

Paris, le 18 septembre 2007

Union Nationale des Affaires Sociales CGT
50, ter rue de Malte
75011 PARIS

et
Syndicat SNU-TEF (FSU)
Syndicat SUD Travail Affaires Sociales
Syndicat SYNTEF - CFDT

CONSEIL D'ETAT
Section du Contentieux
1, place du Palais-Royal
75100 PARIS cedex 01

à l'attention de Monsieur le Président
de la 1^{ère} sous section

Vos références : n° 307860

UNAS CGT c/secrétariat général du gouvernement

Objet : mémoire en réplique aux observations présentées par Monsieur le Premier ministre sur la requête des organisations syndicales du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité nationale demandant l'annulation du décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement.

Vous nous avez communiqué par lettre du 4 septembre 2007, les observations de Monsieur le Premier Ministre à la requête susvisée que nous avons déposée le 25 juillet 2007. Ces observations appellent de notre part les réponses suivantes.

I - Sur l'intérêt à agir des syndicats de l'inspection du travail et la recevabilité de la requête :

Les fonctionnaires et les syndicats qui défendent leurs intérêts collectifs ont qualité pour attaquer les dispositions prises par le pouvoir réglementaire même se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service dans la mesure où les dispositions en cause portent atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leur conditions de travail et d'emploi.

En l'occurrence, le décret est de nature à porter atteinte aux droits et prérogatives des fonctionnaires du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité nationale tout comme à leurs conditions de travail et d'emploi.

En effet, les dispositions du décret attaqué sont **de nature à porter atteinte à l'application régulière du droit du travail à laquelle les inspecteurs du travail doivent veiller**. Les syndicats requérants qui ont pour objet la défense des intérêts collectifs des agents du ministère du travail justifient, à ce titre, d'un intérêt leur donnant qualité pour demander l'annulation du décret.

En ce sens, la décision de votre haute juridiction n° 226261 du 27 juin 2001 (ci-jointe).

1 - Les dispositions du décret sont de nature à porter atteinte à l'application régulière du droit du travail à laquelle les inspecteurs du travail doivent veiller :

En attribuant au ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement, des compétences d'attribution spécifiques dans un domaine de droit du travail, l'article 1 du décret comporte des implications sur l'exercice des missions de contrôle des agents.

En effet, le décret entend conférer des compétences au ministère de l'immigration en matière de **lutte contre le travail illégal des étrangers**.

La notion de « lutte contre... » renvoie bien à une notion de recherche d'infractions et n'entend pas seulement définir un ensemble d'attributions.

Or, aux termes du code du travail, les agents de l'inspection du travail recherchent et constatent les infractions constitutives du travail illégal.

Les modes d'organisation mis en œuvre afin de rechercher et de constater les infractions de travail illégal peuvent donc bien être de nature à porter atteinte à l'application régulière du droit du travail.

Les syndicats requérants citent notamment à l'appui de leur requête, la lettre de mission de Monsieur le Président de la République au ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement qui fixe un certain nombre d'objectifs à remplir. Il est clairement indiqué dans cette lettre de mission que le ministère de l'immigration doit poursuivre la politique de lutte contre les filières d'immigration illégale et de travail clandestin. Parmi les indicateurs de résultats que le ministère de l'immigration doit avancer figurent **la lutte contre le travail clandestin et l'augmentation du nombre de reconduites à la frontière**.

Nous nous situons bien dans une logique d'orientation de l'action des services de contrôle et notamment l'action des services de l'inspection du travail.

Or, une telle orientation et une telle logique d'organisation qui fixent non des moyens mais des objectifs répressifs liés à la nationalité des personnes contrôlées peut avoir pour effet de porter atteinte à l'application régulière du droit du travail.

Les syndicats requérants qui ont pour objet la défense des intérêts collectifs des agents du ministère du travail justifient donc bien d'un intérêt leur donnant qualité pour demander l'annulation du décret.

2 - Au demeurant, on observera utilement qu'un projet de décret relatif aux compétences des ministres chargés respectivement du travail, de l'emploi, de l'immigration et de l'intégration en ce qui concerne les migrations de travail et la tutelle de l'agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations et modifiant le code du travail est en cours d'élaboration.

A la faveur de ce nouveau texte, l'autorité compétente pour fixer le modèle des autorisations de travail provisoires devient le ministre chargé de l'immigration ; les recours sur décision de refus d'autorisation de travail sont formés dorénavant auprès du ministre de l'immigration.

Or, au titre des éléments pris en compte pour refuser ou autoriser l'attribution d'une autorisation de travail figure le respect par l'employeur ou l'entreprise d'accueil de la législation relative au travail et à la protection sociale. Ce sont les agents du ministère du travail et particulièrement les agents de contrôle de l'inspection du travail qui sont chargés des enquêtes à ce titre.

La mise en place d'un ministère de l'immigration, de l'intégration et de l'identité nationale a donc bien des répercussions directes sur les droits, prérogatives, conditions de travail et d'emploi des fonctionnaires du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité nationale dont la portée n'est pas aujourd'hui mesurable.

La requête des organisations syndicales du ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité est donc bien recevable.

II – Le décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 en ce qu’il accorde des compétences et fixe des objectifs qui n’ont pas de fondement légal n’est pas un simple décret d’attribution.

Monsieur le Premier Ministre se contente d’affirmer sans le démontrer que la circonstance que le décret d’attribution fixe des compétences au ministre de l’immigration en matière de **lutte contre le travail illégal des étrangers**, n’a pas de conséquence sur la portée des dispositions ainsi visées et n’a ni pour objet, ni pour effet de créer une catégorie juridique nouvelle.

Monsieur le Premier Ministre cite, à cet égard et à l’instar de l’argumentation développée dans notre requête, les dispositions de la loi 2005-882 du 2 août 2005 qui a introduit dans le code du travail une définition du travail illégal. Mais Monsieur le Premier Ministre n’apporte aucune explication sur l’incidence d’un lien direct entre la qualité d’étranger et la commission d’une infraction au titre du travail illégal. Il n’apporte aucune contradiction au développement de notre requête relatif au fait que les situations juridiques diverses recouvertes par les dispositions de l’article L. 325-1 du code du travail peuvent être commises par des personnes physiques quelle que soit leur nationalité.

En effet, le décret entend conférer des compétences au ministère de l’immigration en matière de **lutte contre le travail illégal des étrangers**.

Sans vouloir entrer dans un débat sémantique, il nous semble nécessaire de souligner que :

La notion de « lutte contre... » renvoie bien à la recherche d’infractions et n’entend pas seulement définir un ensemble d’attributions.

L’intitulé du chapitre V – Titre II – livre III du code du travail qui comporte une définition du travail illégal est appelé « **répression du travail illégal** ».

L’article L. 325-1 qui arrête une définition du travail illégal dispose que les **infractions sont recherchées et constatées** par les agents de contrôle.

Toutes les infractions prévues au présent article sont passibles de sanctions pénales.

La compétence ainsi donnée à Monsieur le Ministre de l’immigration, de l’intégration, de l’identité nationale et du codéveloppement n’est donc pas seulement une compétence d’attribution mais a pour objet et pour effet de créer une catégorie juridique particulière puisqu’il s’agit bien de rechercher et de constater les infractions de travail illégal des étrangers et alors même qu’une telle infraction n’existe pas.

Soulignons à cet égard que le précédent gouvernement avait également cherché par voie de circulaire interministérielle (circulaire n°2006/D104 du 18 décembre 2006) à organiser la lutte contrele **travail dissimulé effectué par des étrangers et le prêt illicite de main d’œuvre étrangère**. Cette circulaire avait alors appelé une réaction de protestation de la part des syndicats de l’inspection du travail.

Un simple décret d’attribution dans le champ travail aurait consisté à accorder des compétences au ministre de l’immigration, de l’intégration, de l’identité nationale et du co-développement en matière d’emploi de salariés étrangers sans titre de travail – seule infraction prévue par la loi qui autorise une distinction en fonction de la nationalité de la personne employée (mais non en fonction de la nationalité du commettant de l’infraction).

En élargissant les compétences du ministre à un domaine répressif, non prévu par la loi, le décret dépasse la simple portée d’un décret d’attribution.

Les observations de Monsieur le Premier Ministre ne sauraient alors être retenues.

III - Le décret 2007-999 du 31 mai 2007 créé une catégorie juridique nouvelle, fondée sur une distinction par l'origine ou l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race ; une telle distinction est discriminatoire et constitue une rupture du principe d'égalité devant la loi.

Monsieur le Premier Ministre ne répond pas à l'incidence d'une caractérisation du travail illégal par la nationalité du commettant de l'infraction.

Il entend démontrer que le décret d'attribution n'a comme unique conséquence que de procéder à une évolution de la répartition des attributions entre ministres par rapport à celle qui prévalait sous les gouvernements antérieurs. Il affirme que cette évolution ne prend pas partie sur le contenu des mesures qui seront mises en œuvre dans le cadre de cette répartition des compétences et ne peut, par elle-même, être regardée comme constituant un traitement discriminatoire contraire à des normes juridiques supérieures.

Il argue que le décret prend simplement acte de la différence de situation des étrangers au regard de la législation du travail qui justifie qu'ils puissent être soumis à un régime juridique particulier.

Or, ainsi que nous le rappelions ci-dessus et soulignons dans notre requête, la seule disposition du code du travail relative au travail illégal et qui s'intéresse directement à la nationalité des personnes est « l'emploi d'étrangers sans titre de travail ».

Cependant, cette distinction ne vise qu'à permettre que les conditions d'emploi de salariés étrangers soient respectées par leurs employeurs. L'infraction à l'article L. 341-6 du code du travail qui est une des composantes des infractions au travail illégal est commise par une personne physique employeur dont la nationalité est indifférente. On notera que si le travailleur étranger doit être titulaire d'un titre ou d'une autorisation de travail pour exercer une activité en France (article L. 341-4 du code du travail), l'absence de possession du titre n'est pas constitutive d'une infraction de travail illégal.

En introduisant une notion juridique nouvelle liée à la qualité d'étranger de la personne qui commet une infraction de travail illégal, le décret institue une discrimination tenant à l'origine ethnique, nationale ou raciale et méconnaît le principe d'égalité.

Il contrevient donc bien ainsi à l'ensemble des normes juridiques supérieures que nous avons citées à l'appui de notre requête.

Enfin, il est loisible d'observer que dès après la parution du décret, les instructions et les mesures mises en œuvre par le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement dans le cadre de ses nouvelles compétences, ont été définies par des objectifs répressifs liés, non à la condamnation d'employeurs ayant commis des infractions mais à la reconduite à la frontière des salariés en situation irrégulière au regard du droit au séjour, voire en situation régulière au regard du droit au séjour mais démunis d'une autorisation de travail (article L. 511-1 8° du CESEDA).

Les objectifs définis par la lettre de mission de Monsieur le Président de la République citée à l'appui de notre requête sont en cela explicites – et au titre de la lutte contre le travail illégal, les seuls objectifs fixés à Monsieur le Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement sont des objectifs de reconduite à la frontière (cf. supra).

Le 12 septembre 2007, Monsieur le Ministre de l'immigration convoquait les préfets de départements pour leur rappeler que les objectifs de lutte contre le travail illégal pour l'année 2007 étaient fixés à 25 000 expulsions d'étrangers et qu'il convenait de mettre tout en œuvre pour atteindre ces objectifs (cf. articles de presse 13 septembre 2007).

Ces éléments confirmeraient, s'il en était besoin, que l'introduction dans la compétence du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement, d'attributions relatives au travail illégal des étrangers a des conséquences sur les mesures mises en œuvre dans le cadre de la répartition et que ces conséquences comportent un traitement discriminatoire des personnes.

Ainsi que nous le soulignons dans notre requête, la recherche d'infraction, en fonction de la nationalité du commettant de l'infraction contrevient aux dispositions des textes internationaux prohibant toute discrimination fondée sur l'appartenance à une ethnie, une nation ou une race. Elle constitue en outre un encouragement de l'état à mettre en œuvre des mesures de police judiciaire ou administrative de façon discriminatoire.

Là encore, les observations de Monsieur le Premier Ministre ne permettent pas d'écarter le moyen tiré du caractère discriminatoire des dispositions du décret. Elles ne peuvent être retenues.

IV – Sur l'incidence de la mise à disposition du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement de la Direction Générale du Travail sur le respect de la convention n° 81 de l'OIT sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce :

Soulignons préalablement que le fait que la DGT soit l'autorité centrale pour la seule inspection rattachée au ministère du travail, des relations sociales et de la solidarité, est sans incidence sur le contenu de la requête.

La mise à disposition permet à un ministre de faire appel en termes fonctionnels à une direction pour l'exercice de ses attributions.

Dans la présente organisation des services et comme précédemment évoqué, Monsieur le Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement a autorité, conjointement avec le ministère de l'intérieur, sur les préfets pour organiser des opérations de lutte contre le travail illégal des étrangers et arrêter des objectifs chiffrés de reconduite à la frontière.

Le décret n° 97-213 du 11 mars 1997 a mis en place des organes de coordination de la lutte contre le travail illégal.

Au plan départemental, a été créée une commission de lutte contre le travail illégal. Cette commission est présidée par le préfet ; les services de l'inspection du travail en sont membres. Cette commission élabore un programme départemental de lutte contre le travail illégal. Ce programme définit des objectifs départementaux au regard des orientations nationales. Il intègre les objectifs de politique pénale présentée à la commission par le procureur de la République.

La commission départementale de lutte contre le travail illégal doit donc prendre en compte les orientations et les objectifs fixés par le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du logement.

Les actions de contrôle nécessaires à la réalisation du programme départemental sont ensuite organisées dans le cadre d'un comité opérationnel de lutte contre le travail illégal. Les agents de l'inspection du travail sont amenés à participer à ces contrôles.

1 – Ces actions de contrôles, leurs modalités et leurs objectifs ont des conséquences sur l'action individuelle des inspecteurs du travail :

Il nous apparaît que lorsque les politiques mise en œuvre sont diligentées sur la base d'un argument juridiquement mal fondé, et en l'occurrence d'un argument discriminatoire, qui plus est, assorti d'objectifs sans rapport avec l'application du droit du travail, il en résulte des conséquences sur le positionnement et sur l'**action individuelle** des agents des services concernés.

On soulignera particulièrement les possibilités ouvertes par l'application de l'article L. 511-1 8° du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile (CESEDA). En effet, l'article L. 511-1 énumère les cas dans lesquels un étranger peut être reconduit à la frontière par suite d'un arrêté pris par le préfet de département. Il dispose que l'étranger qui, pendant la période de validité de son visa (...) a méconnu les dispositions de l'article L. 341-4 du code du travail, c'est-à-dire l'étranger qui ne dispose pas d'une autorisation de travail, peut être reconduit à la frontière.

Dans ce cas de figure, et même s'il est en situation régulière, l'étranger sans autorisation de travail peut faire l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière.

Les inspecteurs du travail ne sont pas chargés de faire appliquer l'article L. 511-1 du CESEDA.

Au contraire, la mission de l'inspection du travail consiste à relever les infractions commises par les employeurs d'une part, mais également de réhabiliter les travailleurs dans leurs droits.

Au regard du droit du travail, le travailleurs étranger sans titre de travail est considéré comme une victime et non comme un délinquant. Plusieurs dispositions du Code du Travail rappellent que l'étranger employé sans titre et sans autorisation de travail est assimilé à un travailleur régulièrement engagé en ce qui concerne les obligations de l'employeur relatives à la réglementation du travail (durée du travail, repos hebdomadaire, santé au travail, salaires et accessoires de salaire – article L. 341-6-1 du Code du Travail) ; qu'il a droit, en cas d'accident du travail, aux prestations de Sécurité Sociale ; qu'il bénéficie, en cas de rupture de la relation de travail, des indemnités légales de préavis et de licenciement ou, au minimum, si les moyens de preuve font défaut pour établir la durée de l'emploi, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire (article L. 341-6-1 du code du travail).

Or, les actions de contrôle engagées dans le cadre de la politique de « lutte contre le travail illégal des étrangers et d'augmentation du nombre de reconduite à la frontière » ont bien pour objectif de faire appliquer l'article L. 511-1 du CESEDA, quelle que soit la situation de l'étranger et non de concourir au respect du code du travail. Elles ont pour effet d'empêcher l'agent de l'inspection du travail de faire respecter les dispositions protectrices des salariés alors même que le code du travail rappelle expressément que celles-ci s'appliquent aux salariés étrangers en situation irrégulière au titre du droit au séjour – article L. 341-6-1 du Code du Travail précédemment cité.

En effet, ces opérations s'effectuent, de fait, sous le contrôle étroit des forces de police, mobilisées en nombre bien supérieur à celui des agents de l'inspection du travail. Les décisions prises à l'issue des opérations de contrôles effectuées dans ce cadre échappent à l'inspecteur du travail. La poursuite d'objectifs en terme de reconduite à la frontière de salariés étrangers ne permet pas à l'inspecteur du travail de mener à bien son action pour la régularisation des droits des étrangers embauchés sans titre de travail qu'il tire des dispositions du code du travail.

Il y a donc bien une incidence sur l'**action individuelle** des inspecteurs du travail et, **à ce titre, une mise en cause du principe général d'indépendance** posé par l'article 6 de la convention 81 de l'OIT sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce.

De fait, la seule disproportion numérique entre les effectifs d'agents de police et de gendarmerie (environ 250 000) et ceux des agents de contrôle de l'inspection du travail (1800 tous ministères confondus) suffirait à démontrer que la mobilisation conjointe des services dans une même politique répressive place au second rang l'action des services de l'inspection du travail pour la régularisation des droits des salariés étrangers embauchés sans titre de travail.

La fixation d'objectifs de reconduite à la frontière s'oppose à la liberté d'appréciation individuelle des suites à donner au contrôle et contrevient au respect de l'article 17 de la convention 81 de l'OIT.

La mise à disposition de l'inspection du travail pour exercer des actions de lutte contre le travail illégal des étrangers fait également obstacle à l'exercice des missions principales de l'inspection du travail en ce qu'elle écarte les agents de contrôle de l'inspection du travail de leur mission de protection des travailleurs et de lutte contre les discriminations dans le travail. Le BIT a déjà exprimé à plusieurs reprises sa préoccupation quant aux dérives générées par ces pratiques, sans effet à ce jour sur les orientations du gouvernement Français (voir notre mémoire initial p 8-9).

Il y a bien violation de l'article 3 de la convention n° 81 de l'OIT.

2 – La mise à disposition de la Direction Générale du Travail qui est l'autorité centrale de l'Inspection du Travail a bien pour effet de mettre les services de l'inspection du travail à la disposition du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement :

La simple mention, dans un document de présentation du décret, d'une réserve sur la mise à disposition de la DGT « dans le respect des règles conventionnelles et constitutionnelles établies notamment dans le cadre de la convention n° 81 (et non 91 comme mentionné par Monsieur le Premier Ministre) du 11 juillet 1947 de l'OIT relatif à l'inspection du travail » ne saurait constituer une garantie suffisante au respect des principes posés par la convention internationale sur l'inspection du travail. Et ce document, cité p.5 de la réponse de Monsieur le Ministre, non communiqué par ailleurs, n'a pas de portée juridique suffisante au regard de la portée du décret qui ne contient par lui-même aucune référence à la convention n° 81 de l'OIT.

En effet, quand bien même, la Direction Générale du Travail conserve ses missions de préparation, d'animation et de coordination de la politique travail et détermine ses orientations, les dispositions des décrets relatifs à la coordination des actions de lutte contre le travail illégal sont applicables indépendamment de l'action de la Direction Générale du Travail. C'est au titre notamment de ces actions de coordination que le Ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement sollicite la mise à disposition des services de l'inspection du travail.

Ainsi que nous le soulignons, la détermination des objectifs en la matière est fixée par Monsieur le Président de la République, le chiffrage est arrêté par Monsieur le Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement qui fixe les moyens et des résultats sont exigés des préfets. Il apparaît que la Direction Générale du Travail ne participe pas à l'élaboration des objectifs alors même que la participation des services de l'inspection du travail est prévue par les textes organisant les actions de coordination.

En introduisant dans le texte du décret une clause de mise à disposition de la Direction Générale du Travail, autorité centrale de l'inspection du travail, c'est bien une mise à disposition de l'inspection du travail, dans le cadre des politiques décidées par la Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement qui s'organise.

Enfin, dès lors que les objectifs fixés dans le cadre des opérations de lutte contre le travail illégal diligentées à la demande du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement sont sans rapport avec les missions de protection des travailleurs dévolues à l'inspection du travail, le décret a une incidence sur la définition des missions de l'inspection du travail (rappelons s'il en était besoin que le travail illégal des étrangers n'est pas une catégorie juridique existante), sur l'action des services de l'inspection et sur l'action individuelle des agents (qui n'ont pas pour mission de faire appliquer l'article L. 511-1 du CESEDA et de participer à des actions de reconduite à la frontière).

Là encore, les observations de Monsieur le Premier Ministre ne permettent pas d'écarter le moyen tiré de la violation des dispositions des articles 3, 6 et 17 de la convention n° 81 de l'OIT sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce. Elles ne peuvent être retenues.

Par tous ces motifs, et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, nous concluons au rejet des conclusions en réponse de Monsieur le Premier Ministre.

Plaise à votre haute juridiction d'accorder suite à notre demande et d'annuler les dispositions incriminées du décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du co-développement.

SOUS TOUTES RESERVES,

POUR L'UNAS CGT
La secrétaire nationale,

Sylvie DENOYER

(agissant également par mandat des secrétaires nationaux des syndicats signataires du recours SNU-TEF FSU, SUD Travail Affaires Sociales, Syntef-CFDT)

Pièces jointes :

Pièce n° 1 – arrêt du Conseil d’Etat - n° 226261 du 27 juin 2001

Pièce n°2 - Projet de décret relatif aux compétences des ministres chargés respectivement du travail, de l’emploi, de l’immigration.....et modifiant le code du travail.

Pièces n°3 – articles de presse :

L’ EXPRESS - 12 septembre 2006 – 19h42 article en ligne

LIBERATION du 13 septembre 2007