

Combattre véritablement

■ Jean-Michel Dolivo et
Christophe Tafelmacher,
avocats, Lausanne

Le 1^{er} janvier 2008 a vu l'entrée en vigueur de la Loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN), ainsi que son ordonnance (OTN). Présentation et critique.

Pour combattre le travail au noir, les nouvelles dispositions instituent des simplifications administratives ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression¹. Nous allons présenter ici les principaux éléments de cette législation, tout en soulignant déjà qu'elle présente des aspects problématiques, tant s'agissant de l'objectif réellement poursuivi que des effets qu'elle pourrait entraîner.

Définition du travail au noir

Un problème important soulevé par la LTN est la confusion qu'elle maintient dans la notion même de «travail au noir».

Dans son Message concernant la LTN du 16 janvier 2002², le Conseil fédéral relève qu'«il n'existe pas à ce jour de définition juridique univoque du travail au noir». Et le gouvernement de préciser qu'«on entend en général par travail au noir (ou travail illicite) une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales». Le Message énumère ensuite une série d'activités ou de comportements qui, selon le gouvernement, entrent dans cette définition:

- «l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation des droits des étrangers;
- l'emploi de travailleurs non déclarés aux assurances sociales obligatoires;
- l'emploi non déclaré exercé par un travailleur alors qu'il bénéficie de prestations de l'assurance-chômage ou d'une autre assurance sociale ou privée;
- des travaux exécutés par des travailleurs, notamment durant leur temps libre, en violation d'une convention collective;
- des travaux exécutés dans le cadre d'un rapport de travail auquel

on a donné une dénomination impropre qui a pour effet d'éluider les dispositions légales pertinentes (faux indépendant);

- l'emploi de travailleurs non déclarés aux autorités fiscales en violation d'une disposition légale prévoyant une telle déclaration;
- les travaux exécutés par des travailleurs qui ne déclarent pas le salaire relatif aux autorités fiscales;
- les travaux exécutés à titre onéreux dont la contre-prestation pécuniaire n'apparaît pas dans la comptabilité et n'est pas déclarée comme elle devrait l'être en vertu des lois pertinentes».

De leur côté, les Chambres fédérales ont écarté cette définition, si bien que la LTN ne précise pas ce qu'il faut entendre par travail au noir. Cette absence de définition légale illustre bien la difficulté d'une approche juridique des multiples facettes de ce que l'on appelle «l'économie informelle».

Le point de vue du Conseil fédéral, résumé dans son Message, est le suivant: «Le travail au noir ne constitue pas un délit négligeable. Il est à l'origine de nombreux problèmes (notamment perte de recettes pour le secteur public, menace pour la protection des travailleurs, distorsion de la concurrence et de la péréquation financière). Par ailleurs, le non-respect des lois affecte la crédibilité de l'Etat. Il doit être combattu pour des raisons à la fois économiques, sociales, juridiques et éthiques (...) Le Conseil fédéral est convaincu qu'il se doit de réagir et que le présent projet constitue une solution efficace et pragmatique pour contribuer à endiguer ce phénomène. La lutte contre le travail au noir passe certes par des mesures d'incitation, mais surtout, pragmatisme oblige, par une politique de répression.»³

Pour notre part, nous considérons qu'il faut distinguer le travail sans autorisation de séjour d'un

le travail au noir?

côté, le non-respect des dispositions de conventions collectives de travail (CCT) ou le non-paiement des assurances sociales et des impôts de l'autre côté. A notre sens, il faudrait réserver l'expression «travail au noir» à ce deuxième aspect seulement. Il est parfaitement justifié et légitime de combattre le travail au noir ainsi défini, car il provoque un «dumping» salarial ou social qui porte atteinte aux droits de l'ensemble des salariés. Mais on ne saurait oublier qu'une partie importante des personnes sans autorisation de séjour – celles que l'on désigne souvent comme les «sans-papiers» – travaille dans des conditions conformes aux CCT, s'acquitte des cotisations aux assurances sociales et paie l'impôt à la source⁴: celles-ci ne contribuent donc pas au «dumping». En entretenant la confusion entre ces diverses situations, on risque de ne s'attaquer qu'aux «sans-papiers», et non pas au travail au noir au sens où nous l'entendons.

Les mesures prévues par la LTN

La LTN introduit une série de mesures, que nous allons maintenant détailler.

1 La LTN met tout d'abord en place un **allègement administratif dans les assurances sociales et pour l'impôt à la source.**

Il s'agit surtout de simplifier les démarches par l'introduction d'une procédure simplifiée pour la déclaration d'activité dépendante de faible ampleur, comme les travaux domestiques ou des activités temporaires. L'employeur ne doit inscrire ses employés qu'auprès d'un seul et même assureur, la caisse de compensation AVS, laquelle est ensuite

chargée de transmettre l'inscription aux autres assureurs concernés. L'employeur qui entend bénéficier de cette procédure simplifiée doit s'annoncer auprès de la caisse de compensation AVS dès le début d'un rapport de travail⁵. Le passage à la procédure simplifiée ou inversement est possible au début de chaque année civile⁶, l'employeur devant annoncer son intention à la caisse de compensation avant la fin de l'année civile précédente. Les employeurs peuvent être exclus de la procédure simplifiée s'ils ne respectent pas leurs obligations en matière de paiement et de collaboration⁷.

Pour bénéficier de cette procédure simplifiée, les entreprises doivent répondre à trois conditions, à savoir que le salaire annuel de chaque salarié n'excède pas le salaire minimum fixé à l'article 7 de la Loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), soit Fr. 19 890.–, que la masse salariale annuelle totale de l'entreprise n'excède pas 200% du montant de la rente de vieillesse annuelle maximale de l'AVS, soit Fr. 53 040.– et qu'enfin le décompte des salaires soit effectué par l'entreprise pour tout le personnel selon la procédure simplifiée⁸.

L'employeur verse en outre un impôt à la source de 5% (à savoir 4,5% pour le canton et la commune, plus 0,5% de l'impôt fédéral direct).

Cet allègement administratif nous paraît une mesure positive, mais bien trop limitée. En effet, au vu des conditions posées pour en bénéficier, seules de petites entreprises seront concernées. Dans le domaine du nettoyage par exemple, très touché par le travail au noir au sens où nous l'entendons, les principaux employeurs ne pourront pas profiter de cet allègement, ce qui en réduira donc la portée pratique.

1 Article 1er LTN.

2 FF 2002 3371-3449, spécialement 3374.

3 FF 2002 3372.

4 «Sans-papiers, mais pas sans droits!», plaidoyer 1/03, pp. 41-44.

5 Article 1er, alinéa 1er OTN.

6 Article 1er, alinéa 2 OTN.

7 Article 1er, alinéa 3 OTN.

8 Article 2 LTN.

2 En second lieu, la LTN promeut l'intensification des contrôles dans les entreprises, ceci au travers de plusieurs dispositifs.

La LTN oblige les cantons à désigner un organe de contrôle qui effectuera les contrôles dans les entreprises et vérifiera le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source.

Les personnes chargées des contrôles sont désormais autorisées à pénétrer dans une entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées, exiger les renseignements nécessaires des employeurs et des travailleurs, consulter ou copier les documents nécessaires, contrôler l'identité des travailleurs et contrôler les permis de séjour et de travail⁹. Les personnes chargées des contrôles pourront exiger des employeurs, des travailleurs et des indépendants les renseignements et documents nécessaires attestant qu'ils ont respecté leurs obligations en matière d'annonce et d'autorisations en vertu du droit des étrangers et leurs obligations en matière d'annonce et de décompte en vertu du droit des assurances sociales et de l'imposition à la source¹⁰. Les documents visés sont ceux qui attestent des heures de travail effectuées par les travailleurs, qui indiquent le type de contrat liant les personnes concernées et la date à laquelle il prend effet, ainsi que les décomptes individuels de salaire et justificatifs de versement du salaire¹¹.

L'organe de contrôle cantonal coordonnera son activité avec celle d'autres institutions de contrôle, telles la Commission tripartite cantonale instituée par l'article 360b CO qui a pour mission d'observer le marché du travail et qui, dans la

mesure où elle constate des abus au sens de l'article 360a, alinéa 1er CO, propose à l'autorité compétente d'édicter pour des branches ou professions concernées un contrat type de travail fixant des salaires minimaux. L'organe de contrôle cantonal coordonnera également son activité avec les organes paritaires institués par des conventions collectives de travail. L'OTN autorise les cantons à déléguer les activités de contrôles à des tiers. Cette délégation est soumise à un contrat de prestations, comprenant un cahier des charges et le montant de l'indemnisation versée pour les activités de contrôle déléguées¹². Toutefois, un organe paritaire auxquelles des activités de contrôles ont été déléguées ne peut contrôler que des entreprises soumises à la convention collective de travail qui l'institue¹³.

Les cantons pourront également prévoir que l'organe de contrôle cantonal soit chargé tant de l'exécution de la LTN que de la Loi sur les travailleurs détachés¹⁴. Relevons ici que, selon l'Ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (Odét), les commissions tripartites sont notamment compétentes pour formuler des propositions de contrat-type de travail, d'extension des conventions collectives, contrôler le respect des salaires minimaux fixés par les contrats types de travail ainsi qu'examiner les situations susceptibles d'abus ou d'infractions, tels les faux indépendants, les séjours inférieurs à trois mois.

La LTN ne prévoit pas que la Confédération fixe aux cantons un nombre déterminé de contrôles à effectuer dans la lutte contre le travail au noir. Les cantons pourront ainsi décider souverainement de la fréquence des contrôles effectués ainsi que les branches professionnelles dans lesquelles ils doivent avoir lieu.

La LTN prévoit de nouvelles sanctions qui s'ajoutent à celles existantes selon les dispositions applicables au domaine considéré.¹⁵ L'autorité cantonale compétente pourra exclure des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus tout employeur qui a commis des infractions graves et répétées aux obligations en matière d'annonce d'autorisations prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers¹⁶. L'autorité cantonale compétente pourra aussi diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur fautif concerné¹⁷. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) rendra public, sur Internet, la liste des sanctions qui ont été prononcées par les autorités cantonales et qui excluent des employeurs des marchés publics ou prévoient une diminution des aides financières qui leur sont accordées¹⁸.

Sur le principe, on ne peut que saluer la mise en place de contrôles visant à vérifier le respect des CCT, le paiement des assurances sociales et des impôts. Toutefois, l'expérience montre que ces contrôles, menés déjà actuellement dans les cantons, notamment par des organes auxquels participent les syndicats dans le canton de Vaud, débouchent souvent sur la dénonciation de «sans-papiers», qui plus est au faciès, avec arrestations et expulsions à la clé. De la sorte, aux yeux des personnes sans autorisation de séjour, ces contrôles affaiblissent l'image des syndicats en tant que défenseurs de tous les travailleurs et travailleuses.

3 En troisième lieu, la LTN met en place une collaboration des organes de contrôle avec d'autres autorités.

Les autorités cantonales ou fédérales compétentes en matière

d'inspection du travail, de marché du travail et d'assurance-chômage, d'emploi, de police, d'asile, de police des étrangers et d'état civil, ainsi qu'en matière fiscale devront désormais collaborer activement avec les organes de contrôles cantonaux. Il devrait en aller de même des autorités cantonales ou fédérales et des organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales¹⁹.

Ces autorités devront informer l'organe de contrôle cantonal lorsqu'elles relèvent des indices de travail au noir dans le cadre de leurs activités courantes²⁰. Les autorités cantonales ou fédérales compétentes en matière d'assurance-chômage ainsi que les autorités cantonales ou fédérales et les organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales devront également communiquer les résultats de leurs contrôles aux autorités compétentes en matière d'asile et de droit des étrangers dès lors que la personne concernée a perçu un revenu provenant d'une activité lucrative salariée ou indépendante pour laquelle les contributions aux assurances sociales n'ont pas été versées et qu'il n'apparaît pas d'emblée que la situation de séjour de la personne concernée est conforme aux dispositions en vigueur²¹.

Le cloisonnement des bases de données fiscales ou des assurances sociales a permis jusqu'à présent à des personnes d'être normalement assurées ou de s'acquitter de l'impôt, tout en séjournant sans autorisation en Suisse. Pour celles-ci, l'obligation de collaborer introduite par la LTN est susceptible d'entraîner des conséquences négatives. En effet, toute travailleuse ou tout travailleur dépourvu d'autorisation de séjour qui aurait fait l'objet d'un contrôle de la part de l'organe de contrôle cantonal compétent devrait en principe être dénoncé aux

autorités de police des étrangers, de même que son employeur. Cotiser à l'AVS ou payer l'impôt à la source pourrait désormais conduire à une expulsion. Le résultat obtenu risque bien d'être le contraire de l'objectif recherché: tant les employeurs que les travailleurs seront poussés à renoncer à s'annoncer aux assurances sociales ou au fisc. C'est d'ailleurs ce qui a été observé sur le terrain, avant même l'entrée en vigueur de la LTN, comme nous l'ont rapporté de nombreuses personnes directement touchées.

4 En quatrième lieu, la LTN accorde des droits aux travailleurs découlant d'une activité lucrative non autorisée.

Dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion, les autorités ont désormais l'obligation de signaler aux étrangers concernés qu'ils peuvent éventuellement faire valoir des droits à l'égard de leur employeur quant à l'activité lucrative non autorisée qu'ils ont exercée et qu'ils ont la possibilité de désigner un mandataire pour ce faire²².

En cas de violation des obligations d'annonce et d'autorisation en matière de droit des étrangers et dans la mesure où la personne concernée a quitté le territoire suisse, les organisations syndicales ayant pour but statutaire de défendre les intérêts sociaux et économiques de leurs membres ont qualité pour agir en constatation des droits qu'un travailleur pourrait faire valoir à l'encontre de son employeur²³. Cette action en constatation introduite par une organisation syndicale interrompt la prescription au sens de l'article 135 CO. En vertu de l'article 128, chiffre 3 CO, les créances des travailleurs pour leurs services, c'est-à-dire les créances qui ont un caractère salarial, se prescrivent par cinq ans. Pour les créances des tra-

- 9 Article 7, alinéa 1er LTN.
- 10 Article 4, alinéa 1er OTN.
- 11 Article 4, alinéa 2 OTN.
- 12 Article 3, alinéa 1er OTN.
- 13 Article 3, alinéa 2 OTN.
- 14 Article 2, alinéa 4 OTN.
- 15 Article 10 LTN.
- 16 Article 13, alinéa 1er LTN.
- 17 Article 13, alinéa 1er in fine LTN.
- 18 Article 6, alinéa 1er OTN.
- 19 Article 11, alinéa 1er LTN.
- 20 Article 11, alinéa 1er LTN.
- 21 Article 12, alinéa 2 LTN.
- 22 Article 14 LTN.
- 23 Article 15 LTN.

vailleurs qui n'ont pas un caractère salarial, par exemple pour le remboursement de frais, pour une indemnité en tort moral, pour la délivrance du certificat de travail, elles se prescrivent, conformément à l'article 127 CO, par dix ans.

Le for de cette action en constatation de droit est celui fixé à l'article 343, alinéa 2 CO et à l'article 24 LFors.

Soulignons qu'il n'est reconnu aux organisations syndicales que la qualité pour agir en constatation et non celle pour agir en condamnation. Même limité, ce droit d'action des organisations syndicales est particulièrement important en cette matière, dès lors que la personne concernée ayant quitté le territoire suisse, elle n'est très souvent plus en mesure de faire constater judiciairement ses droits. On ne peut donc que saluer cette mesure favorable aux «sans-papiers».

Toutefois, ce droit d'action n'étant pas condamnatore, il appartiendra toujours à la travailleuse ou au travailleur concerné-e d'agir personnellement devant le Tribunal compétent pour obtenir un jugement condamnatore et pouvoir engager, sur cette base, d'éventuelles poursuites à l'égard de son ancien employeur. Gageons que ces salarié-e-s, renvoyés ou expulsés en Afrique, en Amérique latine ou ailleurs dans le monde, rencontreront bien des difficultés, notamment matérielles, pour mettre en œuvre une telle procédure!

Répression accrue des «sans-papiers»

Tout laisse ainsi penser que, par le biais de la LTN, l'on va surtout s'attaquer aux «sans-papiers» et aux petits employeurs, en laissant de côté ce qui nous semble le véritable problème à combattre, le «dumping» salarial et social.

Comme on l'a vu, la LTN risque de pousser davantage les travailleuses et travailleurs sans statut légal, actuellement déclarés aux assurances sociales, vers un travail au noir au sens où nous l'entendons. Elle incite en effet les différentes assurances sociales à dénoncer les salariés pour lesquels il n'apparaît pas d'emblée que leur situation de séjour est conforme aux dispositions en vigueur²⁴.

A ceci s'ajoute le fait qu'à son article 10, la LTN renvoie à la nouvelle Loi sur les étrangers (LEtr) en ce qui concerne les sanctions à l'égard des «sans-papiers». Or, force est de constater que cette dernière, entrée également en vigueur au 1er janvier 2008, prévoit des sanctions aggravées par rapport à l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE).

Ainsi, la LEtr dispose que les autorités compétentes renvoient l'étranger de Suisse sans décision formelle dans les cas où il n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu ou lorsqu'il ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse pendant un séjour non soumis à autorisation²⁵. Ce renvoi se fait au terme d'une procédure simplifiée, qualifiée par la LEtr de «renvoi sans décision formelle». Sur demande immédiate, l'autorité compétente rend une décision. Celle-ci peut faire l'objet d'un recours dans un délai ridiculement bref de trois jours après notification, au surplus dépourvu d'effet suspensif, l'autorité de recours décidant dans les dix jours de la restitution de l'effet suspensif.

Pour le surplus, l'article 115 LEtr dispose qu'est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque contrevient aux dispositions sur l'entrée en Suisse, séjourne illégalement en Suisse, notamment après l'expiration de la durée du séjour non soumis à autorisation ou du sé-

jour autorisé, exerce une activité lucrative sans autorisation, entre en Suisse ou quitte la Suisse sans passer par un poste frontière autorisé. Par rapport à l'ancienne Loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), les peines menaces sont ainsi aggravées: ces délits, dans la LSEE, étaient en effet passibles de l'emprisonnement jusqu'à six mois, auxquels pouvait être ajoutée une amende de 10 000 francs au plus²⁶. La LEtr limite également les cas de peu de gravité, dans lesquels la peine peut consister en une amende seulement, à l'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux²⁷.

Les sanctions prévues à l'égard des employeurs ont également été renforcées. L'article 117 LEtr, reprenant l'article 23, alinéas 4 et 5 LSEE, élargit le cadre des peines: la peine menace pour l'emploi d'étrangers sans autorisation étant une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée. Cela dit, l'expérience montre que, sous l'égide de la LSEE, les employeurs ont été bien plus rarement sanctionnés que les travailleurs; ils ont également subi des peines moins lourdes et n'ont évidemment pas été expulsés de Suisse, au contraire de la plupart des «sans-papiers» condamnés pour séjour ou travail sans autorisation.

Il faut noter de plus que toute forme d'aide au séjour illégal, même si elle n'est pas marquée par un dessein de lucre, est également punissable. Pire, ce délit de solidarité est considéré comme «aggravé» lorsque commis par des groupes ou associations «formés dans le but de commettre de tels actes de manière suivie»²⁸. En parallèle, en modifiant la Loi sur la surveillance de la cor-

responsance et des télécommunications, on a prévu derechef une nouveauté: le soupçon que des actes punissables en vertu des mêmes articles 116 et 118 LEtr sont en train d'être commis pourrait justifier des écoutes téléphoniques, tandis que la Loi sur l'investigation secrète donne carte blanche à l'infiltration d'agents pour prévenir et surveiller la commission de délits sanctionnés par la LEtr. Officiellement, ces mesures visent les organisations de passeurs. Mais le texte de la loi mentionne le motif d'agir en association sans le lier à un but d'enrichissement: les collectifs de sans-papiers comme les syndicats sont donc potentiellement aussi visés. Ces dispositions viennent ainsi contredire les droits nouvellement reconnus par l'article 14 LTN en faveur de ces mêmes syndicats, dont il a été question plus haut.

L'application des nouvelles dispositions de la LTN ou de la LEtr est bien évidemment dépendante de l'actuel contexte social et politique. Il conviendra d'être sur ce point particulièrement vigilant.

Précarité croissante du travail

Travail temporaire, travail auxiliaire, travail sur appel, liberté de licenciement, précarisation des conditions d'existence des salariés: telle est aujourd'hui la réalité du monde du travail. C'est dans ce cadre que se développe le travail au noir au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire un emploi privé de droits, qui s'écarte des protections déjà minimales fixées par la législation.

En Suisse, le travail au noir représenterait presque 9,3% du produit intérieur brut (PIB), soit environ 37 milliards de francs, selon des estimations concordantes. Les secteurs professionnels les plus concernés sont les emplois domestiques,

l'hôtellerie et la restauration, l'agriculture, le bâtiment et le nettoyage. Comme l'illustre le dernier film de Ken Loach, *It's a free world*, le travail au noir est souvent présent dans des entreprises sous-traitantes, ce qui permet aux grandes entreprises d'avoir «les mains propres».

Le paradoxe de la LTN tient au fait que, dans le but de combattre une notion qu'elle ne définit même pas – le travail au noir –, elle va très certainement précariser davantage les travailleuses et travailleurs «sans-papiers», rendant de fait plus difficile l'exercice de leurs droits en matière de conditions de travail. De plus, on peut craindre que la répression frappe aussi les associations qui viennent en aide à ces personnes.

L'entrée en vigueur de la LTN qui se fait de manière simultanée et complémentaire avec celle de la nouvelle LEtr va ainsi très certainement accroître encore l'exploitation dont sont l'objet les salarié-e-s «sans-papiers». Il pourrait donc, dans un avenir proche, être encore plus avantageux d'employer des personnes sans autorisation de séjour. Le résultat de l'application de la LTN pourrait ainsi bien être... un accroissement du travail au noir!

24 Article 12, alinéa 2 litt. b LTN.

25 Article 64 LEtr.

26 Article 23, alinéa 1er LSEE.

27 Article 116 LEtr.

28 Articles 116 et 118 LEtr.