006), les bonnes lois doivent s'accompagner de campagnes de sensibilisation de la population, de mesures de formation continue à l'intention des principaux interlocuteurs auprès des autorités d'exécution, et de mécanismes adaptés de gestion des plaintes ainsi que de structures efficaces de surveillance du respect des lois.

Informers les clients

La nécessité de disposer d'informations fiables a été clairement établie dans l'étude de Van Holten et al. (2013). Actuellement, l'entourage d'une personne âgée, après avoir collecté les informations au cours d'un processus laborieux, n'est toujours pas certain que la solution envisagée est conforme à la loi. Pour une bonne diffusion de l'information, une collaboration avec les médecins de famille, les services sociaux, etc., devrait aussi être envisagée.

Informers les migrantes pendulaires

Les migrantes pendulaires elles aussi doivent être renseignées sur leurs droits. Elles doivent savoir à qui s'adresser lorsque, par exemple, elles sont victimes de violence, de surmenage, que leur salaire n'est pas versé ou qu'elles subissent d'autres mauvaises conditions de travail, et où trouver aide et assistance dans des situations de soins et de prise en charge difficiles (p. ex. en fin de vie de la personne prise en charge). Il serait éventuellement possible de remettre des mandats de soutien à certaines ONG, une ligne téléphonique d'assistance, ou de mettre en place des structures de soutien dans les lieux fréquentés par les migrantes pendulaires.

Formation continue et information des autorités

Les autorités devraient aussi être immédiatement informées de l'adoption de la nouvelle réglementation.

Les mesures proposées devraient être mises en œuvre dans le cadre des canaux et des moyens financiers déjà existants. Il convient d'utiliser au maximum le potentiel de synergie.

6 Annexe

6.1 Documents consultés

Ahonen, E.Q., Lopez-Jacob, M.J., Vazquez, M.L., Porthé, V., Gil-Gonzalez, D., Garcia, A.M., Ruiz-Frutos, C., Benach, J., Benavides, F.G., 2010. *Invisible Work, unseen Hazards: The health of Women immigrants Household service workers in Spain* (en anglais), American Journal of Industrial Medicine, vol.53, pp. 405-416.

Contrat de travail CAREGiver 24h/h -- Vademecum à l'intention des travailleurs et travailleuses étrangers

CARITAS Suisse, 2013. Un cadre équitable pour la migration des soignants – La prise de position de Caritas sur les rapports entre la migration et la prise en charge des personnes âgées en Suisse; Prises de position Caritas, avril 2013, 11p.

Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, juin 2011. Convention n°189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques, 2011. 9p.

Flückiger, Y., Ferro-Luzzi, G., Le travail domestique en Suisse. Observatoire Universitaire de l'emploi, Université de Genève. 39p.

Flückiger, Y., Ferro-Luzzi, G., Le travail domestique en Suisse. Observatoire Universitaire de l'emploi, Université de Genève. Annexes 113p.

Geiser, T., Wagner, R., 2013. *Gutachten über die Qualifikation und Zulässigkeit des Arbeitsmodells von Home Instead* (en allemand) (Evaluation des qualifications et de la fiabilité du modèle Home Instead), Institut de recherche sur le travail et le droit du travail (FAA-HSG), université de Saint-Gall, 51p.

Home Instead – Accompagnement et soutien de seniors (anciennement Weroba AG); *Anstellungsreglement für Betreuer* (CAREGiver) (Règlement intérieur à l'intention des personnels d'accompagnement, en allemand). 5p.

Höpflinger, F., Bayer-Oglesby, L., Zumbunn, A., 2011. La dépendance des personnes âgées et les soins de longue durée: Scénarios actualisés pour la Suisse. Cahiers de l'Observatoire suisse de la santé, Berne: Hans Huber, 136p.

Human Rights Watch, 2006. *Swept under the rug; Abuses against domestic workers around the world* (en anglais), Human Rights Watch, vol.18, n°7, 92p.

Hungerbühler, H., Bisegger, C., 2013. *Schweizerisches Rotes Kreuz (HRSG.): Who cares? Pflege und Solidarität in der alternden Gesellschaft; Gesundheit und Integration – Beiträge aus Theorie und Praxis* (en allemand, avec un chapitre en français), Seismo Verlag. ISBN 978-3-03777-128-0, 312p.

Lutz, H., 2011 *The new maids; Transnational women and the care economy* (en anglais), Zed Books Ltd, 230p.

Kolland, F., 2013. *Demografische Alterung und ihre Herausforderungen für die Gesellschaft*, publié dans *Schweizerisches Rotes Kreuz (HRSG.): Who Cares? Pflege und Solidarität in der alternden Gesellschaft* (en allemand). Seismo Verlag, ISBN 978-3-03777-128-0, 308p.

Medici, G., 2011. *Hauswirtschaft und Betreuung im Privathaushalt; Rechtliche Rahmenbedingungen* (en allemand). Stadt Zürich, VPOD/SSP, Unia, 37p. (Version courte en français: Economie domestique et travail en ménage privé - Conditions-cadre légales en un coup d'œil)

Medina-Ramon, M., Zock, J.P., Kogevinas, M., Sunyer, J., Torralba, Y., Borrell, A., Burgos, F., Anto, J.M., 2005 *Asthma, chronic bronchitis, and exposure to irritant agents in occupational domestic cleaning: a nested case-control study*, *Occupational Environmental Medicine*, vol. 62, pp. 598-606

Organisation internationale du Travail, 2013. Résumé analytique *Domestic workers across the world; Global and regional statistics and the extent of protection*. ISBN 978-92-2-125273-3.

Schilliger, S., 2013. *Transnationale Care-Arbeit: Osteuropäische Pendelmigrantinnen in Privathaushalten von Pflegebedürftigen*, pp.142-161, publié dans *Schweizerisches Rotes Kreuz (HRSG.): Who Cares; Pflege und Solidarität in der alternden Gesellschaft* (en allemand). Seismo Verlag, ISBN 978-3-03777-128-0, 308p

SECO, Rapport explicatif sur le projet de prorogation et de révision du contrat-type de travail (CTT) pour les travailleuses et travailleurs de l'économie domestique, 2013.

SECO, Rapport explicatif sur le projet de contrat-type de travail (CTT) contenant des salaires minimums impératifs pour les travailleurs de l'économie domestique, 2010.

Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs, 2008. *Travailleurs et travailleuses de l'économie domestique ; Quels sont vos droits ?* 13p.

Truong, J., Schwiter, K., Berndt, C., 2012. *Arbeitsmarkt Privathaushalt; Charakteristika der Unternehmen, deren Beschäftigungsstruktur und Arbeitsbedingungen* (Marché du travail des ménages privés – Caractéristiques des entreprises, de leurs structures d'emploi et de leurs conditions de travail, en allemand). Rapport de l'Université de Zurich, 26p.

Van Holten, K., Jänke, A., Bischofberger, I., 2013. *Transnationale Arrangements in der häuslichen Pflege; Schlussbericht qualitatives Teilprojekt: Care-migration aus der Optik von Angehörigen und Expert/innen*. (Modalités transnationales des soins à domicile; rapport final d'un sous-projet qualitatif – Migration du personnel soignant du point de vue des proches et des experts, en allemand). Ein Kooperationsprojekt des Schweizerischen Gesundheitsobservatoriums (OBSAN) und Careum F+E; Careum F+E, Département Santé de la Haute Ecole Spécialisée Kalaidos 75p.

6.2 Postulat Schmid-Federer 12.3266

Texte déposé

«Le Conseil fédéral est chargé d'étudier les possibilités qui s'offriraient de mieux encadrer juridiquement les conditions de travail des migrantes pendulaires qui en Suisse assurent la prise en charge permanente de personnes âgées à domicile.»

Développement

En Suisse, ce sont généralement la famille, les proches ou les voisins qui s'occupent des personnes âgées. Avec l'augmentation du temps de travail des femmes, qui effectuent une grande partie des tâches non rémunérées liées aux soins, cette prise en charge informelle par la famille atteint aujourd'hui ses limites. Ainsi, du fait du recul de la prise en charge informelle, de la mutation de l'Etat social et de l'accroissement des besoins en soins ambulatoires, le système va vers l'asphyxie.

Aussi la prise en charge des personnes âgées est-elle assurée de plus en plus souvent par des migrantes pendulaires venues d'Allemagne ou de pays d'Europe de l'Est ayant rejoint l'UE. Celles-ci restent en Suisse pendant quelques semaines ou quelques mois, travaillent et habitent au domicile des personnes dont elles s'occupent, généralement 24 heures sur 24. Elles sont généralement placées par des agences présentes sur Internet et dont le nombre ne cesse de croître.

Le cadre légal en vigueur pour ce nouveau marché du travail est complexe et parfois lacunaire, et il protège insuffisamment les travailleuses concernées. Les contrats de travail informels sont courants, et les assurances sociales, les indemnités de vacances ou la poursuite du versement du salaire en cas de maladie sont alors généralement insuffisantes, voire inexistantes. C'est notamment dans la prise en charge 24 heures sur 24 que les conditions de travail peuvent être qualifiées de précaires. Alors que le Tribunal fédéral affirme que le service de permanence doit être rémunéré, les agences de prise en charge ne rémunèrent au titre du temps de travail qu'une petite partie des heures fournies. Comme les activités salariées exercées dans les ménages privés ne sont pas couvertes par le champ d'application de la loi sur le travail, la durée maximale de la semaine de travail, les règles concernant la protection de la santé et les dispositions particulières de protection des femmes enceintes et des mères ne sont pas appliquées aux travailleuses domestiques s'occupant de personnes âgées à leur domicile. Quant aux dispositions protectrices du Code des obligations, nombre d'entre elles ne sont pas applicables en raison de l'organisation spécifique de la prise en charge de personnes âgées par des migrantes dans le cadre de courtes missions, le contrat de travail étant conclu pour une durée inférieure à trois mois.

Eu égard à l'augmentation de la demande prise en charge permanente chez les particuliers, il est indispensable d'encadrer les conditions de travail des travailleuses concernées.

Avis du Conseil fédéral du 09.05.2012

Le Conseil fédéral partage l'avis de l'auteur du postulat qui affirme que le nombre de personnes employées par des ménages privés pour s'occuper de personnes âgées augmente. Il considère également comme problématique le fait que ces travailleurs ne soient en principe pas protégés par la loi sur le travail et que diverses dispositions du Code des obligations ne leur soient pas non plus applicables. Pour cette raison, le Conseil fédéral reconnaît le bien-fondé de l'objectif poursuivi par l'auteur du postulat et exige que l'on vérifie si et comment l'on peut améliorer leurs conditions de travail.

Proposition du Conseil fédéral du 09.05.2012

Le Conseil fédéral propose d'accepter le postulat.

Postulat accepté le 15.06.2012 (CN)