



HAL
open science

Le droit international du travail domestique au sein de l'Union européenne

Rafael Encinas de Muñagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Muñagorri. Le droit international du travail domestique au sein de l'Union européenne. *Droit Social*, 2022, 2022 (09), pp.674-679. halshs-03771669

HAL Id: halshs-03771669

<https://shs.hal.science/halshs-03771669v1>

Submitted on 28 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit international du travail domestique au sein de l'Union européenne

Rafael Encinas de Muñagorri, Professeur à Nantes Université, Droit et changement social, UMR CNRS 6297.

Publié à *Droit social* n° 9 , Septembre 2022, pp. 674-679.

L'essentiel

La protection du travail domestique au sein de l'Organisation internationale du travail résulte de l'adoption d'instruments normatifs « sur les travailleuses et les travailleurs domestiques ». Elle est portée par une dynamique d'égalité des droits avec les autres travailleurs et de prise en compte des particularismes à des fins protectrices. Malgré les apparences, la conception retenue au sein de l'Union européenne et de la France reposant sur les services à la personne est en retrait et maintient des spécificités susceptibles de retarder l'affirmation des droits au profit des travailleuses et travailleurs domestiques.

La mise en visibilité du travail domestique s'est traduite sur le plan international par une avancée juridique spectaculaire : l'adoption en 2011 de la convention n°189 (C189) de l'Organisation internationale du travail (OIT) « sur les travailleuses et les travailleurs domestiques », et de la recommandation associée n°201 du même nom. Elle est le résultat d'une mobilisation juridique transnationale exemplaire des travailleuses domestiques dont le récit a pu être fait sous l'angle historique, sociologique et juridique¹.

Il est certes possible d'identifier des précédents dans des résolutions de la Conférence internationale du travail sur les gens/employés de maison². Toutefois, la prise en compte du travail domestique s'inscrit surtout dans un mouvement de reconnaissance juridique du travail des femmes au sein de l'OIT, dont elle constitue un prolongement. Trois périodes ont pu ici être distinguées³ : d'abord dans le secteur industriel, avec une perspective d'égalité des

1 Voir les ouvrages présentés par R. E. de Muñagorri et L. Poblete, Une mobilisation juridique transnationale réussie: les travailleuses domestiques à l'Organisation internationale du travail, *Droit et Société*, 2021, 227-36.

2 Deux résolutions concernant les gens de maison furent adoptées : en 1936, sur la question des congés payés, Conférence internationale du travail (CIT), vingtième session, Annexe XVI, p. 752 ; en 1948, sur la question des statut et conditions d'emploi, CIT, 31^e session, Annexe XVIII, p. 572. Une troisième résolution, plus complète, sur les conditions de travail des employés de maison fut adoptée en 1965, CIT, 49^e session, Annexe XII, pp. 728-729 . Elle donna suite à une première enquête : Les conditions d'emploi et de travail des employés de maison dans les ménages privés : une enquête du BIT , *Revue internationale du travail*, oct. 1970, 429-441.

3 E. Boris, *Making the woman worker: precarious labor and the fight for global standards, 1919-2019*, Oxford University Press, 2019, 193.

femmes avec les hommes, puis dans le travail à domicile des femmes à des fins productives, notamment dans les pays en voie de développement, enfin dans le travail domestique dit reproductif où elles sont très majoritaires⁴.

Dans toutes les régions du monde, à des degrés variables, ce travail souvent informel donne lieu une protection insuffisante. Héritier des représentations féodales ou coloniales, il est peu valorisé et peu rémunéré alors qu'il est essentiel au fonctionnement des sociétés, capitalistes ou non, jeunes ou vieillissantes, en Europe ou ailleurs. S'il existe une dynamique de protection du travail domestique à l'OIT, elle rencontre néanmoins des réticences au sein de l'Union européenne (UE).

I. La dynamique de protection du travail domestique à l'OIT

Un travail à part entière, mais à nul autre pareil - Comment penser juridiquement le travail domestique ? L'élégante formule proposée par Adelle Blackett⁵ mérite l'attention des meilleurs slogans : « *Work like any other, work like no other* ». Autrement dit, le travail domestique est un « travail à part entière, mais à nul autre pareil »⁶. La première partie de l'affirmation enjoint à reconnaître pleinement le travail domestique à l'instar de tout autre travail pris en compte par le droit ; les travailleuses et travailleurs domestiques sont des travailleurs à part entière et doivent être traités comme tels. La deuxième partie de l'affirmation rappelle que le travail domestique connaît des spécificités liés au lieu de travail, à la relation de travail, ou encore aux tâches réalisées. Toutefois, ce particularisme ne doit pas conduire à nier l'affirmation première : il importe *d'abord* de reconnaître le travail domestique comme un travail (à part entière) *avant* de relever ses spécificités (à nul autre pareil) pour mieux en assurer la protection. L'horizon mobilisateur est bien celui de l'égalité des droits avec les autres travailleurs et non du maintien dans une différenciation stigmatisante.

Définir le travail et les travailleurs domestiques – Le travail domestique est défini par sa localisation et/ou par ses bénéficiaires : « l'expression **travail domestique** désigne le travail effectué au sein de ou pour un ou plusieurs ménages »⁷. Elle conjugue un critère de lieu « au sein de » et de finalité « pour un ou plusieurs » ; le « ménage » renvoyant tantôt à un lieu d'habitation, tantôt aux personnes qui y vivent (*domus* en latin, *household* en anglais, *hogar* en Espagnol). Les activités relevant du travail domestique tels que les travaux ménagers ou les soins aux personnes ne donnent pas lieu à une liste ou à une définition d'ensemble.

La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) a pu demander des éclaircissements⁸ au gouvernement italien sur ce qu'il entendait par « travail domestique », terme qui figure dans sa législation. Le gouvernement estime que cette définition « inclut non seulement les personnes employées au sein du noyau familial normal (par exemple les aides soignantes et les gouvernantes), mais aussi les personnes employées

4 Plus de 3 sur 4 au niveau mondial, près de 9 sur 10 en Europe. Cf chiffres article Introductif de ce dossier, Le travail domestique en droit social : unité ou fragmentation ?

5 Professeure de droit à McGill, elle s'est vu confier la réalisation du rapport du BIT servant de base à l'élaboration de la C.189 et de la R.210 : BIT, Rapport IV(1) Travail décent pour les travailleurs domestiques, CIT 99ème session, 2010. Elle est aussi l'auteure d'un ouvrage majeur A. Blackett, *Everyday transgressions: domestic workers' transnational challenge to international labor law*, Cornell University Press, 2019 ; voir aussi en langue française, Introduction : Réguler le travail décent pour les travailleuses domestiques, *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 23, n°1, 2011, 47.

6 BIT, Rapport IV(1), op.cit., 13.

7 Art. 1 (a).

8 CEACR, demande directe, Italie 2016, adoptée 2016, publiée 106^e session (CIT 2017).

pour fournir divers services, à condition qu'ils soient orientés vers les aspects individuels de la vie de famille, par exemple les jardiniers, les chauffeurs des véhicules du ménage ou les secrétaires privés ». En revanche, il considère que la définition exclut les « nettoyeurs de bureau » ou « des hommes d'écuries » car ils ne rendent pas des services personnels et familiaux, ou encore les « personnes au pair » qui sont typiquement des étudiantes, qui rendent des services en échange d'un logement, ou des proches de l'employeur ou ceux qui ont des liens affectifs avec lui, « qui sont censés rendre des services sans rémunération ». La CEACR prie le gouvernement d'expliquer en détail les raisons de l'exclusion des catégories des travailleurs mentionnés. Sauf exclusions explicites prévues par une procédure précise⁹, tout travail réalisé au sein de et pour un ou plusieurs ménages relève donc a priori du travail domestique.

La définition du travailleur domestique renvoie, quant à elle, à l'existence d'une relation de travail : « l'expression **travailleur domestique** désigne toute personne de genre féminin ou masculin exécutant un travail domestique dans le cadre d'une relation de travail »¹⁰. Plus large que celle de contrat de travail, cette notion ne préjuge pas (non plus) de la régularité du travail : le travail domestique contraint, le travail domestique illégal ou le travail domestique informel relèvent de relations de travail. L'un des principaux enjeux de la convention est d'ailleurs de protéger les travailleurs informels ou les travailleurs migrants en situation irrégulière. Cela dit, l'existence d'une relation de travail présuppose l'existence d'un employeur, ou d'une personne identifiée comme telle. A ce premier critère positif, s'ajoute un autre négatif : « une personne qui effectue un travail domestique seulement de manière occasionnelle ou sporadique sans en faire sa profession n'est pas un travailleur domestique »¹¹. Une lecture rapide pourrait laisser penser que le caractère ponctuel exclut celui professionnel, mais les deux éléments sont distincts.

Illustrons le propos à partir de deux exemples ayant donné lieu à des demandes de précisions de la CEACR. En Irlande, faute d'un permis de travail spécifique, certains travailleurs domestiques, sans être responsable de cette situation, se retrouvent classés comme des travailleurs sans papiers. Or, pour être « irréguliers », ils ne sont pas moins engagés dans une relation de travail. De plus, le fait qu'ils travaillent peu d'heure n'est pas déterminant. Aussi, la CEACR demande à ce que le gouvernement irlandais inclut ces travailleurs et « veille à ce que les personnes qui accomplissent un travail domestique de manière occasionnelle ou sporadique, mais qui en font profession, soient couvertes par les garanties établies par la convention »¹². Le caractère occasionnel ou sporadique n'exclut pas la finalité professionnelle. Autre exemple : le cas des aidants familiaux définis en Allemagne comme étant les « personnes vivant dans le même foyer que les personnes qu'elles doivent élever, garder ou dont elles doivent s'occuper ». Ces personnes ont pu également donner lieu à des demandes d'explication de la CEACR, le gouvernement allemand estimant qu'elles n'étaient pas des travailleurs et devaient être exclues de la législation sur le temps de travail¹³.

9 Cf art. 2.3 de la Convention n°189.

10 Art. 1 (b).

11 Art. 1 (c).

12 CEACR, Demande directe, Irlande, adoptée 2020, publiée 109^e session CIT (2021).

13 CEACR, Demandes directes, Allemagne, adoptée 2016, publiée 106^e session CIT (2017) et adoptée 2020, publiée 109^e session CIT (2021). (CIT 2017) et 2020 (CIT 2021) . A. Trebilcock, Challenges in Germany's Implementation of the ILO Decent Work for Domestic Workers Convention, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 34, no. 2, 2018, 149.

Le travail domestique décent : droit spécial pour les travailleurs domestiques ou application générale des normes de l'OIT ? - L'Agenda du travail décent a fourni un cadre propice à l'adoption d'instruments normatifs pour les travailleuses et travailleurs domestiques. La visée consiste à inclure *tous* les travailleurs - y compris informels et migrants - et à les faire bénéficier des quatre piliers de l'Agenda du travail décent : le développement de l'emploi, les conditions de travail et la protection sociale, les principes et droits fondamentaux au travail, le tripartisme et le dialogue social¹⁴.

De nombreux rapports et articles¹⁵ ont montré en quoi le sort de travailleuses et travailleurs domestiques vulnérables pouvait être amélioré par des normes de l'OIT. Cette sortie de l'ombre, cette mise en visibilité, cet éclairage sur des personnes oubliées témoigne du souhait d'appliquer un droit international du travail domestique. Les instruments normatifs combinent une protection fondée sur l'égalité de traitement avec les autres travailleurs (*work like any other*) et sur la prise en compte de spécificités sectorielles (*work like no other*)¹⁶

Le premier aspect apparaît dès le préambule de la C189 : « sauf disposition contraire, les conventions et recommandations internationales du travail s'appliquent à tous les travailleurs, y compris les travailleurs domestiques »¹⁷. Aucun motif ne justifierait une mise à l'écart pour le travail domestique de conventions et recommandations posées au niveau international. De manière plus technique, l'article 19 de la convention n°189 prévoit qu'elle « n'affecte pas les dispositions plus favorables applicables aux travailleurs domestiques en vertu d'autres conventions internationales du travail ». La C189 est conçue comme un socle minimum, pouvant être amélioré par d'autres conventions spécifiques ratifiées par les Etats membres. Parmi ces normes minimales figurent bien sûr les principes et droits fondamentaux au travail dont le contenu est explicitement rappelé¹⁸ dans la C189.

Mais l'idée d'une égalité de traitement avec les autres travailleurs concerne aussi d'autres droits tels que « la durée normale du travail, la compensation des heures supplémentaires, les périodes de repos journalier et hebdomadaire et les congés annuels payés »¹⁹, le bénéfice du salaire minimum²⁰, la sécurité et la santé au travail²¹, les conditions de sécurité sociale, y compris de maternité²², l'accès effectif aux tribunaux ou à des mécanismes de règlement des différends²³.

14 BIT, « Rapport IV(1) », n°53.

15 Cf not. A. D'Souza, Le travail domestique sur la voie du travail décent : rétrospective de l'action de l'OIT, OIT, 2010. P. Auvergnon, Le travail domestique sur le chemin du travail décent in J.-L. Gil y Gil, Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica: Compromisos de la OIT, Juruá Editora, 2013, 279.

16 V. Pavlou, Migrant domestic workers in Europe: law and the construction of vulnerability, Hart Publishing, 2021, 11.

17 Préambule par. 6. Position déjà exprimée par le 29 juillet 2002 par le Bureau du conseiller juridique.

18 Art. 3 par. 2, pour rappel a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

19 C189, art. 10.

20 Art. 11.

21 Art. 13.

22 Art. 14. Le texte précise, « de conditions qui ne soient pas moins favorables que celles applicables à l'ensemble des travailleurs ».

23 Art. 16.

Le deuxième aspect repose sur le souhait d'apporter une protection particulière aux travailleurs domestiques. Il est ici possible de mentionner l'information qu'ils doivent recevoir²⁴, les conditions d'emploi des travailleurs domestiques migrants²⁵, la liberté de se loger ou non au sein du ménage²⁶, le mode de paiement et la rémunération²⁷, la protection contre les pratiques abusives des agences privées²⁸, la mise en place de mécanismes visant le respect de la législation nationale, y compris en matière d'inspection du travail prenant en compte les caractéristiques particulières du travail domestique²⁹.

La protection des travailleurs domestiques est portée par une dynamique d'égalité des droits avec les autres travailleurs, complétée par la prise en compte de spécificités à des fins de protection. Cette perspective - qui va au-delà des principes et droits fondamentaux au travail - semble générer certaines réticences au sein de l'Union européenne.

II. Les positions explicites au sein de l'UE à l'égard du travail domestique

Expliciter les positions de l'Union européenne (UE) est toujours un exercice périlleux tant il convient d'intégrer le pluriel où diverses institutions et acteurs expriment des avis divergents entre eux, et parfois ambivalents en eux-mêmes.

Position officielle de l'Union européenne – Sur le plan juridique l'UE a estimé que la C189 était compatible avec les compétences exclusives qui lui sont conférées par les États membres, donnant ainsi son « autorisation » à ce qu'ils puissent la ratifier³⁰. Sans revenir sur la légitimité de cette prétendue autorisation³¹, la question concernait ici la compatibilité au regard du principe de libre circulation des travailleurs au sein de l'UE de l'article 8 de la C189 prévoyant l'exigence d'une offre ou d'un contrat de travail écrits pour « les travailleurs domestiques migrants » recrutés dans un autre pays³². Toutefois, le problème était résolu par l'article lui-même, son paragraphe deux excluant son application aux « zones d'intégration économique régionales »³³, écartant ainsi un risque d'incompatibilité.

Sur le plan politique, vu les objectifs de la C189, c'est bien plutôt l'incitation de l'UE à ce que les États ratifient le texte qui était attendue. Cette incitation est intervenue très clairement dans le cadre de la stratégie visant à éradiquer la traite des êtres humains³⁴, et de manière générale sur les principes et droits fondamentaux au travail où les objectifs convergent avec les instruments normatifs du Conseil de l'Europe ou des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cependant, comme on l'a vu, la convention n°189 ne se limite pas à cela et comporte des dispositions précises susceptibles d'affecter le régime juridique du travail domestique dans les droits nationaux.

24 Art. 7 prévoyant une liste de 11 items.

25 Art. 8.

26 Art. 9.

27 Art. 12.

28 Art. 15.

29 Art. 17.

30 Décision du Conseil du 29 janvier 2014 autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de l'Union européenne, la convention de l'organisation du travail de 2011 concernant un travail décent pour les travailleuses et les travailleurs domestiques (2014/51/UE).

31 S. Robin-Olivier, Deux illustrations de la procédure préalable à la ratification des Conventions de l'OIT par les États membres, RTDEur, 2013, 387.

32 Art. 8 par. 1.

33 Art. 8, par. 2.

34 COM (2012), 286 du 12 juin 2012, note 16 où la Commission enjoint les États membres à ratifier la C189 parmi les instruments de lutte contre la traite des êtres humains.

Ratification par les États membres - Les États restent libres de ratifier une convention de l'OIT. A l'heure où nous écrivons, neuf États membres de l'UE ont ratifié la C189 (Allemagne, Belgique, Finlande, Irlande, Italie, Malte, Portugal, Suède) en dernier lieu l'Espagne³⁵. Mentionnons aussi au sein de l'Association européenne de libre échange (Norvège, Suisse). En revanche, ni les pays l'Europe centrale, ni la Grèce, ni la France n'ont ratifié la C189³⁶. La cohérence d'ensemble de ces ratifications n'est pas simple à systématiser³⁷.

La ratification par la France semblait logique et attendue. Elle est d'ailleurs évoquée dans les débats préparatoires à l'adoption de la C189³⁸. Mais elle n'a pas eu lieu ; il est probable qu'une analyse juridique émanant de la Direction générale du travail ait conduit à des réticences. Deux éléments ont pu générer une frilosité dans un univers administratif où le « risque juridique » est perçu négativement. Risque contentieux peut être : le précédent en 2008 de l'application directe de la convention n°158 de l'OIT par les tribunaux judiciaires ayant conduit à condamner le dispositif législatif « contrat nouvelles embauches » a pu faire craindre des actions en justice dans un domaine où il existe une diversité des règles applicables aux travailleurs domestiques³⁹. Risque sectoriel sans doute : le souhait de ne pas mettre en cause un droit négocié entre les partenaires sociaux considéré comme facteur de stabilité, même lorsqu'il est dérogoratoire au droit commun (cas du particulier employeur⁴⁰), a pu conduire à préférer le statu quo. Une ratification par la France reste certes possible et à nos yeux souhaitable. Il est d'ailleurs paradoxal, lors des débats préalable à l'adoption de la C189, que la France ait pu se targuer d'un « secteur juridique très structuré »⁴¹ tout en combattant l'adoption de dispositions protectrices à vocation universelle⁴².

35 Vote de ratification le 10 juin 2022. La ratification est intervenue sous l'aiguillon d'une condamnation pour discrimination : le choix législatif d'exclure les employés de maison des prestations de chômage « désavantage particulièrement les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins ». CJUE, 22 février 2022, C-389/20, *CJ contre Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*. Elle est aussi le résultat d'une doctrine progressiste, P. Fernández Artiach et E. García Testal, *La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y la de cuidados en España : la necesidad de ratificar los convenios 189 y 190 de la OIT*, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), 2021, 628.

36 Parmi les non-signataires de la convention : Autriche, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, France, Grèce, Hongrie, Islande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tchéquie, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord.

37 S. Marchetti, D. Cherubini, et G. Garofalo Geymonat, *Global domestic workers: intersectional inequalities and struggles for rights*, Bristol University Press, 2021, 61-70 proposant un essai de typologie des ratifications.

38 CIT, CRP No. 15 - Rapport de la Commission des travailleurs domestiques, Compte rendu, 15 juin 2011, n°16 et 42.

39 V. S. Maillard, ce dossier, p. 680.

40 La loi elle-même dispose que sont seules applicables au salariés employés par des particuliers à leur domicile privée pour réaliser des travaux à caractère familial ou ménager quatre dispositions du code du travail (art. L.7221-2 CT). Le droit applicable à ces salariés est un droit issu d'une convention collective partiellement dérogoratoire au droit commun. C'était le cas avec la convention collective nationale des particuliers employeurs. Cela l'est toujours avec la convention collective nationale des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile du 15 mars 2021. Cf notamment l'article 45 qui prévoit explicitement que la durée du travail prévue par le code du travail n'est pas applicable, ce qui ne semble guère conforme à l'article 10 de C189.

41 CIT, CRP, N°15, op.cit., n°42.

42 CIT, Op.cit., Voir notamment les interventions du représentant gouvernemental de la France, s'exprimant au nom des États membres de l'UE, visant à assouplir la convention au regard des dispositions sur le temps de travail (n°337, 389, 518 et 520) ou sur la protection sociale (n°650, 655 et 663).

Le travail domestique dans les résolutions du Parlement européen – Le Parlement européen a adopté, dès 2000, une résolution sur la normalisation du travail domestique dans l'économie informelle⁴³ formulant la demande qu'une « définition européenne du travail domestique soit élaborée »⁴⁴ ; « que le travail domestique soit reconnu comme métier à part entière »⁴⁵; « que le secteur du travail domestique relève en principe des directives existantes dans le domaine de l'emploi et du travail »⁴⁶. Elle recommande aussi aux États membres d'adopter une série de mesures « afin d'améliorer l'image du travail domestique et le statut dont il jouit »⁴⁷. D'autres dispositions concernent l'organisation du marché du travail domestique professionnel, la lutte contre le travail non déclaré, la protection des travailleuses migrantes. L'esprit de la résolution anticipe les développements à venir au sein de l'OIT.

A une date postérieure à la C189 de l'OIT, le Parlement européen a adopté le 28 avril 2016 une résolution sur les femmes employées de maison, auxiliaires de vie et garde d'enfants dans l'Union européenne⁴⁸. Celle-ci évoque le secteur du « travail domestique et des soins à la personne » et estime nécessaire à l'échelle de l'Union, « une reconnaissance commune de la profession et de la valeur du travail domestique et des soins aux personnes en tant que forme d'activité professionnelle à part entière (...) et invite dès lors l'Union européenne et les États membres à établir des normes communes en matière de travail domestique et de soins aux personnes »⁴⁹. Il est demandé à la Commission d'agir à la fois pour établir un cadre « pour la professionnalisation du travail domestique et des soins aux personnes », mais aussi « pour la reconnaissance du statut d'auxiliaire de vie et de garde d'enfants non professionnels »⁵⁰.

La C189 y est explicitement soutenue « car elle aborde d'une manière globale la nécessité pour les travailleurs d'être couverts par le droit du travail et réclame pour eux des droits sociaux, l'absence de discrimination et l'égalité de traitement »⁵¹. Aussi, elle invite « tous les États membres à ratifier de toute urgence la convention n°189 et à veiller à sa stricte application »⁵².

Dans ses suites données à la résolution du Parlement, la Commission indique aussi qu'elle « encourage activement la ratification et l'application de la convention C189 de l'OIT », ajoutant que la « Commission a participé activement à la négociation de la convention en soutenant la coordination des États membres de l'UE pendant les discussions en vue d'adopter une approche commune face à cette question d'importance »⁵³. Reste, comme il apparaît dans les débats préparatoires à la C189⁵⁴, que cette approche commune ne place pas la protection des travailleurs domestiques au premier plan.

43 Résolution du Parlement européen sur la normalisation du travail domestique dans l'économie informelle (2000/2021(INI)). JO CE, 13.8.2001, C 228/193.

44 Op. cit., point 1.

45 Op. cit., point 4.

46 Op. cit., point 5.

47 Op. cit., point 8.

48 Résolution du Parlement européen du 28 avril 2016 sur les femmes employées de maison, auxiliaires de vie et garde d'enfants dans l'Union européenne (2015/2094(INI)), JO 21.02.2018, C 066 page 30.

49 Op.cit., point 1.

50 Op. cit., respectivement 2 a) et b). Ce deuxième point donnera lieu à la directive sur le congé des aidants.

51 Op. cit., point 12.

52 Op. cit., point 13.

53 Suite donnée à la résolution du Parlement européen sur les femmes employées de maison, auxiliaires de vie et garde d'enfants dans l'Union européenne, adoptée par la Commission le 20 juillet 2016, p. 3.

54 Cf supra note 38 et 41.

III. Critique de l'approche des services à la personne retenue par la Commission européenne

Retracer l'émergence progressive du secteur des services à la personne au sein de l'Union européenne contribue à mieux comprendre les forces agissantes au niveau politique et juridique⁵⁵. On se bornera ici à en évoquer les fruits à partir d'un document de travail de la Commission sur les potentialités d'emplois des services à la personne de 2012⁵⁶. Reprise dans des analyses ultérieures⁵⁷, l'approche des « services à la personne » est devenue prédominante au sein de l'Union européenne.

Les enjeux des services à la personne. Les emplois de service pour les personnes et les ménages y sont appréhendés comme une réponse à trois enjeux principaux : la recherche d'un meilleur équilibre entre la vie professionnelle et la vie privée grâce à l'externalisation des tâches domestiques et de soin (le coût de ses services étant considéré comme un préalable important à l'accroissement du taux d'emploi des femmes) ; la création à faible coût pour les finances publiques d'emplois dans l'économie formelle pour les travailleurs relativement peu qualifiés, notamment en ce qui concerne les services de travaux ménagers ; l'amélioration de la qualité des services de garde et d'assistance, grâce à une main d'œuvre qui possède les compétences requises et bénéficie de bonnes conditions de travail, la qualité de ces services donnant lieu à contrôles.

Ces enjeux mettent l'accent sur « les services » et les « emplois », la « main d'œuvre » apparaissant comme un moyen au service d'une politique. Du reste, l'appellation de « services à la personne et aux ménages » tend à invisibiliser les travailleuses réalisant les tâches domestiques et de soins derrière « les services ». La place du travail domestique n'est pas centrale dans cette approche, ce qui a pu donner lieu à des critiques vigoureuses⁵⁸. Elle jouerait plutôt le rôle d'une variable d'ajustement dans une stratégie de l'emploi et des services. Il convient d'expliquer pourquoi.

Le travail domestique comme variable d'ajustement. Promouvoir l'emploi des femmes - en théorie à égalité avec les hommes – suppose de les décharger d'une partie du travail dit reproductif consistant dans les travaux domestiques et d'aide aux personnes du foyer (enfants, personnes âgées). Trois solutions complémentaires sont envisageables : soit accroître des aménagements de leur activité professionnelle afin de leur permettre de mieux assurer ce double rôle (travail professionnel, travail domestique non rémunéré) ; soit offrir des services publics conséquents procurant des aides ; soit, pour reprendre le vocabulaire de la Commission, « externaliser » les tâches domestiques et de soin afin qu'elles soient réalisées par d'autres (par emplois directs ou par des organismes privés à but lucratif ou non).

Cette troisième solution correspond à la logique de développement des « services à la personne ». Elle n'est pas exempte de contradictions. Encouragée dans un contexte de réduction des dépenses publiques, elle nécessite un soutien actif de l'État, sauf à réserver

55 Cl Ledoux, K. Shire, et F. van Hooren, *The dynamics of welfare markets: private pensions and domestic/care services in europe*, Palgrave Macmillan, 2021.

56 Document de travail sur l'exploitation des possibilités de création d'emplois offertes par les services aux personnes et aux ménages, Strasbourg, 18.4.2012, SWD(2012) 95 final.

57 European Commission, *An analysis of Personal and Household Services to support work life balance for working parents and carers*, ECE Thematic Review, April 2018.

58 T. Novitz Tonia et P. Syrpis, *The Place of Domestic Work in Europe: An Analysis of Current Policy in the Light of the Council Decision Authorising Member States to Ratify ILO Convention No. 189*, *European Labour Law Journal*, 2015, no 6, 104-27.

cette possibilité aux plus riches. Rendue nécessaire dans un contexte de vieillissement de la population, elle s'inscrit dans un contexte de désengagement des pouvoirs publics et de privatisation marchande de la protection sociale. Souhaitée pour sa qualité, elle repose sur un service délivré par des travailleuses et travailleurs domestiques dont les conditions de travail flexibles emportent une forte précarité. A tel point que la main d'œuvre est difficile à trouver, sauf à favoriser le retour d'une classe domestique venue du Sud ? Est-il par ailleurs concevable de prévoir, pour ces travailleuses domestiques elles-mêmes, une aide sans reporter le fardeau de la domesticité sur des personnes toujours plus vulnérables ?

La critique est sans doute excessive et il convient de reconnaître des aspects positifs au développement des services à la personne pour les travailleurs, comme en témoigne les initiatives conjointes des partenaires sociaux⁵⁹. Toutefois, il est aussi à craindre que les préoccupations concurrentielles des opérateurs sur le marché du travail domestique alliés à un désengagement des pouvoirs publics conduisent à compromettre l'octroi de droits sociaux aux travailleuses et travailleurs domestiques. Et quand bien même des efforts financiers substantiels par les États membres seraient apportés dans ce secteur, rien ne garantit qu'ils puissent bénéficier concrètement à celles et ceux réalisant ce travail.

IV. De la rhétorique juridique du particularisme : pour le meilleur ou pour le pire ?

Que ce soit dans les textes internationaux de l'OIT, de l'Union européenne ou dans les législations nationales, les travailleurs domestiques demeurent régis par une rhétorique de l'inclusion et de l'exclusion, de l'assimilation et du particularisme, du droit commun et du droit spécial. Invoquer la spécificité du travail domestique est une arme à double tranchant qui peut conduire à inclure ou à exclure. Deux techniques principales coexistent selon que l'on envisage une catégorie spéciale de travailleurs ou que l'on prend en compte ses spécificités.

Particularisme des travailleurs. La première technique consiste à retrancher une catégorie de travailleurs du champ d'application d'un texte, et par là souvent du bénéfice de certains droits. Des clauses dites de souplesse ou de flexibilité ont ainsi permis par le passé à des États d'écarter les travailleurs domestiques du champ d'application de certaines conventions internationales de l'OIT, notamment dans les domaines du temps de travail ou de la santé au travail⁶⁰. Quant à la C189, si elle « s'applique à tous les travailleurs domestiques », elle laisse ouverte aux États la possibilité, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs, « d'exclure totalement ou partiellement de son champ d'application : (a) des catégories de travailleurs qui bénéficient à un autre titre d'une protection au moins

59 Alliance européenne C189 2021, « Redoubler d'efforts pour assurer un travail décent aux travailleuses et travailleurs domestiques de l'UE : 10e anniversaire de la convention (no 189) de l'OIT pour les travailleurs domestiques, adoptée en 2011. », http://www.efsi-europe.eu/fileadmin/MEDIA/Event/C189_Alliance/French/C189_ALLIANCE_REPORT_FINAL_FR.pdf. Consulté le 22 mai 2022.

60 Cf Rapport IV(I) op. cit. cf tableau II. 2 B. Mentionnons s'agissant de pays européens, Convention n° 132 sur les congés payés, 1970, Article 2 par. 2 (Belgique dans son premier rapport sur l'application de la convention) ; Convention n°175 sur le travail à temps partiel 1994, Art. 3 par. 1 (Pays Bas dans une déclaration accompagnant son instrument de ratification, en date du 5 octobre 2001). La Convention n° 130 concernant les soins médicaux et les indemnités de maladie (art. 5), 1969. (Luxembourg dans son premier rapport, excluant les travailleurs domestiques employés pour une durée hebdomadaire inférieure à 16 heures).

équivalente ; b) des catégories limitées de travailleurs au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers d'une importance significative »⁶¹. Ces deux formules ouvertes à l'interprétation n'ont pas été pour l'instant utilisées.

Pareilles exclusions catégorielles existent aussi dans des textes du droit de l'Union européenne. Citons par exemple la directive visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail, mais définissant comme travailleur « toute personne employée par un employeur ainsi que les stagiaires et apprentis, à l'exclusion des domestiques »⁶². Une controverse doctrinale a pu naître sur le point de savoir si pareille exclusion au sein d'une directive cadre emportait exclusion des directives spécifiques, ce qui ne semble pas être le cas⁶³. L'on pourrait aussi mentionner la directive sur l'aménagement du temps de travail ouvrant des possibilités de dérogations lorsqu'il s'agit de « main d'œuvre familiale »⁶⁴. Ou encore celle relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles incluant en principe « les travailleurs domestiques »⁶⁵, mais permettant aux Etats de ne pas appliquer certains dispositifs à des ménages agissant en qualité d'employeur⁶⁶, ou à des relations de travail aux horaires prédéterminés, mais comportant peu d'heure⁶⁷, ce qui peut être le cas de certains travailleurs domestiques.

Particularisme du travail domestique. La deuxième technique consiste à évoquer le particularisme afin de lui réserver un sort spécifique. Le cadre d'analyse reste celui de l'égalité de traitement mais « compte tenu des caractéristiques particulières du travail domestique »⁶⁸. Selon une interprétation téléologique, cette précision ne devrait pas pouvoir jouer en défaveur des travailleurs domestiques. L'article 14 relatif à la sécurité sociale de la C189 est d'ailleurs ici explicite : l'État doit prendre des mesures appropriées en matière de sécurité sociale, y compris en ce qui concerne la maternité, « en tenant dûment compte des caractéristiques spécifiques du travail domestique » afin que les travailleurs domestiques jouissent « de conditions qui ne soient pas moins favorables que celles applicables à l'ensemble des travailleurs ». Formulation adoptée quoique combattue par le représentant du gouvernement français lors des débats⁶⁹.

La prise en compte du particularisme du travail domestique ne doit pas nuire à l'égalité de traitement. Il est sur ce point des évolutions à parfaire dans divers droits nationaux européens⁷⁰. Mais le dynamique du droit international du travail domestique est en marche.

61 Art. 2. Conv. 189.

62 Directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, Art. 3 a).

63 Voir pour la Directive 92/85 sur les travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, l'argumentation de V. Pavlou, « Domestic work in EU law: The relevance of EU employment law in challenging domestic workers' vulnerability », *European Law Review* 41, no 3, 2016, 384. qui plaide de manière générale pour une application plus étendue du droit européen aux travailleurs domestiques.

64 Directive 93/104/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 , art. 17 permettant aux Etats de déroger aux 3 à 6 (repos journalier, temps de pause, repos hebdomadaire, durée maximale hebdo), 8 (durée du travail de nuit) et 16 (période de référence).

65 Directive (UE) 2019/1152 du Parlement et du Conseil du 20 Juin 2019 , Considérant 8.

66 Op. cit., Art. Premier 7.

67 Op. cit., Art. 3.

68 C189, Art. 10 sur le temps de travail, Art. 13 sur la sécurité et la santé au travail.

69 Cf. supra note 42 in fine.

70 En France, l'actualité est celle d'une inégalité de traitement fondée sur la qualité d'employeur, Cass. Soc., 13 avril 2022, n°20-22.993, cf ce dossier. Spéc. S. Maillard. En Allemagne, l'absence de comptabilisation du temps de travail d'un travailleur bulgare détaché vivant au domicile « live-in » d'une personne pour lui apporter des soins a pu donner lieu à une condamnation médiatisée, Cour Fédérale du Travail, 5 AZR

Elle est facteur d'unité plus que de fragmentation et il est à espérer que les réticences existant au sein de l'Union européenne tendront à s'émousser afin d'aligner le droit des travailleurs domestiques sur celui de l'ensemble des travailleurs, et d'invoquer un particularisme à leur avantage et non à leur détriment.