

Les droits du salarié victime du travail illégal

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

PLAN

- I. Le travail illégal, un champ d'application hétérogène et étendu
 - A. Une définition extensive du salarié dissimulé par l'employeur
 - B. La définition du salarié étranger employé sans autorisation de travail
- II. Des droits sociaux significatifs, mais trop peu souvent invoqués
 - A. Les droits reconnus à tout salarié victime du travail illégal
 - B. Les particularités des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

L'un des enjeux de l'efficacité et de la crédibilité de la lutte contre le travail illégal (1) est la valorisation effective des droits sociaux du salarié victime de cette fraude à l'emploi. Le travail illégal est la violation par l'employeur des règles relatives à la transparence, à la sincérité et à la protection de l'emploi du salarié qu'il fait travailler. Il est légitime, en effet, que celui-ci, lorsqu'il en est victime, puisse bénéficier des droits spécifiques qui lui ont été reconnus progressivement par la loi et la jurisprudence. La question s'est posée de savoir si ce salarié, embauché en marge de la légalité, pouvait se prévaloir de la législation sociale pour en réclamer son bénéfice, interrogation qui tendait ainsi à remettre en cause sa qualité de victime de ces pratiques. Divers arguments ont été avancés, notamment la connivence, voire la complicité, avec l'employeur et, s'agissant du salarié étranger, l'irrégularité objective de sa situation administrative au regard du travail et du séjour, qui frapperait d'une nullité d'ordre public sa relation de travail.

Cette analyse n'a jamais prospéré en droit, dans la mesure où, au contraire, très tôt, la loi (2) a institué, puis conforté au fil du temps, un dispositif juridique prévoyant de façon expresse, et sans réserve particulière, des droits sociaux inscrits dans le Code de la Sécurité sociale, et ensuite dans le Code du travail, en faveur du salarié soumis à des pratiques de travail illégal. La reconnaissance de ces droits a été progressivement consolidée par la jurisprudence (3), notamment dans le champ du droit du travail, en rattachant ces droits à la sphère de l'ordre public social, auquel l'employeur ne peut se soustraire (4). Malgré un dispositif juridique ancien et protecteur, l'appropriation de ces droits par les salariés victimes du travail illégal reste, cependant, particulièrement timide, surtout lorsque la victime est un salarié étranger démuné d'autorisation de travail. Cette situation est d'autant plus regrettable que le périmètre des salariés victimes du travail illégal susceptibles de bénéficier de ces droits est large (I) et que les droits qui leur sont ouverts sont significatifs (II).

I. Le travail illégal, un champ d'application hétérogène et étendu

Les droits reconnus au salarié victime du travail illégal sont ouverts à toute personne qui travaille pour le

compte d'un employeur, dès lors que celui-ci est lui-même soumis au Code du travail (5), c'est-à-dire une

(1) Le travail illégal comprend les infractions suivantes : le travail dissimulé, l'emploi d'un salarié étranger sans titre, le marchandage, le prêt illicite de main-d'œuvre, le cumul d'emplois et la fraude aux revenus de remplacement (on se reportera au fascicule *Travail illégal*, de T. Aubert-Montpeyssen et M. Emeras, Rép. Pénal, Dalloz, 2010). Seule la commission des quatre premières infractions ouvre des droits particuliers au salarié qui en est victime.

(2) Loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles ; article 21 de la loi n° 68-690 du 31 juillet

1968 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier ; articles 5 à 7 de la loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant certaines dispositions du Code du travail relatives à l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière.

(3) Cass. Soc. 9 juin 1955, Bull. civ. IV, n° 507, *Sarl garage du Lauriston*.

(4) Cass. Soc. n° 03-46593, 10 mai 2006, *Melle X*.

(5) E. Dockès, « La notion de contrat de travail », Dr. Soc. 2011, p. 546.

entreprise, une association ou un particulier (6). Le salarié détaché en France par une entreprise établie à l'étranger bénéficie également de ces droits.

Deux catégories de salariés victimes du travail illégal sont concernées par ces droits sociaux : le salarié dissimulé par son employeur et le salarié étranger employé sans autorisation de travail.

A. Une définition extensive du salarié dissimulé par l'employeur

La dissimulation administrative d'un emploi salarié par un employeur est indifférente à la nationalité du salarié et à la régularité de son séjour. Elle se présente concrètement sous quatre formes dans le monde du travail (7).

1. La forme la plus fréquente de cette fraude est la dissimulation directe d'un salarié par un employeur qui ne conteste pas sa qualité, ni celle de son salarié. Elle consiste pour l'employeur :

- soit à ne pas accomplir la déclaration préalable à l'embauche du salarié auprès de l'organisme de recouvrement dont il relève (8) ;

- soit à ne pas lui délivrer un bulletin de paie ;

- soit à mentionner sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui accompli dans le mois auquel se rapporte le bulletin de paie (sauf si cette pratique relève de l'application d'un accord collectif relatif à l'aménagement du temps de travail) ;

- soit, enfin, à ne pas déclarer aux organismes de recouvrement fiscaux et sociaux le montant exact de la base de calcul des sommes dues sur les rémunérations versées au salarié.

Le salarié doit démontrer que l'un ou l'autre de ces manquements résulte d'un comportement intentionnel de l'employeur, ce qui relève d'une appréciation souveraine du juge du fond (9). L'intention coupable est définie par la jurisprudence comme la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou

réglementaire (10). Il n'est pas exigé, par ailleurs, que l'auteur des manquements ait agi dans le but démontré de se soustraire et d'échapper à la réglementation (11). À défaut d'intentionnalité, ces manquements demeurent des infractions au Code du travail ou au Code de la Sécurité sociale, mais ne sont plus considérés comme constituant du travail dissimulé.

La déclaration préalable à l'embauche est obligatoire pour tout type d'embauche, quelles que soient sa durée et la nature du contrat de travail, y compris si elle est assortie d'une période d'essai. Le bulletin de paie est remis à l'issue du premier mois de travail et, ensuite, tous les mois (12). Les déclarations d'assiette de cotisations sociales et du montant des cotisations dues aux organismes de recouvrement pour l'emploi de salarié sont faites, quant à elles, par l'employeur de façon périodique (13), comportent des mentions obligatoires et doivent être, par nature, sincères.

La dissimulation d'heures de travail par la délivrance d'un bulletin de paie incomplet, ne mentionnant pas toutes les heures de travail, vise toute heure de travail accomplie (normale, complémentaire ou supplémentaire) et non inscrite sur le bulletin de paie. Elle concerne tous les salariés, quelle que soit leur qualification, y compris les cadres. La dissimulation (ou la sous-déclaration) d'heures de travail peut se traduire par le fait qu'elles ne soient pas rémunérées, ou qu'elles soient payées *de la main à la main* ou sous forme de primes (14). Pour être intentionnelle, la dissimulation d'heures de travail doit porter nécessairement sur un certain volume et se traduire par un comportement répréhensible de l'employeur (15), qui est soumis à l'appréciation des juges. La dissimulation d'heures de travail a donné lieu à un contentieux pénal ou social relativement fourni, contrairement aux trois autres situations (16) de dissimulation d'emploi salarié.

Ainsi, dans le cadre de ce contentieux, il a été rappelé que seul le défaut de mention sur le bulletin de paie des heures de travail effectif caractérise la dissimulation d'heures de travail, ce qui est le cas d'une période de

(6) Même arrêt : emploi temporaire en France d'une ressortissante étrangère par des particuliers employeurs, non résidents habituels sur le territoire français.

(7) Article L. 8221-5 du Code du travail.

(8) En général, soit l'Urssaf, soit la Mutualité sociale agricole (MSA).

(9) Cass. Soc. n° 02-40085, 19 janvier 2005, *Association Vacances PTT Cap d'Agde* ; Cass. Soc. n° 06-44964, 20 février 2008, *Société Ambulances Les Saules*.

(10) Cass. Crim. n° 04-85558, 27 septembre 2005, *Jacques X* ; Cass. Crim. n° 07-87518, 17 juin 2008, *Nadya*.

(11) Cass. Crim. n° 00-80695, 21 novembre 2000, *Saïd*.

(12) Le particulier employeur, l'association ou l'entreprise, qui utilisent respectivement le chèque emploi-service universel, le chèque-emploi associatif ou le titre emploi-service entreprise, sont dispensés de la DPAE et de la remise du bulletin de paie.

(13) Tous les mois ou tous les trois mois.

(14) Cass. Soc. n° 09-65590, 1^{er} mars 2011, *Société Digit supermarché*.

(15) La répétition sur une certaine période n'est cependant pas nécessaire, dès lors qu'un salarié n'a travaillé qu'un mois au maximum pour l'employeur.

(16) La quasi-totalité du contentieux traité par la Chambre sociale de la Cour de cassation sur ce sujet ne porte que sur le travail dissimulé par dissimulation d'heures de travail.

garde de nuit dans un hôtel (17), mais non du temps de disponibilité d'un chauffeur de poids lourd lorsqu'il emprunte un ferry-boat (18). La dissimulation d'heures est également caractérisée lorsque l'employeur met en place un barème forfaitaire déterminant, *a priori*, le temps nécessaire au nettoyage de chambres d'hôtel, en ne mentionnant pas les heures de travail effectives qui excèdent ce barème (19). Cependant, lorsque cette quantification forfaitaire du temps de travail est sous-évaluée, alors qu'elle est prévue par une convention ou un accord collectif pris en application des dispositions du Code du travail relatives à l'aménagement du temps de travail, la position de la Cour de cassation est partagée: la Chambre sociale considère que les heures accomplies au-delà de la quantification doivent être payées, et donc être mentionnées sur le bulletin de paie, alors que la Chambre criminelle ne reconnaît pas la dissimulation d'heures de travail, faute d'élément légal de l'infraction (20).

Le salarié ayant le statut de cadre bénéficie de cette législation, sauf pour l'employeur à démontrer qu'il est cadre autonome (21) ou cadre dirigeant (22). L'employeur ne peut invoquer une convention de forfait-jours avec un salarié cadre pour ne pas mentionner des heures de travail accomplies sur le bulletin de paie, dès lors que cette convention n'existe pas (23), ou les clauses d'un accord de modulation d'horaires de travail qui n'est pas conforme au Code du travail (24). La preuve de l'accomplissement des heures de travail n'incombe pas spécialement au salarié ou à l'employeur (25). Par nature dans ce type de contentieux, les mentions portées sur le bulletin de paie ne font pas foi, puisqu'elles sont l'objet du litige.

Lorsque l'employeur déclare ne pas avoir fait travailler le salarié pour son compte, il appartient à ce dernier de prouver par tous moyens la réalité de son emploi, ce qui est parfois une démarche ardue ou vaine. Dans cette hypothèse, lorsque l'emploi est avéré, le caractère

intentionnel de la dissimulation d'emploi ne fait guère de doute.

2. La seconde forme de dissimulation d'emploi salarié est celle de la personne en activité sous une autre qualité apparente, mais qui est requalifiée en salarié par le juge. L'employeur de fait soutient avoir bénéficié de son concours ou de sa présence, mais à un autre titre que celui de salarié. Il n'existe donc, par définition, ni déclaration préalable à l'embauche, ni remise de bulletin de paie, ni déclarations fiscales ou sociales salariales, qui sont les éléments matériels de la dissimulation d'emploi salarié.

La personne susceptible d'être ainsi requalifiée en salarié est celle dont l'existence ou la présence est reconnue par l'employeur, mais sous un statut apparent indu, principalement celui de bénévole (26), de stagiaire ou de travailleur indépendant (27). La requalification de la relation d'activité par le juge s'inscrit dans le cadre du respect de l'ordre public (28). Elle implique pour le salarié, dont cette qualité lui est déniée, de démontrer, d'une part qu'il a bien accompli un travail pour le compte d'un tiers et, d'autre part, que ce travail s'est réalisé sous sa subordination juridique.

La démonstration d'un travail pour le compte d'autrui ne se justifie que pour le stagiaire, puisque le bénévole et le travailleur indépendant, par nature, apportent une contribution objective à un tiers. Le stagiaire, quant à lui, peut, en effet, se livrer à des activités prévues par la convention de stage et au sein de l'entreprise qui l'accueille, sans que cette activité soit assimilée à la production d'un travail pour le compte et au bénéfice de l'entreprise (29). Mais, à l'inverse, lorsque le stagiaire se livre à des tâches relevant d'un emploi normal et qu'aucune formation n'est dispensée, il est salarié de l'entreprise qui l'accueille (30). Cette requalification, eu égard à la nature des tâches effectuées, est d'autant plus logique qu'aucune convention de stage n'a été signée (31).

(17) Cass. Crim. n° 00-81210, 24 octobre 2000, *Hôtel Climat de France*.

(18) Cass. Crim. n° 11-83319, 5 juin 2012, *Société TCMG*.

(19) Cass. Crim. n° 09-86401, 28 septembre 2010, *Société La Citadelle Nettoyage*.

(20) Cass. Soc. n° 10.10928, 22 septembre 2011, *Société Adrexo* ; Cass. Crim. n° 12-81767, 16 avril 2013, *Société Adrexo Sud-Ouest*, reproduite ci-après p. 564 avec nos obs. critiques.

(21) Même arrêt.

(22) Cass. Soc. n° 11-20726, 12 février 2012, *Société RMF*.

(23) Cass. Soc. n° 10-27839, 28 février 2012, *Société MCS Routage*.

(24) Cass. Soc. n° 11-21200, 27 mars 2013, *Société Aldi Marché*.

(25) Article L. 3171-4 du Code du travail ; Cass. Soc. n° 11-22571, 20 novembre 2012, *Société B. Plus*.

(26) H. Guichaoua, « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat », Dr. Ouv. 2013, p. 229.

(27) Pour des exemples v. Dr. Ouv. 2012, p. 763, préc., spéc. p. 772.

(28) Cass. Soc. n° 98-40572, 19 décembre 2000, *Labbane*, Dr. Ouv. 2001 p.241 obs. A. de Senga ; Cass. Ass. Plén. n° 81-11647, 4 mars 1983, *Barrat*.

(29) Cass. Soc. n° 98-40986, 17 octobre 2000, *Hubert* ; Cass. Soc. n° 99-42525, 18 juillet 2001, *cabinet d'architecte M. Y* ; Cass. Soc. n° 10-25742, 26 septembre 2012, *ECF Immo*.

(30) Cass. Soc. n° 90-42620, 27 octobre 1993, *Naveau* ; Cass. Crim. n° 02-81453, 3 décembre 2002, *Barbier* ; Cass. Soc. n° 06-45139, 19 décembre 2007, *Société Rénov'Escaliers*.

(31) Cass. Soc. n° 08-40716, 16 septembre 2009, *Société Europ et Communication*.

L'existence d'une subordination juridique, au sens de l'arrêt *Société Générale* (32), est le facteur commun aux requalifications intéressant le pseudo-bénévole (33), stagiaire (34) et travailleur indépendant (35), même si elle est intrinsèquement présente pour le stagiaire, qui est placé sous l'autorité de l'entreprise d'accueil. L'ajout par le Code du travail d'une permanence de la subordination juridique pour requalifier un travailleur indépendant en salarié (36) n'influe pas sur les conditions d'analyse de sa situation de travail, objet du litige. La jurisprudence considère, en effet, que la permanence de la subordination s'apprécie dans le cadre de la durée de cette relation de travail (37).

Par ailleurs, la requalification du travailleur indépendant en salarié reste possible, même s'il exerce son activité en qualité de gérant d'une société (38). Elle est ouverte également à celui qui est établi hors de France et qui intervient sur le territoire français dans le cadre d'une pseudo-prestation de services internationale (39).

Le caractère intentionnel de cette forme de dissimulation d'emploi salarié résulte, en principe, de la fraude elle-même (40).

Dès lors que le bénévole, le stagiaire ou le travailleur indépendant est requalifié en salarié, il peut prétendre à l'ensemble des droits reconnus à tout salarié victime du travail dissimulé, notamment lors de la survenance d'un accident du travail.

3. La troisième forme de dissimulation d'emploi salarié vise le salarié qui fait l'objet d'une opération de mise à disposition auprès d'une entreprise qui n'est pas son employeur officiel. Hormis les cas autorisés

par le Code du travail (41), la mise à disposition illicite d'un salarié par son employeur auprès d'une autre entreprise, qui l'emploie comme son propre personnel, est caractérisée par le transfert de la subordination juridique vers cette entreprise, qui devient son employeur de fait et à laquelle il est lié par un nouveau contrat de travail (42). Dès lors, cet employeur de fait aurait dû effectuer la déclaration préalable à l'embauche de ce salarié, lui délivrer un bulletin de paie et procéder aux déclarations fiscales et sociales afférentes. Ne le faisant pas, il pratique de la dissimulation d'emploi salarié, ce qui donne à la personne mise à disposition tous les droits du salarié victime du travail dissimulé. Ces droits sont ouverts au salarié mis à disposition à l'encontre de l'entreprise utilisatrice, alors même que son employeur officiel (d'origine) s'acquitte déjà de ses obligations sociales à son égard.

Si la plupart de ces mises à disposition se réalisent dans le cadre d'opérations de marchandage et de prêt illicite de personnel interdites par le Code du travail (43), souvent assimilables à de la fausse sous-traitance (44), elles s'effectuent aussi entre sociétés du même groupe (45). La mobilité du salarié au sein d'un groupe, lorsqu'elle s'effectue au niveau international, sans tenir compte des effets du transfert de la subordination juridique vers l'entreprise d'accueil au France, cause un préjudice certain au salarié et permet au groupe d'opérer de substantielles économies sociales (46).

Le Code du travail, récemment modifié au plan pénal (47) pour « sécuriser », à l'égard des entreprises, le prêt de main-d'œuvre à but non lucratif (48), a sans doute voulu neutraliser les conséquences habituelles du

(32) Cass. Soc. n° 94-13187, 13 novembre 1996, *Société Générale*, RPDS 1997, p. 30, n. L. de La Pradelle.

(33) Cass. Soc. n° 99-42697, 29 janvier 2002, *Croix Rouge*.

(34) Cass. Crim. n° 09-87689, 28 septembre 2010, *SCEA X*.

(35) Cass. Soc. n° 01-40464, 8 juillet 2003, *Société Trio TCS*, Dr. Ouv. 2004, p. 81, n. A. de Senga.

(36) Article L. 8221-6 du Code du travail.

(37) Cass. Crim. n° 97-81873, 31 mars 1998, *Thouvignon* (pour des faits concomitants à la publication de la loi *Madelin*) et du même jour, pour de faux franchisés, n° 97-82979, Dr. Ouv. 1998, p. 438, n. M. Richevaux ; Cass. Crim. n° 05-82287, 14 février 2006, *Duret*.

(38) Cass. Soc. n° 09-40478, 15 décembre 2010, *Société SGHMN*.

(39) Cass. Crim. n° 09-85044, 2 février 2010, *Bak*.

(40) Cass. Crim. n° 92-84846, 6 avril 1993, *Sacy* ; Cass. Soc. n° 11-14115, 17 octobre 2012, *Société V7*. En sens inverse, Cass. Soc. n° 08-40981 et s., 3 juin 2009, *Ile de la Tentation*.

(41) Entreprise de travail temporaire, agence de mannequins, association de services aux personnes, association intermédiaire, entreprise à temps partagé, groupement d'employeurs...

(42) Cass. Soc. n° 86-43561, 16 mai 1990, *SMI* ; Cass. Soc. n° 94-45102, 1^{er} juillet 1997, *CEA* ; Cass. Soc. n° 11-20145, 20 juin 2012, *CCAS*.

(43) Articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail.

(44) M. Koecher, « À la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? » Dr. Ouv. 2013, p. 177 ; H. Guichaoua, « La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal », Dr. Ouv. 2012, p. 765.

(45) Cass. Soc. n° 08-44480, 20 janvier 2010, *Société Takeuchi Manufacturing Co LTD* ; Crim. n° 05-85253, 20 mars 2007, *Beyer X*.

(46) L'effet d'aubaine pour le groupe est d'autant plus important financièrement (et le préjudice conséquent pour la Sécurité sociale) que cette *optimisation sociale* concerne des dizaines ou des centaines d'impatriés qu'il emploie ainsi.

(47) Article L. 8241-2 du Code du travail, issu de l'article 40 de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011, dite loi *Cherpien*, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.

(48) D. Métin, « Mise à disposition de main-d'œuvre : la main-d'œuvre extérieure importée dans l'entreprise » Dr. Ouv. 2013, p. 173.

transfert de la subordination juridique pour cette forme de mise à disposition. Il précise, en effet, que le contrat de travail du salarié prêté n'est ni rompu, ni suspendu, et que le salarié continue d'appartenir au personnel de l'entreprise prêteuse. Cependant, il reste à savoir si cette formulation suffira à exclure les effets habituels du transfert de la subordination juridique, qui est, au moins pour partie, inhérente à toute mise à disposition (49). En tout état de cause, cette évolution législative a été circonscrite au prêt de main-d'œuvre et ne s'applique pas au salarié victime d'une mise à disposition dans le cadre d'une opération de marchandage.

4. La dernière forme de dissimulation d'emploi salarié concerne de façon spécifique le salarié détaché sur le territoire français. Le salarié détaché est celui dont l'employeur n'est pas établi en France, qui travaille habituellement pour le compte de celui-ci dans le pays de domiciliation de son employeur, et qui exécute temporairement un travail sur le territoire français pour le compte de cet employeur et sous son autorité (50). Lorsque le détachement est entaché de fraude, le salarié perd sa qualité de détaché et se trouve dans une situation d'emploi dissimulé comparable à celle d'un salarié travaillant sur le territoire français.

La fraude à l'emploi résulte, soit d'un détachement depuis un pays ou une entreprise dans laquelle il n'a jamais travaillé, ou de façon symbolique, soit d'un détachement alors que le salarié travaille déjà en France, soit d'un détachement alors que le salarié est placé sous la subordination juridique d'une entreprise établie en France (51). Si les services de contrôle de l'État et les organismes de recouvrement sont à l'origine de nombreux contentieux pour obtenir la condamnation de ces pratiques ou le versement de dommages-intérêts réparant le préjudice financier résultant du non-paiement des cotisations sociales en France, il n'existe quasiment pas de procédures prud'homales engagées par des salariés prétendument détachés sur le territoire français pour faire valoir leurs droits de victimes du travail dissimulé (52).

(49) La question se pose d'autant plus légitimement que la mise à disposition du salarié prévue par la loi *Cherpion* peut se faire dès le lendemain de son embauche et durer plusieurs années.

(50) Selon le rapport du ministère chargé du travail daté de septembre 2012, le nombre estimé de salariés détachés en France s'élève à 145 000 en 2011.

(51) Sur ce sujet, voir article H. Guichaoua, « La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », *Dr. Ouv.* 2012, p. 543 ; également F. Müller « Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre : *What else ?* », *Dr. Ouv.* 2011 p. 447.

(52) On peut cependant citer le contentieux prud'homal en cours à la suite du détachement de salariés sur le chantier de l'EPR de Flamanville dans la Manche.

B. La définition du salarié étranger employé sans autorisation de travail

Le salarié étranger qui exerce une activité professionnelle sans autorisation de travail, alors que la possession de celle-ci est obligatoire (53), dispose de droits à l'égard de son employeur qui sont sensiblement équivalents à ceux du salarié dissimulé. Son emploi irrégulier par l'employeur doit avoir été intentionnel. Outre la définition large donnée par la Cour de cassation de l'élément intentionnel (54), un employeur ne peut ignorer la nationalité de celui qu'il embauche, dans la mesure où il doit s'assurer préalablement de sa nationalité (55). Il doit ensuite faire vérifier auprès de l'administration l'authenticité du document qui lui est produit par le ressortissant étranger pour le faire travailler (56) et il doit, enfin, renseigner le registre unique du personnel. Ce n'est sans doute que dans l'hypothèse où une fausse pièce d'identité française lui serait présentée que sa responsabilité d'employeur pourrait être dérogée (57).

1. La quasi-totalité des salariés étrangers employés sans autorisation de travail sont également des salariés dissimulés ; il est rare en effet qu'un employeur d'un salarié étranger *sans papier* le déclare aux organismes de protection sociale et lui remette un bulletin de paie. De fait, ses droits ne se cumulent pas et font donc double emploi avec ceux du salarié dissimulé. Le salarié étranger peut alors opter entre les deux qualités, soit la qualité de salarié dissimulé, soit la qualité de salarié étranger employé sans autorisation de travail, la qualité de salarié dissimulé offrant quelques compensations supplémentaires (58).

Cependant, si une telle hypothèse se présente (59), le salarié étranger pourra invoquer la seule irrégularité de sa situation administrative au regard de son embauche pour demander le bénéfice des dispositions du Code du travail afférentes à cette situation spécifique, puisqu'elle se distingue juridiquement de la dissimulation de son emploi.

(53) Article L.5221-5 du Code du travail. Sous réserve de cas particuliers, tout ressortissant de pays tiers (hors Union européenne, Espace économique européen et Suisse) est tenu à la possession d'une autorisation de travail pour exercer une activité salariée en France.

(54) Voir notes 10 et 11.

(55) Cass. Crim. n° 93-82178, 29 mars 1994, *Braca*.

(56) Article L. 5221-8 du Code du travail.

(57) Cass. Crim. n° 87-80766, 1er octobre 1987, *Hypermarché Carrefour*.

(58) Cass. Soc. n° 06-45273, 7 mai 2008 : ressortissante capverdienne employée sans titre de travail sur un emploi dissimulé.

(59) C'est-à-dire être employé sans autorisation de travail, tout en n'étant pas dissimulé par l'employeur.

2. Le salarié étranger démuné d'autorisation de travail correspond, en règle générale, à quatre catégories de personnes : celle qui ne possède pas ou ne possède plus d'autorisation de travail en cours de validité, celle qui possède un titre en raison de sa qualité de ressortissant étranger, mais qui ne l'autorise pas à occuper un emploi salarié (60), celle qui possède une carte de séjour étudiant, mais qui travaille au-delà du contingent autorisé par la loi (61) et celle qui possède un faux titre de travail.

Le salarié étranger, qui est employé avec une autorisation de travail, mais sans que son employeur respecte la limitation géographique ou professionnelle de cette autorisation (62), ne peut pas se prévaloir des dispositions du Code du travail destinées aux victimes du travail illégal.

3. D'autres catégories d'étrangers exerçant une activité professionnelle sous un statut indu sont

également concernées par ces dispositions : les faux bénévoles (63), les faux stagiaires (64), les faux travailleurs indépendants ou les faux détachés depuis un autre État que la France (65). En effet, ces personnes, requalifiées en salarié, sont dès lors tenues à la possession d'une autorisation de travail qui, en l'espèce, fait défaut lorsqu'elles sont en activité en France sous ce statut indu. Juridiquement, elles sont considérées comme des salariés étrangers employés sans titre de travail et peuvent, à ce titre, faire valoir auprès de leur employeur de fait les droits ouverts aux victimes du travail illégal.

Les victimes du travail illégal constituent donc une population de salariés diversifiée, travaillant dans des conditions très hétérogènes. Mais dès lors que cette qualité leur est reconnue, elles disposent de droits sociaux relativement étendus et sensiblement équivalents à faire valoir.

II. Des droits sociaux significatifs, mais trop peu souvent invoqués

Les droits sociaux du salarié victime du travail illégal, qui sont essentiellement aujourd'hui des droits pécuniaires, ont été formalisés dès 1946 en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle (66), et se sont étoffés et structurés au fil du temps par des apports successifs de la loi et de la jurisprudence. Ce sont les droits du salarié étranger employé sans titre de travail qui ont d'abord fait l'objet d'une attention juridique particulière dans la législation du travail, puis ceux du salarié dissimulé.

Le fait que le salarié ait pu être de connivence avec l'employeur pour être employé dans des conditions contraires au Code du travail ou que, s'agissant d'un étranger, il ait travaillé en dehors de toute régularité administrative, ne lui est pas opposable pour lui refuser ces droits puisque ces droits, par nature, lui sont reconnus par la loi en raison même de l'illégalité de son emploi (67).

Quelle que soit la forme du travail illégal dont est victime le salarié, l'examen et l'appréciation de

ses droits relèvent à titre principal du Conseil de prud'hommes, y compris lorsque le salarié est employé sous un statut indu (68). Le salarié a la faculté, cependant, de se constituer partie civile dans une instance pénale engagée contre son employeur mis en cause pour travail dissimulé ou pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, mais exclusivement dans la perspective d'obtenir des dommages-intérêts liés au préjudice particulier que lui a causé son embauche occulte et irrégulière (69) ; le Conseil de prud'hommes reste compétent pour toutes les autres demandes relevant de sa période d'emploi. Le Tribunal des affaires de Sécurité sociale devient compétent si le salarié souhaite faire valoir ses droits à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

Pour examiner de façon plus éclairée ces contentieux qui peuvent être complexes, le Conseil de prud'hommes dispose, depuis 1997, de la faculté de demander aux agents habilités en matière de lutte contre le travail dissimulé, le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre tous renseignements et tous

(60) Par exemple, un visa d'entrée et de séjour délivré par le consulat de France, ou un titre de séjour visiteur délivré par la préfecture.

(61) Article R. 5221-26, alinéa 1^{er} du Code du travail.

(62) Article L. 8251-1, alinéa 2 du Code du travail.

(63) Cass. Crim. n° 99-81616, du 3 novembre 1999, *Strauss*.

(64) Cass. Crim n° 09-86095, 26 mai 2010, *Société Actions Langues*.

(65) CAA Douai n° 09DA01419, 26 janvier 2010, *Torrès*.

(66) Voir note 2.

(67) Cass. Soc. 9 juin 1955, Bull. civ. IV, n° 507, *Sarl garage du Lauriston* ; Cass. Soc. n° 87-42418, 4 avril 1990, *madame X*.

(68) Dans cette hypothèse, le juge commencera par se prononcer sur la demande de requalification en salarié.

(69) Cass. Crim. n° 00.81526, 6 février 2001, *Moshen* ; Cass. Crim. n° 11-81694, 30 octobre 2012, *Société Auchan France*.

documents dont ils disposent et qui sont relatifs à la commission de ces fraudes (70).

La mise en œuvre de ces droits sociaux est à la libre initiative du salarié victime du travail illégal, et elle est indépendante d'un contrôle préalable des services de l'État, excepté dans deux situations spécifiques, l'une concernant le salarié dissimulé et l'autre le salarié étranger employé sans titre de travail. Elle est également indépendante d'une reconnaissance préalable de culpabilité de son employeur par le juge répressif (71). L'action en demande de reconnaissance de ces droits devant le Conseil de prud'hommes se prescrit selon les règles de droit commun (72).

Les droits reconnus au salarié dissimulé et au salarié étranger employé sans titre de travail présentent globalement de grandes similitudes. Quelques particularités, limitées mais notoires, différencient cependant le régime juridique qui leur est applicable.

A. Les droits reconnus à tout salarié victime du travail illégal

1. Les droits du salarié victime du travail illégal sont d'une part ceux ouverts à tout salarié régulièrement embauché et d'autre part ceux inhérents à l'illégalité de son emploi et qui font l'objet de dispositions particulières dans le code du travail.

Au titre du droit commun de la législation du travail, le salarié victime du travail illégal a le droit à la remise d'un contrat de travail, de bulletin(s) de paie et d'un certificat de travail. En termes de rémunération, il perçoit le salaire et ses accessoires, prévus par la convention collective applicable. Il bénéficie des majorations pour heures supplémentaires, de l'indemnité de congé payé et de dommages-intérêts pour non-prise du repos compensateur (73).

S'il est un salarié dissimulé, il peut percevoir, en outre, l'indemnité compensatrice de préavis (74),

l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (75), l'indemnité pour violation de l'ordre des licenciements (76), l'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement (77). Le salarié employé sous un contrat de travail indu à durée déterminée obtient, l'indemnité de requalification (78).

De façon générale, il bénéficie de dommages-intérêts en fonction de la nature de la fraude à l'emploi dont il a été victime, en réparation soit du préjudice subi du fait du caractère occulte et précaire de son emploi (79), soit du préjudice résultant de l'opération de marchandage dont il a été victime (80), soit du préjudice résultant de la privation du bénéfice du Code du travail pour un faux travailleur indépendant (81). Ces dommages-intérêts sont obtenus devant le Conseil de prud'hommes ou par constitution de partie civile, au titre du préjudice moral, dans la procédure pénale engagée contre l'employeur, par exemple pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (82).

Au titre de la législation spécifique relative à la lutte contre le travail illégal, et sous réserve de démontrer le caractère intentionnel de la fraude à son emploi (83), le salarié peut prétendre au versement d'une indemnité à caractère forfaitaire du seul fait de l'illégalité de son emploi par son employeur. Le montant de cette indemnité est équivalent à six mois de salaire pour le salarié dissimulé, et à trois mois de salaire pour le salarié étranger employé sans titre de travail (84). Il s'agit de montants très conséquents et, à ce titre, théoriquement, dissuasifs à l'égard de tout employeur tenté par ce type de fraude. L'indemnité est due dès lors que la relation de travail est rompue.

La jurisprudence, qui, sur ce sujet, vise essentiellement les droits du salarié dissimulé, a apporté plusieurs précisions. Elle confirme que l'indemnité forfaitaire est due, quelles que soient les modalités de cette rupture (85), c'est-à-dire dès lors que l'employeur n'a pas embauché de façon légale ce

(70) Article 18 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal. Article L. 1454-1, alinéa 2 du Code du travail.

(71) Cass. Soc. n° 00-45082, 15 octobre 2002, *société Nostalgie Café*.

(72) Cinq ans pour les rémunérations et trente ans pour les indemnités et dommages-intérêts.

(73) Cass. Soc. n° 08-45292, 31 mai 2011, *Société HCBM*.

(74) Cass. Soc. n° 04-40991, 12 janvier 2006.

(75) Cass. Soc. n° 03-44777, 12 janvier 2006, *Société Sarrazyn*.

(76) Cass. Soc. n° 04-41769 et 04-42159, 12 janvier 2006, *Manufacture de confection L'Océane*.

(77) Cass. Soc. n° 04-43105, 3 février 2004.

(78) Cass. Soc. n° 03-44777, 12 janvier 2006, *Société Sarrazyn*.

(79) Cass. Crim. n° 11-81694, 30 octobre 2012, *Société Auchan France*; Cass. Soc. n° 92-42070, 22 novembre 1995, *Kambay*; Cass. Crim. n° 00-81526, 6 février 2001, *Moshen*; Cass. Soc. n° 06-41059, 29 janvier 2008, *Hôtel le Dauphin*; Cass. Crim. n° 11-85224, 11 avril 2012, *Cheikh Abdelhamid*.

(80) Cass. Crim. n° 11-87206, 5 février 2013, *Société Orange Caraïbes*.

(81) Cass. Soc. n° 03-43296, 12 juillet 2004, *Société Sorelait*.

(82) Cass. Crim. n° 11-85224, 11 avril 2012, *Cheikh Abdelhamid*.

(83) Voir notes 10 et 11.

(84) Articles L. 8223-1 et L. 8252-2, alinéa 2° du Code du travail. Les débats parlementaires relatifs aux lois qui ont créé cette indemnisation forfaitaire n'apportent pas d'explication sur la différence de ces montants.

(85) Cass. Soc. n° 02-44666, 12 octobre 2004, *Drela et autres*.

salarié. L'indemnité est due quelles que soient la forme du travail dissimulé pratiquée par l'employeur, la durée de l'emploi (86) et la qualification professionnelle. Cette indemnité ne peut être ni proratisée, ni réduite, ni minorée, notamment en fonction du temps de travail accompli.

Les heures supplémentaires sont prises en compte pour déterminer le montant mensuel de l'indemnité (87). Elle est calculée sur la valeur brute du salaire et n'est pas soumise à cotisation sociale (88). L'action en paiement de cette indemnité se prescrit par trente ans, à compter du jour de la rupture du contrat de travail (89).

L'indemnité forfaitaire se cumule avec toute autre indemnité ou dédommagement précité susceptible de bénéficier au salarié, y compris avec l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (90) ou l'indemnité de départ à la retraite (91).

Pour faciliter sa démarche auprès du juge, le salarié dispose de la faculté de questionner par écrit un agent de contrôle (de l'inspection du travail, de l'Urssaf...) pour lui demander s'il a fait l'objet d'une déclaration préalable à l'embauche et s'il est inscrit sur le registre unique du personnel (92).

2. Compte tenu des précisions apportées par le Code du travail et la jurisprudence, le salarié victime du travail illégal peut mettre en cause, en fonction de la nature de la fraude dont il est victime, quatre interlocuteurs différents pour faire valoir ses droits.

- Le salarié peut s'adresser, en premier lieu, au débiteur naturel de ses droits, qui est son employeur direct (93) ; ce dernier, sous cette qualité qu'il ne conteste pas, le fait travailler, en fraude à la loi, c'est-à-dire sans avoir effectué les exigences précitées.

- Le débiteur peut être, ensuite, toute autre personne qui est déclarée employeur du salarié par décision de justice, dans le cadre de la reconnaissance d'une relation de travail subordonnée dont cette personne contestait l'existence. Il s'agit, essentiellement, d'un salariat dissimulé sous l'apparence d'une activité

de bénévolat ou d'entraide (94), ou d'une période de stage (95), ou d'un recours à un travailleur indépendant (96), ou de jeune au pair. L'instance en requalification engagée par le salarié consiste, tout d'abord, à se faire reconnaître cette qualité, puis à obtenir la condamnation de son employeur à le faire bénéficier des différents droits sociaux dont il a été privé. Il s'avère (97) que les acteurs de contentieux en requalification d'un faux statut, omettent assez souvent de réclamer les droits attachés à la qualité de victime de travail illégal, pour se limiter à des demandes classiques de rappel de salaire et de remise de bulletin de paie (98). Cette valorisation partielle des droits du salarié est d'autant plus regrettable que l'essentiel de la difficulté, dans ce type de contentieux, est de réussir la démonstration de l'existence d'une relation de travail salariée.

- En présence d'une fausse sous-traitance, c'est-à-dire d'une opération de marchandage ou de prêt illicite de main-d'œuvre, ou en présence d'une autre mise à disposition, le débiteur des droits du salarié victime de cette pratique peut être l'entreprise utilisatrice du salarié, c'est-à-dire le donneur d'ordre ou l'entreprise d'accueil, qui s'est fait prêter du personnel, même si celui-ci n'est pas dissimulé par son employeur officiel ou l'a embauché sans titre de travail. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation est, à cet égard, très explicite et considère que le salarié prêté devient un salarié du donneur d'ordre ou de l'entreprise d'accueil (99). L'intérêt pour le salarié, victime de ce type de fraude, de mettre en cause le donneur d'ordre ou l'entreprise d'accueil est d'avoir un interlocuteur, en général, plus solvable et plus pérenne que son employeur officiel. Lorsque ce salarié est lui-même détaché en France dans le cadre d'une fausse prestation de services ou d'une mobilité intragroupe (100), la mise en cause de l'entreprise établie en France présente un avantage supplémentaire incontestable.

- Enfin, le salarié victime du travail illégal peut, théoriquement, s'adresser au donneur d'ordre, voire au maître d'ouvrage, qui a recouru à son employeur, directement ou indirectement, dans le cadre d'une

(86) Y compris pour des emplois de quelques heures.

(87) Cass. Soc. n° 10-11967, 5 mai 2011, *Société Franka*.

(88) Cass. Soc. n° 06-44964, 20 février 2008, *Société Ambulances Les Saules*.

(89) Cass. Soc. n° 04-42608, 10 mai 2006, *Zarillo*.

(90) Cass. Soc. n° 11-23738, 6 février 2013, *Antuna*, reproduit ci-après avec les obs. de M. Bonnechère.

(91) Cass. Soc. n° 11-22396, 15 mai 2013, *Agralys*.

(92) Article L. 8223-2 du Code du travail.

(93) L'essentiel des procédures se font sur ce fondement.

(94) Cass. Crim. n° 99-81616, 3 novembre 1999, *Strauss*.

(95) CAA Marseille n° 10MA01776, 13 mars 2012, *Sarl Sera-Bijou Plage*.

(96) Cass. Crim. n° 12-80734, 22 janvier 2013, *Société Fruits et légumes Rolf*.

(97) À la seule lecture des arrêts de la Cour de cassation.

(98) Not., Cass. Soc. n° 10-16342, 18 janvier 2012, *Fiventis* ; Cass. Soc. n° 10-17750, 18 janvier 2012, *Taxibri* ; Cass. Soc. n° 10-25742, 26 septembre 2012, *Ecf Immo*.

(99) Cass. Soc. n° 01-43554, 9 décembre 2003, *CEA*. Voir également CA Rouen n° 96/01283, 12 mai 1998, *Lannot*.

(100) Cass. Soc. n° 08-44480, 20 janvier 2010, *Société Takeuchi Manufacturing Co LTD*.

vraie sous-traitance, mais qui a généré du travail illégal. La mise en cause du donneur d'ordre s'effectue alors par le biais du mécanisme dit de la solidarité financière (101), qui prévoit que le donneur d'ordre, ou le maître d'ouvrage, est tenu, sous condition, de payer les dettes sociales de son sous-traitant. Mais la mise en œuvre de la solidarité financière est complexe et n'est pas, pour l'essentiel, à la libre initiative du salarié. En effet, depuis 2004 (102), et pour des raisons inexplicables, le législateur a rendu beaucoup plus difficile (103) l'utilisation de la solidarité financière contre le donneur d'ordre en la conditionnant à un contrôle et à une verbalisation préalable de son employeur par un agent des services de contrôle de l'État ou des organismes de recouvrement. Par ailleurs, la mise en cause du maître d'ouvrage n'est possible que si l'un de ces mêmes agents l'a préalablement mis en demeure de faire cesser le travail illégal. Pour donner son plein effet à ce dispositif, quasi inusité mais très séduisant dans son principe, car il permet notamment au salarié de faire face à l'insolvabilité ou la disparition de son employeur, ses modalités de mise en œuvre doivent être sensiblement revues et assouplies pour éviter qu'il ne reste qu'un simple texte d'affichage.

3. Le salarié victime du travail illégal bénéficie de certains droits en matière de protection sociale. S'il est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il est couvert par la législation de Sécurité sociale de droit commun relative à ces risques (104), à condition que cet événement soit porté à la connaissance de la Sécurité sociale. Si l'employeur ne déclare pas l'accident du travail à la Sécurité sociale dans les quarante-huit heures de sa survenance, le salarié peut en prendre lui-même l'initiative dans un délai de deux ans (105), ce qui, en règle générale, déclenche une enquête administrative de l'organisme de protection sociale. La Sécurité sociale dispose d'une action récursoire contre l'employeur pour obtenir le remboursement de toutes les sommes qu'elle a versées à l'occasion de cet accident (106). La victime peut aussi signaler cet accident du travail à l'inspection du travail, qui demandera à l'employeur de

régulariser sa situation et ses droits.

De façon plus générale, lorsque le salarié, victime d'un accident du travail, fait l'objet d'une opération de fausse sous-traitance (107), la mise en cause du donneur d'ordre requalifié en employeur peut lui permettre également d'obtenir, à l'égard de celui-ci, le bénéfice de la reconnaissance de la faute inexcusable, sous réserve qu'elle soit établie (108).

Si l'employeur du salarié dissimulé fait l'objet d'un contrôle de la part d'un organisme de recouvrement de Sécurité sociale, le versement des cotisations sociales sur la base des salaires payés ou sur la base forfaitaire de six mois de salaire ouvre des droits au salarié dissimulé en matière de protection sociale (109).

4. Le salarié victime du travail illégal - par dissimulation de son emploi ou par emploi sans titre de travail - peut se trouver également employé dans des conditions d'abus de vulnérabilité et d'incompatibilité avec la dignité humaine, y compris lorsqu'il est considéré à tort comme un stagiaire (110). Ces conditions d'emploi, à ce seul titre, lui ouvrent droit à des dommages-intérêts spécifiques (111), différents de ceux prévus au titre de la lutte contre le travail illégal. Les dommages-intérêts sont obtenus soit devant le Conseil de prud'hommes, soit par constitution de partie civile dans la procédure pénale engagée contre son employeur sur le fondement de l'article 225-14 du Code pénal.

B. Les particularités des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

1. En raison de l'irrégularité de la situation administrative du salarié étranger employé sans titre de travail, la jurisprudence a été conduite, dans un premier temps en raison du silence de la loi, à préciser l'étendue de ses droits sociaux, alors même que la situation du salarié dissimulé n'a pas fait l'objet de tels questionnements. Dès 1955, l'arrêt *Garage du Lauriston* (112) a posé le principe de la reconnaissance de droits sociaux à ce salarié, malgré l'interdiction d'emploi d'ordre public d'un étranger démuné de titre de travail.

(101) Articles L. 8222-2 et suivants du Code du travail et articles L. 8254-1 et suivants du Code du travail. Cass. Soc. n° 11-22577, 5 décembre 2012, *Télédiffusion de France*.

(102) Article 71 de la loi n° 2004-180 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie ; H. Guichaoua, *Dr. Ouv.* 2012 p. 765 *prec.*

(103) Il n'existe pas de jurisprudence significative se rapportant à un salarié sur ce mécanisme pourtant inscrit dans le code du travail depuis 1991.

(104) Prestations en nature, prestations en espèce, faute inexcusable, rente et capital.

(105) Articles L. 441-2 et R. 441-3 du Code de la Sécurité sociale.

(106) Article L. 471-1, alinéa 3 du Code de la Sécurité sociale.

(107) Cass. Crim. n° 99-81629, 19 octobre 1999, *MATA* (faux travail indépendant) ; Cass. Crim. n° 04-87596, 21 juin 2005, *PMP Sonorel* (marchandage).

(108) Cass. Civ. 2 n° 03-30253, 22 février 2005, *Société Sofrepi*.

(109) Article L. 242-1-2 du Code de la Sécurité sociale.

(110) Cass. Crim. n° 02-81453, 3 décembre 2002, *Barbier*, *Dr. Ouv.* 2003 p. 256.

(111) Cass. Crim. n° 02-88236, 29 octobre 2010, *Chaouk* ; Cass. Crim. n°10-85652, 1^{er} juin 2011, *Mapi*.

(112) Cass. Soc. 9 juin 1955, *Bull. civ.* IV, n° 507, *Sarl garage du Lauriston*.

Depuis 1981 (113), il est d'ailleurs prévu que les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice les actions nées en faveur de ce salarié, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, à condition que celui-ci n'ait pas déclaré s'y opposer. Il peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat (114).

Malgré la jurisprudence prometteuse de l'arrêt de 1955, confirmée par deux autres décisions (115), la Cour de cassation a cependant refusé d'assimiler sans réserve le statut du salarié étranger employé sans titre de travail à celui du salarié dissimulé, notamment en ce qui concerne la rupture de son contrat de travail pour défaut d'autorisation de travail.

Il est acquis que la rupture du contrat de travail de ce salarié sans titre de travail ne constitue pas un cas de force majeure, mais un licenciement (116), ce qui implique l'envoi d'une lettre de licenciement motivée par l'employeur. Cependant, les autres dispositions du Code du travail relatives à la procédure de licenciement ne lui sont pas applicables (117). Il ne peut donc obtenir une indemnisation pour le non-respect de cette procédure, ni l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, même si son employeur savait qu'il possédait des faux papiers (118). Son licenciement est, en soi, légitime, compte tenu de l'interdiction d'emploi d'ordre public posée par l'article L. 8251-1 du Code du travail (119).

En application du Code du travail (120), le montant de la rémunération qu'il perçoit correspond à une relation de travail présumée de trois mois, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi plus brève ou plus longue. Cumulé avec l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire, ce montant atteint, finalement, celui de l'indemnité forfaitaire de six mois due au salarié dissimulé (121). L'indemnité forfaitaire est acquise au salarié étranger dès lors que la lettre de licenciement

invoque comme motif de la rupture du contrat de travail sa situation irrégulière, même si l'employeur ignorait, au moment de l'embauche, que le titre de travail présenté était un faux document (122).

Le salarié perçoit l'indemnité compensatrice de préavis, alors même que l'irrégularité de sa situation administrative lui interdit de travailler (123).

Par exception, l'indemnisation pour non-respect de la procédure de licenciement reste due au salarié si l'employeur se place sur le terrain disciplinaire pour le licencier, notamment du fait de la présentation de faux papiers, mais sans avoir respecté pour autant la procédure propre au licenciement pour motif disciplinaire (124). L'employeur, quant à lui, n'a pas vocation à obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait du salarié qui lui a présenté des faux papiers pour l'embaucher, sauf à démontrer l'existence d'une faute lourde de la part de celui-ci (125).

Le salarié étranger peut prétendre à une indemnisation pour perte d'emploi s'il s'avère que son employeur, qui a rompu la relation de travail du fait de l'absence de titre de travail, a empêché une régularisation possible (126).

Il ne peut pas se faire remettre l'attestation employeur destinée à l'inscription à Pôle Emploi, puisqu'il n'a pas la capacité de s'y inscrire en qualité de demandeur d'emploi en raison de l'irrégularité de sa situation administrative (127).

Il n'est pas couvert par la protection exorbitante du droit commun en matière de licenciement qui est reconnue aux représentants du personnel (128).

2. Dans le cadre de la transposition de la directive communautaire du 18 juin 2009 (129), la loi (130) a introduit dans le Code du travail un mécanisme

(113) Loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant certaines dispositions du Code du travail relatives à l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière.

(114) Article L. 8255-1 du Code du travail.

(115) Cass. Soc. 1^{er} mars 1961, Bull. civ. IV, n° 268 ; Cass. Soc. 9 février 1966, Bull. civ. IV n° 156, *Cimadevilla*.

(116) Cass. Soc. n° 94-42604, 14 octobre 1997, *Peugeot* ; Cass. Soc. n° 99-42054, 6 novembre 2001, *Spapa*.

(117) Cass. Soc. n° 06-44983, 29 janvier 2008, *TBH Logistique*.

(118) Cass. Soc. n° 08-42100, 8 décembre 2009, *Société L'Audacieuse*.

(119) Cass. Soc. n° 11-18840, du 4 juillet 2012, *Société Place Net Tp*.

(120) Article L. 8252-2, 1° du Code du travail.

(121) Dans un souci de simplification et de compréhension, il serait souhaitable d'uniformiser ces indemnités.

(122) Cass. Soc. n° 07-40434, 26 juin 2008, *société européenne de désossage Koening*.

(123) Cass. Soc. n° 99-44316, 12 mars 2002.

(124) Cass. Soc. n° 11-18840, 4 juillet 2012, *Société Place Net Tp*.

(125) Cass. Soc. n°11-23920, 13 février 2013 *Société Cynophile*.

(126) Cass. Soc. n° 06-44983, 29 janvier 2008, *TBH Logistique* ; Cass. Soc. n° 99-42054, 6 novembre 2001, *Spapa*.

(127) Cass. Soc. n° 08-42100, 8 décembre 2009, *Société L'Audacieuse*.

(128) CE n° 74346, 13 avril 1988, *Informatis* ; Cass. Soc. n° 08-40923, 5 novembre 2009, *Médiapost*.

(129) Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

(130) Article 77 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. Article L. 8252-4 du Code du travail

original destiné (en théorie) à assurer au salarié étranger employé sans titre de travail le paiement effectif de sa rémunération et de l'indemnité forfaitaire équivalant à trois mois de salaire, en faisant intervenir l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) (131). Les conditions posées par la loi pour faire jouer ce mécanisme sont très complexes et exigeantes et ne concernent, par suite, qu'une partie infime des employeurs en infraction avec la loi et des salariés victimes, dénaturant sensiblement le texte communautaire, qui est de portée générale (132).

En effet, tout ce mécanisme repose sur un contrôle préalable de l'employeur par les services de l'État (133); si l'employeur ne fait pas l'objet de ce contrôle, puis d'une verbalisation transmise au procureur de la République, le salarié ne bénéficie pas de cette garantie. Il est étonnant, à ce titre, que l'effectivité des droits sociaux d'un salarié dépende d'une verbalisation préalable de l'administration. Les particuliers employeurs n'étant, de surcroît, quasiment jamais contrôlés à leur domicile, ce sont également de fait tous les salariés étrangers occupés sans titre de travail sur des emplois domestiques et familiaux qui sont exclus de cette garantie.

À l'issue du contrôle de son employeur, le salarié doit ensuite faire l'objet d'une mesure de rétention administrative, ce qui n'est pas le cas, bien entendu, lorsque le contrôle est effectué par l'inspection du travail. Ainsi, le salarié dispose de moins de garantie pour le paiement de sa rémunération et de ses indemnités lorsque le contrôle est effectué par l'inspection du travail, et non pas par la gendarmerie ou la police, ce qui ajoute au caractère surréaliste de ce texte.

L'employeur disposant, quant à lui, de trente jours pour payer le salarié à l'issue du contrôle, ce dernier aura été certainement, entre-temps, éloigné du territoire français, ce qui rend le paiement de sa rémunération et ses indemnités très aléatoire. L'OFII interviendra (enfin) pour le paiement de la rémunération au plus

tôt au terme de ces trente jours, et à condition qu'il sache que le salarié n'a pas été payé directement par son employeur à ce terme. Pour autant, le salarié n'est pas assuré d'obtenir rapidement le paiement de son dû, car l'OFII doit le récupérer préalablement auprès de l'employeur. Et cette opération de recouvrement est susceptible d'être contestée par l'employeur devant la juridiction administrative, avec la perspective d'un contentieux de plusieurs années.

En 2012, un seul salarié étranger employé sans titre de travail aurait bénéficié de cette garantie, ce qui est consternant et dérisoire, eu égard aux objectifs de la directive de 2009, au nombre de salariés étrangers qui seraient employés en France sans titre de travail et au nombre de procès-verbaux relevés (134). Une modification substantielle de la loi est nécessaire pour la mettre en conformité avec la directive du 18 juin 2009, d'autant que le salarié étranger employé sans titre de travail se trouve dans la situation la plus précaire parmi les victimes du travail illégal.

En conclusion, le salarié victime d'une pratique de travail illégal, quelles que soient sa nationalité et sa situation administrative, bénéficie de droits sociaux non négligeables qui sont inscrits, pour l'essentiel, de longue date dans la législation française. Si des améliorations législatives significatives restent encore nécessaires, notamment pour la valorisation effective des droits du salarié étranger employé sans autorisation de travail (135), on regrette que ces droits, par ailleurs largement confortés par la jurisprudence (136), ne fassent pas l'objet d'une meilleure appropriation et mobilisation de la part de tous ceux qui sont concernés (salarié, syndicat et association). On peut penser, en effet, que si chaque salarié victime du travail illégal fait valoir la totalité de ses droits inscrits dans la législation du travail ou de Sécurité sociale, cette action aurait rapidement un effet dissuasif à l'égard des employeurs qui recourent à ces pratiques.

Hervé Guichaoua

(131) Contrairement à ce qui est écrit dans la circulaire interministérielle du 11 février 2013, relative à la mise en œuvre du plan national d'action 2013-2015 de lutte contre le travail illégal, ce n'est pas l'absence de titre de séjour, mais l'absence d'autorisation de travail qui ouvre des droits sociaux au salarié étranger employé de façon illégale (cf article L. 8252-1 du Code du travail).

(132) Sur ce sujet, voir article H. Guichaoua, « Emploi illégal des salariés étrangers: ambiguïté et insuffisance de la loi du 16 juin 2011 », Dr. Ouv. 2012, p. 340.

(133) Inspection du travail, gendarmerie, police et douanes.

(134) Les pouvoirs publics évaluent entre 200 000 et 400 000 le nombre de *travailleurs sans papiers* en France et 2008 infractions d'emploi de salariés étrangers sans titre de travail ont été relevées en 2011.

(135) La Commission nationale de lutte contre le travail illégal, qui s'est réunie le 27 novembre 2012 sous la présidence du Premier ministre, n'a rien proposé.

(136) Le salarié victime du travail illégal dispose aussi de la faculté de faire valoir ses droits en recourant à la notion de coemploi, telle que définie par la jurisprudence (not. Cass. Soc. n° 09-69199, 18 janvier 2011, *société MIC*, Dr. Ouv. 2011 p. 273). Cette démarche devant la juridiction sociale, si elle existe et fait l'objet d'un intérêt doctrinal soutenu (v. not. E. Peskine « La responsabilisation des sociétés mères » Dr. Ouv. 2013 p. 157 et les références citées), reste à ce jour trop peu répandue.