

Université Paris 1- Panthéon Sorbonne
Master 2 Recherche
Droit pénal et politique criminelle en Europe

La lutte contre le travail illégal en Europe
Radiographie d'une faillite

Odette-Luce Bouvier
sous la direction de
Madame le Professeur Geneviève Giudicelli-Delage

“Une question est restée en suspens, à l’arrière-plan du tableau : peut-on construire une communauté de droit sans communauté de valeurs ?”

*M. Delmas-Marty, Les forces imaginantes du droit -
Le relatif et l’universel. 2004*

Année universitaire 2006-2007

**Mes remerciements vont
à mon père, Jean-Claude Bouvier, pour son amour et
son exigence, éternels...
à ma mère, Huguette Bouvier-Rovira, pour les
valeurs transmises,
à James Lecoœur,
Pablo Lecoœur-Bouvier et
Miguel Lecoœur-Bouvier,
pour leur présence et leur si douce bienveillance,
à Lydia Tournier,
pour le chemin parcouru,
à mesdames les professeurs
Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges,
pour leur art de la pédagogie et leur philosophie du
droit.**

Sommaire

Introduction	p.1
Partie 1 - Le travail illégal dans l'espace européen : état des lieux	p.4
Chapitre 1 - Une Europe confrontée à un sombre bilan et à des stratégies éparpillées	p.4
Section I - Un bilan alarmant	p.5
Section II - Une mosaïque de réponses nationales	p.14
Chapitre 2 - La lutte contre le travail dissimulé en France : chronique d'un échec	p.25
Section I - La saga française de la lutte contre le travail dissimulé	p.26
Section II - Le dispositif de lutte contre le travail dissimulé : une copie revue et à revoir	p.40
Partie 2 - La lutte contre le travail non déclaré en Europe : les causes d'une faillite	p.49
Chapitre 1 - Les causes révélées de l'échec actuel des dispositifs nationaux et communautaire de lutte contre le travail illégal	p.49
Section I - La France : un mauvais élève de la lutte contre le travail illégal	p.49
Section II - Les carences et incohérences des dispositifs européens	p.66
Chapitre 2 - Les causes indicibles de la faillite de la lutte contre le travail non déclaré	p.78
Section I Un choix de valeurs communes	p.79
Section II - Europe : à qui profite le travail non déclaré?	p.88
Conclusion	p.98
Bibliographie	p.100

Liste des abréviations

ACOSS : Agence centrale des organismes de sécurité sociale
ANPE : Agence nationale pour l'emploi
APJ : Agents de police judiciaire
BNEE : Brigade nationale d'enquêtes économiques
BTP : Bâtiments Travaux Publics
CEE : Centre d'études de l'emploi
CFTC : Confédération française des travailleurs chrétiens
CEEP : *European Center of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest*
CES : Chèque emploi-service
CES : Confédération européenne des syndicats
CFDT : Confédération française démocratique du travail
CGT : Confédération générale du travail
CODETRAS : Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture
COG : Convention d'objectifs et de gestion
COLTI : Comités opérationnels de lutte contre le travail illégal
DDTEFP : Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle
DGI : Direction générale des impôts
DILTI : Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal
DPAE : Déclaration préalable à l'embauche.
EUROSTAT : L'organisme statistique européen
GUE/NGL : Gauche unitaire européenne/ Gauche verte nordique
GISTI : Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés.
FMI : Fonds monétaire international.
GIR : Groupements d'intervention régionaux
GREE : Groupes régionaux d'enquêtes économiques
HCR : Hôtel-Café-Restaurant
INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques
IRES : Institut français de recherches économiques et sociales
ISTAT : Institut italien de la statistique
ITEPSA : Inspecteurs du travail, de l'emploi, de la protection sociale agricole
OCDE : Organisation de coopération et de développement économique
OCLTI : Office central de lutte contre le travail illégal.
OIT : Organisation internationale du travail
OMI : Office des migrations internationales
OPJ : Officiers de police judiciaire
PAF : Police aux frontières
PECO : Les pays d'Europe centrale et orientale
PIB : Produit intérieur brut
PME : Petites et moyennes entreprises
SNU-TEF : Syndicat national unitaire-Travail-emploi-formation
SUD : Solidaires, Unitaires et Démocratiques
TIC : Technologie de l'information et de la communication
TIG : Travaux d'intérêt général
TVA : Taxe sur la valeur ajoutée
UEA PME : Union européenne des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général
UE : Union européenne
ULA : Unité de travail à temps plein
UNI : *Union network international*

UNICE : Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe.

UNSA : Union nationale des syndicats autonomes

URSSAF ; Unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales

WFTC : *Working families tax credit.*

Introduction

Le travail illégal est une des préoccupations constantes du monde du travail contemporain. Travail au noir, secteur informel, travail clandestin, travail dissimulé, travail non déclaré, le phénomène, dans ses complexes et mouvantes manifestations, préoccupe gouvernements et législateurs. Ceux-ci tentent, non sans contradictions et ambiguïtés, de trouver les réponses adéquates à ce fléau “économique et social”¹, en associant prévention, répression et coordination dans les dispositifs de lutte.

Le travail illégal est une notion générique désignant un ensemble d’atteintes à l’ordre public social réprimées par des sanctions pénales, civiles ou administratives. La présente étude sera concentrée sur le travail dissimulé ou travail “non déclaré” selon la terminologie des institutions européennes, une des composantes du travail illégal. Le travail dissimulé n’est en effet qu’un des aspects du travail illégal lequel regroupe d’autres comportements prohibés tels que l’emploi d’étrangers sans titre de séjour, le prêt illicite de main d’oeuvre, le marchandage, la fraude aux revenus de remplacement et le cumul d’activités. De même, ne sera pas traitée la manifestation extrême du phénomène qu’est l’esclavage moderne. Le champ de notre étude se limitera en conséquence aux activités légales rémunérées de nature légale mais non déclarées aux autorités publiques, cadre nécessairement mouvant en raison des nuances de définition juridique existant dans les différents systèmes juridiques européens. Le travail dissimulé représente dans l’ensemble des pays européens la part essentiel du travail illégal. La complexité de notre sujet nous amènera toutefois à faire des incursions dans le champ du travail des migrants illégaux.

Sans prétendre à l’exhaustivité, les dispositifs de lutte contre le travail illégal dont nous tenterons d’établir le bilan et d’évaluer la pertinence, sont ceux des pays membres de l’Union européenne, élargie à vingt-cinq en 2004 puis à vingt-sept en 2007.

Bien que ce présupposé puisse être discuté, le travail illégal tel que nous l’analyserons est une infraction, relevant du droit pénal du travail, branche moderne et fluctuante du droit pénal commun. Cette discipline est désormais reconnue en tant que telle dans les ordres juridiques de la quasi-totalité des pays européens, à la notable exception du droit anglais. Dans son acception actuelle, le droit pénal du travail comprend, selon la définition donnée par les rédacteurs du manuel *Droit pénal des affaires*² “l’ensemble des règles destinées à protéger les droits des travailleurs établis dans l’ordonnance juridique du travail et, dans un degré moindre, dans l’ordre social et économique de la production.”. Mais un tel concept n’est que la résultante d’un mouvement de l’histoire sociale européenne qu’il est intéressant de synthétiser ici. En effet, les dispositifs de lutte contre le travail illégal, tels que mis en place par les pouvoirs publics et les législateurs des pays européens, ne s’expliquent et ne se déchiffrent que dans et par ce contexte.

¹ R.Salles, “Rapport sur le projet de loi relatif au renforcement de la lutte contre le travail clandestin”, AN n° 3190, 1997.

² Giudicelli-Delage G., (ss dir.), *Droit pénal des affaires en Europe*, Paris, Thémis droit, PUF, 1ère éd., 2006, 523 p.

Historiquement³, le droit pénal du travail s'est d'abord articulé en Europe autour de la protection d'un ordre social contre la menace que représentaient les travailleurs (selon le vieil adage "classe laborieuse, classe dangereuse") avec notamment la répression de la grève⁴. Ce n'est qu'au début du XXème siècle qu'apparaissent des normes protectrices des catégories de travailleurs plus vulnérables (femmes et enfants) avec, parallèlement, la criminalisation tendant à préserver le marché de l'emploi par la pénalisation des migrations clandestines. Des réflexions sur un droit pénal spécifiquement consacré à la protection du travailleur et des intérêts n'émergent qu'au sortir de la Première Guerre mondiale et la révolution russe. Les ordres totalitaires de l'Allemagne, de l'Italie et de l'Espagne fascistes consacrent un modèle totalitaire des relations de travail, exclusivement centré sur la protection de la production dans l'entreprise, les mesures de protection de la vie et de la santé du travailleur n'ayant pour objectif que de maximaliser la capacité productive de la nation. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, un droit pénal du travail se redéfinit en Europe autour de la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève et des formes d'auto-protection collective et de la protection des droits du travailleur dans la relation de travail, droits patrimoniaux mais aussi personnels. La caractéristique la plus récente de ce droit pénal du travail moderne est le processus de globalisation et de libéralisation du marché.

Dans la relation individuelle de travail, les droits protecteurs de la dignité du travailleur sont étroitement interdépendants de la poursuite d'objectifs socio-économiques nationaux et internationaux. Les dispositifs normatifs relatifs au travail illégal s'inscrivent dans cette double préoccupation.

Ces quelques préalables posés témoignent de l'intérêt et de la complexité de la problématique que nous entendons traiter, à savoir, la lutte du travail illégal en Europe, grâce à ce que nous appelons, non sans quelque présomption, une radiographie de sa faillite.

Très rapidement, le désarroi du pénaliste, confronté à la multiplicité des aspects que recouvre un tel sujet, grandit mais rien n'est plus intéressant que cette perte de repères juridiques. Elle conduit à sortir des chemins juridiques proprement dits et à arpenter de vastes terrains, de la sociologie du travail aux politiques publiques en passant par l'économie et l'actualité sociale, pour en arriver à la politique au sens étymologique du terme, à "l'organisation de la cité". L'amplitude du champ d'investigation et de réflexion de la présente étude, si elle peut devenir vertigineuse, ne peut que nous inciter à retrouver l'intérêt et le sens du droit, ceux d'être un instrument de décryptage des équilibres sociétaux, d'élection de valeurs fondamentales et de subversion des ordres relatifs établis.

Le sombre bilan européen et national (**Partie 1**) est révélateur de l'actualité et de la prégnance du travail illégal, d'une mobilisation inégale des Etats membres, mais aussi de leur ambiguïté dans le traitement de la question. Un empilement de stratégies disparates, de type administratif, fiscal, pénal, civil, caractérise les dispositifs mis en place au niveau national et dans l'Union européenne.

Cet état des lieux est le nécessaire préalable de l'analyse des causes de l'échec de ces stratégies de lutte contre le travail illégal. Certaines d'entre elles ont été inventoriées par les travaux et documents, officiels ou institutionnels. Mais une radiographie doit permettre de

³ Ibidem.

⁴ Incriminé en France sous le délit de "coalition", anciens articles 414 à 416 du code pénal.

révéler des causes plus enfouies, dissimulées au premier regard, celles liées aux logiques même de l'économie libérale et à la remise en cause du projet d'une Europe sociale (**Partie 2**).

Partie 1 - Le travail illégal dans l'espace européen : état des lieux

Le bilan des dispositifs de lutte contre le travail illégal dans les pays européens, anciens ou

nouveaux Etats membres de l'Union européenne est alarmant. Le premier constat est celui d'un surempilement de politiques publiques, de normes, de mesures empruntant à de nombreux domaines. Si un bilan précis est fort difficile à établir, la multiplication même de ces dispositifs et les derniers rapports recensés dans les pays européens et au niveau communautaire rendent compte de la persistance du travail illégal, voire de sa croissance (**Chapitre 1**).

L'exemple français que nous examinerons de façon plus détaillée en constitue une illustration éloquente. En dépit des évolutions et aléas législatifs et jurisprudentiels caractérisant la lutte contre le travail illégal en France, celle-ci demeure le "parent pauvre" des dispositifs qui tentent d'enrayer les fraudes aux prélèvements obligatoires, de nature fiscale ou sociale (**Chapitre 2**).

Chapitre 1- Une Europe confrontée à un sombre bilan et à des stratégies éparpillées

La Commission européenne le reconnaît en 2004⁵: "Le travail non déclaré, dans toute l'ambiguïté de ses connotations, en est arrivé à constituer un trait structurel des sociétés européennes." Le travail non déclaré touche tous les Etats membres et constitue l'une des questions sensibles d'intérêt commun dans le domaine de l'emploi. Ce phénomène menace, selon les propres termes de la Commission, "le financement des services sociaux, déjà en butte à des pressions, il affaiblit la protection sociale des citoyens, réduit les perspectives du marché du travail et peut nuire à la concurrence. En outre, il est contraire aux idéaux européens de solidarité et de justice sociale."⁶

Un état des lieux fiable de la situation au niveau européen reste extrêmement difficile à dresser comme en attestent les études européennes réalisées sur le sujet ces dernières années. La première difficulté est celle d'une définition commune ou pour le moins communément acceptée. Travail au noir, économie informelle, économie cachée, économie au comptant, économie souterraine, parallèle, secondaire, inofficielle ou fantôme, autant de termes recouvrant des réalités complexes, reposant sur des causes multiples. La définition retenue par la Commission européenne pour tenter de délimiter le champ des études successives se fonde sur le dénominateur commun qu'est le travail. Relève donc du travail non déclaré pour la Commission européenne "toute activité rémunérée de nature légale, mais non déclarée aux pouvoirs publics, compte tenu des différences existant entre les systèmes réglementaires des Etats membres."

Les bilans successivement dressés par la Commission européenne en 2001 puis en 2004 sur les manifestations du travail non déclaré dans les Etats membres et sur la mosaïque des stratégies développées en Europe pour contrer ce phénomène sont alarmants (**Section I**) et témoignent d'une multiplicité de réponses nationales (**Section II**).

Section I - Un bilan alarmant :

⁵ Employment and European Social Fund, "Undeclared work in an enlarged Union - An analysis of undeclared work : an in-depth study of specific items", (*Le travail non déclaré dans l'Union élargie*), Direction générale Emploi et Affaires sociales, Commission européenne, 2004.

⁶ Commission européenne, "Communication sur le travail non déclaré" -COM (98) - 219

Que ce soit au niveau de l'Europe des Quinze ou à celui de l'Europe élargie, le bilan établi, tant bien que mal, de l'ampleur et des manifestations du travail non déclaré est accablant.

Paragraphe 1. L'Europe des Quinze

Un premier rapport finalisé en 2001, intitulé "*Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour*"⁷, a été réalisé à la demande de la Commission européenne, auprès des sept Etats membres de la communauté européenne que sont la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, l'Espagne, la Suède et le Royaume Uni.

A. Une constante augmentation du travail non déclaré en Europe

Cette étude confirme la constante augmentation du travail non déclaré en Europe. Il représenterait entre 3 à 15 % du produit intérieur brut (PIB). Ce constat, bien que souffrant d'une quasi-absence de statistiques européennes et nationales sur le sujet⁸, correspond cependant aux tendances globales relevées au niveau national⁹. Le fait même que les pays membres ne soient pas très actifs pour mesurer le travail non déclaré témoignent de leur peu d'empressement à définir -et à combattre?- ce phénomène. Si les estimations de l'économie souterraine varient sensiblement selon la méthode utilisée, on peut distinguer un premier groupe dont l'économie non déclarée avoisine 5 % du PIB, constitué par les pays scandinaves, l'Irlande, l'Autriche et les Pays-Bas. Dans le deuxième groupe, celui des "lanternes rouges" du travail non déclaré, figurent l'Italie et la Grèce avec plus de 20% du PIB. A mi-chemin, entre ces deux extrêmes, se trouvent deux groupes intermédiaires, le premier formé par le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France et le second par la Belgique et l'Espagne. Mais l'écart existant entre les diverses études est très important et peut atteindre, pour la France par exemple, une amplitude de 4 points du PIB, soit environ 70 millions d'euros, ce qui révèle la relative fiabilité des chiffres fournis en la matière¹⁰. Ces divergences posent la question primordiale et préalable de la méthodologie d'évaluation adoptée.

1°) La question préalable de la méthodologie

Le choix d'une méthode fiable d'évaluation de la dimension et de la structure du travail non déclaré est un préalable important à l'établissement d'un état des lieux européen.

⁷ S. Mateman, P. Renoy, "*Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour*" (*Le travail non déclaré en Europe : vers une approche intégrée de la lutte contre le travail non déclaré*) - 2001.

⁸ Les discordances entre les chiffres fournis par deux études européennes, ou entre des données nationalement collectées sont inquiétantes et révélatrices du flou existant en la matière. Ainsi, le rapport européen fait état en 2001 pour l'Allemagne d'une proportion de 6% du PIB représentée par le travail non déclaré alors que le rapport réalisé en 2002 pour le compte du syndicat IG BAU et des fédérations du secteur du bâtiment et des travaux publics estime à 16 % du PIB allemand le produit des activités du travail non déclaré.

⁹ S. Pedersen, "*The shadow economy in Germany, Great Britain and Scandinavia. A measurement based on questionnaire survey*" (*L'économie parallèle en Allemagne, Grande-Bretagne et Scandinavie. Mesure basée sur l'étude de questionnaires*), The Rockwood Foundation Research Unit, Copenhagen. 2003

¹⁰ Conseil des prélèvements obligatoires, *La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*, La Documentation française - mars 2007

Deux catégories d'approche pour évaluer l'économie souterraine sont identifiées :

- les méthodes d'estimation "directes" ou microéconomiques qui cherchent à quantifier le phénomène directement à partir d'éléments disponibles (questionnaires, enquêtes, chiffres des services administratifs de contrôle...) ¹¹ ;
- les méthodes d'estimation "indirectes" ou macroéconomiques qui s'appuient sur des données intermédiaires, des hypothèses et des modèles macroéconomiques.

Les méthodes directes, fondées par exemple sur l'extrapolation des résultats de contrôles fiscaux, à partir de la différence entre les revenus déclarés aux autorités fiscales et ce qui est mesuré par des contrôles sélectifs, si elles paraissent adaptées à la mesure des fraudes sur les prélèvements obligatoires, sont moins intéressantes pour mesurer l'économie informelle. Les contrôles, en effet, ne sont pas menés de façon aléatoire mais généralement ciblés afin d'identifier le plus grand nombre de fraudes : le risque est donc celui d'une sur-estimation de la fraude. De plus, les résultats de ces contrôles donnent des indications sur les personnes qui déclarent leur activité mais ne dévoilent qu'une partie des montants éludés et prennent imparfaitement en compte la fraude des redevables non déclarés. Quant à l'approche par les anomalies statistiques des comptes nationaux, interprétées comme des indices de la présence de l'économie souterraine, les résultats ainsi obtenus fournissent peu d'informations sur l'origine des incohérences statistiques et sur les mécanismes de fraude. Sont intéressantes les méthodes directes, utilisées récemment dans des études réalisées sur le plan international, se référant essentiellement à l'observation, aux entretiens et aux études effectuées du côté de l'offre mais la crainte de réponses incorrectes peut limiter l'exploitation des données ainsi obtenues, dépendantes de la méthode de questionnement et du degré d'anonymat.

Quant aux méthodes indirectes, elles sont largement utilisées par des économistes pour évaluer l'importance de l'économie informelle, notamment dans les pays de l'OCDE. Certaines d'entre elles, comme les méthodes monétaires, se fondent par exemple sur l'évolution du rapport entre les dépôts d'espèces et les dépôts à vue. Une autre méthode indirecte, récemment utilisée dans certains pays, est celle du comptage de main d'oeuvre. Elle consiste à comparer l'information du marché de l'emploi, côté offre avec les données recueillies du côté des demandes. Selon l'organisme statistique européen, EUROSTAT, cette méthode est utile en ce qu'elle parvient à une exhaustivité des comptes nationaux mais elle s'avère peu efficace pour estimer le volume de travail non déclaré en termes d'unités de main d'oeuvre. Un troisième type de mesure se fonde sur la modélisation économique. En utilisant certains indicateurs d'une partie non déclarée de l'économie et un jeu de déterminants supposé (causes), une indication d'ordre de grandeur est ainsi obtenue.

La méthodologie italienne, mise au point par l'institut italien de la statistique (ISTAT) est une méthode indirecte d'évaluation de l'économie souterraine des agrégats économiques et des enquêtes spécialisées, partant du principe que les entreprises, lorsqu'elles sont interrogées par des enquêteurs, fussent-ils indépendants des corps de contrôle, ne déclarent que les salariés en règle alors que les travailleurs salariés sont moins réticents à déclarer leurs revenus professionnels, même illicites. La méthode italienne s'avère intéressante car elle utilise, pour des estimations par secteur et par échelon territorial, tout à la fois les données déclaratives officielles des entreprises et celles issues des enquêtes à destination des ménages (dont le

¹¹

L'INSEE française utilise ce type de méthode pour ses estimations.

recensement) ainsi que diverses enquêtes administratives relatives à l'agriculture, à la sécurité sociale ou aux demandes de permis de construire. L'ISTAT publie ainsi régulièrement le nombre officiel de travailleurs au noir, exprimé en unité de travail à temps plein (ULA). Mais cette méthode, considérée comme une bonne pratique par EUROSTAT, est également contestée en ce que l'hypothèse selon laquelle les travailleurs déclareraient spontanément leurs revenus non déclarés reste fragile et que les situations d'irrégularité partielle (sous-déclaration) resteraient imparfaitement prises en compte. En outre, la méthode indirecte de l'ISTAT ne permet pas une description qualitative du phénomène mesuré. Mais si elle ne peut être considérée comme un instrument de mesure miracle, cette méthodologie reste malgré tout un des exemples les plus convaincants en matière de mesure du travail non déclaré.

En dépit des difficultés ainsi rencontrées dans l'établissement d'un état des lieux fiable, des conclusions peuvent être tirées des informations chiffrées recueillies et exploitées.

2°) Les secteurs touchés

Au-delà des chiffres, l'analyse qualitative qu'offre le rapport européen de 2001¹² apporte des informations intéressantes sur les secteurs touchés, les groupes de travailleurs non déclarés ainsi que sur les comportements sous-tendant le recours au travail illégal.

Selon ce rapport, les secteurs les plus touchés par le travail illégal dans les pays européens étudiés sont l'agriculture, les services collectifs, sociaux et personnels (comme le nettoyage ou les soins), le bâtiment et l'industrie manufacturière. De fait, les secteurs à forte densité de main d'oeuvre et où circulent de grandes quantités d'argent liquide sont prioritairement concernés.

Une analyse plus fine de la situation permet d'identifier dans les années 90 et au début des années 2000 trois groupes de secteurs dont les schémas de comportement relativement homogènes se retrouvent dans presque tous les Etats membres de l'ex-Europe des Quinze :

- les secteurs traditionnels que sont l'agriculture, le bâtiment, le commerce de détail, la restauration ou les services domestiques :

Le secteur du bâtiment et celui de l'agriculture ont toujours eu largement recours à la sous-traitance et les contrôles des pouvoirs publics y sont très limités. Dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, le contrôle de chiffres d'affaires et du personnel de la multitude de petites entreprises existantes est tout aussi lacunaire et insatisfaisant. Enfin, les services privés dépendent beaucoup des traditions et des comportements culturels. De fait, pour certains services personnalisés, les emplois formels sont l'exception et le "travail au noir" la règle.

- les industries manufacturières et les services commerciaux :

La compétitivité, dans ces secteurs d'activités, dépend essentiellement des coûts. En Europe méridionale, le secteur textile, qui se prête au travail à domicile, est considéré comme particulièrement touché par le travail non déclaré.

- les secteurs novateurs :

¹² S. Mateman, P. Renoy, *"Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour"*, op. cité.

Dans ce dernier groupe, où se concentrent essentiellement des travailleurs indépendants, l'utilisation de moyens de communication électroniques et de l'informatique facilite la négociation et les prestations de services en divers endroits et par là-même le travail illégal.

3°) Les groupes de population concernés

Les groupes de population les plus fortement touchés par le travail illégal sont, au premier chef, les chômeurs puis les personnes cumulant deux emplois, suivies par celles exerçant une activité indépendante et enfin les ressortissants de pays tiers, les étudiants et les immigrants illégaux.

Les chômeurs sont d'autant plus vulnérables qu'ils courent le risque de perdre leurs allocations de chômage et se voient souvent proposer par un employeur un emploi à la condition expresse de ne pas les déclarer. Leur fragilité socio-économique leur permet difficilement de résister à de telles propositions.

Un nombre important de travaux non déclarés est effectué par des personnes exerçant également une activité régulière et/ou indépendante. Etre capable de participer à l'économie informelle signifie souvent dans ce cas de figure que l'intéressé répond à une demande requérant certaines compétences ou des qualifications spéciales.

Les personnes "économiquement non actives" que sont les étudiants, les femmes au foyer, les préretraités peuvent consacrer plus de temps au travail non déclaré. Les possibilités de trouver un travail non déclaré sont plus importantes pour ceux ayant déjà été en contact avec le monde du travail.

La part des ressortissants de pays tiers résidant illégalement en Europe ou immigrants clandestins dans l'économie informelle est particulièrement difficile à évaluer mais il ne représente pour les experts européens qu'une part minoritaire du phénomène. Pour nombre d'immigrés clandestins, le travail non déclaré constitue une stratégie de survie. Ils constituent une catégorie de travailleurs particulièrement vulnérables, l'irrégularité de leur situation sur le territoire national les exposant à tout moment à une expulsion. Les employeurs, alimentés par des réseaux de fourniture de main d'oeuvre d'origine clandestine, peuvent ainsi disposer de travailleurs engagés dans des conditions que des nationaux jugeraient inacceptables. Le travail non déclaré des immigrants clandestins, qui se concentrait initialement dans le secteur du bâtiment, semble aujourd'hui s'orienter davantage vers les activités de service.

Un autre constat intéressant est dressé par la décision du Conseil européen de 2001 sur les politiques de l'emploi dans les Etats membres¹³ : l'inégalité des sexes sur le marché du travail formel se reflète dans l'économie informelle. Le développement de l'économie informelle favorise en conséquence l'inégalité entre les sexes. Les femmes travaillent le plus souvent dans les secteurs d'activités traditionnellement féminins. Elles se trouvent ainsi majoritairement dans le secteur des services (services personnels, soins), l'hôtellerie, la restauration, la santé, l'enseignement, les entreprises de nettoyage... Peu de femmes sont recensées dans les gros secteurs informels que sont le bâtiment et la réparation. Elles sont engagées à des postes moins autonomes et les inégalités entre leurs salaires et ceux des

¹³ Conseil européen (2000), *Décision du Conseil sur les directives pour les politiques de l'emploi des Etats membres pour l'année 2001,2000...*

hommes sont les mêmes que dans le secteur formel, voire accrues. Les emplois féminins non déclarés ont un caractère plus permanent que les emplois masculins non déclarés. Dans une étude effectuée pour la Communauté européenne, le docteur Pfau-Effinger fait la relation entre les types d'emplois féminins non déclarés et les différents types de protection sociale des différents Etats. Ainsi, dans les régimes de protection sociale sociaux-démocrates, le recours aux emplois féminins domestiques non déclarés est faible, l'Etat prenant en charge ce type d'emplois. Dans les régimes de protection sociale conservateurs tel que l'Allemagne, l'offre de travail domestique connaît une augmentation considérable, avec un développement concomitant du travail au noir dans ce secteur. Les pays de tradition latine sont, en raison de leurs normes culturelles dominantes, hostiles au travail formel des femmes et "s'emploient à les garder à la maison pour s'occuper de la famille".

B. Le poids des comportements et des préjugés

Le poids des comportements ancrés dans les sociétés civiles constitue une donnée importante dans le recours massif au travail illégal. Ils viennent justifier des dysfonctionnements en permettant à chacun de justifier le recours au travail au noir. Synonyme de débrouillardise, de l'individu qui "dame le pion" à l'Etat suspecté de gaspillage des fonds publics, le travail dissimulé ne devient préoccupant ou condamnable que lorsqu'il est commis par "l'autre".

1°) Les deux mythes populaires du "travail au noir" : banalisation et débrouillardise

Ainsi, des enquêtes récentes menées en Belgique ont montré qu'une partie importante de l'économie souterraine est le fait de personnes ayant déjà un emploi, dans un contexte de banalisation collective du recours à l'économie informelle. Selon le professeur Pestieau, de l'université de Liège¹⁴, derrière les chiffres sur le travail dissimulé se côtoient des réalités disparates, allant de l'emploi de femmes de ménage par les classes moyennes belges aux activités criminelles.¹⁵

En Italie, l'idée selon laquelle l'économie souterraine est à l'origine de la prospérité des années 1960 a "la vie dure"¹⁶. En dépit des politiques mises en oeuvre pour lutter contre ce fléau, l'économie dissimulée semble "appartenir au patrimoine génétique" du pays et démontre l'ingéniosité des travailleurs qui y participent¹⁷. C'est ainsi que le président du Conseil de l'époque, Silvio Berlusconi incitait, fin 2002, les 8 000 employés de Fiat mis au chômage technique, à arrondir leurs revenus par tous moyens utiles en ces termes : "Les plus volontaires trouveront certainement un second travail, peut-être non officiel, dont ils tireront des revenus en plus pour leurs familles"¹⁸. En novembre 2003, un grave accident du travail lors de l'effondrement du chantier du Musée de la navigation, sur le port de Gênes, révèle que quatre des victimes n'avaient pas de contrat de travail. Le musée en construction, salué comme un des atouts de Gênes, déclarée capitale européenne de la culture en 2004, devenait, avec cet

¹⁴ P. Pestieau, professeur à l'université de Liège, *Le Monde de l'économie*, 24 nov. 2003

¹⁵ Le professeur Pestieau rappelle à juste titre le remarquable film des frères Dardenne, "*La promesse*", qui traite en 1996 de la terrible réalité du travail au noir.

¹⁶ *Le Monde de l'économie*, 24 nov. 2003.

¹⁷ *Le Monde de l'économie*, précité.

¹⁸ *Le Monde de l'économie*, précité

accident, “un nouveau symbole, celui de l’Italie championne du monde du travail au noir”. Sur le chantier, les témoignages d’anciens salariés révélaient un “turnover” permanent d’immigrés extra-communautaires, mal ou non payés. Cet événement n’en était pas un mais uniquement le révélateur d’une réalité banale du monde du travail. A Gênes, plus de 3 500 personnes travailleraient au noir dans le bâtiment, des étrangers mais aussi des retraités qui complètent ainsi leurs revenus. Au niveau national, selon le président de l’institut de recherches Eurispes, chaque famille italienne gagnerait un tiers de plus que les chiffres officiels et le PIB au noir représenterait 30 % du PIB national. Les organisations syndicales opposées au projet de réforme des retraites présenté en 2003 par le gouvernement ont fait valoir que la récupération d’une petite partie de ces sommes, qui échappent aux caisses de l’Etat, pourrait permettre de régler la question du déficit de la sécurité sociale et du système de prévoyance. Mais ces dénonciations syndicales pèsent peu face au mythe de l’économie souterraine qui soutiendrait la consommation, dans un pays rongé par l’inflation galopante depuis l’introduction de l’euro. Le président d’Eurispes, Gian Maria Fara, confiait à *la Stampa*, fin août 2003, que “le PIB au noir, qui représente 30 % du PIB national mais qui officiellement n’existe pas, est devenu le régulateur des tensions sur les prix... Nous nous en sortons grâce à ces 30 % de revenus en plus, soit près de 270 millions d’euros, qui nous permettent d’absorber les effets négatifs de l’inflation et donnent de la souplesse à l’économie”.

Le travail au noir est ainsi trop souvent synonyme d’ingéniosité, de débrouillardise, sans que l’impact financier et social de ces pratiques ne fasse l’objet, de la part des infracteurs, d’une réflexion d’ensemble. Une “morale fiscale déficiente”, notent pudiquement les auteurs du rapport européen de 2001¹⁹, une défiance également envers l’utilisation par les pouvoirs publics de l’argent fiscal sont autant de facteurs tendant à banaliser le phénomène, à l’enraciner dans la culture et le comportement de nombreux pays européens.

2°) L’immigré illégal : la figure symbolique de l’étranger fraudeur

D’autres mythes, paradoxalement complémentaires, sont largement véhiculés tel que celui selon lequel les immigrants illégaux seraient majoritaires dans le travail illégal. Les rapports, tant européens que nationaux, sur la question viennent infirmer une telle assertion mais les discours politiques et l’opinion publique les relaient et/ou les instrumentalisent. Le fraudeur, c’est l’autre, l’étranger, le travailleur immigré. Cette figure symbolique de l’étranger fraudeur permet de s’exonérer, à bon compte, d’un éventuel sentiment de culpabilité et de remise en cause de ses propres comportements, dans le quotidien du recours au travail dissimulé par l’employeur, l’artisan, la mère de famille... La figure de l’étranger, potentiellement fraudeur, permet de justifier des annonces récurrentes et guerrières d’opérations “coups de poing” contre les travailleurs en situation irrégulière, programmes que les militants qualifient désormais de “traque à l’homme”.

Nous analyserons dans la seconde partie de la présente étude la pertinence de ces fantasmes et, par là-même, des politiques publiques dominantes dans le contexte socio-économique de l’Europe contemporaine.

Le bilan initialement limité à l’Europe des Quinze a récemment été étendu à l’Europe élargie. Il reste tout aussi préoccupant.

¹⁹ S. Mateman, P. Renoy, “*Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour*”, op. cité.

Paragraphe 2. Les nouveaux Etats membres de l'Union européenne

L'économie informelle se situe à des niveaux très élevés dans la plupart des nouveaux Etats membres de l'Union européenne²⁰. D. Vaughan-Whitehead²¹ décrit en ces termes la situation : "Il s'agit là d'un des développements les plus impressionnants en Europe centrale et orientale, aux implications multiples et à divers niveaux, et auxquels pourtant, paradoxalement, les analystes n'ont porté que très peu d'attention, sans doute car il ne devait s'agir là que d'un phénomène de courte durée. Pourtant, plus de treize ans après le début de la transition, non seulement l'économie informelle n'a point cédé de terrain, mais elle a continué au contraire à s'étendre dans la plupart des nouveaux Etats membres, pour représenter désormais une caractéristique permanente de leurs marchés de l'emploi."²²

La Commission européenne a lancé une seconde étude sur le travail non déclaré. Cette étude publiée en 2004 par les sociétés Inregia EB et Regioplan BV, se concentre sur les nouveaux Etats membres de l'Union européenne et plus particulièrement sur ceux²³ d'Europe centrale et orientale (les PECO). Nous reprendrons ici les conclusions de cette étude européenne²⁴ car elle a servi de référence aux institutions européennes telles que la Commission, le Comité économique et social ou encore le Conseil de l'Union européenne.

²⁰ En juin 2004, l'Union européenne accueille dix nouveaux Etats membres, dont des anciennes "démocraties populaires" du bloc soviétique (la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Roumanie et la Slovaquie), les trois États baltes issus de la décomposition de l'Union soviétique (l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie), l'une des Républiques de l'ex-Yougoslavie (la Slovénie) et deux pays méditerranéens (Chypre et Malte). Cet élargissement, unique par son importance dans la construction de l'Europe, porte à 454 millions d'habitants la population de l'UE soit une augmentation de 28 %. En janvier 2007, la Hongrie et la Roumanie entrent dans l'Union européenne, qui regroupe désormais vingt-sept pays.

²¹ D. Vaughan-Whitehead, économiste, a été membre du groupe des conseillers de Jacques Delors à la Commission européenne puis a oeuvré, de 1991 à 1999, à la reconstruction des pays d'Europe centrale et orientale. De 1999 à 2003, il fut responsable pour la Commission du développement du dialogue social dans le processus d'élargissement. Actuellement, il est en charge des politiques salariales et des conditions de travail auprès de l'organisation Internationale du travail (OIT) à Genève.

D. ²²Vaughan-Whitehead, *L'Europe à 25 - Un défi social*, Paris, La Documentation française, 2005,175 p.

²³ Employment and European Social Fund, "*Undeclared work in an enlarged Union - An analysis of undeclared work : an in-depth study of specific items*", 2004, op.cité.

²⁴ Il est étonnant et révélateur tout à la fois de noter les divergences existant entre ces évaluations et la classification en résultant avec celles livrées par l'expert F. Schneider, qui, en 2002, affirme que l'économie informelle génère une grande partie des PIB des nouveaux Etats membres soit "plus de 40 % en Estonie et Lettonie, 35 % en Bulgarie, en Roumanie et en Turquie, 30 % en Pologne et en Lituanie, 25 % en Hongrie et en Slovénie et 20 % en Slovaquie". Ces distorsions d'importance démontrent l'extrême difficulté rencontrée dans l'évaluation de l'économie informelle mais peut-être, également, la persistance à vouloir minorer ce phénomène tant de la part des pays concernés que de la part de certains analystes. F. Scheider, "*The size and development of the shadow economies of 22 transition and 21 OCDE countries*", IZA Discussion Paper, n° 514, Bonn, juin 2002 cité par D. Vauhan-Whitehead, *L'Europe à 25 - Un défi social*, Paris, La Documentation française, 2005,p 175.

A - Trois groupes de pays :

Nonobstant les difficultés accrues d'évaluation du travail non déclaré dans les PECO, les informations recensées permettent, selon les experts européens désignés par la Commission, d'identifier trois groupes de pays :

1°) Les pays dont le taux de travail non déclaré est “relativement”²⁵ faible (environ 8 à 13 % du PIB) et en régression.

Ce groupe comprend la République tchèque, l'Estonie et la Slovaquie. En Slovaquie, la part de travail non déclaré s'est stabilisée et a commencé récemment à décliner, alors qu'en République tchèque, et Estonie, elle décroît, selon ces experts (dont l'optimisme est contredit par les affirmations étayées de l'économiste européen D. Whitehead, cf supra) depuis 1995 environ. Dans ces pays, où la base sociale et économique du travail dissimulé n'a jamais été forte, certains facteurs expliqueraient la relative régression du phénomène : une plus grande confiance dans l'Etat, un plus haut degré de civisme, un meilleur fonctionnement des systèmes légaux.

2°) Les pays dont le taux de travail non déclaré est moyen (14 à 23 %) et décroît depuis 1995 environ.

Figurent dans ce groupe la Pologne, la Slovénie, la Hongrie, la Lituanie et la Lettonie. Les trois premiers pays sont toutefois renommés pour connaître une tradition longue et profondément enracinée d'économie informelle. La Lituanie et la Lettonie, pays postsoviétiques, ont mis en oeuvre des réformes de façon plus lente que dans bon nombre des PECO voisins, notamment en raison d'une bureaucratie de type soviétique enracinée.

3°) Les pays ayant un taux de travail non déclaré élevé et encore croissant.

Dans ce troisième groupe identifié, la part du travail non déclaré est de 21 à 22 % selon les agences nationales mais estimée par les experts nationaux et les organismes internationaux à 30 à 37 %. C'est le cas de la Bulgarie et de la Roumanie, dont l'économie informelle découle d'une longue tradition et où l'Etat est encore trop faible, ou peu volontaire, pour la combattre.

B. Les caractéristiques originales du travail non déclaré dans les PECO

Dans les pays post-socialistes, la plus grande part du travail non déclaré se concentre, selon les experts européens, dans les mêmes secteurs que dans l'ensemble de l'Union européenne. Mais la différence réside dans les proportions sectorielles et dans les pratiques qui stimulent le développement du phénomène. Parmi les caractéristiques les plus originales des PECO, il est intéressant de relever ici la ruralité du travail non déclaré, la pratique largement répandue des "salaires sous enveloppes" ainsi que la "complémentarité" du travail non déclaré.

1°) Un “travail au noir” plus rural :

Les analystes du travail non déclaré dans les PECO constatent la présence d'une économie de subsistance concentrée sur l'agriculture (plus caractéristique des pays en développement) et une proportion relativement faible de travail non déclaré dans l'industrie. Ce réservoir de main

d'oeuvre se retrouve par ailleurs dans les réseaux de migrants utilisés et surexploités dans les pays européens plus industrialisés, dans un flux permanent de ressources humaines, particulièrement vulnérables.

Dans les centres urbanisés, le phénomène se concentre sur les commerces de détail et l'hôtellerie-restauration.

2°) La pratique des “salaires sous enveloppes”

Un phénomène particulier dans ces nouveaux Etats européens consiste en la déclaration partielle par les employeurs d'une partie des salaires versés, le reste étant payé au noir au salarié sous forme de salaires sous enveloppes (*envelop wages*)²⁶. Cette forme de travail non déclaré existe dans pratiquement tous les PECO, mais semble plus usitée dans les pays à faible degré de développement économique. Cet usage va déclinant en raison d'un environnement juridique peu à peu renforcé. Ainsi, en République tchèque et en Estonie, les “salaires sous enveloppes” semblent ne subsister que dans certains secteurs économiques (hôtellerie, restauration, petits détaillants) et leur usage va déclinant. Dans les pays à PIB par habitant faible et dont la culture commerciale est moins vivace, les “salaires sous enveloppe” sont plus répandus et permettent ainsi de s'exonérer partiellement des impôts. En Bulgarie et Roumanie, ce procédé est répandu dans tous les secteurs de l'économie. En Lettonie, la sous-déclaration des revenus prédomine. Cette pratique illustre la difficulté extrême d'évaluer, dans de tels contextes, la part réelle de l'économie informelle.

3°) Le travail non déclaré, une composante de l'économie formelle

Une autre tendance importante du travail non déclaré dans les nouveaux Etats membres des PECO est son interconnexion avec le travail déclaré. Les petites entreprises déclarées, même si elles travaillent ‘au grand jour’, ont souvent recours à des sous-traitants provenant du secteur informel. Dans certains de ces pays, la pratique est utilisée par les plus grandes entreprises, y compris nationalisées, qui versent également des “salaires sous enveloppes”. Si la sous-traitance se développe également dans les pays plus industrialisés, favorisant en Europe le recours au travail dissimulé, elle atteint des proportions particulièrement importantes dans les PECO, fortement touchés par la corruption.

La corruption est en effet une caractéristique signalée de façon récurrente par les observateurs, dans des pays comme la Bulgarie, la Roumanie et la Lituanie. Elle constitue, à l'évidence, un facteur facilitant le fonctionnement d'une économie informelle considérable.

Ce tour d'horizon européen réalisé par les experts mandatés par la Commission européenne, en dépit de ses insuffisances, de ses approximations et simplifications, permet toutefois de recomposer la mosaïque de réponses nationales mises en place pour lutter contre le travail dissimulé. L'hétérogénéité des stratégies de lutte recensées témoigne de la complexité de la problématique et des discordances de fond dans les politiques publiques mises en place, ou non, dans les pays européens.

Section II - Une mosaïque de réponses nationales :

La caractéristique majeure des stratégies de lutte contre le travail dissimulé développées dans

²⁶16 Comité économique et social européen, *avis du 7 avril 2004*.

les pays européens est l'étonnante dispersion des mesures adoptées, qui allient dispositifs de prévention et de répression de type administratif, judiciaire, fiscal, sociétal. Cette mosaïque connaît toutefois des variations de thèmes importants, souvent révélatrices du désarroi ou de l'ambiguïté des pouvoirs publics. Nous nous contenterons ici de synthétiser les mesures prises, de balayer le "spectre large" de la lutte contre le travail illégal. Quelques dispositifs nationaux sont intéressants à examiner de façon plus particulière, pour les choix politiques et d'ordonnancement juridique qu'ils pré-supposent. De même, les dernières initiatives communautaires en date que sont le Livre vert de la Commission européenne sur la modernisation du droit du travail publié en novembre 2006 et sa proposition de directive contre les employeurs de main d'oeuvre illégale, adoptée le 16 mai 2007, sont symptomatiques du discours dominant en la matière.

Paragraphe 1. La prévention et la répression

Nombre de pays européens n'ont pas mis en place de dispositif spécifique de lutte contre le travail illégal, certains s'attaquant en priorité au travail déclaré sous forme de second emploi, d'autres à ses formes plus sophistiquées, tel que le travail non déclaré "organisé". Certains privilégient une politique de prévention et si tous recourent à des mesures de répression, le registre pénal est parfois exclu. Le déficit d'un contrôle réel du respect de ces mesures demeure une constante. Les programmes gouvernementaux relèvent ainsi trop souvent d'une seule politique d'affichage, peu suivie d'effet, comme le relève avec ironie Anthoine Math, chercheur à l'Ires²⁷ : "Tous les gouvernements roulent des épaules sur le mode : « On va être inflexibles »".

A. Des stratégies de prévention

Ces mesures tentent de répondre aux causes comportementales du travail non déclaré, liées à sa banalisation, à l'individualisme, ou aux économies à court terme qu'il est censé représenter pour ceux qui y recourent.

1°) L'information et la sensibilisation

Certains Etats membres ont lancé des campagnes contre le travail non déclaré, tendant essentiellement à renforcer le sentiment d'appartenance à une même société, à laquelle chacun devrait apporter sa contribution. Ainsi, l'exemple allemand du "*illegal ist unsocial*" incite la population à déclarer tous les travaux effectués. D'autres Etats ont opté pour des campagnes d'information sur les risques du travail non déclaré, par exemple dans le secteur du bâtiment ou pour les entreprises de déménagement non déclarées à l'encontre desquelles l'utilisateur est privé de tout recours en cas de travaux défectueux, vols ou dommages.

2°) La simplification des démarches administratives

La Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, la Suède et la France ont pris des mesures spécifiques pour lutter contre le travail non déclaré et les seconds emplois dans le secteur des services privés (ménages). Parmi les mesures destinées à réduire les démarches administratives figurent les "chèques service" et les "guichets uniques" pour les petites et moyennes entreprises (PME). En Belgique, Allemagne et France, un système de "chèques

27

Institut français de recherches économique et sociales, cité par Libération, 17 mai 2005.

emploi-services” (CES) permet ainsi aux ménages de bénéficier de déductions fiscales. Les CES garantissent le paiement des charges sociales et fiscales tout en simplifiant le processus d’emploi et de rémunération d’un employé de maison par l’économie faite de procédures administratives et de l’établissement par écrit d’un contrat de travail ²⁸.

3°) Les mesures fiscales et subventions

L’approche majoritairement adoptée en Europe septentrionale est celle des allègements fiscaux et subventions pour certains services, de nature à inciter les ménages à avoir recours à une main d’oeuvre déclarée. Il en est ainsi des allègements fiscaux et des subventions pour la remise à neuf et l’amélioration de l’habitat.

Le Danemark, la Finlande et l’Allemagne accordent également des subventions pour les services domestiques afin d’inciter les personnes à faire effectuer leurs travaux ménagers de nettoyage et de jardinage dans le cadre de l’économie formelle et non plus dans celui de l’économie informelle. Ces subventions constitutives d’une partie du salaire sont versées par l’Etat, réduisant ainsi les dépenses des destinataires de services. L’Etat, en incitant l’utilisateur à demander une subvention, s’assure ainsi du fait que l’activité est déclarée, donc imposée.

Plus généralement, la modification des taux d’imposition individuelle et les possibilités d’abattement fiscal sont devenues des instruments de lutte contre le travail non déclaré très débattus et souvent usités.

²⁸ Un tel système, en France, connaît un succès réel. De l’instauration des CES en 1994 à 2002, par exemple, plus de 800 000 ménages ont eu recours à ce système de paiement des salaires. Ce dispositif a ainsi réussi à légaliser une partie du marché noir de l’emploi en faisant adopter les CES par de nombreux consommateurs nouveaux. S. Adjrad, « *Dynamisme du secteur des emplois familiaux en 2002* ». DARES, Premières informations, Décembre 2002. N° 51.1.

Le taux d'imposition implicite du travail salarié (impôts et cotisations sociales) dans l'Union européenne est en constante augmentation²⁹. Cette augmentation découle, selon la Commission européenne elle-même³⁰, de l'allègement progressif des pressions exercées sur les bases d'imposition mobiles telles que le capital. Depuis 1996, la nécessité d'inverser cette tendance structurelle et, d'une manière plus générale, la relation entre la fiscalité et l'emploi ont été étudiées au niveau communautaire par un groupe de haut niveau sur la fiscalité et son successeur, le groupe de politique fiscale, tous deux présidés par le commissaire Monti. Ces travaux ont abouti à l'adoption d'une résolution du Conseil européen et des représentants des gouvernements des Etats membres sur un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises³¹.

Dans cette même logique, les Lignes directrices pour l'emploi en 1998 invitent les Etats membres à examiner l'opportunité d'une réduction des taux de TVA applicables aux services à forte densité de main-d'oeuvre.

4°) La restructuration de l'offre

Une autre forme d'intervention consiste en la restructuration et la professionnalisation de l'offre dans certains secteurs. Ainsi, la mise en place dans certains pays européens de vastes services publics de garde d'enfants a pour objectif d'extraire ce secteur du marché informel.

Dans sa recommandation concernant l'amélioration et la simplification de l'environnement des entreprises en phase de démarrage³², la Commission européenne a par ailleurs reconnu que les formalités administratives et réglementaires figurent au nombre des contraintes les plus importantes des entreprises. S'inspirant d'expériences nationales concluantes, cette recommandation propose des mesures de réduction des charges administratives pesant sur les nouvelles entreprises, notamment celles résultant des impôts et des cotisations sociales.

5°) L'implication des partenaires sociaux

Les partenaires sociaux peuvent jouer un rôle important dans la lutte contre le travail non déclaré, en participant par exemple à des contrôles effectués sur les différents lieux de travail de nature à vérifier le respect de la législation du travail. Dans certains pays, une collaboration plus formelle entre organisations patronales et syndicales s'est amorcée dans les secteurs les plus concernés.

De nombreux pays européens ont conclu des accords tripartites, associant l'Etat, les organisations patronales et syndicales, en faveur d'une réintégration du travail non déclaré, négociée et suivie par les partenaires sociaux.

6°) Le recours aux contrats dits atypiques

²⁹ Ce taux d'imposition est passé, par exemple, de 35 % en 1981 à plus de 45% en 1995

³⁰ Commission européenne, *Communication sur le travail non déclaré*, déjà cité.

³¹ JO n° C 002 du 6/01/1998

³² J.O. n° L. 145 du 05/05/97

Parallèlement, dans la perspective proclamée de promouvoir l'accès au marché officiel, des législations sociales ont été modifiées, notamment en Espagne, en Italie, en France, avec l'introduction et la promotion de nouveaux contrats dits "atypiques", favorisant la flexibilité de la main-d'oeuvre. Cet axe d'action dans la lutte contre l'économie informelle, prôné de façon vigoureuse par de nombreux rapports ou gouvernants européens, fera l'objet d'une analyse détaillée dans la seconde partie de la présente étude. Il alimente en effet un débat de fond, déterminant dans la définition des politiques publiques qui sont et seront développés en matière d'emploi, dans le marché européen.

B. Une panoplie de sanctions à caractère administratif, civil ou pénal

Mais la prévention n'est pas le seul type de stratégie recensé. La répression est largement utilisée par nombre de pays européens : elle se traduit par des sanctions pénales, civiles, administratives qui varient selon le type d'ordonnancement juridique adopté par chacun des systèmes nationaux. Mais le constat du déficit du contrôle et du suivi de ces mesures est général.

1°) Des dispositifs répressifs disparates

Pour lutter contre le travail non déclaré, la plupart des Etats membres ont renforcé leur législation relative aux sanctions pénales, civiles ou administratives encourues en cas de recours au travail dissimulé. Mais les dispositifs normatifs mis en place varient dans leur contenu dans de larges proportions, le recours au droit pénal du travail en matière de travail illégal n'étant pas systématique, loin s'en faut, à l'instar de la protection des droits des travailleurs en général³³.

Le concept de "travail au noir", qui recouvre la réalisation d'une activité clandestine dans un but lucratif, devrait figurer dans le champ d'application des normes pénales relatives à l'accès à l'emploi. Mais le principe même d'une incrimination de cette atteinte aux droits des travailleurs et le choix des intérêts à protéger ne font pas l'objet de consensus dans les Etats membres.

En Espagne et en Italie, les conduites liées au travail illégal sont considérées comme des infractions fiscales et en matière de Sécurité sociale. Les sanctions sont de nature administrative. En Allemagne, qui a adopté en 2004 une législation contre le travail au noir et en France³⁴, une réponse pénale spécifique est en vigueur et des peines privatives de liberté sont applicables³⁵.

En Angleterre, qui se caractérise par l'absence de tout corpus de droit pénal du travail,

³³ G. Giudicelli-Delage, (ss dir.), *Droit pénal des affaires en Europe*, Paris, Thémis droit, PUF, 1ère éd., 2006, 523 p.

³⁴ L'exemple français, qui fera l'objet d'une analyse spécifique dans la présente étude, illustre quant à lui de façon significative un empilement de mesures législatives et réglementaires, empruntant à tous les registres de sanctions, administratives, civiles et pénales.

³⁵ En droit allemand, cf la "*Gzsetz zur Bekämpfung der Scharzarheit*", § 1 (1) 2 ; en France, articles L. 324-9 et L. 362-3 du code du travail.

la “*active labour market policy*” est axée (hormis les normes répressives concernant les étrangers) sur des aides ou des incitations fiscales, à l’exclusion de toute sanction répressive.

2°) Un difficile suivi des mesures législatives et réglementaires

Certains Etats membres ont tenté de mettre en place un suivi pour contrôler le respect des mesures législatives et réglementaires prises dans le domaine du travail non déclaré. Dans certains pays à forte syndicalisation salariale, les syndicats eux-même participent activement au contrôle. Il s’avère souvent plus efficace que dans d’autres pays où cette fonction de contrôle est assurée, avec plus de difficultés que de succès, comme nous le verrons ultérieurement avec l’exemple français, par les inspecteurs du travail ou des services administratifs de contrôle.

Quel que soit le dispositif de contrôle et du suivi des mesures adoptées, le constat global dominant est celui de la défaillance quantitative et qualitative de ces contrôles. Les causes particulières d’un tel échec étant multiples. Elles devraient faire systématiquement l’objet d’un inventaire et d’une analyse, préalables nécessaires à l’élaboration de tout nouveau programme de lutte.

Paragraphe 2 - Des dispositifs nationaux et communautaire

Pour illustrer ce survol rapide des types de mesures mises en place dans la lutte contre le travail non déclaré, l’examen plus détaillé de quelques pratiques nationales et du dernier texte présenté par la Commission européenne permet de mieux appréhender les modalités de ces politiques publiques dont de nombreux commentateurs dénoncent le seul effet d’affichage et le peu d’efficience.

A. Des pratiques nationales

Au niveau national, des exemples de “stratégie intégrée”, pour reprendre la terminologie européenne³⁶, sont illustratifs d’initiatives politiques couvrant divers domaines allant du droit du travail à la fiscalité.

1°) Le Danemark : un effort de coopération entre l’administration fiscale et l’inspection du travail

Au Danemark, les contrôles des recours au travail non déclaré ont été renforcés dans le domaine de la fiscalité et de l’inspection du travail, dans le cadre d’une coopération renforcée entre l’administration fiscale et les autorités du marché du travail. Parallèlement, dans certains secteurs dans lesquels le travail déclaré constituait quasiment la règle (comme le domaine des services domestiques), des programmes ont été lancés pour favoriser un basculement vers le marché formel. C’est ainsi qu’un programme de subventions pour les services aux consommateurs a été lancé en 1994 ainsi que des subventions pour la rénovation de l’habitat. Enfin, l’entrée en vigueur en 1994 d’une réforme fiscale a réduit les taux marginaux d’imposition, afin d’inciter les contribuables à ne plus recourir aux activités de l’économie informelle.

³⁶

Commission européenne, *Communication sur le travail non déclaré* – Op.cité..

2°) L'Italie : une politique de mise à jour de l'économie souterraine

Une loi de 1998 crée un comité national pour l'émergence de l'économie souterraine (*Comitato per l'emersione del lavoro non regolare*), directement subordonné au cabinet du premier ministre italien.

La mission première de ce comité est d'analyser et de coordonner les initiatives de régularisation. Des comités régionaux ont été créés avec pour mission d'analyser les situations locales, de promouvoir des contrats et de fournir le soutien pour parvenir à des contrats de régularisation. Chaque comité régional comporte quinze membres, dont sept sont nommés par l'administration publique et huit désignés par les partenaires sociaux.

En outre, un réseau de "tuteurs régionaux" a été mis sur pied. Ces tuteurs sont des professionnels indépendants ayant exercé dans des disciplines socio-économiques, par exemple des juristes ou des économistes, ayant une connaissance approfondie de la situation de l'économie et de l'emploi dans une région. Ces tuteurs sont engagés temporairement par le comité national comme conseillers indépendants. La mission principale assignée à ces tuteurs est de soutenir le développement du processus régional de régularisation en fournissant de l'aide aux entreprises désireuses de quitter l'illégalité. L'un des tuteurs interrogés par les analystes européens se décrit ainsi que ses collègues comme des "bureaucrates du rez-de-chaussée", sans point fixe ni bureau central, arpentant les lieux de travail pour rechercher auprès des entrepreneurs des informations.

La création de conventions sur l'alignement des salaires, la mise à la disposition des employeurs de crédits d'impôts et la réduction des cotisations sociales en cas d'engagements de nouveaux salariés sont des mesures d'accompagnement du dispositif ainsi mis en place.

3°) Le Royaume-Uni : le programme blairiste, le *welfare-to-work*

Sous l'égide du premier ministre, Tony Blair, tenant de la "troisième voie"³⁷ et fervent avocat des politiques néolibérales, opposé à toute régulation sociale, le gouvernement britannique a initié en 2000 une combinaison de mesures dont l'objectif premier est la promotion de l'emploi pour les nombreux chômeurs du Royaume-Uni (le *welfare-to-work*, inspiré du modèle américain) et une meilleure perception des impôts³⁸. Mais aucun programme spécifique au travail illégal n'a été défini à proprement parler.

Les mesures mises en place ont été notamment l'introduction d'un salaire minimum national,

³⁷ Dans les années quatre-vingt, le premier ministre, Margaret Thatcher, parvenait à supprimer toute régulation sur le marché du travail et à briser le mouvement syndical, au nom de la création de nouvelles entreprises et de la promotion de l'emploi. Au même moment, sur le plan communautaire, presque tous les projets de directives dans le domaine du droit du travail et de la politique sociale étaient rejetés par la Grande-Bretagne, qui y opposa son veto (le principe de l'unanimité des décisions permettant à un seul gouvernement de bloquer toute nouvelle décision dans le domaine social). Tony Blair, adepte du libéralisme, prône une « troisième voie » censée concilier ce système avec des objectifs sociaux.

³⁸ *Le Cercle fermé*, livre de Jonathan Coe, bien que récit romancé, dresse une admirable et grinçante chronique des ravages causés par la politique économique et sociale blairiste. Il fait suite au *Testament à l'anglaise*, consacré par l'auteur à l'ère thatchérienne. J. Coe, *Le Cercle fermé*, Gallimard, Paris, janvier 2006.

(fixé à un fort bas niveau), d'un crédit d'impôt pour les familles de travailleurs ("*Working families tax credit*", WFTC) et pour les frais d'entretien des enfants.

Quant aux quelques mesures de lutte contre le travail dissimulé, avec notamment l'établissement d'une carte d'immatriculation pour les sous-traitants dans l'industrie du bâtiment ("*Inland revenue construction industry scheme*"), elles "semblent concerner de manière disproportionnée les plus pauvres", selon les rédacteurs du rapport européen de 2002³⁹.

5°) Allemagne : les "mini-jobs"

Pendant les années 70, la politique des emplois mineurs (*Geringfügige Beschäftigung*) a été lancée en Allemagne. Ces emplois 'bon marché' connaissent une particulière expansion pendant les années 90 et représentent alors une part importante du marché de l'emploi.

Jusqu'en 1999, les emplois mineurs ont été autorisés jusqu'à un certain niveau de revenus, 630 marks à l'époque et un plafond de 15 heures par semaine. Ces emplois étaient totalement exemptés de cotisations sociales pour les employeurs comme pour les employés. Les employeurs devaient verser un impôt forfaitaire de 23 %, les salariés étant exonérés d'impôts. L'emploi mineur pouvait être combiné avec un emploi normal et restait alors exempté de cotisations sociales et d'impôts. Début 1999, 6,5 millions d'emplois mineurs étaient recensés, soit près de 70 % de tous les emplois de la restauration et 60 % des emplois de nettoyage.

Cette croissance des emplois mineurs a fini par menacer la base financière du système de sécurité sociale, en particulier les retraites et les assurances sociales. En outre, les syndicats ont dénoncé la désaffectation par les employeurs d'emplois normaux au profit d'emplois mineurs. En 1999, le gouvernement allemand a tenté de limiter le recours aux emplois mineurs, en en réformant le régime.

En 2002, trois types de "mini-jobs" sont alors instaurés :

-les jobs à 400 euros pour lesquels le plafond de salaire de 630 DM passe à 400 euros. Dans cette limite de revenus, les "mini-jobs" bénéficient d'une réduction des cotisations sociales de 23 % (12 % pour le système d'assurances retraites et 11 % pour l'assurance-maladie) et une taxe forfaitaire de 2 %. L'un des changements majeurs de la réforme est la suppression du plafond de 15 heures hebdomadaires, ce qui augmente pour les employeurs la flexibilité du système et supprime de fait le salaire minimum.

-les "mini-jobs" domestiques sont instaurés pour lutter contre les emplois non déclarés dans le secteur des ménages. Pour ces emplois, l'employeur doit désormais payer une taxe de 12 % (5% pour le système d'assurance retraite et 2 % comme impôt forfaitaire). En outre, l'employeur peut déduire un certain montant de son impôt sur le revenu (*Diensmädchenprivileg*).

-Les "mini-jobs" rémunérés de 400,01 euros à 800 euros sont accompagnés d'une augmentation graduelle des cotisations sociales afin d'inciter au passage à un emploi normal.

³⁹ Rapport « *Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour* », op.cité.

Les rapports européens établis sur le travail non déclaré, s'ils concluent tous à une croissance du secteur informel en Europe et à son rôle important dans les dysfonctionnements du marché du travail, de la fourniture d'une protection sociale et de services publics, restent curieusement silencieux sur l'impact des stratégies ainsi recensées. Les études, dont nous venons de rappeler ici les éléments-clefs, si elles inventorient l'empilement des mesures nationales adoptées, ne procèdent pas à leur appréciation critique. Mais la réitération de déclarations, programmes, annonces quasi guerrières aux niveaux nationaux comme communautaire confirme la thèse selon laquelle le travail non déclaré est un mal endémique des sociétés européennes. C'est dans ce contexte qu'interviennent en novembre 2006 le livre vert de la Commission européenne sur le droit du travail et, en mai 2007, la proposition de directive de la commission européenne renforçant les contrôles et les sanctions contre les employeurs de travailleurs clandestins.

B. La longue gestation d'une stratégie communautaire de lutte contre le travail non déclaré

Les études menées, dans leur approximation statistique et critique, ont toutefois permis aux différentes instances européennes de conclure à l'ampleur de l'économie informelle dans l'Union européenne, phénomène représentant 7 à 16 % du PIB de l'UE. Le Conseil de l'Union européenne prône en 2003⁴⁰ la mise en oeuvre d'une "stratégie globale ciblée comportant un éventail de mesures fondées sur la prévention", le "renforcement des contrôles", la "conclusion de partenariats entre les partenaires sociaux et les pouvoirs publics" au niveau national et "l'application de sanctions appropriées". Ce mélange de mesures d'incitation, de sanctions et de pénalités doivent être renforcées, selon le Conseil, par des liens avec le système fiscal, les prestations sociales et de simplification administrative ou fiscale. Enfin, la résolution du Conseil invite solennellement les Etats membres à examiner "les moyens de lutte contre le travail non déclaré dans le cadre de la stratégie globale pour l'emploi"⁴¹. Le Parlement européen insiste pour sa part en 2000⁴² sur la nécessité de l'amélioration du statut des millions de travailleurs (femmes pour la plupart) qui ont un travail d'aide familial non déclaré. Les partenaires sociaux européens incluent le thème du travail non déclaré dans leurs Programmes de travail 2003-2005 et 2006-2008⁴³. Mais, des

⁴⁰ *Résolution du Conseil européen relative à la transformation du travail non déclaré en emploi régulier*- JO C 260 du 29/10/2003.

⁴¹ La ligne directrice pour l'emploi n° 9 relative au travail non déclaré, adoptée le 22 juillet 2003, affirme que : *"Les Etats membres devraient mettre au point et appliquer des actions et des mesures de grande ampleur pour éliminer le travail non déclaré, tout à la fois en simplifiant l'environnement professionnel, en supprimant les effets dissuasifs et en prévoyant des incitations appropriées dans les systèmes d'imposition et d'indemnisation, ainsi qu'en améliorant les moyens de faire respecter la législation et en appliquant des sanctions. Ils devraient consentir, aux niveaux nationaux et communautaire, les efforts nécessaires pour mesurer l'étendue du problème et les progrès accomplis au niveau national"*.

⁴² Rapport d'A-K. Glase, septembre 2000 et rapport de M. Smet, novembre 2000. Opinion du 3 juin 2000 du Conseil européen sur la proposition de la Commission relative aux directives sur l'emploi.

⁴³ Programme de travail des partenaires sociaux européens 2003-2005 (CES - UNICE - UEA PME - CEEP) Bruxelles, 28 novembre 2002 ; Programme de travail des partenaires sociaux européens 2005-2008 (CES - UNICE - UEA PME - CEEP) Bruxelles, 23 mars 2006.

déclarations d'intention à la définition d'une politique européenne cohérente en la matière, le chemin est long et sinueux. La communication sur le travail non déclaré, qui avait pour objectif de lancer un débat sur les causes et les conséquences du travail non déclaré dans les Etats membres et sur les stratégies de lutte contre ce phénomène date de 1998. Il faut attendre la publication en novembre 2006 du livre vert de la Commission européenne pour trouver les grandes lignes de l'ébauche d'une stratégie européenne réactualisée. Mais le texte de la Commission le plus abouti à ce jour est la proposition de directive présentée le 16 mai 2007 sur le contrôle des employeurs de travailleurs clandestins et les sanctions applicables en la matière.

1°) Le Livre vert de la Commission européenne “*Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIème siècle*”

Selon le texte de présentation du Livre vert “*Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIème siècle*”⁴⁴ de la Commission des communautés européennes, les mécanismes de contrôle de l'application des législations devraient suffire à garantir le bon fonctionnement et l'adaptabilité des marchés du travail, à prévenir les violations du droit du travail au niveau national et à protéger les droits des travailleurs dans le futur marché européen du travail.

Dans ce contexte, le travail non déclaré apparaît comme une caractéristique particulièrement préoccupante et persistante des marchés du travail actuels, souvent associée à des mouvements transfrontaliers de main d'oeuvre. Principal facteur du dumping social, il est responsable, selon la Commission, non seulement de “l'exploitation des travailleurs”, mais également de “distorsions de la concurrence”.

Le point f du point 4 du Livre vert consacré aux “aspects du contrôle de l'application de la législation et du travail non déclaré” n'est guère original. Il se contente de reprendre en incipit les grandes orientations préconisées par le Conseil européen en 2003, de souligner “le rôle crucial” des ministères de l'emploi et de leurs services dans le contrôle de l'application de la loi, la nécessité du recueil de données fiables sur les tendances du marché du travail et l'adoption de mesures idoines.

Les deux premières questions mises en débat par le Livre vert en conclusion de ces quelques paragraphes sont, quant à elles, d'une surprenante platitude. La première porte sur la nécessité “de renforcer la coopération administrative entre les autorités compétentes, de manière à ce qu'elles puissent contrôler plus efficacement le respect du droit du travail communautaire”. La deuxième est celle de savoir si les partenaires sociaux ont un rôle à jouer dans cette coopération. Il semble difficile de répondre par la négative à ces interrogations et il convient d'espérer que leur naïveté permettra, paradoxalement, d'ouvrir un débat de fond. Ne reculant devant aucune audace, les rédacteurs du Livre vert achève ce questionnaire par la question de savoir si d'autres initiatives sont nécessaires au niveau de l'UE afin de soutenir l'action des Etats membres dans la lutte contre le travail déclaré.

Le paragraphe consacré aux partenaires sociaux dans le coeur du texte et la revue de presse de la Commission relative au Livre vert⁴⁵ sont, à notre sens, bien plus intéressants et instructifs.

⁴⁴ Livre vert « *Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIème siècle* », Commission des communautés européennes, 2006.COM (2006) 708 final.

⁴⁵ Eurofils RSS - Brèves - Actualités - Dossiers d'actualité - Revue de presse -Actualité européenne - 22

A l'instar des travaux parlementaires souvent plus riches en enseignements que le texte normatif qui en est issu, cet "alentour" de la lettre officielle est éloquent.

En effet, le Livre vert indique en page 16 que "pour l'UNICE/UEAPME, le CEEP et la CES, ce problème [du travail non déclaré] fait partie, dans le cadre de l'équilibre à trouver entre flexibilité et sécurité, des questions qui doivent faire l'objet d'une analyse commune dans le programme de travail des partenaires sociaux européens pour 2006-2008". Cette prudente référence aux positions syndicales européennes renvoie à la thématique de fond, celle que la Commission considère comme étant celle de la modernité, du XXIème siècle, la "flexisécurité".

La revue de presse de la Commission sur le Livre vert, si elle ne renseigne pas spécifiquement sur le travail non déclaré, plante le décor dans les termes suivants : "La Commission européenne lance en parallèle [au Livre vert] un vaste débat ouvert et public sur la révision du droit du travail et son adaptation au monde moderne.". "Prévue initialement pour le 13 septembre 2006, la publication du Livre vert a été reportée à plusieurs reprises en raison de divergences au sein de la Commission européenne ainsi que de vives réactions des syndicats européens, notamment de l'UNICE". Et le texte de présentation du Livre vert de plonger au coeur des eaux mouvementées du débat social : « Selon le Livre vert, les marchés du travail européens doivent relever le défi de la conciliation d'une flexibilité accrue avec la nécessité d'offrir à tous le maximum de sécurité. Le présent Livre vert se penche sur le rôle que pourrait jouer le droit du travail en promouvant la "flexisécurité" dans l'optique d'un marché du travail plus équitable, plus réactif et favorable à l'intégration, qui contribue à rendre l'Europe plus compétitive".

Cet alignement de concepts réversibles, "fourre-tout", associés par la Commission au marché du travail européen du XXIème siècle, flexibilité, sécurité, équité, réactivité, intégration, compétitivité, a le mérite de désigner les enjeux contemporains en cause dans la définition du droit du travail moderne et, de façon plus particulière, en matière de travail illégal. Complétée par la Communication sur la flexisécurité du 22 juin 2007 de la Commission⁴⁶, cette déclaration d'intention d'une des instances européennes, fera l'objet d'une analyse spécifique dans le second chapitre de la présente étude.

C'est dans ce contexte qu'est présentée le 16 mai 2007 par la Commission européenne la proposition de directive sur les employeurs de migrants en situation irrégulière.

2°) La proposition de directive présentée par la Commission le 16 mai 2007 prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

La proposition de directive présentée le 16 mai 2007 par la Commission européenne pose une interdiction générale de l'emploi de ressortissants de pays tiers résidant illégalement dans l'un des pays membres de l'UE. Pour la Commission, l'un des facteurs qui encouragent

octobre 2006.

⁴⁶ Communication de la Commission européenne, "*Vers des principes communs de Flexisécurité : des emplois plus nombreux et de meilleures qualités en combinant flexibilité et sécurité*", 27 juin 2007.

l'immigration clandestine dans l'UE est la possibilité de trouver du travail⁴⁷ et la proposition de directive s'inscrit dans le cadre de la politique globale de l'UE en matière de migrations.

Le texte de présentation de cette proposition précise qu'elle a pour objectif de faire en sorte "que tous les États membres instaurent des sanctions similaires à l'encontre des employeurs de ces ressortissants de pays tiers et qu'ils les appliquent d'une manière effective". Selon les estimations, le nombre de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans l'UE varie entre 4,5 et 8 millions (sur 500 millions d'habitants). L'emploi illégal est particulièrement concentré dans les secteurs du bâtiment, de l'agriculture, du nettoyage, de l'hôtellerie et de la restauration.

La proposition de directive prévoit des sanctions à l'encontre des employeurs uniquement. Les ressortissants de pays tiers employés illégalement ne feraient quant à eux l'objet d'aucune sanction mais seraient reconduits dans leur pays d'origine.

Les employeurs seraient ainsi tenus de vérifier, avant de recruter des ressortissants de pays tiers, que ces derniers disposent d'un permis de séjour ou d'une autorisation équivalente et d'informer les autorités nationales compétentes. De fait, tout employeur ayant respecté ces formalités et ayant été abusé par des documents falsifiés ne serait passible d'aucune sanction.

Les employeurs n'ayant pas respecté ces formalités seraient en revanche passibles de sanctions consistant en des amendes (y compris les frais de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier), le paiement des salaires, impôts et cotisations de sécurité sociale impayés. Le cas échéant, d'autres mesures administratives pourraient être prises, notamment l'exclusion du bénéfice de subventions (dont les fonds de l'UE) et l'interdiction de participer à des marchés publics pendant une période pouvant aller jusqu'à cinq ans.

Afin que ces sanctions ne restent pas lettre morte, chaque Etat devra contrôler 10 % des entreprises chaque année, alors que le chiffre moyen dans l'UE est actuellement de 2,8 %, selon le commissaire européen chargé de l'immigration, Franco Frattini.

En outre, les Etats membres seraient tenus de prévoir des sanctions pénales pour les cas les plus graves, à savoir pour les infractions répétées (une troisième infraction en deux ans), l'emploi d'au moins quatre ressortissants de pays tiers, des conditions de travail particulièrement abusives ou lorsque l'employeur sait que le travailleur est victime de la traite des êtres humains. Dans des cas d'exploitation graves, les immigrants pourraient bénéficier d'un titre de séjour temporaire s'ils acceptent de coopérer avec la police. En outre, les immigrants devraient bénéficier de mécanismes leur permettant, à titre individuel ou par l'intermédiaire d'un syndicat, de porter plainte en cas de violations flagrantes du droit du travail.

Si 26 des 27 Etats membres de l'UE disposent déjà de sanctions et de mesures préventives contre l'emploi de travailleurs sans titre régulier de séjour, 19 d'entre eux seulement prévoient des sanctions pénales. Selon la Commission, des différences marquées existent tant du point

⁴⁷ Dans sa "communication de juillet 2006 sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers", la Commission suggère de s'attaquer au principal facteur d'attraction de cette population clandestine, l'emploi non déclaré.

de vue de la nature des sanctions existantes que de leur efficacité. La proposition de directive a pour objectif déclaré de réduire les différences existantes entre les Etats dans les mesures préventives, les sanctions et les mesures d'exécution et apporterait "une valeur ajoutée par une meilleure exécution des sanctions prises dans le cadre de la lutte contre l'immigration clandestine, la création de conditions égales pour toutes les entreprises et l'envoi d'un signal fort aux employeurs et aux pays tiers en montrant la détermination de l'UE de lutter contre l'emploi illégal sur son territoire". Cette proposition de directive devra être adoptée à la majorité qualifiée des 27 Etats membres en accord avec le Parlement européen. Elle fait d'ores et déjà l'objet d'une polémique d'ordre juridique quant à la compétence du législateur communautaire, les Etats membres entendant garder le monopole de la pénalisation des comportements, par la définition des sanctions pénales⁴⁸.

Si le propos de la présente étude n'est pas le travail clandestin mais le travail dissimulé, il est toutefois intéressant de présenter ici les grandes lignes de cette proposition de directive afin de tenter, dans la seconde partie de notre réflexion, d'analyser les soubassements idéologiques des politiques publiques européenne comme nationales et leur efficacité. Il est également important de relever que le seul texte abouti, présenté par la Commission à ce jour en matière de travail non déclaré concerne la population immigrée.

L'analyse plus approfondie du dispositif français illustre la diversité du registre de réponses développées en matière de lutte contre le travail non déclaré.

Chapitre 2 - La lutte contre le travail dissimulé en France : chronique d'un échec

Le dispositif normatif français de la lutte contre le travail illégal recouvre tous les champs possibles, alliant les sanctions de nature pénale, administrative comme civile. La définition même de ce dispositif est mouvante et mouvementée, comme le révèle le survol de "la saga" française de la lutte contre le travail dissimulé, composante majeure du travail illégal (**section I**). Mais l'énergie normative ainsi déployée et les politiques publiques successives menées se concluent par un bilan négatif, la lutte contre le travail illégal restant le "parent pauvre" de la lutte anti-fraude en France en matière de prélèvements obligatoires, fiscaux et sociaux (**section II**).

Section I - La saga française de la lutte contre le travail dissimulé

En France, dès le lendemain de la seconde guerre mondiale, les différentes composantes du travail illégal, prêt de main d'oeuvre illicite, marchandage, infractions spécifiques à la main-d'oeuvre étrangère, cumul d'emplois, cumul irrégulier de revenus de remplacement avec les revenus d'emploi grèvent le système économique et social français et suscitent

⁴⁸ Cf l'arrêt de la Cour de Justice des communautés du 13 septembre 2005, Commission des Communautés européennes / Conseil de l'Union européenne - affaire C-176/03 - aux termes duquel la Communauté européenne est compétente pour obliger les Etats à prévoir des sanctions pénales afin de protéger l'environnement, qui constitue, selon la Cour, un des objectifs essentiels de la Communauté.

réflexions, rapports et textes législatifs. Comme le résume le député français R. Salles⁴⁹, le travail clandestin “compromet l’exercice loyal de la concurrence, réduit les ressources de l’Etat et de la protection sociale et s’oppose au développement de l’emploi”.

Le premier rapport français sur la question est déposé en 1950 mais la première législation, qui affirme l’interdiction du travail clandestin et introduit sa définition dans le code du travail, n’est adoptée qu’en 1972. Avec la loi du 27 janvier 1987, le gouvernement fait entériner une nouvelle acception de l’infraction, qui ne comporte plus d’exception en faveur des travaux occasionnels. La loi du 31 décembre 1991, consacrée à la lutte contre l’entrée et le séjour irréguliers d’étrangers en France, s’attache à réprimer les mécanismes frauduleux de sous-traitance et à aggraver la responsabilité pénale des donneurs d’ordre. Elle instaure la formalité essentielle qu’est la déclaration préalable à l’embauche (DPAE), rendue obligatoire sur l’ensemble du territoire national avec la loi du 31 décembre 1992 relative à l’emploi, au développement du travail à temps partiel et à l’assurance chômage.

Le changement sémantique, consacré par la loi du 11 mars 1997, qui substitue au délit de “travail clandestin” celui de “travail dissimulé”, traduit une évolution importante de l’appréhension même de ce phénomène. Contrairement à une idée reçue qu’entretenait l’ambiguïté de la législation précédente, le travailleur subordonné, employé dans des conditions illégales, est victime de ce système. Avec le changement de terminologie, le législateur de 1997 entend affirmer que l’employeur porte la responsabilité entière de la dissimulation, le salarié ne pouvant être poursuivi du seul fait de sa situation illégale. La notion de travail dissimulé, qui remplace celle de travail clandestin, met ainsi l’accent sur cette responsabilité et entend prévenir tout amalgame avec l’immigration clandestine⁵⁰. Le travail illégal prive en effet le travailleur de « tous les droits attachés à la qualité de salarié et le plus souvent de toute protection sociale »⁵¹. Il serait également erroné de croire que le travail illégal est l’apanage des secteurs en difficulté. Ce phénomène accompagne les mutations de l’activité économique et se développe préférentiellement, comme le démontrent les différents rapports sur la question, dans les secteurs les plus porteurs d’activité. Ainsi, la pratique actuelle de l’externalisation du personnel concourt à cette croissance du travail illégal, par le recours à la fausse sous-traitance⁵² et au faux travail indépendant.

Lorsque le travail clandestin devient travail dissimulé, sa définition tant légale que jurisprudentielle évolue et se précise. Le dispositif légal, particulièrement diversifié, traduit la volonté affichée des pouvoirs publics de lutter efficacement contre le travail illégal (**paragraphe 1**).

Cette « nouvelle forme de délinquance »⁵³ reste plus que jamais d’actualité. Le dispositif national de lutte contre le travail illégal, réévalué au regard de l’évolution de ses

⁴⁹ Rapport, op.cit., p. 7.

⁵⁰ Sénat, séance du 14 janvier 1997, JO 15 janvier 1997, p. 33

⁵¹ D. Nazet Allouche (J.-CL, Travail Traité, Fasc. 3-10, n° 3)

⁵² Arnaud-Olivier, *Quelles réactions du droit du travail face à la sous-traitance ? - Les enseignements de l'exemple italien*, mémoire DEA droit social, Université Paris X - Nanterre, 2001-2002

⁵³ JOAN CR, 11 déc. 1996, p. 8272

manifestations et de son impact sur l'économie, s'est récemment renforcé en droit interne. Le bilan européen est tout aussi révélateur de l'actualité et de la prégnance de ce phénomène, de la mobilisation des Etats membres, mais aussi de leur ambiguïté dans le traitement de la question (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le travail clandestin devient travail dissimulé

Un traitement efficace du travail illégal ne saurait faire l'économie d'une définition lisible et exhaustive. Le législateur de 1997 tente de simplifier le texte légal tout en élargissant le champ des infractions et en renforçant le dispositif d'investigation et de contrôle (**A**). Une répression diversifiée se met en place, non sans difficultés, pour élaborer un système cohérent et efficient (**B**).

A. Une définition qui évolue

En substituant la terminologie de "travail dissimulé" à celle de travail clandestin, la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal⁵⁴ marque un tournant déterminant dans l'appréhension socio-juridique de cette notion. Jusque-là limité au défaut de respect par l'employeur de ses obligations relatives à l'inscription aux registres professionnels, aux déclarations exigées par les administrations fiscales et sociales ou aux formalités prévues en cas d'emploi de salarié (loi n° 87-39, 27 janvier 1987), le nouveau dispositif législatif repose, depuis 1997, sur deux textes fondamentaux. L'article L. 324-9 nouveau du code du travail pose le principe de l'interdiction du travail dissimulé en énonçant que :

"Le travail totalement ou partiellement dissimulé, défini et exercé dans les conditions prévues par l'article L. 324-10 est interdit ainsi que la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à favoriser, en toute connaissance de cause, le travail dissimulé. Il est également interdit d'avoir recours sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé.

Toutefois, sont exclus des interdictions ci-dessus les travaux d'urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents ou organiser les mesures de sauvetage".

L'article L. 324-10 nouveau du même code définit désormais le travail dissimulé en distinguant clairement la dissimulation d'activité (**1°**) de la dissimulation d'emploi salarié (**2°**), ce que ne faisait pas le texte ancien. L'exigence de l'élément intentionnel nécessaire à caractériser l'incrimination, affirmée par le maintien des adverbes "sciemment" et "intentionnellement", génère une jurisprudence abondante de la Cour de cassation et est révélatrice du débat jurisprudentiel engagé sur la question (**3°**).

1°) La dissimulation d'activité

La dissimulation d'activité est la situation d'une personne ou d'une entreprise qui se livre à une activité artisanale, commerciale, libérale, industrielle ou agricole sans s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, ou sans effectuer les déclarations fiscales. Ce délit ne concerne que l'exercice à but lucratif d'une activité de

54

Journal Officiel. , 12 mars 1997 ; J. C.P. 1997, éd. E, III, 68366

production, de transformation, de réparation ou de prestations de services ou l'accomplissement d'actes de commerce. Une seule omission suffit pour caractériser le délit, la loi n'exigeant plus l'omission cumulative des déclarations fiscales et sociales. Les seules activités exclues sont les activités d'entraide, comme l'entraide familiale ou de communauté, le bénévolat, les travaux d'urgence.

Le champ d'application de cette incrimination est donc vaste. Il englobe tous ceux qui accomplissent des actes de commerce sans pourtant être inscrits au registre du commerce, les agents d'assurance et les agents commerciaux, les activités de prestations de services accomplies par des travailleurs indépendants, des professions libérales, des sociétés, des associations ou toute autre personne morale.

2°) La dissimulation d'emploi salarié

Elle constitue l'innovation la plus marquante de la loi nouvelle. Le législateur de 1997 renforce de façon significative le champ d'application de l'article L. 324-10 en incriminant en un alinéa 4 la dissimulation d'emploi salarié, caractérisée par le fait, pour un employeur, de chercher à éluder ses obligations en ne déclarant pas un salarié.

L'article L. 324-10, alinéa 4 élargit "à tout employeur" le champ d'incrimination, alors même que le texte issu de la loi du 27 janvier 1987 limitait l'infraction aux entreprises "à but lucratif". L'innovation légale est d'importance car elle permet d'appréhender désormais les employeurs privés et les associations sans but lucratif, répondant ainsi à un constat souligné par le rapporteur de la loi devant l'assemblée nationale⁵⁵, de l'adoption frauduleuse d'un "bénévolat de façade" pour éluder les obligations sociales essentielles de l'employeur. De même, la terminologie nouvelle englobe les particuliers qui emploient du personnel.

L'infraction est désormais caractérisée en cas de manquement à une des deux obligations suivantes : remise d'un bulletin de paie (article L. 143-3 du code du travail) ou déclaration préalable à l'embauche (article L. 320 du code du travail). Cette simplification de la définition du délit entend participer à l'efficacité de la répression en ne visant que deux formalités dont la vérification est aisée. Si l'omission de l'inscription du salarié sur le registre du personnel disparaît des éléments constitutifs du travail clandestin, l'obligation de tenue de ce document est renforcée, afin d'éviter toute fraude, par l'exigence d'y porter les mentions "à l'encre indélébile" (article L. 620-3 du code du travail).

Enfin, consacrant la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁶, l'article L. 324-10, alinéa 5 nouveau assimile à une dissimulation d'emploi salarié, la pratique qui consiste à mentionner sur le bulletin de salaire un nombre d'heures inférieur à celui réellement effectué. Désormais, aux termes de la loi, la simple omission de paiement d'heures supplémentaires (hormis l'hypothèse d'un accord sur l'aménagement du temps de travail), ou encore le versement de primes qui, de fait, dissimuleraient des heures supplémentaires, sont incluses dans la définition nouvelle du travail illégal.

Le débat tant doctrinal que jurisprudentiel sur l'intention frauduleuse de l'employeur, nécessaire à la caractérisation du travail dissimulé témoigne de l'importance de la question et

⁵⁵ Rapport, op. cité, p. 56.

⁵⁶ Cass. crim., 27 sept. 1994, n° 93-84.665, Bull. crim. 1994 n° 306 p. 744.

des enjeux socio-économiques en cause.

3°) L'élément intentionnel

L'article L. 324-10 du code du travail, déclinant le principe général de droit pénal selon lequel « il n'y a point de délit ou de crime sans intention de la commettre » (article 121-3 du code pénal), rappelle le nécessaire caractère intentionnel du travail dissimulé. Il énonce en effet qu'est réputé "travail dissimulé par dissimulation d'emploi le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 (remise de bulletin de paye) et L. 320 (déclaration préalable à l'embauche)". L'exigence de l'élément intentionnel reste au coeur du contentieux aussi bien pénal que civil, donc prud'homal.

La culpabilité en matière de travail dissimulé reste subordonnée à la constatation d'une violation en "connaissance de cause" de la règle de droit. Mais deux conceptions sont en présence. Selon la première, rigoureuse et s'appuyant sur l'adage "nul n'est censé ignorer la loi", la connaissance découlerait de façon quasi automatique de l'élément matériel, aboutissant à une quasi présomption pure et simple de la connaissance. Une telle conception rapprocherait le travail dissimulé des anciens délits dits contraventionnels constitués, avant la réforme du code pénal de 1994, dès lors qu'est constatée la matérialité des faits. Selon la seconde, l'élément moral ne peut être retenu que si les faits de l'espèce révèlent une entière connaissance de l'obligation légale. La question du choix entre ces deux conceptions reste à l'évidence d'actualité. Au travail dissimulé toujours plus présent et négatif dans ses effets, répond un durcissement progressif des législations et des sanctions. Une approche restrictive de l'élément intentionnel relève d'une telle logique. Mais pour certains auteurs, une mise en oeuvre trop stricte de la responsabilité pénale serait contraire à l'esprit de la réforme qui a présidé au nouveau code pénal et supprimé la catégorie des délits contraventionnels.

Il est incontestable que l'exigence d'une intention frauduleuse de l'employeur a clairement été retenue lors des débats parlementaires de la loi du 11 mars 1997 et inscrite dans le texte légal⁵⁷.

La lecture de certaines décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁵⁸ semble témoigner de l'adoption d'une approche restrictive de l'élément intentionnel. Ainsi, un arrêt du 12 mars 2002 semble réduire considérablement, pour le défaut de déclaration à l'embauche, les exigences relatives à la preuve de l'élément intentionnel : "la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal"⁵⁹. Il en est de même pour le donneur d'ordre qui recourt sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé, aux termes d'un

⁵⁷ Sénat, débats parlementaires, JO 15 janvier 1997 p. 33 et 40 et séance du 4 mars 1997, JO 5 mars 1997 p. 1128 ; T. Aubert-Montpeyssen, "Le renforcement de la lutte contre le travail illégal", Dr. social 1997, n° 11 nov. 1997, p. 915

⁵⁸ A. Martinon, "L'intention dans le délit de recours au travail dissimulé", com. Semaine Juridique et Affaires n° 11, 16 mars 2006, 1468.

⁵⁹ Cass. crim., 12 mars 2002, n° 01-80.859, RJS 2002, n° 705 ; Dr. pénal 2002, comm. 87, obs. J-H. Robert.

arrêt du 27 septembre 2005⁶⁰. Certains auteurs ont critiqué cette vision restrictive adoptée par la chambre criminelle, selon laquelle l'intention se réduit à "peu de chose : ne pas vérifier. Autant dire qu'elle se résume à une imprudence, alors qu'on aurait dû faire. Peut-être y a-t-il conscience, mais certainement pas volonté tendue vers un but (*entendere*)"⁶¹. Mais cette lecture de la jurisprudence de la chambre criminelle doit être nuancée. En effet, la culpabilité reste toujours liée à l'exigence de l'intention frauduleuse, comme l'affirment plusieurs arrêts⁶². Ainsi, la chambre criminelle rappelle-t-elle dans un autre arrêt du 27 septembre 2005⁶³, qu'en ce qui concerne le donneur d'ordre visé par l'article L. 324-9, l'élément intentionnel est caractérisé, quel que soit le montant de la prestation, dès lors qu'un "faisceau d'indices" révèle une connaissance par le donneur d'ordre du délit commis par son sous-traitant. Ainsi, participent à la caractérisation de l'élément intentionnel dans ce type de travail dissimulé :

- la durée de la relation commerciale⁶⁴ ;
- la poursuite de cette relation malgré le refus de délivrer les informations sollicitées par le donneur d'ordre⁶⁵ ou en dépit d'une condamnation antérieure de ce dernier pour travail dissimulé⁶⁶ ;
- le fait que le donneur d'ordre, en sa qualité de professionnel, ne peut ignorer que l'activité du sous-traitant (en l'espèce des travaux saisonniers dans le bâtiment) est le domaine d'élection du travail dissimulé⁶⁷ ;
- les conditions dans lesquelles la prestation est exercée (par exemple l'exercice de l'activité par le prestataire dans les locaux et pour le compte de son unique client), son faible coût et son ampleur⁶⁸.

Le raisonnement approuvé par la chambre criminelle par "faisceau d'indices" susceptible d'établir la connaissance par le donneur d'ordre du délit de travail dissimulé, loin de participer

⁶⁰ Cass. crim, 27 sept. 2005, n° 04-85.558, Semaine Juridique Social n° 4, 24 janv. 2006, 1067, comm. A. Martinon.

⁶¹ Ch. Brémond, "Travail dissimulé et présomption de responsabilité pénale du donneur d'ordre" : Gaz. Pal. 2000, I, doct. p. 893; Cass. crim., 4 nov. 1997 : Bull. crim. 1997, n° 372 ; Rev sc. crim. 1998, p. 535, obs. B. Bouloc.

⁶² Cass. crim., 4 sept. 2001 n° 01-80.094 ; Cass. crim, 27 sept. 2005, n° 05-80.170, Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 16 mars 2006, 1468.

⁶³ Cass. crim. 27 sept. 2005, n° 05-80.170, op. cité.

⁶⁴ Cass. crim, 21 janv. 1997, n° 95-84.204 : Bull. crim, 1997, n° 21, p. 51, TPS. 1997, comm. 150, obs. P.-Y. Verkindt.

⁶⁵ Cass. crim, 27 sept. 2005, n° 05-80.170.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Cass. crim, 18 avril 2000, n°99-86.048. Dans cette affaire, le prévenu, en confiant au prestataire, qui pratiquait des prix très bas, des commandes aussi importantes à exécuter dans de brefs délais, avait conscience, selon la chambre criminelle, que l'entreprise artisanale ne pouvait assurer de telles prestations en recourant à des seuls salariés régulièrement déclarés et en respectant ses obligations sociales et fiscales.

d'une "déformation de l'intention", d'une "présomption de culpabilité"⁶⁹ ou d'un éloignement du délit de recours au travail dissimulé des principes fondamentaux du droit pénal et des exigences posées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel comme ont pu l'écrire certains auteurs⁷⁰, témoigne d'une politique judiciaire volontariste. Le juge pénal est ainsi invité par la chambre criminelle de la Cour de cassation à sanctionner de façon efficace l'utilisation frauduleuse de la sous-traitance, qui constitue actuellement un des mécanismes les plus usités, sophistiqués et malaisés à identifier en du travail dissimulé⁷¹. Enfin, une conception figée du droit pénal et notamment du droit pénal du travail dont la spécificité est d'irriguer, d'enrichir droit pénal et droit social, parfois par une approche renouvelée de concepts inadaptés ou figés est incompatible avec cette nécessaire "flexibilité" du droit, selon les termes du doyen Carbonnier⁷². D'autres droits, comme celui de la concurrence ou d'autres constructions juridiques, comme la responsabilité pénale des personnes morales témoignent de cette nécessaire modernisation des normes juridiques et leur adaptation au contexte socio-économique dans lequel elles s'inscrivent.

La chambre sociale de la Cour de cassation, dans sa jurisprudence actuelle, ne semble pas, quant à elle, s'orienter vers une interprétation aussi restrictive de l'élément intentionnel. Ainsi, le travail dissimulé n'est caractérisé que si l'employeur a intentionnellement mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué⁷³. Une erreur dans l'établissement du bulletin de paie ne suffit pas, la mauvaise foi ou l'intention frauduleuse de l'employeur devant être établie⁷⁴.

La difficulté du texte légal réside dans la preuve même de l'élément intentionnel⁷⁵. Les juridictions prud'homales admettent, ou écartent au contraire, par l'examen des éléments de fait et de preuve produits aux débats, la volonté frauduleuse de l'employeur. Aux termes de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, peut être retenue au titre du "faisceau d'indices" caractérisant la fraude, la durée ou l'importance de l'omission. La répétition d'erreurs matérielles dans le bulletin de paie semble difficilement compatible par exemple avec l'absence d'intention coupable de l'employeur. Un deuxième critère d'appréciation est lié au décompte des horaires. Le décompte des heures réellement effectuées constitue une obligation pour l'employeur et le manquement à une telle obligation constitue

⁶⁹ C. Brémond, "*Travail dissimulé et présomption de culpabilité pénale du donneur d'ordre*", déjà cité.

⁷⁰ A. Martinon, "*L'actualité de la lutte contre le travail illégal : entre prévention et répression*", déjà cité.

⁷¹ M. Dumas, secrétaire confédérale de la CGT, réclame quant à elle une "responsabilisation" accrue des donneurs d'ordre, par l'instauration à leur encontre d'un régime de responsabilité financière, de nature à garantir les salaires dans le cadre de la sous-traitance, M. Dumas, *L'Humanité*, 5 août 2005. Le rapport de mars 2007 du Conseil des prélèvements obligatoires analyse et dénonce les manifestations et l'ampleur du phénomène, cf infra.

⁷² J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001.

⁷³ Cass. soc., 29 juin 2005, n° 04-40.758, Bull. 2005, V, n° 222, p. 194 ; Cass. soc. 19 janv. 2005, n° 02-46.967, Bull. 2005, n° 14, p. 12

⁷⁴ Cass. soc. 2003, 4 mars 2003, n° 00-46.906, Bull. civ. 2003, V, n° 80, p. 77 ; Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-44.940, Bull. civ. 2003, V, n° 268, p. 272.

⁷⁵ A. Coeuret et E. Fortis, "*Droit pénal du travail*" Paris, Litec, 3^è éd. 2004, n° 755, 429 p ; M.Gasser, "*La dissimulation partielle d'emploi*", chron. RJS, novembre 2003.

un indice de la volonté frauduleuse de l'employeur. En revanche, lorsque ce décompte se révèle particulièrement ardu, ou encore lorsque le salarié bénéficie d'une certaine indépendance dans la gestion de son temps de travail, la bonne foi de l'employeur peut être retenue par le juge du fond. Un troisième critère est celui du paiement ou du non-paiement des heures supplémentaires. L'absence d'indication des heures dans le bulletin de paie associée à un paiement de ces heures en contradiction avec le bulletin de paie est révélatrice de l'intention frauduleuse de l'employeur. Mais il n'existe pas, selon la chambre sociale, une présomption de travail dissimulé tirée du non-versement d'heures supplémentaires ou de leur défaut de mention sur le bulletin de salaire. Enfin, l'élément intentionnel relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, comme l'a affirmé récemment la chambre sociale⁷⁶.

Cette divergence réelle dans l'appréciation actuelle de l'élément intentionnel entre les deux chambres de la Cour de cassation, est révélatrice, au-delà du seul aspect technique, des tensions et des débats liés aux divergences d'appréciation par les juridictions de la gravité du travail dissimulé et des réponses à y apporter.

Les éléments constitutifs du travail dissimulé définis dans leur évolution et leur complexité, l'analyse des réponses, et notamment des sanctions applicables en l'état, est le préalable nécessaire au bilan que nous tenterons de dégager de la lutte menée en France "tous azimuts" contre le travail illégal.

B. Des sanctions qui se cherchent

Aux définitions législatives qui se déploient sur une quarantaine d'années en droit interne, font écho de nombreuses sanctions dont la sévérité et la diversité croissantes témoignent de la recherche constante d'une stratégie efficiente contre le travail illégal. Jusqu'à ces dernières années, les affaires relatives au travail dissimulé venaient rarement devant la juridiction prud'homale. Mais si la sanction pénale reste la clef de voûte du dispositif de lutte contre le travail dissimulé, le recours aux juridictions prud'homales gagne en importance. Dans la présente étude, nous nous attacherons à mettre en exergue la diversité des sanctions existant dans le dispositif normatif français (1°). Parallèlement, l'évolution de la sanction civile prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail est illustrative d'une réponse judiciaire en quête d'efficacité (2°).

1°) Des réponses diversifiées

Ce n'est pas tant l'aggravation des sanctions pénales qui définit la réponse privilégiée par les législations successives en matière de travail illégal que la diversité des mesures adoptées, que ce soit sur le plan pénal, administratif ou civil⁷⁷.

⁷⁶ Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085, Bul civ 2005, V, n° 13, p. 11.

⁷⁷ T. Aubert-Montpeysen, "Le renforcement de la lutte contre le travail illégal", op. cité ; Lamy social 2006, p. 121 et s.; D. Nazet-Allouche, Juris-Classeur Travail traité 17-40, "Travail dissimulé" ; Memento pratique Francis Lefebvre, Social 2006, "Travail dissimulé", n° 8750 et s.

En matière pénale, les infractions de travail dissimulé, telles que définies par les articles L. 324-9 et L. 324-10 du code du travail, sont punies, aux termes des articles L. 362-3, L. 362-4 et L. 362-6 du code du travail, de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour les personnes physiques et d'une peine d'amende identique pour les personnes morales. L'emploi de personnes non déclarées donne lieu au paiement d'une seule peine d'amende quel que soit le nombre de travailleurs ainsi occupés. La loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 sanctionne l'emploi d'un mineur soumis à l'obligation scolaire par une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (article L. 362-3 alinéa 2 du code du travail). Les auteurs du travail dissimulé, susceptibles d'être poursuivis, sont ceux qui exercent une activité professionnelle occulte non salariée ou une responsabilité de dirigeant d'entreprise de droit ou de fait, ou, le cas échéant, le titulaire d'une délégation de pouvoirs. La responsabilité pénale de la personne morale peut également être engagée. En outre, le recours direct ou par un intermédiaire à une personne exerçant un travail dissimulé est également interdit et peut donner lieu à des sanctions, que le donneur d'ouvrage soit un professionnel ou un particulier.

Les personnes physiques encourent également des peines complémentaires (article L. 362-4) telles que l'interdiction d'exercer, directement ou par personne interposée, l'activité professionnelle dans laquelle l'activité professionnelle a été commise, l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, la confiscation des objets ayant servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Un étranger condamné en application de l'article L.362-3 du code du travail peut être condamné à une interdiction du territoire national pour une durée maximale de cinq ans.

La responsabilité pénale des personnes morales peut être retenue en cas de travail dissimulé dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, à condition que l'infraction ait été commise, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants⁷⁸. Les peines encourues, amende, dissolution de la personne morale, interdiction d'activité, placement sous surveillance judiciaire, fermeture de l'entreprise, exclusion des marchés publics, confiscation de chose ayant servi ou destinée à commettre l'infraction, sont définies par les articles 131-38 et 131-39 du code pénal. Il convient d'y ajouter l'interdiction de faire appel à l'épargne ou d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement.

En ce qui concerne le recours au travail dissimulé, le responsable n'est jamais un salarié mais un responsable d'entreprise, quelle que soit la taille de celle-ci, fût-elle réduite à ce seul responsable (artisan, profession libérale...). Celui qui a recours à ses services est son client. Ainsi, l'article L. 324-9 du code du travail interdit d'avoir recours sciemment, directement, ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé. Le client ou le donneur d'ordre est susceptible de poursuites pénales si le caractère conscient du recours à un travail dissimulé est établi. La loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 a rétabli la présomption de non-salariat⁷⁹ par un article L. 120-3 du code du travail modifié : cette présomption couvre désormais le recours au travailleur indépendant mais aussi la relation avec le dirigeant d'une personne morale. Il appartient donc au juge de requalifier cette relation en un contrat de travail, condition nécessaire au travail dissimulé, dès lors qu'il existe manifestement un lien de

⁷⁸ Cass. crim., 22 janv. 2002, n° 01-81.114.

⁷⁹ Présomption de non-salariat introduite par la loi Madelin du 11 février 1994 et supprimée par la loi Aubry II du 19 janvier 2000.

subordination permanente entre le travailleur indépendant (ou le dirigeant d'une personne morale) et le donneur d'ouvrage. Enfin, dans le cas où le client ou donneur d'ordre est condamné pénalement pour recours à du travail dissimulé, il est tenu solidairement avec la personne exécutant ce travail au paiement des mêmes sommes d'impôts, taxes, cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations, remboursement des aides publiques, paiement des rémunérations et indemnités (article L. 324-13-1 du code du travail).

Dans le domaine des sanctions administratives, l'article L. 324-13-2 du code du travail créé par la loi du 11 mars 1997, dont les dispositions sont désormais reprises en un article L. 325-3⁸⁰, prévoit en outre que, lorsqu'une infraction de travail dissimulé est constatée, l'autorité administrative compétente peut, eu égard à la gravité des faits, à la nature des aides sollicitées et à l'avantage qu'elles procurent à l'employeur, refuser d'accorder à ce dernier les aides publiques à l'emploi et à la formation professionnelle pendant une durée maximale de cinq ans.

De même, tout candidat à un contrat de marché ou marché passé par une personne morale de droit public, ainsi que tout sous-traitant d'un titulaire de contrat ou de marché doit attester qu'il n'a pas fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions de travail illégal, travail dissimulé, marchandage, emploi d'étranger sans titre, prêt illicite de main-d'oeuvre.

Enfin, toute personne condamnée pour avoir recouru, directement ou non, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé est tenue solidairement avec ce dernier au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires, et autres sommes visées à l'article L. 324-13-1 du code du travail. Par cette mesure, les sanctions entendent répondre aux mécanismes de fraude souvent utilisés par les donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance.

Le dispositif civil mis en place par des législations successives et le débat jurisprudentiel engagé sur la sanction civile du travail dissimulé sont particulièrement intéressants en ce qu'ils sont signifiants des débats nationaux engagés sur l'adéquation des réponses à l'ampleur du phénomène.

2°) Une sanction civile renforcée

Si la sanction pénale, retenue dès 1993 par le législateur dans un impératif premier de loyauté de la concurrence et de lutte contre l'évasion fiscale, reste symboliquement importante, elle ne remplit pas totalement sa mission prophylactique, si l'on s'en réfère aux divers bilans de cette législation anti-fraude depuis 1987 en dépit de la sévérité accrue des tribunaux⁸¹.

La sanction civile offre la particularité de s'articuler autour de la personne du salarié dissimulé. Ce dernier a bien évidemment la possibilité de se constituer partie civile devant la juridiction répressive et de solliciter des dommages et intérêts. Mais la voie prud'homale lui reste entièrement ouverte et le travailleur victime du travail dissimulé bénéficie des droits d'origine légale ou conventionnelle attachés à sa qualité de salarié et peut saisir le conseil de

⁸⁰ Article nouveau inséré par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 - cf infra

⁸¹ T. Aubert-Monpeyssen, "Notion de travail dissimulé et montant des indemnités dues", note sous Cass.soc., 15 oct. 2002, JCP, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 12 - 20 mars 2003.

prud'hommes pour obtenir leur rétablissement⁸². Les évolutions législatives et jurisprudentielles de l'indemnité forfaitaire civile à laquelle peut prétendre ce salarié en cas de rupture de la relation de travail sont révélatrices d'une volonté réaffirmée de répression du travail dissimulé.

L'article L 324-11-1 du code du travail introduit par la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 prévoyait, quant à lui, une sanction civile dans ces termes : "le salarié auquel un employeur a eu recours en violation de l'article L. 324-10 a droit en cas de rupture de la relation de travail à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire, à moins que l'application d'autres règles légales ou conventionnelles ne conduisent à une solution plus favorable". Avec la loi du 11 mars 1997 relatif au renforcement de la lutte contre le travail clandestin, le législateur a entendu amélioré le dispositif existant par la promotion de sanctions civiles accrues et de sanctions administratives, de mise en oeuvre plus aisée que la sanction pénale. C'est ainsi que l'indemnité forfaitaire d'un mois de l'article L 324-11-1 est passée à six mois de salaires, en cas de rupture de la relation de travail du salarié illégalement engagé. Le rapport à l'Assemblée Nationale de M. Salles prône le droit d'accès du salarié aux informations le concernant, notamment quant au respect par l'employeur de la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) et préconise l'augmentation "significative" du taux de l'indemnité forfaitaire, jugée trop faible : "A l'heure actuelle, l'indemnité forfaitaire qui [...] est due [aux salariés] n'est que d'un mois, ce qui est un délai fort court, et donc fort peu coûteux pour l'employeur. La porter à six mois lui conférerait un caractère dissuasif et permettrait ainsi de responsabiliser les employeurs. Dans le combat que nous menons contre le travail clandestin, nous avons là une arme supplémentaire efficace". L'exposé des motifs de l'amendement ainsi proposé reprend cette argumentation. Les travaux parlementaires relaient, sans opposition de principe, cette argumentation en faveur d'une mesure plus dissuasive. L'argument essentiel est donc l'effet dissuasif de la sanction civile, et, le cas échéant, la compensation de l'absence d'allocation chômage.

L'autonomie de cette sanction civile par rapport au pénal sera confirmée par la jurisprudence : le paiement de cette indemnité forfaitaire n'est pas subordonnée à l'existence d'une décision pénale préalable déclarant l'employeur coupable du délit de travail dissimulé⁸³.

La question du cumul ou du non-cumul de l'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 du code du travail avec les indemnités de rupture du contrat de travail et notamment les dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est une question délicate, entretenue par des controverses doctrinales et jurisprudentielles. Faut-il entendre par "sauf dispositions applicables plus favorables" celles relatives au travail dissimulé ou au contraire toutes dispositions légales permettant au salarié d'obtenir une meilleure indemnisation, indépendamment de l'infraction de travail dissimulé? Quel préjudice le législateur a-t-il entendu réparer en prévoyant l'indemnité de l'article L. 324-11-1, la dissimulation de l'emploi ou le préjudice de la rupture ?

Les travaux parlementaires de la loi du 31 décembre 1991 n'apportent pas d'information sur l'interprétation du "à moins que...". L'exposé des motifs de l'amendement n° 34 présenté par le groupe socialiste pour introduire un article L. 324-11-1 nouveau indique uniquement que

⁸² Cass. soc., 4 avr. 1990, n°87-42.418, Bull. civ. 1990, V, n° 158, p. 96, RJS 1990, p. 294 ; Liaisons soc. 90, D2.

⁸³ Cass. soc., 15 oct. 2002, n°0045082 : Bull. civ. V n° 312, p. 300..

l'objet de cet amendement "est d'assurer une meilleure indemnisation du salarié qui a été employé en dehors des règles fixées par le Code du travail et par les systèmes de protection sociale, et de dissuader les employeurs d'avoir recours à des travailleurs dissimulés"⁸⁴. Quant aux travaux préparatoires de la loi du 11 mars 1997, ils se focalisent sur la nécessité d'une augmentation efficiente de la sanction, sans apporter de précision sur la compréhension du texte. Le ministre de l'Emploi et de la Solidarité prend par la suite nettement position en faveur du cumul des indemnités lorsque le licenciement n'est pas fondé sur une cause réelle et sérieuse⁸⁵. C'est ainsi que dans une réponse à une question parlementaire publiée au JO du 10/07/2000⁸⁶, il rappelle d'abord que l'article L. 324-11-1 du Code du travail vise aussi bien les situations de travail dissimulé par dissimulation d'activité que celles par dissimulation d'emploi salarié, que le terme de "rupture" retenu par le texte légal se rapporte à toutes les formes possibles de cessation de la relation de travail et que dès lors que la dissimulation volontaire d'activité ou d'emploi salarié est constatée, le salarié a droit à l'indemnité forfaitaire légalement prévue, quelle que soit la forme du travail dissimulé, quelle que soit sa durée et quelles que soient les circonstances de la rupture. Puis le ministre précise que l'indemnité étant substitutive, "si une des règles légales ou conventionnelles s'avère plus favorable que les six mois de salaire, elle s'applique sans qu'il soit besoin de prendre alors en compte l'indemnité forfaitaire". Mais il ajoute que : "Dès lors que l'application de l'indemnité forfaitaire est choisie, il y a lieu d'écarter toute autre règle dont l'ajout aurait pour conséquence de dénaturer le caractère de substitution de cette indemnité, à l'exception cependant de l'indemnité prévue à l'article L. 122-14-4 et attribuée pour un licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, l'indemnité pour licenciement abusif répare un préjudice provoqué directement par la rupture du contrat de travail et la perte d'emploi qui frappe le salarié, en l'absence de tout motif légitime. Elle ne peut pas se confondre avec l'indemnité forfaitaire qui se rattache, elle, à l'irrégularité de l'emploi du salarié dissimulé."

Les juges du fond sont, depuis l'introduction de cette sanction civile, particulièrement divisés sur la question, les uns validant le cumul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse avec l'indemnité de travail dissimulé⁸⁷, les autres rejetant toute idée de cumul⁸⁸. La doctrine est elle-même divisée sur l'interprétation de l'article L. 324-11-1. Les tenants de la thèse du cumul⁸⁹ (ou d'une modification de la loi), critiquent "l'étrange paradoxe" par lequel

⁸⁴ AN 9,10 et 15 oct. 1991 ; Sénat 12 nov. 1991.

⁸⁵ *La circulaire du 9 novembre 1992 relative au renforcement de la lutte contre le travail clandestin et à l'application des dispositions de la loi du 31 décembre 1991* se contente d'affirmer que l'article L. 324-11-1 du Code du travail poursuit un triple objectif : dissuader les employeurs, apporter une réparation minimale au préjudice subi par le salarié, rompre la connivence de fait qui existe parfois entre le salarié et l'employeur, compte tenu des conditions économiques dans lesquelles se trouve ce dernier - Circ. 9 nov. 1992, Lutte contre le travail clandestin et application des dispositions de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 : JO 18 nov. 1992, p. 15846.

⁸⁶ Réponse ministérielle n° 37816 à M. François Vanson, J. O. A. N. Q. 10 juillet 2000, page 4165.

⁸⁷ CA Montpellier, 19 septembre 2001, cité par M. Hautefort dans "*Temps de travail dissimulé : péché véniel ou mortel ?*" Les Echos, 26 nov. 2002, page 51

⁸⁸ CA Versailles 30 avril 2002 cité par M. Hautefort, op. cité.

⁸⁹ Obs. sous Cass. soc., 15 oct. 2002, n°00-45.082 : Bull. Civ. 2002 V n° 312, p. 300, RJS 2002 n° 12/02, n° 1424 ; obs. de F. Bouzez sous Cass. Soc., 15 oct. 2002, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 12 - 20 mars 2003 ; B. Holleaux, "*Débat jurisprudentiel autour de l'article L. 324-11-1, alinéa 1 du Code du*

l'employeur, doublement fautif pour s'être rendu tout à la fois responsable d'une rupture illégitime et d'un emploi dissimulé, sera sanctionné sur le plan civil de la même manière que l'employeur qui aura mis fin au contrat pour un juste motif. Les arguments en faveur du cumul reposent sur la différence de fondement juridique des deux mesures, l'indemnité forfaitaire de l'article L. 324-11-1 du code du travail sanctionnant le travail dissimulé, l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse, un autre manquement de l'employeur⁹⁰. Les auteurs favorables à la règle du non-cumul s'appuient principalement, quant à eux, sur une lecture littérale du texte dont se déduit le caractère substitutif de l'indemnité de travail dissimulé⁹¹. Un autre argument en faveur du non-cumul, développé par certains d'entre eux⁹², se trouve dans le parallèle à faire entre l'article L. 324-11-1 et l'article L. 341-6-1, alinéa 2 du Code du travail relatif à la rupture de la relation de travail en cas d'emploi irrégulier d'un étranger non titulaire d'un titre de séjour. Ces deux textes sont rédigés dans des termes similaires puisqu'ils prévoient une indemnité en cas de "rupture" à moins qu'une solution plus favorable ne résulte de l'application d'autres règles légales ou conventionnelles et concernent les travailleurs "clandestins"⁹³.

travail", op. cité.

⁹⁰ Obs. Cass. soc., 15 oct. 2002, n°00-45.082, op. cité.

⁹¹ "Indemnité forfaitaire ou indemnités de rupture : il faut choisir", F.V., Semaine Sociale Lamy - 2002 ; Cass; soc., 15 oct. 2002, F. Duquesne, Droit social, n° 12 Décembre 2002 ; "Travail dissimulé : l'indemnité forfaitaire est due en cas de non-paiement des heures supplémentaires", M-C Haller, Jurisprudence Sociale Lamy - 2002.

⁹² F. Duquesne : Dr. soc. déc. 2002, p. 1146, obs.

⁹³ Mais l'article L. 341-6-1 est plus explicite car il précise les indemnités légales à comparer à savoir l'indemnité de précarité (art. L. 122-3-4) en cas de rupture d'un contrat à durée déterminée et l'indemnité pour rupture anticipée (art. L. 122-3-8, al. 2) en cas de rupture d'un contrat à durée indéterminée, de l'indemnité de préavis (art. L. 123-8) et de l'indemnité de licenciement (art. L. 122-9) ou, le cas échéant, les "stipulations contractuelles correspondantes". Ainsi, l'objet de l'indemnité "spéciale minimale" de l'article L. 341-6-1, est-il clairement fixé, comme étant celui de réparer le préjudice causé par la rupture de la relation de travail du salarié étranger en situation irrégulière, particulièrement vulnérable et confronté à des difficultés réelles en matière de preuve de la durée ou du volume de son travail. Mais il est à noter que ce texte n'englobe pas dans la règle du non-cumul toutes les indemnités versées à l'occasion de la rupture. Il exclut ainsi du non-cumul les dommages et intérêts pour rupture abusive.

Dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour de cassation, par son arrêt du 15 octobre 2002 (déjà cité) tranche en faveur du non-cumul entre l'indemnité litigieuse et l'indemnité pour rupture anticipée et injustifiée d'un contrat à durée déterminée. Confirmant et étendant cette jurisprudence, la chambre sociale, par un arrêt du 10 juin 2003⁹⁴ rejette le cumul des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour travail dissimulé, en affirmant que "l'indemnité forfaitaire instituée par l'article L. 324-11-1, alinéa 1, du code du travail ne se cumule pas avec les autres indemnités auxquelles le salarié pourrait prétendre au titre de la rupture de son contrat de travail, seule l'indemnité la plus favorable devant lui être accordée". Elle élargit ainsi au contrat à durée indéterminée la règle du non-cumul en prohibant le cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec celle de l'article L. 122-14-5, sanctionnant le licenciement non causé.

Mais cette interprétation littérale, voire restrictive selon ses détracteurs, du texte légal est critiquée, notamment au terme du bilan qu'ont pu en tirer certains opérateurs économiques⁹⁵. Dans une seconde étape, prenant acte de ces constats et de la "relative imprécision" du texte légal⁹⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation, avec l'arrêt du 25 mai 2005⁹⁷, effectue un revirement de jurisprudence d'importance en faveur de la règle du cumul. Il s'agissait en l'espèce d'une salariée chargée de missions d'intérim en qualité de secrétaire qui avait sollicité la requalification de ses contrats de travail temporaire en contrat à durée indéterminée. La Cour de cassation affirme que l'indemnité prévue par l'article L. 324-11-1 du code du travail peut se cumuler avec l'indemnité compensatrice de préavis, l'indemnité de congés payés sur préavis et l'indemnité conventionnelle de licenciement".

Par huit arrêts rendus en formation plénière le 12 janvier 2006, la chambre sociale, procédant à une analyse quasi exhaustive de la question dans ses différentes déclinaisons, affirme le principe du cumul de l'indemnité pour travail dissimulé avec les indemnités de rupture du

⁹⁴ Cass. soc., 10 juin 2003, n° 01-40.779 : Bull.civ. 2003 V, n° 190, p. 186.

⁹⁵ Dans son rapport déposé en 2003 au nom de la commission du travail et des questions sociales et de la commission fiscale de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, le rapporteur, monsieur Pallaruelo, indique clairement que, du fait du non-cumul de l'indemnité pour travail dissimulé et de celle de l'indemnité sans cause réelle et sérieuse, il est "permis de douter de l'opportunité et de l'utilité de l'indemnité particulière de l'article L. 324-11-1 du Code du travail". Celle-ci, souligne-t-il, ne trouve à s'appliquer, en cas de rupture injustifiée du contrat de travail, que si l'indemnité que reçoit le salarié au titre de cette rupture est inférieure à six mois de salaire (hypothèse par définition exclue lorsque le salarié a deux ans d'ancienneté dans une entreprise comportant plus de 10 salariés, l'article L. 122-14-4 prévoyant en cas de licenciement non causé une indemnité qui ne peut être inférieure à six mois de salaire). De même, l'employeur qui a engagé un salarié en violation des règles sur le travail dissimulé et l'a licencié sans cause réelle et sérieuse peut être sanctionné dans les mêmes proportions (six mois de salaires) qu'un employeur ayant omis de porter sur le bulletin de paie des heures supplémentaires et qui a licencié le salarié pour une cause réelle et sérieuse. Le rapporteur en conclut que, dans ces conditions, la sanction de l'article L. 324-11-1 perd son bénéfice prophylactique et propose, en toute logique, sa suppression par le biais d'une intervention législative et son remplacement par une indemnité globale -Rapport de M. Pallaruelo, Rap. commission du travail et des questions sociales et la commission fiscale de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, "*Lutte contre le travail dissimulé : poursuivre les efforts en évitant les dérives*", 2003.

⁹⁶ Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation, "*L'innovation technologique*", Documentation française, p. 271 et s.

⁹⁷ Cass. soc., 25 mai 2005, n° 02-4.468 : Bull. civ. 2005, V, n° 181, p. 157, obs. RJS 8-9/05 n° 930.

contrat de travail⁹⁸. Revenant sur la décision du 21 mai 2005, elle limite désormais le non-cumul à l'indemnité légale conventionnelle ou légale de licenciement.

Aux termes de ce revirement jurisprudentiel radical⁹⁹, sont désormais cumulables avec l'indemnité prévue par l'article L. 324-11-1, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, l'indemnité de requalification d'un contrat de durée déterminée en contrat à durée indéterminée, les dommages et intérêts pour violation de l'ordre des licenciements, l'indemnité compensatrice de préavis et l'indemnité de congés payés. Les conséquences indemnitaires découlant de la rupture ou nées à l'occasion de la rupture sont ainsi clairement définies. Mais, surtout, est ainsi affirmée par la chambre sociale la volonté de sanctionner plus efficacement et effectivement l'employeur, auteur d'un "cumul" de comportements frauduleux ou pour le moins irréguliers. La ligne de partage tracée par la chambre sociale entend dissocier, en excluant de la règle du cumul l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le sort réservé à l'employeur qui a procédé à un licenciement régulier de celui qui a rompu de façon injustifiée la relation de travail tout en recourant à du travail dissimulé.

Ce renforcement jurisprudentiel récent de "la force dissuasive du dispositif d'indemnisation" de l'article L.324-11-1 du code du travail¹⁰⁰ s'inscrit, comme le relève à juste titre un auteur, "dans un contexte où le législateur entend bien poursuivre la lutte contre le travail dissimulé"¹⁰¹.

Section II - Le dispositif de lutte contre le travail dissimulé : une copie revue et à revoir

Les réponses législatives comme judiciaires ne semblent pas atteindre les objectifs d'information, de prévention et de répression qui leur sont assignés, d'où le renforcement et la novation des dispositifs existants (**paragraphe 1**). Mais la politique publique engagée en France, en dépit de cet effort de cohérence et de dynamisation, s'avère, à l'heure actuelle, peu concluante et l'alarme est sonnée en 2007 par le Conseil des prélèvements obligatoires dans un bilan accablant sur le dispositif français de lutte contre les fraudes aux prélèvements

⁹⁸ Cass. soc., 12 janv. 2006, n° 03-46.800, 03-43.105, 03-44.776, 03-44.777, 04-41.769, 04-40.991, 04-42.190, 04-42.151 : Bull 2006, V n° 13, p. 10, RJS 3/06 n° 369.

⁹⁹ Il est étonnant et regrettable que l'article L. 324-11-1 du code du travail fixant l'indemnité civile due au titre du travail dissimulé en cas de rupture de la relation de travail soit demeuré inchangé dans sa formulation lors de l'importante réforme législative de 2005. Une explicitation de la formule retenue par le législateur de 1993 aurait participé utilement à l'effort de lisibilité et de cohérence législatives manifesté par la loi du 2 août 2005. L'inertie du législateur en la matière a ainsi conduit la Cour de cassation à intervenir en janvier 2006 dans une logique de répression plus efficace, par le biais d'une aggravation de la sanction civile et d'une relecture de l'article L. 324-11-1 du code du travail.

¹⁰⁰ RJS 3/06 n° 369, p. 233 ; N. Auroy, "L'étendue de l'indemnisation forfaitaire de l'indemnisation forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1", Semaine sociale Lamy, 23 janv. 2006, n°1245 ; O-L. Bouvier, "Le travail dissimulé : questions de droit et de société", RJS, 10/06, pp. 746-756 ; JCP - La semaine juridique - Edition sociale n° 4, 24 janv. 2006 ; Liaisons sociales -Jurisprudence n° 947, jeudi 9 mars 2006 ; Recueil Dalloz, 2006, n° 6, note E.Chevrier

¹⁰¹ JCP / La semaine juridique -Edition sociale n78. 14 févr. 2006, note P-Y Verkindt

obligatoires, fiscaux et sociaux et, plus spécifiquement de la lutte contre le travail dissimulé (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une réponse française qui tente de s'adapter

Une des difficultés majeures de l'élaboration d'une stratégie contre le travail illégal, dont le travail dissimulé constitue un sous-ensemble, réside, notamment, dans les obstacles rencontrés dans l'élaboration d'une évaluation précise d'un phénomène qui, par définition, est occulte. Néanmoins, les rapports successifs en la matière permettent de dresser en 2006 un bilan national préoccupant (**A**), auquel tentent de répondre une adaptation et une modernisation de l'arsenal législatif (**B**).

A. Un état des lieux préoccupant

En 2005, les rapporteurs sur le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, Ms Poignant et Chatel¹⁰², soulignent le coût économique et social du travail illégal qui atteindrait, selon l'INSEE, 4% du PIB français. Le bilan dressé par la Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI)¹⁰³ pour la période 1998-2003 a mis en outre en lumière la "sophistication" des nouvelles formes de ce phénomène. Ainsi, les détournements de statuts se sont multipliés par le recours abusif aux conventions de stage ou au bénévolat, les fausses déclarations de salariés comme travailleurs indépendants. Par l'utilisation de "sociétés-écrans" permettant d'échapper aux obligations sociales, se développe une sous-traitance accrue de main d'oeuvre. Ce nouveau type de délinquance économique et sociale "transnationale" se traduit par de "fausses délocalisations" ou des omissions de déclarations préalables d'interventions de la part d'entreprises étrangères. Ces infractions sont commises, selon la DILTI, par des entrepreneurs français ou, pour certaines d'entre elles par des entrepreneurs étrangers établis dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers et qui interviennent en France avec des travailleurs détachés pour y réaliser des prestations transnationales de services. Le travail illégal, dans ses nouvelles manifestations, se cumule généralement avec d'autres délits connexes que sont la traite des êtres humains, les abus de vulnérabilité, les trafics de main d'oeuvre étrangère et l'usage illicite de faux documents.

Alerté par ce sombre bilan et conscient de la nécessité d'actualiser le dispositif issu de la loi du 11 mars 1997, le gouvernement français a adopté en juin 2004 un plan national de lutte contre le travail illégal pour les années 2004-2005. Celui-ci définit quatre secteurs prioritaires à savoir le secteur vivant, l'agriculture, les bâtiments et travaux publics et l'hôtellerie-restauration. Renforcement des moyens de l'inspection du travail, extension de la coopération entre corps de contrôle et organismes gestionnaires des aides publiques et suppression des aides publiques aux entreprises verbalisées sont les trois stratégies privilégiées aux termes de ce dernier dispositif.

¹⁰² Rapport, op.cité.

¹⁰³ La DILTI, au coeur de la mission de lutte contre le travail illégal, assure le secrétariat de la commission de lutte nationale contre le travail illégal présidée par le premier ministre. Elle coordonne une vingtaine de chargés de mission, mis à disposition par sept ministères (justice, travail, agriculture, transports, intérieur, défense, finances) et l'action des administrations et organismes compétents et porte à la connaissance du procureur de la République compétent toute information susceptible de donner lieu à l'ouverture d'une procédure judiciaire.

Parallèlement, la création de guichets uniques pour toutes les actions administratives requises lorsque commence, se modifie ou s'achève une activité professionnelle, le renforcement de la coopération et de l'échange d'informations entre les diverses administrations, la généralisation des chèques-service pour encourager l'engagement de travailleurs déclarés pour des emplois familiaux et domestiques en minimisant les formalités administratives viennent étayer le nouveau dispositif. Le décret n° 2005-455 du 12 mai 2005 crée l'Office central de lutte contre le travail illégal (OCLTI), placé sous la responsabilité du ministère de la défense¹⁰⁴.

Le 22 mars 2006, le bilan du plan national de lutte contre le travail illégal, a été présenté en conseil des ministres et les orientations 2006-2007 développées à cette occasion¹⁰⁵. Le plan national s'articule désormais autour de l'accentuation de la pression des contrôles, du développement des sanctions administratives, de la lutte contre la fraude "transnationale", l'emploi d'étrangers sans titre de travail, le développement des actions d'information et de prévention avec les branches professionnelles, l'exercice d'une vigilance particulière sur les conditions de travail en entreprise des intervenants à statut particulier, notamment les stagiaires, et, enfin, une meilleure évaluation des actions et des résultats.

Enfin, diverses lois récentes entendent adapter et moderniser les réponses législatives nationales.

B. Une modernisation des textes relatifs au travail illégal

1°) De nouvelles dispositions disséminées

La loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, suite à la réforme majeure du 11 mars 1997, alourdit les sanctions pénales en matière de travail dissimulé et étend la compétence des inspecteurs du travail au délit d'abus de vulnérabilité dans les situations de travail et d'hébergement des personnes. Elle introduit dans le code pénal le délit de "traite des êtres humains". Le 26 novembre de la même année, la loi n° 2003-1119 relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France aggrave les sanctions administratives et pénales en matière d'emploi irrégulier des étrangers et renforce les poursuites à l'encontre des auteurs agissant en bande organisée. Le nouveau texte habilite les agents de contrôle de l'inspection du travail à relever directement par procès-verbal des infractions relatives aux situation d'abus de vulnérabilité ainsi que celles visant les étrangers en France dans leurs conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement, incompatibles avec la dignité de la personne humaine. A ce titre, ces agents peuvent désormais demander aux employeurs et aux personnes assujetties à ces règles de justifier de leur identité et de leur adresse.

La loi du 18 mars 2003 et la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la

¹⁰⁴ L'OCLTI est chargé de coordonner l'action des différents services de police judiciaire dans les affaires les plus importantes de travail illégal.

¹⁰⁵ Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Bilan du plan national de lutte contre le travail illégal 2004-2005 et perspectives 2006-2007*, Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement et Ministère délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelles des jeunes.

protection de l'enfance renforce les sanctions pénales en cas d'infractions sur l'emploi des mineurs et augmentent, en deux ans d'intervalle, le montant des amendes pénales dues par l'employeur en cas d'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui, pour un certain nombre d'infractions graves et commises en bande organisée, introduit des règles procédurales dérogatoires au droit commun, inclut dans la liste des quinze infractions retenues les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France prévus par le 47^{ème} alinéa de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le 13 août 2004, la loi n° 2004-810 relative à l'assurance maladie renforce les obligations des donneurs d'ordre à l'égard de leurs co-contractants pour prévenir les infractions de travail dissimulé. Elle accroît les pouvoirs des agents de contrôle qui ont désormais le droit de demander à toute personne occupée sur le lieu de travail de justifier de son identité et de son adresse et d'établir des procès-verbaux d'audition.

Enfin, le 19 décembre 2005, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 renforce les échanges d'information et instaure une nouvelle sanction civile : les exonérations de cotisations sociales seront annulées lorsqu'un employeur est verbalisé pour travail dissimulé.

En ce qui concerne les exonérations de cotisations sociales, deux décrets du 30 juin 2006¹⁰⁶ précisent que le bénéfice de toute mesure de réduction et d'exonération, totale ou partielle, de cotisations de sécurité sociale ou de contributions acquittées auprès des organismes de sécurité sociale, est subordonné au respect par l'employeur des dispositions de l'article L. 324-9 du code du travail (absence de déclaration préalable à l'embauche, absence de bulletin de paie ou mention partielle des heures effectivement travaillées).

Mais la dispersion dans le code du travail de nombreuses dispositions relatives au travail illégal nuisait à leur lisibilité¹⁰⁷. La réforme de 2005 intervient pour y remédier.

2°) Un effort de lisibilité réalisé avec la loi du 2 août 2005

Aux termes de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005¹⁰⁸ sur les petites et moyennes entreprises, les dispositions relatives à la répression du travail illégal sont désormais regroupées, en un chapitre V spécifique, du titre II du livre III du code du travail, chapitre intitulé : "Répression du travail illégal".

Le nouvel article L. 325-1 du code du travail qui définit le champ d'application de ce chapitre est désormais "le texte fondateur de la répression du travail illégal"¹⁰⁹. Il dresse comme suit la liste des infractions constitutives du travail illégal :

¹⁰⁶ D. n° 2006-774, 30 juin 2006 : J. O.2 juillet 2006 et D. n° 2006-776, 30 juin 2006 : J. O. 2 juillet 2006.

¹⁰⁷ Rapport n° 333 de M. G. Cornu, projet de loi sur les petites et moyennes entreprises, 2005.

¹⁰⁸ L. n° 2005-882, 2 août 2005 : JCP S. 2005, 1126 - E. Fortis, "Le travail illégal", Cah. droit entr. 2006, n° 1, p. 71 s.

¹⁰⁹ A. Martinon, "L'actualité de la lutte contre le travail illégal : entre prévention et répression", La Semaine Juridique Social n° 27, 4 juillet 2006, 1533.

- le délit de marchandage de main d'oeuvre (article L 125-1), constitué lorsqu'une fourniture illégale de main d'oeuvre dans un but lucratif cause un préjudice au salarié prêté ;
- le prêt illicite de main d'oeuvre (article L. 125-3), l'incrimination visant alors les deux entreprises concernées ;
- le cumul entre un emploi public et un emploi privé rémunéré (articles L. 324-1 à L. 324-3) ;
- le travail dissimulé par dissimulation d'activité, d'emploi salarié ou d'heures travaillées (articles L. 324-9 et L. 324-10) ;
- l'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail (article L. 341-6) ;
- les fraudes aux ASSEDIC (article L. 365-1).

L'article L. 325-1 nouveau établit également la liste des agents habilités à rechercher et constater ces délits (officiers et agents de police judiciaire, agents de la direction générale des impôts et de la direction générale des douanes, agents des organismes de sécurité sociale et des caisses de sécurité sociale, inspecteurs et contrôleurs du travail...). L'article L. 325-2 autorise la communication réciproque d'informations et de documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal. Ce droit de communication, qui existait depuis 1997 en matière de travail dissimulé, est désormais élargi à l'ensemble des infractions relevant du travail illégal.

L'article L. 325-3 nouveau du code du travail reprend les dispositions créées en 1997 en permettant aux autorités compétentes de refuser à l'employeur verbalisé l'attribution des aides publiques à l'emploi ou à la formation professionnelle et en étendant leur champ d'application à l'ensemble des infractions relevant du travail illégal. Le nouvel article étend ce dispositif à d'autres aides publiques, l'efficacité de ces sanctions administratives étant réelle. Cette sanction administrative est totalement indépendante des sanctions pénales¹¹⁰. L'article L. 325-4 nouveau tend à assurer aux agents, gestionnaires de ces aides, les moyens de mettre en oeuvre les sanctions administratives correspondantes en leur donnant accès aux informations nécessaires. L'article L. 325-6 nouveau élargit à toute forme de travail illégal le droit de communication en matière de travail dissimulé.

Le renforcement de la coopération internationale en matière de lutte contre le travail illégal, dernier volet de ce dispositif revisité, est consacré en France par l'article L. 325-6 nouveau, introduit dans le code du travail par la loi du 2 août 2005. Cet article lève le secret professionnel entre les corps de contrôle, les autorités qui coordonnent leurs actions (DILTI et Office central de lutte contre le travail illégal) et leurs homologues étrangers. Cette disposition légale ainsi que les accords bilatéraux qui se multiplient¹¹¹ témoignent de la prise de conscience nationale de la nécessité de développer les dispositifs d'échanges

¹¹⁰ Le décret n° 2006-206 du 22 février 2006 introduit l'article D. 325-1 du code du travail qui énumère les aides publiques pouvant désormais faire l'objet d'un refus de contribution. Il est important de relever ici que certaines aides visées par le décret n° 97-636 du 31 mai 1997 ont disparu dans l'énumération nouvelle, telles que les aides accordées dans le cadre du chômage partiel (art. L. 322-11 du code du travail) ou dans celui des embauches dans les zones de redynamisation rurale (art. L.322-13 du même code). Une seconde limite à la répression du travail illégal semble apportée par le fait que ni la loi nouvelle ni le décret du 22 février 2006 ne précisent si les pouvoirs de l'administration sont limités au seul refus de l'attribution des aides publiques concernées ou pourraient s'étendre à la suppression ou à la suspension d'une telle aide. La question n'est pas encore clairement tranchée.

¹¹¹ L'arrangement franco-allemand, signé le 31 mai 2001, institue l'échange mutuel d'informations entre services transfrontaliers de l'administration du travail en matière de travail illégal. Le 9 mai 2003, la France et la Belgique signent un arrangement dans le même domaine.

d'informations et de coopération entre les différents Etats membres de l'Union européenne.

La question d'actualité reste en France celle de l'efficacité d'une politique publique dont le bilan reste négatif au regard de l'ampleur et de la diversification du phénomène.

Paragraphe 2. Une politique publique d'affichage peu suivie d'effet

La problématique du traitement du travail illégal en France reste plus que jamais d'actualité. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les rapports récents rendus en la matière. Plusieurs idées maîtresses se dégagent de ces constats de début de siècle. Le phénomène se complexifie dans ses manifestations : travail non déclaré, travail "mal déclaré", fraudes aux revenus de remplacement, emploi de travailleurs étrangers sans titre, cumul irréguliers d'emplois, prêt illicite de main d'oeuvre. Les conséquences de ces comportements, trop souvent banalisés dans un conscient collectif, où "travail au noir" serait synonyme de débrouillardise, de système "D", sont particulièrement préoccupantes : "concurrence déloyale qui entraîne à terme une destruction de l'emploi et une montée du chômage, fragilisation de la situation des travailleurs qui en sont les victimes et qui cumulent faible rémunération, absence de couverture sociale, conditions de travail souvent déplorables, pertes de recettes pour l'Etat et ses organismes sociaux"¹¹². Mais les réponses législatives comme judiciaires ne semblent pas atteindre les objectifs d'information, de prévention et de répression qui leur sont assignés.

A - Sophistication des nouvelles formes du travail dissimulé

Le bilan dressé par la Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI)¹¹³ pour la période 1998-2003 a mis en lumière la "sophistication" des nouvelles formes de ce phénomène. Ainsi, les détournements de statuts se sont multipliés par le recours abusif aux conventions de stage ou au bénévolat, les fausses déclarations de salariés comme travailleurs indépendants. Par l'utilisation de "sociétés-écrans" permettant d'échapper aux obligations sociales, se développe une sous-traitance accrue de main d'oeuvre¹¹⁴. Ce nouveau type de délinquance économique et sociale "transnationale" se traduit par de "fausses délocalisations" ou des omissions de déclarations préalables d'interventions de la part d'entreprises étrangères. Ces infractions sont commises, selon la DILTI, par des entrepreneurs français ou, pour certaines d'entre elles par des entrepreneurs étrangers établis dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers et qui interviennent en

¹¹² Rapport AN de M. Poignant et Chatel, sur le "projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises", n° 2429, juin 2005.

¹¹³ La DILTI, au coeur de la mission de lutte contre le travail illégal, assure le secrétariat de la commission de lutte nationale de lutte contre le travail illégal présidée par le premier ministre. Elle coordonne une vingtaine de chargés de mission, mis à disposition par sept ministères (justice, travail, agriculture, transports, intérieur, défense, finances). Elle coordonne l'actions des administrations et organismes compétents et porte à la connaissance du procureur de la République compétent toute information susceptible de donner lieu à l'ouverture d'une procédure judiciaire.

¹¹⁴ Sur la sous-traitance, le mémoire de DEA de droit social d'A. Olivier apporte un éclairage de droit comparé très intéressant. A.Olivier, *Quelles réactions du droit du travail face à la sous-traitance ? Les enseignements de l'exemple italien*. Université Paris X - Nanterre; 2001 - 2002.

France avec des travailleurs détachés pour y réaliser des prestations transnationales de services. Le travail illégal, dans ses nouvelles manifestations, se cumule généralement avec les autres délits connexes que sont la traite des êtres humains, les abus de vulnérabilité, les trafics de main d'oeuvre étrangère et l'usage illicite de faux documents.

Quant au dernier bilan 2004-2005, présenté le 28 janvier 2006¹¹⁵, par la Commission nationale de lutte contre le travail illégal, le seul indicateur clair est celui de l'augmentation des contrôles. Ainsi, la Commission se félicite d'une progression de 42 % depuis 2003 du volume des redressements, spécifiquement dans le domaine de l'agriculture ainsi que de l'augmentation de 73 % des contrôles des entreprises étrangères détachant leurs salariés en France. Parallèlement, ont été conclues entre 2004 et 2006, 28 conventions entre les pouvoirs publics et les branches professionnelles afin de lancer des campagnes de prévention et de sensibilisation sur la législation et les risques encourus en cas de recours au travail illégal.

Le plan d'action 2006-2007 concentre principalement ses efforts sur le recours aux sanctions administratives avec la mise en ligne des déclarations préalable, la lutte contre la fraude "transnationale" et l'emploi d'étrangers sans titre de travail.

Mais aucune analyse en termes qualitatifs de l'efficacité de ce dispositif n'est dressée et nous devons nous référer au rapport publié en 2007 par le Conseil des prélèvements obligatoires pour en savoir plus sur le bilan français.

115 Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Bilan du plan national de lutte contre le travail 2004-2005 et perspectives 2006-2007*; [Www.cohesionsociale.gouv.fr](http://www.cohesionsociale.gouv.fr).

B. La lutte contre le travail dissimulé reste le “parent pauvre” de la lutte anti-fraude en France

Le récent et accablant rapport¹¹⁶ du Conseil des prélèvements obligatoires¹¹⁷, publié le 1^{er} mars 2007, confirme une augmentation inquiétante en France des fraudes aux prélèvements obligatoires (impôts, taxes ou cotisations sociales), et, plus particulièrement, du travail dissimulé. Si le Conseil souligne l'extrême difficulté d'une estimation du niveau global d'irrégularités et de fraudes en raison même du fait qu'il s'agit d'évaluer une dissimulation, il qualifie le dispositif français de « parent pauvre » de la lutte anti-fraude en France..

Le constat ainsi dressé quant à l'accroissement du travail dissimulé est en effet sévère. Selon le Conseil des prélèvements, “trois tendances apparaissent aujourd'hui plus particulièrement : le recours au travail dissimulé, le développement d'une fraude à caractère transnational et l'utilisation des technologies de l'information et de la communication comme nouveaux secteurs de fraude. Au demeurant, ces tendances ne sont pas indépendantes les unes par rapport aux autres. Au contraire, elles se complètent et se renforcent.”

Le Conseil des prélèvements obligatoires chiffre en 2007 le montant total des fraudes sociales liées, en France, au travail dissimulé entre 6 et 12 milliards d'euros, soit 6,2% à 12,4% des fraudes aux prélèvements obligatoires. Le montant global des fraudes aux prélèvements obligatoires se situe en France dans une fourchette de 29,1 à 40,2 milliards d'euros, soit 1,7 % à 2,3 % du produit intérieur brut (PIB), ce qui équivaut au déficit budgétaire de l'Etat (qui, en 2006, était de 36, 2 milliards d'euros). La fraude aux prélèvements obligatoires est, pour les auteurs du rapport, “certainement le délit qui, en termes financiers, fait le plus de victimes”.

Le travail dissimulé, composante majeure du travail illégal en France, est un mécanisme très ancien de fraude de même que l'évasion fiscale mais ces vecteurs de fraude deviennent des “tendances lourdes” des pays de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE). Les économies de l'OCDE sont devenues, depuis plusieurs décennies, des économies de services. En 2005, le secteur des services y représentait près de 76 % de l'emploi. Or, dans ce secteur, le travail est par définition le principal facteur principal de coût. Le système français de protection sociale repose très largement sur le travail et les cotisations sociales (cotisations de Sécurité sociale, cotisations au régimes complémentaires de retraite et de l'assurance-chômage). Dans ce contexte, le travail dissimulé se révèle être une tendance lourde et croissante de fraude qui s'inscrit dans une mutation profonde de l'économie tout en revenant à une des techniques les plus simples et les plus anciennes de fraude, la dissimulation d'activité. Celle-ci permet d'éluder les prélèvements qui pèsent sur le travail mais également ceux dont sont redevables les entreprises (TVA, impôts sur les sociétés).

Si le travail dissimulé en France n'est qu'une des composantes du travail illégal (qui regroupe également, comme nous l'avons vu, l'emploi d'étrangers sans titre, le prêt illicite de main

¹¹⁶ Conseil des prélèvements obligatoires, Rapport “*La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*”, La Documentation française, mars 2007.

¹¹⁷ Le Conseil des prélèvements obligatoires, créé par la loi n° 2005-358 du 20 avril 2005, est chargé d'apprécier l'évolution et l'impact économique, social et budgétaire de l'ensemble des prélèvements obligatoires, ainsi que de formuler des recommandations sur toute question relative aux prélèvements obligatoires.

d'oeuvre, le marchandage, la fraude aux revenus de remplacement et le cumul d'emplois¹¹⁸), il en constitue un aspect majeur. Le travail dissimulé représente en effet plus de 85 % des condamnations prononcées pour travail illégal, comme le montrent les chiffres suivants :

Condamnations en France en 2004 pour travail illégal.

Travail dissimulé :		4 376
Fraude aux ASSEDIC :	308	
Emploi d'étrangers sans titre :	188	
Prêt de main d'oeuvre :	156	
Cumul d'emplois :		6
Total des condamnations :	5 034	

Deux mécanismes de travail dissimulé sont en développement exponentiel, selon le Conseil des prélèvements obligatoires : la fausse sous-traitance et la sous-déclaration.

Ce terme de fausse sous-traitance, s'il n'est pas juridique¹¹⁹, est parlant : un employeur, désireux de ne pas courir les risques financiers et pénaux liés à la non-déclaration de salariés, peut diminuer ces risques en faisant porter la contrainte financière sur un sous-traitant. La fausse sous-traitance intervient dès lors que ce mécanisme purement financier ne trouve pas sa contrepartie dans la réalité de l'indépendance de l'équipe du sous-traitant vis-à-vis du co-contractant, le donneur d'ordre. Le schéma le plus élaboré du mécanisme est la sous-traitance en cascade, avec, en bout de chaîne, le travailleur indépendant ou une entreprise dite "éphémère" qui disparaît avant d'être identifiée comme étant l'employeur des salariés mal ou non déclarés. Le montage juridique est très complexe et peut faire intervenir une quinzaine de niveaux de sous-traitants. La sous-traitance permet au donneur d'ordre de reporter le paiement des charges sociales sur le sous-traitant, de faire l'économie des garanties liées au salariat et enfin d'échapper à toute responsabilité pénale, en donnant au sous-traitant toutes les apparences de l'indépendance (inscription aux registres des métiers ou du commerce, affiliation aux organismes de protections sociale des travailleurs indépendants..).

Quant à la sous-déclaration, ou déclaration partielle, qui consiste à ne pas reporter volontairement sur le bulletin de salaire d'un travailleur une partie des heures de travail réellement effectuées, parallèlement à un paiement en espèces ou au paiement sous forme de frais de déplacement d'indemnités diverses, elle permet de s'exonérer du paiement de cotisations sociales et d'impôts. La sous-déclaration peut, dans certains cas, concerner les salariés eux-mêmes, certains d'entre eux étant déclarés et d'autres travaillant "au noir". Ce procédé permet aux employeurs, selon les auteurs du rapport, de conserver des "apparences de respectabilité" pour éviter les contrôles et participer aux marchés publics.

Dans ce sombre bilan français, qui contredit de façon argumentée la politique d'affichage gouvernementale et les satisfecits que se décernent les ministres du travail¹²⁰, le Conseil aux prélèvements obligatoires dénonce le fait que, si le travail dissimulé représente un véritable

¹¹⁸ Article L. 325-1 du code du travail français.

¹¹⁹ La fausse sous-traitance peut être constitutive de prêt illicite de main d'oeuvre, marchandage ou encore de travail dissimulé.

¹²⁰ Intervention de Gérard Larcher, Ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion des jeunes, devant la Commission nationale de lutte contre le travail illégal, : " S'agissant du bilan du plan d'action 2004-2005, je crois pouvoir dire que les progrès sont manifestes.", Paris, 26 janvier 2006.

intérêt pour “les employeurs indéclicats”, il entraîne une perte de ressources publiques et des distorsions de concurrence au détriment des entreprises honnêtes. Lorsqu’elle se traduit par du travail clandestin ou dissimulé, la fraude aux prélèvements obligatoires signifie “aussi, souvent, pour beaucoup de travailleurs des conditions de travail et de vie épouvantables, une protection sociale incertaine..”. Elle constitue, affirme solennellement le Conseil, “ autant de coups de canif dans le contrat social, au risque, en cas d’expansion, de le mettre sérieusement en danger ”.

Ce survol des dispositifs nationaux et communautaire de lutte contre le travail non déclaré nous amène à nous interroger, dans la seconde partie de la présente étude, sur les causes, révélées comme indicibles, de la faillite de la lutte menée en Europe contre ce phénomène croissant.

Partie 2 - La lutte contre le travail non déclaré en Europe : les causes d’une faillite

Les multiples bilans, études, plans établis sur le travail illégal dans les pays européens aboutissent à un constat dominant, quels que soient les discours politiques d’affichage, celui de la faillite de la lutte contre un phénomène dont l’ampleur et la complexité interrogent

experts, juristes, sociologues, économistes et militants du monde du travail.

La lecture de l'importante documentation sur ces bilans successifs permet de dégager deux axes intéressants de réflexion dans cet essai de radiographie. Le premier volet de cette seconde partie de notre analyse sera donc axé sur les causes de cet échec clairement recensées ou librement débattues par les rapports ou analystes officiels, agréés, que nous qualifierons en conséquence de "causes révélées" de l'échec des dispositifs de lutte contre le travail non déclaré (**chapitre 1**). Mais dans un second temps, nous tenterons de décrypter ce qui nous semble être les causes profondes, non dites ou si peu dénoncées, de cette faillite, les "causes indicibles" (**chapitre 2**).

Chapitre 1 - Les causes révélées de l'échec actuel des dispositifs nationaux et communautaire de lutte contre le travail illégal

Grâce à l'analyse particulièrement étayée du Conseil des prélèvements obligatoires français¹²¹, auquel nous nous référerons largement, l'exemple de la stratégie française de lutte contre le travail dissimulé nous offre l'opportunité d'identifier quelques-unes des causes désormais identifiées de la faillite actuelle de ce dispositif (**section I**).

Au niveau européen, la question gagne à l'évidence en complexité et le premier constat qui s'impose est celui de la prégnance du phénomène dans les comportements et les économies européennes ainsi que l'incohérence des dispositifs normatifs en vigueur (**section II**).

Section I La France : un mauvais élève de la lutte contre le travail illégal

Le dernier bilan de la lutte contre le travail illégal en France présenté en janvier 2006¹²² n'est guère convaincant. Il suffit pour s'en convaincre d'arpenter les pistes de réflexion dégagées par le rapport de mars 2007 du Conseil des prélèvements obligatoires. Nous retiendrons dans notre présentation quelques-uns des facteurs explicatifs de la faillite du dispositif français, sans prétendre à l'exhaustivité. L'analyse des causes et des manifestations du travail dissimulé est manifestement à affiner pour améliorer le dispositif de lutte qui, pour le Conseil, en dépit de l'ampleur du travail dissimulé, reste le "parent pauvre" de la lutte contre les fraudes aux prélèvements obligatoires en France (**paragraphe 1**). En outre, ce dispositif peine à s'adapter dans le contexte de la globalisation des économies européennes et de la sophistication des mécanismes de fraude (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une analyse des causes et des manifestations du travail dissimulé à affiner

¹²¹ Conseil des prélèvements obligatoires, Rapport "La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle", déjà cité.

¹²² Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Bilan du plan national de lutte contre le travail illégal 2004-2005 et perspectives 2006-2007*, déjà cité

Tendre à une connaissance fine et la plus exacte possible de la problématique est le préalable nécessaire à l'efficacité des stratégies définies par les services de lutte contre le travail dissimulé. Or, l'identification des secteurs touchés par le travail dissimulé est insatisfaisante. En outre, l'internationalisation des fraudes et la généralisation des technologies de l'information et de la communication nécessitent une redéfinition des instruments de contrôle des fraudes.

A. Des secteurs mal identifiés : “en matière d’infractions, on ne trouve que là où on cherche”

Les erreurs enregistrées par le Conseil des prélèvements obligatoires dans l'identification des cibles du plan national de lutte contre le travail illégal concernent les secteurs traditionnellement touchés comme les autres secteurs. Les auteurs du rapport résument les insuffisances de résultats du programme ronflant de la Commission nationale de lutte contre le travail illégal, liées à ce mauvais choix de cibles, par la formule simple et pertinente : “en matière d’infractions, on ne trouve que là où on cherche”.

1°) Les secteurs dits traditionnels

Certains secteurs de l'économie française sont traditionnellement considérés comme les plus touchés par le travail dissimulé. Le plan national de lutte contre le travail illégal 2004-2005 avait ainsi identifié quatre secteurs prioritaires pour les services de contrôle, à savoir l'agriculture, le bâtiment et travaux publics (BTP), le spectacle et les hôtels-café-restaurants (HCR).

Une forte saisonnalité, l'importance des coûts de main-d'oeuvre, des structures de petite taille, des paiements en espèces expliquent en effet l'importance du recours au travail dissimulé dans ces secteurs. De plus, ces petites structures, souvent fragiles économiquement, sont aisément tentées de recourir au travail dissimulé.

Le tableau ci-dessous des verbalisations de travail illégal effectuées en France, par secteurs d'activités, de 1992 à 2005 confirme l'inadéquation des stratégies de lutte nationales, notamment dans l'identification des cibles à privilégier :

Année	Agriculture	BTP	HCR	Commerce	Transport	Services	Industries	Autres	Total
1992	7,7%	31,4%	13,2%	16,2%	3,4%	19,1%	8,8%	0,2%	100%
1995	8,4%	25,5%	14,7%	20,3%	4,6%	19,7%	6,7%	0,1%	100%
1997	7,0%	24,0%	15,0%	21,0%	6,3%	19,7%	7,0%	0,0%	100%
2001	7,2%	19,1%	18,6%	18,4%	7,9%	20,6%	8,2%	0,0%	100%
2003	6,3%	22,9%	16,8%	20,2%	9,7%	18,6%	3,1%	2,3%	100%
2004	4,8%	26,6%	17,0%	21,5%	8,5%	4,0%	3,8%	13,8%	100%
2005	5,3%	28,5%	17,2%	21,2%	7,3%	2,8%	4,0%	13,7%	100%

Les résultats de la verbalisation du travail illégal par les services de contrôle réalisée de 1992

à 2005¹²³ montrent la prédominance des contrôles dans le BTP. Entre le quart et le tiers des infractions relevées depuis 1992 l'ont été dans ce secteur (28 % en 2005), ce qui en fait, selon le Conseil, la première activité des services de contrôle du travail illégal. Les commerces et les "hôtels-cafés-restaurants" (HCR) sont verbalisés dans des proportions avoisinantes à hauteur, en 2005, de 21,2 % pour le premier de ces secteurs, 17,2 % pour le second.

L'agriculture et les transports constituent un troisième niveau de secteur avec 5 à 10 % du total des verbalisations. Les services et l'industrie se situent à des niveaux résiduels.

Mais ces résultats, s'ils semblent apparemment valider en partie les choix d'action du plan national 2003-2005, ne sont qu'un indicateur, selon le Conseil de prélèvements obligatoires, des infractions relevées par les services de contrôle et pas nécessairement de l'ampleur sectorielle du travail dissimulé. Ainsi, le spectacle, dans lequel le recours au travail illégal est important, n'est pas un secteur identifié par les statistiques et semble donc minoré par les contrôleurs.

2°) Les secteurs délaissés par le plan national de lutte contre le travail illégal

Les quatre secteurs identifiés par le plan d'action gouvernemental ne sont pas les seuls pourvoyeurs de travail dissimulé, loin s'en faut. Ainsi, le commerce, le déménagement, les transports routiers et les services sont autant d'activités professionnelles considérées comme non prioritaires dans la plan national alors que le travail dissimulé y est traditionnellement ancré, pour certaines d'entre eux, ou en forte augmentation pour d'autres.

Le commerce, un des secteurs les plus importants de l'économie nationale (avec 12,9 % de la population nationale) est également dominant en termes de verbalisation (21,5 % des infractions relevées). Il se caractérise par l'essor de la grande distribution, soit plus de la moitié du commerce français. Pourtant, le commerce, qui constitue le deuxième secteur en nombre d'infractions relevées ne figurait pas dans les priorités du plan national.

Le travail illégal dans le commerce se manifeste largement par la dissimulation d'activité dans les petits commerces, de nombreux contribuables ne déclarant pas l'ensemble de leurs revenus ou les déclarant différemment aux services fiscaux et aux organismes en charge de la collecte des prélèvements sociaux. La sous-déclaration des activités salariées est très répandue ainsi que la fausse sous-traitance. La fausse sous-traitance prend là aussi, dans ce secteur, des formes sophistiquées qui rendent malaisés les contrôles et les sanctions : faux gérants travaillant dans une subordination de fait, utilisation délictueuse de la franchise ou du mandat commercial.

Traditionnel secteur de fraude, les transports routiers, dont les effectifs sont en constante augmentation depuis 1995, connaissent de profondes mutations liées au développement du commerce intra-européen et à sa libéralisation dans le cadre de la réglementation européenne. Cette libéralisation des échanges dans l'espace européen a facilité le recours par certaines entreprises à la fausse sous-traitance dans des pays européens à bas niveau de charges sociales et à l'utilisation frauduleuse des possibilités offertes par la prestation internationale de service.

Parallèlement, la reprise dans le cadre communautaire de l'interdiction de travailler plus de 20

¹²³ Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI), *Analyse de la verbalisation du travail illégal du travail illégal en 2005*.

heures dans le mois, exigence issue de l'accord "grands routiers" du 23 novembre 1994, pour d'évidents impératifs de sécurité mais sans dispositif d'aide aux entreprises en contrepartie, a favorisé un recours accru au travail dissimulé. A la traditionnelle dissimulation d'activités s'ajoute dans ce secteur, bien que moins utilisée, la non-déclaration de salariés.

En dépit de cet état des lieux préoccupant d'un travail dissimulé persistant et renouvelé dans ses mécanismes, les transports routiers n'occupent qu'une place relativement minorée dans les contrôles recensés et ne figurent pas dans les axes d'action du plan national;

De même, les services constituent un des secteurs dans lequel le travail dissimulé relève de la tradition et bénéficie de la grande difficulté, pour les organes de contrôle, à identifier ces activités qui se déroulent au domicile des particuliers et d'une particulière indulgence de la part de la société. La déclaration d'activités telles que les cours particuliers et les travaux ménagers est l'exception.

Il convient de relever ici les effets positifs mais encore insuffisants de la "bonne pratique" des chèques emploi-service dont nous avons déjà parlé (cf supra). Mais il est regrettable que ce secteur, fort pourvoyeur de travail illégal, n'ait pas fait l'objet, en France, d'une stratégie globale alliant une information de l'opinion publique sur les "effets pervers" du travail au noir, les facilités nouvelles offertes par le CES et une recrudescence de contrôles.

L'exemple éloquent des domestiques philippines¹²⁴, notamment à Paris, éclaire la particulière complaisance des sociétés les plus riches envers le travail informel. Ainsi, les employeurs des couches les plus aisées de la capitale française se montrent friands de ce personnel "haut de gamme", attaché aux conventions sociales, docile et déférent, de confession chrétienne, anglophone, qui, en acceptant des engagements informels, trouve ainsi immédiatement du travail. Pour ces femmes philippines, souvent cultivées, quittant leur pays pour des raisons économiques (aide à la famille, frais de scolarisation d'enfants) fréquemment conjuguées à d'autres facteurs (mariage malheureux dans un pays où le divorce est interdit), l'acceptation de conditions d'engagement totalement illégales n'est pas un choix mais, comme le souligne à juste titre l'auteur de l'étude, "les mondes informels, ni choisis, ni appréciés leur permettent néanmoins de mener à bien ce qui ressemble de fait à un projet de vie". Nous prenons un de ces exemples parmi les nombreux que nous pourrions évoquer pour illustrer l'absence totale de prise de conscience de la part des particuliers qui, placés en situation d'employeurs d'employés de maison, préfèrent ne pas analyser les ressorts et les conséquences de ce recours banalisé au "travail au noir". Une vaste campagne d'information et de sensibilisation s'avère indispensable pour modifier les comportements dans la société civile. Mais ce n'est pas l'option retenue jusqu'à présent par les pouvoirs publics pour des raisons que nous tenterons de "radiographier" dans le second chapitre de cette partie.

Des secteurs de services sont également en France le lieu de pratiques importantes en matière de travail illégal. Ainsi, le nettoyage et la sécurité-gardiennage, activités marquées par une forte intensité de main-d'oeuvre, connaissent depuis une décennie une recrudescence du recours au travail au noir.

Des activités professionnelles apparaissent dans le paysage du secteur informel de ces dernières années, telles que les services informatiques. Un recours croissant à la fausse

¹²⁴ L. Mozère, "Travail informel et projet de vie. Les domestiques philippines à Paris" in "Economies choisies ?" ss dir. de N. Barbe et S. Larouche, Paris, Edition de la Maison de sciences de l'homme, 2004, 209 p.

sous-traitance caractérise ce secteur atypique dans lequel les salaires sont importants (1,3 fois plus élevés que dans les autres secteurs aux entreprises), des conditions de travail intéressantes (trois quarts des offres d'emplois portent sur des contrats à durée indéterminée ou des contrats à durée déterminée de plus de six mois), et un chômage faible (inférieur à 5 %). La fausse sous-traitance prend ici la forme de salariés déclarés comme indépendants, phénomène alarmant, de contrôle mal aisé.

En conclusion, pour reprendre les critiques formulées par le Conseil des prélèvements obligatoires en 2007, l'amélioration du ciblage opéré par les services de lutte contre le travail dissimulé est une priorité qui passe par une évaluation plus précise et scientifique de ses manifestations et de ses effets.

Interdépendants de l'augmentation du recours au travail illégal, la globalisation des économies européennes et le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) offrent, en France, de nouvelles opportunités aux fraudeurs, peu ou mal appréhendées par les organes de contrôle et de répression.

B. Globalisation et technologies nouvelles : une complexité accrue des mécanismes de fraude

La globalisation des économies touche tous les pays européens, avec les effets complexes d'une logique marchande désormais déclinée au niveau international. Les conséquences multiples de cette mondialisation, tant pour le monde du travail que pour les dispositifs normatifs, et la nécessité de repenser les stratégies de pensées et d'actions dans cette perspective¹²⁵ ne feront pas l'objet de développements dans la présente étude bien que ces questions en constituent la trame de fond, le "*backstage*". Mais il convient de relever que l'économie française, qui s'inscrit désormais dans un vaste marché européen, est fortement dépendante de cette nouvelle donne. Les administrations nationales, en charge du contrôle des fraudes en matière fiscale ou sociale, se heurtent aux frontières territoriales de leur compétence alors qu'entreprises et individus usent et, parfois, abusent, de leur liberté de circulation dans l'espace européen.

La dernière des grandes tendances des fraudes que nous présenterons pour illustrer les insuffisances des programmes de lutte contre le travail dissimulé consiste en la généralisation des technologies de l'information et de la communication.

¹²⁵ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, SEUIL, octobre 2004, 439 p.

1°) L'ouverture des frontières : un nouvel espace pour le secteur informel

Les services de contrôle nationaux, s'ils bénéficient de prérogatives importantes au niveau national, leur permettant d'accéder à des informations sur les entreprises, les employeurs, les contribuables, sont rapidement démunis pour appréhender ce qui se passe dans les Etats étrangers.

Certains particuliers, PME et grandes entreprises utilisent de plus en plus fréquemment des opérations économiques transfrontalières pour masquer des comportements frauduleux, échapper aux prélèvements sociaux et fiscaux nationaux. Face à ce phénomène, la coopération européenne et internationale se développe mais reste embryonnaire et insuffisante. La fraude internationale, en matière de législation sociale, se manifeste notamment par le recours dévoyé à la pratique du détachement, sur laquelle sera axé notre propos afin d'illustrer la complexité des mécanismes à identifier et combattre.

La construction européenne s'est élaborée, en matière de cotisations sociales sur le principe de la libre circulation des travailleurs, des biens et des services¹²⁶. La règle de principe concernant les travailleurs de l'Union est celle de l'affiliation dans le pays où se déroule l'activité du travailleur. Le règlement européen 1408/71 du 14 juin 1971 et le règlement d'application 574/72 du 21 mars 1972 qui affirment ce principe du lieu de travail¹²⁷ ne définissent que de façon imparfaite les règles juridiques applicables et les modalités de reconnaissance réciproque des titres exécutoires¹²⁸.

Le principe du lieu de travail souffre de certaines exceptions aux termes desquelles la législation du pays d'origine s'applique. Le règlement du 14 juin 1971 précise ainsi en son article 14: "la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne au terme de la période de détachement." Cette durée maximale de douze mois, censée limiter les recours abusifs à ce type de détachement n'est guère efficace car ce même règlement autorise à dépasser cette durée de détachement sous réserve de l'autorisation de l'autorité compétente de l'Etat membre où se déroule la prestation. Les difficultés de détermination de la législation applicable¹²⁹ et le dispositif ainsi mis en place favorisent la fraude au détachement, qui relève du travail dissimulé.

Le détachement s'inscrit généralement dans le cadre d'une prestation de service international, un donneur d'ordre ou une entreprise pouvant faire appel à des entreprises étrangères pour

¹²⁶ Article 3 du traité instituant la Communauté européenne.

¹²⁷ Article 13 du règlement 1408/71 du 14 juin 1971.

¹²⁸ Le caractère exécutoire des mises en demeures adressées par l'URSSAF n'est en effet pas reconnu au-delà des frontières nationales en l'absence d'accords bilatéraux spécifiques.

¹²⁹ L'article L. 341-5 du code du travail français précise les dispositions qui restent applicables aux travailleurs détachés : le salaire minimum, la durée du travail et des congés, les règles relatives à l'intérim, la non-discrimination, les conditions de travail (hygiène et sécurité) et les normes protectrices de certaines catégories de travailleurs (femmes enceintes, mineurs).

n'importe quel service. Si le contrat dure moins de douze mois ou si certaines prestations sont ponctuelles, l'entreprise étrangère peut alors détacher quelques-uns de ses salariés, dans le cadre d'une prestation de service.

Cette pratique est en forte augmentation. Selon la délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI), le nombre réel de salariés détachés se situe en 2004 entre 126 000 et 157 000 travailleurs, soit une augmentation de 33 % par rapport à l'estimation de l'année 2003. En outre, seuls, 20 % des détachements font l'objet d'une déclaration.

Le mécanisme du détachement est d'autant plus propice à la fraude qu'un contrôle efficient ne peut prospérer que grâce à une coordination et un échange d'informations entre tous les organismes de Sécurité sociale des Etats d'origine des salariés détachés, conditions non encore remplies, en dépit des efforts réalisés (cf infra).

En dérogeant pour partie au principe du pays d'accueil¹³⁰, la prestation de service transnationale, si elle permet une mise en concurrence, légale, des différents systèmes nationaux de prélèvements obligatoires, est également un instrument privilégié de la fausse sous-traitance, totalement illégale. Dans les chantiers du bâtiment et des travaux publics, la sous-traitance en cascade, dont nous avons déjà souligné l'impact dans le développement du travail illégal, aboutit le plus souvent à un prestataire de service étranger. Un premier entrepreneur sous-traite une partie du chantier à un deuxième entrepreneur qui fait appel à un sous-traitant établi à l'étranger. Ce dernier sous-traitant détache ses salariés sur le chantier mais ceux-ci sont en fait sous l'autorité directe du premier entrepreneur qui les rémunère.

Une variante de ce mécanisme de ce type de fausse sous-traitance utilise également la prestation de services transnationale sans faire appel, cette fois-ci, au détachement. Les entreprises sans établissement en France doivent en effet faire immatriculer leurs salariés auprès de l'URSSAF de Strasbourg. En l'absence de possibilité de contrôle par l'URSSAF sur un territoire étranger, des entreprises dissimulent la réalité de leurs activités par une non-déclaration d'une partie de leurs salariés en France.

La fraude à l'établissement constitue un autre mécanisme de fraude spécifique au détachement. Elle consiste en l'installation fictive de l'établissement de l'entreprise dans un pays étranger avec le détachement des salariés alors que leur activité sur le territoire national est permanente et sans limite dans le temps. Ce montage permet d'appliquer aux salariés la législation du pays où est établie l'entreprise et non celle du pays d'accueil. Le non-respect des procédures administratives¹³¹ n'étant pas puni de sanctions, est fréquent. Il est donc en pratique quasiment impossible de connaître la durée du détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de service transnationales.

Les entreprises qui pratiquent la fraude à l'établissement ont ainsi l'essentiel de leur activité en

¹³⁰ L'application partielle de la législation d'accueil a été confirmée et amendée par la directive 9671/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant *le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*.

¹³¹ Les articles D. 341-5-7 et D. 341-5-8 du code du travail obligent les entreprises qui détachent des salariés à s'adresser à la direction du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle une déclaration comprenant des informations précises sur l'entreprise (nom, raison, sociale, adresse), sur la prestation (lieu, date, nature) et sur l'ensemble des salariés détachés (noms et dates des contrats de travail).

France, emploient des français mais les déclarent comme travailleurs détachés. Le défaut de déclaration administrative à la DTEFP devrait être compensé par la production du certificat de détachement mais pour des raisons d'ordre pratique, celui-ci n'est pas toujours exigé pour les détachements de courte durée, fréquents par exemple dans les transports routiers, secteur fortement utilisateur du travail illégal. Lorsque ce certificat de détachement est établi, il est parfois valable pour une durée très inférieure à la présence réelle des salariés. Enfin, certaines entreprises, en violation des dispositions du règlement 1408/71 obtiennent des renouvellements systématiques de détachement, en raison de l'insuffisance des contrôles effectués par les administrations d'origine concernées. L'administration française n'ayant pas le pouvoir d'annuler un certificat de détachement, la recherche et le contrôle de la fraude à l'établissement s'avèrent complexe et, de fait, totalement insuffisants. Dans tous les cas, l'employeur aurait dû immatriculer ses salariés en France - auprès de l'URSSAF en l'absence d'établissement sur le territoire national - et le délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié est caractérisé.

Associé à la globalisation des économies, dont nous venons de rappeler quelques-unes des conséquences, spécifiques au travail dissimulé, le développement des technologies de l'information et de la communication favorise le secteur informel et défie les procédés traditionnelles de contrôle.

2°) Le défi posé par les technologies de l'information et de la communication

A l'instar des mutations du marché du travail liées à la globalisation, l'essor des TIC rend plus difficile la détection des fraudes par les organes de contrôle. Nous ferons ici l'économie de l'analyse des comptabilités informatisées qui n'offrent pas, pour les vérificateurs, le même niveau de sécurité que les comptes tenus sous forme papier et permettent de redonner *a posteriori* une cohérence à des écritures comptables dissimulant des fraudes. Le commerce électronique et le développement d'Internet constituent autant de niches où viennent se loger avec facilité les fraudes relevant du travail dissimulé.

La dématérialisation, caractéristique du commerce électronique, outre la disparition des intermédiaires commerciaux, plus facilement contrôlables en raison de leur proximité, favorise le travail dissimulé dans la mesure où un site Internet est un espace virtuel qui ne peut pas être localisé géographiquement. Il est en effet malaisé de déterminer le lieu d'établissement de l'entreprise prestataire de services électroniques, qui implique normalement l'exercice affectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée.

L'exemple des sites d'échanges en ligne ou de vente aux enchères, en croissance exponentielle, est éloquent. En l'absence de données chiffrées précises, certaines études permettent toutefois de considérer que près de 15 000 français vivraient des revenus des ventes de biens sur les sites de vente aux enchères *e-bay*. Or, ces revenus, y compris ceux qui sont réguliers et importants, ne sont pratiquement jamais déclarés par les vendeurs. La recherche de ce type de travail dissimulé est particulièrement ardue.

Ce problème est accru dans le cadre du développement des prestations de services dématérialisées : télécommunications, logiciels, musique, vidéo à la demande, jeux en ligne. Les administrations fiscales sont dans l'impossibilité, actuellement, de vérifier le respect par les opérateurs de ces services de leurs obligations fiscales et sociales et ce d'autant plus que leur non-respect n'est assortie d'aucune sanction.

Bien qu'encore marginal, ce secteur du commerce électronique et tout particulièrement des prestations de services dématérialisées par des opérateurs virtuels et ne disposant pas d'établissements stables sur le territoire national, constituent un espace privilégié de fraudes nouvelles et importantes et représentent un véritable défi pour les services de contrôle¹³².

Outre cette complexification de la situation liée à la globalisation et aux développements de l'économie immatérielle, l'insuffisance quantitative et qualitative des contrôles en matière de travail dissimulé reste une constante de la situation française.

Paragraphe 2. Un contrôle quantitativement et qualitativement insuffisant

“En dépit des efforts récents, le travail dissimulé reste le parent pauvre de la lutte contre la fraude” titre en mars 2007 le Conseil aux prélèvements obligatoires¹³³. Un faible niveau des contrôles effectués, une insuffisante implication des organes de contrôle, leur dispersion et une coopération européenne balbutiante sont autant de facteurs explicatifs de ce bilan.

A. Une verbalisation en faible progression en dépit de l'augmentation des contrôles

La complexité des contrôles en matière de travail dissimulé et le faible montant relatif des montants redressés au regard d'autres secteurs de fraude plus “rentables” dans une seule logique budgétaire grèvent les résultats obtenus.

1°) Une forte mobilisation nationale mais des résultats décevants

En juin 2004, la lutte contre le travail illégal a fait l'objet d'une politique publique nationale plus volontariste, comme nous l'avons vu, avec la définition d'un plan national 2004-2005, centré sur quatre secteurs (BTP, agriculture, “hôtellerie-café-restaurants”, spectacle vivant et enregistré).

La mise en oeuvre de ce plan s'est traduite par la réalisation de 59 256 contrôles en 2005 et la découverte d'environ 3 054 entreprises en infraction, soit 6,2 % du total. Le montant des redressements notifiés dans ce cadre s'élève à 17,6 millions d'euros, soit une augmentation de 17 % par rapport à 2004 et de 144 % par rapport à 2003. Les actions de prévention et de contrôle du travail dissimulé augmentent de façon significative en France depuis ces trois dernières années. Néanmoins, elles ne représentent, en 2005, qu'environ la moitié des contrôles fiscaux et entre 20 et 25 % du nombre des contrôles comptables d'assiette réalisés chaque année par l'URSSAF.

En 2005, 6 593 procès-verbaux relatifs au travail illégal ont été transmis à la DILTI. Ce chiffre (en augmentation de 4,8 % par rapport à celui enregistré en 2004) reste inférieur aux résultats du contrôle opéré entre 1994 et 2000, période durant laquelle plus de 8 000 procès-verbaux étaient

¹³² Face à cette évolution, les administrations de contrôle ont commencé à réaliser des contrôles sur ce type d'activités. Parallèlement, au niveau de l'OCDE, la conférence d'Ottawa, en 1998, a permis de définir les conditions à appliquer en matière de taxation du commerce électronique. L'Union européenne a adopté en 2002 une directive spécifique sur l'application de la TVA au commerce électronique avec, notamment la mise en place d'un interlocuteur fiscal unique pour les opérateurs des pays tiers qui réalisent des transactions électroniques auprès de consommateurs fiscaux au sein de l'Union. Cf le rapport Lévy-Jouyet, “*Rapport sur l'économie de l'immatériel, décembre 2006.*”.

¹³³ Conseil des prélèvements obligatoires, Rapport “*La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*”, op. cité.

dressés par an et même 10 092 en 1998. La verbalisation de 2005 ne représente ainsi que 72 % de son niveau dix ans auparavant. Certes, il faut tenir compte, dans l'analyse de ces chiffres, du taux de transmission à la DILTI par les organes de contrôle des procès-verbaux dressés. Une enquête menée en 2001 par la délégation a ainsi conclu à un taux de transmission des procès-verbaux de 61 %.

Il n'en reste pas moins que l'affichage des priorités gouvernementales sur les dix dernières années ne s'est pas encore traduit par une augmentation significative des résultats de contrôle.

L'examen des redressements effectués par l'URSSAF en matière de lutte contre le travail dissimulé illustre la faiblesse persistante des montants redressés au regard de l'ampleur du phénomène.

Redressements effectués par l'URSSAF pour travail illégal (en millions d'euros)

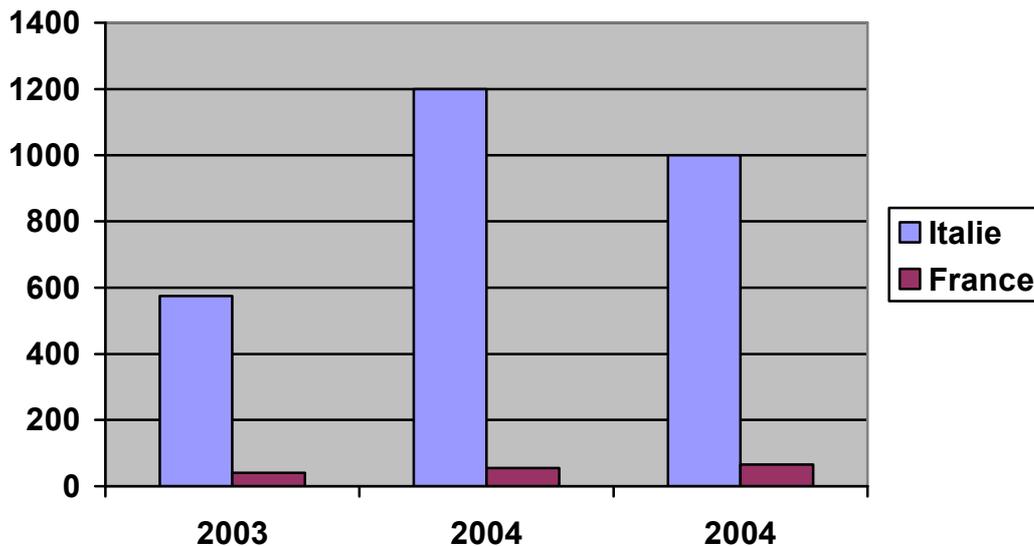
Année	2002	2003	2004	2005
Montant redressé	33	41	56	59

Ce tableau récapitulatif montre que la progression entre 2000 et 2005 est importante mais l'année 2005 marque une pause : il faudra attendre les résultats 2006 pour voir si la tendance 2002-2004 se prolonge.

Mais il convient de comparer ces montants redressés, bien qu'en progression, aux évaluations du travail dissimulé qui représente au moins 5,5 millions d'euros de cotisations de Sécurité sociale éludées. 1 % seulement de ces cotisations éludées par les fraudeurs est effectivement redressé par l'URSSAF. Ce chiffre traduit à lui seul l'insuffisance des contrôles effectués dans ce domaine.

En outre, une comparaison avec un pays voisin, l'Italie en l'occurrence, révèle de façon plus significative encore, la faiblesse des résultats français :

Comparaison des montants redressés au titre du travail illégal en France et en Italie entre 2003 et 2005



Même en tenant compte de l'importance du travail dissimulé en Italie, l'insuffisance quantitative des contrôles effectués en France est évidente.

2°) Le secteur des prestations de service transnationales, illustratif de l'insuffisance des contrôles

Un domaine, pourtant particulièrement propice au développement du travail dissimulé, comme nous l'avons analysé, est révélateur de l'insuffisance des contrôles effectués en France : celui des prestations de service transnationales.

Le nombre des contrôles réalisés dans ce domaine est particulièrement faible : 148 interventions en 2003 et 79 interventions en 2004. Par rapport au nombre de déclarations reçues, le nombre de contrôles ne représente qu'1,3 % des entreprises qui se sont déclarées. En outre, le nombre de déclaration est largement inférieur à celui des entreprises qui se dispensent de la formalité de déclaration (cf supra). Cet enjeu particulièrement important dans le développement en France du travail dissimulé est donc négligé de façon réellement préoccupante dans le dispositif de contrôle national¹³⁴.

Une analyse qualitative des mécanismes de contrôle mis en place en France révèle quant à elle une faible implication des services de l'administration en charge des contrôles.

B. Une implication mitigée de la part de services de contrôle dispersés

Nombreux sont les services impliqués dans la lutte contre le travail dissimulé. Pourtant,

¹³⁴ Notons que le renforcement de ces contrôles constitue une des priorités d'actions du plan national de lutte contre le travail illégal pour 2006-2007. En outre, l'ensemble des déclarations préalables devrait être mis en ligne au cours de cette période de façon à faciliter les contrôles des services compétents.

l'insuffisance de l'engagement des services concernés, leur dispersion également, le malaise de l'inspection du travail française et l'insuffisance des mécanismes de la coopération européenne sont autant de facteurs explicatifs d'un bilan décevant.

1°) Entre dispersion et tentatives de coordination

Trois services sont compétents en matière de lutte contre le travail dissimulé : l'inspection du travail, les Unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) et les officiers et agents de police judiciaire (gendarmerie et police nationale).

Chargée de veiller au respect des dispositions du code du travail, l'Inspection du travail est le premier service concerné par la recherche et la verbalisation du travail dissimulé. Or, il apparaît que ce service, pour des raisons sur lesquelles nous nous arrêterons (cf infra) n'est guère impliqué dans la lutte contre le secteur informel.

Au titre de leur compétence de contrôle des cotisants¹³⁵, les URSSAF disposent des mêmes prérogatives que l'Inspection du travail. Leur rôle est d'importance car, en l'absence de toute poursuite pénale, le recouvrement des cotisations sociales, tout comme la réparation du préjudice subi (cf la sanction civile étudiée en première partie de l'étude) constitue une sanction très efficace du fraudeur. Pourtant la lutte contre le travail dissimulé est restée pendant longtemps peu prise en compte des URSSAF, essentiellement en raison des difficultés liées au contrôle de ce type de délinquance et de la faible rentabilité de ce contrôle en termes de montants redressés.

Toutefois, un sursaut a permis ces dernières années de redresser un peu la barre de ce contrôle défaillant. La convention d'objectifs et de gestion (COG) 2002-2005 conclue entre l'Etat français et l'ACOSS prévoyait que le temps consacré à la lutte contre le travail dissimulé par les URSSAF devait atteindre 10 % du temps de travail des inspecteurs du recouvrement. De fait, la part de travail des services de l'URSSAF consacrée au contrôle du travail dissimulé est passée de 10,32 % en 2002 à 13,19% en 2005. Cette progression, qui peut paraître bien modeste, est toutefois la plus forte, en termes de temps de travail, de celles connues par les autres services de contrôle.

Un effort a été accompli avec le chapitre consacré à la lutte contre le travail dissimulé dans la COG conclue pour la période 2006-2009 entre l'Etat et l'ACOSS. Trois axes d'actions ont ainsi été dégagés :

- l'augmentation des moyens consacrés : l'ACOSS a décidé d'augmenter la part des ressources attribuées aux services en charge de la lutte contre le travail dissimulé avec, parallèlement, l'instauration de référents régionaux afin de capitaliser les acquis et améliorer la coordination des actions menées ;
- le renforcement des partenariats et de la communication : la COG prévoit le renforcement des liens entre les URSSAF et les autres organismes, notamment interministériels, en charge de la lutte contre le travail dissimulé ;
- la création d'une cellule d'intelligence économique qui réunira des moyens d'étude et d'expertise sur le travail dissimulé et ses pratiques.

¹³⁵ Article L. 243-7 du code du travail.

Les officiers (O.P.J.) et agents (A.P.J.) de police judiciaire sont également compétents pour rechercher l'infraction de travail dissimulé. La police aux frontières (PAF) est spécialisée dans la lutte contre le travail dissimulé lié à l'immigration clandestine. Mais ces différents services sont impliqués de façon fort inégale. La gendarmerie coopère fréquemment avec les URSSAF contrairement à la police. Selon la DILTI, les constatations de la gendarmerie ont représenté, ces dernières années, 45 % des procès-verbaux alors que la police n'a dressé qu'environ 5 % des procédures établies.

La création, en 2005, d'un office central de lutte contre le travail illégal (OCLTI) est révélatrice de cette plus grande implication de la gendarmerie¹³⁶. Les résultats à venir de ce jeune office central seront à exploiter pour une analyse plus fine des stratégies à privilégier. Il est sans doute regrettable qu'en l'état, deux officiers supérieurs de gendarmerie et quatre sous-officiers seulement aient été affectés à l'office. La montée en puissance de l'OCLTI est subordonnée à sa mise à disposition de ressources humaines et matérielles à la hauteur de la mission ambitieuse qui lui est assignée.

Le dernier maillon de cette chaîne de services de contrôle est la direction générale des impôts (DGI) dont les services sont amenés à constater des activités dissimulées et à les redresser. Sur les 50 000 contrôles annuels réalisés, environ 6 500 donnent lieu à reconstitution de recettes, le vérificateur s'efforçant d'évaluer la réalité du chiffre d'affaires réalisé sur la base d'un faisceau d'indices. Sur cette base, la DGI dépose environ chaque année 200 plaintes pénales à l'encontre de contribuables ayant dissimulé une partie de leurs revenus.

Mais ces opérations de contrôle fiscal sont d'une efficacité limitée et ce pour plusieurs raisons. Ces contrôles ne portent que sur des entreprises enregistrées dans les bases de la DGI, dont une partie seulement de l'activité est dissimulée. Ils ne portent pas en conséquence sur les unités entièrement dissimulées qui n'ont fait aucune déclaration fiscale. Or, la tendance est au développement de ce type d'unités, notamment dans les activités de services et les BTP.

En outre, la technique même de vérification n'autorise pas les vérifications inopinées, le contrôleur devant procéder à l'envoi préalable d'un avis de vérification à la personne concernée. Dès lors, le vérificateur ne sera jamais en mesure de vérifier directement une activité dissimulée. Les méthodes de contrôle, lors d'une opération de reconstitution des recettes, ne permettent pas de déceler des activités dissimulées de faible ampleur, surtout dans les secteurs où le paiement en espèce est fréquent tels que la restauration ou le commerce. Ainsi, la reconstitution de recettes ne révèle pas forcément le recours à la main d'oeuvre dissimulée. Enfin, les redressements effectués au titre d'une activité dissimulée sont insuffisamment exploités par les URSSAF et les O.P.J.¹³⁷

¹³⁶ L'OCLTI, rattaché à la sous-direction de la police judiciaire de la direction générale de la gendarmerie nationale, a été créé par le décret n° 2005-455 du 12 mai 2005. Son rôle est d'animer et de coordonner, au niveau national, les actions de police judiciaire relatives au travail illégal, d'observer "les comportements les plus caractéristiques des auteurs et complices", de centraliser les informations et d'assister les unités de gendarmerie, la police nationale et, plus globalement, les autres services de contrôle dans la lutte contre le travail illégal sur leur demande, sur celle du procureur de la République, ou d'initiative "si les circonstances l'exigent" (article 4 du décret).

¹³⁷ Problèmes de coordination persistants en dépit de la création en 1948 de la brigade nationale d'enquêtes économiques (BNEE), créée en 1948 et composée exclusivement de fonctionnaires de la DGI, chargés d'apporter une assistance à la police judiciaire dans les enquêtes qui requièrent l'expertise financière et fiscale des inspecteurs des impôts. Son siège est situé dans les locaux de la direction centrale de la police judiciaire à Nanterre, le reste de

en raison des problèmes de coordination et de transmission des informations entre la sphère fiscale, les sphères sociale et judiciaire.

L'éclatement de ces services de contrôle est, à n'en pas douter, un des facteurs de leur insuffisante efficacité dans la lutte contre le travail dissimulé. Le constat général des effets négatifs de cette dispersion des organes de contrôle a favorisé, en 1997 et en 2002, la mise en place des structures de coordination plus formalisées que sont les comités opérationnels de lutte contre le travail illégal (COLTI) et les groupements d'intervention régionaux (GIR).

Les COLTI, créés par un décret 1997, présidés par le procureur de la République, sont chargés de la coordination opérationnelle des acteurs de contrôle, et notamment de la programmation et de la coordination d'actions concertées entre les différents services concernés. Le renforcement du rôle des COLTI était un des axes prioritaires d'actions du plan national 2004-2005 : environ 18 % des opérations conduites en 2005 se sont déroulées dans le cadre des COLTI contre 14 % en 2004. En dehors de ces données quantitatives, le bilan qualitatif des actions menées par les COLTI reste inégal, très dépendant, selon les départements de l'implication du procureur et du secrétaire permanent¹³⁸. Lorsque ces deux acteurs sont engagés dans la lutte contre le travail dissimulé, le COLTI peut devenir un véritable lieu d'impulsion pour des actions communes. Mais certains départements n'ont même pas désigné de secrétaire permanent et les COLTI sont alors, au mieux, des structures d'enregistrement des procédures qui lui sont extérieures. L'absence de pilotage et de bilan national sur l'activité des COLTI accentue l'hétérogénéité de ce dispositif et la sous-utilisation de ses potentialités.

Pour combattre la délinquance entretenue par l'économie souterraine et tenter de coordonner en ce domaine les actions menées entre les services de police judiciaire et l'administration fiscale, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation pour la sécurité intérieure institue les groupements d'intervention régionaux (GIR). Les URSSAF ne sont pas membres en tant que telles des GIR, même si elles peuvent ponctuellement être associées à certaines de ses actions. Cette éviction prive ce nouveau dispositif d'un acteur important pour le traitement des infractions de travail illégal.

Nous ne nous livrerons pas ici à une analyse quantitative des actions menées par les GIR mais relèverons les critiques émises par le Conseil des prélèvements obligatoires. Pour le Conseil, la principale difficulté est liée aux différences d'approche et de procédures entre les services, dans la mesure où les modalités d'action de la police judiciaire diffèrent de celles des services fiscaux. Ces derniers, pour mettre en évidence une fraude, doivent laisser passer au moins une échéance déclarative, ce qui ne correspond pas à la définition de l'opportunité d'intervention pour les services de police judiciaire.

D'autres critiques de l'action et du bilan des GIR, dont la création a été accueillie avec de fortes réserves d'une partie du monde judiciaire, pourraient être développées, notamment sur la dépendance regrettable du ministère public envers l'administration représentée par le préfet de la République, le peu d'efficacité d'opérations "coups de poing", qui s'inscrivent plus, selon ses

ses effectifs se trouvant dans les services régionaux de la police judiciaire sous la forme de groupes régionaux d'enquêtes économiques (GREE).

¹³⁸ Le secrétaire permanent, chargé de la logistique, du suivi des actions judiciaires, de la communication des procès-verbaux aux organismes de recouvrement des cotisations sociales et du traitement statistique de la verbalisation du travail illégal, joue un rôle important au sein du COLTI. Mais le décret de 1997 ne précise pas quel service doit désigner ce responsable dont la mission, si elle se veut efficace, est assez lourde.

détracteurs, dans une politique publique d'affichage que dans une action efficace de police judiciaire, nécessitant investigations de longue haleine et interventions soigneusement préparées et judicieusement programmées. En matière d'infractions fiscales, toutes catégories confondues, au 30 juin 2003, l'action des GIR avait abouti à la constatation de 486 infractions dans ce domaine. Ces infractions ont donné lieu à l'engagement d'environ 200 contrôles fiscaux¹³⁹. En mars 2007, date du dépôt du rapport du Conseil des prélèvements obligatoires, seule une faible proportion de ces contrôles fiscaux avait donné lieu à des poursuites judiciaires. Ces résultats, de par leur faiblesse quantitative, témoignent à eux seuls du peu d'efficacité des GIR dans la lutte contre le travail dissimulé.

Ce survol rapide des services en charge du contrôle du travail dissimulé en France pose nécessairement la question de la cohérence des actions menées, alors même que les tentatives de coordination de ces services ne semblent pas avoir encore porté leurs fruits. A l'éclatement du dispositif normatif français¹⁴⁰, semble répondre en écho la dispersion des organes de contrôle, oeuvrant selon leur propre logique, souvent peu impliqués dans la lutte contre le travail illégal, peu ou mal coordonnés.

Le diagnostic posé en 2007 par le Conseil des prélèvements obligatoires sur le dispositif français de lutte contre le travail illégal est sévère. En dépit des efforts enregistrés, l'implication et l'efficacité des administrations en charge de la lutte contre le travail dissimulé restent insuffisantes et les outils de programmation et de contrôle doivent être repensés.

2°) Le malaise et les réticences de l'inspection du travail française

Au-delà de ce constat objectif du déficit de collaboration et coordination des organes de contrôle, il est important de tenter d'analyser ici le "malaise" de l'inspection du travail française, qui se pose actuellement en termes de "crise existentielle". Les réticences de cet organe de contrôle spécifiques à la lutte contre le travail dissimulé, telle que pensée et mise en oeuvre par les pouvoirs publics, ne sont pas à minorer dans la recherche des causes profondes du déficit d'implication de l'inspection du travail, de ses réticences, voire de son hostilité.

¹³⁹ Source : ministère de l'intérieur et de la sécurité intérieure et des libertés locales cité par Assemblée nationale, rapport d'information n° 1098 sur "*les groupes d'intervention régionaux*", présenté en 2004 par M. Le Fur.

¹⁴⁰ L'exemple de l'Espagne qui a créé un service unique de lutte contre le travail illégal constitue une des réponses originales apportées par un pays européen voisin. Le système de protection sociale espagnol est comparable à celui de la France, avec un financement assuré par les cotisations sociales et l'impôt et des prestations de sécurité sociale relativement satisfaisantes. Mais l'administration espagnole ne connaît pas la distinction française entre travail et affaires sociales et, dès 1939, les compétences de contrôle des cotisations sociales ont été confiées à l'Inspection du travail espagnole. L'inspection du travail et de la sécurité sociale issue de la loi de réforme de la fonction publique réunit les compétences des deux structures homologues françaises. Mais la fusion des deux services ne semble pas avoir généré des résultats probants. La mobilisation pour la lutte contre le travail illégal en Espagne est relativement récente et centrée sur l'immigration clandestine (sur 60,1 millions d'euros de redressements concernant l'emploi, 59,3 le sont pour l'emploi irrégulier d'étrangers). Bien que l'évaluation globale du travail illégal en Espagne n'ait pas été réalisée, ce phénomène représente, selon l'administration, un problème majeur et durable du pays.

Acteur fondamental du contrôle du respect des dispositions du code du travail en raison de l'étendue de ses prérogatives de police administrative étendues¹⁴¹, le service administratif de l'Inspection du travail française traverse une crise profonde dont les conséquences se répercutent sur son implication dans la lutte contre le travail illégal.

L'inspection du travail se caractérise par l'éclatement de ses services. Aux quatre cents inspecteurs du travail et de la main d'oeuvre proprement dits (qui interviennent dans le cadre des DDTEFP¹⁴²), s'ajoutent les inspecteurs du travail de l'emploi et de la protection sociale agricole (ITEPSA) et les inspecteurs du travail des transports.

Les Etats généraux de l'inspection du travail¹⁴³ qui se sont tenus les 21 et 22 mars 2006 ont permis de mesurer l'ampleur du désarroi de ce corps professionnel. Un constat partagé par tous est celui du sous-effectif chronique dont souffre l'inspection du travail, certaines entreprises ne

¹⁴¹ L'article L. 324-12 du code du travail dispose que : "Les infractions aux interdictions mentionnées à l'article L. 324-9 [travail dissimulé] sont recherchées par les officiers et agents de police judiciaire, les agents de la direction générale des impôts et de la direction générale des douanes, les agents agréés à cet effet et assermentés des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole, les inspecteurs du travail, les contrôleurs du travail et fonctionnaires de contrôle assimilés au sens de l'article L. 611-10, les officiers et les agents assermentés des affaires maritimes, les fonctionnaires des corps techniques de l'aviation civile commissionnés à cet effet et assermentés ainsi que les fonctionnaires ou agents de l'Etat chargés du contrôle des transports terrestres placés sous l'autorité du ministre chargé des transports, et constatées par ces agents au moyen des procès-verbaux transmis directement au parquet. Ces procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire. Pour la recherche et la constatation de ces infractions, les agents précités disposent des pouvoirs d'investigation accordés par les textes particuliers qui leur sont applicables. A l'occasion de la mise en oeuvre de ces pouvoirs, ils peuvent se faire présenter :

a) Les documents justifiant que l'immatriculation, les déclarations et les formalités mentionnées à l'article L. 324-10 ont été effectuées ainsi que ceux relatifs à l'autorisation d'exercice de la profession ou à l'agrément lorsqu'une disposition particulière l'a prévu ;

b) Les documents justifiant que l'entreprise s'est assurée, conformément aux dispositions des articles L. 324-14 ou L. 324-14-2, que son ou ses cocontractants se sont acquittés de leurs obligations au regard de l'article L. 324-10 ou, le cas échéant, des réglementations d'effet équivalent de leur pays d'origine ;

c) Les devis, les bons de commande ou de travaux, les factures et les contrats ou documents commerciaux relatifs aux prestations exécutées en violation des dispositions de l'article L. 324-9.

Les agents agréés susmentionnés des organismes de sécurité sociale et des caisses de mutualité sociale agricole et les agents de la direction générale des impôts sont en outre habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, toute personne rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature."

¹⁴² Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP). Au niveau départemental, l'inspection du travail s'organise en sections qui comprennent un inspecteur et deux contrôleurs du travail, agents pouvant procéder aux constatations mais ne disposant pas de l'ensemble des prérogatives des inspecteurs.

¹⁴³ Ces Etats Généraux, organisés à l'initiative des syndicats CFDT – CGT – SNU TEFF – SUD Travail / Affaires Sociales - UNSA, ont rassemblé, les 21 et 22 mars 2006, 800 participants, essentiellement inspecteurs, contrôleurs du travail, des transports et de l'agriculture, quelques directeurs adjoints et directeurs, la participation de syndicalistes et d'invités intervenants, avocats, magistrats, juristes, Ligue des droits de l'homme, médecins du travail, sociologues...

voyant d'agent de contrôle qu'une fois tous les dix ans. Les chiffres sont éloquentes : 417 inspecteurs du travail et un peu plus de 800 contrôleurs sont donc chargés de l'application du code du travail ainsi que des conventions et accords collectifs qui régissent la relation de travail d'environ 16 millions de salariés du secteur privé¹⁴⁴.

Un édifiant article de Bruno Labatut--Couairon, intitulé "*L'inspection du travail, une fin annoncée ?*" synthétise, au terme de l'année 2006, les causes de cette "crise existentielle". Ce responsable syndical¹⁴⁵ écrit : "Cette faiblesse des effectifs alliée à une culture politique ambiante tout à fait défavorable au droit du travail conduit à la multiplication des situations d'obstacle aux contrôles, d'incivilités voire de violence sur les agents dont l'assassinat de deux agents de contrôle en septembre 2004 en Dordogne a été la plus effroyable illustration. Les interventions, ces fameuses «influences extérieures indues» d'employeurs délinquants, mais néanmoins influents auprès du pouvoir, se multiplient pour tenter de se soustraire aux contrôles ou à leurs éventuelles conséquences. La violence des situations auxquelles les inspecteurs et contrôleurs du travail ont à faire face dans un contexte particulièrement hostile aux contrôles et contestant leur légitimité est actuellement vivement dénoncée par les organisations professionnelles et syndicales". Il ajoute : "Gérard Larcher, ministre délégué aux relations du travail, vient de lancer la «réforme et la modernisation» de l'inspection du travail. Dans un ministère qui ne contient même plus le mot «travail» dans son titre - puisqu'il est ministère de l'emploi et de la cohésion sociale -, on craint le pire quand on fait le constat permanent de toujours moins de droits pour les salariés, de la multiplication des contrats qui exonèrent les entreprises de cotisations sociales, et des pratiques administratives du Ministère sur les agents de contrôle de l'inspection du travail. Edifiante administration en charge de l'application du droit qui peine à les mettre en pratique en son propre sein et qui ne sait toujours pas donner sa place à l'inspection du travail."

Les inspecteurs du travail souffrent également de l'absence quasi totale de sensibilisation des magistrats de l'ordre judiciaire aux enjeux posés par le droit pénal du travail. L'importance du taux de classement sans suite des procès-verbaux en matière d'infractions à la législation sur le travail, qui peut atteindre 80 % dans certains parquets, le traitement de ces infractions par les procédures rapides ne sont pas sans poser la question de la crédibilité de l'inspection du travail¹⁴⁶. Le déficit de dialogue entre les inspecteurs du travail et les magistrats du parquet, méconnaissant ou minorant le contentieux lié au droit pénal du travail pour beaucoup d'entre eux, par principe ou manque de formation et de sensibilisation, participe du sentiment d'impuissance et de lassitude d'un corps professionnel, confronté à des tensions croissantes dans l'exercice de leur mission.

Une autre donnée, importante pour notre sujet, est celle de la contestation même par les inspecteurs du travail des soubassements des politiques publiques élaborées, voire de la définition qu'elles donnent de l'ordre public social. En ce qui concerne la lutte contre le travail illégal, les réticences de nombreux inspecteurs du travail, qui bénéficient d'une indépendance

¹⁴⁴ Le plan pluriannuel de modernisation et de développement de l'inspection du travail 2007-2010 prévoit la création de 700 nouveaux postes (240 inspecteurs et 420 contrôleurs) et l'amélioration du cursus de formation des contrôleurs du travail.

¹⁴⁵ Président de la CFTC Ministère du travail.

¹⁴⁶ B. Silhol, "*L'inspection du travail et le choix de l'action pénale* ", Droit social, 2000. no 11, pp. 959-963.

d'appréciation dans l'exercice de leurs fonctions de contrôle¹⁴⁷, jouent un rôle non négligeable. Ces professionnels dénoncent leur instrumentalisation, les dispositifs mis en place aboutissant principalement à la pénalisation, de fait, du salarié employé de façon dissimulée. Ils considèrent en outre que la mission de l'Inspection du travail est dévoyée en "traque" aux travailleurs immigrants clandestins, dans une confusion entretenue par les pouvoirs publics entre politique de l'immigration et lutte contre le travail illégal.

Ces réticences se sont concrétisées en juillet 2007 par le dépôt d'un recours formé devant le Conseil d'Etat par quatre syndicats¹⁴⁸ d'inspecteurs du travail (représentant 80 % des agents) à l'encontre du décret attribuant la compétence du "travail illégal des étrangers" au ministre de l'Immigration et de l'identité nationale du nouveau gouvernement¹⁴⁹. Pour ces organisations syndicales, "ce décret, en donnant compétence à ce nouveau ministre sur le "travail illégal des étrangers" crée une catégorie de délit qui n'est pas prévue par la loi". Les étrangers étant les seuls visés par le décret, les requérants dénoncent "une distinction par l'origine ethnique ou raciale", discriminatoire donc illégale." "De surcroît", soulignent les syndicalistes "en plaçant la direction générale du travail à disposition du ministère de l'Immigration, ce décret met de fait l'inspection du travail sous la subordination de ce même ministère"¹⁵⁰, abusant ainsi des pouvoirs d'investigation dans les entreprises soupçonnées d'employer des clandestins dont disposent les inspecteurs du travail¹⁵¹ (alors que la police judiciaire ne peut agir que sur autorisation des magistrats). De même, avait été vivement critiquée¹⁵² par les organisations syndicales d'inspecteurs du travail, la circulaire interministérielle du 27 février 2006 qui, sous prétexte de la lutte contre le travail illégal, invite les préfets de région à mettre en place des groupes d'intervention conjointe aux inspecteurs et contrôleurs du travail, aux services des impôts, des douanes, de l'URSSAF et aux forces de police pour détecter l'immigration clandestine, plus particulièrement dans les secteurs du BTP, de la restauration, de l'agriculture et

¹⁴⁷ Liberté d'appréciation des inspecteurs du travail quant à l'opportunité de choisir la voie pénale consacrée par l'article 17 de la convention n° 81 de l'Organisation internationale du travail (OIT) du 11 juillet 1947 relative à la définition des missions de l'inspection du travail: "Il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu d'intenter ou de recommander des poursuites" www.ilo.org/global/lang.

¹⁴⁸ CGT, CFDT, SNU-TEF et Sud -Travail.

¹⁴⁹ Brice Hortefeux.

¹⁵⁰ Libération, "*Les inspecteurs du travail contre Hortefeux*", 21 juillet 2007; Le Parisien, "*La lutte contre le travail clandestin s'intensifie*", 30 juillet 2007.

¹⁵¹ Les organisations syndicales ainsi mobilisées proposent aux associations de défense des étrangers de s'associer à leur recours et appellent à des actions communes à la rentrée 2007.

¹⁵² Julie Nardin, du syndicat CGT de la direction départementale du travail de Val-de-Marne: "On peut travailler, sans être déclaré et être français. Le travail au noir ne concerne en aucun cas une population spécifique. Il ne nous appartient pas de faire arrêter puis expulser des étrangers irréguliers. On assiste à un véritable glissement de nos objectifs. Dans l'Essonne, inspecteurs et contrôleurs du travail se sont élevés contre ce genre de pratiques en refusant de collaborer. Si la coopération entre différents services existait déjà dans le cadre des COLTI, ces opérations tendraient à se développer et à cibler des sites soupçonnés d'employer des travailleurs étrangers". L'Humanité, "*De la lutte contre le travail illégal à la traque aux clandestins*", 13 mars 2007.

du spectacle. Ce lien trop systématiquement fait, au niveau national comme sur le terrain, entre travail illégal et immigration clandestine, est désormais ouvertement dénoncé par les inspecteurs du travail, qui y voient un dévoiement de leur mission fondamentale, celle de la protection des droits des travailleurs.

Ce débat s'inscrit dans une problématique beaucoup plus large qui concerne la majorité des politiques publiques nationales des pays européens et des autorités européennes. Cette politique du "bouc émissaire" qu'est le travailleur immigré clandestin se décline en effet dans les programmes nationaux comme communautaire et fera l'objet d'une analyse spécifique ultérieure.

Nous ne saurions prétendre à l'exhaustivité dans cette partie consacrée à l'exemple français. Sans doute aurions-nous dû nous arrêter également sur la faiblesse du syndicalisme en France et sur la mise à l'écart des analyses et propositions souvent fort pertinentes des partenaires sociaux. Ces derniers dénoncent pourtant régulièrement l'ampleur et les nouvelles formes de l'économie informelle et l'aggravation de la situation du fait, notamment, des stratégies de l'emploi adoptées par les pouvoirs publics français¹⁵³ ou communautaires. Les carences du dialogue social¹⁵⁴ constituent, à l'évidence, une des caractéristiques de nombreux pays membres de l'Union élargie. Elles contribuent à l'incapacité européenne actuelle de définir le modèle social que l'Europe entend désormais promouvoir.

Cet inventaire des causes de la faillite de la stratégie de lutte contre le travail illégal, causes "révélées", recensées par les divers rapports et documents officiels ou institutionnels, ne saurait faire l'économie d'une analyse élargie aux autres pays européens.

Section II Les carences et incohérences des dispositifs européens

La lecture de la documentation officielle consacrée au travail illégal dans les pays européens permet d'identifier quelques-unes des causes diverses de l'échec actuel de dispositifs fort variables, hétéroclites (**paragraphe 1**).

D'un point de vue normatif, il est intéressant d'étudier ce que nous pourrions appeler les divergences des politiques publiques mises en oeuvre et la place, fort variable au demeurant, du droit pénal du travail dans l'arsenal des réponses normatives adoptées dans les différents pays de l'espace européen (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Des causes contemporaines de l'échec de la lutte contre le travail illégal dans les pays européens et en Europe

Des mauvaises pratiques préjudiciables à l'efficacité de la lutte contre le travail illégal à l'insuffisance de la coopération européenne, les rapports successivement établis dressent la liste

¹⁵³ Par exemple, voir les propositions de la CGT sur "*Le travail illégal - Droits à faire respecter*" - 2006, www.cgt.fr

¹⁵⁴ D. Vaughan-Whitehead, "*L'Europe à 25 - Un défi social*", déjà cité.

des carences explicatives, en partie, de la faillite de dispositifs nationaux de lutte contre le travail illégal.

A. De “mauvaises pratiques”

Les rapports, réalisés en 2001 et 2004¹⁵⁵ à la demande de la Commission européenne, dénoncent les approches unilatérales, les maladroites de communication, la “fixation” de cibles, le surcroît de bureaucratie et le découragement des initiatives nouvelles comme autant d’“options politiques” à éviter dans les stratégies de lutte contre le travail illégal.

Pour les auteurs du rapport européen 2001, il est inutile “de se contenter de renforcer les sanctions, de libéraliser le marché du travail ou de modifier sa réglementation”, cette approche unilatérale négligeant l’inter-influence des causes du travail dissimulé. La stratégie de lutte élaborée doit répondre à la multiplicité et à l’interconnexion des facteurs de développement du secteur informel. Ainsi, la majorité des nouveaux Etats membres de l’Union et pays candidats des PECO ont par exemple ciblé leur dispositif sur les travailleurs non déclarés au détriment des travailleurs “sous-déclarés”.

Dans les campagnes de sensibilisation sur les méfaits du travail illégal, les pouvoirs publics doivent veiller à éviter de souligner l’importance de la proportion de personnes effectuant du travail dissimulé. Cette stratégie de communication peut avoir, selon le rapport, un effet inverse, les gens étant ainsi renforcés dans leur volonté de banalisation du phénomène (“Si tout le monde le fait, pourquoi pas moi?”).

Plus généralement, l’élément clef de toute stratégie de lutte contre le travail illégal est la restauration dans les anciens Etats membres comme dans les nouveaux, de la confiance dans le gouvernement et ses institutions. Ce renforcement, pour les experts européens, doit passer par des efforts poursuivis à long terme de nature à modifier les comportements et à accroître la confiance de la communauté dans les institutions publiques. Le changement des attitudes constitue en effet une donnée fondamentale dans le succès des dispositifs de lutte contre le travail non déclaré¹⁵⁶.

Une politique publique, par détermination de cibles et fixation d’objectifs de résultats, tels que le nombre de cas de fraude à identifier en un an, est contre-productive selon les rapports dressés. Une telle politique du chiffre, inefficace à long terme, aboutit en effet à concentrer les efforts des services de contrôle sur les cas les plus faciles, en réduisant le temps investi dans l’identification des cas les plus difficiles donc probablement les plus structurels.

Surréglementation et bureaucratie sont des causes importantes du travail dissimulé, selon les auteurs des rapports européens successifs qui les dénoncent (règles d’enregistrement et de comptabilités compliquées, système d’autorisation coûteux, procédures de douanes compliquées)

¹⁵⁵ S. Mateman, P. Renoy, “*Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour*” 2001 ; Employment and European Social Fund, “*Undeclared work in an enlarged Union - An analysis of undeclared work : an in-depth study of specific items*” 2004, op. cité..

¹⁵⁶ Il est intéressant de relever ici l’absence, en France, de toute campagne nationale de sensibilisation sur les aspects et les méfaits du travail “au noir”, contrairement à d’autres sujets sensibles de politique criminelle que sont, par exemple, les infractions routières ou les violences conjugales.

et prônent une déréglementation adéquate.

La “focalisation” sur les contrôles et sanctions est enfin inefficace si de telles mesures ne s’accompagnent pas d’une politique publique incitative à destination des nouvelles entreprises et initiatives dans les pays européens.

B. Une coopération européenne balbutiante

En matière de cotisations sociales et de travail dissimulé, le Conseil des prélèvements obligatoires français¹⁵⁷ déplore en 2007 le caractère embryonnaire de la coopération européenne, rejoignant en cela les constats faits au niveau européen. Lorsqu’elles acquièrent une dimension internationale, les infractions ne peuvent être détectées qu’avec le concours des Etats étrangers concernés. Jusqu’à la suppression des frontières en 1993, dans le cadre de la mise en place du marché intérieur, les Etats étaient relativement à même de suivre et contrôler les flux, notamment de travailleurs et de marchandises. Avec le marché unique européen, les organismes publics ne disposent plus directement de ces informations et doivent les obtenir auprès des Etats concernés. En outre, si la nécessité de la définition d’une politique européenne commune s’impose, la situation n’a guère progressé.

Des efforts de coopération et d’harmonisation sont enregistrés au niveau européen mais restent encore insuffisants. La directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996, relative au détachement de travailleurs dans le cadre d’une prestation des services, prévoit une coopération et un échange d’informations pour la surveillance des conditions de travail et d’emploi prévues dans la directive. Un bureau de liaison a été créé dans chaque pays pour répondre aux besoins éventuels des services de contrôle¹⁵⁸. Une des lignes directrices adoptées en 2003 dans le cadre de la stratégie pour l’emploi tend à “transformer le travail dissimulé en emploi régulier”. Aux termes de cette directive, les Etats s’engagent à mettre en oeuvre des actions de nature à éliminer le travail dissimulé, notamment par des mesures de simplification, d’incitation fiscale et d’amélioration de la politique de contrôles et des sanctions. Une résolution adoptée en octobre 2003 par le Conseil européen s’inscrit dans cet effort d’harmonisation¹⁵⁹. Parallèlement, la Commission a financé, en 2004, dans le cadre d’un programme “d’apprentissage réciproque” un espace d’échanges de bonnes pratiques dans lequel se retrouvent des représentants à haut niveau des administrations centrales de cinq pays européens, l’Italie, l’Allemagne, la Belgique, la Roumanie et la France.

Mais la mise en oeuvre de ce cadre législatif et opérationnel européen de lutte contre le travail dissimulé se heurte à de sérieuses difficultés. La Commission européenne, dans un rapport d’avril 2006¹⁶⁰, déplore ainsi, dans le domaine primordial du détachement de travailleurs, le fait

¹⁵⁷ Conseil des prélèvements obligatoires, Rapport “*La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*”, op. cité.

¹⁵⁸ En France, la DILTI est chargée de cette mission.

¹⁵⁹ Conseil de l’Union européenne, « *Résolution du Conseil relative à la transformation du travail non déclaré en emploi régulier* », 2003/C 260/01.

¹⁶⁰ Commission européenne, « *Rapport sur la mise en oeuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d’une prestation des services* », avril 2006.

que “si plusieurs Etats membres font des efforts considérables pour atteindre cet objectif, force est de constater que d’autres doivent se donner plus de peine pour respecter non seulement la lettre de l’article 4 [de la directive 96/71/CE], mais également son esprit.”

En pratique, le détachement des travailleurs, dont nous avons déjà analysé l’ampleur et le développement en matière de travail dissimulé, pose des difficultés non résolues, liées à son caractère temporaire et à la confrontation de systèmes juridiques différents. Outre la question de la faisabilité des contrôles déjà invoqués, les services compétents se heurtent à des problèmes de traduction des documents rédigés dans la langue d’origine du travailleur. De plus, l’application des règles de la directive, et notamment celles relatives à l’existence d’une législation équivalente dans le pays d’origine, complique encore le contrôle. En effet, les services de contrôle doivent vérifier le respect, ou non, par l’entreprise de la législation en vigueur dans le pays d’établissement. Il leur revient donc la tâche complexe d’analyser les différentes législations internes et d’apprécier leur équivalence en droit interne.

Plus largement, le bilan global de la mise en oeuvre des tentatives européennes de coopération entre les divers Etats membres est alarmante : effectifs insuffisants des bureaux de liaison, faiblesse des demandes d’information, délais de réponse très longs...

Cet inventaire premier des causes de la faillite des dispositifs nationaux et communautaire de lutte contre le travail illégal renvoie à une interrogation de fond liée à la variété et à la dispersion des dispositifs normatifs déployés dans les différents pays européens.

Paragraphe 2. Des dispositifs normatifs hétéroclites

Le premier constat qui s’impose à l’observateur des dispositifs normatifs mis en place dans les pays européens pour assurer la protection des droits des travailleurs est celui de leur extraordinaire diversité. Le droit pénal du travail, sous-ensemble du droit pénal des affaires se décline, en tant que mode de réponse normatif, de façon fort hétéroclite dans les systèmes juridiques européens¹⁶¹ d’où l’extrême complexité de la recherche d’une réponse uniformisée ou pour le moins harmonisée.

Certes, il est tout à fait possible d’identifier les biens juridiques communs aux différents droits pénaux des pays européens. Les infractions considérées comme les plus graves, celles relatives aux atteintes à la vie et à la santé des travailleurs, sont généralement sanctionnées par des infractions de mise en danger spécifiques. Un deuxième ensemble est constitué par des biens juridiques de caractère personnel pouvant être compromis dans les relations de travail, comme l’intimité, la liberté sexuelle, la dignité ou la dignité. Un troisième regroupe les infractions aux droits collectifs tels que le droit de grève, la liberté syndicale ou le droit de représentation des travailleurs dans l’entreprise. Le quatrième ensemble, le plus hétéroclite, inclut les dispositions normatives relatives à la protection des droits sociaux fondamentaux du travailleur. Le cinquième et dernier tend à la sauvegarde et à la régulation du marché de l’emploi, tels que les corpus législatifs relatifs au travail dissimulé, au trafic illicite de main d’oeuvre ou encore à l’immigration ou emploi illégal de main d’oeuvre étrangère. Mais ces grandes tendances consensuelles identifiées, les divergences de fond et de forme quant au mode de réponse normatif à mettre en place apparaissent.

¹⁶¹ L’ordre juridique anglais, qui ne connaît pas de droit pénal du travail, est une exception dans le paysage des ordres juridiques de l’Europe des Quinze.

L'analyse des différences voire divergences existant entre les politiques criminelles élaborées pour garantir le respect des droits des travailleurs aurait certes pu faire l'objet, dans la présente étude, d'un examen préalable au bilan et à la critique développés sur les stratégies de lutte contre le travail dissimulé. Mais nous n'en sommes plus, historiquement parlant, au temps d'un tel débat, dans l'espace européen. En effet, s'il est intéressant de rappeler ici les divergences normatives existant dans les dispositifs de protection de l'ordre public social et la place attribuée au droit pénal dans ces politiques criminelles, une telle étude comparative ne nous intéresse que dans la mesure où elle nous permet d'affirmer la nécessité d'un recours au droit pénal dans la lutte contre le travail illégal. Mais cette réponse pénale, faute d'harmonisation, d'effectivité et d'inventivité trouve rapidement ses limites comme nous nous attacherons à le démontrer à travers cette approche de droit comparé et par une analyse plus spécifique de l'exemple français. La mauvaise ou la non-application de la sanction pénale annule le bien-fondé d'un tel dispositif et participe de la faillite de la politique criminelle dans laquelle elle s'inscrit.

A. Des dispositifs normatifs européens hétéroclites

La politique pénale n'est qu'une des composantes d'une politique criminelle, stratégie globale répondant aux situations de délinquance ou troublant l'ordre social¹⁶². Le droit pénal du travail, notion historiquement mouvante dans les systèmes juridiques européens, ne constitue pas la seule réponse aux comportements et situations portant atteinte aux droits et intérêts des travailleurs¹⁶³. D'autres mécanismes "extra-pénaux", civils, administratifs ou spécifiques au droit du travail peuvent coexister avec des variantes.

Ainsi, certains dispositifs privilégient les sanctions civiles incorporant des aspects punitifs à l'instar des réponses existant en droit allemand ou en droit anglais en matière de discrimination ou encore des indemnisations prévues en droit espagnol sanctionnant les licenciements nuls.

Une seconde option est l'utilisation de mécanismes coercitifs de caractère pénal ou quasi pénal afin de favoriser une rapide exécution des décisions judiciaires telles que les injonctions ou astreintes françaises ou les *Zwangsstrafe* allemandes.

Mais un droit pénal du travail autonome s'est également développé dans le cadre de deux schémas possibles. Dans le premier système, l'administration s'auto-régule, comme en Allemagne avec "les conseils des requérants" de la République de Weimar ou la *Betriebsverfassungsgesetz* et l'institution de la co-décision actuels. Le second système privilégie une intervention de l'administration renforcée par des inspections. La France et l'Espagne le combinent à des sanctions pénales ou administratives répressives.

Une autre classification permet de distinguer les variantes du droit pénal du travail selon le degré d'imbrication existant entre les normes sociales et la législation pénale. En Italie, en France et dans une moindre mesure en Allemagne, le droit répressif du travail est ainsi conçu comme un droit pénal spécial ou accessoire, destiné à renforcer, par la mise en place de sanctions pénales ou administratives, la protection des droits des travailleurs. En pratique, ces dispositions se

¹⁶² C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, 2000, 141 p.

¹⁶³ Nous reprenons ici l'étude de droit pénal comparé menée sur le droit pénal du travail en Italie, Angleterre, Espagne, France et Allemagne in *Droit pénal des affaires en Europe*, ss dir. G. Giudicelli-Delage déjà cité, p. 400 à 405.

retrouvent donc dans le code du travail¹⁶⁴ ou dans le corpus de la législation sociale, en l'absence de codification. Cela n'exclut pas la coexistence de telles normes avec des dispositions incluses dans un code pénal, comme les atteintes à la santé et à la vie du travailleur en Allemagne, ou encore les conditions de travail extrêmement défavorables en France.

Un autre modèle peut être adopté, comme en Espagne où les textes pénaux sont exclusivement contenus dans le code pénal, selon une classification correspondant aux biens juridiques concernés. Cette particularité espagnole se retrouve dans le domaine des sanctions administratives concernant le droit du travail, regroupées et systématisées dans une loi relative aux infractions et sanctions contre l'ordre social (*Ley de infracciones y sanciones del orden social, LISOS*)¹⁶⁵.

Le droit anglais se distingue par son particularisme car le droit pénal du travail n'est pas élaboré en tant que tel et que la distinction fondamentale ne se situe pas entre le code et les législations non codifiées mais entre la *statute law* et la *common law*.

En ce qui concerne le travail dissimulé proprement dit, nous avons déjà évoqué, dans un premier chapitre, la "mosaïque de réponses nationales", variant dans la définition même du concept et dans sa classification juridique¹⁶⁶.

Le propos de cette sommaire présentation de la diversité des ordres juridiques des pays européens est d'illustrer l'extrême difficulté pour le législateur européen à définir une stratégie globale dans le domaine de la lutte contre le travail dissimulé, respectueuse de ces spécificités mais soucieuse de les "mettre en musique" pour améliorer le dispositif européen existant. La question se pose alors de la nécessité ou de l'opportunité d'unifier ou d'harmoniser ces dispositifs afin d'assurer une plus grande cohérence à la réponse européenne. S'il est aisé d'identifier, parmi les freins posés à l'efficacité de la politique sociale européenne, le désordre voire les désaccords conceptuels révélés par la mosaïque des dispositifs normatifs dans les pays européens, il est infiniment plus complexe de définir une politique criminelle qui résout les différends persistants et concilie ces différences.

Hormis cette problématique spécifiquement européenne, nous ne pouvons faire l'économie de l'analyse des causes éventuelles de l'échec d'un dispositif pénal, lorsque celui-ci est non appliqué ou mis en oeuvre de façon lacunaire ou peu diversifiée. L'exemple de la répression pénale en France du travail dissimulé permet d'illustrer cette réflexion sur l'opportunité d'une réponse pénale et sur les conditions nécessaires à son efficacité.

B. Du rôle assigné au droit pénal du travail et des conditions de son efficacité

Par le biais de la critique de la politique pénale française relative au travail dissimulé peuvent être identifiées les limites du recours au droit pénal du travail, positif dans son principe mais

¹⁶⁴ C'est le cas du travail dissimulé en France, dont l'incrimination et les sanctions pénales figurent dans le code du travail, cf supra.

¹⁶⁵ Une telle méthode a l'avantage de contribuer à l'accessibilité et à la lisibilité de la loi, en minorant les inconvénients liés à l'usage et l'abus de la technique du renvoi, chère, notamment, au législateur français.

¹⁶⁶ Cf paragraphe 2, section II du chapitre premier.

défaillant lorsqu'il est peu appliqué ou mal appliqué par les juridictions répressives.

Incriminer le travail dissimulé, comme cela est le cas en France, renvoie nécessairement au débat de fond sur la place et l'intérêt du droit pénal dans le droit du travail. Le droit pénal du travail joue actuellement un rôle important dans la protection des droits des travailleurs en ce qu'il affirme et consacre l'importance accordée par l'Etat au respect de ces droits.

Outre la fonction expressive que la loi pénale remplit et la traditionnelle dimension répressive qu'elle assure (sur laquelle nous reviendrons), la fonction pédagogique d'un tel dispositif normatif n'est pas à négliger. Le travail dissimulé est révélateur de l'extraordinaire banalisation dans les esprits de ce type de comportements qui est souvent perçu comme anodin dans ses conséquences socio-économiques. Rares sont les "infracteurs du quotidien" qui se perçoivent comme des délinquants, notamment en matière de sous-déclaration d'activités¹⁶⁷. La pénalisation du recours au secteur informel doit permettre à chacun d'appréhender les conséquences de son comportement contraire à l'ordre social.

La loi pénale ne remplira toutefois cette fonction pédagogique que si elle est relayée et explicitée par des campagnes d'information et de sensibilisation sur les conséquences, à long terme, collectives comme individuelles, du travail dissimulé. La spécificité de cet interdit pénal est, en France tout au moins, que sa transgression généralisée ne procède pas d'une ignorance de la loi mais d'une intention délibérée de la transgresser¹⁶⁸. Une telle stratégie d'information permettrait d'expliquer en quoi le travail dissimulé, y compris dans ses manifestations considérées comme anodines et non préjudiciables aux droits des salariés (comme la sous-déclaration des heures effectivement réalisées ou la fraude aux ASSEDIC) compromet en réalité le financement d'un système global de sécurité sociale, les acquis sociaux tels que la retraite ou la couverture des soins de santé. En outre, les droits individuels des travailleurs sont gravement mis en péril, de façon insidieuse. Ainsi, le non-paiement des heures effectivement réalisées ou leur paiement sous forme de primes ou indemnités permet à l'employeur d'éluder les règles protectrices édictées en matière de santé et de sécurité du travailleur, telles que celles relatives au repos compensateur, les durées maximales de temps de travail, les congés payés¹⁶⁹. De même, le salarié qui reçoit son bulletin de salaire mais dont l'employeur ne cotise pas à l'URSSAF, et se retrouve ainsi privé (ou amputé) de ses droits en matière de retraite, d'accidents du travail ou de

¹⁶⁷ Il suffit pour s'en convaincre de regarder les reportages télévisés consacrés par exemple durant l'été 2007 au travail "au noir" dans le secteur de la restauration dans le sud de la France, où l'employeur, flouté mais débordant de bonne conscience explique que "tout le monde est gagnant, employeur comme salarié [dont les heures sont sous-déclarées]" ou encore de discuter du sujet avec un intellectuel, juriste, enseignant en droit...du travail, sur le paiement occulte des prestations réalisées dans sa résidence secondaire par une petite entreprise artisanale locale.

¹⁶⁸ Cf l'analyse d'A. Romiti, secrétaire de la fédération CGT commerce qui décrit cette volonté de frauder, de la part de trois types d'employeurs, ceux "qui ne déclarent pas leurs salariés, ceux qui ne payent pas ou ne déclarent pas les heures supplémentaires et ceux qui utilisent les travailleurs clandestins, comme à Buffalo Grill." et celle de S. Fustec, du même syndicat, qui s'indigne : "Les salariés ne profitent pas de ce système. La fraude profite aux employeurs. Il n'y a pas de torts partagés.", L'Humanité, 14 août 2007.

¹⁶⁹ C'est ainsi que la Cour de cassation française considère et affirme, aux termes d'une jurisprudence constante, que les règles relatives aux heures supplémentaires, qui relèvent de "l'ordre public de protection" des salariés, prohibent le paiement des heures supplémentaires sous forme de primes (Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 98-44.269 : Bull. civ. 2001, V, n° 320, p. 257 ; Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43.685, 02-43.686, 02-43.687, 02-43.688, 02-43.689, 02-43.690 : Bull. 2004, V, n° 171, p. 161.)

maladies professionnelles¹⁷⁰. Ce travail d'information est une des composantes essentielles d'une politique criminelle qui entend sauvegarder un ordre public social, dans un contexte économique de régression de la protection des droits individuels et collectifs des travailleurs.

Mais la réponse pénale, pour être efficace et équitable, doit nécessairement restée individualisée, personnalisée et proportionnée. Une politique pénale de "tolérance zéro" s'avérerait, dans le domaine de la lutte contre le travail dissimulé comme en toute matière, dangereuse et improductive, aggravant un sentiment d'incompréhension par la société de la pertinence de la règle de droit. L'artisan qui recourt pour ses salariés à la sous-déclaration d'heures de travail tout en respectant les règles d'hygiène et de sécurité, ne peut effectivement être assimilé à une entreprise qui exploite des travailleurs clandestins dans des conditions indignes de travail et de précarité. La politique pénale de chaque parquet et de chaque tribunal est ainsi en jeu. Démontrer, par une pratique volontariste d'enquête, de coordination des services de contrôle, par le choix des affaires faisant l'objet de poursuites, l'intérêt porté par la justice pénale est le corollaire indispensable au choix de sanctions individualisées et inventives, donc efficaces¹⁷¹.

Or, en France, l'application par les juridictions répressives du droit pénal du travail se distingue malheureusement par son caractère marginal et peu inventif. Les analyses récurrentes faites sur les sanctions pénales dans ce domaine¹⁷² ne font que confirmer, au fil du temps et jusqu'à aujourd'hui, la "déshérence" par les juridictions de ce type de contentieux. Outre un "chiffre noir" particulièrement important, la déperdition existant entre le nombre des procès-verbaux dressés et celui des condamnations prononcées et le faible nombre de celles-ci en comparaison des condamnations prononcées annuellement par les juridictions correctionnelles caractérisent une application judiciaire minimaliste du droit pénal du travail.

Les derniers chiffres clés de la justice publiés en 2006 par le ministère de la Justice¹⁷³ illustre de façon éloquente ce constat récurrent. Ainsi, durant l'année 2005, 4 008 condamnations ont été prononcées par les tribunaux correctionnels pour travail illégal pour 445 110 condamnations au total. En matière économique et sociale, le travail dissimulé représente le type d'infractions ayant donné lieu au nombre le plus important de condamnations (2 777 condamnations pour chèques, soit un total de 14 022 condamnations pour cette matière). Mais il ne constitue qu'une infime partie des condamnations prononcées par les juridictions répressives françaises, confirmant en 2005 les tendances des dix années précédentes.

Mais la critique de la réponse pénale apportée en France aux infractions à la législation du travail ne doit pas se limiter à cette seule approche quantitative. Le choix des personnes poursuivies,

¹⁷⁰ S. Foulon, "*Travailleur au noir sans le savoir*", Liaisons sociales magazine, février 2005.

¹⁷¹ Le spectacle des audiences correctionnelles dans la région parisienne, en matière de droit pénal du travail, souvent encombrées d'affaires mineures, impliquant de petits employeurs parfois désemparés témoigne de choix de politiques pénales inadaptées, mal vécues par les justiciables ou par les magistrats eux-même.

¹⁷² C. Lazerges, "*La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction en droit pénal du travail*" cette Revue, 1992, 493 ; E. Serverin, "*L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal*", Droit social, 1994, 654 ; A. Coeuret, E. Fortis, "*La place du droit pénal dans le droit du travail*", Revue de science criminelle, 2000, p. 25.

¹⁷³ Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la justice* - octobre 2006.

l'absence d'inventivité du législateur et du juge pénal quant aux sanctions applicables et appliquées sont autant de causes explicatives de la relative faillite de la politique pénale française en matière d'infractions à la législation du travail.

En ce qui concerne le choix des acteurs sociaux poursuivis en matière d'infractions à la législation sociale, et plus particulièrement pour travail dissimulé, le constat de la faiblesse du nombre des condamnations des personnes morales s'impose. Ainsi, il résulte du rapport établi par le ministère de la justice, que, de 1994, (date de l'introduction avec la réforme du code pénal français, du principe de la responsabilité pénale des personnes morales), à 2002 ¹⁷⁴, seulement 1442 condamnations ont été prononcées à l'encontre de personnes morales. "Le plus souvent", précise le rapport ministériel, "les personnes morales commettent des délits. Parmi ces derniers, le délit le plus souvent sanctionné est le travail illégal (34 %), viennent ensuite les blessures (15 %) et les homicides involontaires (7,5 %). Les infractions aux législations économiques (concurrence et prix) occupent également une place importante (15 %). Enfin viennent les atteintes à l'environnement avec 8 % des condamnations".

De telles données témoignent de la frilosité d'une justice pénale qui peine à rechercher, identifier et sanctionner pénalement les personnes morales, alors même que le recours au travail dissimulé relève souvent d'une stratégie d'entreprise, que les dirigeants de la personne morale mettent en place "pour le compte" de cette dernière. Des poursuites pénales recentrées sur les personnes morales correspondraient, dans bien des cas, à une réalité économique et permettraient de mieux répondre à cette forme importante de la "criminalité d'entreprise" qu'est le travail illégal.

Un autre constat négatif est celui du déficit d'inventivité des juridictions répressives dans le choix de la sanction pénale¹⁷⁵. Pour les personnes physiques, la sanction majoritairement prononcée est l'amende, la peine d'emprisonnement, bien que relativement peu utilisée, étant réservée aux infractions de travail dissimulé¹⁷⁶ et d'emploi irrégulier de main d'oeuvre étrangère. Seule, la peine d'affichage ou de publication de la décision vient diversifier ce dispositif pénal restreint.

Pour les personnes morales, si l'on s'en réfère aux statistiques du ministère de la justice 1992-2002, les tribunaux prononcent une seule peine dans 85 % des cas, le plus souvent une amende ferme (91,8 %) dont la moyenne avoisine les 8 000 euros. Le travail illégal et les infractions à la concurrence et aux prix sont sanctionnés par des amendes dont la moyenne est de 5 000 euros et la moitié des amendes prononcées pour ces infractions ne dépassant pas le montant moyen de 3 000 euros (en ce qui concerne l'homicide involontaire, la moitié des condamnations se situe en

¹⁷⁴ Ministère de la justice, « *Rapport sur la responsabilité pénale des personnes morales* », INFOSTAT JUSTICE, 13 juin 2005.

¹⁷⁵ A. Coeuret, E. Fortis, "*La place du droit pénal dans le droit du travail*", déjà cité.

¹⁷⁶ Le tribunal correctionnel de Brest a condamné, en juillet 2007, un employeur, dirigeant d'une entreprise dans le secteur du bâtiment, à dix-huit mois d'emprisonnement ferme pour travail dissimulé et emploi de travailleurs sans titre. Cette sanction, sévère et exceptionnelle par son *quantum*, a soulevé l'émotion chez les entrepreneurs dans le domaine du bâtiment.

dessous de 7 000 euros, la moyenne totale étant de 15 000 euros).¹⁷⁷

Le législateur lui-même devrait enrichir la palette des modalités de la décision pénale, notamment avec l'ajournement de peine avec condition et la dispense de peine. L'ajournement simple avec injonction¹⁷⁸ ou mise à l'épreuve¹⁷⁹, qui intervient suite au prononcé de la culpabilité, mais au terme d'une période d'attente, peut en effet utilement favoriser la régularisation d'une situation¹⁸⁰, sans recourir à la répression ou en la minorant, en fonction des spécificités de l'affaire. De même la dispense de peine, qui peut intervenir lorsque le reclassement de l'infracteur est acquis, le dommage causé réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé, pourrait constituer une mesure incitative à la régularisation des situations illégales. Mais de tels modes de personnalisation des peines n'ont pas été prévus par le législateur pour le travail dissimulé dont les sanctions sont prévues dans une législation spéciale.

En dehors de toute intervention législative, en ce qui concerne plus précisément les sanctions prononcées, l'efficacité de l'amende pénale, dont les montants sont souvent fort modérés, peut être discutée. Le coût d'une telle réponse est généralement intégré par les entreprises qui préfèrent s'acquitter de telles amendes, en espérant y échapper eu égard au peu de poursuites engagées, comme cela est le cas également en matière d'hygiène et de sécurité ou d'environnement. Il est regrettable, là encore, qu'une politique plus active de mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales ne soit pas à l'oeuvre dans la majorité des parquets français et que les amendes pénales prononcées ne soient pas aggravées dans des proportions significatives.

L'utilisation plus fréquente de peines complémentaires favoriserait en outre la diversification de la réponse pénale, à l'égard des personnes physiques comme morales. C'est ainsi que la confiscation des objets ayant servi à la commission de l'infraction ou ceux qui en sont le produit ou la fermeture provisoire d'établissement, l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, l'exclusion des marchés publics prévues au titre des peines complémentaires par le code du travail et applicables aux personnes physiques¹⁸¹ pourraient s'avérer particulièrement adaptées à ce type de délinquance. De même, les peines complémentaires telles que la dissolution (pour les cas les plus graves), l'interdiction provisoire ou définitive d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture définitive ou provisoire d'un établissement de l'entreprise, l'exclusion temporaire ou définitive des marchés publics, la confiscation, l'affichage de la décision judiciaire, prévues par le code du travail pour sanctionner les personnes morales coupables de

¹⁷⁷ .La répartition géographique des condamnations révèle que plus de la moitié sont prononcée en Ile-de-France. Et plus de huit condamnations sur dix pour travail illégal sont prononcées en Ile-de-France alors que dans les infractions liées à l'environnement, l'Ile-de-France n'apparaît que très peu (11,2 %).

¹⁷⁸ Articles 132-58 à 132-70 du code pénal français.

¹⁷⁹ Article 132-63 du même code.

¹⁸⁰ Or, l'article L. 152-1-2 du code du travail français ne permet l'ajournement qu'en matière de discrimination.

¹⁸¹ Article L. 362-4 du code du travail français, applicable aux personnes physiques.-

travail dissimulé¹⁸² constituent une palette de réponses pénales diversifiée. Pourtant les juridictions répressives ne les utilisent pas ou peu comme le démontrent les données recueillies (cf supra).

Enfin, le recours à des peines alternatives telles que le travail d'intérêt général¹⁸³, avec des tâches effectuées au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée à mettre en oeuvre des T.I.G (construction de logement sociaux, participation aux activités d'une association de défense du droit des étrangers...) pourrait favoriser une prise de conscience et une meilleure appréhension des conséquences socio-économiques du travail illégal.

Comme nous l'avons déjà indiqué, une meilleure formation des magistrats, des O.P.J, leur sensibilisation au droit pénal du travail et à son importance, dès leur formation initiale et dans le cadre de leur formation continue, compléterait ce dispositif répressif revisité.

En conclusion, les difficultés liées à l'harmonisation, au niveau européen, des dispositifs normatifs, la pénible émergence du droit pénal du travail, l'absence d'implication, le désintérêt ou le conformisme des magistrats appelés à le mettre en oeuvre sont autant de facteurs compromettant le succès des politiques publiques et criminelles de lutte contre le travail illégal.

Mais la présente étude des causes de la faillite actuelle des dispositifs communautaire et nationaux de lutte contre le travail illégal ne saurait faire l'économie des causes "indicibles" de ce constat, non recensées par les documents ou rapports officiels, celles que nous pouvons identifier, ou tenter d'identifier, dans une approche plus attentive et critique des informations rassemblées sur le sujet.

Chapitre 2 - Les causes indicibles de la faillite de la lutte contre le travail non déclaré

Actuellement, les travailleurs, dans ce que nous nommerons l'espace européen, se trouvent confrontés à un processus de libéralisation et de globalisation. "Le niveau de protection réel accordé par l'ordonnancement juridique de ces travailleurs et leur situation inégalitaire d'un point de vue matériel peuvent être comparés à celles du travailleur à l'aube de la révolution industrielle."¹⁸⁴

Le travail dissimulé est un des champs révélateurs de ces mutations et tensions prédominant dans le choix de valeurs princeps et, plus spécifiquement, dans la redéfinition actuelle d'un "modèle social européen", dont l'idéal est largement compromis par la conception néolibérale du marché de l'emploi.

Une première hypothèse de travail que nous poserons dans la présente réflexion est que la faillite

¹⁸² Article L. 326-9 du code du travail renvoyant à l'article 131-39 du code pénal.

¹⁸³ .

¹⁸⁴ Le verdict est posé dans la remarquable présentation socio-historique du droit pénal du travail in *Le droit pénal des affaires en Europe*, déjà cité, p. 398 à 405..

permanente des dispositifs nationaux comme communautaire, définis ou en cours d'élaboration dans l'espace européen, s'explique en partie par l'impasse dans laquelle se trouve actuellement le modèle social européen. La détermination de valeurs communes, socle de l'organisation du travail et des droits protecteurs du travailleur en Europe, ne peut aboutir en raison des contradictions ontologiques caractérisant actuellement ce débat. La déclinaison de cette problématique en matière de travail dissimulé est donc largement dépendante de cet *a priori*. Précarisation du travailleur, recours massif aux contrats dits atypiques, flexibilité accolée à la sécurité dans une dialectique non maîtrisée face à l'exigence du plein emploi, sécurisation des relations contractuelles de travail, affirmation d'un "statut" protecteur du salarié : le débat fait rage et oppose penseurs, décideurs, partenaires sociaux, sociétés civiles. Faute de définition de cette "communauté de valeurs", une "communauté de droit", pour reprendre la thématique développée par Mireille Delmas-Marty¹⁸⁵, s'avère impossible à construire dans le domaine sensible du travail et de l'emploi (**section I**).

La seconde hypothèse que nous soutiendrons dans l'ultime volet de cette réflexion est que le recours au travail illégal est un mode de gestion de la main d'oeuvre dans un système néolibéral. C'est en cela que la montée exponentielle du secteur informel dans le contexte actuel et à venir de l'Europe menace d'être réellement irrésistible (**section II**).

Section I Un choix de valeurs communes

Le "modèle social européen", utopie structurante pour les uns, cadre idéologique et normatif dominant la construction de l'Europe sociale historique pour les autres, est menacé par les violentes attaques de la doctrine économique néoclassique ou néolibérale. La déclinaison de ce conflit de valeurs dans le marché de l'emploi et la politique sociale des anciens Etats membres de l'Europe et de ceux de l'Union européenne élargie se manifeste par la légalisation de la précarisation et la flexibilité des relations de travail (**paragraphe 1**).

Faute d'être tranché, ce conflit paralyse toute définition pérenne de la politique sociale européenne de ce début de XXI^{ème} siècle. Dans les stratégies de réponses au travail illégal, ces modèles antithétiques sont défendus par des autorités, analystes, experts radicalement opposés, plaçant les législateurs, décideurs et institutions européennes au coeur de ce dilemme (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le "modèle social européen" remis en cause par la doctrine néolibérale

Cet affrontement de valeurs et de modèles sociaux-économiques, s'il explique l'impasse dans laquelle se trouve actuellement la politique sociale européenne, est, paradoxalement, inévitable et nécessaire. La définition de valeurs de fond communes est un préalable incontournable à la mise en place d'une réponse cohérente au travail illégal, dépendant de l'organisation européenne de l'emploi et de l'affirmation des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de l'espace européen de demain.

Le rappel de l'évolution des termes du débat en montre l'actualité et la prégnance. La

185

M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

précarisation croissante de la situation des travailleurs par le développement des contrats dits atypiques et la notion polymorphe de “flexisécurité” à l’ordre du jour dans les travaux européens, notamment de la Commission européenne, avec le Livre vert sur la modernisation du droit du travail, publié en novembre 2006, et la Communication du 22 juin 2007 sur la flexisécurité du 22 juin 2007.

A -Les termes du débat

Le “modèle social européen”, objectif à atteindre et socle de valeurs et de normes¹⁸⁶ d’une politique sociale idéale, entend promouvoir une société qui associerait la notion de progrès social et la compétitivité économique, notions intimement liées et se renforçant l’une l’autre pour les promoteurs de ce modèle. Mais les politiques menées par certains États membres de l’Union européenne et la montée en puissance de la pensée néolibérale ont compromis de façon durable la définition communautaire de ce modèle social, par la remise en cause systématique des acquis sociaux, considérés par les néolibéraux comme autant de freins au marché du travail et à la compétitivité de l’Europe. En 2000, les conclusions du sommet de Lisbonne, qui représente une étape fondamentale dans la construction de l’Europe sociale et économique, peuvent être interprétées de façon radicalement divergente.

1°) La vision néolibérale de l’Europe sociale

Les nouveaux libéraux, héritiers de la pensée de l’économiste Adam Smith¹⁸⁷, ont remis en cause la cohérence et la pertinence du modèle social européen, lequel serait, selon eux, en totale inadéquation avec la logique actuelle de la globalisation et de la concurrence économique internationale. La théorie de la “main invisible”, élaborée par A. Smith, suppose que les individus, par leur comportement individuel et sans le savoir, contribueraient à la richesse générale de la nation. Selon l’économiste européen, Daniel Vaughan-Whitehead (dont nous présentons ici une synthèse des développements sur la politique sociale européenne¹⁸⁸), pour les néolibéraux, “les seuls fautifs seraient les rigidités sur le marché du travail, dans une logique où toute allocation sociale ou autre mesure de protection sociale ne peut qu’apporter des distorsions, augmentant le coût du travail et créant des dés-incitations à l’emploi.”

En dépit des critiques formulées¹⁸⁹, ce modèle néolibéral, de plus en plus influent, fait florès, notamment, aux États-Unis et auprès des économistes anglo-saxons. Largement suivie et influente dans le monde entier, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, la doctrine néolibérale est conseillée (essentiellement en alternative aux politiques keynésiennes jugées trop

¹⁸⁶ Dans lesquelles figurent d’ores et déjà la Convention européenne des droits de l’homme (1957), la Charte sociale du Conseil de l’Europe (1961, révisée en 1996) la Charte des droits sociaux (1999), la nouvelle Charte des droits sociaux fondamentaux (2000).

¹⁸⁷ 1723 – 1790.

¹⁸⁸

¹⁸⁹ Dont Robert Solow et Joseph Stiglitz. Ce dernier critique la doctrine économique néolibérale en ces termes : “les conditions pour que les forces du marché guident l’économie vers l’efficacité sont restrictives à l’excès : il faut qu’il y ait information parfaite et des marchés développés, soit des conditions qui n’existent jamais dans la pratique, surtout pas dans les pays en voie de développement, si bien que l’hypothèse de la main invisible n’est plus tenable.” J. Stiglitz, *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002.

inflationnistes) par les institutions internationales monétaires économiques et monétaires dominantes que sont le FMI, la Banque mondiale, l'OCDE. Ce modèle est imposé aux pays d'Europe centrale et orientale durant leur processus de transition et séduit de nombreux États membres de l'Europe des Quinze, qui se rallient "aux sirènes de la flexibilité", pour reprendre la formule de D. Vaughan-Whitehead.

Le manifeste de juin 1999, en faveur du libre marché et de la flexibilité, signé par l'ex-premier ministre britannique Tony Blair et l'ex-chancelier allemand Gerhard Schröder, donne le ton : "Dans un monde livré à la globalisation et aux changements scientifiques, nous avons besoin de créer les conditions qui permettent à nos entreprises de prospérer et de s'adapter [...], la production, le capital et le marché du travail doivent être plus flexibles [...], les rigidités et les régulations entravent notre succès." La politique sociale est la cible privilégiée de cette déclaration de guerre néolibérale : "Les valeurs qui sont importantes pour les citoyens, soit l'accomplissement et le succès personnel, l'esprit d'entreprise, la responsabilité individuelle et l'esprit de communauté ont été par trop souvent subordonnées aux garanties sociales universelles."¹⁹⁰

De telles déclarations et campagnes de pression qui entendent orienter la direction future que les pays de l'UE doivent prendre influent sur la définition de la politique sociale de l'Europe, ces positions libérales rencontrant un grand succès auprès des autres chefs de file politiques européens et des acteurs économiques.

2°) Le sommet de Lisbonne de 2000 : le progrès social au programme de l'UE ou le triomphe du néolibéralisme ?

Le sommet du Conseil de l'Europe, qui s'est tenu à Lisbonne en mars 2000, constitue une étape essentielle dans la construction de la politique économique et de développement de l'Union européenne. Pour les plus optimistes des tenants du "modèle social européen", ce sommet de Lisbonne place les questions sociales au cœur du débat et de l'agenda politique européens en démontrant "le lien indissoluble entre performance économique et progrès social, et a permis de présenter avec force, et pour la première fois, ce progrès social comme un "facteur productif".¹⁹¹

Pour Tony Blair et José Maria Aznar, tout au contraire, le sommet de Lisbonne représente "une victoire de l'approche "anglo-saxonne", pour une approche privatisée et dérégulée."¹⁹²

¹⁹⁰ *Europe : The Third Way / Die Neue Mitte*, The Blair / Schröder Manifesto, 11 juin 1999. Le document suivant, une lettre conjointe, signée par Tony Blair et par le président du Conseil italien, Massimo D'Alema, insiste sur les rigidités des systèmes de protection sociale et sur les marchés du travail comme principale cause du chômage de longue durée en Europe. En octobre 2000, une déclaration fixant les réformes importantes que l'Europe doit avaliser lors du sommet de Stockholm de mars 2001, toujours signée par Tony Blair et cette fois-ci par José Maria Aznar, l'ex-chef du gouvernement espagnol, décline les vertus de l'économie libérale, libéralisation, ouverture et libéralisation des marchés... sans aucune trace de politique sociale à mener.

¹⁹¹ D. Vaughan-Whitehead, déjà cité.

¹⁹² "Déclaration commune de Tony Blair et de José Maria Aznar sur les priorités de l'Agenda stratégique de Lisbonne; communiqué conjoint de l'ambassade espagnole et britannique, Berlin, 27 octobre 2006. Voir aussi l'article du Financial Times du 13 juin 2000: "*The Euroe is changing the face of Europe*", cosigné par T. Blair et J.M. Aznar.

L'objectif principal que se fixe l'UE dans la stratégie de Lisbonne est de "devenir l'économie la plus compétitive du monde". A l'occasion de ce sommet, les chefs d'Etat ont défini de nouveaux objectifs et un programme précis, appelé également le "triangle de Lisbonne" pour une meilleure articulation entre l'économie, l'emploi et la cohésion sociale.

La Commission des communautés européennes tire, quant à elle, de la stratégie de Lisbonne les enseignements suivants : "Les développements économiques et sociaux peuvent être examinés sous trois angles et en fonction de trois domaines principaux : notre indépendance économique croissante, notre implication et coopération en faveur de l'emploi, et nos efforts permanents pour promouvoir le progrès social au sein de l'Union européenne. Ces trois facteurs sont intimement liés et ne peuvent pas représenter des objectifs distincts."¹⁹³

Les appréciations radicalement divergentes des conclusions du sommet de Lisbonne mais aussi de l'actualité sociale européenne rendent bien compte de l'intensité du conflit de valeurs qui, en matière de politique sociale, se décline autour des deux credo néolibéraux désormais à l'oeuvre dans l'espace européen, la précarisation de la relation de travail et la flexibilité du marché de l'emploi.

B -Précarisation et flexibilité : les tentations de la politique sociale européenne

Précarisation de la relation de travail par la remise en cause du contrat à durée indéterminée et des garanties protectrices des salariés en matière de licenciement, notamment par le développement exponentiel des contrats dits atypiques, flexibilité des relations de travail pour faciliter le développement de l'économie libérale, sont les deux credos en vogue dans le débat social actuel des pays européens mais aussi dans leurs actualités sociales et législatives.

1°) Les contrats atypiques : la légalisation de la précarité

La remise en cause du contrat à durée indéterminée, notamment par le recours aux contrats précaires, dits atypiques, tels que contrats à durée déterminée, contrats saisonniers, CDD d'usage, travail temporaire ou saisonnier ou encore contrats à temps partiel, fait désormais partie du paysage social des pays européens. En effet, 48 % du travail économiquement dépendant y est représenté par des contrats atypiques (dont plus d'un tiers sont des emplois à temps partiel qu'occupent en majorité des femmes et des jeunes). Le débat se noue autour d'un "contrat unique", assorti d'une protection contre la rupture et d'une indemnisation croissante de celle-ci et affranchi du contrôle du juge sur le motif réel et sérieux de licenciement¹⁹⁴. Les gouvernants européens développent les stratégies de précarisation de l'emploi, avec par exemple la politique allemande des "mini jobs" ou encore le "contrat nouvelles embauches"¹⁹⁵ (CNE) français. Les entreprises multiplient quant à elles les formes de flexibilité.

¹⁹³ COM (2000) 82 (EC 2000), p. 4.

¹⁹⁴ De nombreux travaux ont déjà été consacrés à ce sujet; Nous nous contenterons de citer ici l'analyse critique de Patrick Morvan, professeur à l'université Panthéon-Assas.P. Morvan, *La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité*, Droit social n° 11, novembre 2006, pp 959-962..

¹⁹⁵ B. Junod, C. Lagarenne, C. Minni, L. Berné, " A tâtons vers une flexisécurité à la française ? CNE, bilan d'une déréglementation " in "Le contrat nouvelles embauches", Premières synthèses, n° 25-4, juin 2006, p 1-6.

L'exemple français¹⁹⁶ est illustratif de cette précarisation croissante. La France présente une proportion de salariés en emploi précaire élevé, de 14,4 %, soit le 11ème rang en Europe. Les statistiques montrent que les transitions entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée sont faibles. Selon le panel européen des ménages, et si l'on se limite aux personnes qui sont répondantes trois années de suite, au bout d'un an, 34 % des CDD ont trouvé un emploi en CDI, 49 % au bout de deux ans et 54 % au bout de trois ans. La persistance dans l'emploi temporaire est ainsi très forte. Cet enfermement dans la précarité est marqué par des périodes de "petits boulots" et de périodes de chômage.

Le nombre d'emplois temporaires a considérablement augmenté ces dernières années¹⁹⁷. De 5 % de l'ensemble des emplois du secteur privé au début des années 1980, le nombre des emplois temporaires est passé à 12 % au début des années 2000 (3 % de contrats aidés, 6 % de CDD, 3 % d'intérim). Ils concernaient un emploi sur dix en mars 2002. En 2006, parmi l'ensemble des embauches dans les établissements d'au moins dix salariés, hors intérim et transferts d'établissements, 70 % ont été réalisés sous contrat à durée déterminée. Les femmes non diplômées ou peu qualifiées¹⁹⁸, les jeunes et les étrangers sont particulièrement touchés par cette précarisation de l'emploi.

Des contrats précaires tels que les "contrats OMI" français, dont nous reparlerons, permettent de gérer immigration et marché de l'emploi. Ainsi, en Autriche, le statut de *Erntehelfer* (aide aux récoltes), introduit en mai 2000, permet à leurs "bénéficiaires" de rester six semaines sur le territoire national. La sécurité sociale y est inexistante, les salaires infimes et les organisations syndicales absentes, les employeurs économisant, par des exonérations de cotisation sociale, 15,5 % du salaire brut. Le statut du travail saisonnier introduit en Allemagne en 1991 dans les secteurs agricole, forestier et hôtelier permet de disposer de travailleurs fort peu rémunérés. Environ 90 % des migrants engagés par les agriculteurs allemands viennent des pays de l'Est et sont prêts à travailler pour un très bas salaire. Dans ces secteurs, se côtoient autant de travailleurs non déclarés que ceux disposant d'un statut de saisonnier. Un chercheur français, Alain Morice¹⁹⁹, résume ainsi cette exploitation de la précarisation par les pouvoirs européens : "On pourrait très bien imaginer que, petit à petit, de dérogation en dérogation, d'écrasement de tel ou tel article du code du travail, on se passe complètement du travail illégal pour la simple raison que la notion même de légalité aurait fait une reculade considérable. Quand on voit, par exemple, le travail agricole, on s'aperçoit que le code rural [français] n'est qu'une gigantesque somme de dérogations au droit positif en matière de travail"²⁰⁰.

Le travail n'a donc pas disparu en Europe mais il se précarise ou se raréfie. Parallèlement, le

¹⁹⁶ D. Meda et B. Minault, "Un risque important de se retrouver durablement au chômage" in *La sécurisation des trajectoires professionnels*, Documents d'études, n° 107, octobre 2005, DARES, pp 6-10.

¹⁹⁷

¹⁹⁸ Cinq millions de salariés en France sont précarisés et sans formation, cf la remarquable étude publiée en mars 2007 par Thomas Arnossé et Olivier Chardon, "*Cinq millions de travailleurs non qualifiés : une nouvelle classe sociale ?*", Centre d'études de l'emploi. 2007.

¹⁹⁹ Chercheur au centre nationale de la recherche scientifique (CNRS) sur les migrations et la société.

²⁰⁰ Entretien d'A. Morice sur Raido ZINZINE (Forcalquier), 12 septembre 2002, cité par N. Bell, "*L'Europe organise la clandestinité*", *Le Monde diplomatique*, avril 2003.

statut protecteur du travailleur se délabre. Comme l'écrit Alain Supiot, "ce délabrement du statut entraîne pour les uns le manque de travail et l'inutilité au monde, et pour les autres l'excès de travail et l'indisponibilité au monde."²⁰¹

Cette précarisation du travailleur, associée à une montée croissante du chômage, ne sont pas dues à une seule évolution mécanique du marché de l'emploi mais à une stratégie développée par les acteurs économiques dans une stratégie libérale, pour contourner la "rigidité" des législations sociales et remettre en cause la politique sociale européenne qui entendait sécuriser le parcours professionnel du travailleur. La critique récurrente de cette "rigidité" législative et, par voie de conséquent, celle des relations de travail, se retrouve dans les études européennes sur le travail illégal. Nous verrons que les débats actuels autour de la nécessité d'un assouplissement des normes législatives et réglementaires pour combattre le travail illégal s'inscrivent dans cette thématique globale.

2°) Flexibilité et sécurité : des concepts conciliables ?

Depuis le début des années 80, la flexibilité est un thème premier du débat social européen. Fléau à combattre pour ses détracteurs, nécessité économique pour répondre au défi de la globalisation pour ses laudateurs, la flexibilité transforme radicalement la conception et la réalité de l'Europe d'aujourd'hui et de demain.

Depuis peu, la "flexisécurité", contraction paradoxale de deux concepts (flexibilité et sécurité) *a priori* opposés et néologisme d'origine néerlandaise, est un concept qui renouvelle et alimente les débats et les propositions de réforme du droit du travail et du parcours professionnel du travailleur. La recherche d'une plus grande flexibilité du marché du travail est-elle justifiée et, dans l'affirmative, est-il possible de l'accompagner socialement, notamment en basculant le "filet de la sécurité de l'emploi vers le travailleur"²⁰² ?

Robert Castel résume à merveille les termes du débat : "La mise en mobilité généralisée des situations de travail et des trajectoires place l'incertitude au coeur de l'avenir dans le monde du travail. Si l'on prend au sérieux cette transformation, elle donne la mesure du défi qui doit aujourd'hui être affronté : est-il possible d'associer de nouvelles protections à des situations de travail caractérisées par leur hypermobilité ?"²⁰³

Les derniers documents produits par la Commission européenne sur le droit du travail et la politique de l'emploi, à savoir le Livre vert "*Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXIème siècle*", publié en novembre 2006 et la Communication sur la flexisécurité du 22 juin 2007 sont emplis de la notion de flexisécurité. Pour la Commission, la flexisécurité délaisse la notion de "sécurité de l'emploi" au profit d'une notion de "sécurité de l'employabilité". "Les mesures destinées à encourager la flexibilité du marché du travail et à améliorer le niveau de sécurité ne seront efficaces que si les travailleurs reçoivent les moyens de s'adapter au changement, de rester sur le marché de travail et de progresser dans leur vie

²⁰¹ A. Supiot, "*Le travail en perspectives : une introduction*", in *Le Travail en perspectives*, (ss dir.), Paris, LGDJ, 1998, p. 1.

²⁰² A. Bevort, M. Lallement, C. Nicole-Drancourt, "Avant-propos" in *Flexisécurité - La protection de l'emploi en débat*, Paris, Documentation française, 2006.

²⁰³ R. Castel, *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, Seuil, 2003, p. 96.

professionnelle.”²⁰⁴

Les syndicats nationaux et européens, qui témoignent de la place croissante et des méfaits de la flexibilité dans leurs pays respectifs, sont loin de partager cet engouement pour les vertus de la flexisécurité. Les partenaires sociaux entendent poursuivre leur lutte contre “le travail précaire qui ne conduit ni au développement, ni à l’extension des droits” et jouer un rôle important dans la définition à venir des relations de travail et des parcours professionnels²⁰⁵.

Notre propos n’est pas ici de recenser la multitude des propositions faites, parfois inconciliables, dans le cadre du débat européen sur la flexisécurité (statut professionnel du salarié, Sécurité professionnelle, politique de sécurisation des parcours professionnels, couverture professionnelle universelle, l’amélioration de la gouvernance du service public de l’emploi...). Mais là encore, la construction de la politique de l’emploi tout comme du droit social européen du XXIème siècle ne s’engagera qu’une fois ces conflits de projets résolus. Le choix est dorénavant clairement posé entre le modèle néolibéral et le modèle social.

Les propositions faites en matière de lutte contre le travail illégal dans le cadre des travaux européens ne sont que le sous-ensemble, la déclinaison de ce dilemme de fond.

Paragraphe 2 Des stratégies antithétiques dans la lutte contre le travail dissimulé

L’erreur serait en effet de croire que le sujet délicat et complexe qu’est le travail illégal fait l’objet d’un consensus idéologique et économique. Une approche simplificatrice pourrait laisser croire que cette question transcenderait les clivages traditionnels qui opposent habituellement tenants d’une économie ultralibérale, de l’“ethnocentrisme” de l’entreprise aux promoteurs d’une politique sociale, protectrice des salariés et hostiles à un assouplissement du droit du travail. Mais une telle impression est démentie par une analyse plus attentive des travaux et analyses développés sur ce phénomène. Si les constats en la matière sont quasi unanimes, au niveau national comme européen, l’identification des causes du travail illégal et la définition des éléments de réponse diffèrent sensiblement selon le modèle socio-économique promu.

L’avis du 7 avril 2005 du Comité économique et social européen sur “*Le rôle de la société civile organisée - lutte contre le travail non déclaré*” constitue une fort intéressante réflexion, empreinte des valeurs du modèle social européen (A). Mais il est en totale contradiction avec la logique des réformes proposées par divers experts mandatés par la Commission européenne (B).

A. Le Conseil économique et social : protection des travailleurs et politique de l’emploi contre le travail illégal

Le Comité économique et social, dans son avis du 7 avril 2005, souligne l’impact négatif du travail non déclaré sur l’économie des pays mais aussi sur le sort des travailleurs victimes de ce phénomène. Il recommande aux Etats de mettre au point une “stratégie globale” fondée sur des mesures de prévention, encourageant tous les employeurs et employés à travailler dans

²⁰⁴ Commission européenne, Stratégie européenne pour l’emploi, Communication flexisécurité “*La flexisécurité ou comment répondre aux question liées à la mondialisation et à la démographie en combinant flexibilité et sécurité*”, juin 2007.

²⁰⁵ GUE/NGL (Gauche unitaire européenne/Gauche verte nordique, Actes de l’audition organisée par le GUE/NGL, *Livre vert sur la “modernisation du droit du travail” : un défi pour la gauche*, 17 janvier 2007.

l'économie officielle et dans le cadre d'un emploi régulier, notamment :

- en créant un environnement juridique et financier propice à la déclaration de l'activité économique et de l'emploi, par la simplification des procédures et la réduction des coûts et des contraintes qui limitent la création et le développement des entreprises, en particulier des "jeunes pousses" ;
- en renforçant les incitations et en supprimant les obstacles à la déclaration du travail, tant du côté de l'offre que de celui de la demande ;
- en revoyant et, au besoin, en réformant le régime fiscal et le régime des prestations sociales et leurs interactions en vue de réduire les taux marginaux élevés d'imposition effective et, au besoin, la charge fiscale pesant sur les travailleurs à faible rémunération ;
- en élaborant des politiques appropriées d'emploi à l'égard des bénéficiaires d'aides sociales, qui les aideront à participer au marché du travail régulier et
- en réduisant le risque de pièges du chômage et de la pauvreté, par la suppression des interactions néfastes entre le régime fiscal et le régime des prestations sociales.

Le Comité préconise parallèlement un renforcement des contrôles et l'application de sanctions appropriées, notamment par un accroissement des poursuites. Le travail non déclaré ne doit pas être considéré comme une infraction sans gravité et il y a lieu dès lors, pour le Comité, de renforcer l'efficacité des sanctions adoptées afin que le recours au "travail au noir" cesse d'être rentable.

Dans son avis, le Comité incite également les Etats membres à favoriser la prise de conscience par la société civile des implications négatives du travail non déclaré pour la sécurité sociale et sur ses conséquences en matière de solidarité et d'équité. De plus, il les invite à pallier l'absence de données statistiques précises en la matière en évaluant, par le développement de mesures appropriées, l'ampleur de l'économie informelle et du travail non déclaré.

Il est intéressant de relever, parmi les nombreux points développés par cet avis européen particulièrement autorisé²⁰⁶, que les immigrants illégaux, victimes du travail non déclaré, sont, pour le Comité, les victimes de cette "réduction en esclavage" et que nos sociétés doivent les protéger en leur donnant des droits et en les faisant respecter. Ainsi, le Comité considère qu'en matière d'immigration illégale, il n'est généralement pas possible, pour des raisons d'ordre humanitaire, juridique ou pratique, de renvoyer les intéressés dans leur pays d'origine et qu'il convient de les "intégrer à la société" par diverses mesures, notamment par l'acquisition de la citoyenneté. Le Comité recommande également une meilleure identification des problèmes spécifiques aux femmes, très souvent en première ligne en matière de travail non déclaré à faible rémunération afin que soient adoptées des réponses appropriées.

S'il est nécessaire, pour le Comité, de créer pour les entreprises, et notamment pour les nouvelles, un climat favorable à la croissance et au développement, il est important que les employés puissent exiger de leurs employeurs qu'ils connaissent et appliquent la législation en vigueur en matière de droit du travail et de droit fiscal.

Le Comité conclut sur l'importance, pour les Etats, de réduire le plus possible leur taux de chômage, un taux de chômage élevé étant une source importante de travail non déclaré. Un

²⁰⁶ Institué par le traité de Rome en 1957, le Comité économique et social européen, organe institutionnel consultatif, représente les différentes composantes économiques et sociales de la société civile organisée. Le Comité post élargissement compte 317 membres, nommés pour 4 ans, par le Conseil des ministres

marché du travail performant, le plein emploi et des emplois de qualité constituent les principaux moyens de lutte contre ce fléau.

Mais ces positions de principe,²⁰⁷ axées sur le plein emploi et sur la fonction attractive d'un secteur formel sécurisé pour le travailleur, sont loin de faire consensus. Pour nombre d'analystes, le secteur formel décourage employeurs et salariés en raison de l'excessive rigidité des législations et réglementations sociales, freins à la croissance et à la compétitivité donc à l'emploi.

B.-Les rapports experts de 2001 et 2004 : libéralisation et flexibilisation des relations de travail

Ainsi, les rapports 2001²⁰⁸ et 2004²⁰⁹ des experts désignés par la Commission européenne, dont nous avons synthétisé les bilans en première partie, affirment qu'il convient, pour lutter contre le travail illégal, de développer des modalités de travail flexibles, "d'encourager l'adaptabilité des entreprises et de leurs employés". Seules, la libéralisation et la flexibilisation des relations de travail permettraient de lutter efficacement contre le travail non déclaré en réduisant les obstacles à l'emploi et en permettant au "marché du travail à s'adapter aux changements structurels dans l'économie".

Un extrait du rapport 2001 illustre cette logique :

"Changer les formules :

Quand les caractéristiques du système socio-économique formel lui-même conduisent à l'émergence du travail dissimulé, on doit envisager de changer le système ou des parties du système. Cette stratégie est la plus judicieuse quand le travail dissimulé est causé par un marché du travail inflexible, une législation trop rigide ou des frais de personnel (salaires compris) trop élevés.

Les mesures pour changer le système comprennent notamment : les réductions fiscales, les réductions de cotisations sociales, la libéralisation et la flexibilisation des relations de travail (p. ex; travail temporaire, travail saisonnier)".

La libéralisation et la flexibilisation des relations de travail (par le recours notamment aux contrats précaires et à un "assouplissement" des normes législatives et réglementaires protectrices du salarié) constitueraient, selon ces mêmes auteurs, les remèdes-miracles à apporter à un système socio-économique pourvoyeur de travail dissimulé en raison d'un "marché du travail inflexible" et d'une "législation trop rigide".

²⁰⁷ Cet avis a été adopté à la quasi-unanimité par les membres du Comité économique et social, avec 112 voix pour, 1 voix contre et 2 abstentions.

²⁰⁸ S. Mateman, P. Renoy, "*Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour*" (*Le travail non déclaré en Europe : vers une approche intégrée de la lutte contre le travail non déclaré*), op. cit.

²⁰⁹ Employment and European Social Fund, "*Undeclared work in an enlarged Union - An analysis of undeclared work : an in-depth study of specific items*", (*Le travail non déclaré dans l'Union élargie*), op. cit.

L'antithétisme des modèles socio-économique ainsi proposés est, nous semble-t-il, une des causes profondes mais non révélées, indicibles, de la faillite d'une stratégie communautaire, incapable d'apporter "une réponse globale", cohérente, qu'appelaient pourtant de ses vœux la Commission européenne²¹⁰ en 1998. Dix ans après le débat entre les projets de sociétés fait rage et la "communauté de valeurs" européenne est en panne...

Mais la présente étude entend également explorer une autre piste de réflexion sur les causes enfouies du développement du travail illégal en Europe. Ce phénomène ne serait-il pas généré et alimenté par la logique même du système libéral qui, avec ce creuset de travailleurs invisibles, malléables, disposerait d'une main d'oeuvre particulièrement adaptée aux besoins du marché ?

Section II Europe : à qui profite le travail non déclaré?

Le secteur informel, s'il est officiellement présenté par les dirigeants des pays européens comme un fléau économique et social, entre pourtant dans une logique d'exploitation du travailleur entretenue par le système libéral, admise voire relayée par les politiques publiques.

L'immigration clandestine, l'emploi illégal et l'exploitation des travailleurs étrangers constituent à l'évidence des problématiques complexes que nous n'aborderons ici que pour tenter de démontrer qu'elles peuvent être particulièrement utiles à des gouvernants ou des décideurs en quête de "boucs émissaires" des faillites d'un système socio-économique. Cette "erreur" d'identification des cibles de la part des autorités nationales et communautaire participe de la défaillance globale d'une stratégie mal orientée (**paragraphe 1**).

Le constat de la multiplicité des exemples et analyses de situations professionnelles ancrées dans le secteur informel, de filières de main d'oeuvre illégale impunies, de dispositifs légaux contestables, d'inerties étatiques suspectes, conduit enfin à s'interroger sur une des raisons d'être profondes du travail illégal dans un système économique fondé sur le marché et sur l'exploitation de la "force de travail". Et si le travail illégal était un mode de gestion de la main d'oeuvre dans le système libéral ? (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 L'immigration clandestine et le travail illégal : mythes et réalités

La pénalisation de l'immigration clandestine et l'enfermement des migrants irréguliers sont des phénomènes modernes, datant, en Europe, du début du XX^e siècle²¹¹. Pourtant, les esprits ont intégré cette logique répressive comme relevant d'un ordre naturel. De même, l'instrumentalisation de la problématique du travail illégal par les pouvoirs publics pour justifier leurs politiques d'immigration de l'immigration clandestine entretient de dangereuses confusions et des stratégies mal orientées.

A. L'emploi d'étrangers sans titre, une proportion mineure du travail illégal

En France, les analyses chiffrées de ces dix dernières années confirment que l'emploi

²¹⁰ *Communication sur le travail non déclaré* - COM (98) - 219, op. cité.

²¹¹ D. Bigo, . (dir.), *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Bruxelles, Complexes, 1992 ; L. Wacquant, *La tentation pénale en Europe*, in Actes De La Recherche En Sciences Sociales, n°124, septembre 1994, pp. 3-6 ; G. Sainati, L. Bonelli,(dir.), *La machine à punir*, Paris, L'esprit frappeur, 2000.

d'étrangers sans titre ne représente qu'une proportion minime du travail illégal. Ainsi en 1996, sur les 10 000 procès-verbaux de l'inspection du travail, relatifs au travail illégal, reçus par les procureurs, dans lesquels 20 000 infractions étaient relevées, ces infractions se répartissaient comme suit²¹² :

- travail dissimulé, dissimulation d'emplois : 71 %
- emplois d'étrangers sans titre : 5 %
- marchandage et prêt illicite de main d'oeuvre : 3 %
- fraude aux ASSEDIC : 4 %
- autres infractions : 17 %.

Rappelons que le bilan établi par l'ACOSS pour l'année 2004 au regard des condamnations prononcées en France²¹³ durant cette année révèle que sur les 5 034 condamnations pour travail illégal, seules 188 d'entre elles portaient sur l'emploi d'étrangers sans titre alors que 4 376 condamnations concernaient du travail dissimulé.

Au niveau européen, le même constat s'impose en dépit de l'incapacité à obtenir des données chiffrées fiables comme nous l'avons vu. A la lecture des rapports européens établis sur le travail illégal, il apparait que les tendances sont sensiblement les mêmes que celles relevées en France. Les immigrants illégaux constituent, numériquement parlant, un des groupes les moins importants dans le travail illégal.

Mais les fantasmes, soigneusement entretenus par les discours public perdurent et contribuent à alimenter le fantasme de l'étranger fraudeur, travailleur clandestin, délinquant, terroriste.... L'étranger en Europe est le "bouc émissaire" de stratégies de lutte contre le travail illégal défailtantes et de politiques d'immigration d'exclusion.

B. L'instrumentalisation du travailleur clandestin dans les discours et programmes publics

Dans la communication de la Commission européenne en mai 2007 organisée autour de sa proposition de directive relative aux sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, communication institutionnelle largement relayée par les medias, le flou des chiffres produits est révélateur de la confusion entretenue par les autorités européennes auprès du public sur les causes du travail non déclaré.

Ainsi, RFI²¹⁴ actualité annonce dans son éditorial du 17 mai 2007²¹⁵, que "la Commission souligne que le travail au noir est à l'origine de la vague d'immigration clandestine" et que "des milliers d'africains continuent d'affluer aux Canaries et dans les îles italiennes de la Méditerranée à bord d'embarcations de fortune". Une phrase mise en exergue dans un article du quotidien français Libération, du 17 mai 2007, affirme que "l'économie liée au travail clandestin représenterait entre 7 à 16 % du PIB de l'Union européenne". Or, les études menées au niveau

²¹² "Migrations et citoyenneté des étrangers sans papiers", P. C. F. français, 2005

²¹³ Casier judiciaire national, Ministère de la Justice, in ACOSS, *Lutte contre le travail illégal*. Bilan 2005

²¹⁴ Radio France internationale

²¹⁵ RFI actualité, "Union européenne - Des sanctions sévères pour les employeurs de clandestins", 17 mai 2007.

européen comme les textes officiels, précédemment cités, tels que la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 29 octobre 2003 évaluent l'ampleur de l'économie informelle (et non celle liée au travail des seuls immigrés clandestin) dans l'Union européenne, toutes causes confondues, entre 7 à 16 % du PIB de l'UE.

Pour parachever la présentation de la stratégie européenne la plus récente en matière de travail non déclaré, il convient d'ajouter à cette assimilation soigneusement entretenue entre travail non déclaré et immigration clandestine, une rhétorique humanisante. La presse relaie ainsi les descriptions de "conditions de travail proches de l'esclavage"²¹⁶, de "traversées maritimes, à bord de pirogues et d'autres embarcations rudimentaires, [qui] se terminent souvent en tragédie"²¹⁷, "près de quatre mille candidats à l'immigration clandestine [mourant] chaque année". Le décor de la politique européenne d'immigration est planté²¹⁸.

La rhétorique développée par les gouvernants français ces dernières années est tout aussi révélatrice de cette confusion des causes entretenues dans les esprits et de ce que nous appelons "la politique du bouc émissaire". Afin de justifier une politique de traque des immigrants illégaux, dans des conditions particulièrement inhumaines et attentatoires aux droits fondamentaux²¹⁹, les gouvernements libéraux entretiennent la confusion entre immigration clandestine et travail illégal.

Ainsi, Brice Hortefeux, ministre de l'immigration, de l'identité nationale et du codéveloppement annoncé à grand renfort de médias, en juillet 2007, la volonté gouvernementale d'éradiquer l'emploi des travailleurs sans papiers. Le quotidien Le Parisien titre le 30 juillet 2007 : "*Gouvernement - Travail des clandestins : le plan choc*". Le ministre annonce un renforcement des contrôles dans les entreprises et notamment dans les secteurs les plus touchés comme le bâtiment, la confection ou les exploitations agricoles.

Comme au niveau européen, les chiffres affichés (200 à 400 000 étrangers clandestins en France)

²¹⁶ Franco Fratini, Commissaire européen chargé de l'immigration, cité par Libération, 17 mai 2007.

²¹⁷ RFI actualité, 17 mai 2007. déjà cité.

²¹⁸ La Commission annonce à Bruxelles que "pour faire pendant à ce volet répressif, la Commission entend encourager l'immigration économique nécessaire pour faire face au vieillissement de la population" et "rêve d'organiser les flux migratoires entre pays de l'UE et pays tiers à partir des «partenariats de mobilité». Mais un tel fonctionnement supposerait que chaque Etat membre institue des quotas et en confie la gestion à Bruxelles". Deux propositions de directives en matière d'immigration légale seront présentés par la Commission en septembre 2007. Le Quotidien, 17 mai 2007.

²¹⁹ Le "Gourbi" de Berre, en France, était "un lieu où vivaient depuis plus de vingt ans des travailleurs agricoles immigrés, munis ou non de contrats de travail, organisés de façon précaire autour de leurs lieux de travail, les serres des exploitants agricoles locaux..." Médecins du Monde, suite à la décision préfectorale de reloger les travailleurs du "Gourbi" munis de contrats de travail, déclare: "Nous, médecins, soignons des hommes en France depuis des années...Ces hommes doivent aujourd'hui devenir des hommes invisibles. Nous les avons rencontrés, ils nous ont dit leurs douleurs musculaires, tendinites, allergies, eczemas et prurits, asthmes secondaires liés à l'exposition aux pesticides, mycoses liées à la transpiration, problèmes ophtalmiques liés à leurs conditions de vie précaires...En dehors de toute prévention ou médecine du travail à laquelle ils n'ont pas droit. Nous avons écouté leur souffrance morale, leurs insomnies, exprimées avec pudeur...La question de la violence faite à ces hommes reste posée : est-il plus violent de les reconnaître et de les interpeller que de les maintenir corvéables en les rendant invisibles pour satisfaire une économie souterraine ? Que penser de l'impunité accordée aux employeurs en situation irrégulière ?"²¹⁹, Libération, "*Eradication du "Gourbi" de Berre : des travailleurs sans papiers rendus invisibles*", 9 août 2007.

sont particulièrement flous. François Brun, chercheur au centre d'études de l'emploi (CEE) souligne l'écart particulièrement important existant entre ces deux chiffres²²⁰. Il précise qu'il est assez imprudent de vouloir chiffrer le nombre d'étrangers sans titre de séjour en France comme en Europe, Infostat, l'office de statistiques européen, affirmant que les mesures de l'immigration irrégulière connaissent partout des degrés d'imprécision considérables.

Une telle rhétorique de la part des autorités nationales et européenne tend à faire de l'étranger l'image même du fraudeur, d'un travailleur de l'ombre qui contrevient aux règles du marché du travail formel, de tels fantasmes permettant aux "nationaux" de s'exonérer à bon compte de toute responsabilité dans les méfaits et l'ampleur du travail non déclaré. En outre, de tels discours sont d'autant plus pernicieux qu'ils présentent le travailleur clandestin comme un délinquant, assimilant employeurs et salariés alors même que ces derniers sont, sociologiquement et juridiquement parlant, victimes du travail dissimulé. En annonçant que, depuis janvier 2007, 275 employeurs et 536 étrangers ont été interpellés dans le cadre des contrôles contre le travail illégal, le ministre français de l'immigration et de l'identité nationale "ne tente-t-il pas d'inventer insidieusement un délit d'exécution du travail illégal ?", s'interroge à juste titre François Brun²²¹. Cette interrogation rejoint celle soulevée par les inspecteurs du travail français qui s'opposent publiquement et judiciairement aux orientations du gouvernement en matière de lutte contre le travail illégal (cf supra).

Nonobstant les critiques qui peuvent être développées à l'encontre de telles politiques publiques, les conséquences qu'elles ont, par les erreurs d'orientation qu'elles génèrent dans la lutte contre le travail illégal, sur l'efficacité des dispositifs de lutte contre le travail illégal, ne sont pas à négliger.

Le commentaire de François Brun²²² sur la politique d'affichage du gouvernement français nous servira tout à la fois de conclusion du présent paragraphe et de transition avec l'ultime partie de notre analyse sur les causes "dissimulées" de la faillite de la lutte contre le travail .

"Les mesures du gouvernement, au-delà des gesticulations, ont des conséquences humaines dramatiques pour ceux qu'elles frappent et leur famille, mais leur impact économique est minime : on n'est pas près de se priver des services rendus à des pans entiers de l'économie par les sans-papiers !".

Paragraphe 2 Le travail illégal : un mode de gestion de la main-d'oeuvre du système libéral

Le travail illégal érigé en mode de gestion de la main d'oeuvre semble séduire l'Europe, à l'instar du modèle nord-américain.

"L'employeur doit avoir constamment sous la main une quantité de main d'oeuvre telle qu'il puisse faire sa récolte quelles que soient des circonstances climatiques. Il faut une réserve d'ouvriers agricoles qui est assurée par la main d'oeuvre immigrée clandestine. Il y a une véritable articulation, une complémentarité entre immigration clandestine et immigration

220 "Travail illégal : Hortefeux entretient la confusion", Libération, 31 juillet 2007.

221 Ibid..

222 Ibid.

officielle. ”. Ce constat, fait par un chercheur de l’institut de la recherche agronomique (INRA) à propos du “modèle californien” mis en place dans les Etats-Unis du XIX siècle²²³, reste d’une cruelle actualité.

En France, le travail non déclaré, officiellement combattu et réprimé par les gouvernements et les pouvoirs publics locaux français, fait l’objet de troublantes complaisances. Les pays européens, inscrits dans une logique libérale dominante, gèrent le travail illégal comme un instrument de gestion de l’emploi et des migrations.

A. Employeurs et pouvoirs publics français gèrent le travail illégal

En France, l’enquête sur l’emploi des saisonniers agricoles dans les Bouches du Rhône, réalisée en 2001, par un inspecteur général des affaires sociales et un inspecteur général de l’agriculture²²⁴ atteste de la violation permanente des droits fondamentaux, et notamment sociaux, de nombre d’ouvriers agricoles étrangères utilisées par certaines exploitations agricoles du sud du pays mais aussi de la complaisance dont bénéficient les employeurs de la part des autorités locales et de l’Etat²²⁵.

Ce rapport est accablant pour une partie de la profession agricole, des services de l’Etat et de la classe politique. En effet, pour les inspecteurs généraux, les grands domaines des Bouches du Rhône gèrent leur main d’oeuvre en associant à quelques salariés permanents la masse de travailleurs précaires, qui apportent à l’employeur “*la sécurité, la disponibilité et la docilité*”, les sociétés prestataires de services et les clandestins lui assurant une flexibilité maximale, particulièrement prisée par ces exploitations agricoles.

Quant à l’explosion des contrats d’introduction du travailleur saisonnier, dits “contrats OMI”, dans le département des Bouches-du-Rhône,²²⁶ elle s’explique par une politique de l’emploi complaisante de la part de certaines structures de contrôle qui transforme, selon le rapport, “un système de dérogations exceptionnelles en faculté générale, en contradiction avec le cadre réglementaire”. Le contrôle de l’autorité compétente se caractérise par “un certain flou : aucune des réunions tenues sur l’initiative de la préfecture ne donne lieu à un relevé de décisions”. En outre, l’obligation de déposer auprès de l’ANPE une offre d’emploi préalable à tout “contrat OMI” fait l’objet d’un “respect purement formel”. Quant à la quasi-impunité des employeurs en dépit de l’importance du nombre d’infractions à la législation du travail (heures supplémentaires non payées ou non majorées, non-respect des temps de repos, de la durée de travail hebdomadaire et quotidien, normes d’hygiène et de protection non respectées...), elle s’explique, selon les auteurs du rapport, par “le soutien marqué des élus des zones agricoles, toutes

²²³ J-P Berlan, “*La longue histoire du modèle californien*”, Forum civique européen, in *Le goût amer de nos fruits et légumes*, Informations et commentaires, n° hors-série, Corenc, 2001.

²²⁴ G. Clary et Y. Van Haecke, *Enquête sur l’emploi des saisonniers agricoles dans les Bouches du Rhône*, n° 2001 118, novembre 2001.

²²⁵ P. Herman, auteur d’un article de presse sur ce rapport indique que celui-ci n’avait pas été publié et était demeuré confidentiel. P. Herman, *Trafics de main d’oeuvre couverts par l’Etat*, 2004.

²²⁶ Ces contrats, d’une durée de six mois à un an, ne sont acceptés par l’ex-Office des migrations internationales (OMI), normalement, qu’après vérification auprès de l’Agence nationale pour l’emploi (ANPE) du département et après accord de la Direction départementale du travail, de l’emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), si aucune main d’oeuvre locale n’est disponible.

tendances confondues”, lesquels ne souhaitent pas entrer en conflit avec des opérateurs économiques importants et des électeurs potentiels de la région.

Tels sont les aspects marquants du rapport qui viennent alimenter notre démonstration sur l’inertie, voire la complaisance de l’Etat et des pouvoirs publics à l’égard du travail illégal, mode de gestion des travailleurs dans des pans entiers du marché du travail en France.

De façon plus générale, les contrats précaires que sont les contrats d’introduction du travailleur saisonnier²²⁷ favorisent l’exploitation de travailleurs étrangers, dont le statut fragile renforce la vulnérabilité, le faible taux de syndicalisation et les activités criminelles des filières de trafic de main d’oeuvre. dans le secteur agricole²²⁸. Le jugement du 25 janvier 2007 du tribunal administratif de Marseille est tout à fait remarquable en ce qu’il annule le refus de titre de séjour de dix ans opposé par la préfecture des Bouches du Rhône à un travailleur agricole marocain (qui travaillait depuis 22 ans sur la même exploitation agricole sous contrats d’introduction saisonnier) au motif, notamment, que “si M....était forcé de rentrer au Maroc chaque année durant 22 ans, pour quatre mois, ce n’était que pour respecter l’apparence juridique que son employeur et l’administration avaient entendu donner à son embauche et à son séjour sur le territoire français”. Cette motivation constitue une sévère condamnation par la justice administrative des pratiques patronales et administratives à l’oeuvre dans la précarisation du statut des ouvriers agricoles étrangers.

Très récemment, le recours par la chaîne de restauration Buffalo Grill à des travailleurs étrangers en situation irrégulière a été dénoncé par les travailleurs et les organisations syndicales comme une pratique frauduleuse de l’entreprise²²⁹. Le ministre de l’intérieur et de l’identité nationale s’est étonné du fait qu’une cinquantaine de salariés “sans papiers en règle” travaillaient dans le restaurant mis en cause alors qu’auprès de l’ANPE locale, “150 immigrés en situation régulière recherchaient un emploi dans la restauration”²³⁰ et mettait en garde les employeurs “qui ne respecteraient pas les règles”. Si le respect de la présomption d’innocence interdit toute conclusion hâtive sur cette affaire, la réalité du recours par les employeurs à un secteur informel plus malléable et plus aisément exploitable, à des tâches les plus difficiles²³¹, n’est guère

227 Depuis 2000, entre 10 000 et 15 000 “contrats OMI” sont accordés, surtout à des ressortissants marocains et tunisiens.

228 Une résistance militante européenne s’est organisée autour du Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l’agriculture, le Codetras, créé en 2002, regroupant syndicalistes, militants des droits de l’homme, chercheurs, défenseurs de l’agriculture paysanne...Le Codetras a publié en septembre 2005 un livre noir sur les ravages causés par l’agriculture intensive dans le département des Bouches-du-Rhône. Le réseau d’avocats mis en place par le Codetras a porté devant les tribunaux plus d’une centaine de dossiers d’ouvriers agricoles étrangers.

229 La direction de Buffalo Grill dément formellement ces accusations. Une enquête a été ouverte par le parquet d’Evry le 6 juin 2007, Le Monde, “Reconnus en cuisine, clandestins dehors”, 15 juin 2007.

230 Le Parisien, “La lutte contre le travail clandestin s’intensifie”, 30 juillet 2007.

231 Un ancien travailleur en situation irrégulière d’origine malienne, expulsé du “squatt de Cachan”, confiait au journal L’Humanité qu’il ne travaillait plus dans le secteur des bâtiments depuis que sa situation administrative avait été régularisée et qu’il pouvait désormais trouver des emplois mieux rémunérés et moins dangereux. Il concluait en ces termes : “En France, de toute façon les sans papiers dont le travail que les français ne veulent pas faire”. L’Humanité, “On est des aventuriers, c’est obligé.” 13 août 2007.

contestable ²³². Durant l'été 2007, la presse française révèle que, selon l'URSSAF, dans le secteur des hôtels-restaurants, un établissement sur quatre ne verse pas la totalité des cotisations sociales et un salarié sur dix n'est pas déclaré.

Dans un autre secteur d'activités, les Chantiers Navals de l'Atlantique et l'Aérospatiale de Saint Nazaire, constructeur naval, dont les chantiers se situent au coeur de l'Europe, utilisent de façon massive une sous-traitance européenne et mondiale et le détachement de salariés en France. Les Echos révèlent en 2002 un rapport de la DILTI qui dénonce des pratiques illicites de main d'oeuvre, à moindre coût et dans le non-respect du droit social en ce qui concerne les durées maximales de travail, les temps de repos minimum, les conditions d'hygiène et de sécurité. 85 % des entreprises sous-traitantes étrangères qui interviennent à Saint Nazaire n'adressent pas leur déclaration de présence à l'inspection du travail. L'on observe un mutisme prudent sur ces situations de la part de l'administration, des directions du chantier, des municipalités et propriétaires des campings ou de immeubles²³³. Le sociologue Bruno Lefebvre²³⁴ qualifie ce mode de gestion de la main d'oeuvre de "dumping social". Ainsi, précise le sociologue, "des risques techniques, humains et financiers sont transférés en direction des sous-traitants qui sont désignés comme responsables de situations sociales et économiques, et qui doivent faire face aux aléas. La puissance économique et donc politique des Chantiers Navals leur permet d'imposer leurs décisions aux municipalités, au département et à la région."

De nombreux exemples et études pourraient ainsi être évoqués pour illustrer l'intérêt que trouve le marché du travail français à recourir au travail illégal. Ce constat est transposable à l'ensemble des Etats membres, soumis à une économie de marché de type libéral, dans un contexte de globalisation et de dérive néo-libérale.

B. Les pays européens organisent le travail illégal

Le secteur de la production des fruits et légumes, un des moins réglementés de la politique agricole commune (PAC) constitue un des exemples éloquentes de l'organisation illégale du marché du travail dans les pays européens, avec la mise en place de dispositifs normatifs l'encourageant ou l'accompagnant.

Une étude européenne menée sur le terrain, dans six pays, par des syndicalistes²³⁵ démonte les mécanismes de fraude utilisés. Selon les auteurs du rapport, "les informations hétéroclites font clairement état de pratiques noires et grises, locales, hétérogènes, qui tendent à se développer, à s'intensifier, à s'étendre. Cela va de l'augmentation des heures supplémentaires non déclarées de salariés permanents, jusqu'au développement de formes illégales, et parfois même esclavagistes,

232

233 Les Echos, "Un rapport dénonce les violations du droit social par les firmes étrangères", 14 août 2002.

234 B. Lefebvre, professeur de sociologie à l'Université de Nantes, a mené des recherches approfondies sur la circulation de la main d'oeuvre en Europe et les politiques de gestion de la main d'oeuvre dans la région des pays de la Loire, en France, et notamment dans les Chantiers navals, sur 2000-2003, B. Lefebvre, *Gestion et circulation de main d'oeuvre en Europe*, 2005.

235 "Le travail au noir dans l'agriculture", étude réalisée par Orseu avec le concours de syndicalistes en Allemagne, Espagne, France, Italie, Pays-Bas et au Royaume-Uni, avec le soutien de la Commission européenne, 1997.

de recrutement de la main d'oeuvre agricole, en passant par les formes les plus atypiques et flexibles du travail occasionnel”.

Les grandes chaînes de production exercent, selon ce rapport, une pression grandissante sur les producteurs, devenus de véritables sous-traitants, qui tentent d'y répondre en jouant sur l'emploi²³⁶.

D. Brutsaert explique ainsi comment, dans le domaine de la vente de salades, “en fonction des demandes des grandes surfaces²³⁷, à n'importe quel moment de la journée, les acheteurs téléphonent pour dire qu'il leur faut un camion, une palette, trois palettes, à telle heure, à tel endroit. Il est donc impossible d'avoir de la main d'oeuvre fixe, puisqu'il faut tout d'un coup quinze personnes pendant deux heures. Il faut une armée de réserve, chômeurs, Rmistes, clandestins.”.

La situation en Andalousie, en Espagne, est une autre illustration de cette organisation du marché du travail. Les émeutes racistes de février 2000 à El Ejido²³⁸ ont mis à jour les conditions de vie et de travail des ouvriers agricoles marocains dans cette région, méprisés, exploités, ostracisés par la population locale. La régularisation de certains de ces “sans-papiers”, à l'issue d'années d'attente et de conditions dramatiques de surexploitation, peut se révéler être un fruit empoisonné, les employeurs ne voulant plus d'eux en raison des cotisations sociales à payer. L'Etat espagnol lui-même organise leur éviction au profit de travailleurs immigrés venus d'Europe centrale²³⁹, “moins visibles”²⁴⁰. Les travailleurs provenant des nouveaux Etats membres sont désormais mis en concurrence avec les migrants traditionnels du Sud, dans une course effrénée au coût salarial minimal.

Aux Pays-Bas, un tiers des travailleurs clandestins, estimés à 100 000, se trouvent dans la production des fleurs et légumes. En Grande-Bretagne, les *gangmasters* organisent, dans le secteur agricole, le recrutement de travailleurs, provenant de plus en plus de pays de l'Est, ainsi que le niveau de salaire. L'entreprise agricole peut ainsi faire “du travail un facteur variant avec le niveau de production, et non plus un facteur (et donc un coût) quasi fixe...Pour y parvenir, le plus simple est de sous-traiter le recrutement de la main d'oeuvre nécessaire au jour le jour, ou

²³⁶ D.Brutsaert, “Grand commerce et logique libérale” in *Le goût amer de nos fruits et légumes*, op. cité.

²³⁷ Parallèlement à la disparition de 43 % des exploitations agricoles dans les Bouhes du Rhône en France, les profits des supermarchés grimpent. Parmi les dix plus grandes fortunes en France, cinq proviennent de la grande distribution. C. Jacquiau, “Racket dans la grande distribution “à la française””, *Le Monde diplomatique*, décembre 2002.

²³⁸ V. A. Lluch, “En Espagne, un apartheid sous plastique”,

²³⁹ A la fin de l'automne 2001, l'Espagne signe des accords bilatéraux avec la Roumanie et la Pologne, comprenant un engagement de l'administration espagnole qui propose 7 500 contrats, 6 500 provenant de Pologne, 1 000 de Roumanie, Archipel, “Purée de fraise andalouse”, n° 96, juillet 2002.

²⁴⁰ J-P Alaux, du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (Gisti) explique ainsi que, “en Occident, l'invisibilité, c'est la blancheur de la peau et, accessoirement, l'appartenance à une culture aussi chrétienne que possible. On voit cette tendance au “blanchiment” se mettre en oeuvre ici ou là. Ainsi, après les émeutes raciste à El Ejido, on a assisté à l'embauche de substitution partielle.”, “Vers l'Europe blanche et chrétienne de Charlemagne ?” in *Le goût amer de nos fruits et légumes*, op. cité ; P. Herman, “Trafics de main d'oeuvre couverts par l'Etat”, *Le Monde diplomatique*, juin 2005.

même heure par heure, auprès d'agences de recrutement légales ou illégales²⁴¹.

En Italie, l'arrestation en septembre 2006 de vingt-sept personnes dans le cadre d'une enquête baptisée "Terre promise" sur des trafics d'êtres humains et réduction en esclavage a permis de révéler les activités d'une filière de main d'oeuvre clandestine qui fournissait en travailleurs polonais la province de Foggia. Le consul de Pologne accuse alors ouvertement la collusion de cette mafia et des autorités locales, affirmant que ces dernières "ne voulaient rien savoir", en dépit des courriers qu'il leur adressait depuis cinq ans²⁴².

Dans les pays d'Europe centrale et orientale, nouveaux Etats membres de l'UE, Daniel Vaughan-Whitehead²⁴³ souligne le fait que l'économie informelle qui y perdure en dépit de l'amélioration significative des niveaux de vie et d'une croissance économique forte, pourrait être la résultante d'une recherche de compétitivité de la part des entreprises des nouveaux Etats membres, fondée sur une totale flexibilité des conditions de travail et d'emploi.

L'économiste déplore la "totale négligence de ce phénomène [travail illégal] aussi bien par les pouvoirs publics que par les organisations internationales". Pour lui, "cette négligence, et dans certains cas même, son encouragement explicite ou implicite ont contribué à augmenter les seuils de tolérance du phénomène et estimé son développement. Rares sont les références au secteur informel dans les documents de la banque mondiale consacrés à l'emploi dans les nouveaux Etats membres : on peut légitimement se demander si cette absence ne correspond pas en fait à un choix idéologique. En effet, pour les organisations monétaires internationales, le recours à l'économie informelle alors que leurs programmes de stabilisation macroéconomiques laissent nombre d'acteurs potentiels au bord de la route, a tout de même permis de limiter - et donc contribué à dissimuler - les graves conséquences sociales de ces politiques restrictives. Ensuite, la montée en puissance de l'économie informelle, qui représente *de facto* un marché non régulé, fournit un excellent argument à ceux qui ambitionnent de libérer l'économie formelle de toute contrainte légale et administrative. Dans la dernière période, le manque d'attention accordé au secteur informel s'explique sans doute par les craintes de voir une réduction du phénomène²⁴⁴ se traduire directement par la montée en flèche des taux de chômage. Pourtant, cette faible volonté d'enrayer l'économie informelle a représenté une perte de revenus considérable pour l'Etat, alors qu'une prise en charge du phénomène aurait pu fournir aux gouvernements une plus grande marge de manoeuvre pour financer des politiques plus ambitieuses dans l'éducation, le logement, la santé et la protection sociale. Les décideurs nationaux et internationaux ont donc un rôle à jouer pour endiguer ce phénomène mais cela requiert courage et responsabilité dans la mesure où

²⁴¹ *Le travail au noir dans l'agriculture*, étude réalisée par Orseu avec le concours de syndicalistes en Allemagne, Espagne, France, Italie, Pays-Bas et au Royaume-Uni. Op. cité.

²⁴² Le Monde, "Esclaves en Italie", 23 septembre 2006.

²⁴³ D. Vaughan-Whitehead, *L'Europe à 25 - Un défi social*, op. cité.

²⁴⁴ Une illustration de cette fonction de "camouflage" de la réalité des taux de chômage qu'a ainsi le secteur informel, nous est donnée par l'exemple récent des Etats-Unis où près de 500 000 émigrés sans papiers auraient vu leur emploi détruit dans le secteur du bâtiment, selon un rapport d'économistes de la Deutsche Bank, publié le 10 juillet 2007. Mais cette crise de l'immobilier n'aurait pas eu d'effets "visibles" sur l'économie américaine, grâce à la présence dans ce secteur (pourtant en crise sévère) de nombreux travailleurs clandestins hispaniques. Les experts de la Deutsche Bank, Peter Hopper, Torsten Slok, Michael MacDonough et Sophia Yang, précisent également que le secteur immobilier américain emploie des travailleurs temporaires, qui, comme les travailleurs clandestins, "sont plus faciles à recruter et à licencier". Le Monde, *Clandestins et crise de l'immobilier*, 17 juillet 2007.

cela contribuerait certainement, du moins à court terme, à augmenter des taux de chômage pourtant déjà élevés.”

Mode de gestion d'une main d'oeuvre précarisée et malléable, instrument de contrôle de l'immigration, stratégie d'évitement des normes législatives et administratives protectrices des salariés, technique de minimalisation des taux de chômage, le recours au travail illégal s'avère être un des instruments de gestion des travailleurs dans une économie libérale. Ce constat permet de répondre à nombre d'interrogations soulevées par l'insuccès persistant de l'inextricable empilement de dispositifs disparates aux niveaux nationaux et communautaire dans l'Union européenne. Une telle grille de lecture demande, certes, à être adaptée et affinée au regard des spécificités des situations examinées mais elle a le mérite de révéler une des causes profondes de cette lutte ambiguë de l'Europe du travail contemporaine.

Conclusion

Historiquement, l'Europe est à l'origine d'une organisation sociale centrée autour du travail. Le travail est, dans notre société européenne contemporaine, le “marqueur dominant de toute intégration sociale”, comme le rappellent à juste titre P-H Chalvidan et Y. Palau dans leur

publication sur “*L’avenir du travail en Europe, éthique et mondialisation*”²⁴⁵.

Une critique radicale de cette société travailliste offre certes une alternative de système à explorer comme l’ont fait, par des biais différents, des penseurs tels qu’André Gortz²⁴⁶ ou Hannah Arendt²⁴⁷. Mais, par manque d’ambition intellectuelle, par frilosité ou par pragmatisme, nous cantonnerons notre propos conclusif dans la logique même de l’organisation travailliste européenne, en empruntant au poète Paul Eluard son exigence : “Il y a un autre monde et il est dans celui-ci”²⁴⁸.

L’organisation travailliste européenne est aujourd’hui en crise car elle n’est plus guère en mesure, pour un nombre grandissant de personnes, dont font partie les travailleurs victimes du travail illégal, de respecter le compromis sur lequel elle repose, à savoir l’adhésion des salariés à la logique productiviste contre la promesse de leur intégration sociale et de l’accès à la société de consommation.

Ces travailleurs “désaffiliés”²⁴⁹ alimentent, à divers degrés, les profits d’un système libéral au péril de leurs droits essentiels, de leur sécurité, de leur dignité. La lutte contre le travail illégal suppose un choix de valeurs fondamentales, à défaut duquel dispositifs, déclarations de guerre et de bonnes intentions resteront lettre morte.

Les termes du choix quant à l’avenir du travail sont relativement simples à poser du point de vue éthique. Le choix se joue entre le modèle économique et le modèle social, la question posée étant celle de leur inévitable confrontation ou de leur possible dualité²⁵⁰. La fonction socialisante, donc humanisante du travail se doit d’être assurée et l’économie mise au service de la société, comme le préconisaient les fondateurs de l’Europe sociale.

La fonction du droit, dans ce contexte est d’assurer au travail “valeur et dignité” comme l’affirme dans une belle formule R. Castel²⁵¹. Les normes tant législatives que jurisprudentielles à élaborer par l’Europe contemporaine, si celle-ci veut “penser” la mondialisation et non la subir, sont à inscrire dans cette perspective et dans une nécessaire éthique du travail²⁵². En ce que le travail illégal représente un redoutable mécanisme d’exclusion du champ social, la lutte contre ce phénomène constitue un enjeu majeur pour l’affirmation d’une éthique de la solidarité

²⁴⁵ “*L’avenir du travail en Europe - Ethique et mondialisation*”, Association “OIC Culture et Développement”, UNESCO, secteur des sciences sociales et humaine, Programme MOST, octobre 2003.

²⁴⁶ A. Gortz, *Métamorphoses du travail. Quête de sens. Critique de la raison économique*. Paris, Galilée, 1998.

²⁴⁷ H. Arendt, *Condition de l’homme moderne*, Paris, Pocket, 1994.

²⁴⁸ Cité par Serge Latouche in *L’autre Afrique. Entre don et marché*, Paris, Albin Michel, 1998.

²⁴⁹ F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999.

²⁵⁰ N. Grimaldi, “Le travail : Communion et excommunication”, Presses universitaires de France, 1998 ; Arthur Rich, “*Ethique et économique*”, Edit. Labor et Fides, 1994.

²⁵¹ R. Castel, “*Travail et utilité au monde*” in *Le Travail en perspectives*, op. cité., p. 15 et s..

²⁵² Zaki Laïdi, “Penser la mondialisation”, Paris, Ed. Flammarion, 2003.

dans une Europe sociale repensée.

BIBLIOGRAPHIE

I. - Ouvrages généraux : traités, cours, manuels

Coeuret A., Fortis E., *Droit pénal du travail*, Paris, Litec, 3^e éd. 2004, n° 755, 429 p.

Giudicelli-Delage G., (ss dir.), *Droit pénal des affaires en Europe*, Paris, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd., 2006, 523 p.

Memento pratique Francis Lefebvre, Social 2006, *Travail dissimulé*, n° 8750 et s.

Pélissier J., Supiot A., Jeammaud A., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 22^{ème} édition, 2004, septembre 2004.

II. - Ouvrages spéciaux : thèses et monographies

Arendt H., *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 1994, 406 p.

Arnaud-Olivier, *Quelles réactions du droit du travail face à la sous-traitance ? Les*

enseignements de l'exemple italien, Mémoire DEA droit social, Université Paris X - Nanterre, 2001-2002.

Barbe N., Larouche S. (ss dir.), *Economies choisies ?*, Paris, Edition de la Maison de sciences de l'homme, 2004, 209 p.

Bevort A., Lallement M., Nicole-Drancourt C., *Flexisécurité - La protection de l'emploi en débat*, Paris, Documentation française, 2006, 118 p..

Bigo, D., (dir.), *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, Bruxelles, Complexes, 1992;

Castel R., *L'insécurité sociale, Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, Seuil, 2003.

Carbonnier J., *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001.

Coe J., *Le Cercle fermé*, Paris, Gallimard, 2006.

Conte P., Giraud-van Gaver, Robert J.-H., Saint-Pau, *Le risque pénal dans l'entreprise*, Questions d'actualité, Actes de la journée d'études des Editions du Juris-Classeur, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2003.

Delmas-Marty M., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

Forum civique européen, *Le goût amer de nos fruits et légumes - L'exploitation des migrants de l'agriculture extensive en Europe*. Revue "Informations et commentaires : le développement en question", Paris, La Gryffe, mai 2002, 132 p.

Gortz A., *Métamorphoses du travail. Quête de sens. Critique de la raison économique*. Paris, Galilée, 1998.

Grimaldi N., *Le travail : Communion et excommunication*, Paris, Presses universitaires de France, 1998.

Laïdi Z., *Penser la mondialisation*, Paris, Ed. Flammarion, 2003.

Latouche S., *L'autre Afrique. Entre don et marché*, Paris, Albin Michel, 1998.

Lazerges C., *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, 2000, 141 p.

Le Goff, "Du silence à la parole - Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours", presses universitaires de Rennes, 2004, 621 p.

Ost F., *Le temps du droit*, Paris, Editions Odile Jacob, 1999, 376 p.

Rich A., *Ethique et économique*, Genève, Editions Labor et Fides, 1994.

Sainati G., Bonelli L., (ss dir.), *La machine à punir*, Paris, L'esprit frappeur, 2000.

Stiglitz J., *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002.

A. Supiot, (ss dir.), *Le Travail en perspectives*, Paris, LGDJ, 1998.

Tarrius A., *La mondialisation par le bas - Les nouveaux nomades de l'économie souterraine*, Paris, Editions Balland, septembre 2002, 172 p.

Vaughan-Whitehead D., *L'Europe à 25 - Un défi social*, Paris, La Documentation française, 2005, 175 p.

III. - Articles, rapports et chroniques

Adjerad S, "Dynamisme du secteur des emplois familiaux en 2002". DARES, Premières informations, Décembre 2002. N° 51.1.

Alaux J.-P., "Vers l'Europe blanche et chrétienne de Charlemagne ?" in *Le goût amer de nos fruits - L'exploitation des migrants de l'agriculture extensive en Europe*. Revue "Informations et commentaires : le développement en question", Paris, La Gryffe, mai 2002, 132 p.

Arnossé T., Chardon O., "Cinq millions de travailleurs non qualifiés : une nouvelle classe sociale ?", Centre d'études de l'emploi. 2007.

Aubert-Montpeyssen T., "Le renforcement de la lutte contre le travail illégal", Dr. social 1997, n° 11 nov. 1997, p. 915.

Aubert-Monpeyssen T., "Notion de travail dissimulé et montant des indemnités dues", JCP, La

Semaine Juridique Entreprise et Affaires -n° 12 - 20 mars 2003.

Auroy N., "*L'étendue de l'indemnisation forfaitaire de l'indemnisation forfaitaire prévue par l'article L. 324-11-1*", Semaine sociale Lamy, 23 janv. 2006, n°1245.

Association "OIC Culture et Développement", "*L'avenir du travail en Europe - Ethique et mondialisation*", UNESCO, secteur des sciences sociales et humaines, Programme MOST, octobre 2003.

Berlan J.-P., "*La longue histoire du modèle californien*", Forum civique européen, in *Le goût amer de nos fruits et légumes*, Informations et commentaires, n° hors-série, Corenc, 2001

Bevort A., M. Lallement M., C. Nicole-Drancourt C., "*Avant-propos*" in *Flexisécurité - La protection de l'emploi en débat*, Paris, Documentation française, 2006.

Boillot C., "*Une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si elles sont licites*", La Semaine Juridique Edition Générale n° 30, 24 juillet 2002, II 10118.

Brémond Ch, "*Travail dissimulé et présomption de responsabilité pénale du donneur d'ordre*" : Gaz. Pal. 2000, I, doct. p. 893.

Brutsaert D, "*Grand commerce et logique libérale*" in *Le goût amer de nos fruits et légumes - L'exploitation des migrants de l'agriculture extensive en Europe*. Revue "Informations et commentaires : le développement en question", Paris, La Gryffe, mai 2002, 132 p.

Bouvier O.-L., "*Le travail dissimulé : questions de droit et de société*", RJS, 10/06, pp. 746-756. Bouzez F., sous Cass. Soc., 15 oct. 2002, JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 12 - 20 mars 2003.

Chavildan P-H., Palau Y. "*L'avenir du travail en Europe - Ethique et mondialisation*", Association "OIC Culture et Développement", UNESCO, secteur des sciences sociales et humaine, Programme MOST, octobre 2003;

Centre d'analyse stratégique, Rapport "*Besoin de main d'oeuvre et politique migratoire*", Paris, Documentation française, juin 2006, 120 p.

Coeuret A, Fortis, E., "*La place du droit pénal dans le droit du travail*", Revue de science criminelle, 2000, p. 25.

Damy G, "*Le renforcement des sanctions du travail dissimulé*", La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 14, 5 avril 2007, 1466.

Duquesne F, "*Travail dissimulé : l'indemnité forfaitaire est due en cas de non-paiement des heures supplémentaires*", Droit social, n° 12, décembre 2002.

Employment and European Social Fund, "*Undeclared work in an enlarged Union - An analysis of undeclared work : an in-depth study of specific items*", (*Le travail non déclaré dans l'Union élargie*), Direction générale Emploi et Affaires sociales, Commission européenne, 2004.

Fortis E., "*Le travail illégal*", Cah. droit entr. 2006, n° 1, p. 71 s.

Fortis E., Muller Y., "*Droit pénal de l'entreprise*", Chr., La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 38, 21 septembre 2006, 2370.

Gasser M., "*La dissimulation partielle d'emploi*", chron. RJS, novembre 2003.

GUE/NGL Actes de l'audition organisée par le GUE/NGL, "*Livre vert sur la "modernisation du droit du travail" : un défi pour la gauche*", 17 janvier 2007.

Gaury P.-J, "*La répression du travail illégal*", Actualité Juridique Pénale 2005, p. 17.

Giudicelli-Delage, "*De quelques illustrations, en bref, du travail dissimulé*", Revue de science criminelle 2003 p. 803.

Hautefort M., "*Temps de travail dissimulé : péché véniel ou mortel?*" Les Echos, 26 nov. 2002, page 51.

Holleaux B., "*Débat jurisprudentiel autour de l'article L. 324-11-1, alinéa 1 du code du travail*", JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 12 - 20 mars 2003.

Junod B., C. Lagarenne, C. Minni, L. Berné, "*A tâtons vers une flexisécurité à la française ? CNE, bilan d'une déréglementation ciblée du contrat de travail*", in "*le contrat nouvelles embauches*" Premières synthèses, n° 24-4, juin 2006, DARES, pp1-6..

Lazerges C., *“La diversification des réponses pénales à la commission d’une infraction en droit pénal du travail”*, Revue de science criminelle, 1992, 493, p. 493.

Lefebvre B., *Gestion et circulation de main d’oeuvre en Europe*, 2005.

Mateman S., Renoy P., *“Undeclared labour in Europa : towards an integrated approach of combating undeclared labour” (Le travail non déclaré en Europe : vers une approche intégrée de la lutte contre le travail non déclaré)* - 2001.

Math A., Spire A., *“Des travailleurs jetables - A propos des nouvelles formes d’exploitation des travailleurs immigrés”* in *“Immigrés mode d’emploi”*, Revue Plein Droit, n° 61, juin 2004.

Martinon A., *“L’intention dans le délit de recours au travail dissimulé”*, com. Semaine Juridique et Affaires n° 11, 16 mars 2006, 1468.

Martinon A., *“L’actualité de la lutte contre le travail illégal : entre prévention et répression”*, La Semaine Juridique Social n° 27, 4 juillet 2006, 1533.

Meda D., B. Minault B., *“Un risque important de se retrouver durablement au chômage”* in *La sécurisation des trajectoires professionnels*, Documents d’études, n° 107, octobre 2005, DARES, pp 6-10.

Moreau M., Fasc. 17-40, *“Travail dissimulé”*, Jurisclasseur Travail traité, 7 juin 2006.

Morvan, P., *“La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité”*, Droit social n° 11, novembre 2006, pp 959-962.

Mozère L., *“Travail informel et projet de vie. Les domestiques philippines à Paris”* in *“Economies choisies ?”* Barbe N., S. Larouche S., (ss dir.), Paris, Edition de la Maison de sciences de l’homme, 2004, p.

Nazet-Allouche, D., Fasc. 17-40 : *“Travail dissimulé”*, Juris-Classeur, Travail Traité.

Pallaruelo, Rap. *“Lutte contre le travail dissimulé : poursuivre les efforts en évitant les dérives”*, commission du travail et des questions sociales et la commission fiscale de la chambre de commerce et d’industrie de Paris, 2003.

Parti Communiste Français (PCF), *“Migrations et citoyenneté des étrangers sans papiers”*, 2005.

Pedersen S., *“The shadow economy in Germany, Great Britain and Scandinavia. A measurement based on questionnaire survey” (L’économie parallèle en Allemagne, Grande-Bretagne et Scandinavie. Mesure basée sur l’étude de questionnaires)*. The Rockwood Foundation Research Unit, Copenhagen. 2003.

Salles R. *“Rapport sur le projet de loi relatif au renforcement de la lutte contre le travail clandestin”*, AN n° 3190, 1997.

Poignant, Chatel, Rapport sur *“le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises”*, n° 2429, juin 2005.

Taquet F., *“Brèves réflexions sur la notion de travail dissimulé suite à la loi n° 97-210 du 11 mars 1997”*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 22, 29 mai 1997, 658.

F. Scheider, *“The size and development of the shadow economies of 22 transition and 21 OCDE countries”*, IZA Discussion Paper, n° 514, Bonn, juin 2002.

Serverin E., *“L’application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal”*, Droit social, 1994, 654.

Seuvc J-F., *“Travail illégal : “travail dissimulé””*, Revue de science criminelle 1997, p. 880.

Silhol B., *“L’inspection du travail et le choix de l’action pénale”*, Droit social, 2000. no 11, pp. 959-963.

Supiot, A., *“Le travail en perspectives : une introduction”*, in *Le Travail en perspectives*, (ss dir.), Paris, LGDJ, 1998, p. 1.

Vachet G., *“Le contentieux prud’homal du travail dissimulé”*, Semaine Sociale Lamy - n° 1286 Supplément - 11/12/2006.

Verkindt P.-Y., *“Un revirement de la Cour de cassation en matière de travail dissimulé”* La Semaine Juridique Sociale n°7, 14 févr. 2006, 1139..

V..F., “*Indemnité forfaitaire ou indemnités de rupture : il faut choisir*”, Semaine Sociale Lamy - 2002.

Wacquant L., “*La tentation pénale en Europe*”, in Actes De La Recherche En Sciences Sociales, n°124, septembre 1994, pp. 3-6.

IV. - Documents officiels et jurisprudence

Documents officiels

Casier judiciaire national, Ministère de la Justice, in ACOSS, *Lutte contre le travail illégal. Bilan 2005*.

Clary G., Van Haecke Y., *Enquête sur l'emploi des saisonniers agricoles dans les Bouches du Rhône*, rapport n° 2001 118, novembre 2001.

Comité économique et social européen, *avis du 7 avril 2004*.

Commission des communautés européennes, Recommandation concernant “*l'amélioration et la simplification de l'environnement des entreprises en phase de démarrage.*”, 1997, J.O. n° L. 145 du 05/05/97.

Commission des communautés européennes, *Communication sur le travail non déclaré - COM (98) - 219*.

Commission des communautés européennes, Rapport sur “*La mise en oeuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation des services*”, avril 2006.

Commission des communautés européennes, Livre vert “*Moderniser le droit du travail pour répondre aux défis du XXI ème siècle*”, 2006.COM (2006) 708 final.

Commission des communautés européennes, proposition de directive prévoyant des sanctions à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, mai 2007.

Commission des communautés européennes, Communication “*Vers des principes communs de Flexisécurité : des emplois plus nombreux et de meilleures qualités en combinant flexibilité et sécurité*”, 27 juin 2007.

Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Bilan du plan national de lutte contre le travail illégal 2004-2005 et perspectives 2006-2007*, Ministère de l'emploi , de la cohésion sociale et du logement et Ministère délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelles des jeunes..

Conseil européen, *Décision sur les directives pour les politiques de l'emploi des Etats membres pour l'année 2001, 2000.*

Conseil européen, *Résolution du Conseil relative à la transformation du travail non déclaré en emploi régulier*, 2003/C 260/01.

Conseil européen, *Résolution relative à la transformation du travail non déclaré en emploi régulier-* JO C 260 du 29/10/2003.

Conseil des prélèvements obligatoires, *La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle*, La Documentation française, mars 2007.

Cour de cassation, Rapport annuel 2005, “*L'innovation technologique*”, Documentation française, p. 271 et s.

Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI), *Analyse de la verbalisation du travail illégal du travail illégal en 2005*, www.travail.gouv.fr .

Directive relative à *l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables at contrat ou à la relation de travail*, Directive 91/533/CEE J.O. n° L. 288/32 du 18/10/91.

Directive relative au *détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation des services*. Directive n° 96/71/CE du 16 décembre 1996.

DIRRES, “*Lutte contre le travail illégal - Bilan 2002*”, ACOSS, juin 2003.

Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice à fin 2005*, Paris, octobre 2006.

Ministère de la Justice, circulaire du 27 juillet 2005, *La politique pénale à l'encontre des auteurs d'infractions relatives au travail illégal*, Circ. Min. Justice DACG/SDJPS n° 0518/G4, 27 juillet 2005.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, circulaire du 9 novembre 1992, *Lutte contre le travail clandestin et application des dispositions de la loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991*, JO 18 nov. 1992, p. 15846.

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, circulaire du 27 juillet 2005 ; *politique pénale pour la répression des infractions relatives au travail illégal*.

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, Dépêche circulaire du 8 août 2005 : Lutte contre le travail illégal / Objectifs de contrôle fixés par le Comité interministériel de contrôle de l'immigration.

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, circulaire interministérielle n°06-D 103 du 27 février 2006 relative à la mise en oeuvre en 2006 d'opérations conjointes visant à lutter contre l'emploi d'étrangers sans titre de travail et le travail dissimulé.

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, dépêche circulaire du 26 mai 2006 relative à la lutte contre le travail illégal - plan national d'action pour 2006 et 2007.

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, circulaire du 13 juillet 2006 relative aux refus d'aides publiques en cas d'infractions à la législation sur la répression du travail illégal (DILTI/DGEFP/DGCL/DGFAR/DAESC).

Ministère de l'Emploi, de la cohésion sociale et du logement, Dépêche du 30 janvier 2007 concernant la circulaire interministérielle DGT/DACG/IGTT/DGF/AR/MISITEPSA sur le positionnement de l'inspection du travail dans la lutte contre l'emploi d'étrangers sans titre.

Organisation internationale du travail (OIT), convention n° 81 relative à la définition des missions de l'inspection du travail du 11 juillet 1947, www.ilo.org/global/lang.

Orseu, *Etude sur le travail au noir dans l'agriculture*, Commission européenne, 1997.

Programme de travail des partenaires sociaux européens 2003-2005 (CES - UNICE - UEA PME - CEEP) Bruxelles, 28 novembre 2002.

Programme de travail des partenaires sociaux européens 2005-2008 (CES - UNICE - UEA PME - CEEP) Bruxelles, 23 mars 2006.

Jurisprudence

Juridictions européennes :

Cour de Justice des communautés européennes

Arrêt Job Centre coop. arl du 11 décembre 1997 affaire préjudicielle C-55/96.

Arrêt Commission des Communautés européennes / Conseil de l'Union européenne du 13 septembre 2005,- affaire C-176/03.

Arrêt Commission contre France du 15 juin 2006, affaire C-255/04.

Juridictions judiciaires françaises :

Cour de cassation française

Cass. soc., 4 avr. 1990, n° 87-42.418 : Bull. civ. 1990, V, n° 158, p. 96, RJS 1990, p. 294 ; Liaisons soc. 90, D2.

Cass. crim., 27 sept. 1994, n° 93-84.665 : Bull. crim. 1994, n° 306, p. 744.

Cass. crim., 21 janv. 1997, n° 95-84.204 : Bull. crim. 1997, n° 21, p. 51, TPS. 1997, comm. 150, obs. P.-Y. Verkindt.

Cass. crim., 11 mars 1997, n° 9582009 : Bull. crim. 1997, n° 97, p. 322.

Cass. crim., 4 nov. 1997, n° 9686211 : Bull. crim. 1997, n° 372, p.1252, Rev sc. crim. 1998, p. 535, obs. B. Boulloc.

Cass. crim., 18 avril 2000, n° 99-86.048.
Cass. crim., 4 sept. 2001 n° 01-80.094.
Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 98-44.269 : Bull. civ. 2001, V, n° 320, p. 257.
Cass. crim., 22 janv. 2002, n° 01-81.114.
Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 2002, n°9916576 : Bull. civ. 2000, II, n° 5, p. 4, Rev. trim. de droit civil, avr.-juin 2002, n° 2, p. 306-308, note P. Jourdain.
Cass. crim., 12 mars 2002, n° 01-80.859, RJS 2002, n° 705 ; Dr. pénal 2002, comm. 87, obs. J-H. Robert.
Cass. soc., 15 oct. 2002, n°00-45.082 : Bull. Civ. 2002 V n° 312, p. 300, RJS 2002 n° 12/02, n° 1424.
Cass. soc., 15 oct. 2002, n° 01-46.240 : Bull. Civ. 2002 V, n° 311, p. 298.
Cass. crim., 22 oct. 2002, n°02-81859 : Bull. crim., n° 192, p. 717, Revue trim. de droit civil, janv.-mars 2004, n° 1, p. 127-128, note B. Vareille.
Cass. crim., 11 févr. 2003, n° 02-81.729 : Bull. crim. 2003, n° 30, p. 116., note Saint Jours Y., Recueil Dalloz 2003, n° 34.
Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-46.906 : Bull. civ. 2003, V, n° 80, p. 77.
Cass. soc., 10 juin 2003, n° 01-40.779 : Bull. civ. 2003 V, n° 190, p. 186.
Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-44.940 : Bull. civ. 2003, V, n° 268, p. 272.
Cass. soc., 16 juin 2004, n° 02-43.685, 02-43.686, 02-43.687, 02-43.688, 02-43.689, 02-43.690 : Bull. 2004, V, n° 171, p. 161.
Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-40.085 : Bull. civ. 2005, V, n° 13, p. 11.
Cass. soc. 19 janv. 2005, n° 02-46.967 : Bull. civ. 2005, n° 14, p. 12.
Cass. soc., 25 mai 2005, n° 02-44.468 : Bull. civ.2005, n° 181, p. 157, obs. RJS 8-9/05 n° 930.
Cass. crim., 22 nov. 2005, n° 05-80.167, Bulletin criminel 2005, n° 308, p. 1050, chr. Teyssié B., La semaine Juridique Edition générale, n° 39, 27 septembre 2006, I 173.2005.
Cass. soc., 29 juin 2005, n° 04-40.758, Bull. civ. 2005, V, n° 222, p. 194.
Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 04-85.558, Semaine Juridique Social n° 4, 24 janv. 2006, 1067, comm. A. Martinon.
Cass. crim., 27 sept. 2005, n° 05-80.170, Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 11, 16 mars 2006, 1468.
Cass. soc., 12 janv. 2006, n° 03-46.800, 03-43.105, 03-44.776, 03-44.777, 04-41.769, 04-40.991, 04-42.190 : Bull 2006, V n° 13, p. 10, RJS 3/06 n° 369.
Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-83.149, Bull. crim. 2006, n° 142, p. 514.
Cass. crim., 3 oct. 2006, n° 05-87.436, Bull. crim. 2006, n° 242, p. 861.
Cass. crim., 28 nov. 2006, n° 06-81.113, Bull. crim. 2006, n° 295, p. 1063, obs. Cah. soc. du Barreau de Paris, 01 avril 2007 n° 189, p. 155..

Juridictions administratives françaises :

Tribunal administratif de Marseille, jugement du 25 janvier 2007, n°0605319.

V. - Sites internet

www.cgt.fr

www.cohesionsociale.gouv.fr

www.europe.gouv.fr

www.ilo.org/global/lang

www.travail.gouv.fr .