

L'essentiel en bref

1. Définition

Au sens de cette évaluation, le travail clandestin est l'activité professionnelle exercée par des ressortissants étrangers sans permis de séjour valable, donc sans permis de travail. L'emploi clandestin peut être partiellement déclaré (travail au gris) ou pas du tout (travail au noir).

2. Contexte

Les mesures cantonales de répression de l'emploi clandestin s'inscrivent dans un contexte où le rôle du canton est particulièrement restreint par la législation fédérale. La Confédération décide du nombre de permis de travail à disposition par secteur économique et impose une politique d'immigration restrictive. Le canton doit appliquer cette politique et la législation qui la soutient, même s'il peut négocier le nombre de permis et les cas humanitaires.

Dès la fin de la deuxième guerre mondiale, la Suisse a orienté sa politique d'immigration en fonction d'un soutien à l'économie. L'accès au marché du travail pour les étrangers y est strictement réglementé par des contingents de permis. Aujourd'hui, la politique fédérale, qualifiée de "politique des deux cercles", privilégie avant tout les ressortissants de l'Union européenne (UE) et de l'AELE, alors que les travailleurs d'autres nationalités ne sont que très difficilement admis. De plus, les contingents de permis de travail sont réservés au personnel hautement qualifié et ne répondent que partiellement aux besoins des économies cantonales. Ainsi de nombreux emplois non qualifiés, pénibles ou à bas salaires ne sont pas alloués, ce qui incite à recourir aux employés clandestins.

Il y a donc une réelle tension entre les restrictions à l'immigration, une politique orientée vers les branches les plus performantes et donc vers les hautes qualifications (objectif de la politique fédérale) d'une part et d'autre part les besoins en main d'œuvre à basses qualifications ("l'intérêt économique" des secteurs et des régions). Le peu de permis attribués à ce type de main d'œuvre, ainsi que les bas salaires pratiqués, prédestinent ces emplois à une main d'œuvre "au noir" ou clandestine. Cette tension est déjà relevée en novembre 2000 par le Conseil d'Etat genevois dans sa réponse à la consultation sur la nouvelle loi sur les étrangers:

"la volonté de ne pas tenir compte de la nécessité pour divers secteurs de l'économie d'une main-d'œuvre relativement peu qualifiée ne peut qu'avoir pour conséquence un développement du travail au noir que la LEtr [projet de loi fédérale sur les étrangers] entend par ailleurs réprimer plus vigoureusement. Il s'agit non seulement d'un paradoxe mais de la mise en œuvre d'une politique inadéquate face à un phénomène dont les conséquences sont désastreuses aussi bien d'un point de vue humain que du point de vue économique" (cf. annexe 9.5).

Devant ce dilemme entre la satisfaction des besoins de l'économie et les restrictions à l'immigration, **la législation fédérale donne la priorité à la répression du séjour illégal des étrangers, et non pas du travail effectué sans permis** : les sanctions sont plus fortes et la répression plus effective pour le premier que pour le second.

3. Priorités et limites

Très concrètement, c'est le séjour illégal et non le travail clandestin qui est la cible prioritaire de la répression. Cela a deux conséquences pour l'évaluation : 1) en pratique, les employés sont plus "visés" puisqu'ils sont les seuls à être en séjour illégal. Les employeurs ne sont qu'indirectement touchés. 2) Les agents de contrôle du séjour illégal des employés clandestins sont beaucoup plus nombreux: police, gardes-frontières, Office cantonal de la population (OCP) que ceux affectés au contrôle des employeurs: Office de la main d'œuvre étrangère (8 inspecteurs OME), police (rare).

Ainsi, 77% des employés clandestins interpellés le sont par la police (67% lors de contrôles de routine, plus 10% à la suite d'un délit ou accident), 13% par les douanes et seulement 5% d'entre eux sont identifiés par l'OME.

Cette réalité fait qu'une évaluation stricte de la répression du travail clandestin se heurte à des limites, car il est souvent difficile de distinguer dans les statistiques, les discours et les pratiques, ce qui relève du séjour ou de l'emploi clandestin.

4. Genève

Les autorités cantonales développent une orientation pragmatique et utilisent leur marge de manœuvre pour répondre tant aux besoins des secteurs à faible productivité ou en attente de restructuration, qu'aux obligations légales, et à des demandes d'humanisation de la politique migratoire. Cela se traduit notamment ainsi :

- Pas de politique générale, au sens où il n'y a pas d'objectifs politiques formulés à l'égard de cette question, ni de mesures conséquentes pour les réaliser.
- A tous les échelons, pas de directives précises aux fonctionnaires (même s'il existe des lignes générales d'action).
- Des organes d'intervention multiples et des compétences enchevêtrées (ex: entre police et OCP), chacun intervenant sur son "territoire" (l'OCP pour l'employé clandestin, l'OME pour l'employeur), sans systématique dans la communication, sans coopération réelle.

5. Faits et chiffres

En l'espace de trois ans (1999-2001), l'Office de la main d'œuvre étrangère (OME) a mené 1'882 enquêtes dans les entreprises genevoises, à la suite desquelles 1'304 employeurs ont été sanctionnés¹. L'Office fédéral des étrangers (OFE) a prononcé sur une période équivalente 888 interdictions d'entrées pour des cas transmis par le canton de Genève.

Sur cette base, 396 dossiers d'employés clandestins sanctionnés par une interdiction d'entrée sur le territoire suisse ont été analysés. Cet échantillon a permis de retrouver des employés actuels et d'anciens employés clandestins sanctionnés et de les interroger soit dans leur pays d'origine, soit en Suisse. Ainsi 47 témoignages d'employés clandestins et 20 d'employeurs ont été recueillis.

L'enquête sur les dossiers d'interdictions d'entrée montre que les employés clandestins travaillent principalement dans le secteur de l'économie domestique (44%) et l'hôtellerie-restauration (17%). La majorité des employés clandestins sont des femmes (63%). Dans la

¹ Au 6 mars 2003, on dénombre 12'086 entreprises ayant un ou plusieurs salariés et qui ont une adresse à Genève. Cela représente environ 180'000 employés (source: OCIRT).

grande majorité des cas, les employés clandestins ont été découverts à la suite d'un contrôle de routine de la police (67%). Un quart (26%) de ces personnes interpellées recevront une amende. Dans 40% des cas (sur 396 dossiers), l'employeur n'est pas dénoncé par son employé. Lorsque l'employeur est dénoncé et que son nom est transmis à l'OME, la probabilité est grande qu'il échappe au contrôle puisque seulement 32% des employeurs identifiés se voient infliger une amende. De ceux-là il faut encore en déduire une partie (20%) qui ne paie pas l'amende. Finalement, sur le total des 396 dossiers d'employés clandestins sanctionnés d'un renvoi et d'une interdiction d'entrée qui ont été étudiés, seuls 15% des employeurs payeront une amende.

En moyenne, l'amende reçue par un employé clandestin est de 1'735 francs, tandis que celle reçue par un employeur est de 2'072 francs. Lorsqu'il est prononcé, le renvoi s'effectue soit par un départ "spontané" (cartes de sortie: 46%), soit accompagné de la police (refoulements par avion: 44%).

6. Inégalités

L'évaluation met en évidence des inégalités de traitement et de situations qui résultent de la législation et de ses fondements. On constate ainsi des inégalités :

- Entre employeurs et employés : les premiers ne sont punissables que pour le travail, les employés pour le travail et le séjour. Les employeurs sont seulement amendables, les employés sont amendables et expulsables. Les employeurs sont *de facto* soumis à un seul type de contrôleur (l'OME), les employés à plusieurs (police, OCP, gardes-frontières). Les amendes infligées aux employés clandestins et à leurs employeurs ne sont guères différentes, alors que les barèmes en vigueur le sont, etc.
- Entre employeurs : les employeurs majoritaires (économie domestique) ne sont pas ou peu contrôlés. En effet ils peuvent être contrôlés après dénonciation par leur employé lors de l'interpellation, mais ceux-ci ne les dénoncent pas dans la majorité des cas. Les grandes entreprises sont plus difficiles à contrôler à l'improviste (taille, locaux, services de sécurité) que les petites. Des secteurs semblent épargnés (banques, assurances, grands magasins), notamment parce que leurs clandestins sont moins « visibles » (ressortissants de l'Union européenne). L'employeur pourra être contrôlé dans son établissement (sauf pour l'économie domestique), avec ou sans préavis, ou à l'OME, sur rendez-vous.
- Entre employés : étant donné l'absence de directives précises, la marge d'appréciation des fonctionnaires est grande (voir le "travail d'initiative" des policiers, qui procèdent aux trois quarts des interpellations). En effet, le même employé clandestin, selon qu'il est confronté à tel ou tel policier, inspecteur de l'OME ou fonctionnaire de l'OCP, peut être soit renvoyé immédiatement, soit "remis sur le trottoir" avec une carte de sortie, il sera sanctionné par une interdiction d'entrée sur le territoire ou pas, etc. Par ailleurs, le risque de se faire prendre est aléatoire. La probabilité d'être interpellé et sanctionné augmente toutefois en fonction de certains paramètres: nationalité (ressortissants de l'Union européenne ou non), couleur de peau, travail impliquant des déplacements (économie domestique), refoulement possible ou non selon le pays d'origine, etc.
- Aucune démarche systématique n'est entreprise par les autorités pour récupérer les cotisations sociales et les impôts non versés par les employeurs.

Sur la base de ces constats, notre commission propose au Conseil d'Etat sept recommandations qui visent trois objectifs: 1) garantir la transparence des procédures et l'égalité de traitement pour tous les acteurs, 2) obtenir une vision globale et documentée de la situation et 3) soutenir des mesures de prévention.