



La répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail en Suisse

Difficultés, stratégies et recommandations

Anne-Laurence Graf

Johanna Probst

Berne, 1^{er} avril 2020

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Berne

Téléphone +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTEURES

Anne-Laurence Graf

Docteure en droit de l'Université de Genève, collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), domaine thématique migration, Neuchâtel.

Première auteure, elle a conceptualisé l'étude, mené – en collaboration – avec Johanna Probst les discussions dans le cadre des groupes focaux ainsi que les entretiens individuels et elle a rédigé le présent rapport.

Johanna Probst

Docteure en sociologie de l'Université de Strasbourg, collaboratrice scientifique au Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM), Neuchâtel.

Seconde auteure de l'étude, elle a accompagné sa conceptualisation, a mené – en collaboration avec Anne-Laurence Graf – les discussions dans le cadre des groupes focaux et a commenté une première version du présent rapport.

REMERCIEMENTS

Les auteures remercient les participant.e.s à l'étude pour le temps et l'expertise qu'ils et elles ont mis à disposition lors des discussions et entretiens, mais également pour leurs commentaires pertinents sur une première version de cette étude. Les auteures remercient également Denise Efiounayi-Mäder et Pascal Mahon, membres du Directoire du CSDH (domaine thématique migration), pour leur lecture attentive du document et leurs commentaires sur celui-ci ainsi que pour leur accompagnement lors du processus de développement de cette étude. Les éventuelles erreurs ou inexactitudes demeurent de la seule responsabilité des auteures.

Suggestion de citation : CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), La répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail en Suisse. Difficultés, stratégies et recommandations, Graf Anne-Laurence/ Probst Johanna, Berne, 2020.



Étude entière



Extraits

TABLE DES MATIÈRES

Résumé.....	1
I. Contexte et problématique.....	2
II. Méthodologie.....	3
1. Profil du groupe des juges et procureur.e.s.....	3
2. Profil du groupe des policier.e.s et inspectrices du travail.....	4
III. Difficultés de la répression pénale.....	5
1. Difficultés liées au témoignage de la victime.....	5
1.1. Retour de la victime étrangère dans son pays d'origine.....	6
1.2. Incohérences dans le récit de la victime.....	7
2. Difficultés liées aux clichés de la traite des êtres humains.....	8
3. Difficultés de la coopération entre les autorités liées au secret de fonction.....	9
4. Difficultés liées à la base légale de l'article 182 CP.....	11
4.1. Absence de définitions de la traite des êtres humains et de l'exploitation du travail dans l'article 182 CP.....	11
4.2. Délimitation vis-à-vis de l'infraction d'usure.....	12
4.3. Préférence pour l'usure par effet d'anticipation du procès pénal.....	14
IV. Stratégies pour contrer ces difficultés.....	17
1. Stratégies visant à assurer le témoignage de la victime.....	17
1.1. Inciter la victime étrangère à rester ou revenir en Suisse en vue de témoigner.....	17
1.2. Prévoir des alternatives à la présence de la victime en Suisse.....	18
2. Stratégies visant à lutter contre les clichés de la traite des êtres humains.....	19
3. Stratégies visant à assurer un travail en réseau.....	19
4. Stratégies visant à modifier le cadre légal.....	20
4.1. Clarification des notions de l'article 182 CP.....	20
4.2. Création d'une nouvelle norme pénale spécifique à l'exploitation du travail indépendante de la traite des êtres humains.....	21
V. Conclusions et recommandations.....	22
Bibliographie.....	25
Annexes.....	26

RÉSUMÉ

Une étude précédente (2019) du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) s'est interrogée sur la rareté des condamnations pénales, sur le fondement de l'article 182 du code pénal relatif à la traite des êtres humains, des cas d'exploitation de la force de travail en Suisse. A cet égard, aux fins de la présente étude (2020), plusieurs hypothèses ont été formulées et présentées pour discussion à des autorités d'application du droit (juges et procureur.e.s) ainsi qu'à des personnes impliquées ou susceptibles d'être impliquées dans la détection des cas (policier.e.s et inspectrices du travail). Il s'agissait de déterminer quelles sont les difficultés rencontrées par ces différent.e.s acteurs et actrices dans la répression de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail et, notamment, dans quelle mesure ces difficultés sont liées au cadre légal actuel ou à d'autres facteurs.

L'étude conclut que la principale difficulté à laquelle se heurtent les autorités du droit dans la répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail concerne le témoignage de la victime. Dans la plupart des cas, la victime n'est plus sur place au moment crucial ou produit un témoignage incohérent pour des raisons liées à son vécu traumatisant.

Les autres difficultés auxquelles se heurtent les autorités d'application du droit concernent les clichés relatifs à la traite des êtres humains et à l'absence de définitions dans la base légale de l'article 182 du code pénal s'agissant de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Ces deux difficultés se conjugent et ont pour conséquence que l'infraction d'usure est plus facile à prouver, selon les participant.e.s, que l'infraction de traite des êtres humains. A cet égard, la présente étude établit l'existence d'un phénomène d'anticipation, par les différent.e.s acteurs et actrices concerné.e.s, du procès pénal quant à l'appréciation des éléments constitutifs de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail : les inspecteurs ou inspectrices du travail et les policier.e.s orientent leur appréciation à celle du ministère public tandis que les procureur.e.s orientent leur appréciation à celle des magistrats du siège (juges).

Enfin, l'étude constate qu'en dehors du cadre légal de la Loi sur le travail au noir (LTN) et de mécanismes spécifiquement mis en place dans certains cantons, le secret de fonction fait obstacle, selon certain.e.s participant.e.s, à une collaboration simple, directe et efficace, entre inspecteurs ou inspectrices du travail et policier.e.s.

Pour chacune de ces difficultés relevées par les participant.e.s à l'étude, le CSDH formule des recommandations concrètes.

I. CONTEXTE ET PROBLÉMATIQUE

Une étude précédente du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) s'est interrogée sur la rareté des condamnations pénales sur le fondement de l'article 182 du code pénal (CP)¹, relatif à la traite des êtres humains, des cas d'exploitation de la force de travail en Suisse. A cet égard, aux fins de la présente étude (2020), plusieurs hypothèses ont été formulées² et présentées pour discussion³ à des autorités d'application du droit (juges et procureur.e.s) ainsi qu'à des personnes impliquées ou susceptibles d'être impliquées dans la détection des cas (policier.e.s et inspectrices du travail). Il s'agissait de déterminer quelles sont les difficultés rencontrées par ces différent.e.s acteurs et actrices dans la répression de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail et, notamment, dans quelle mesure ces difficultés sont liées au cadre légal actuel ou à d'autres facteurs.

En effet, dans son deuxième rapport sur la Suisse (deuxième cycle d'évaluation), le Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA) a constaté qu'il existait des divergences d'interprétation de l'article 182 CP, s'agissant en particulier des cas de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, entre, d'un côté, les autorités de poursuite pénale et, d'un autre côté, les tribunaux suisses, du fait que la disposition ne précise pas ses éléments constitutifs⁴. Selon les autorités suisses répondant au GRETA, l'absence d'éléments de « contrainte » dans la plupart des cas d'exploitation du travail en Suisse empêcherait de poursuivre sous l'angle de la traite des êtres humains⁵.

La question de savoir si le cadre juridique actuel en Suisse est adapté à la répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail est pertinente à la lumière des obligations internationales de la Suisse. En effet, il découle, tant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁶ que de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains⁷, une obligation de la Suisse de pénaliser, poursuivre et punir effectivement les cas de traite des êtres humains, incluant la forme de l'exploitation par le travail⁸. Cette obligation ne concerne pas seulement la base légale en tant que telle mais également son interprétation qui ne doit pas être plus étroite que la définition juridique internationale⁹. Dans le cas contraire, la responsabilité internationale de la Suisse peut être engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ RS 311.0.

² Graf, pp. 39-40.

³ Cf. les questions en annexe de la présente étude.

⁴ GRETA, § 248.

⁵ GRETA, § 249.

⁶ RS 0.101.

⁷ RS 0.311.543.

⁸ Vis-à-vis de la CEDH: cf. Graf, pp. 8-11 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Rantsev c. Chypre et Russie*, jugement du 7 janvier 2010, § 285 ; Ritter, p. 65. Vis-à-vis de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, cf. notamment les articles 18, 23 et 27 de la Convention ; Ritter, pp. 262-267.

⁹ Graf, pp. 8-11.

II. MÉTHODOLOGIE

Le présent rapport est principalement basé sur des informations récoltées dans le cadre de discussions menées auprès de deux groupes (groupes focaux) et, subsidiairement, auprès de personnes individuelles. Le premier groupe focal était constitué de juges et de procureur.e.s, tandis que le second était constitué de policier.e.s et d'inspectrices du travail. Au sein de chaque groupe de discussion, plusieurs cantons de Suisse romande et de Suisse alémanique étaient représentés. Le Tessin était représenté dans le second groupe focal. Les échanges au sein du groupe ont été facilités par une traduction simultanée (français-allemand). Les discussions ont été enregistrées, sommairement retranscrites et analysées par l'équipe de recherche.

Les entretiens individuels ont été menés auprès d'une juge, d'un procureur et d'une procureure, interrogée en tant qu'experte académique et auteure d'une étude doctorale sur le sujet.

Les développements qui apparaissent en taille de police plus petite correspondent aux précisions ou à l'analyse des auteures de l'étude.

1. Profil du groupe des juges et procureur.e.s

Toutes les personnes interrogées dans le cadre de cette étude sont particulièrement sensibilisées à la traite des êtres humains aux fins d'exploitation du travail. Elles ont toutes déjà eu affaire à au moins un cas de traite des êtres humains (pas nécessairement cependant sous sa forme de l'exploitation au travail) en tant que juge ou procureur.e.

Les juges ayant participé à l'étude, de même que leurs collègues de juridiction, ne sont pas spécialisé.e.s dans les dossiers de traite des êtres humains, il n'y a pas assez de cas, selon une juge, pour justifier une telle spécialisation. Par contraste, parmi les procureur.e.s, certain.e.s sont référent.e.s pour la traite des êtres humains au sein de leur institution ou travaillent exclusivement sur des dossiers de traite des êtres humains. Ainsi, plusieurs procureur.e.s évoquent leur « position privilégiée » par rapport à leurs collègues, non seulement en raison des cas qui leur sont transmis mais aussi en raison des formations suivies et de la sensibilisation acquise. Cependant, ces procureur.e.s référent.e.s précisent que seuls les plus gros dossiers leur sont transmis par leurs collègues (dans un cas, c'est le mandat de la procureure qui l'amène à s'intéresser uniquement aux cas importants, c'est-à-dire aux cas avec une dimension internationale, un nombre important de victimes, etc.).

Au sein du ministère public d'un canton, les procureur.e.s ont constaté que la plupart des dénonciations au ministère public concernent les infractions d'usure ou d'encouragement à la prostitution plutôt que la traite des êtres humains. Ainsi, avant qu'une réorganisation du service n'intervienne, ces dossiers étaient envoyés aux procureur.e.s référent.e.s pour la traite des êtres humains en raison du fait que ces infractions cachent souvent des cas de traite des êtres humains. En raison de l'ampleur du travail que ces procédures occasionnent, ces dossiers moins flagrants de traite des êtres humains sont désormais retournés, au sein du ministère public de ce canton, aux procureur.e.s généralistes, le ou la procureur.e référent.e pour la traite des êtres humains restant à disposition pour dispenser ses conseils. Au contraire, une autre approche suivie par un procureur d'un autre canton consiste à travailler selon un spectre plus large que la traite des êtres humains, s'agissant des cas d'abus et d'activités illégales en lien avec le travail.

Certain.e.s participant.e.s expliquent cependant manquer de temps pour acquérir une véritable spécialisation sur le sujet, en raison d'un manque de décharge sur les autres dossiers qui ne constituent pas de la traite des êtres humains. Ainsi, **à l'exception d'une procureure, les participant.e.s juges et procureur.e.s se considèrent comme des généralistes avec une sensibilisation particulière pour la traite des êtres humains, plutôt que comme de véritables spécialistes de la traite des êtres humains, à des fins notamment de l'exploitation du travail.**

2. Profil du groupe des policier.e.s et inspectrices du travail

Parmi les inspectrices du travail, aucune d'entre elles ne se considèrent comme spécialistes de la traite des êtres humains. Cependant, elles ont déjà été confrontées à plusieurs cas présentant des indices de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, qu'elles ont transmis à la police ou au ministère public.

Les policier.e.s sont tous/tes spécialisé.e.s dans les questions, soit de traite des êtres humains (exploitation sexuelle et/ou exploitation de la force de travail), soit d'abus ou d'exploitation au travail sur la base d'un spectre plus large que la traite des êtres humains.

Toutes ces personnes composant le groupe des policier.e.s et inspectrices du travail se considèrent donc **particulièrement sensibilisées à la question de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, voire même, pour les policier.e.s, sont spécialistes de ces questions en raison de leur appartenance à une unité spécifiquement dédiée à la traite des êtres humains ou aux situations d'abus au travail.**

III. DIFFICULTÉS DE LA RÉPRESSION PÉNALE

Les participant.e.s évoquent des difficultés de plusieurs ordres pour expliquer la rareté des condamnations pour traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Les difficultés les plus importantes concernent le témoignage de la victime de l'infraction, témoignage qui est essentiel, dans le cadre juridique actuel, pour aboutir à une condamnation pénale pour traite des êtres humains (1). Les autres difficultés concernent, du point de vue des juges et procureur.e.s, les clichés véhiculés par la traite des êtres humains qui ne correspondent pas à la réalité des situations d'exploitation de la force du travail en Suisse (2), ainsi que, du point de vue des inspectrices du travail et policier.e.s, le secret de fonction qui est susceptible d'entraver le travail en réseau (3).

Selon les participant.e.s à l'étude, les difficultés liées à la base légale elle-même (l'article 182 CP) sont d'ordre secondaire. Cependant, l'absence de définition de la traite des êtres humains, à des fins notamment de l'exploitation de la force de travail, dans l'article 182 CP joue également un rôle non négligeable, selon les auteures de cette étude, en ce qui concerne les difficultés de la poursuite et de la condamnation pénales de cette infraction. En effet, sans critères précisément définis par la loi pénale suisse, l'infraction est difficile à distinguer de celle de l'usure, également incriminée par le code pénal (4).

1. Difficultés liées au témoignage de la victime

« Rien ne remplace le récit de la victime » : c'est ainsi qu'une participante qualifie, lors d'une discussion de groupe, le rôle central joué par le témoignage de la victime (ou des victimes) dans la condamnation pénale pour traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail. En effet, si l'infraction de traite des êtres humains selon l'article 182 CP est poursuivie d'office (l'action publique est déclenchée indépendamment de la plainte d'une victime), le témoignage de la victime ou des victimes constitue la preuve la plus importante, selon les tribunaux suisses, de l'exploitation subie et des moyens utilisés par les auteurs ou autrices de l'exploitation.

Dans ce sens, les juges et procureur.e.s participant à l'étude estiment qu'en l'absence d'un récit solide de la victime ainsi que de la présence de la victime sur le territoire suisse au moment de l'enquête et du jugement (jusqu'au stade de l'appel), la procédure pénale pour traite des êtres humains est vouée à l'échec.

Ainsi, le fait que la victime, presque toujours de nationalité étrangère, ait quitté la Suisse au moment de l'enquête et du jugement (1.1) et les difficultés d'une victime à témoigner en raison du traumatisme subi ou de la peur de représailles (1.2), constituent les difficultés principales auxquelles se heurtent les autorités d'application du droit s'agissant de la répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail.

Certain.e.s juges et procureur.e.s considèrent à cet égard que le rôle joué par la présence et le témoignage de la victime dans le cadre d'un procès pénal pour traite des êtres humains est trop central, selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Ce rôle central est problématique en raison des difficultés, inhérentes aux situations de traite des êtres humains, d'obtenir un récit cohérent de la victime dès le début de l'enquête. En outre, il existe, selon eux ou elles, un manque d'incitations et d'intérêt pour la victime à rester en Suisse jusqu'au procès (a fortiori jusqu'au procès en appel, ce qui est pourtant exigé par la jurisprudence fédérale). Les autres moyens de preuve, telle que les preuves obtenues par des mesures de surveillance, n'emportent, en principe, pas la

conviction des tribunaux suisses en faveur d'une condamnation, s'ils ne sont pas accompagnés du témoignage d'une ou de plusieurs victimes.

1.1. Retour de la victime étrangère dans son pays d'origine

Les procureur.e.s soulignent qu'il leur a été parfois impossible de confronter la victime avec l'employeur ou l'employeuse soupçonné.e de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, en raison du fait que la victime, de nationalité étrangère, était déjà repartie dans son pays d'origine. Dans ces circonstances, la procédure pénale s'est soldée par un échec.

Dans certains cas rapportés par des procureur.e.s et juges, la victime, qui se trouvait dans une situation économique très précaire, a accepté un arrangement financier par l'employeur ou l'employeuse permettant à celui-ci ou celle-ci de se soustraire aux poursuites pénales (compte tenu du caractère central joué par le témoignage de la victime dans le cadre de la poursuite pénale de la traite des êtres humains) et à la victime de retourner dans son pays avec un certain pécule. Selon une juge, certaines victimes auraient ainsi été « grassement payées pour se taire et partir ». Cette situation illustre, selon elle, l'asymétrie économique (et par-là même de pouvoir) entre les victimes et les employeurs ou employeuses concerné.e.s qui est caractéristique de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Certain.e.s juges et procureur.e.s admettent qu'il peut être, en l'état du droit, plus stratégique pour les victimes de repartir dans leur pays avec une somme d'argent plutôt que de s'engager dans une procédure pénale dont l'issue est incertaine et dont la durée peut être de quatre ou cinq années.

« *Opfer so lange [in der Schweiz] zu behalten, ist ein grosses Problem* » allègue ainsi une participante¹⁰. L'ensemble des participant.e.s à l'étude s'accorde pour dire que la victime n'a souvent pas d'incitations à demeurer en Suisse durant toute l'enquête et jusqu'au jugement, en particulier si elle a reçu une compensation financière. Les participant.e.s remarquent qu'il existe peu de structures ou de formes d'assistance permettant à ces personnes de demeurer en Suisse et de subvenir à leurs besoins. En effet, l'offre de soutien, notamment en termes d'hébergement, leur paraît plus développée à l'égard des victimes de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, qui sont en grande majorité des femmes. Or, la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail concerne une part importante d'hommes¹¹.

Selon les participant.e.s, personne ne se sent ainsi responsable de « retenir » en Suisse une victime de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Une participante rapporte par exemple un cas dans lequel des ouvriers étaient payés 2 CHF de l'heure maximum (voire 2 centimes de l'heure pour certains) pour effectuer un travail sur un chantier, sans aucune protection en termes d'habits (casques) ou d'assurances. Lorsque les ouvriers ont compris qu'ils ne seraient pas payés davantage, plus rien ne les retenait et ils sont donc simplement retournés dans leur pays d'origine. Aucune poursuite pénale n'est possible dans un tel cas de figure.

Selon un policier, un autre problème quant à la présence de la victime sur le sol suisse tient à la peur de la victime de faire l'objet de représailles de la part des personnes impliquées dans le processus d'exploitation en Suisse. Or, les mesures de protection de la victime (par le biais du programme de protection des témoins) sont difficiles à mettre en oeuvre en pratique.

¹⁰ « Garder les victimes aussi longtemps [en Suisse], c'est un gros problème » (notre traduction).

¹¹ Les hommes constituent même la quasi-exclusivité des victimes dans certains secteurs d'activité comme la construction (cf. Probst/Efionayi-Mäder, p. 11).

1.2. Incohérences dans le récit de la victime

Selon les participant.e.s à l'étude, les victimes de traite des êtres humains, notamment à des fins d'exploitation du travail, éprouvent beaucoup de difficultés à produire un récit cohérent et structuré de ce qu'elles ont vécu en raison du traumatisme subi et de l'isolement dans lequel elles ont été maintenues (une participante précise que certaines victimes ne savent même pas dans quelle ville elles ont été exploitées). Plusieurs auditions, selon les policier.e.s, sont donc nécessaires afin de parvenir à un récit chronologique. Des divergences peuvent apparaître entre les différentes allégations faites à différents moments de la procédure. Or, ainsi que rapporté par les policier.e.s, un récit incohérent est peu apprécié des procureur.e.s car il perd de sa valeur probante. Ceci s'explique par le fait, comme évoqué plus haut, que le témoignage de la victime joue un rôle primordial dans la conviction des juges en faveur d'une condamnation pour traite des êtres humains. Dans ce sens, un policier affirme qu'« une victime qui change de version est la pire des choses ». Dans le même ordre d'idée, un.e procureur.e attire l'attention sur le fait que l'instruction peut être rendue très difficile lorsqu'une victime invente des détails afin de rendre son récit plus crédible¹².

Les victimes de traite des êtres humains, à des fins d'exploitation du travail en particulier, peuvent également être très réticentes à témoigner par peur de représailles à leur rencontre ou à l'égard de leur famille dans leur pays d'origine, sans qu'il ne soit possible pour les autorités suisses d'apporter une protection¹³. Selon un policier, une victime peut commencer à parler puis se rétracte soudainement, sans raisons apparentes pour les policier.e.s et les autorités de poursuite pénale.

Par ailleurs, selon un policier, ce qui caractériserait particulièrement une victime de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, c'est le fait que la personne ne se considère pas « victime » d'une forme d'exploitation car elle accepte les enjeux de sa situation : dès lors qu'elle est logée et nourrie, sa situation en Suisse lui semble préférable à celle qui serait la sienne dans son pays d'origine¹⁴.

La durée de la procédure pénale joue également un rôle s'agissant du contenu du témoignage selon les participant.e.s. En effet, au sortir de la situation d'exploitation, une victime apparaît particulièrement vulnérable des points de vue physique et psychique, alors qu'au moment du procès plusieurs années plus tard, lorsqu'elle aura retrouvé sa dignité et son autonomie, sa vulnérabilité et sa détresse de l'époque ne seront plus évidentes. Il peut également s'agir de pressions exercées sur la victime par un réseau ou une personne au début de l'enquête, qui se relâchent par la suite. Plusieurs participant.e.s à l'étude ont ainsi confirmé que la victime évolue très rapidement dès lors qu'elle est sortie de la relation d'exploitation avec l'employeur ou l'employeuse et qu'elle est accompagnée de manière adéquate par des services sociaux ou des associations de soutien.

Pour toutes ces raisons, plusieurs participant.e.s soulignent que le témoignage d'une victime de traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail, a dans les faits une faible force probante, alors même qu'il revêt une importance primordiale pour les juridictions de jugement.

Une inspectrice du travail souligne à cet égard qu'un entretien mené avec une victime potentielle dans le cadre d'une procédure de contrôle des conditions de travail (en matière de salaires minima impératifs, d'affiliation aux assurances sociales, etc.) de l'employeur ou l'employeuse permet d'obtenir, plus facilement que dans le cadre d'une enquête pénale, la confiance et des déclarations de la personne sur ses conditions réelles de travail. En effet, dans le cadre d'une procédure de mise

¹² Cf. sur ce point Probst/Efionayi-Mäder, pp. 44 et 46.

¹³ Ceci a déjà été évoqué dans l'étude Probst/Efionayi-Mäder, p. 12.

¹⁴ Probst/Efionayi-Mäder, pp. 72-73.

en conformité par l'inspection du travail menée dans un canton en particulier, l'employé.e est entendu.e comme témoin et n'est pas partie à la procédure administrative. Il n'y a pas d'obligation pour l'inspecteur ou l'inspectrice du travail de mener une audition contradictoire au sens de la procédure pénale et les victimes, qui ne sont dès lors pas auditionnées en présence de l'employeur ou l'employeuse et de son avocat.e, sont motivées par la perspective d'obtenir une réparation financière (sous forme de rattrapage de salaire minimum légal et de cotisations sociales). La transmission au ministère public se fait après que la victime ait été informée de ses droits et qu'elle ait été orientée vers des mandataires (avocat.e.s ou organisations de soutien) spécialisé.e.s dans la traite des êtres humains. Idéalement, la transmission a lieu avec l'assentiment de la victime.

2. Difficultés liées aux clichés de la traite des êtres humains

Plusieurs participant.e.s soulignent que les clichés ou compréhensions intuitives relatifs à la traite des êtres humains constituent un obstacle à la détection des victimes (préalable indispensable à la poursuite pénale), en particulier s'agissant de l'exploitation de la force de travail. En effet, si les clichés de la traite des êtres humains renvoyant à des images de femmes enfermées et battues peuvent correspondre à une partie de la réalité dans le secteur de l'économie domestique, ces clichés apparaissent en décalage avec les situations d'exploitation dans le secteur, par exemple, de la construction. Ainsi, des hommes « costauds » qui travaillent sur un chantier ne correspondent pas à l'image de victimes « typiques » de traite des êtres humains. Des juges et procureur.e.s précisent que ces clichés peuvent également être exploités par la défense lors du procès lorsque le profil des victimes n'y correspond pas.

A cet égard, les participant.e.s font remarquer qu'il n'existe pas de victime « typique » ou « classique » de traite des êtres humains, notamment à des fins d'exploitation du travail. Par ailleurs, le moyen de pression exercé sur la personne afin d'exploiter son travail ne correspond pas, dans la plupart des situations rencontrées par les participant.e.s, à une contrainte « classique » (violence et enfermement physiques)¹⁵. Il s'agit **dans la plupart de ces situations de l'exploitation, par l'employeur ou l'employeuse, de la vulnérabilité économique de l'employé.e et de sa position de faiblesse** (« *Du bist schwach, du bist klein und ich mache mir das jetzt zu Nutze* » selon une participante¹⁶). Ainsi, en Suisse, une personne qui n'a pas d'argent est prisonnière *de facto* des gens chez lesquels elle travaille, comme le souligne un.e participant.e.

Or, les participant.e.s, en particulier les juges et procureur.e.s, notent que la situation de vulnérabilité et de détresse, dont l'employeur ou l'employeuse tirerait profit, est particulièrement difficile à prouver devant les tribunaux. En effet, des personnes peuvent disposer d'un téléphone, maintenir des contacts avec leur famille et être pourtant prisonnières d'une situation d'exploitation. Par ailleurs, bien que le fait pour une personne d'être entrée volontairement dans le processus d'exploitation et d'être libre de ses mouvements n'empêche pas la qualification juridique de traite des êtres

¹⁵ Cf. déjà dans l'étude Probst/Efionayi-Mäder, pp. 70 et s. ; dans sa thèse de doctorat (à paraître), Annatina Schultz (également procureure dans le canton de Berne) distingue entre différents *types de moyens* : les moyens qui impliquent une « contrainte » au sens juridique (usage et menace de la force) doivent être distingués de ceux qui n'entraînent pas de « contrainte » de la part de l'auteur.e (fraude, tromperie ou abus d'une situation de vulnérabilité). Selon elle, la confusion entre « moyens de contrainte » et « moyens sans contrainte » peut conduire les autorités judiciaires à ne pas qualifier une situation de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail si le moyen utilisé est l'abus d'une situation de vulnérabilité (qui est pourtant l'un des moyens à considérer selon la définition de la traite des êtres humains dans le cadre du Protocole de Palerme et de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains).

¹⁶ « Tu es faible, tu es petit.e et je vais en profiter » (notre traduction).

humains, il sera difficile, selon les juges et procureur.e.s, d'apporter la preuve que la personne ne dispose pas de son libre-arbitre lui permettant de sortir de cette situation d'exploitation.

Selon un arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2018 (1B_450/2017)¹⁷, il n'existait pas de soupçon grave de traite des êtres humains, justifiant une mesure de surveillance téléphonique, dès lors que la personne avait continué « à disposer de la capacité de refuser l'emploi proposé ou le quitter ». Cette constatation était notamment basée sur le fait que la personne avait pu conserver ses papiers d'identité et qu'elle avait pu se rendre à l'hôpital puis à l'aéroport pour tenter de quitter la Suisse. Pour constituer un soupçon grave de traite des êtres humains, il n'était, selon le Tribunal fédéral, pas suffisant que l'employeur ait recruté la personne en situation irrégulière et qu'il ait ensuite profité de cette précarité pour faire travailler la personne à un salaire mensuel très bas. Plusieurs juges et procureur.e.s ayant participé à l'étude considèrent que cette jurisprudence est trop exigeante s'agissant de la preuve de l'absence de libre-arbitre et que, s'agissant d'une jurisprudence rendue par trois juges (n'ayant pas la même portée qu'un arrêt rendu par cinq juges), il est permis de s'en distancier sur ce point. Les auteures de l'étude notent que cette jurisprudence du Tribunal fédéral – la seule à ce jour au niveau fédéral s'agissant de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail – a également été critiquée par le GRETA dans son rapport sur la Suisse¹⁸ dans le cadre de son deuxième cycle d'évaluation (lequel avait pour axe de priorité la forme de l'exploitation du travail). Il convient également de noter à cet endroit que la notion de « vulnérabilité économique » correspond, dans la définition juridique internationale, à la notion d'« abus de vulnérabilité » en tant que moyen (deuxième élément constitutif) de la traite des êtres humains.

Plusieurs participant.e.s notent ainsi que **l'absence de moyens économiques de la personne et son isolement¹⁹ suffisent dans beaucoup de situations à permettre l'exploitation de son travail, contrastant ainsi avec les clichés véhiculés, dans l'imaginaire collectif, par la traite des êtres humains.**

3. Difficultés de la coopération entre les autorités liées au secret de fonction

Les participant.e.s, en particulier les inspectrices du travail et les policier.e.s, mettent l'accent sur l'importance du travail en réseau entre les différent.e.s partenaires sur le terrain (selon un policier, il suffit qu'un.e seul.e acteur ou actrice dispose d'une information déterminante pour permettre l'avancement du travail de tous et toutes les autres). Les participant.e.s notent cependant que, dans la pratique, **le secret de fonction peut constituer une entrave au dialogue entre partenaires de différentes institutions dans certains cantons.**

C'est notamment le cas entre, d'un côté, les inspecteurs et inspectrices du travail chargés de l'application de la Loi sur le travail (LTr)²⁰ et, d'un autre côté, les policier.e.s. Il convient de noter que cela ne concerne toutefois pas la collaboration existant avec l'inspecteur ou inspectrice du marché du travail chargé.e du contrôle de la Loi sur le travail au noir (LTN)²¹. En effet, dans le cadre de la LTN, un mécanisme de coopération et d'annonce est explicitement prévu entre les différentes auto-

¹⁷ Cette jurisprudence a été analysée dans l'étude de faisabilité, Graf, pp. 37-38.

¹⁸ GRETA, § 219 : « Dans sa décision, le Tribunal a insisté sur le fait que la personne en question continuait à disposer de la capacité de refuser l'emploi proposé ou de le quitter. Compte tenu de cet arrêt, le GRETA craint que l'interprétation de l'article 182 du CP en ce qui concerne la traite aux fins d'exploitation par le travail ne soit trop étroite et restrictive ».

¹⁹ Note des auteures de l'étude : isolement qui peut découler du fait que la personne ne parle pas la langue de son environnement et se trouve en situation irrégulière.

²⁰ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, RS 822.11.

²¹ Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir, RS 822.41.

rités concernées par les obligations à remplir par l'employeur ou l'employeuse (en matière d'assurances sociales, de fiscalité, de marché du travail, de séjour des personnes étrangères, etc.)²². S'agissant cependant des inspecteurs ou inspectrices du travail chargé.e.s du contrôle des conditions de travail de l'employé-e (et non de la LTN, qui concerne le contrôle des obligations d'annonce par l'employeur ou l'employeuse), le dialogue avec les policier.e.s en cas de soupçon de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail n'est pas prévu par les processus existants dans les cantons concernés²³.

Ainsi dans certains cantons, en-dehors du cadre légal offert par la LTN, seuls les cas clairs de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail sont donc dénoncés par l'inspection du travail au ministère public, sans que le ministère public ne lui communique en retour la suite qui aura été donnée à cette dénonciation²⁴. Les cas moins graves ou moins emblématiques « passent sous les radars » (dans le sens où ils ne sont pas considérés comme des cas de traite des êtres humains) et ne sont donc pas transmis au ministère public ou à la police, alors qu'une transmission aurait pu donner lieu à une enquête susceptible de révéler l'existence d'une situation caractéristique de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Il en découle, selon certains participant.e.s, un manque de confiance entre les institutions qui est peu propice à la détection de cas.

En cas de doutes ou de soupçons concernant une situation concrète dans certains cantons, ce dialogue avec la police a néanmoins lieu mais de manière informelle, et ce sur des questions procédurales et sans échanger de données. Certain.e.s participant.e.s considèrent ainsi que le secret de fonction rend impossible le travail en réseau et les empêche de ce fait d'accomplir efficacement leur mission en matière de lutte contre la traite des êtres humains.

Quant à la coopération entre les autorités dans le cadre de la LTN, certain.e.s policier.e et inspectrices du travail soulignent que la perspective est sur l'employeur ou l'employeuse (ses obligations d'annonce en termes de droit fiscal, des assurances sociales, de droit des personnes étrangères, etc.), et non sur l'employé-e. Or, cette perspective sur l'employeur ou l'employeuse a pour conséquence de constater des infractions à la Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)²⁵ en matière de séjour et d'activité lucrative des personnes en situation administrative irrégulière et n'a pas pour premier objectif la détection de victimes de traite des êtres humains (bien que que les acteurs et actrices de ce domaine – police et inspections – soient de plus en plus sensibilisé.e.s à cette problématique selon les participant.e.s).

Un policier précise néanmoins que l'article 97 LEI constitue une base importante de collaboration avec les autres autorités dans le cadre de son travail visant notamment à détecter les cas de traite des êtres humains.

L'article 97 LEI énonce une obligation d'assistance mutuelle (communication des renseignements nécessaires et sur demande, droit de consultation des dossiers) entre les autorités chargées de l'exécution de la LEI (al. 1), ainsi qu'entre les autres autorités fédérales, cantonales ou communales et celles chargées de l'exécution de la LEI, sur demande des secondes, concernant (uniquement) les données nécessaires à l'exécution de la LEI (al. 2). Dans certains cas (instruction pénale, jugement civil ou pénal, acte d'état civil, etc., concernant une personne étrangère),

²² Articles 11 et 12 LTN.

²³ Ce problème est également noté dans d'autres pays, cf. Rijken, p. 25 ("information exchange between the various stakeholders is often not legally formalised").

²⁴ Rijken, p. 26.

²⁵ Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, RS 142.20.

l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)²⁶ détermine, conformément à l'article 97, al. 3 LEI, l'étendue de l'obligation de communiquer des différentes autorités concernées (autorités policières, judiciaires, d'instruction pénale, etc.) aux autorités migratoires cantonales. Le champ d'application de l'article 97 LEI ne concerne pas, a priori, la collaboration entre les inspections du travail chargées de l'application de la LTr et la police en cas de soupçon de traite des êtres humains. Au contraire, les cas de séjour illégal en Suisse doivent être signalés par les autorités policières aux autorités migratoires cantonales (art. 82, al. 2 OASA).

Ainsi qu'il en sera fait mention ci-dessous parmi les stratégies visant à combattre ces difficultés (ici, le secret de fonction), il existe dans au moins un canton en Suisse (le Tessin) une base légale qui impose la collaboration entre l'ensemble des autorités concernées en cas de soupçon de traite des êtres humains, notamment à des fins d'exploitation du travail.

4. Difficultés liées à la base légale de l'article 182 CP

4.1. Absence de définitions de la traite des êtres humains et de l'exploitation du travail dans l'article 182 CP

Tous et toutes les participant.e.s s'accordent pour dire que l'absence de définitions de la « traite des êtres humains » et de « l'exploitation du travail » d'une personne dans l'article 182 CP n'est pas favorable à sa poursuite pénale.

L'article 182 CP incrimine (affirme que ce comportement est punissable en droit pénal suisse) mais ne définit pas la traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail. L'article 182 est ainsi rédigé :

« 1 Celui qui, en qualité d'offreur, d'intermédiaire ou d'acquéreur, se livre à la traite d'un être humain à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation de son travail ou en vue du prélèvement d'un organe, est puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. Le fait de recruter une personne à ces fins est assimilé à la traite.

2 Si la victime est mineure ou si l'auteur fait métier de la traite d'êtres humains, la peine est une peine privative de liberté d'un an au moins.

3 Dans tous les cas, l'auteur est aussi puni d'une peine pécuniaire.

4 Est également punissable celui qui commet l'infraction à l'étranger. Les art. 5 et 6 sont applicables ».

En effet, si la traite des êtres humains fait l'objet d'une définition dans des Conventions internationales qui lient la Suisse (Protocole de Palerme²⁷ et Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains)²⁸, les juges et procureur.e.s reconnaissent qu'**il n'est pas aisé pour une personne non spécialiste du sujet d'appliquer ce concept juridique dans une situation concrète, dans la mesure où la référence à l'article 182 CP ne leur est, en soi, d'aucune aide**. Il est nécessaire, en effet, de se référer aux traités internationaux précités. De fait, les juges et procureur.e.s admettent que les juristes qui n'ont pas été spécifiquement formé.e.s sur ce sujet ne connaissent pas la définition de la traite des êtres humains.

²⁶ RS 142.201.

²⁷ Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, RS 0.311.542.

²⁸ Cf. sur ce point Graf, pp. 11-13.

Il en est de même de la notion d'« exploitation du travail », constituant le troisième élément – le but – de la traite des êtres humains. L'« exploitation du travail » correspond, selon les conventions internationales précitées, notamment au travail forcé, à la servitude, à l'esclavage et aux pratiques analogues à l'esclavage. Ces différentes notions ne sont elles-mêmes pas définies dans les traités relatifs à la traite des êtres humains, mais dans d'autres traités internationaux des Nations Unies et de l'Organisation internationale du travail (OIT) ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁹. Le travail quotidien requis des juges et procureur.e.s et le faible nombre de cas qu'ils ou elles ont rencontrés jusqu'à présent ne leur permettent pas toujours de se référer aux instruments internationaux ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont ils ou elles ne sont pas toujours familier.e.s.

Les juges et procureur.e.s ajoutent que cette situation, à savoir l'absence de définition des concepts juridiques dans l'article 182 CP, peut aussi être problématique à l'égard des justiciables selon le principe de légalité, qui commande que toute personne pénalement punie le soit en vertu d'un texte suffisamment clair et précis pour être prévisible.

Les auteures de la présente étude avaient déjà relevé, dans le cadre de l'étude de faisabilité précédente en 2019, qu'il existait de ce point de vue une tension entre, d'un côté, l'impératif de légalité et, de l'autre côté, l'obligation positive de l'Etat de poursuivre pénalement, de manière efficace, la traite des êtres humains dans un objectif de protection des droits de l'Homme³⁰.

De ce point de vue, les juges et procureur.e.s estiment qu'il existe un fort besoin de jurisprudence en Suisse à propos de l'article 182 CP, en particulier de son application à des cas de traite des êtres humains pour exploitation du travail. Pour l'instant, ce chef d'inculpation n'est que peu utilisée sur ce type de cas en Suisse, créant un cercle vicieux en termes de pratique jurisprudentielle.

4.2. Délimitation vis-à-vis de l'infraction d'usure

Les participant.e.s constatent que l'article 182 CP ne permet pas, en raison de l'absence de définitions, de délimiter clairement les contours de la traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail, vis-à-vis de l'usure inscrite à l'article 157 CP.

L'article 157 CP incrimine et définit ainsi l'usure :

1. Celui qui aura exploité la gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement d'une personne en se faisant accorder ou promettre par elle, pour lui-même ou pour un tiers, en échange d'une prestation, des avantages pécuniaires en disproportion évidente avec celle-ci sur le plan économique, celui qui aura acquis une créance usuraire et l'aura aliénée ou fait valoir, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Si l'auteur fait métier de l'usure, la peine sera une peine privative de liberté de un à dix ans.

De fait, l'ensemble des participant.e.s reconnaît que **la distinction entre la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail et l'usure est particulièrement difficile.**

A cet égard, ils ou elles apprécient cette distinction de deux manières. Certain.e.s participant.e.s, en majorité des juges et procureur.e.s, considèrent que **la distinction entre la traite des êtres**

²⁹ Cf. sur ce point Graf, pp. 11-13.

³⁰ Graf, pp. 10-11 (cf. références citées dans la note de bas de page 40 de cette étude antérieure).

humains et l'usure est une distinction de nature : la traite des êtres humains constitue une *lex specialis* (règle spéciale) vis-à-vis de l'usure en ce que la traite exige que la personne soit traitée comme une marchandise. En d'autres termes, le critère déterminant permettant de distinguer la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail de l'usure consiste dans le fait qu'il n'existe, du côté de l'employeur ou employeuse, aucune considération pour l'être humain (l'employé.e). Cette différence de nature entre les deux infractions ressort également, selon une procureure, de la différence entre les biens juridiques protégés par l'une et l'autre selon le code pénal: la traite des êtres humains constitue une infraction à la liberté (l'autodétermination de l'être humain; plus précisément, la liberté de disposer de sa force de travail dans le cadre de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail) tandis que l'usure est une infraction au patrimoine (infraction économique). Selon les procureur.e.s et juges, c'est précisément cette *lex specialis* de la traite des êtres humains (l'atteinte à l'autodétermination de la personne de disposer de sa force de travail et, en particulier, le fait d'avoir recruté, transporté ou hébergé la personne dans ce but) qui est difficile à prouver dans un cas d'espèce. Dépourvue de ce caractère spécifique, l'infraction d'usure est plus aisée à prouver selon eux ou elles.

Certain.e.s policier.e.s ont exprimé une idée similaire à celle de la *lex specialis* de la traite des êtres humains en affirmant que la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail exigeait une appréciation subjective de la situation de la victime (apprécier l'autodétermination de la personne, en lien avec sa situation de vulnérabilité) que n'exigeait pas, selon eux ou elles, l'infraction d'usure. L'usure leur apparaît de ce point de vue comme une infraction reposant sur des éléments plus objectifs et tangibles que la traite des êtres humains, à savoir, premièrement, « la gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement d'une personne » et, deuxièmement, une disproportion entre la prestation et sa contrepartie au niveau économique.

Pourtant, l'exploitation de la gêne, de l'inexpérience et de la faiblesse de capacité de jugement d'une personne, notamment, semblent tout autant renvoyer à une appréciation subjective s'agissant de la victime que la notion d'« abus de vulnérabilité » d'une personne dans le cadre de la définition juridique internationale de la traite des êtres humains. A cet égard, un policier a précisé que la preuve de ces éléments considérés comme « objectifs » dans le cadre de l'infraction d'usure était également difficile à rapporter. Par exemple, dans le cadre d'un procès, la défense était parvenue à contrer l'argumentation selon laquelle la personne n'avait pas eu d'autre choix que de venir travailler en Suisse, en démontrant que la personne disposait de possibilités théoriques de subvenir à ses besoins dans son pays d'origine.

D'autres participant.e.s, en majorité des inspectrices du travail et des policier.e.s, estiment au contraire que **la différence entre la traite des êtres humains et l'usure est une différence de degré** (selon la théorie du « *continuum* »³¹). Dans ce sens, la différence entre les deux infractions tient à des nuances de gravité dans la situation d'exploitation.

Dans les deux cas, qu'il s'agisse de prouver une différence de degré ou de nature entre la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail et l'usure, les participant.e.s s'accordent à dire que c'est souvent, en pratique, un détail qui est susceptible de faire la différence entre les deux : une petite phrase de la victime (ce qui renvoie à l'importance cruciale jouée par le témoignage de la victime dans le cadre de la traite des êtres humains), un passeport confisqué, etc. Les participant.e.s ne sont cependant pas unanimes pour dire que la confiscation du passeport constitue un tel détail, c'est-à-dire de nature à modifier la qualification de la situation de l'usure à la traite des êtres humains.

³¹ Selon l'expression de Klara Skrivankova, cf. référence citée dans Graf, p. 4, note 6.

Certain.e.s participant.e.s estiment ainsi que la confiscation du passeport appartient aux clichés liés à la traite des êtres humains et que la réalité est plus subtile, d'autant que les victimes ressortissant d'un pays de l'Union européenne jouissent en principe de la libre circulation en Suisse en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)³² et que la confiscation de leur passeport ne constituerait donc pas un moyen utilisé par l'employeur ou l'employeuse pour les exploiter.

Ainsi, une personne sensibilisée à la thématique approfondira sous certains angles une situation constitutive d'usure, qu'il s'agisse d'investiguer pour vérifier s'il existe (ou non) une « petite chose en plus » (*lex specialis*) faisant basculer un cas vers la traite des êtres humains ou d'analyser en profondeur le degré de gravité atteint dans l'exploitation. En d'autres termes, **la perception de la différence entre l'usure et la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail dépend dans une certaine mesure de la sensibilisation à la thématique des autorités** confrontées à ces situations (en particulier des policier.e.s et des procureur.e.s).

Selon un procureur ayant participé à l'étude, l'usure cerne mieux que la traite des êtres humains le cas des personnes ayant participé de manière « volontaire »³³ à leur recrutement ainsi qu'à leur transport, le phénomène d'extorsion n'étant apparu qu'en Suisse et les employé.e.s ayant pu librement quitter leur travail après avoir constaté que les conditions de travail n'étaient pas satisfaisantes. Dans sa démonstration, le procureur se base sur la différence de nature entre l'usure et la traite des êtres humains pour expliquer qu'une personne n'ayant pas été trompée ou contrainte par la force pour être recrutée et transportée n'a pas été traitée comme de la « marchandise humaine ». La raison qui expliquerait que ces personnes acceptent de travailler en Suisse dans des conditions peu avantageuses serait leur aspiration à gagner mieux leur vie en Suisse que dans leur pays d'origine (selon les termes d'un policier participant à l'étude, du même avis que le procureur : « *Das genügt mir. Zu Hause habe ich überhaupt nichts* »³⁴), pas la contrainte exercée sur eux par l'employeur ou l'employeuse. Pour cette raison, il exclut la qualification juridique de traite des êtres humains de ce type de situation. Selon les auteures de la présente étude, la question du consentement initial des travailleurs ou travailleuses, qui excluerait la qualification de traite des êtres humains, est à traiter avec précaution. Dans l'arrêt *Chowdury c. Grèce*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en raison de la vulnérabilité des victimes (personnes en situation irrégulière, menaces de l'employeur de ne pas leur verser leur salaire si les personnes quittaient leur travail, etc.), le consentement initial des personnes était inopérant³⁵.

4.3. Préférence pour l'usure par effet d'anticipation du procès pénal

Il ressort des déclarations des participant.e.s que l'appréciation par les autorités policières et d'instruction pénale d'une situation comme constituant de l'usure plutôt que de la traite des êtres humains est également affectée par un **effet d'anticipation du procès pénal**.

³² 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, conclu le 21 juin 1999, RS 0.142.112.681.

³³ Les auteures de l'étude considèrent que ce terme doit être utilisé avec précaution dans la mesure, d'une part, où il existe souvent de fausses promesses en termes de conditions de travail, d'autre part, que les personnes sont souvent forcées par le contexte économique dans leur pays d'origine d'accepter des offres d'emploi aux conditions très peu avantageuses.

³⁴ « Cela me suffit. A la maison, je n'ai rien de toute manière » (notre traduction).

³⁵ Cf. Graf, p. 10.

Ainsi, plusieurs procureur.e.s ont indiqué préférer qualifier les faits d'usure plutôt que de traite des êtres humains pour augmenter les chances d'aboutir à une condamnation pénale de la personne responsable, compte tenu du fait que la traite des êtres humains exige des éléments supplémentaires (*lex specialis*) qui sont difficiles à prouver et qui pourraient, dès lors, être facilement « attaqués » par l'avocat.e de la défense et ne pas emporter la conviction des juges. **La majorité des procureur.e.s considère ainsi que la condamnation d'une situation d'exploitation au travail pour usure est en soi une victoire** : la personne responsable est reconnue coupable et la victime est reconnue comme telle. En d'autres termes, les autorités d'instruction pénale entendent en partie lutter contre le phénomène sociétal de l'exploitation du travail et non pas spécifiquement contre la traite des êtres humains.

Il convient toutefois de noter, selon les auteures de l'étude, qu'une victime d'usure n'est pas considérée comme une victime ayant droit aux prestations d'assistance selon la Loi sur l'aide aux victimes (LAVI)³⁶, alors qu'une victime de traite des êtres humains, à des fins d'exploitation du travail notamment, doit recevoir une assistance médicale, juridique et matérielle selon la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains. Selon les auteures de l'étude, un problème de compatibilité avec le droit international en vigueur pour la Suisse peut donc se poser sous cet angle.

En ce sens, un procureur rappelle que le procès pénal est une confrontation entre plusieurs parties. Il serait dangereux, selon lui, qu'un.e procureur.e « surqualifie » des faits dans le cadre d'un procès pénal, c'est-à-dire qualifie la situation de traite des êtres humains alors qu'il n'existe que des indices ou des soupçons de traite. En effet, en cas de doute sur les éléments constitutifs de la traite des êtres humains, les tribunaux retiendront une infraction moins grave et la peine ne sera pas à la mesure des faits reprochés. Il affirme ainsi : « Je connais mes juges ». Ce procureur affirme qu'au moment du procès pénal, c'est l'idée de justice qui guide son action (condamner une personne de manière juste, c'est-à-dire de manière proportionnée à la gravité de son action) et non pas la satisfaction d'une obligation pour la Suisse découlant de traités internationaux (l'obligation positive de réprimer efficacement la traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail).

Selon les auteures de l'étude, les procureur.e.s anticiperaient donc le procès pénal, notamment l'appréciation des juges, en orientant de manière stratégique leur instruction et leur acte d'accusation vers une infraction considérée comme plus facile à emporter la conviction des juges.

De manière liée, selon les auteures de l'étude, plusieurs policiers.e.s ont indiqué se fier à l'appréciation du ministère public quant à l'orientation de l'enquête. En d'autres termes, c'est le ministère public qui estime quelle est la piste la plus efficace à suivre du point de vue du droit pénal. Or, selon ces policier.e.s, le ministère public considère dans la plupart des cas qu'une procédure pénale pour usure est plus efficace qu'une procédure pour traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Les policier.e.s soulignent, par ailleurs, que l'enquête pour usure est plus efficace également de leur côté du fait que la traite des êtres humains requiert des éléments supplémentaires, vis-à-vis de l'usure, des éléments de nature plus subjective³⁷. Des policier.e.s reconnaissent ainsi, s'agissant des cas d'exploitation de la force de travail sur lesquels ils ou elles ont enquêté et qui ont abouti à des condamnations pour usure, qu'ils ou elles « n'ont peut-être pas eu le courage d'aller chez le juge avec la traite des êtres humains ». Bien qu'ils ou elles considèrent que leur tâche ne consiste pas à qualifier juridiquement une situation (mais uniquement d'établir

³⁶ Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, RS 312.5; sur l'exclusion de la LAVI, cf. notamment Mona/Scheidegger, p. 106.

³⁷ Cf. supra III, 4.2.

les circonstances dans lesquelles une personne a été abusée), certain.e.s policier.e.s admettent qu'il leur revient, en présence d'indices de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, « d'allumer les lumières du ministère public » en lui indiquant les circonstances précises qui sont susceptibles d'être constitutives de la traite des êtres humains.

Selon les auteures de l'étude, un effet d'anticipation semblable à celui décrit plus haut opère également s'agissant des policier.e.s. De concert avec le ministère public, ils ou elles ont tendance à anticiper le procès pénal (« le juge » dans la citation ci-dessus) et préfèrent concentrer leur enquête sur une infraction considérée comme plus facile à prouver que la traite des êtres humains. Les policier.e.s peuvent également être amené.e.s à anticiper l'appréciation du ministère public en prenant en considération, dès le début de l'enquête policière, la qualification du ministère public dans des cas similaires. Ils ou elles reconnaissent cependant qu'ils ou elles peuvent jouer un rôle d'influence, à ce stade, sur l'appréciation du ministère public.

Le même phénomène est également observé du côté des inspectrices du travail. Ainsi, dans un cas concret rapporté par l'une d'elles, l'inspectrice du travail remarque la difficulté à déterminer s'il s'agissait d'usure ou de traite des êtres humains. Dans ce cas concret, il existait des indices de traite des êtres humains (transport payé et passeport confisqué par l'employeur, horaires de travail excessifs qui empêchaient *de facto* les personnes de sortir du lieu de travail, séquelles psychologiques chez certaines victimes) mais aussi des circonstances qui ne permettaient pas de dire qu'il s'agissait d'un cas clair de traite des êtres humains (les personnes étaient venues de leur « plein gré en Suisse » – sur la base de fausses promesses cependant, elles pouvaient se promener librement et disposaient d'un téléphone). L'inspectrice du travail anticipe cependant, à la lumière d'une décision récente rendue par le ministère public dans son canton, que le cas, qu'elle a transmis au ministère public, sera probablement qualifié d'usure.

Le même effet d'anticipation de l'appréciation du ministère public en faveur de l'usure plutôt que de la traite des êtres humains est donc également observé du côté de l'inspection du travail. Or, ainsi que nous l'avons vu, cette appréciation par le ministère public est elle-même une anticipation de l'appréciation par les juges lors du procès pénal

IV. STRATÉGIES POUR CONTRER CES DIFFICULTÉS

Les participant.e.s font état de différentes stratégies afin de contrer les difficultés évoquées ci-dessus en matière de répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Il s'agit soit de pratiques déjà mises en place, soit de suggestions de pratiques à mettre en place ou de modifications du cadre légal existant.

1. Stratégies visant à assurer le témoignage de la victime

Compte tenu du rôle central joué par le témoignage de la victime pour l'application de l'article 182 CP, les participant.e.s considèrent, de manière unanime, qu'il est nécessaire de « faire plus pour les victimes ». Ainsi, il convient selon eux ou elles de mettre en place des **mesures incitatives** pour assurer la présence des victimes sur le territoire suisse au moment de l'enquête et du procès et les inciter à témoigner sur leurs conditions réelles de travail (1.1). Des **mesures alternatives** à la présence des victimes en Suisse sont également envisagées par les participant.e.s, avec des effets potentiellement positifs pour la crédibilité du témoignage (1.2).

1.1. Inciter la victime étrangère à rester ou revenir en Suisse en vue de témoigner

Les participant.e.s à l'étude évoquent diverses pistes pour assurer la présence de la victime, presque toujours de nationalité étrangère, sur le territoire suisse au moment de l'enquête et du procès dans la perspective de son témoignage, élément-clé du procès :

- garantir le **droit de séjour** en Suisse des victimes potentielles de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail dès lors qu'une enquête policière a été ouverte. La non-collaboration avec la police ne doit pas, selon un policier, constituer un désavantage pour la victime; En droit suisse, l'article 35 OASA prévoit qu'un délai de rétablissement et de réflexion de 30 jours minimum (droit temporaire de séjour pendant lequel aucune décision de renvoi ne peut être prise) est mis au bénéfice des victimes potentielles de traite des êtres humains. Par ailleurs, l'article 36 OASA prévoit que les autorités policières ou judiciaires peuvent demander aux autorités migratoires cantonales que la personne demeure en Suisse pour les besoins de l'enquête ou de la procédure judiciaire. Cependant, le délai de rétablissement et de réflexion ainsi que le séjour de la victime pour les besoins de l'enquête ou de la procédure prend fin si la personne décide de ne pas coopérer avec les autorités (article 35, al. 3 OASA et article 36, al. 3 OASA). Par ailleurs, les articles 35 et 36 OASA concrétisent l'article 30, al. 1, lit. e LEI, lequel ne confère pas en tant que tel un *droit* au séjour (l'article 30 LEI constitue en effet une disposition potestative, une « *Kann-Bestimmung* »). Néanmoins, dans un arrêt de principe du 14 février 2019 concernant l'article 36 OASA, le Tribunal fédéral a clairement affirmé que le droit de séjour des victimes de la traite des êtres humains pour les besoins de l'enquête et de la procédure pénale découle du droit international, en particulier de l'article 14, al. 1, lit. b de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (considéré dès lors par le Tribunal fédéral comme « *self-executing* »). Par conséquent, les autorités migratoires cantonales ne disposent pas de marge de manoeuvre pour octroyer une autorisation de court séjour dès lors que les autorités policières

ou judiciaires estiment que la présence de la victime est nécessaire pour l'enquête et la procédure³⁸. Ce raisonnement devrait, à notre avis, s'appliquer *mutatis mutandis* pour le délai de rétablissement et de réflexion selon l'article 35 OASA, dès lors que ce délai doit être accordé aux victimes potentielles de traite des êtres humains selon l'article 13 de la Convention du Conseil de l'Europe.

- garantir la protection de la victime en Suisse et de sa famille à l'étranger par le biais d'un programme de protection adéquat;

La Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains prévoit, de manière spécifique, à son article 28, al. 1, que « chaque Partie adopte les mesures législatives ou autres nécessaires pour assurer une protection effective et appropriée face aux représailles ou intimidations possibles, notamment au cours des enquêtes et des poursuites à l'encontre des auteurs ou après celles-ci, au profit (...) » des victimes (litt. a) et, si nécessaire, des membres de leur famille (litt. d). L'article 28, al. 2, de cette Convention dispose par ailleurs que « chaque Partie adopte les mesures législatives ou autres nécessaires pour assurer et pour offrir divers types de protection. De telles mesures peuvent inclure la protection physique, l'attribution d'un nouveau lieu de résidence, le changement d'identité et l'aide dans l'obtention d'un emploi ». Compte tenu du champ d'application de l'article 28 de la Convention du Conseil de l'Europe, ce devoir de protection et d'assistance s'applique dans le cadre des enquêtes et des poursuites judiciaires à l'encontre des responsables de la traite des êtres humains. La sécurité et la protection des victimes (article 12, al. 2) sont également à prendre en considération dans le cadre du délai de rétablissement et de réflexion qui doit être accordé aux victimes potentielles de traite des êtres humains dès leur détection (« dès lors qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne est une victime », article 13, al. 1), selon l'article 13, al. 2, de la Convention du Conseil de l'Europe.

- offrir des **perspectives** pour le futur à la victime. Un policier est ainsi d'avis qu'il faudrait être en mesure d'offrir, à la victime d'exploitation du travail, une assistance matérielle qui corresponde à l'enjeu de la venue en Suisse de la personne, à savoir un travail ou une compensation financière.

Outre l'exemple de l'aide à l'obtention d'un emploi visé à l'article 28, al. 2, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (cf. ci-dessus), l'article 12 de la Convention fait peser sur les Etats contractants une obligation d'assistance aux victimes de traite des êtres humains, qui comprend « au minimum » : « des conditions de vie susceptibles d'assurer leur subsistance, par des mesures telles qu'un hébergement convenable et sûr, une assistance psychologique et matérielle » (al. 1, litt. a). Selon l'article 13, al. 2, de la Convention, cette assistance matérielle doit être fournie à toute victime potentielle pendant le délai de rétablissement et de réflexion (« dès lors qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne est une victime », article 13, al. 1).

1.2. Prévoir des alternatives à la présence de la victime en Suisse

Des policier.e.s suggèrent d'utiliser, comme alternative à la présence de la victime en Suisse, des **enregistrements** vidéo ou audio du témoignage de la victime. Ces enregistrements auraient un autre avantage : ils permettraient de « fixer » l'état de détresse et de vulnérabilité de la victime au sortir de la relation d'exploitation. Cet état, selon les policier.e.s, évolue très rapidement dès lors que la victime recouvre son autonomie et sa dignité, au détriment de la crédibilité de son témoignage des

³⁸ Frei, § 16 : « Somit kommt das Gericht zum Schluss, dass für (potenzielle) Opfer von Menschenhandel ein offensichtlicher Anspruch auf Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung besteht, wenn die zuständige Strafverfolgungsbehörde der Auffassung ist, dass ihr weiterer Aufenthalt in der Schweiz für die Zwecke des Strafverfahrens erforderlich ist ».

années plus tard s'agissant de prouver, au procès, l'abus de sa situation par l'employeur ou l'employeuse³⁹. Un policier suggère également d'interpréter le langage non-verbal d'une victime pendant son audition, ce qui plaiderait en faveur d'un enregistrement vidéo plutôt que seulement audio.

Par ailleurs, plusieurs participant.e.s considèrent que les **nouvelles technologies** (internet, réseaux sociaux, smartphone) offrent la possibilité de constituer des preuves matérielles, qui peuvent s'avérer plus solides que le témoignage d'une victime. Il peut s'agir d'une petite annonce sur internet à la base du recrutement de la victime ou de messages échangés entre la victime et l'employeur ou l'employeuse permettant d'établir les conditions réelles de travail et de vie de la victime.

En résumé, il s'agit, selon les participant.e.s d'alléger le poids qui pèse actuellement sur le témoignage personnel et en temps réel de la victime, en cherchant plus activement d'autres éléments de preuve ou en mettant en place d'autres modalités de témoignage.

2. Stratégies visant à lutter contre les clichés de la traite des êtres humains

Pour contrer les difficultés liées aux clichés de la traite des êtres humains⁴⁰, les participant.e.s s'accordent sur l'importance de la **sensibilisation** à la thématique de la traite des êtres humains, en particulier dans sa forme de l'exploitation de la force de travail, de tous les acteurs et toutes les actrices impliqué.e.s, en particulier des primo-intervenant.e.s (policier.e.s) et des partenaires de la police dans le contrôle du respect des conditions de travail (syndicats et inspections du travail). Plusieurs participant.e.s rapportent ainsi le fait que, lorsque les policier.e.s sont sensibilisé.e.s au phénomène de la traite des êtres humains, ils ou elles sont plus vigilant.e.s (« maintenant, ils y pensent immédiatement ») et ne se concentrent pas seulement sur les infractions à la LEI.

Plusieurs participant.e.s ont également relevé l'importance de la sensibilisation des avocat.e.s en tant que maillons essentiels de la chaîne de la répression pénale de la traite des êtres humains, à des fins notamment d'exploitation du travail.

Des connaissances en droit du travail de ces différent.e.s acteurs et actrices sont également nécessaires, selon plusieurs participant.e.s, car des violations importantes du droit au travail constituent des indices de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail.

3. Stratégies visant à assurer un travail en réseau

Un policier explique que, pour remédier aux difficultés de coopération dans la lutte contre la traite des êtres humains, la loi tessinoise⁴¹ consacrant l'existence de la table ronde sur la traite des êtres humains requiert explicitement des différent.e.s acteurs et actrices impliqué.e.s qu'ils ou elles coopèrent ensemble, plus précisément qu'ils ou elles se communiquent les renseignements obtenus. Dans ce même canton, la création d'un centre de compétences pour les cas d'abus ou d'exploitation au travail, selon un spectre plus large que la traite des êtres humains, procède également d'une volonté politique de coordonner les divers.e.s acteurs et actrices dans ce domaine, en particulier le ministère public et la police avec les syndicats et les inspections du travail. Dans ce sens, les policier.e.s du centre de compétences pour les cas d'abus ou d'exploitation au travail ont formé, au niveau cantonal, les membres de syndicats chargé.e.s du contrôle du respect des conditions

³⁹ Cf. supra ; III, 1.2.

⁴⁰ Cf. supra, III, 2.

⁴¹ Legge sull'esercizio della prostituzione (LProst), 22 janvier 2018, entrée en vigueur en été 2019 au Tessin.

de travail dans certains secteurs, ainsi que les inspecteurs et inspectrices du travail, à la rédaction de procès-verbaux en lien avec la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Ainsi, les partenaires de la police dans ce canton savent quels éléments sont pertinents à recueillir afin de constituer, le cas échéant, une base solide pour une enquête policière, voire une instruction pénale, pour traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail.

Il existe dans la plupart des cantons en Suisse un mécanisme de coopération en matière de traite des êtres humains qui permet de coordonner les différentes autorités entre elles s'agissant du droit des étrangers.e.s, de la loi sur l'aide aux victimes, de l'enquête policière, de l'instruction pénale, etc., lorsqu'une situation potentielle de traite des êtres humains est détectée. Selon le rapport du GRETA sur la Suisse dans le cadre du deuxième cycle d'évaluation, certains cantons, notamment tous les cantons de Suisse romande, ainsi que les cantons du Tessin et de Berne, ont intégré les syndicats et inspections du travail aux mécanismes cantonaux de coopération (tables rondes cantonales)⁴². Cependant, si la transmission par une voie hiérarchique et formelle existe déjà dans ces cantons, en particulier entre l'inspection du travail et le ministère public, il semble que la nécessité de coopération concerne également l'échange direct et informel entre les spécialistes chargé.e.s de cas.

Un autre exemple relaté par des policier.e.s d'un autre canton concerne les « contrôles conjoints » (« *Verbundkontrollen* »), à savoir des contrôles effectués de concert par plusieurs autorités aux domaines de compétence différents et complémentaires (police des étrangers.e.s, autorités du marché du travail, police judiciaire, etc.) afin de permettre une meilleure coopération entre elles dès le moment où la victime est prise en charge. Selon les policier.e.s concerné.e.s, la coopération entre les différentes autorités dans ce cadre est excellente et ne souffre d'aucun problème lié au secret de fonction.

Ainsi que noté par plusieurs policier.e.s, la collaboration avec les organisations non gouvernementales spécialisées dans l'assistance aux victimes est également importante, dans la mesure où ces organisations sont les mieux à même de créer un lien de confiance avec la victime, contrairement aux policier.e.s qui sont aussi responsables pour sanctionner les infractions à la LEI.

4. Stratégies visant à modifier le cadre légal

Les participant.e.s à l'étude sont **divisé.e.s quant à la question de savoir si la création d'une nouvelle disposition pénale spécifique à l'exploitation du travail, indépendamment de la traite des êtres humains**, serait utile pour améliorer la lutte contre ce phénomène (4.2). La majorité s'accorde cependant sur le fait que **l'article 182 CP devrait être reformulé de manière à en préciser les notions juridiques** (4.1).

4.1. Clarification des notions de l'article 182 CP

Si la majorité des juges et procureur.e.s se prononce en faveur d'une clarification dans l'article 182 CP des notions juridiques actuellement indéterminées, notamment la « traite des êtres humains » et « l'exploitation de son travail », certain.e.s craignent qu'au moment du processus législatif, les notions définies au niveau international soient traduites de manière trop étroite en droit suisse. Une juge affirme ainsi se « méfier du législateur » et considère qu'il revient aux juges d'interpréter ces notions de manière conforme au droit international. Il existe, selon cette juge, toujours un danger

⁴² GRETA, p. 71.

à modifier une base légale lorsqu'il existe plusieurs interprétations possibles. Par ailleurs, la majorité des juges et des procureur.e.s considère qu'une reformulation de l'article 182 CP dans ce sens n'entraînerait aucune augmentation du nombre de condamnations pénales pour ce chef d'infraction, étant donné que les difficultés se situent ailleurs.

Cependant, certain.e.s juges et procureur.e.s voient dans la clarification des notions de l'article 182 CP l'opportunité de déterminer précisément quels sont les éléments constitutifs de l'infraction à rechercher, à la manière d'un « programme » (selon les termes d'Annatina Schultz, procureure et auteure d'une récente étude doctorale sur le sujet⁴³) composé d'éléments objectifs et subjectifs de l'infraction de traite des êtres humains à destination des procureur.e.s. Cette clarification pourrait avoir pour effet de démystifier la traite des êtres humains, c'est-à-dire les clichés qu'elle véhicule⁴⁴, au profit d'éléments objectifs qui correspondent à la réalité contemporaine de la traite des êtres humains.

4.2. Création d'une nouvelle norme pénale spécifique à l'exploitation du travail indépendante de la traite des êtres humains

S'agissant des participant.e.s qui se prononcent en faveur d'une nouvelle norme pénale spécifique à l'exploitation du travail, de manière indépendante de la traite des êtres humains, ils ou elles avancent les arguments suivants.

Premièrement, l'introduction d'une nouvelle norme pénale permettrait de braquer le projecteur sur le phénomène de l'exploitation au travail et donc d'exploiter ce moment de nouveauté dans un but de sensibilisation des autorités d'application du droit.

Deuxièmement, il peut exister, selon Annatina Schultz, des situations d'exploitation du travail sans qu'il n'y ait nécessairement traite des êtres humains. Or, selon elle, ces situations d'exploitation du travail indépendantes de la traite des êtres humains ne sont pas actuellement englobées par l'article 182 CP qui n'incrimine que la traite des êtres humains à *des fins de* l'exploitation du travail, mais pas l'exploitation *en tant que telle*. Plus précisément, Annatina Schultz considère que, pour qu'il y ait traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, le consentement de la victime doit être indifférent, en raison de l'utilisation d'un « moyen » (la contrainte – menace ou usage de la force –, la tromperie ou l'abus d'une vulnérabilité), tant en ce qui concerne *l'entrée* dans l'exploitation que l'exploitation *en tant que telle*. Ne remplit pas cette double exigence de « moyen » une situation dans laquelle une personne est soumise à des conditions de travail qui se détériorent graduellement, sans que l'employeur ou l'employeuse n'ait eu l'intention initiale (c'est-à-dire au moment où la personne est entrée dans la relation de travail) de soumettre la personne à une situation d'exploitation⁴⁵. Une infraction pénale spécifique à l'exploitation du travail permettrait de punir les responsables de cette situation, indépendamment de la situation de traite des êtres humains. Cette position est partagée, en Suisse, par un courant doctrinal pénaliste⁴⁶.

⁴³ Cf. Schultz. Ces précisions (cf. également celles ci-dessous dans le corps du texte) ont été formulées dans le cadre d'un entretien alors que l'ouvrage d'Annatina Schultz – cité dans la bibliographie de cette étude – n'était pas encore paru.

⁴⁴ Cf. supra III, 2.

⁴⁵ Dans ce sens, cf. Rijken, p. 13 (« However, exploitation as such does not necessarily involve involuntariness or force. The exploitation can, for instance, also exist in bad living conditions, bad working conditions, long working hours, or another violation of labour laws. »)

⁴⁶ Mona/Scheidegger, p. 107.

V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

La principale difficulté à laquelle se heurtent les autorités du droit dans la répression pénale de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail concerne le témoignage de la victime. Dans la plupart des cas, la victime n'est plus sur place au moment crucial ou produit un témoignage incohérent pour des raisons liées à son vécu traumatisant. Sur la base de suggestions formulées par les participant.e.s à l'étude, les auteures abondent dans le sens de solutions visant à offrir aux victimes de situations d'exploitation du travail une assistance de nature à leur permettant de rester sereinement en Suisse jusqu'au procès.

Ceci suppose un **droit de séjour** sur le territoire suisse, une **prise en charge** et une **protection adéquates** de la victime potentielle de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail, conformément aux traités internationaux pertinents en matière de traite des êtres humains. Ce devoir de protection et d'assistance de la victime par l'Etat s'applique pendant le délai de rétablissement et de réflexion (dès lors qu'une victime potentielle de traite des êtres humains est détectée par les autorités) ainsi que pendant l'enquête policière et la procédure judiciaire selon les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

Les autres difficultés auxquelles se heurtent les autorités d'application du droit concernent les clichés relatifs à la traite des êtres humains et l'absence de définitions dans la base légale de l'article 182 CP s'agissant de la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Ces deux difficultés se conjugent et ont pour conséquence que l'infraction d'usure est plus facile à prouver, selon l'ensemble des participant.e.s, que l'infraction de traite des êtres humains. En effet, la condamnation pour traite des êtres humains requiert un élément supplémentaire (la *lex specialis*) : le fait de traiter une personne comme une marchandise, faisant totalement abstraction de sa qualité d'humain. En outre, le fait que le moyen utilisé dans la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ne soit pas une « contrainte » au sens classique du terme (enfermement, violences physiques, etc.) mais l'abus d'une forme de vulnérabilité économique, rend la preuve de cette infraction encore plus difficile à apporter dans le cadre d'un procès pénal. Or, si une condamnation pour usure apparaît aux yeux de la majorité des participant.e.s comme une « victoire en soi », le fait que l'élément caractéristique de la traite des êtres humains (la *lex specialis*) ne soit pas réprimée pénalement apparaît problématique quant au respect des obligations internationales de la Suisse en matière de lutte contre la traite des êtres humains (tant au niveau de la sanction des responsables que de la protection des victimes).

Une **reformulation** de l'article 182 CP visant à clarifier les notions juridiques actuellement indéterminées apparaît nécessaire. La notion de « traite des êtres humains » devrait être précisée selon la définition juridique internationale du Protocole de Palerme et de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (actions, moyens et buts). Compte tenu du cliché lié à la traite des êtres humains selon lequel la personne devrait être « contrainte » à la situation (enfermée, battue, etc.), il semble pertinent de préciser, dans un alinéa distinct dans l'article 182 CP, que l'abus de la vulnérabilité d'une personne constitue un « moyen » suffisant au titre du deuxième élément constitutif de la traite des êtres humains. La notion d'« exploitation du travail » devrait également être précisée comme recouvrant, conformément aux traités internationaux précités, le travail forcé, la servitude, l'esclavage et les pratiques analogues à l'esclavage (ces dernières notions devraient encore être précisées par la jurisprudence suisse en référence avec les traités internationaux pertinents des Nations Unies et de l'OIT à la lumière des conditions de vie actuelles).

La **création d'une nouvelle base légale** indépendante pour les cas d'exploitation du travail (travail forcé, servitude, esclavage et pratiques analogues à l'esclavage) devrait être aussi envisagée par le législateur ou le pouvoir exécutif, en veillant à ce que la notion de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ne soit pas vidée de sa substance.

A cet égard, la présente étude empirique établit le fait que chaque maillon de la chaîne de la répression pénale anticipe l'appréciation de l'autorité suivante, avec en bout de chaîne le procès pénal (incarné en la personne du juge) : les inspecteurs ou inspectrices du travail et les policier.e.s orientent leur appréciation à celle du ministère public et les procureur.e.s orientent leur appréciation à celle des magistrats du siège. On peut également envisager cette « réaction en chaîne » de manière inversée : la compréhension de la traite des êtres humains par les juges orienterait l'appréciation des procureur.e.s qui déterminerait l'appréciation des policier.e.s et inspecteurs ou inspectrices du travail. Or, les clichés ou compréhensions intuitives de la traite des êtres humains jouent un rôle non négligeable dans ce phénomène d'anticipation.

La **sensibilisation** à la traite des êtres humains, à des fins notamment de l'exploitation du travail, ne doit pas s'adresser qu'aux primo-intervenant.e.s (inspecteurs et inspectrices du travail, membres de syndicats et policier.e.s) et aux autorités de poursuite pénale, mais aussi voire surtout aux **magistrats du siège (juges)**. La sensibilisation de tous et toutes les juges à cette thématique est susceptible d'avoir un effet sur l'ensemble de la chaîne de répression pénale, en raison de cet effet d'anticipation évoqué dans l'étude.

Enfin, le travail en réseau, notamment entre l'inspection du travail, les syndicats et la police, ne devrait pas être empêché par le secret de fonction compte tenu de son rôle essentiel, selon les participant.e.s, dans la lutte contre la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Or, en dehors du cadre légal de la LTN et de mécanismes spécifiquement mis en place dans certains cantons, le secret de fonction fait obstacle, selon certain.e.s participant.e.s, à une collaboration simple, directe et efficace, entre inspecteurs ou inspectrices du travail et policier.e.s.

Il faudrait envisager, dans chaque canton, de prévoir une **base légale** formalisant la **nécessité de collaborer** entre les autorités en vue de lutter contre la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail. Cependant, conformément aux recommandations des organes internationaux en la matière, ce flux d'informations doit être assorti de pare-feux s'agissant du statut migratoire de la victime présumée afin de ne pas porter préjudice à cette dernière (en cas de séjour irrégulier sur le territoire suisse).

BIBLIOGRAPHIE

S'agissant d'une étude empirique, le renvoi à la doctrine joue ici un rôle marginal. Pour de plus amples références à la littérature pertinente, prière de se référer à la bibliographie à la fin de l'étude précédente : GRAF ANNE-LAURENCE (AVEC LA COLLABORATION DE PROBST JOHANNA), Répression de l'exploitation du travail en Suisse : étude de faisabilité sur la mise en œuvre de l'article 182 CP à la lumière des droits humains, CSDH, Berne, 2019.

Doctrine

FREI NULA, Völkerrechtliche Aufenthaltsansprüche von Menschenhandelsopfern, in : Jusletter 21 octobre 2019.

GRAF ANNE-LAURENCE (AVEC LA COLLABORATION DE PROBST JOHANNA), Répression de l'exploitation du travail en Suisse: étude de faisabilité sur la mise en oeuvre de l'article 182 CP à la lumière des droits humains, CSDH, Berne, 2019.

PROBST JOHANNA/EFIONAYI-MÄDER DENISE (AVEC LA COLLABORATION DE BADER DINA), Exploitation du travail dans le contexte de la traite des êtres humains : état des lieux en Suisse, SFM, Neuchâtel, 2016.

RIJKEN CONNY, Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation: Cooperation in an Integrated Approach, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2013, vol. 21, pp. 9-35.

RITTER ANNE-SOPHIE, Art. 4 EMRK und das Verbot des Menschenhandels, Eine Untersuchung zu den positiven Pflichten der Bundesrepublik Deutschland zur Bekämpfung des Menschenhandels im Kontext des europäischen Menschenrechtsschutzes, Nomos, Baden-Baden, 2015.

SCHEIDEGGER NORA/MONA MARTINO, Zwangsarbeit und Arbeitsausbeutung: kategoriale Unterscheidung und strafrechtliche Erfassung, Revue de droit suisse, 1/2019, pp. 89-110.

SCHULTZ ANNATINA, Die Strafbarkeit von Menschenhandel in der Schweiz. Analyse und Reformbedarf von Art. 182 StGB, Schulthess, Zürich, 2020.

Autres

GROUPE D'EXPERTS SUR LA LUTTE CONTRE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS (GRETA), Rapport concernant la mise en oeuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la Suisse.

CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), Synthèse du panel d'expert-e-s : exploitation du travail de migrant-e-s vulnérables : possibilités de prévention et de répression, 3 octobre 2017, Neuchâtel. Disponible à cette adresse : https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/180425_Synthese_panel_dexperts_exploitation_travail_fr.pdf

ANNEXES

Liste des personnes interrogées dans le cadre de cette étude

Juges et procureur.e.s

Christian Bächle, procureur et suppléant du premier procureur, canton de Saint-Gall

Anne Jung Bourguin, juge au Tribunal pénal, canton de Genève

Liselotte Henz, juge (présidence) à la Cour d'appel, canton de Bâle-Ville

Anastasia Falkner, juge au Tribunal cantonal, canton de Berne

Runa Meier, procureure, canton de Zurich

Eric Mermoud, procureur, canton de Vaud

Alexandra Sigrist, procureure, canton de Genève

Gaëlle van Hove, juge à la Cour pénale de la Cour de justice, canton de Genève

Policier.e.s et inspectrices du travail

Natalia Baume, inspectrice du travail, Office cantonal de l'inspection et des relations du travail, service de l'inspection du travail, canton de Genève

Emilie Brügger, inspectrice, police de sûreté, Commissariat criminel, canton de Fribourg

Hubert Feller, police des étrangers de la ville de Berne, canton de Berne

Michel Grize, inspecteur principal adjoint, police de sûreté, Brigade Migration Réseaux Illicites, canton de Vaud

Jean-François Lauener, inspecteur principal, sous-chef de la Brigade Migration Réseaux Illicites, police de sûreté, canton de Vaud

Georges Locatelli, commissaire chef, responsable du TESEU (« *Tratta E Sfruttamento di Esseri Umani* »), police judiciaire, canton du Tessin

Melanie Marshall, juriste, Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs, canton de Vaud

Ramona Passarelli, police des étrangers de la ville de Berne, canton de Berne

Stefano Sperandio, commissaire, responsable suppléant du TESEU (« *Tratta E Sfruttamento di Esseri Umani* »), police judiciaire, canton du Tessin

Experte académique

Annatina Schultz, procureure, canton de Berne, Dr. iur. de l'Université de Zurich

Questionnaire aux participant.e.s

Questions principales posées au groupe focal 1 (juges et procureur.e.s)

Introduction

- Tour de table : quel lien avez-vous avec la thématique de la traite des êtres humains, plus spécifiquement à des fins d'exploitation du travail ? *Vorstellungsrunde : Welche Verbindung haben Sie zum Thema Menschenhandel, insbesondere zum Zweck der Arbeitsausbeutung?*

Sensibilisation

- Comment estimez-vous votre niveau de connaissances / spécialisation par rapport à celui de vos collègues ? *Wie würden Sie Ihren Wissensstand zum Thema, im Vergleich zu dem Ihrer Kolleginnen-en, beschreiben?*

Difficultés : discussion de cas concrets

- Avez-vous été impliqué-e dans un cas dans lequel il existait des indices /suspçons de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail mais qui n'a pas abouti à un procès ou à une condamnation pour traite des êtres humains ou même à des poursuites pour ce chef d'infraction ? *Waren Sie schon einmal mit einem Fall konfrontiert, bei dem es Anzeichen / Verdacht auf Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung gab, der aber nicht in einem Prozess oder einer Verurteilung wegen Menschenhandels gemündet ist, bzw. nicht mal in vertieften Strafuntersuchungen unter diesem Tatbestand?*

Formes mixtes d'exploitation (sexuelle et au travail)

- Que pensez-vous du cas suivant ? « S. a travaillé pendant un peu plus d'une année, sans autorisation d'exercer une activité lucrative, comme aide dans un restaurant à Berne. Elle travaillait 6 jours par semaine en contrepartie de 1300 CHF par mois et était nourrie et logée. Elle s'est plainte à la police qu'elle était forcée d'avoir des relations sexuelles avec le propriétaire du restaurant plusieurs fois par mois. Le ministère public a rendu une ordonnance de non-lieu pour les infractions de viol et de contrainte sexuelle en raison du manque de crédibilité des allégations de S. Il a notamment été noté qu'il était étonnant que S. soit restée vivre et travailler chez le propriétaire du restaurant malgré ces abus, et que l'absence d'autorisation en droit des étrangers de S. ne constituait pas en soi une forme de contrainte qui l'aurait forcée à avoir des relations sexuelles avec lui. Le ministère public a par contre condamné, par une ordonnance séparée, S. pour infractions à la loi sur les étrangers (aLEtr) pour activité lucrative sans autorisation et séjour illégal en Suisse » (cas B4 de l'étude CSDH, 2019). • *Was denken Sie von diesem Fall? «S. hat während etwas mehr als einem Jahr ohne Arbeitsbewilligung als Aushilfe in einem Restaurant in Bern gearbeitet. Sie arbeitete 6 Tage pro Woche gegen 1300 CHF pro Monat sowie Kost und Logis. Sie zeigte der Polizei an, vom Restaurantbesitzer mehrmals pro Monat zum Geschlechtsverkehr gezwungen zu werden. Mit Verweis auf die mangelnde Glaubhaftigkeit der Aussagen von S. erliess die Staatsanwaltschaft eine Nicht-Anhandnahme bezüglich der Tatbestände von Vergewaltigung und sexuellem Zwang. Hervorgehoben wurde in diesem Zusammenhang, dass S. erstaunlicherweise trotz dieser Misshandlungen weiterhin bei dem Restaurantbesitzer wohnte und arbeitete und dass das Fehlen einer Arbeitsbewilligung an sich keine Form von Zwang darstelle, der sie zu einer sexuellen Beziehung mit ihm genötigt hätte. Allerdings verurteilte die Staatsanwaltschaft S., in einer getrennten Verfügung, wegen Zuwiderhandlungen gegen das Ausländergesetz (aAuG) durch Aufnahme*

einer illegalen Beschäftigung und widerrechtlichen Aufenthalt in der Schweiz» (Fall B4 SKMR Studie 2019).

Définitions

- Comment définissez-vous la traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ? *Wie definieren Sie Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung?*
- Comment définissez-vous l'« exploitation » ? *Wie definieren Sie den Begriff «Ausbeutung»?*

Nouvelles technologies

- Quel rôle joue à votre avis internet dans l'infraction de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ? *Welche Rolle spielt Ihnen zu Folge das Internet hinsichtlich des Delikts Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung?*

Questions principales posées au groupe focal 2 (policier.e.s et inspectrices du travail)

Introduction

- Tour de table : quel lien avez-vous avec la thématique de la traite des êtres humains, plus spécifiquement à des fins d'exploitation du travail ? *Vorstellungsrunde: Welche Verbindung haben Sie zum Thema Menschenhandel, insbesondere zum Zweck der Arbeitsausbeutung?*

Sensibilisation

- Comment estimez-vous votre niveau de connaissances / spécialisation par rapport à celui de vos collègues ? *Wie würden Sie Ihren Wissensstand zum Thema, im Vergleich zu dem Ihrer Kolleginn-en, beschreiben?*

Difficultés : discussion de cas concrets

- Avez-vous déjà été confronté-e à un cas (de soupçons) de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ? *Waren Sie schon einmal mit einem (Verdachts-) Fall von Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung konfrontiert?*
- Quelles difficultés rencontrez-vous par rapport à la détection de la traite des êtres humains en lien avec l'exploitation du travail ? *Welchen Schwierigkeiten begegnen Sie bezüglich der Identifizierung von Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung?*

Statistique policière

- Comment est saisie l'infraction de traite des êtres humains dans la statistique policière ? *Wie wird der Tatbestand des Menschenhandels in der Polizeistatistik erfasst?*
- Comment expliquez-vous la grande différence entre le nombre d'infractions pour traite des êtres humains saisi dans la statistique policière et le nombre final de condamnations ? *Wie erklären Sie die grosse Differenz zwischen der in der polizeilichen Kriminalstatistik erfassten Anzahl von Menschenhandelsfällen und der Anzahl schlussendlicher Verurteilungen unter diesem Tatbestand?*

Nouvelles technologies

- Quel rôle joue à votre avis internet dans l'infraction de traite des êtres humains à des fins d'exploitation du travail ? *Welche Rolle spielt Ihnen zu Folge das Internet hinsichtlich des Delikts Menschenhandel zwecks Arbeitsausbeutung?*