

La rupture du contrat de travail d'un salarié étranger en situation irrégulière

par *Rodrigue GOMA MACKOUNDI*, Docteur en droit,
Avocat au Barreau de Toulouse

PLAN

I. La situation irrégulière de l'étranger, cause de la rupture du contrat

A. La relation de travail exposée à la rupture

B. La survenance de la situation irrégulière

II. Les droits du salarié étranger en cas de rupture du contrat

A. L'inobservation de la procédure de licenciement

B. L'indemnité en cas de rupture du contrat

Les règles relatives au droit du travail ouvrent aux citoyens étrangers le droit d'exercer une activité professionnelle en France. Mais ce droit s'accompagne de contraintes administratives auxquelles l'employeur et le salarié doivent faire face. En effet, sans doute pour éviter une immigration massive du travail et pour obliger l'employeur à recourir à la main-d'œuvre traditionnelle, le législateur a exigé que l'emploi d'un salarié étranger soit précédé d'une autorisation administrative (1). Une catégorie de contrats entre employeur et étranger se forme sous contrôle de l'autorité administrative. Pour contourner cette règle, les employeurs, soucieux d'obtenir des bénéficiaires importants de leurs activités, se tournent vers une main-d'œuvre clandestine (2). Il s'agit là des personnes qui sont sur le territoire français sans titre de séjour et n'ont, par conséquent, pas le droit d'exercer une activité professionnelle, salariée ou non. La relation de travail qui s'établit dans ces circonstances est comme suspendue à un fil qui, à la moindre complication, peut se casser.

Si, dans une relation normale de travail, la rupture du contrat survient à l'occasion d'une faute du salarié, de sa démission, suite aux difficultés économiques de l'entreprise ou pour inexécution par l'employeur de ses obligations, cas dans lesquels la situation du travailleur étranger, au regard des dispositions relatives à la régularité de séjour sur le territoire français, n'est pas en cause, lorsqu'il s'agit de l'embauche d'un étranger, précédée d'une autorisation administrative ou non, la fin du contrat peut avoir pour cause l'irrégularité de séjour de la personne concernée (1).

Toutefois, la rupture pour cause d'irrégularité de séjour du salarié étranger suscite des interrogations quant à la consistance des droits de ce dernier au regard de la législation du travail (3). Avant le vote de la loi du 17 octobre 1981, la jurisprudence, tout en reconnaissant la nullité du contrat de travail de l'étranger en situation irrégulière, admettait que ce dernier réclame à son employeur le paiement de ses salaires (4) et de toute autre indemnité liée à la rupture de son contrat (5). Ces droits ont été consacrés par le législateur, qui a introduit dans le Code du travail de nouvelles dispositions exigeant de l'employeur le

versement des salaires pendant la période d'emploi illicite (6). En cas de rupture de la relation de travail, l'étranger devait bénéficier d'une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire. Le législateur maintenait ces salariés étrangers dans une précarité certaine. Les droits consacrés sont *aminima*, l'étranger ne pouvant prétendre à plus, étant observé qu'il est souvent dans l'incapacité de prouver son ancienneté dans l'entreprise. Réagissant aux critiques (7), le législateur a réévalué les droits des salariés étrangers en cas de rupture du contrat de travail. La loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à

(1) Sur cette question v. V. Tchen, *Travailleur étranger* : J.-Cl. Travail Traité, fasc. 8-50, pp.1-28 ; H. Guichaoua, « Les droits du salarié victime du travail illégal », *Dr. Ouv.* 2013, p. 510.

(2) Voir J. Fau, « Rapport sur le travail illégal », *Dr. Soc.* 1981, p. 597.

(3) Pour un exemple v. S. Slama, « Travailleurs sans-papiers : un droit de grève « bridé » ? », *Dr. Ouv.* 2011, pp. 65 et s.

(4) Cass. Soc. 1^{er} mars 1961, Bull. civ. IV, n° 268.

(5) Cass. Soc. 9 fév. 1966, Bull. civ. IV, n° 156.

(6) V. J. Savatier, « Les sanctions civiles de l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière », *Dr. Soc.* 1986, n° 5, pp. 424 et s.

(7) V. sur ce point l'article publié par le GISTI (groupe d'information et soutien des immigrés) « Travailleurs sans papiers : sans-papiers mais travailleurs », *RDT* 2011, pp. 223 et s.

la nationalité (8) a inscrit à l'article L.8252-2 du Code du travail qu'en pareille circonstance, l'employeur verse à l'étranger une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire, avant d'ajouter plus loin que celui-ci peut prétendre, si celle-ci est plus favorable, à l'indemnité prévue à l'article L.8223-1 (9) lorsque son travail a été dissimulé. Ces dispositions génèrent un flou juridique qui doit interpeller et appeler une précision du législateur. À ce flou s'ajoute celui

émanant de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui affirme, d'une part, que les règles du licenciement ne sont pas applicables à l'étranger dépourvu de titre de séjour (10) et, d'une autre, que l'employeur doit les respecter lorsqu'il veut invoquer la faute du salarié (11). Ces éléments justifient que l'on s'attarde quelques instants sur la réalité des droits de l'étranger en cas de rupture de son contrat de travail (11).

I. La situation irrégulière de l'étranger, cause de la rupture du contrat

Pour le contrat conclu, à tort ou à raison, avec une autorisation administrative ou un titre de séjour, la survenance subite de la situation irrégulière de l'étranger peut constituer la principale cause de rupture du contrat (B). Les relations de travail entre un employeur et un clandestin originaire demeurent, elles, exposées perpétuellement à la rupture (A).

A. La relation de travail exposée à la rupture

Comme le souligne M. Pierre Bailly, « *l'emploi d'un salarié étranger dépourvu de titre est légalement impossible* » (12). En effet, interdiction est faite aux employeurs d'embaucher, directement ou indirectement, un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (13).

Mais bon nombre de relations de travail se nouent en faisant abstraction de cette interdiction. Ces relations qui se nouent sont engendrées par la rencontre de deux intérêts (14) : le premier intérêt est celui de l'employeur, qui veut faire l'économie des charges sociales et profiter des bénéfices considérables, et décide, pour ce faire, d'embaucher un travailleur clandestin ; en second lieu, l'intérêt de l'étranger qui, sans titre de séjour, trouve l'occasion

inespérée de mettre sa force, souvent physique, au service d'un employeur qui accepte, en contrepartie, de lui verser un salaire sans déclaration préalable auprès des autorités administratives et des organismes sociaux. Le contrat s'exécute, par conséquent, sans aucune protection juridique (15). Il reste soumis au bon vouloir des protagonistes, mais surtout à celui de l'employeur qui donne du travail et peut à tout moment, sans ménagement, mettre fin à cette relation de travail. En effet, sans titre de séjour et sans contrat valide, la relation de travail qui se noue en toute illégalité peut prendre fin sans que l'employeur mette en mouvement une procédure de licenciement. L'employeur a d'ailleurs été conforté par la Cour de cassation par un arrêt du 4 juillet 2012. Par cet arrêt, les juges innovent en écartant le travailleur étranger de la protection dont bénéficie le salarié traditionnel lors de la rupture de son contrat (16). Pour le salarié traditionnel, son licenciement doit nécessairement avoir une cause réelle et sérieuse. Pour l'étranger en situation irrégulière, la Haute juridiction considère que sa situation constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail. Cette position de la Cour de cassation suscite une interrogation : en quoi la situation irrégulière du salarié étranger constitue-t-elle nécessairement une cause

(8) Sur la critique de certains aspects de cette loi, H. Guichaoua, « *Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011* », Dr. Ouv. 2012, pp.340 et s.

(9) Article L.8223-1 du Code du travail : « *En cas de rupture de la relation de travail, le salarié auquel un employeur a eu recours dans les conditions de l'article L.8221-3 ou en commettant les faits prévus à l'article L.8221-5 a droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire* ».

(10) Cass. Soc. 13 nov. 2008, n°07-40689, D. 2009, AJ 3016 ; RJS 2009, p.77, n°70 ; Dr. Ouv. 2009, p.299, n. V. Lacoste-Mary.

(11) Cass. Soc. 4 juil. 2012, n°11-18840, JCP. S. 2013. 1097, n. C. Hodez et M. Paradis ; Dr. Ouv. 2012 p.736, n. M. Bonnechère ; Dalloz Actu. 5 sept. 2012, obs. L. Perrin.

(12) P. Bailly, « *Le travailleur étranger sans-papiers n'est pas dépourvu de tout recours en cas de rupture de son contrat* », RDT 2011, p.221.

(13) Article L.8251-2 du Code du travail

(14) J. Fau, préc., n. 2, p.599.

(15) Pendant la période d'emploi illicite, le salarié a droit au salaire et à tous les avantages accordés au salarié traditionnel.

(16) Selon un auteur, par l'arrêt du 4 juillet 2012, « *la Cour de cassation renforce la vulnérabilité des plus faibles, ratifie une forme d'exclusion* », v. M. Bonnechère, Dr. Ouv. 2012, p.738, préc.

objective de la rupture de son contrat, dans la mesure où l'employeur savait, dès le départ, qu'il embauchait un travailleur sans titre de séjour ? La solution de la Cour de cassation accentue, au contraire, un déséquilibre entre deux personnes qui contractent en connaissance de cause, l'employeur fournissant du travail à un « sans-papiers » sans avoir à le déclarer et le salarié acceptant d'exercer une activité clandestine. Cette décision va plutôt avoir un effet d'aubaine auprès des employeurs qui recourent à l'embauche des étrangers sans titres. Ils pourront continuer à faire travailler les « sans-papiers » sous la protection de la Cour de cassation et les écarter à tout moment. Il suffira d'invoquer leur situation irrégulière pour mettre fin à la relation de travail. En adoptant cette position, on peut penser que la Cour de cassation cautionne l'idée selon laquelle la situation irrégulière du salarié doit rendre la poursuite des relations de travail aléatoire, le salarié pouvant donc se faire licencier à tout moment, même sans avoir commis de faute.

B. La survenance de la situation irrégulière

Deux événements peuvent entraîner également la rupture du contrat de travail conclu par un salarié étranger. Le premier tient du défaut de délivrance, par l'autorité administrative, de l'autorisation de travail permettant à l'étranger d'exercer une activité salariale sur le territoire français (1.). Le second découle de la découverte par l'employeur qu'il a embauché un étranger avec de faux documents administratifs (2.).

1. Le défaut de délivrance de l'autorisation de travail

Selon l'article R.5221-1 du Code du travail, l'étranger qui veut exercer une activité professionnelle en France doit solliciter auprès des autorités une autorisation de travail. L'article R.5221-3 du même code, quant à lui, énumère les cartes de séjour valant autorisation de travail (17). Certaines d'entre elles sont accordées pour une période de douze mois. Pour un contrat prévu pour une période plus longue, l'étranger doit obtenir auprès des autorités administratives le renouvellement du titre l'autorisant à exercer en France. S'il est rare que l'administration oppose un refus à cette demande, l'article R.5221-34 du Code du travail prévoit tout de même des cas dans lesquels le renouvellement peut être refusé. En effet, il ressort de cet article que le renouvellement peut être refusé en cas de non-respect des termes de

l'autorisation par l'étranger ou en cas de non-respect par l'employeur de la législation relative au travail ou à la protection sociale, mais encore en cas de non-respect des conditions d'emploi, de rémunération ou de logement fixées par cette autorisation.

L'employeur et le salarié confrontés au refus de délivrance d'une autorisation de travail, se pose alors la question de la poursuite des relations contractuelles. L'employeur peut-il continuer à faire travailler un salarié qui ne fournit pas une autorisation de travail ? Il faut répondre par la négative. Le défaut de délivrance de l'autorisation de travail suffit, à lui seul, pour mettre fin aux relations contractuelles (18). L'employeur doit par conséquent licencier le salarié avec convocation à l'entretien et versement des indemnités de licenciement.

En revanche, l'employeur qui continue de faire travailler un salarié étranger, malgré le refus de l'administration de lui accorder une autorisation de travail, tombe dans l'illégalité. En effet, l'article L.8251-1 du Code du travail interdit à tout employeur de conserver à son service ou d'employer un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France. On peut distinguer deux cas : soit l'employeur n'est pas informé du refus de l'administration de renouveler l'autorisation de travail et continue à faire travailler l'étranger, soit, malgré le refus, le salarié est maintenu sciemment à son poste. Dans les deux cas, il s'agit d'emploi d'étranger sans titre, tel que décrit au début de cette étude. La relation de travail, en pareille situation, devient exposée à la rupture. Rompre un contrat pour défaut d'autorisation de travail ne soulève plus aucune difficulté pour l'employeur, puisque la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective justifiant la rupture de son contrat de travail (19). L'employeur pourra, dès qu'il lui plaira, soulever le motif selon lequel le salarié est en situation irrégulière pour mettre fin à la relation de travail.

2. La découverte de la situation irrégulière

Pour exercer une activité salariée sur le territoire français, certains étrangers recourent à de faux documents afin de se faire embaucher. L'employeur peut, cependant, découvrir que les papiers qui lui ont été présentés pour l'embauche sont en réalité des faux documents. Il suffit pour cela que l'employeur s'adresse aux services de la préfecture pour vérifier

(17) V. Tchen, « Travailleur étranger », préc., n. 1, pp.9 et s.

(18) Cass. Soc. 3 oct. 1985, n°84-40309, Bull. civ. V, n°438.

(19) Cass. Soc. 4 juil. 2012, préc.

la régularité du séjour de l'étranger sur le territoire français. En effet, l'article L.5221-8 du Code du travail exige de l'employeur de s'assurer, auprès des administrations territorialement compétentes, de l'existence du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France.

Pour permettre à l'administration de procéder à la vérification, l'employeur, conformément aux articles R.5221-41 et R. 5221-42 du Code du travail, adresse, au moins deux jours ouvrables avant la date d'effet de l'embauche, la copie du document produit par l'étranger. En cas de réponse indiquant que le salarié étranger n'est pas en règle au regard de la législation sur le séjour des étrangers en France, l'employeur ne peut plus fournir un travail. L'employeur peut donc, par la seule survenance de la situation irrégulière du salarié, mettre fin à la relation contractuelle qui s'était nouée entre les deux. Là également s'applique la règle selon laquelle aucun employeur n'a le droit d'embaucher ou de conserver à son service un salarié démuné d'un titre l'autorisant à travailler en France. C'est d'ailleurs dans cette circonstance que la Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu l'arrêt du 4 juillet 2012. Dans cette affaire, un étranger avait présenté des faux papiers d'identité pour se faire embaucher. Plus d'un an après avoir intégré le service de son employeur, il se faisait licencier par son employeur. Ce licenciement a eu lieu après que l'employeur ait vérifié, auprès de la préfecture, la régularité du séjour de l'étranger. Après vérification, il ressortait que l'étranger avait présenté un faux titre de séjour. C'est dans cette affaire que la Cour de cassation a jugé que la situation irrégulière de l'étranger est une cause objective justifiant la rupture

de son contrat de travail. Mais ici des questions se posent quant au défaut de vigilance de l'employeur, qui accepte d'embaucher un salarié étranger sans, au préalable, vérifier la régularité de son séjour sur le territoire français (20). Le dispositif concernant le travail des étrangers en France indique, en effet, que la demande de vérification doit être faite avant l'embauche. Celle-ci ne doit pas, en principe, avoir lieu *a posteriori*. Peut-être ce défaut de vigilance est-il dû à une absence d'information à l'égard des employeurs. Peut-être faudrait-il mettre en place des mécanismes de prévention, en assurant une large diffusion de l'information selon laquelle toute embauche d'un étranger doit être précédée d'une vérification préalable de son autorisation de travail auprès de l'administration. Du moins pour ceux des employeurs qui n'embauchent pas délibérément un travailleur sans-papiers, quitte à plaider l'ignorance ensuite.

Toutefois, il faut faire remarquer que, si la situation irrégulière peut être une cause objective de la rupture du contrat, le comportement de l'employeur peut entacher le caractère réel et sérieux de celle-ci. Tel est le cas lorsque l'irrégularité de l'emploi du salarié résulte d'une carence de l'employeur constituée par la remise d'un contrat de travail ne correspondant pas aux conditions d'emploi et empêchant toute régularisation de la situation administrative de l'intéressé (21). De la même manière, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque le retard pris pour obtenir une réponse officielle de la préfecture sur une demande d'autorisation de travail n'est pas imputable au salarié et ne peut constituer un motif disciplinaire de licenciement (22).

II. Les droits du salarié étranger en cas de rupture du contrat

Encore à ce jour, la législation du travail tend plutôt à protéger le salarié, lequel, en cas de rupture de son contrat de travail, bénéficie des garanties procédurales et financières (23). Cette protection risque, en revanche, d'être ébranlée dans les prochaines années. En effet, pour parer à la crise et aux problèmes de compétitivité dont souffrent, semble-t-il, les entreprises françaises, les lobbys du patronat prônent la refonte profonde du droit du travail en s'inspirant du modèle allemand, protecteur des employeurs. Pour le salarié étranger en

situation irrégulière, il n'y aura pas besoin d'attendre cette refonte de la législation. Le législateur et le juge se sont déjà chargés de limiter ses droits en cas de rupture de son contrat de travail. De la part du juge, l'employeur a reçu l'autorisation de rompre la relation de travail sans observer la procédure de licenciement lorsqu'est en cause la situation irrégulière du salarié (A). De la part du législateur, le salarié bénéficie d'un dispositif qui oblige l'employeur à lui verser une indemnité forfaitaire *a minima* en cas de rupture du contrat de travail (B).

(20) Avant l'entrée en vigueur du décret n°2007-801 du 11 mai 2007, l'employeur n'avait pas l'obligation de vérifier la régularité du séjour du salarié étranger. V. en ce sens, CA Versailles 27 fév. 2013, n°11-00500 : JurisData n°2013-005532.

(21) Cass. Soc. 29 janv. 2008, n°06-41059.

(22) CA Paris 14 fév. 2013, n°11-04727 : JurisData n°2013-002292.

(23) H. Guichaoua, « Les droits du salarié, victime du travail illégal », préc., spec., pp.518 et s.

A. L'inobservation de la procédure de licenciement

Selon la Cour de cassation, dès lors que le salarié étranger est en situation irrégulière, les règles relatives à la procédure de licenciement ne lui sont pas applicables. L'employeur peut donc mettre fin au contrat sans, au préalable, convoquer le salarié à un entretien, dont le but est de recueillir ses observations sur un certain nombre de faits qui lui sont reprochés. Il suffit, pour acter la rupture, que l'employeur adresse au salarié une lettre de licenciement, dans laquelle il invoque sa situation irrégulière comme la cause de la fin des relations contractuelles.

La Cour de cassation a jugé, pour la première fois, que l'employeur est exonéré de mettre en mouvement la procédure de licenciement dans un arrêt du 29 janvier 2008 (24). Dans cet arrêt, le salarié étranger, se fondant sur l'article 7 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT), selon lequel un travailleur ne peut pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, soulevait le fait qu'il n'avait pu s'exprimer sur les motifs de la rupture de son contrat de travail avant que cette mesure soit arrêtée. Pour la Haute juridiction, cet article ne visant que les licenciements pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié ne trouve pas à s'appliquer à la rupture du contrat de travail d'un étranger motivée par son emploi illégal, qui ne justifie pas l'application des règles relatives au licenciement. Cette position a été confirmée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 13 novembre 2008. Dans cet arrêt, la salariée s'était faite embaucher après avoir fourni une demande d'asile territorial et la carte de Sécurité sociale de son époux, sur laquelle elle figurait comme ayant droit. N'ayant pas pu fournir ultérieurement une autorisation de travail, elle s'était faite licencier. Se prévalant des règles relatives au licenciement pour contester son licenciement, la Haute chambre lui répondit que celles-ci ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivé par son emploi irrégulier (25). Cette position a été réaffirmée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu le 4 juillet 2012 (26), où elle considère 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.

La doctrine considère que cette position de la Cour de cassation est choquante (27) et crée un régime intenable (28). En effet, en adoptant cette position, le juge autorise l'employeur, après avoir profité des salariés étrangers sans titre, à se débarrasser d'eux sans aucune formalité particulière. L'employeur n'ayant pour seule obligation que l'envoi d'une lettre de licenciement mettant fin à la relation de travail. Cette position de la Cour de cassation est critiquable, en ce sens que prime pour la Haute juridiction la seule situation irrégulière du salarié étranger. L'équité et la dignité humaine doivent conduire le juge à admettre que, derrière le « sans-papiers », il existe un travailleur (29) et que celui-ci ne peut être licencié qu'après observation de la procédure de licenciement. Il est, en effet, incompréhensible d'alléger la tâche d'un employeur qui a embauché un salarié sans titre de séjour, alors que bien souvent, et notamment dans l'arrêt de 2008 précité, il connaissait sa situation dès le début de la relation de travail. À travers cette jurisprudence, le juge choisit de protéger l'employeur au détriment du salarié. Cette jurisprudence de la Cour de cassation est également critiquable en ce sens qu'elle semble en contradiction avec le dispositif concernant les droits des salariés en situation irrégulière. Car comment comprendre que, durant la période d'emploi illégal, le législateur accorde au salarié tous les droits d'un salarié traditionnel et, quand arrive la rupture du contrat de travail, toute la protection tombe.

Il ressort également de l'arrêt du 4 juillet 2012 que la situation irrégulière de l'étranger n'est pas constitutive d'une faute grave. En revanche, selon le même arrêt, l'employeur qui entend licencier le salarié pour faute grave, comme par exemple la production d'un faux titre de séjour, distincte de la seule irrégularité de l'emploi, doit en faire état dans la lettre de licenciement. Et l'employeur qui se place sur le terrain disciplinaire en licenciant pour faute grave un salarié en situation irrégulière doit respecter les dispositions relatives à la procédure de licenciement avec convocation à un entretien préalable, tenue de

(24) Cass. Soc. 29 janv. 2008, n°06-44983, JCP S. 2008, 1253, n. L. Dauxerre.

(25) Cass. Soc. 13 nov. 2008, préc.

(26) Cass. Soc. 4 juill. 2012, préc.

(27) V. Baudet-Caille, « Les sans-papiers licenciés ont-ils des droits ? », *Plein Droit* 2009, n°80, p.39.

(28) M. Bonnechère, *Dr. Ouv.* 2012, p.738, préc.

(29) V. Carrère, « Derrière le sans-papiers, on découvre le travailleur », *Plein Droit* 2009, n°80, pp.27 et s.

l'entretien préalable et notification du licenciement en respectant les délais prévus par les textes. Cet arrêt donne aujourd'hui l'opportunité à l'employeur de choisir le mode de rupture de la relation qui le lie au salarié étranger en situation irrégulière. Soit il invoque la seule situation irrégulière du salarié pour mettre fin à la relation. Il n'a, pour cela, aucune contrainte quant à l'accomplissement des formalités relatives à la procédure de licenciement. Le salarié conserve son droit de percevoir une indemnité forfaitaire, sans avoir le droit de discuter des raisons de son licenciement, alors même que le comportement de l'employeur peut être fautif. Soit l'employeur invoque la faute du salarié et est obligé de mettre en mouvement les règles relatives aux licenciements. L'enjeu, ici, est important pour l'employeur, puisque la qualification de la faute grave lui permettrait d'échapper au paiement de l'indemnité forfaitaire (30). Demeure la question de savoir si, dans le cas contraire, le juge serait capable d'appliquer au salarié étranger les effets positifs d'un licenciement infondé. Il semble que la réponse soit négative, puisque le salarié en situation irrégulière n'est pas un salarié comme les autres, il est à part, mis sur le bord de la route avec un minimum de protection (31). En effet, même en pareille circonstance, le salarié n'a droit qu'à une indemnité forfaitaire (32) et, éventuellement, le versement d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement (33).

Par ailleurs, cette jurisprudence semble aller à contre-courant de la lutte que mènent les pouvoirs publics contre le travail illégal (34). Un renforcement des droits du salarié étranger en situation irrégulière s'inscrirait davantage dans cette lutte. Ainsi, contraindre l'employeur à respecter la procédure de licenciement, qu'il s'agisse de l'étranger en situation irrégulière « originaire » (35) ou qu'il se soit retrouvé en situation irrégulière après refus de renouvellement de l'autorisation de travail, serait une avancée significative dans cette lutte. L'employeur ne pourra arguer de la

méconnaissance de la situation du salarié. En effet, en sa qualité de chef d'entreprise, il a l'obligation de procéder à toute vérification avant l'embauche ou de s'assurer que le salarié a bien obtenu le renouvellement de son autorisation de travail. Une faille en ce sens signifierait qu'il y a eu volonté de recourir à l'embauche d'un étranger sans titre (36). Nul ne pouvant se plaindre de sa propre turpitude, il paraît normal de sanctionner un employeur pour son imprudence (37).

B. L'indemnité en cas de rupture du contrat

Le salarié étranger qui perd son emploi en raison de sa situation irrégulière sur le territoire français bénéficie d'une protection juridique *a minima*. Celle-ci consiste au versement au salarié étranger d'une indemnité forfaitaire, conformément à l'article L.8252-2 du Code du travail, selon lequel, en cas de rupture de la relation de travail, le salarié étranger a droit à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire.

Pendant longtemps, cette indemnité était fixée à un mois de salaire. Il n'est pas certain que cette sanction civile ait empêché les employeurs de recourir à l'embauche de travailleurs sans-papiers. Il a fallu attendre la loi du 16 juin 2011 pour voir le législateur augmenter cette indemnité à trois mois de salaire. En revanche, cette loi n'a pas mis fin à la limitation prévue à l'article L.8252-2 du Code du travail. Il ressort de ce texte que l'indemnité forfaitaire ne se cumule pas avec l'indemnité de préavis, ni avec l'indemnité de licenciement (38). Seule la plus favorable doit être accordée au salarié. L'indemnité forfaitaire vient donc réparer le préjudice subi par le salarié étranger pour cause de rupture de la relation de travail (39), de sorte que, l'indemnité forfaitaire versée, le salarié ne peut plus prétendre à une autre indemnité, sauf à justifier d'un préjudice distinct pour obtenir une indemnisation supplémentaire (40). Ainsi, l'étranger qui apporte la

(30) On voit mal un employeur licencier un salarié pour faute grave sans avoir la ferme intention de s'exonérer du versement de l'indemnité forfaitaire. Des auteurs considèrent que l'indemnité forfaitaire doit être maintenue même en cas de faute grave. V. C. Mangematin, « Rupture de la relation de travail du travailleur étranger en situation irrégulière », Dr. Soc. 2013, p. 407 ; C. Hodez et M. Paradis, préc., n. 10 ; N. Ferré, n. sous CA Paris, 13 sept. 2011, n°09-10076, RDT 2011, pp. 717 et s.

(31) Sur cette question, v. C. Mangematin, préc., n. 27, p. 407.

(32) Cass. Soc. 8 déc. 2009, n°08-42100.

(33) Cass. Soc. 4 juil. 2012, préc.

(34) V. sur ce point le plan de lutte contre le travail illégal pour la période 2013-2015 publié sur le site du ministère du Travail.

(35) Terme emprunté à C. Mangematin, préc., n. 27.

(36) Sur la prévention contre l'emploi illégal, v. R. Goma, « La lutte contre la dissimulation d'emploi salarié », JCP. S. 2013, 1188.

(37) Cass. Soc. 10 avr. 2013, n°11-25844, JurisData n°2013-006870.

(38) Sur la question du cumul de l'indemnité, voir l'article publié par le GISTI, préc., n. 7, pp. 223 et s.

(39) T. Aubert-Monpeyssen, n. sous Cass. Soc. 15 oct. 2002, JCP. S. 2003, p. 477.

(40) Article L.8252-2 du Code du travail (dernier alinéa) ; V. Pierre Bailly, préc., n. 11, pp. 221 et s.

preuve que la rupture du contrat est imputable à l'employeur, qui n'a pas tout mis en œuvre afin que l'administration délivre une autorisation de travail, peut obtenir une indemnité supplémentaire (41).

Sur la possibilité donnée à l'étranger en situation irrégulière d'obtenir une indemnité de préavis en remplacement de l'indemnité forfaitaire de trois mois parce qu'elle est plus élevée, il semble que le dispositif doive être modifié. Celle-ci est, en principe, versée au salarié traditionnel que l'employeur dispense d'exécuter le préavis. Alors, par quelle pirouette le législateur a-t-il pensé que le salarié étranger embauché sans titre pouvait bénéficier de cette indemnité ? Sa situation l'oblige à ne pas exécuter le préavis, puisqu'il faut faire cesser dans l'immédiat l'exécution d'un emploi illicite. La Cour de cassation, quant à elle, ne porte pas le même regard que la doctrine sur cette question. Il ressort de sa jurisprudence que l'impossibilité d'exécuter le préavis n'empêche pas le salarié étranger en situation irrégulière de prétendre à l'indemnité de préavis (42). Elle vient, d'ailleurs, de confirmer cette position en cassant l'arrêt d'une Cour d'appel, qui, après avoir jugé le licenciement sans cause réelle et sérieuse, avait débouté le salarié de sa demande d'indemnité de préavis au motif que le préavis ne pouvait être exécuté en raison de l'impossibilité pour le salarié de travailler sur le sol français (43) (44). De notre avis, l'étranger embauché sans titre de séjour, comme celui qui se retrouve en situation irrégulière pour cause de non-renouvellement de son autorisation de travail, ne peuvent bénéficier de l'indemnité de préavis, celui-ci ne pouvant, en effet, pas être exécuté. Le législateur pourrait, par conséquent, modifier le dispositif sur ce point et prévoir que l'étranger qui perd son emploi aura droit à une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire, avec la possibilité pour le juge de la réduire à trois mois lorsque l'ancienneté de l'étranger ne serait pas prouvée ou serait de courte durée. Un équilibre serait donc trouvé entre la volonté de sanctionner l'employeur et de protéger le salarié.

Outre la revalorisation de l'indemnité forfaitaire, la loi du 16 juin 2011 a introduit un alinéa supplémentaire à l'article L.8252-2 du Code du travail qui ne doit pas satisfaire les défenseurs des droits des étrangers (45).

Cet alinéa prévoit 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 lui sont plus favorables ». Il s'agit de choisir entre l'indemnité forfaitaire prévoyant trois mois de salaire et l'indemnité de six mois lorsque son travail est dissimulé. Il semble qu'avant le vote de cette loi, le salarié étranger en situation irrégulière pouvait cumuler l'indemnité forfaitaire d'un mois de salaire avec l'indemnité de six mois de salaire lorsque son travail était dissimulé. Le faible contentieux que génère la rupture du contrat de travail de l'étranger sans titre ne permet pas d'avoir une visibilité réelle sur cette question du cumul. Lors des débats parlementaires, Mme Mazetier soutenait que « ces indemnités devraient pouvoir se cumuler dès lors que le travailleur sans-papiers est aussi un travailleur dissimulé » (46) et ne comprenait pas le choix qui était proposé à l'étranger. Malgré ces protestations, le législateur a voté le texte instituant l'interdiction du cumul de ces deux indemnités. Au lieu de protéger le salarié étranger précaire, le législateur choisit de protéger l'employeur en évitant que celui-ci soit condamné à double titre, alors qu'il avait décidé consciemment d'embaucher un étranger sans titre.

« Employé sans titre », le texte ne précise pas de quel étranger il s'agit. S'agit-il de l'étranger en situation irrégulière dès le début de sa relation de travail, ou de l'étranger qui se retrouve en situation irrégulière après refus de l'administration de lui renouveler son autorisation de travail ? Dans le premier cas, l'étranger embauché en situation irrégulière dès le départ de la relation de travail est celui qui souffre, très souvent, de la dissimulation de son emploi (47). Ne pouvant présenter aucun titre de séjour, il accepte de travailler sans que l'employeur fasse une déclaration préalable à l'embauche auprès de l'administration (48). Alors que, dans le second cas, l'étranger ne pourra pas nécessairement invoquer les dispositions relatives au travail dissimulé si, malgré le refus de renouveler l'autorisation de travail, l'employeur, sciemment ou inconsciemment, le maintient dans son emploi et continue à lui verser les salaires et à s'acquitter des cotisations sociales. En réalité, ce n'est que dans le cas où l'employeur, malgré le refus de l'administration de renouveler l'autorisation de travail du salarié,

(41) Cass. Soc. 29 janv. 2008, préc.

(42) Cass. Soc. 12 mars 2002, n° 99-44316, Bull. civ. n° 90.

(43) Cass. Soc. 13 févr. 2013, n° 11-23920.

(44) Cass. Soc. 14 oct. 1997, préc.

(45) V. l'article publié par le GISTI, préc., n. 10, pp. 223 et s.

(46) Voir S. Mazetier, débats parlementaires portant sur la loi du 16 juin 2011, publiés sur le site de l'Assemblée nationale.

(47) Pour une étude générale sur le travail dissimulé, S. Mollz, Travail dissimulé : J-Cl. Travail Traité, fasc. 17-40.

(48) F. Salas, « La déclaration préalable à l'embauche, arme majeure dans la lutte contre le travail clandestin », Dr. Soc. 1996, pp. 680 et s.

décide de le maintenir dans son emploi sans déclarer les salaires versés, ou sans verser les cotisations sociales afférentes, ou encore sans délivrer des fiches de paie, qu'il y a dissimulation de l'emploi. On peut donc penser que, dans ce cas, comme dans le premier, l'étranger peut se prévaloir des dispositions de l'article L.8223-1 du Code du travail pour obtenir une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. Il est à parier qu'ils mettront plutôt en avant les règles édictées à l'article L.8223-1 du Code du travail qui fixent les droits du salarié victime de la dissimulation de son emploi par son employeur (49).

On peut, cependant, se poser la question de savoir si, en pareille circonstance, l'étranger peut bénéficier du cumul de l'indemnité forfaitaire de six mois avec toute autre indemnité (50). En effet, dans le cas d'un salarié traditionnel victime de la dissimulation de son emploi, la jurisprudence, après des tâtonnements (51), admet que ce dernier cumule l'indemnité de six mois de salaire avec l'indemnité de préavis, de congés payés, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour non-respect de la procédure de licenciement et des dommages et intérêts pour violation de l'ordre de licenciement (52). Récemment, la Cour de cassation est encore allée plus loin en admettant le cumul de l'indemnité forfaitaire avec l'indemnité conventionnelle de licenciement (53), après avoir, pendant longtemps, opposé un refus (54). Quant à l'étranger en situation irrégulière qui perd son emploi illégal, l'interprétation littérale du nouveau dispositif ne doit pas l'empêcher de bénéficier de ce cumul. Mais il risque de se heurter à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui n'admet pas que les règles relatives à la procédure de licenciement soient appliquées au salarié étranger qui perd son emploi pour cause d'irrégularité de son séjour sur le territoire français (55). Avec cette jurisprudence, on voit mal comment un salarié étranger pourrait alors prétendre à l'indemnité pour violation de l'ordre de licenciement, pour non-respect de la procédure ou même l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

On voit très bien que l'alinéa introduit par la loi du 16 juin 2011 à l'article L.8252-2 du Code du travail amène également une confusion, qui appelle une précision de la Cour de cassation. On espère donc que, lorsqu'elle sera saisie d'une affaire dans laquelle le requérant demanderait le cumul de l'indemnité forfaitaire de six mois de salaire pour travail dissimulé avec toute autre indemnité, elle saura dissiper tout malentendu sur les droits réels du salarié étranger embauché sans titre de séjour. L'idéal serait que le juge retienne le cumul de l'indemnité forfaitaire avec l'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, ce qui contraindrait les employeurs à respecter la procédure de licenciement pour avoir embauché sciemment un étranger en situation irrégulière. Une telle réponse contribuerait, comme il a été dit plus haut, à la lutte contre le travail illégal, et aurait peut-être pour vocation de dissuader les employeurs de recourir à l'embauche des étrangers en situation irrégulière.

En définitive, on voit très bien que cette question de la rupture du contrat de travail d'un salarié en situation irrégulière soulève d'autres interrogations, qui ne sont pas clairement résolues par le législateur, ni par la jurisprudence. Entre les textes en vigueur et la jurisprudence de la Cour de cassation se mêlent des règles contradictoires, dans lesquelles le justiciable risque de ne pas se retrouver. D'où l'importance d'établir des règles claires, en prenant en compte à la fois l'intérêt du requérant et la politique de lutte contre le travail illégal qui, à travers le renforcement des sanctions contre l'employeur, serait de nature à lutter contre l'immigration clandestine.

Rodrigue Goma Mackoundi

(49) T. Aubert-Monpeyssen, « Le renforcement de la lutte contre le travail illégal », *Dr. Soc.* 1997, pp.915 et s. ; G. Damy, « Le renforcement des sanctions du travail dissimulé », *JCP. E.* 2007, n° 1466.

(50) N. Auroy, « L'étendue de l'indemnisation forfaitaire prévue par l'article L.324-11-1 », *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1245.

(51) Voir *Cass. Soc.* 15 oct. 2002, n° 00-45.082, *JurisData* n° 2002-015891, *Dr. Ouv.* 2003, p.162, n. A. Pomagrzak, *Dr. Soc.* 2002, p.1145.

(52) *V. Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 04-40.991, *JurisData* n° 2006-031571 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 04-42.190, *JurisData* n° 2006-031569 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 03-46800, *JurisData* n° 2006-031572 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 03-44.776 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 03-44.777 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2006, n° 04-41.769 et n° 04-42.159, *JurisData* n° 2006-031573.

(53) *Cass. Soc.* 20 fév. 2013, n° 11-26133.

(54) *Cass. Soc.*, 17 oct. 2012, n° 11-14.115 ; *Cass. Soc.*, 5 avr. 2012, n° 10-28.270 ; *Cass. Soc.*, 28 mars 2012, n° 11-10.109 ; *Cass. Soc.*, 12 janv. 2012, n° 10-23.362, *JurisData* n° 2012-000344.

(55) *Cass. Soc.* 13 nov. 2008, préc. et *Cass. Soc.* 4 juil. 2012, préc.