

Droit du travail et police des étrangers : la Chambre sociale tournerait-elle le dos aux droits fondamentaux ?

par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences HDR
à l'Université de Cergy-Pontoise, LEJEP et Sophie MISIRACA, Avocate au Barreau de Paris, Chargée d'enseignement à l'Université de Cergy-Pontoise

À Juliette

PLAN

- I. Une appréciation erronée de la réglementation de la police des étrangers
- II. La neutralisation du droit du travail par la logique des politiques migratoires

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 15 mars 2017 (reproduit ci-après), gratifié de la mention « PBRI » et d'une « note explicative », ne se prête pas à une analyse critique ordinaire en ce sens où il ne s'agit pas seulement de soutenir qu'une autre interprétation de la règle de droit eut été possible, voire opportune. En effet, au-delà du pluralisme des opinions doctrinales, un ensemble de textes élaborés à l'échelle internationale, régionale et nationale convergent pour reconnaître à tous les travailleurs un socle de droits fondamentaux attachés à leur personne dont l'exercice est indifférent à la validité du contrat de travail et, partant, à la réglementation de la police des étrangers. La protection de la maternité, parce qu'elle est aux confins de plusieurs prérogatives (le droit à la santé et à la sécurité, l'intérêt de l'enfant à naître, le droit au respect de la vie privée et familiale, l'interdiction des discriminations) compte parmi ces droits. C'est pourquoi, en déniaut à une salariée étrangère prétendument dépourvue de titre de travail le droit à la protection de la femme enceinte contre le licenciement, la Cour de cassation s'engage sur une voie aussi périlleuse qu'affligeante. Au-delà de l'analyse très contestable de la situation de la salariée au regard de la réglementation de la police des étrangers (I), la solution retenue s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence qui, en faisant systématiquement prévaloir une disposition relative à la police des étrangers, a pour effet de neutraliser les règles du droit du travail au profit d'une logique qui lui est étrangère, celle du droit de l'immigration (1) (II).

I. Une appréciation erronée de la réglementation de la police des étrangers

Une salariée, de nationalité marocaine, titulaire d'une carte de séjour « Vie privée et familiale » avec autorisation de travail expirant le 31 octobre 2010, a été engagée le 25 octobre 2010 en qualité d'auxiliaire parentale à raison de 41 heures par semaine (sans que cette heure supplémentaire ne donne lieu à majoration !) pour assurer la garde d'un enfant ainsi que diverses tâches ménagères. Le 31 janvier 2011, un avenant à son contrat de travail prévoyait qu'à compter du 1^{er} février, elle serait également chargée de la garde des deux autres enfants du couple en dehors des horaires de classe. La durée du travail de la salariée était ainsi portée à 48 heures

par semaine. Son titre de séjour « Vie privée et vie familiale » arrivant à expiration, elle en a sollicité le renouvellement auprès de la préfecture qui a fixé un rendez-vous le 29 mars 2011. C'est à cette occasion qu'un récépissé de demande de renouvellement de son titre de séjour « Vie privée et familiale », valable jusqu'au 28 juin 2011, lui a été remis. Parallèlement à la demande de renouvellement de son titre « Vie privée et familiale », la salariée engageait, avec le soutien de ses employeurs, une procédure de changement de statut en vue de l'obtention d'un titre de séjour « Salarié ». Le 26 avril, les employeurs recevaient un courrier de la préfecture leur notifiant le refus de

(1) GISTI, « Travailleurs sans papiers : sans papiers, mais travailleurs », RDT 2011, p. 221.

délivrance de ce titre de séjour « Salarié » et, corrélativement, l'interdiction pour la salariée d'exercer une activité salariée en France. Toutefois, ce refus et l'interdiction de travailler ne concernaient que la demande de changement de statut et n'affectaient nullement la régularité du séjour constatée par la délivrance du récépissé préfectoral relatif à la demande de renouvellement du titre « Vie privée et familiale » emportant l'autorisation de travailler. Les employeurs ont d'ailleurs continué à lui fournir du travail jusqu'au 29 avril 2011, ce qui laisse supposer qu'ils n'ignoraient pas sa situation administrative. Comment aurait-il pu en être autrement alors que, selon les articles L.5221-8, R. 5221-41 et R. 5221-4 du Code du travail, il appartient à l'employeur de s'assurer que le salarié est muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ? En l'espèce, les employeurs étaient nécessairement informés de la demande de renouvellement du titre de séjour « Vie privée et familiale » de leur salariée, celui-ci ayant expiré quelques jours seulement après son embauche. Est-il concevable que, du 1^{er} novembre 2010 au 2 mai 2011, ils n'aient pas su que leur salariée était titulaire d'une autorisation de travail puisqu'elle était, en tout état de cause, à compter du 29 mars 2011, en possession d'un récépissé valant autorisation de travail ?

Le 2 mai, la salariée se rendait au domicile de ses employeurs afin de leur remettre un arrêt de travail et de leur annoncer sa grossesse. Une vive altercation l'a opposée à ses employeurs qui lui ont indiqué qu'ils étaient dans l'obligation de la licencier sur le champ en raison du refus de délivrance du titre « Salarié ». Trois convocations à un entretien préalable lui ont alors été adressées, les deux premières en date du 2 mai, assorties d'une mise à pied conservatoire, la troisième en date du 20 mai. Le 9 mai, la salariée adressait à ses employeurs un courrier les informant de manière officielle de son état de grossesse. Le licenciement lui était notifié le 20 juin 2011, au motif de l'interdiction de travail salarié signifiée aux employeurs le 26 avril précédent.

Arguant de l'interdiction de travail salarié notifiée par courrier préfectoral du 21 avril 2011 pour conclure à l'absence d'autorisation de travail et, par voie de conséquence, à la justification du licenciement en application de l'article L.8252-1 (2) du Code du travail, ainsi qu'à la mise à l'écart des règles protectrices de la maternité, la Cour d'appel de Paris infirme

le jugement du Conseil de prud'hommes qui avait prononcé la nullité du licenciement sur le fondement de l'article L. 1225-5 de ce code (3). À l'argument selon lequel la salariée disposait, au moment de son licenciement, d'un récépissé de demande de renouvellement de son titre de séjour avec autorisation de travail, la Cour d'appel se contente d'objecter que celle-ci n'établissait pas avoir remis ce document à ses employeurs autrement que dans le cadre de la procédure prud'homale. Mais, dès lors que la loi met à la charge de l'employeur l'obligation de s'assurer de l'existence d'un titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France, ne lui revient-il pas de rapporter la preuve de s'être conformé à cette obligation de vérification ? Sans doute, les employeurs ont-ils pu légitimement se poser quelques questions à la réception du refus de délivrance d'un titre de séjour « Salarié » avec interdiction d'exercer tout emploi en France, en réponse à la demande de changement de statut. Mais, dans ce cas, pourquoi ne pas avoir tiré profit de la longue période – ayant débuté le 2 mai avec la mise à pied conservatoire et qui s'est achevée le 20 juin avec la notification du licenciement – pour vérifier que le récépissé de demande de renouvellement du titre de séjour emportant autorisation de travail dont la salariée était titulaire les mettait à l'abri de toute sanction pour violation de l'article L.8251-1 du Code du travail ? Sans doute parce que, comme l'a relevé le Conseil de prud'hommes, « *les employeurs avaient tout à fait connaissance de la situation administrative de leur salariée au moment de la licencier* », de sorte que le licenciement qu'ils ont prononcé ne pouvait échapper aux dispositions protectrices de la femme enceinte.

La Cour de cassation rejette le pourvoi (4) de la salariée au motif que « *les dispositions d'ordre public de l'article L.8251-1 du Code du travail s'imposant à l'employeur qui ne peut, directement ou indirectement, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, une salariée dans une telle situation ne saurait bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte interdisant ou limitant les cas de licenciement* ». La critique adressée par le moyen de cassation à l'arrêt d'appel, selon laquelle la salariée disposait, à la date de son licenciement, d'un titre de séjour l'autorisant à travailler, est écartée au travers de la référence à l'appréciation souveraine des juges du

(2) « *Nul ne peut, directement ou par personne interposée, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France* ».

(3) « *Le licenciement est annulé lorsque, dans un délai de 15 jours à compter de sa notification, la salariée envoie à son employeur un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte* ».

(4) En revanche, l'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article 4 du Code de procédure civile pour avoir accordé à la salariée l'indemnité forfaitaire au titre de la période d'emploi illicite qu'elle n'avait pas sollicitée.

fond : « Et attendu qu'ayant souverainement retenu que l'autorité administrative avait, le 26 avril 2011, notifié à l'employeur son refus d'autoriser Mme Y à exercer une activité salariée en France, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à des recherches que cette constatation rendait inopérantes, a tiré les conséquences légales de ses constatations ». En s'abritant derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui « exclut la moindre appréciation sur la qualification litigieuse » (5), la Chambre sociale choisit de passer outre la situation réelle de la salariée. Pourtant, rien ne l'empêchait, ainsi qu'elle y était invitée par le pourvoi, de censurer l'arrêt d'appel pour défaut de base légale

compte tenu de la gravité de l'erreur dont souffrait le raisonnement des juges du fond. Sans doute, la Cour de cassation a-t-elle souhaité exprimer une position de principe sur le sort des travailleurs dépourvus d'autorisation de travail, ce que semble corroborer l'attribution de la mention « PBRI » et la présence d'une « note explicative », lesquelles signalent l'importance que la Chambre accorde à un arrêt et son interprétation. C'est pourquoi la solution dégagée par la Cour de cassation prête à discussion, bien au-delà du choix délibéré de ne pas censurer la méconnaissance, par la Cour d'appel de Paris, des règles relatives à la police des étrangers.

II. La neutralisation du droit du travail par la logique des politiques migratoires

L'arrêt commenté s'inscrit dans le sillage d'une jurisprudence constante déniait aux travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail, auxquels la Cour de cassation assimile ceux dont l'autorisation est en cours de renouvellement – alors même que le récépissé de la demande de renouvellement est expressément visé par l'article R.5221-3-11° comme l'un des documents attestant de l'autorisation de travail, le bénéficiaire des règles du licenciement dès lors que la rupture est motivée par l'absence d'autorisation de travail (6). En effet, la Cour de cassation juge invariablement que « 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 et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » (7). L'exclusion se rapporte à l'ensemble

des règles relatives au prononcé du licenciement (procédure, exigence d'une cause réelle et sérieuse) et s'étend au « statut protecteur » des représentants des salariés (8) ainsi qu'au droit disciplinaire (9). Cette interprétation pour le moins extensive des textes du Code du travail ne cède pas davantage devant la connaissance qu'avait l'employeur de la situation du salarié lors de l'embauche (10), ou de l'introduction par ce dernier d'une demande de renouvellement de son titre de séjour (11). En cas de rupture du contrat de travail, le salarié ne peut prétendre qu'aux indemnités mentionnées à l'article L.8252-2 du Code du travail, c'est-à-dire « l'indemnité forfaitaire (désormais) égale à trois mois de salaire » (12), sous réserve que l'application des règles relatives aux indemnités légale ou conventionnelle de licenciement et compensatrices de préavis « ne conduise à l'application d'une solution plus favorable ». Ainsi, l'employeur se trouve-t-il délié

(5) M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, 7^{ème} éd., Dalloz 2010.

(6) Si, toutefois, l'employeur se place sur un autre terrain pour rompre le contrat de travail, les règles du licenciement s'appliquent (V. Cass. Soc. 4 juill. 2012, n°11-18.840 : « 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 »).

(7) Cass. Soc. 29 janv. 2008, Bull. V, n° 27 ; Cass. Soc. 9 juill. 2014, n° 13-11.027.

(8) Cass. Soc. 5 nov. 2009, n° 08-40.923 : « il résulte des articles L. 8251-1 et L. 8252-2, 2° du Code du travail que le délégué du personnel ou le délégué syndical qui ne dispose plus de titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France se trouve en dehors du champ d'application des dispositions des articles L. 2411-3 et L. 2411-5 du Code du travail et que les dispositions de l'article L. 1234-5 du même code ne s'appliquent pas ».

(9) Cass. Soc. 8 déc. 2009, n° 08-42.100 : « il résulte de l'article L. 8252-1 du Code du travail que les dispositions de l'article L. 122-44 devenu L.1332-4 du Code du travail relatives aux licenciements

disciplinaires ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un étranger employé irrégulièrement ».

(10) Cass. Soc. 25 mars 2009, n° 07-44.751.

(11) Cass. soc. 19 décembre 2007 n°06-44.995. Dans cet arrêt, la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, retient que le salarié n'avait été en mesure de présenter, lors de l'entretien préalable, un justificatif de demande de renouvellement de son titre de séjour, renouvellement qui lui a été accordé le lendemain de son licenciement.

(12) Ainsi que cela a été souligné (H. Guichaoua, « Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011, Dr. Ouv. 2012, p.340), il convient de nuancer cet élargissement du périmètre des droits pécuniaires des salariés dépourvus de titre de travail par la loi du 16 juin 2011. En effet, ces salariés pouvaient déjà percevoir une indemnité forfaitaire égale à 6 mois de salaire sur le fondement des dispositions des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 relatives au travail dissimulé. Or, l'article L.8252-2-3° issu de la loi de 2011 précise que « lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie soit des dispositions de l'article L. 8223-1, soit des dispositions du présent chapitre si celles-ci sont plus favorables ». L'indemnité forfaitaire et l'indemnité pour travail dissimulé ne pouvant se cumuler, « la loi du 16 juin 2011 est donc financièrement neutre pour le salarié et ne lui accorde pas de droits particuliers supplémentaires ».

du respect de règles d'ordre public et, le travailleur privé des garanties attachées au statut d'emploi salarié sur le seul fondement d'une interprétation très discutable des dispositions des articles L. 8251-1, L. 8252-1 et L. 8252-2 du Code du travail. La Cour de cassation conjugue donc une règle de police, énoncée à l'article L. 8251-1, qui fait interdiction d'employer ou de conserver à son service un étranger dépourvu de titre de travail, avec les dispositions des articles L. 8252-1 et L. 8252-2 relatives aux « droits du salarié étranger », pour soustraire l'employeur à ses obligations légales et ôter au salarié le bénéfice du droit du licenciement. Cette interprétation est exprimée en des termes dépourvus de toute ambiguïté dans le rapport établi par le conseiller rapporteur dans la présente affaire : « l'assimilation par l'article L. 8252-1 du statut de l'étranger irrégulièrement employé à celui du travailleur régulièrement engagé étant limitée aux seules obligations de l'employeur limitativement énumérées par ce texte, qui ne comprennent pas celles relatives à la procédure de licenciement, il s'en déduit que les règles régissant le licenciement ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivée par son emploi irrégulier ».

Pourtant, ni les dispositions de l'article L. 8251-1, ni celles des articles L. 8252-1 et L. 8252-2 n'excluent expressément l'étranger dépourvu d'autorisation de travail du bénéfice du droit du licenciement. En effet, les premières édictent une interdiction d'emploi assortie de sanctions pénales. Les secondes, issues de la loi du 17 octobre 1981 relative à l'emploi des étrangers en situation irrégulière, assimilent, à compter de la date de son embauche, le salarié étranger dépourvu d'autorisation de travail à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur en ce qui concerne la réglementation du travail. Faut-il rappeler que la loi du 17 octobre 1981 visait « d'abord à répondre à une exigence de justice sociale sur la base des principes « tout travail mérite salaire » et « à travail égal salaire égal », mais aussi à faire en sorte que « ceux qui emploient irrégulièrement des étrangers n'en tirent aucun profit en leur imposant les mêmes obligations pécuniaires vis-à-vis de ces travailleurs que s'il s'agissait de salariés en situation régulière » (12 bis) ? L'exclusion des salariés dépourvus d'autorisation de travail des règles relatives au licenciement, outre qu'elle prive un travailleur salarié du bénéfice de garanties qui, « plus qu'impératives » (13), « sont

d'ordre public » (14), a paradoxalement pour effet de rendre particulièrement attractif l'emploi de travailleurs étrangers sans titre, puisqu'il suffit de rompre le contrat au seul motif de cette « cause objective » pour se trouver affranchi des règles entourant la résiliation du contrat de travail. Pour ces différentes raisons inextricablement liées, « l'interprétation littérale de l'article L. 8252-2 ne convainc pas » (15). Elle revient à méconnaître une règle relevant d'un ordre public de protection ainsi qu'une règle « d'ordre public économique » (16). En effet, bien que n'étant exprimée par aucun texte, la règle de l'égalité dans et/ou devant la concurrence paraît bien signifiée du rapprochement de divers énoncés constitutionnels et législatifs. L'Assemblée plénière n'a-t-elle pas d'ailleurs approuvé une Cour d'appel d'avoir reconnu qualité à agir, sur le fondement de l'action dans l'intérêt de la profession, à une organisation d'employeurs se prévalant de la règle du repos dominical, et caractérisé l'atteinte portée à l'intérêt collectif par des employeurs « qui, en employant irrégulièrement des salariés, rompaient l'égalité au préjudice de ceux qui, exerçant la même activité, respectaient la règle légale » (17) ? Il faut le rappeler : les règles du droit du travail « ont une double face ». Elles ont indubitablement pour objet la protection des travailleurs mais « leur objectif est aussi d'assurer le jeu loyal de la concurrence, en évitant que le statut du travail ne soit un outil de dumping » (18).

La fragilité de la posture jurisprudentielle consistant à exclure les salariés dépourvus d'autorisation de travail de l'application du droit du licenciement transparaît sous les termes employés par la Cour d'appel de Paris. En effet, cette dernière ne craint pas de se voir reprocher la juxtaposition de termes et de propositions pour le moins contradictoires lorsqu'elle énonce que « le licenciement est justifié par l'interdiction préfectorale ». La référence à la justification du « licenciement » dans une décision qui, précisément, en écarte l'application a quelque chose d'incongru. Si cet écueil langagier est soigneusement évité par la Cour de cassation, celle-ci n'en dénie pas moins à une salariée (prétendument) dépourvue d'autorisation de travail le droit à la protection de la femme enceinte contre le licenciement. Cette dénégation s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence précédemment décrite et amplifie la logique d'exclusion des salariés sans titre de travail du bénéfice des règles du droit du travail. En effet, l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse médicalement

(12 bis) Circulaire d'application de la loi du 17 octobre 1981 relative à l'emploi des étrangers en situation irrégulière.

(13) La note explicative annexée à l'arrêt mentionne l'existence d'« un conflit entre deux normes impératives ; d'une part, la protection de la femme enceinte, d'autre part, l'interdiction d'emploi d'un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».

(14) J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 2008, 24^{ème} éd., p. 45.

(15) « Travailleurs sans papiers : sans papiers, mais travailleurs », préc.

(16) G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ 1963.

(17) Cass. Ass. Plén. 7 mai 1993, n° 91-12.611.

(18) H. Masse-Dessen, « Ne pas détruire (ni rebâtir) avant d'avoir assuré la cohérence des fondations », RDT 2015, p. 653.

constatée constitue l'une des pièces d'un régime protecteur plus vaste dont l'assise réside dans plusieurs instruments internationaux et européens (19). Ce régime comprend, outre l'interdiction du licenciement, un droit au repos qui entraîne la suspension du contrat de travail, ainsi que le droit à des prestations en espèces destinées à compenser la perte de salaire pendant cette période de suspension du contrat. À l'issue de cette dernière, la salariée doit recouvrer son emploi. L'interdiction de licencier une salariée « *en état de grossesse médicalement constatée* » a précisément pour fonction de garantir l'effectivité de ce régime protecteur ou, pour reprendre les termes de la Charte sociale européenne, « *d'assurer l'exercice effectif des droits des travailleuses à la protection* ». À l'instar de la grève, le pouvoir de licencier se trouve donc en partie paralysé pendant une certaine période afin d'éviter que le régime protecteur ne soit vidé de sa portée. En partie seulement, car, aux termes de l'article L.1225-4 du Code du travail, l'employeur conserve la possibilité de rompre le contrat « *s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse* ». De même, aux termes de l'article 10 de la directive 92/85 CEE, « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8 du paragraphe 1, sauf dans les cas d'exceptions non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord* ». Sans remettre en cause la jurisprudence excluant l'application du droit du licenciement aux salariés dépourvus d'autorisation de travail, l'avocat général suggérerait néanmoins de saisir la CJUE d'un recours préjudiciel sur la question de savoir si « *l'interdiction de conserver à son service un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire d'un État membre, constitue un « cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales », au sens de l'article 10* » de la directive 92/85/CEE. Si l'arrêt ne qualifie pas explici-

tement d'« *impossibilité* » justifiant la rupture du contrat de travail, au sens de l'article L.1225-4 du Code du travail, la situation de la salariée sans titre de travail, la Chambre n'a pas jugé opportun de procéder à un renvoi préjudiciel. Et la note explicative d'affirmer, d'une part, que « *conforme au droit de l'Union prévoyant la possibilité de licencier une salariée enceinte pour un motif non lié à la grossesse, la solution retenue par la Cour de cassation fait prévaloir les dispositions de police des étrangers qui sont préalables à l'application d'une protection supposant un contrat de travail susceptible d'exécution* », d'autre part, que « *la protection de la femme enceinte, qu'elle soit relative ou absolue, cède devant l'interdiction d'ordre public, assortie de sanctions civiles et pénales, d'employer ou de conserver à son service un salarié dans une telle situation* ». La question de la signification et de l'éventuelle portée normative de ces notes explicatives dépasse très largement l'ambition de notre propos. Cependant, « l'explication » a ses vertus. Elle permet de comprendre que la prévalence accordée aux « *dispositions de police des étrangers* » repose implicitement sur la vieille idée selon laquelle le contrat de travail du salarié dépourvu de titre de travail est nul, voire inexistant. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'application des règles protectrices du droit du travail est-elle conditionnée par l'existence d'« *un contrat de travail susceptible d'exécution* ». On objectera que la notion d'inexistence du contrat, loin de faire l'unanimité parmi les auteurs (qui ne sont jamais parvenus à s'accorder sur son contenu) (20), n'a pas connu de prolongement dans la jurisprudence. En outre, cette référence implicite à l'inexistence du contrat opère un effet de « *déréalisation* » du droit et des protections qu'il institue, comme si, en définitive, le travail n'avait pas été exécuté. Mais, surtout, en privilégiant un régime de police, et par là-même un régime d'exception, sur une protection garantie par le droit de l'Union sans s'assurer de sa compatibilité avec ce dernier, la Chambre sociale opère un choix de politique de droit destiné à faire prévaloir la logique « *du droit de l'immigration* » (21) sur toute autre considération. Pourtant, l'attention historiquement (22) portée à la protection de la maternité par de nombreux textes internationaux et européens (23) témoigne de

(19) V. Convention n°183 de l'OIT ; article 8 de la Charte sociale européenne ; Directive 92/85 CEE du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes.

(20) F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 2002, 8^{ème} éd., pp. 101-102.

(21) D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 231.

(22) L'une des toutes premières conventions de l'OIT – la Convention n°3 de 1919, eut pour objet la protection de la maternité. Toujours en vigueur, elle prévoit : « *Au cas où une femme s'absente de son travail, en vertu des paragraphes a) et b) de l'article 3 de la présente convention, ou en demeure éloignée*

pendant une période plus longue, à la suite d'une maladie attestée par certificat médical comme résultant de sa grossesse ou de ses couches, et qui la met dans l'incapacité de reprendre son travail, il sera illégal pour son patron, jusqu'à ce que son absence ait atteint une durée maximum fixée par l'autorité compétente de chaque pays, de lui signifier son congé durant ladite absence, ou à une date telle que le délai de préavis expirerait pendant que dure l'absence susmentionnée ».

(23) Outre la Convention n°183 (certes non ratifiée par la France), l'article 8 de la Charte sociale européenne prévoit que les États s'engagent à « *considérer comme illégal pour un employeur de signifier son licenciement à une femme durant l'absence en congé de maternité ou à une date telle que son délai de préavis expirerait pendant son absence* ».

son rattachement à la catégorie des droits sociaux fondamentaux. En effet, le régime protecteur de la maternité n'est pas un régime purement formel, détaché de toute considération concrète. Il tend à garantir des exigences aussi essentielles que le droit à la santé et à la sécurité au travail, l'égalité entre les hommes et les femmes et la protection de l'enfant né ou à naître. Il convient d'ajouter que les dispositions relatives à la santé et à la sécurité figurent parmi celles, expressément visées à l'article L.8252-1 du Code du travail, pour lesquelles le salarié dépourvu de titre de travail est assimilé à un salarié régulièrement engagé. Le régime protecteur de la maternité, en particulier l'interdiction de licencier une femme enceinte, rencontre assurément certaines limites, exprimées par l'article L.1225-4, alinéa 2. Mais ces limites, parce qu'elles viennent restreindre une protection dotée de solides ancrages normatifs, doivent s'entendre strictement. C'est pourquoi des raisons justifiant la mise à l'écart pure et simple de la protection de la femme enceinte, « *qu'elle soit relative ou absolue* », on était en droit d'attendre une motivation plus explicite que celle consistant à se retrancher derrière l'affirmation de l'incompatibilité de cette protection avec « *l'interdiction d'ordre public* » formulée à l'article L.8251-1 du Code du travail, *a fortiori* s'agissant d'une salariée titulaire d'une autorisation de travail. Plutôt que de faire mention d'un « *conflit de normes* » (qui, en l'occurrence, s'apparenterait davantage à une contradiction ou une opposition de normes qu'à un conflit), la Cour de cassation eut été bien avisée d'emprunter la voie tracée par le Conseil d'État dans son arrêt *GISTI* du 8 décembre 1978 (24) visant à concilier les nécessités de l'ordre public avec le « *droit de mener une vie familiale normale* ». En tout état de cause, la solution consistant à reconnaître une protection minimale à la femme enceinte en interdisant – au moins temporairement – son licenciement aurait permis d'opérer une

telle conciliation, sans priver pour autant les règles de police de leur portée, lesquelles sont susceptibles, le cas échéant, de recevoir application à l'issue de la période de protection.

« Sans papiers », une salariée n'en est moins digne de bénéficier de la protection de sa santé et de sa sécurité au travail ainsi que de celle de son enfant (né ou à naître). C'est pourquoi l'arrêt du 15 mars 2017 amplifie la portée de la jurisprudence excluant l'application du droit du licenciement au salarié sans titre de travail et renforce le processus de neutralisation du droit du travail par la logique du « droit de l'immigration ». Tout se passe comme si la seule invocation d'une réglementation relative à la police des étrangers dispensait de tout contrôle et de toute appréciation circonstanciée du caractère proportionné au but recherché des atteintes portées aux droits sociaux fondamentaux. La prégnance de cette logique produit, comme cela a été souligné, un « effet déréalisation » du droit du travail en ce sens où elle aboutit à faire totalement l'impasse sur la raison d'être de règles à visée protectrice et sur les conséquences concrètes de leur dénégaration pour les personnes concernées. Ainsi que le soulignait une auteure particulièrement autorisée, « *Dans le champ de l'immigration, nous assistons, impuissants, à l'enclenchement d'un processus où le droit, le discours et les pratiques conjuguent leurs effets et se légitiment mutuellement pour aboutir à une situation où plus rien ne suscite l'indignation* » (25). L'arrêt du 15 mars 2017 rappelle également que « la technique » n'est jamais neutre. Du choix d'abandonner la qualification d'une situation litigieuse au pouvoir souverain des juges du fond à celui de ne pas opérer de recours préjudiciel, la technique sert surtout à justifier des choix de politique de droit.

**Isabelle Meyrat et
Sophie Misiraca**

(24) CE Ass. 8 déc. 1978, *GISTI*, Dr. Ouv. 1979, p. 25 n. M. Bonnechère.

(25) D. Lochak, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le droit antisémite de Vichy*, Le Seuil, 1996.

LIBERTES ET DROITS FONDAMENTAUX Travailleur étranger - Situation irrégulière - Conséquence - Dispositions protectrices de l'emploi durant la maternité - Bénéfice (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 mars 2017

X contre Z (p. n° 15-27.928)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... épouse Y... a été engagée le 25 octobre 2010 par M. et Mme Z... en qualité d'auxiliaire parentale ; que, lors de son embauche, elle a remis à ses employeurs une carte de séjour temporaire de vie privée et familiale avec autorisation de travail, expirant le 31 octobre 2010 ; que par lettre reçue le 26 avril 2011, la préfecture

a notifié aux époux Z... que l'autorisation de travail demandée le 14 mars 2011 pour la profession de garde d'enfant était refusée et qu'il était interdit à Mme X... d'exercer une activité salariée en France ; que la salariée, convoquée le 2 mai 2011 à un entretien préalable à un licenciement, a adressé aux époux Z... le 9 mai 2011 une lettre les informant de son état de

grossesse ; qu'elle a été licenciée le 20 juin 2011 au motif de l'interdiction de travail salarié notifiée par la préfecture le 26 avril 2011 ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal de la salariée :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à voir dire son licenciement nul, subsidiairement abusif, et de la débouter en conséquence de ses demandes indemnitaires et en rappel de salaires, alors, selon le moyen :

1°/ que si l'article L.8251-1 du code du travail interdit d'employer une salariée sans autorisation, cette interdiction, qui constitue une mesure de police, ne peut priver cette salariée de la protection dont elle dispose, dans l'intérêt de sa santé et de celle de son enfant à naître, en vertu du principe général, concrétisé par l'article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, ainsi que par l'article 1225-4 du code du travail ; que la salariée en état de grossesse régulièrement embauchée sous couvert d'un titre de travail régulier bénéficie donc de cette protection, nonobstant le refus de lui accorder un nouveau titre de travail ; qu'en statuant autrement la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ subsidiairement, que le licenciement d'une salariée dont l'état de grossesse est connu de l'employeur à la date de la rupture du contrat ne peut être prononcé qu'en l'état d'une faute grave ou d'une impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la grossesse ; que s'agissant d'une salariée étrangère, une telle impossibilité ne peut résulter que de l'absence de titre l'autorisant à exercer une activité professionnelle en France ; que Mme Y... disposait, à la date de son licenciement d'un titre de séjour « vie privée vie familiale » l'autorisant à travailler dont la cour d'appel a constaté l'existence ; qu'en jugeant l'employeur fondé à licencier la salariée sur la croyance contraire mais erronée qu'avait fait naître le courrier préfectoral du 21 avril 2011, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et violé les articles L. 1225-4 et L. 8251-1 du code du travail ;

3°/ qu'il ne peut être mis fin au contrat de travail d'une salariée en état de grossesse que s'il est justifié d'une impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à la grossesse ; qu'une telle impossibilité ne peut résulter d'une circonstance connue de l'employeur et en dépit de laquelle il a poursuivi l'exécution du contrat en continuant de fournir du travail à la salariée ; que Mme Y... exposait, sans être contredite, que le contrat de travail avait reçu normalement exécution après la réception par l'employeur de l'interdiction préfectorale et qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la procédure de licenciement n'a été engagée que le 2 mai 2011 ce dont il se déduisait que l'employeur ne justifiait d'aucune impossibilité de maintenir le contrat de travail ; qu'en refusant pourtant de prononcer la nullité du licenciement de la salariée,

en état de grossesse, la cour d'appel a de plus fort violé l'article L. 1225-4 du code du travail ;

4°/ que la cause du licenciement doit être réelle et sérieuse mais encore exacte ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que l'employeur a poursuivi l'exécution du contrat jusqu'au 2 mai 2011 en dépit de l'interdiction qui lui a été notifiée ; qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette circonstance n'excluait que la cause véritable soit celle invoquée par l'employeur à l'appui du licenciement de la salariée dont il connaissait l'état de grossesse et tirée de la prétendue impossibilité de maintenir le contrat la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1225-4 du code du travail ;

Mais attendu que les dispositions d'ordre public de l'article L.8251-1 du code du travail s'imposent à l'employeur qui ne peut, directement ou indirectement, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, une salariée dans une telle situation ne saurait bénéficier des dispositions légales protectrices de la femme enceinte interdisant ou limitant les cas de licenciement ;

Et attendu qu'ayant souverainement retenu que l'autorité administrative avait, le 26 avril 2011, notifié à l'employeur son refus d'autoriser Mme Y... à exercer une activité salariée en France, la cour d'appel, sans être tenue de procéder à des recherches que cette constatation rendait inopérantes, a tiré les conséquences légales de ses constatations ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur :

Vu l'article 4 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée une somme à titre d'indemnité forfaitaire, l'arrêt retient que le licenciement étant fondé par application de l'article L.8252-1 du code du travail, il sera alloué une telle indemnité en application de l'article L.8252-2 de ce code ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la salariée ne demandait pas la condamnation de l'employeur au paiement d'une quelconque somme à titre d'indemnité forfaitaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il condamne M. et Mme Z... à payer à Mme X... la somme de 4500 euros à titre d'indemnité forfaitaire, l'arrêt rendu le 13 janvier 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; 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 Paris, autrement composée ;

(M. Frouin, prés. – Mme Guyot, rapp. – M. Richard de la Tour, av. gén. – SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, av.)