

**TRAVAILLEURS ÉTRANGERS** Travailleur en situation irrégulière – Rupture du contrat de travail  
– Irrégularité constituant une cause objective – Exclusion de principe des dispositions relatives au licenciement – Exception – Employeur se plaçant sur un terrain disciplinaire.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 juillet 2012  
D. contre Société Place Net (pourvoi n°11-18.840)

**Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. D., qui avait été engagé le 6 novembre 2007 par la société Place Net Tp en qualité de conducteur d'engins, a été licencié le 29 décembre 2008 pour faute grave au motif d'absence d'autorisation de travail valable sur le territoire français ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement de diverses indemnités au titre de la rupture du contrat de travail ;**

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

**Vu l'article L. 1232-6 du code du travail ;**

**Attendu que pour débouter le salarié de toutes ses demandes relatives au licenciement, l'arrêt retient que l'employeur a introduit le grief fautif en relatant dans la lettre de licenciement que les vérifications menées par la préfecture lui avaient fait découvrir que le salarié n'avait pas les « papiers nécessaires », ce qui revenait exactement à dire que celui-ci avait présenté des documents sans valeur, et que la préfecture estimant que le titre de séjour était un faux, l'irrégularité administrative résultait donc de la commission d'une fraude constitutive d'une faute grave exclusive de toute indemnité ;**

**Attendu cependant que si l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail exclusive de l'application des dispositions relatives aux**

**licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, elle n'est pas constitutive en soi d'une faute privative des indemnités de rupture ; que l'employeur qui entend invoquer une faute grave distincte de la seule irrégularité de l'emploi doit donc en faire état dans la lettre de licenciement ;**

**Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la lettre de rupture mentionnait comme seul motif le fait que le salarié ne possédait pas d'autorisation de travail valable sur le territoire français, sans invoquer la production d'un faux titre de séjour, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

**Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner au paiement d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement alors, selon le moyen, que les dispositions de l'article L. 1232-2 du code du travail ne s'appliquent pas à la rupture du contrat d'un salarié étranger motivée par son emploi irrégulier ; qu'en accordant au salarié étranger dont la rupture du contrat de travail était motivée par son emploi irrégulier une indemnité pour irrégularité de procédure, la cour d'appel a violé l'article L. 8252-2 du code du travail ;**

**Mais attendu que l'employeur qui s'est placé sur le terrain disciplinaire en licenciant pour faute grave un salarié en situation irrégulière doit respecter les dispositions**

**relatives à la procédure disciplinaire ; que la cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas établi que l'entretien préalable ait eu lieu dans les délais légaux, n'encourt pas le grief du moyen ;**

**Par ces motifs**

**Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de paiement de salaire pour la période de mise à pied conservatoire et d'indemnités de rupture, l'arrêt rendu le 27 octobre 2010, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai ;**

**(M. Lacabarats, prés. – Mme Grivel, rapp. – M. Legoux, av. gén. – SCP Yves et Blaise Capron, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, av.)**

## Note.

Les dossiers du CPE et du CNE ont mis en évidence le lien entre l'application des règles du licenciement issues de la réforme de 1973 et le respect de la dignité du travailleur. Tout licenciement doit être causé (condition reprise par l'accord sur la modernisation du marché du travail de 2008), et le motif porté à la connaissance du salarié avant la décision de l'employeur. L'on pourrait penser que cette prise de conscience bénéficie à tous les salariés. Les travailleurs étrangers en situation irrégulière (1) se voient pourtant refuser le bénéfice des règles communes, leur licenciement, malgré quelques nuances jurisprudentielles, se rattachant à une sorte de régime spécial, dont le caractère discriminatoire apparaît, malgré des analyses trompeuses.

Les faits de l'espèce sont classiques. M. Dembele, engagé en novembre 2007 par une société de démolition-terrassier comme conducteur d'engins, est mis à pied, puis licencié le 29 décembre 2008 pour faute grave, la lettre de licenciement précisant ainsi le motif : « *vous n'aviez pas les papiers nécessaires vous autorisant à travailler en France, ce qui nous a été confirmé par la préfecture* ». Ses demandes d'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'indemnités de rupture sont rejetées par les juges du fond, pour lesquels le licenciement est bien causé, et la faute grave constituée. Par contre, la Cour d'appel d'Amiens condamne l'employeur au paiement d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement.

L'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens est cassé sur deux points : il a débouté le salarié de sa demande de paiement de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, et il lui a refusé les indemnités de rupture. La Chambre sociale, dans cet arrêt du 4 juillet 2012, élabore, quant à elle, un

véritable régime dérogatoire applicable au licenciement d'un salarié étranger employé sans l'autorisation nécessaire. Mais cette orientation, quelle que soit sa fermeté actuelle, n'est pas tenable.

## I. Un régime spécial

Le code du travail (article L. 8251-1) interdit aux employeurs d'embaucher et d'employer, pour quelque durée que ce soit, un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, dès lors que l'intéressé ne relève pas, comme les ressortissants des États de l'Union Européenne, de règles assurant le libre accès à l'emploi. Dans la pratique, très nombreux sont les travailleurs embauchés « *sans papiers* », parfois par des employeurs qui les appuient de bonne foi pour une demande de régularisation de situation, mais souvent dans la plus grande hypocrisie. Et selon un scénario connu, lorsque l'entreprise « découvre » la situation irrégulière, elle licencie, se prévalant d'une faute grave de l'intéressé lorsque la préfecture fait savoir que le titre présenté est un faux, ce qui évite le paiement des indemnités de préavis et de licenciement.

Or, depuis la loi du 17 octobre 1981, votée au début de la présidence de François Mitterrand, le déséquilibre et la vulnérabilité caractérisant la situation de l'étranger en situation irrégulière est reconnu : il a droit, « *au titre de la période d'emploi illicite* », au paiement des salaires et accessoires et, en cas de rupture, à une indemnité forfaitaire (d'abord égale à un mois de salaire, puis portée à trois mois par la loi du 16 juin 2011), à moins que l'application des règles relatives au préavis, à l'indemnité de licenciement ou à l'indemnité de précarité (pour un CDD) « *ne conduise à une situation plus favorable* ». Et le législateur a clairement exprimé son intention de faire de l'indemnité forfaitaire un droit plancher, un minimum, en ajoutant que « *ceci ne fait pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions* ». Notons que le texte, en visant la période d'emploi illicite, n'accorde aucun effet particulier à la falsification du titre de séjour ou de travail, et vise purement et simplement l'assimilation de l'étranger sans papiers à tout salarié régulièrement engagé. Comme l'avait dit la Cour de cassation dès les années 1960 (2), l'employeur a commis une infraction pénale et a « *bénéficié du travail de l'ouvrier irrégulièrement embauché* », ce qui permet de qualifier l'approche de la loi du 17 octobre 1981 non pas de « *réaliste* » (3), mais de juste, ou d'évoquer en termes civilistes l'enrichissement sans cause.

(1) Sur l'appellation d'« *étranger sans titre* » introduite par la loi du 16 juin 2011 et sa critique, v. H. Guichaoua, « *Emploi illégal des salariés étrangers : ambigüités et insuffisances de la loi du 16 juin 2011* », Dr. Ouv. 2012.340.

(2) Soc. 1<sup>er</sup> mars 1961, Bull. civ. V, n° 268 ; Soc. 9 févr. 1966, Bull. civ. V, n° 156.

(3) Selon l'expression discutable du conseiller P. Bailly, « *Le travailleur étranger sans papiers n'est pas dépourvu de tout recours en cas de rupture de son contrat* », in « *Controverse* » RDT 2011, 221s. V. aussi la note N. Ferré, RDT 2011.718.

L'on sait qu'une jurisprudence développée en 2008 a réduit la portée de l'assimilation évoquée en considérant que le texte (article L. 341-6-1 alinéas 2 à 6, devenu l'article L. 8252-2) excluait l'application du droit commun du licenciement. L'arrêt du 29 janvier 2008 n'hésitait pas à affirmer « *que l'article 7 de la convention 158 de l'OIT ne visant que les licenciements pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié, ne trouve pas à s'appliquer à la rupture du contrat de travail d'un étranger motivée par son emploi en violation des dispositions (du Code du travail)* ». Dans son arrêt du 4 juillet 2012 (ci-dessus), la Chambre sociale va plus loin, employant une formule qui verrouille le système : « *(si) l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail, exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.* ».

Ce n'est plus une prétendue interprétation (exégétique ? (4)) de l'article L. 8252-2 qui fonde l'exclusion du droit commun du licenciement, c'est une analyse de la cause de la rupture : la situation illégale de l'étranger est une cause objective de licenciement, et cela « *nécessairement* ». Dans un contexte de future réforme du marché du travail, où les situations de précarité sont plus que jamais soulignées, la Cour de cassation renforce la vulnérabilité des plus faibles, ratifie une forme d'exclusion. La « *cause objective de licenciement* », nouvelle catégorie, évacue les questions du sérieux et de la réalité de la cause et, dans la foulée, celle de la procédure de licenciement.

Sur ce dernier point, l'arrêt du 4 juillet 2012 est particulièrement critiquable, en admettant qu'au seul constat de l'absence de titre régulier de l'étranger, celui-ci peut être congédié sans forme, sans l'entretien préalable qui doit permettre à un salarié licencié de connaître les griefs de l'employeur et d'être traité avec un minimum de dignité.

Il y a certes une nuance : si l'employeur se place lui-même sur le terrain disciplinaire, comme c'était le cas en l'espèce puisque la société se prévalait d'une faute grave (résultant de la présentation de documents sans valeur), il doit respecter la procédure. Mais peut-on se satisfaire d'une solution qui fait dépendre le respect des formes du licenciement du comportement, du bon vouloir de l'employeur. Viennent à l'esprit les errements de la jurisprudence des années 1970 sur la rupture « non imputable » à l'employeur consécutive à une longue maladie : avant d'affirmer le caractère obligatoire de la procédure de licenciement, la Chambre sociale fit d'abord découler de l'attitude de

l'entreprise (s'était-elle placée elle-même sur le terrain d'un licenciement ?) le régime applicable (5). Ce rappel fait penser à une jurisprudence de transition.

## II. Un régime intenable

L'on pourrait se contenter d'enregistrer les apports de l'arrêt rapporté en relevant, en particulier, que le seul fait pour un étranger d'avoir obtenu son embauche en présentant des papiers sans valeur n'est pas nécessairement constitutif d'une faute grave (« *l'irrégularité de situation d'un travailleur étranger [...] n'est pas constitutive en soi d'une faute privative des indemnités de rupture* »). Il appartient à l'employeur qui entend se prévaloir d'une faute grave distincte de la simple irrégularité de l'emploi d'en faire état dans la lettre de licenciement et de l'établir. Si critiquable que soit la solution consistant à ne prévoir l'application de la procédure de licenciement qu'en fonction des choix de l'employeur, c'est en même temps la preuve que l'exclusion systématique de la procédure de licenciement pour le « *sans papiers* » n'est pas tenable.

L'on doit surtout s'interroger sur la cohérence des solutions. La Chambre sociale ne se situe pas sur le terrain de la nullité du contrat de travail, malgré la lettre de l'article L. 8252-2, qui parle de « *période d'emploi illicite* » et de « *relation de travail* ». La Cour traite bien de la rupture du contrat de travail, mais une rupture qui échappe au droit de licenciement. Pour l'ensemble des salariés, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur n'est conforme au droit qu'en présence d'une cause réelle et sérieuse et après respect d'une procédure ; pour l'étranger sans papiers la rupture a nécessairement une cause objective et intervient sans forme.

Le tâtonnement de la Chambre sociale est perceptible s'agissant du droit ouvert par le texte au salarié étranger en situation illégale de demander l'indemnisation d'un préjudice non réparé par l'indemnité forfaitaire. Après avoir admis que le travailleur étranger dont l'employeur a empêché une régularisation qui était possible peut prétendre au paiement d'une indemnité distincte (réparant la perte de son emploi ?) (6), la Chambre sociale a précisé que le seul fait que l'employeur ait eu connaissance, au moment de l'embauche, de la situation irrégulière n'ouvre pas droit au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (7). Mais un arrêt plus récent (8) a ouvert une voie intéressante à l'étranger en situation illégale, qui subit de ce fait une exploitation rendue plus facile. La Chambre sociale a approuvé les juges du fond d'avoir condamné les employeurs d'une Cap-verdienne à lui verser une indemnité réparant les conditions discriminatoires d'emploi, en soulignant que, selon les juges d'appel, la

(4) V. Gisti RDT, avril 2011- et la formule de l'arrêt du 13 nov. 2008, 07-40689, Dr. Ouv. 2009.300, n. V. Lacoste-Mary.

(5) V. X. Blanc-Jouvan, « *Initiative et imputabilité, un éclatement de la notion de licenciement* », Dr. soc. 1981, 207.

(6) L'arrêt ne précise pas (Soc. 29 janv. 2008, n° 06-41059) ; le conseiller Bailly n'hésite pas à aller dans ce sens (RDT 2011, débat précité, p.222).

(7) Soc. 25 mars 2009, n° 07-44751.

(8) Soc. 3 nov. 2011, n° 10-20765, arrêt curieusement non publié.

situation irrégulière de l'intéressée avait entraîné pour la salariée la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse : discrimination indirecte en raison de l'origine, donc.

Comment ne pas voir le caractère pourtant lui-même discriminatoire de la jurisprudence de la Chambre sociale ? S'il est vrai que le droit européen ne traite pas de la rupture de la « relation de travail », tout en imposant à l'employeur « de verser tout salaire impayé au ressortissant d'un pays tiers employé illégalement » (9), il laisse précisément libre le juge national dans l'interprétation de la loi nationale. L'on peut relever que parler de cause objective de rupture, tout en ajoutant qu'elle est « exclusive des dispositions relatives aux licenciements », est contradictoire. Car si l'on exclut l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, l'on applique le droit antérieur à 1973 et l'on raisonne en termes de rupture éventuellement abusive. En introduisant cette notion de « cause objective » (qui existe nécessairement), la Cour de cassation parvient même à réduire indirectement les hypothèses d'indemnisation du salarié « sans papiers » pour rupture abusive de son contrat de travail (abus dans les moyens ?), tout en allégeant grandement la tâche de l'employeur sur le terrain de la preuve (sauf s'il se prévaut d'une faute grave).

De la cause « objective » à la cause réelle et sérieuse, la distance n'est pourtant pas si grande. L'on peut penser

en effet que, si la Chambre sociale affirmait l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, celle-ci serait constatée dans un grand nombre de cas. La situation illégale de l'étranger est une cause « réelle ». Mais comment parler de cause « sérieuse », indépendamment d'une analyse du comportement de l'employeur (10), qui a souvent profité de la situation pendant des mois, voire des années, et qui a l'obligation, depuis 2007 (11), de vérifier auprès des autorités préfectorales l'authenticité des cartes de séjour ?

La question fondamentale est finalement celle de la justiciabilité des droits sociaux pour les étrangers. Depuis 1973, le droit de licencier est subordonné à l'existence d'une cause dont le juge contrôle la réalité et le sérieux, ainsi qu'à un minimum de procédure préalable. Ceci crée des droits pour les salariés. Pour les étrangers, la superposition sur le contrat de travail d'exigences administratives rattachées au contrôle de l'immigration conduit, selon cette dernière jurisprudence, à un régime dérogatoire. L'étranger en situation illégale se heurte au refus du juge saisi de tirer des conséquences de la loi de 1973 : ici pas de contrôle du motif sur le terrain contractuel, pas de procédure obligatoire et une application distributive, sélective, de l'article L. 1232-6 (visé).

Comment ne pas évoquer l'expression d'un auteur, parlant de « salariat bridé » (12) ?

**Michèle Bonnechère,**

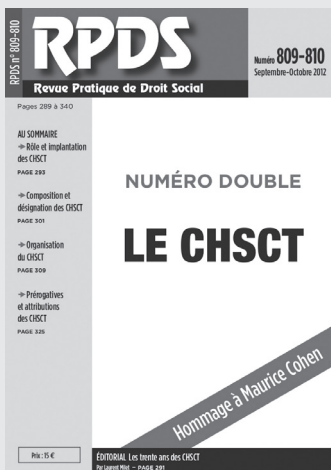
*Professeur à l'Université d'Evry Val d'Essonne*

(9) Directive 2009/52 du 18 juin 2009, concernant des normes minimales sur les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, article 6.

(10) En ce sens par exemple, Cour d'appel de Paris, 11 mars 2008, cassé par Cass. Soc. 8 déc. 2009, n° 08-42100.

(11) Loi du 1er juill. 2007, articles L. 5221-8 et R. 5221-4 et s. du Code du travail. Cette obligation devrait conduire les juges du fond à attacher de l'importance au temps écoulé entre l'embauche et le congédiement.

(12) Yann Moulouier Boutang, *De l'esclavage au salariat. Economie historique du salariat bridé*, PUF 1998. L'expression est reprise par S. Slama à propos de la grève, « Travailleurs sans papiers : un droit de grève « bridé » ? Intervention au colloque du 28 mai 2010 sur « Le respect des droits fondamentaux sur les lieux de travail », Dr. Ouv. 2011.65, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>



## RPDS 809-810 Septembre-octobre 2012 Numéro spécial double

Au sommaire : **Le CHSCT**

**Rôle et implantation des CHSCT**  
**Composition et désignation des CHSCT**  
**Organisation du CHSCT**  
**Prérogatives et attributions des CHSCT**

**Editorial** : Les trente ans des CHSCT

**Cahier spécial** : Hommage à Maurice Cohen

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS, commande à NSA La Vie Ouvrière, BP 88, 27190 Conches en Ouche. Prix du numéro : 15 euros (+ forfait de 3 euros par envoi). Abonnement : 77 euros par an uniquement à RPDS, 263, rue de Paris, case 600, 93516 Montreuil cedex. Commandes et abonnement en ligne sur notre site Internet [www.nvo.fr](http://www.nvo.fr) ou [www.lecodedutravail.fr](http://www.lecodedutravail.fr)