

# WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ

## Avocats

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3  
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Jean-Bernard WAEBER

François MEMBREZ  
Dipl. English law, Bristol

Christian BRUCHEZ

Ivo F. BUETTI

Stéphanie LAMMAR

Marc-Alexandre PREVOST-IBI  
Avocat de l'Union Européenne,  
inscrit au Barreau de Paris

Samantha EREMITA

Giuseppe DONATIELLO

---

Endri GEGA  
Avocat-stagiaire

Genève, le 11 décembre 2007

Concerne : Travail au noir : devoir de dénonciation de la Juridiction des prud'hommes ?

## NOTE POUR LA CGAS

### I. LTN : LOI SUR LE TRAVAIL AU NOIR

La Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (ci après, LTN) vise à lutter contre le travail au noir. Elle institue des simplifications administratives ainsi que des mécanismes de contrôle et de répression (art. 1 LTN).

La LTN entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

Elle prévoit notamment une collaboration entre les organes de contrôle qu'elle institue et certaines autorités cantonales et fédérales aux art. 11 et 12 LTN.

L'art. 11 LTN désigne ces autorités comme s'agissant, d'une part, des « 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 » ; d'autre part, « des autorités cantonales ou fédérales et des organisations privées chargées de l'application de la législation relative aux assurances sociales. »

Les juridictions prud'homales ne rentrent dans aucune de ces catégories.

La lettre de l'art. 12 LTN confirme ce constat, car les autorités visées par cette disposition sont les mêmes qu'à l'art. 11 LTN et que les juridictions prud'homales ne peuvent être assimilées à aucune des autorités qui y sont mentionnées.

Une analyse historique conduit à la même interprétation.

En effet, l'art. 11 LTN correspond à l'art. 16 al. 2 du projet du Conseil fédéral, sous réserve de quelques modifications de nature rédactionnelle (cf. *Feuille fédérale* 2002 p. 3438, p. 3443). De même, l'art. 12 al. 3 à 5 LTN correspond à l'art. 17 du projet soumis aux Chambres fédérales par le Conseil fédéral, sous réserve de quelques modifications rédactionnelles (cf. *ibidem*). Les Chambres ont retenu des alinéas supplémentaires : les alinéas 1 et 2, qui néanmoins s'inscrivent dans la même optique que le reste de l'art. 12 LTN.

Or, à aucun moment dans son Message, le Conseil fédéral n'envisage d'appliquer les art. 11 et 12 LTN aux juridictions prud'homales suisses (cf. *Feuille fédérale* 2002 p. 3371, p. 3418 s.).

D'ailleurs, il est très vraisemblable que les art. 11 et 12 LTN ne soient applicables à aucune autorité judiciaire.

**En conclusion**, la LTN ne contient pas de base légale permettant d'obliger les juridictions prud'homales suisses à dénoncer des cas de travail au noir.

## II. LEtr : LOI FEDERALE SUR LES ETRANGERS

La Loi fédérale sur les étrangers (ci-après, LEtr) règle l'entrée en Suisse et la sortie de Suisse, le séjour des étrangers et le regroupement familial. Elle règle en outre l'encouragement de l'intégration des étrangers (art. 1 LEtr).

La LEtr entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

L'art. 97 LEtr prévoit notamment une assistance administrative mutuelle entre les « autorités chargées de l'exécution de la présente loi » (art. 97 al. 1 LEtr).

L'art. 97 LEtr correspond à l'art. 92 du projet du Conseil fédéral. Sa teneur est inchangée. La consultation du Bulletin officiel montre que les Chambres fédérales n'ont pas discuté de l'art. 97 al. 1 à 3 LEtr lors des travaux parlementaires. La proposition Wasserfallen d'ajouter un alinéa 4 visant à ancrer dans la loi le devoir d'informer figurant dans l'ordonnance n'a pas été retenue (*Bulletin officiel* 2004 p. 1134 et 1137).

Dans son Message, le Conseil fédéral s'est exprimé sur le projet d'art. 92 LEtr de la manière suivante :

« La disposition proposée règle la collaboration des autorités chargées de l'exécution de la présente loi (al. 1). D'autres autorités sont tenues d'informer, dans un cas d'espèce et sur demande motivée, les autorités d'exécution de tous les éléments nécessaires en rapport avec la réglementation du séjour des étrangers (al. 2).

Selon l'al. 3, certaines données, énumérées ici exhaustivement, doivent être communiquées d'office. Il s'agit de données qui sont déterminantes pour la réglementation du séjour. Dans le cadre de la lutte contre les mariages de complaisance, on envisage d'obliger les offices d'état

civil à faire savoir qu'ils ont refusé de célébrer le mariage ou à communiquer les indices majeurs qui permettent de présumer que l'on est en présence d'une telle union. Les petites amendes, les contraventions et autres événements sans influence sur l'autorisation ne sont pas couvertes par l'obligation de communiquer les données. Le Conseil fédéral précisera la portée de cette dernière dans une ordonnance.

Si d'autres lois comportent l'obligation de garder le secret à l'encontre de services officiels, ces dispositions spéciales resteront applicables. »

A la lecture de l'art. 97 LETr et du Message du Conseil fédéral concernant cette disposition, il apparaît qu'il existe une distinction entre les « autorités chargées de l'exécution » de la LETr, dont traite l'al. 1, et les autres autorités, dont traite l'al. 2 et qui ne sont tenues d'informer que sur demande motivée.

L'art. 97 al. 3 LETr vise l'application de l'art. 97 al. 1 LETr.

Pour concrétiser l'art. 97 al. 3 LETr, le Conseil fédéral a adopté l'art. 82 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (ci-après, OASA).

L'art. 82 OASA n'est donc pertinent que dans le cadre de l'application de l'art. 97 al. 1 LETr.

L'interprétation de l'art. 97 al. 1 LETr est difficile. La détermination du cercle des autorités visées par cette disposition est malaisée.

Comme cette disposition constitue une exception au secret de fonction (cf. l'art. 320 CP), il y a lieu de l'interpréter restrictivement.

A notre sens, les juridictions prud'homales ne peuvent pas être considérées comme des autorités chargées d'appliquer la LETr au sens de l'art. 97 al. 1 LETr. Elles font, au contraire, partie des « autres autorités » qui selon l'art. 97 al. 2 LETr ne sont pas tenues de renseigner d'office, mais uniquement sur demande dûment motivée.

Si même les juridictions des prud'hommes tombaient dans le champ d'application de l'art. 97 al. 1 LETr, l'on ne verrait pas dans quelles situations l'art. 97 al. 2 LETr pourrait s'appliquer.

Le fait que l'art. 97 al. 3 LETr mentionne « les jugements de droit civil » n'a pas d'impact sur l'appréciation qui précède, car l'art. 97 al. 3 LETr, ainsi que l'art. 82 OASA qui concrétise cette disposition, n'a pour but que de préciser quelles sont les « données visées à l'al. 1 ». Il ne modifie pas le cercle des autorités auxquelles l'art. 97 al. 1 LETr s'applique, cercle qui est établi par cette seule disposition avec les termes « autorités chargées de l'exécution de la présente loi ».

**En conclusion**, la LETr n'oblige par les juridictions des prud'hommes suisses à dénoncer d'office des cas de travail au noir. En particulier, l'art. 97 al. 1 LETr ne leur est pas applicable. Il faut, par contre, réserver l'application de l'art. 97 al. 2 LETr.

### III. L'art. 11 CPP

Selon l'art. 11 du Code de procédure pénale (ci-après, CPP), « Toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général. »

Il est contestable que cette disposition s'applique à la Juridiction des prud'hommes.

Dans son commentaire du CPP, Me Grégoire REY s'exprime de la manière suivante :

« Les magistrats du pouvoir judiciaire, en particulier des juridictions civiles ou administratives, [...] sont à notre sens soustraits [du devoir de dénonciation] pour les infractions dont ils pourraient avoir connaissance dans l'exercice de leur office, excepté si l'infraction constatée a une influence sur la procédure en cours (p. ex. faux témoignage) et sous réserve des dispositions spéciales de la loi (cf. not. art. 120 CPP pour le juge d'instruction). Contraindre de manière générale les magistrats à dénoncer des parties, des témoins ou des tiers intervenant dans la procédure nuirait en effet gravement à une saine administration de la justice ou à l'obligation de témoigner, voire pourrait constituer une entrave inadmissible au droit de faire examiner sa cause par une autorité judiciaire, cas échéant sur recours (cf. ad art. 41 CPP). On peut seulement songer, à titre d'exemple, au travailleur non déclaré qui, par le dépôt d'une demande devant le Tribunal des prud'hommes, serait certain d'être lui-même dénoncé et poursuivi au pénal pour violation de l'art. 23 LSEE. [...] Cette solution s'impose selon nous d'autant plus que, d'une part, les magistrats ne sont pas expressément visés à l'art. 11 CPP, et que, d'autre part, ils gardent la latitude de dénoncer une infraction sur la base de l'art. 9 CPP, dans les cas où leur pouvoir d'appréciation commanderait d'en faire usage, et enfin que l'art. 11 CPP, en tant qu'exception au secret de fonction (art. 320 CP et 46 CPP), doit être interprété de façon restrictive. » (G. REY, *Procédure pénale genevoise et règles fédérales applicables : annotations et commentaires*, Bâle et alii 2005, N 1.1 ad art. 11 CPP)

Faut-il en dire plus ?

Même à vouloir considérer que la Juridiction des prud'hommes est l'une des autorités visées par l'art. 11 CPP, plusieurs arguments méritent d'être évoqués pour qu'il soit décidé de ne pas obliger la Juridiction des prud'hommes de Genève à dénoncer au Procureur général des situations de travail au noir.

1. Un tel devoir de dénoncer irait à l'encontre d'une saine administration de la justice. En effet, ne voulant pas être dénoncés, les travailleurs au noir seraient obligés de renoncer à invoquer en justice leurs droits en tant que travailleurs. La mesure aurait comme effet pervers que des travailleurs qui en pratique bénéficient moyennement d'une moins bonne protection légale se verraient encore moins bien protégés, au risque d'une plus grande exploitation. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de considérer que la loi ne peut pas vouloir de tel effet pervers, dans son fameux arrêt jugeant que le défaut d'autorisation exigée par le droit public pour un travailleur étranger n'entraîne pas à lui seul la nullité du contrat de travail (ATF 114 II 279, JdT 1988 I 537). De même, des travailleurs au noir pourraient refuser de témoigner, par crainte d'être dénoncés.

2. L'entrée en vigueur de la LTN et de la LEtr ne comporte pas de changement notable dans l'optique de l'application de l'art. 11 CPP à l'encontre des travailleurs au noir. En effet, les violations de la LSEE actuelle commises par des travailleurs du fait que ces derniers travaillent au noir sont des délits. L'art. 11 CPP appréhende les délits. Les raisons pour lesquelles la juridiction des prud'hommes ne fait pas application de cette disposition doivent être recherchées ailleurs que dans le droit des étrangers. L'entrée en vigueur de la LTN et de la LEtr maintient les délits prévus par la LSEE, tout en augmentant la peine maximale que le juge peut prononcer (cf. l'art. 115 LEtr). Elle n'est donc pas propre à justifier un changement de pratique. En particulier, comme nous l'avons vu, ces nouvelles lois fédérales n'obligent pas les juridictions des prud'hommes suisses à dénoncer les cas de travail au noir.
3. En revanche, la LEtr comporte un changement notable dans l'optique de l'application de l'art. 11 CPP s'agissant de l'infraction commise par l'employeur de main-d'œuvre au noir. En effet, l'art. 23 al. 4 LSEE prévoit une contravention pour celui qui occupe de la main-d'œuvre au noir (amende de CHF 5'000,-- au maximum). Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, ce même employeur sera puni beaucoup plus durement, car il pourra être condamné à une peine privative de liberté d'un an au plus, sous réserve de circonstances aggravantes spéciales (art. 117 LEtr). L'infraction ne sera donc plus une contravention, à laquelle l'art. 11 CPP ne peut pas s'appliquer, mais deviendra un délit de même gravité que celui commis par les travailleurs au noir. L'art. 11 CPP serait alors applicable à cette infraction. Le changement est notable. Il peut justifier une réflexion sur un changement de pratique dans l'application de l'art. 11 CPP. Néanmoins, l'on peut se demander si la démarche du Procureur général est motivée par la volonté de frapper plus lourdement les employeurs de main-d'œuvre au noir. Certainement, il ne pourrait pas appliquer la loi au seul désavantage des travailleurs, alors que la responsabilité de l'employeur dans l'existence d'une situation de travail au noir est pour le moins tout aussi importante.
4. En pratique l'art. 11 CPP est très peu appliqué par les juridictions genevoises. Par exemple, celles-ci, y compris les juges d'instruction, dénoncent très rarement le faux témoignage (art. 307 CP), qui pourtant est un crime, car le délinquant peut être condamné à une peine privative de liberté allant jusqu'à cinq ans. L'on peut, dès lors, difficilement justifier que l'on fasse du zèle à l'égard d'une seule juridiction, celle des prud'hommes, et pour un délit, alors que des crimes ne sont pas dénoncés.

**En conclusion**, il y a lieu de refuser que la Juridiction des prud'hommes soit tenue de dénoncer au Procureur général une situation de travail au noir en application de l'art. 11 CPP.

Pour l'Etude :

Giuseppe DONATIELLO