

LE DOSSIER DU MOIS DE L'ARTIAS

La nouvelle loi fédérale sur le travail au noir ou les ambiguïtés du traitement juridique de l'économie informelle

Dossier préparé par:

Pascal Mahon
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Juillet 2007

Avertissement: *Le contenu des «dossiers du mois» de l'ARTIAS n'engage que leurs auteur-es*

RESUME

La Suisse s'est dotée, en juin 2005, d'une nouvelle «*loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN)*», qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

Le message du Conseil fédéral à l'appui de cette loi illustre parfaitement et d'entrée de jeu la difficulté de l'approche juridique du phénomène de l'économie informelle. A titre d'exemple, le «condensé» placé en exergue de ce message, et censé synthétiser la problématique : «*Le travail au noir ne constitue pas un délit négligeable. Il est à l'origine de nombreux problèmes (notamment pertes de recettes pour le secteur public, menace pour la protection des travailleurs, distorsions de la concurrence et de la péréquation financière). Par ailleurs, le non-respect des lois affecte la crédibilité de l'Etat. Il doit donc être combattu pour des raisons à la fois économiques, sociales, juridiques et éthiques. [...]*». Et encore: «*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. [...]*».

La couleur est donc clairement annoncée et les deux mots-clés établis: «incitation», certes, incitation à déclarer, mais aussi, et surtout, «répression». Tels sont les deux principaux instruments que le droit offre et peut offrir à la «lutte» – parce que c'est bien d'une lutte qu'il s'agit – contre le travail au noir et l'économie informelle.

RIASSUNTO

La Svizzera si è dotata, in giugno 2005, di una nuova legge federale concernente delle misure in materia di lotta contro il lavoro nero (legge sul lavoro nero), che entrerà in vigore il 1° gennaio 2008.

Il messaggio del Consiglio federale a sostegno di questa legge illustra perfettamente e sin dall'entrata in materia la difficoltà di approccio giuridico del fenomeno dell'economia informale. A titolo d'esempio, il riassunto del messaggio è presunto sintetizzare la problematica: “Il lavoro nero non costituisce un delitto trascurabile. E' all'origine di numerosi problemi (in particolare perdite di entrate per il settore pubblico, minaccia per la protezione dei lavoratori, distorsioni della concorrenza e della perequazione finanziaria). D'altronde, il non-rispetto delle leggi intacca la credibilità dello Stato. Deve dunque essere combattuto per delle ragioni nello stesso tempo economiche, sociali, giuridiche ed etiche (...)”. E ancora: “Il Consiglio federale è convinto che si debba reagire e che il presente progetto costituisce una soluzione efficace e pragmatica per contribuire ad arginare il fenomeno. La lotta contro il lavoro nero passa certo attraverso misure d'incitamento, ma soprattutto, per delle ragioni di pragmatismo, da una politica di repressione. (...)”.

L'intento è dunque chiaramente annunciato e le due parole chiave definite: “incitamento”, certo, incitamento a dichiarare, ma anche, e soprattutto, “repressione. Questi sono i due principali strumenti che il diritto offre e può offrire alla “lotta” – perché ben di lotta di tratta – contro il lavoro nero e l'economia informale.

Introduction

La Suisse s'est dotée, en juin 2005, d'une nouvelle «loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN)», loi qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Cette nouvelle loi est révélatrice de la difficulté qu'éprouvent le juriste et le droit, à saisir et à appréhender le phénomène de l'économie informelle, phénomène qui, dans une certaine mesure au moins, échappe par définition au droit.

C'est précisément cette difficulté, ce malaise du droit et du juriste, qu'aborde la présente contribution. La première partie le fera sous l'angle théorique en montrant, d'une part, la difficulté de *définir* juridiquement l'économie informelle, mais aussi, d'autre part, la difficulté de saisir juridiquement, c'est-à-dire de réglementer le phénomène. La nouvelle loi fédérale qui vient d'être évoquée servira, dans la seconde partie, d'illustration concrète de cette (double) difficulté.

On rappellera préalablement que l'intérêt pour le phénomène de l'économie *informelle* remonte, dans notre pays, aux années 1980. L'économie informelle – on parle aussi d'économie «immergée» ou d'économie «souterraine»¹, était alors analysée le plus souvent comme un phénomène d'«évasion» ou d'«évitement», parfois lié à ce que certains appelaient la (relative) «rigidité» de l'appareil juridique et normatif, notamment du droit social et du droit du travail, en ce sens qu'on voyait apparaître des relations de travail en dehors du marché du travail «réglementé» ou, pour reprendre l'image utilisée dans certains pays, que le travail et la production semblaient «sortir des fabriques» pour s'installer et se développer en marge ou aux marges de la grande industrie mais aussi de l'économie formelle et officielle.

Il s'est avéré à l'époque que, déjà bien connu dans différents pays, le phénomène n'épargnait pas la Suisse, mais que celle-ci était même, au contraire, le pays dans lequel le phénomène de l'économie informelle avait connu la plus forte croissance relative au cours des dernières années². C'est du reste de cette époque des années 1980 que datent les premières recherches en la matière pour notre pays³, ainsi que le premier rapport officiel, le «*rapport sur l'économie souterraine*» du Conseil fédéral du 9 juin 1987, qui faisait suite à un postulat Schmid, du 16 mars 1983, et dans lequel le Gouvernement faisait en quelque sorte l'inventaire du phénomène et de la situation⁴. Ce rapport peut probablement être considéré comme le point de départ de l'intervention des autorités fédérales en la matière et de la nouvelle loi fédérale sur le travail au noir sur laquelle on reviendra.

¹ On rappellera que la terminologie allemande utilise l'expression, elle aussi imagée, de «Schattenwirtschaft», «économie de l'ombre», la terminologie italienne usant quant à elle du concept d'«*economia sommersa*» (immergée).

² Ce qui infirmait au moins partiellement l'hypothèse d'un lien de causalité entre la rigidité et le caractère «garantiste» du droit du travail et le développement de l'économie informelle, puisque, comme chacun sait, la Suisse n'a pas – c'est le moins qu'on puisse dire – un droit du travail très rigide; au contraire, même, le droit suisse du travail se caractérise par sa souplesse et sa flexibilité, notamment en matière de licenciement.

³ Voir HANNELORE WECK-HANNEMANN – WERNER W. POMMEREHNE – BRUNO S. FREY, *Die heimliche Wirtschaft – Struktur und Entwicklung der Schattenwirtschaft in der Schweiz*, Haupt Verlag, Berne, 1986. Voir aussi, avec un regard plutôt dirigé sur l'Italie, PASCAL MAHON, *L'économie souterraine: le cas italien – Etat social, crise et économie souterraine. Les interactions de la crise et du développement de la législation sociale: l'exemple de l'Italie*, Réalités sociales, Lausanne, 1989.

⁴ «*Rapport du Conseil fédéral sur l'économie souterraine*» du 9 juin 1987, publié in: FF (Feuille fédérale) 1987 II 1241-1282.

I. Les difficultés de saisie juridique de l'économie informelle

Si l'on en revient dans un premier temps à la difficulté qu'ont le juriste et le droit à saisir le phénomène de l'économie souterraine, force est d'abord de constater que cette difficulté est double. D'une part, le phénomène est, juridiquement, malaisé à définir. D'autre part, à supposer même qu'il parvienne à le définir, le droit ne sait trop comment ni dans quel sens réglementer le phénomène. C'est à cette double difficulté qu'on s'arrêtera ici.

A. Difficulté dans la «définition» juridique de l'économie informelle

1. Diversité des réalités et activités envisagées

La première difficulté, celle de la définition juridique de l'économie informelle, résulte de ce que celle-ci couvre en réalité des activités extrêmement diverses et diversifiées. L'expression *économie informelle* ou *souterraine* vise en effet des activités à la fois multiples et très hétérogènes, qui n'ont apparemment et *a priori* pas, ou guère, entre elles, de points communs, mais qui au contraire se situent sur une très large palette de couleurs: cela va d'activités ou comportements relativement anodins, consistant par exemple à occuper sans la déclarer une personne appelée à garder des enfants ou à exercer pour le compte d'un tiers de petits travaux de jardinage en sus d'un travail régulier, à des activités ou comportements clairement illicites, voire criminels, tels les trafics clandestins de toutes sortes (d'êtres humains, d'œuvres d'art, d'armes, de drogues ou autres encore, voire l'engagement de tueurs à gages), en passant par l'occupation clandestine de travailleurs immigrés eux aussi clandestins, pour ne mentionner que quelques-unes des facettes du phénomène. En d'autres termes, l'économie informelle ne se résume pas à l'opposition «blanc ou noir», mais présente, dans cette gamme de couleurs, toutes les nuances de gris imaginables.

Il est donc très difficile de trouver et de donner, d'un point de vue juridique, une définition simple et synthétique de l'économie informelle. Au point d'ailleurs que l'on renonce généralement à une telle définition, à laquelle on préfère substituer une approche ou une appréhension du phénomène par l'énumération, à titre exemplaire, de certaines de ses manifestations les plus évidentes.

C'est ainsi, par exemple, que le législateur suisse, dans la nouvelle loi évoquée, a explicitement renoncé à définir l'économie informelle ou, pour reprendre la terminologie de la loi, le «travail au noir». On ne trouve en effet aucune définition de ce dernier dans la loi elle-même. De plus, dans son message à l'appui du projet de loi, le Gouvernement suisse, le Conseil fédéral, soulignait expressément cette difficulté en relevant qu'«*il n'existe pas, à ce jour de définition juridique univoque du travail au noir*»⁵. Ce message précisait dans la foulée qu'«*on entend généralement par travail au noir (ou travail illicite) une activité salariée ou indépendante exercée en violation des prescriptions légales, c'est-à-dire en particulier ...*»⁶; suit une liste d'exemples d'activités ou de comportements visés, à savoir:

⁵ Message concernant la loi fédérale contre le travail au noir, du 16 janvier 2002, in: FF 2002 3371-3449, spécialement 3374.

⁶ *Ibid.* Le Conseil fédéral précisait en outre que «*la Commission européenne se réfère à la notion de "travail non déclaré", soit à "toute activité rémunérée de nature légale, mais non déclarée aux pouvoirs publics (...)" et l'OCDE parle d'"emploi dissimulé", soit de "l'emploi qui, sans être illégal en soi, n'est pas déclaré à une ou plusieurs autorités administratives qui devraient en avoir connaissance, et qui,*

- *«l'emploi clandestin de travailleurs étrangers en violation du droit 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;*
- *les travaux exécutés par des travailleurs, notamment durant leur temps libre, en violation d'une convention collective;*
- *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 indépendants);*
- *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»⁷.*

C'est du reste ainsi, sur la seule base de cette même énumération, que le Gouvernement proposait de «définir» le travail au noir dans la loi⁸. Les Chambres ont cependant écarté cette définition, l'estimant inutile.

Même si elle n'est donc souvent pas définie, ou du moins pas d'une manière très précise, la notion d'économie informelle repose néanmoins, plus ou moins explicitement, sur une distinction désormais assez classique, qui oppose les activités en soi illicites et les activités en soi licites mais (simplement) non déclarées aux autorités.

2. La distinction classique des activités en soi illicites et des activités en soi licites mais non déclarées

Cette distinction apparaît en effet en filigrane dans la plupart des tentatives de «définition» de l'économie informelle ou du travail au noir. On la trouve, explicite, dans les définitions des organisations internationales⁹. L'idée est qu'il est opportun et nécessaire de «*distinguer les activités informelles délictueuses (vente de drogue et d'armes, réseaux de prostitution, ...) des autres*». On retrouve implicitement le même souci de cette distinction dans l'énumération par laquelle le Conseil fédéral entendait «définir» le travail au noir, puisque cette énumération ne fait aucunement mention des activités en soi délictuelles ou criminelles.

de ce fait, se trouve soustrait à la réglementation, à l'imposition ou à une réduction des prestations de sécurité sociale» (message, p. 3374, note 3).

⁷ Message précité (note 5), FF 2002 3374. Le message précise que dans «*la plupart des cas de travail au noir, plusieurs de ces situations sont réalisées simultanément*».

⁸ Voir l'article 2 du projet gouvernemental, dans le message précité (note 5), FF 2002 3438.

⁹ Voir les «définitions» de la Commission européenne et de l'OCDE reproduites dans le message du Conseil fédéral et en note 6 ci-dessus.

On a ou aurait donc à faire le tri, d'un côté, des activités qui seraient clairement illicites parce que tombant en elles-mêmes, en tant qu'activités ou comportements, sous le coup de la loi, plus précisément de la loi pénale, et constituant de ce fait des délits ou des crimes, et, de l'autre côté, des activités ou comportements en eux-mêmes parfaitement licites – ou non délictueux – mais tout simplement non déclarés. Dans la première catégorie se trouveraient notamment, comme indiqué, le trafic d'êtres humains, les trafics d'armes ou d'œuvres d'art, le commerce de drogues, etc., en bref tout ce qui est imaginable en termes d'activités économiques pénalement répréhensibles. Dans la seconde catégorie se trouveraient en revanche les activités et comportements du type de ceux qui sont énumérés dans le message du Conseil fédéral et mentionnés ci-dessus.

C'est donc cette seconde catégorie d'activités seulement qui formerait ou forme ce qu'il est convenu d'appeler l'économie informelle. C'est ainsi en tous les cas que le Conseil fédéral «recense» le phénomène, dont l'ampleur est estimée, en Suisse, à «un volume de quelque 37 milliards de francs pour l'an 2001 (9,3% du PIB)»¹⁰.

Si elle paraît à première vue séduisante, cette distinction classique n'en est pas moins, juridiquement, problématique, du moins à certains égards.

3. Une distinction «floue» et juridiquement «trompeuse»

Il faut relever tout d'abord que cette distinction n'a pas un caractère aussi tranché qu'il y paraît à première vue. La frontière entre les deux catégories d'activités est fluctuante, dans la mesure où le rattachement d'une activité déterminée à l'une ou l'autre des catégories peut varier dans le temps et dans l'espace, ne serait-ce qu'en fonction de l'ordre juridique examiné. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple, la prostitution, souvent décrite comme une activité relevant de la catégorie des activités en soi illicites, ne l'est pas toujours, du moins ne l'est pas au sens du droit suisse.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en effet, la prostitution exercée de manière libre et indépendante non seulement n'est pas une activité illicite, mais elle constitue au contraire une activité qui, si elle est indépendante, bénéficie de la protection de la liberté économique de l'article 27 de la Constitution fédérale¹¹. En revanche, l'*exploitation* de la prostitution tombe, elle, dans le champ des activités délictueuses, réprimées par le code pénal¹². Comme cet exemple le montre, la distinction évoquée plus haut n'est donc pas des plus simples.

¹⁰ Message précité (note 5), FF 2002 3375. Le message poursuit en précisant que ce chiffre «*place malgré tout la Suisse en queue du peloton des pays de l'OCDE. Comme dans la quasi-totalité de ces pays, le travail au noir en Suisse semble avoir régulièrement augmenté au cours des dernières décennies. Même si l'on admet les limites de ces estimations, il apparaît clairement que les montants drainés par le travail au noir sont considérables*».

¹¹ Arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF) 99 Ia 504, 509, X., du 13 juin 1973, et 101 Ia 473, 476, R., du 8 octobre 1975.

¹² Sous l'intitulé «*Exploitation de l'activité sexuelle. Encouragement à la prostitution*», l'article 195 du Code pénal suisse, du 21 décembre 1937, dispose: «*Celui qui aura poussé une personne mineure à la prostitution, celui qui, profitant d'un rapport de dépendance ou dans le but de tirer un avantage patrimonial, aura poussé autrui à se prostituer, celui qui aura porté atteinte à la liberté d'action d'une personne s'adonnant à la prostitution en la surveillant dans ses activités ou en lui en imposant l'endroit, l'heure, la fréquence ou d'autres conditions, celui qui aura maintenu une personne dans la prostitution, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire*».

Surtout, elle est à certains égards trompeuse, dans la mesure où elle fait croire qu'il y a, entre les deux catégories d'activités évoquées, les activités en soi illicites et celles qui sont en soi licites, une ligne de démarcation qui se confond avec celle du couple illégalité/légalité: il y aurait, parmi toutes ces activités, celles qui sont illégales et celles qui ne le sont pas, qui sont, autrement dit, légales.

Or, tel n'est pas le cas. Juridiquement parlant, en effet, toutes les activités dont il est question ici sont, indépendamment de la catégorie à laquelle elles appartiennent, illégales. Autrement dit, même si la gravité de leur illégalité n'est peut-être pas la même, il n'en demeure pas moins que les activités en soi licites mais non déclarées sont, d'un strict point de vue juridique, tout aussi illégales que les activités délictuelles.

Par exemple, et pour forcer un peu le trait, il est, d'un certain point de vue, tout aussi illégal d'employer clandestinement des travailleurs étrangers en violation du droit des étrangers, d'employer des travailleurs non déclarés aux assurances sociales obligatoires, ou encore, pour des travailleurs, d'effectuer des travaux accessoires durant leur temps libre en violation d'une convention collective de travail, que, d'un autre côté, de conclure un contrat d'engagement d'un tueur à gages. Le type ou le degré d'illégalité – ou, si l'on préfère, de gravité de l'infraction – sont certes (fort) différents, mais il n'en reste pas moins qu'il y a, du strict point de vue du droit, illégalité, violation de la loi dans les deux cas.

C'est précisément cette caractéristique de l'économie informelle, ce «dualisme» (activité «en soi licite» mais néanmoins «illicite parce que non déclarée») qui rend difficiles et ambigus son appréhension et son traitement par le droit.

B. Difficulté dans la réglementation matérielle de l'économie informelle

1. L'objectif: la «légalisation» des activités non déclarées

En effet, si l'on examine les tentatives faites, dans divers ordres juridiques, en vue de «réglementer» l'économie informelle, on se rend assez vite compte des difficultés de l'entreprise.

Un point est relativement clair – et l'on retrouve ici la distinction évoquée plus haut, entre activités «en soi illicites» (ou délictuelles) et activités «en soi licites», distinction qui conserve donc, en ce sens, toute sa pertinence: il n'est en règle générale pas question, pour le droit, de chercher à favoriser, ni d'ailleurs à «légaliser», des activités qui sont en elles-mêmes considérées comme nuisibles et répréhensibles. La politique législative en matière d'économie informelle ne s'intéressera donc pas aux activités «en soi illicites», délictuelles ou criminelles, lesquelles sont et restent réprimées par la loi, en règle générale la loi pénale, sans qu'apparaisse une volonté de changer cet état de fait.

Là où la politique législative cherche en revanche à agir, et à modifier l'état de fait, c'est bien en ce qui concerne les activités «en soi licites, mais non déclarées», pour lesquelles il s'agit non pas de réprimer l'activité en tant que telle, puisque celle-ci n'est pas nécessairement nuisible – voire même: est utile socialement et économiquement –, mais bien de la «rendre légale», de la «légaliser», ce qui suppose d'abord de lui enlever son caractère occulte, non

déclaré, puis d'assurer, par là, son assujettissement aux législations qui la concernent (législation sociale, législation fiscale, etc.).

2. Le dilemme: comment «légaliser» et éviter le risque de recréer une forme de «rigidité» incitant à de nouvelles formes d'«évasion»

Si l'objectif paraît ainsi relativement clair, toute la difficulté de la politique législative réside dans la question des moyens et des instruments permettant de le réaliser. Comment «légaliser» des activités qui, en règle générale, de manière pleinement consciente et volontaire, cherchent justement à échapper à telle ou telle réglementation? Telle est la grande question à laquelle la politique législative doit répondre.

La question est d'autant plus délicate qu'existe le risque qu'une «re-réglementation» crée une nouvelle forme de «rigidité» à laquelle les acteurs répondront – s'il est vrai que l'économie informelle se caractérise comme un phénomène d'évitement d'une certaine «rigidité» normative – par de nouvelles formes d'évasion¹³.

Comme indiqué, la nouvelle loi sur le travail au noir adoptée par le législateur suisse illustre à mon sens parfaitement les difficultés et les ambiguïtés de cette entreprise de «légalisation».

II. La nouvelle loi (suisse) sur le travail au noir

A. Bref historique et philosophie de l'action législative

1. Les étapes du développement de la législation

Avant d'analyser les objectifs et la «philosophie» de cette action législative entreprise par les autorités suisses, on reviendra brièvement, à titre de rappel historique, sur les principales étapes de la genèse de cette nouvelle loi.

Suite au rapport du Conseil fédéral sur l'économie souterraine de juin 1987, évoqué plus haut, la question de l'économie informelle et du travail au noir est revenue sur le devant de la scène politique suisse, après quelques années de relative accalmie, dans la seconde moitié des années 1990. Porté par diverses interventions parlementaires¹⁴, le mouvement a débouché sur la création d'un groupe de travail fédéral «Lutte contre le travail au noir», qui, notamment après une enquête auprès des cantons et des «auditions» d'experts et des représentants des partenaires sociaux, a présenté un rapport et des propositions de mesures. Le Conseil fédéral a pris acte de ces propositions en date du 30 août 2000 et les a soumises à une procédure de consultation, avant d'adopter son message et son projet de loi en janvier 2002¹⁵.

¹³ Un peu comme le fait de réglementer l'union libre au travers de structures juridiques comme celle du «partenariat enregistré» recrée de nouvelles – ou ne supprime pas les – formes de vie commune non enregistrées, qui ont précisément pour but d'échapper à toute forme de réglementation.

¹⁴ Voir les interventions mentionnées dans le message précité (note 5) du Gouvernement, FF 2002 3375.

¹⁵ Pour plus de détails sur le déroulement de ces travaux préparatoires, voir ledit message, précité (note 5), du 16 janvier 2002, FF 2002 3371-3449, spécialement 3375-3377.

Prioritaire, le Conseil national a adopté la loi en première lecture lors de la session de juin 2004 (le 17 juin)¹⁶. Le Conseil des Etats a pour sa part accepté sa propre première mouture du texte le 16 décembre 2004¹⁷. Les divergences ont été éliminées lors des sessions de mars 2005 et de juin 2005: le 9 mars au Conseil national¹⁸ et le 2 juin au Conseil des Etats¹⁹, pour la première «navette», puis à nouveau le 7 juin, au Conseil national²⁰, pour l'élimination des dernières divergences, le vote final ayant eu lieu le 17 juin 2005²¹. C'est ainsi qu'a été adoptée la *loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN)*, du 17 juin 2005 justement, à une assez large majorité. Seuls s'y sont opposés les groupes de l'Union démocratique du centre et de l'extrême gauche²². Le référendum n'a pas été demandé²³ et la loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008²⁴.

Dans l'intervalle, le 6 septembre 2006, le Conseil fédéral a encore adopté, en se fondant partiellement sur la nouvelle loi, une «*ordonnance concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (ordonnance sur le travail au noir, OTN)*»²⁵.

2. La philosophie de l'action législative

Le message du Conseil fédéral à l'appui de cette loi illustre parfaitement et d'entrée de jeu, comme on l'a déjà anticipé, la difficulté de l'approche juridique du phénomène de l'économie informelle. En effet, le «condensé» placé en exergue de ce message, et censé synthétiser la problématique, s'exprimait en ces termes: «*Le travail au noir ne constitue pas un délit négligeable. Il est à l'origine de nombreux problèmes (notamment pertes de recettes pour le secteur public, menace pour la protection des travailleurs, distorsions de la concurrence et de la péréquation financière). Par ailleurs, le non-respect des lois affecte la crédibilité de l'Etat. Il doit donc être combattu pour des raisons à la fois économiques, sociales, juridiques et éthiques. [...]*». Et de poursuivre: «*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*

¹⁶ Voir *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national* (ci-après: BO CN), 2004, 1184-1201 et 1201-1219.

¹⁷ *Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats* (ci-après: BO CE), 2004, 922-938.

¹⁸ BO CN 2005, 211-218.

¹⁹ BO CE 2005, 469-470.

²⁰ BO CN 2005, 695-700.

²¹ BO CN 2005, 969-970 (loi approuvée au vote nominal par 121 voix contre 48), et CE 2005, 665 (loi approuvée par 42 voix contre 2 et une abstention).

²² Le premier, représentant la droite nationaliste et néolibérale, estimant que la loi n'était qu'une loi destinée à punir les «femmes de ménage», associée à une aggravation des sanctions et un renforcement des contrôles bureaucratiques («*ein Putzfrauengesetz, verbunden mit einer Verschärfung der Repressionen und einer Aufblähung des Kontrollapparates*»; BO CN 2005, 970, intervention *Wandfluh*); quant à l'extrême gauche, elle s'exprimait ainsi: «*Pour nous, les choses sont claires: tant qu'il n'y aura pas de régularisation des 100 000 travailleurs sans papiers dans ce pays, toute loi concernant le travail au noir sera inopérante. C'est une fois de plus la partie la plus faible – c'est-à-dire ceux qui vivent depuis des années chez nous, "sous" cette hypocrisie, travaillent et font la richesse de ce pays – qui va être touchée par la mise en place de cette nouvelle loi contre le travail au noir*» (BO CN 2005, 970, intervention *Zisyadis*).

²³ La loi a été publiée *in*: FF 2005 3973-3986 et le délai référendaire est arrivé à échéance le 6 octobre 2005 sans avoir été utilisé (FF 2005 3973).

²⁴ Voir RO 2007 359-372.

²⁵ Cette ordonnance entrera elle aussi en vigueur le 1^{er} janvier 2008; elle est publiée au RO 2007 373-381.

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. [...]»²⁶.

La couleur était donc clairement annoncée et les deux mots-clés établis: «incitation», certes, incitation à déclarer, mais aussi, et surtout, «répression». Tels sont les deux principaux instruments que le droit offre et peut offrir à la «lutte» – parce que c'est bien d'une lutte qu'il s'agit – contre le travail au noir et l'économie informelle.

Cette philosophie se retrouve à l'article premier de la loi, qui dispose: «*La présente loi vise à lutter contre le travail au noir. Elle institue des simplifications administratives ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression*».

B. Mesures envisagées et contenu de la (nouvelle) loi

1. Les diverses mesures envisagées par le Conseil fédéral

Sur la base de cette «philosophie», le Conseil fédéral envisageait plusieurs types de mesures, qu'on peut regrouper en cinq catégories, et dont le Gouvernement disait lui-même que, à l'exception de la première et de la dernière, qui relèvent de l'«incitation», les trois autres ressortissent au volet «répression»²⁷.

La première catégorie de mesures prévue concerne des «allègements administratifs dans les assurances sociales». Constatant que souvent certains travaux dépendants ne procurant qu'un faible revenu (travaux occasionnels, temporaires, activités lucratives avec un petit nombre d'heures, etc.) sont exercés sans que ne soient acquittés ni contributions aux assurances sociales, ni impôts²⁸, et que cette situation est liée en partie à un défaut d'information, le Conseil fédéral estimait «nécessaire à la fois de simplifier davantage la procédure de perception des cotisations sociales (par une nouvelle réduction du nombre d'interlocuteurs des employeurs) et de se montrer plus actif en matière d'information, ce qui inciterait à inscrire correctement les travailleurs auprès des assurances sociales et des autorités fiscales»²⁹. Aussi, après avoir étudié d'autres variantes de simplification, le Conseil fédéral proposait-il le système dit «de la facturation», consistant à prévoir que l'employeur ne devrait inscrire ses employés qu'auprès d'un seul et même assureur (la caisse de compensation AVS), lequel serait ensuite chargé de transmettre l'inscription aux autres assureurs concernés³⁰. Le Gouvernement renonçait en revanche à introduire des mesures d'incitation d'ordre fiscal, comme une déduction fiscale de 10% pour le salaire payé par un employeur privé ou l'introduction d'un impôt à la source de 10% sur ce même salaire³¹.

²⁶ Message précité (note 5), FF 2002 3372.

²⁷ Message précité (note 5), FF 2002 3377-3378.

²⁸ Message précité (note 5), FF 2002 3379, où le Conseil fédéral mentionne comme «*exemples typiques de telles activités les emplois domestiques et les travaux saisonniers (jardinage, récoltes), la garde d'animaux, les soins infirmiers à domicile*».

²⁹ Message précité (note 5), FF 2002 3381.

³⁰ Message précité (note 5), FF 2002 3383-3384.

³¹ Voir à ce propos le message précité (note 5), FF 2002 3384-3386.

La seconde catégorie de mesures que la loi devait introduire résidait dans l'«*accroissement des compétences de contrôle des services cantonaux ou des commissions de contrôle cantonales*». L'idée partait ici du constat que les diverses législations applicables (législations fiscale, d'assurances sociales, de droit des étrangers, etc.), si elles prévoyaient certes toutes des dispositions de contrôle, confiaient l'exécution de ces contrôles à une pluralité d'autorités et d'organismes différents, sans qu'une véritable coordination de cette activité de contrôle ne soit prévue et n'ait effectivement lieu. Le Conseil fédéral estimait donc nécessaire de renforcer cette coordination – et, par voie de conséquence, l'efficacité des contrôles –, par exemple par la création de structures de contrôle tripartites, voire quadripartites, intégrant les partenaires sociaux et les autorités, au niveau cantonal, et servant d'interface entre partenaires sociaux, autorités administratives et judiciaires cantonales et autorités administratives fédérales³². Aussi proposait-il d'introduire dans la loi l'obligation, pour les cantons, d'instituer un organe unique chargé des tâches de coordination du contrôle³³.

Dans la foulée, la loi entendait, en troisième lieu, assurer mieux que par le passé et qu'actuellement la «*mise en réseau des données administratives*» et, notamment, l'existence d'un «*devoir de communication des résultats des contrôles d'employeurs*». L'idée était donc ici de faciliter l'échange des informations entre les diverses autorités impliquées, en levant les obstacles existants à ces flux d'informations, afin de faciliter les contrôles³⁴.

Quatrièmement, la loi devait aussi conduire, au chapitre de la «répression» proprement dite, à un net renforcement des «*sanctions infligées aux personnes violant les prescriptions légales concernées*». Il s'agissait en particulier de punir plus systématiquement les employeurs, dans la mesure où il «importe de faire en sorte que le travail au noir ne soit pas profitable»³⁵. Ainsi, à côté d'un renforcement des sanctions pénales – notamment des amendes –, le Conseil fédéral proposait aussi une nouvelle sanction «horizontale», sous forme de l'exclusion, pour les employeurs auteurs d'infractions, de la procédure d'attribution des marchés publics³⁶. Parallèlement, le Gouvernement proposait aussi un durcissement des sanctions pénales dans le domaine du droit des étrangers³⁷, ainsi qu'en droit des assurances sociales³⁸.

Enfin, mais dans une seconde phase seulement, il était prévu que ces mesures s'accompagneraient d'une large campagne d'information³⁹.

2. Les décisions du Parlement, les caractéristiques et le contenu de la (nouvelle) loi

a. En général: une loi «aminicie»

³² Message précité (note 5), FF 2002 3378 et 3386-3395.

³³ Message précité (note 5), FF 2002 3394-3395, où le Gouvernement explique cependant que, suite à la consultation, il a finalement renoncé à imposer la création de commissions tripartites, laissant à chaque canton le soin et la liberté de choisir la solution qui lui conviendrait le mieux.

³⁴ Message précité (note 5), FF 2002 3396-3402.

³⁵ Message précité (note 5), FF 2002 3402-3403.

³⁶ Message précité (note 5), FF 2002 3403-3405.

³⁷ Message précité (note 5), FF 2002 3405-3408.

³⁸ Message précité (note 5), FF 2002 3408-3412.

³⁹ Message précité (note 5), FF 2002 3378.

D'un point de vue politique, les Chambres fédérales ont assez largement suivi les propositions gouvernementales sur le fond. Par rapport au projet du Conseil fédéral, elles ont cependant mis l'accent d'abord sur les simplifications administratives, avant les mesures de contrôle. Par ailleurs, sous l'impulsion du Conseil des Etats, les Chambres ont sensiblement élargi ou aminci la loi, pour s'en tenir aux principes, les «détails» étant abandonnés soit à une ordonnance du Conseil fédéral, soit au libre choix des cantons eux-mêmes.

Cela vaut notamment pour la nature des autorités de contrôle, les rapports qu'elles établissent, l'idée de commissions paritaires ou tripartites, questions laissées à l'ordonnance du Conseil fédéral ou à la décision des cantons, tout comme le choix de désigner des inspecteurs, leur degré de qualification ou de formation, la possibilité de recourir à des experts, ainsi que la collaboration avec les syndicats et avec les organisations professionnelles.

Le champ des contrôles et des constats a également été quelque peu modifié. Le droit d'être entendu a notamment été amélioré pour les personnes contrôlées et, surtout, une disposition importante a été introduite, l'exclusion des marchés publics et de la réduction des aides financières publiques, comme une sorte de sanction nouvelle en cas de violation grave de la loi contre le travail au noir. Enfin, on peut souligner également la création d'un droit d'intervention, d'un droit de recours des organisations syndicales.

b. Le fondement constitutionnel de la loi

D'un point de vue plus juridique, la nouvelle loi se caractérise comme une législation assez particulière et quelque peu ambiguë.

Tout d'abord, on relèvera que son fondement constitutionnel réside à l'article 110, 1^{er} alinéa, lettres a, b et d, de la Constitution, c'est-à-dire dans la compétence donnée à la Confédération de légiférer sur «*la protection des travailleurs*» (let. a), «*les rapports entre employeurs et travailleurs*» (let. b) et «*l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail*» (let. d).

Pourtant, la loi, qui comme indiqué renonce à définir le travail au noir, ne traite pas directement des relations de travail en elles-mêmes, mais vise essentiellement, en fait, trois volets annexes aux rapports de travail, le volet des simplifications administratives, celui des contrôles et celui des sanctions.

Plutôt que de définir le travail au noir (comme le proposait le Conseil fédéral dans son message; voir ci-dessus, I A 1), le législateur a en effet préféré attaquer ou aborder la matière en indiquant, à l'article 6 de la nouvelle loi, quels étaient et quels sont les «objets» ou les «domaines» sur lesquels devra porter le contrôle des autorités de surveillance⁴⁰. L'article 6 de la loi, qui ouvre le volet des «contrôles» et porte l'intitulé «objet du contrôle», prévoit ainsi que «*l'organe de contrôle cantonal examine le respect des obligations en matière*

⁴⁰ Voir sur ce renversement de perspective, BO CE 2004, 922-924.

d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source». Cette disposition montre que le problème du travail au noir ne relève pas directement des relations de travail, ou du droit du travail proprement dit, mais touche bien plus d'autres disciplines juridiques, le droit des assurances sociales, le droit des étrangers et le droit fiscal.

c. Le volet des simplifications administratives

Pour ce qui est du premier des trois volets évoqués, celui des simplifications administratives, il figure aux articles 2 et 3 de la loi et a trait aux assurances sociales et à l'imposition fiscale. L'idée est ici que, pour éviter le travail au noir, ou plutôt pour le faire émerger à la lumière du jour et entrer dans l'économie formelle ou officielle, il faut – pour certaines relations de travail qui demeurent presque toujours occultes – débarrasser la relation de travail des complications administratives qui l'accompagnent pour ce qui est des assurances sociales et de la fiscalité.

D'où l'idée de ces «simplifications administratives», justement, ou, plus précisément, d'une procédure simplifiée d'annonce et de décompte auprès d'un seul assureur social, pour tous les autres assureurs sociaux et pour le fisc. Cette procédure doit, comme son nom l'indique, «simplifier» la tâche de l'employeur et, donc, indirectement, l'inciter à déclarer ses travailleurs, même s'il ne les occupe que très partiellement et/ou temporairement et pour une rémunération de faible montant. La procédure simplifiée n'est toutefois applicable qu'à trois conditions cumulatives:

- si le salaire annuel de chaque salarié n'excède pas le salaire minimum fixé à l'article 7 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, à savoir, actuellement, 19'890 francs,
- si la masse salariale totale de l'entreprise n'excède pas 200 % du montant de la rente de vieillesse annuelle maximale de l'AVS, à savoir, actuellement, 53'040 francs et
- si le décompte des salaires est effectué selon cette même procédure simplifiée pour l'ensemble du personnel.

Ces conditions, et notamment la dernière, fort controversée lors des débats parlementaires, signifient qu'il ne peut y avoir, dans la même entreprise ou pour le même employeur, deux types de décomptes différents, le décompte ordinaire et le décompte simplifié. En d'autres termes, cela signifie que si un employeur occupe, en sus des travailleurs jusqu'ici «informels», des salariés régulièrement déclarés et à des conditions de rémunération dépassant les deux premières exigences susmentionnées, la procédure simplifiée ne pourra pas s'appliquer.

d. Le volet des contrôles

Le deuxième volet de la nouvelle loi, qui y occupe formellement la place principale (art. 4 à 12), a trait au renforcement des contrôles et

de la collaboration entre les organes de contrôle entre eux, ainsi qu'entre ceux-ci et d'autres autorités.

Comme on vient de le voir, le législateur a précisé que ces contrôles doivent porter principalement sur le respect des règles du droit des assurances sociales, du droit des étrangers et du droit fiscal, essentiellement de l'imposition à la source (art. 6).

Pour le reste, la nouvelle loi détermine les compétences des organes de contrôle (art. 7), l'obligation de collaborer imposée aux personnes et entreprises contrôlées (art. 8) et la procédure (notamment la tenue de procès-verbaux, art. 9), ainsi que la collaboration entre les organes de contrôle et d'autres autorités ou organisations (art. 11), y compris sous l'angle de la communication des résultats de contrôles (art. 12).

e. *Le volet des sanctions*

Le troisième volet porte quant à lui sur les sanctions. Parallèlement aux sanctions existant dans les diverses lois spéciales concernées (lois d'assurances sociales, lois fiscales, etc.), la nouvelle loi sur le travail au noir introduit, comme indiqué, une sanction nouvelle, sous forme de l'exclusion des marchés publics communaux, cantonaux et fédéraux, pour une durée de cinq au plus, pour les employeurs frappés d'une condamnation entrée en force *«pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers»*.

La loi précise – précision ajoutée par le Parlement et longuement contestée par une forte minorité – que l'autorité cantonale compétente *«peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné»* (art. 13 al. 1)⁴¹. Les décisions en la matière doivent être communiquées au Secrétariat à l'économie (SECO), lequel tient une liste, accessible au public, des employeurs faisant l'objet d'une telle décision (art. 13 al. 3).

f. *Droits des travailleurs concernés*

La loi prévoit enfin quelques droits pour les travailleurs lorsqu'une activité lucrative non autorisée vient à être découverte. Il s'agit tout d'abord d'un devoir des autorités d'informer ces travailleurs de leurs droits. L'article 14 dispose ainsi que *«dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion, les autorités signalent aux étrangers concernés en particulier:*

- a) *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;*

⁴¹ Comparer l'art. 18 du projet du Conseil fédéral, FF 2002 3443. Ajouté par le Conseil des Etats, qui a tenu bon, cet élargissement de la sanction aux aides financières accordées à l'employeur concerné a été vivement et longuement combattu au Conseil national par l'UDC, qui entendait défendre le monde agricole. Voir notamment BO CE 2004 931-932, CN 2005 215-218, CE 2005 470 et CN 2005 695-700.

b) qu'ils ont la possibilité de désigner un mandataire pour faire valoir leurs droits.»

Sous l'intitulé «*qualité pour agir des organisations syndicales*», l'article 15 ajoute que, «*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 employeur*»⁴². Comme l'indique le texte, cette qualité pour agir des organisations syndicales est toutefois limitée au cas où le travailleur concerné n'est plus en Suisse. L'idée de cette limitation était d'éviter que les syndicats n'agissent contre la volonté du travailleur.

Le législateur a donc voulu protéger quelque peu les travailleurs, en particulier les travailleurs immigrés clandestins, des conséquences négatives, voire dramatiques, tels l'expulsion et le renvoi du territoire suisse, que pourraient induire pour eux le renforcement et l'intensification des contrôles prévus par la nouvelle loi.

En revanche, comme indiqué plus haut, le Parlement n'a pas voulu aller jusqu'à une régularisation des travailleurs immigrés clandestins. Le Conseil national a en effet rejeté, par 100 voix contre 55, une proposition de minorité de sa commission, qui entendait introduire dans la loi une disposition qui aurait permis d'accorder une forme d'amnistie en ce sens⁴³. Cette question de la régularisation de la situation des travailleurs concernés n'en demeure pas moins au centre de la problématique de la lutte contre le travail au noir. Et elle illustre l'ambiguïté et les difficultés qu'implique cette lutte pour le juriste.

Conclusion

C'est par ces doutes que l'on conclura.

Il est indéniable que, d'un point de vue juridique, l'économie informelle et le travail au noir présentent, d'un côté, des inconvénients sérieux, ne serait-ce qu'en termes d'absence, pour les personnes intéressées, de (toute) protection et couverture sociales, ou encore, pour l'Etat, de perte de recettes fiscales ou de contributions aux assurances sociales, du fait du caractère occulte et non déclaré des activités en cause.

⁴² Cette disposition avait d'abord, dans un premier temps, été rejetée par le Conseil national, sur proposition de la minorité de sa commission (BO CN 2004 1212-1216), mais elle a été réintroduite par le Conseil des Etats (BO CE 2004 934), auquel le Conseil national s'est finalement rallié (BO CN 2005 218).

⁴³ Voir BO CN 2004 1201-1204. La disposition proposée prévoyait, à son alinéa 1^{er}: «*Tout travailleur étranger, découvert par un organe de contrôle (...) et travaillant en Suisse depuis au moins une année est mis au bénéfice d'une autorisation de séjour*». L'alinéa 2 précisait que «*[l']organe de contrôle fixe au travailleur un délai de quatre mois pour qu'il puisse faire valoir ses droits résultant du contrat de travail ou d'une convention collective ainsi que des assurances sociales*» et l'alinéa 3 ajoutait: «*L'organe de contrôle vérifie si la demande est manifestement infondée. Si tel n'est pas le cas, le travailleur est mis au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail qui sont renouvelées d'année en année, jusqu'à ce que le travailleur ait pu faire valoir tous ses droits découlant notamment d'une convention collective de travail*».

D'un autre côté, on peut néanmoins se demander si le droit et l'ordre juridique ont véritablement les moyens de «régulariser» le phénomène ou, plus précisément, si ces moyens sont adéquats. Il apparaît en effet que le système juridique de lutte mis en place ou susceptible d'être mis en place est essentiellement fondé sur le renforcement des contrôles et de la répression. Or, ce système appelle immanquablement une crainte, laquelle n'a d'ailleurs pas manqué d'être exprimée lors des travaux législatifs, en ces termes: «*Mais, évidemment, le diable se cache dans le détail! [...] Ce qu'il faut savoir, c'est que [...] nous avons craint énormément – et je vous rends attentifs quand même à cela – que la loi ne tourne à une sorte de chasse aux sorcières. Il ne serait pas admissible qu'en voulant mieux assurer les gens, qu'en voulant assurer contre des distorsions de concurrence, on se mette à chasser des personnes qui, en général, ne peuvent pas grand-chose à la situation réelle, qui, bien sûr, en tirent un certain avantage, mais qui, enfin, en contrepartie, apportent un travail éminemment nécessaire à la communauté nationale, puisqu'elles effectuent en général des travaux qu'aucun Suisse ni aucun étranger établi depuis longtemps en Suisse ne veut accomplir*»⁴⁴.

«*C'est très bien de vouloir combattre ce que certains appellent "un grave et préjudiciable problème représentant une menace pour la protection des travailleurs". Il y a là, semble-t-il, une belle unanimité qui cache un fait fondamental: dans toute lutte contre le travail au noir, c'est d'abord la partie la plus faible qui subit les premières conséquences, soit le travailleur au noir, [...]. Il ne peut pas y avoir de bonne loi contre le travail au noir sans une sortie de la précarité et de la zone noire ou grise de tous les travailleurs engagés au mépris des lois sociales, qui sont déjà si maigrichonnes dans ce pays. Sinon, c'est de la poudre aux yeux pour se donner bonne conscience et faire semblant*»⁴⁵.

C'est peut-être cette ambiguïté ou ce doute liés à l'impact de cette nouvelle législation qui ont incité le législateur à assortir la loi d'une clause d'évaluation. Aux termes de celle-ci, les mesures fondées sur cette loi devront faire l'objet d'une procédure d'évaluation au plus tard dans les cinq ans suivant son entrée en vigueur (art. 20).

⁴⁴ BO CN 2005, 1186, intervention *Recordon*.

⁴⁵ BO CN 2005, 1186, intervention *Zizyadis*.