

TRAVAILLEURS ÉTRANGERS Travailleur étranger dépourvu d'autorisation de travail – Non assimilation à un travailleur régulièrement embauché pour l'application des dispositions relatives au transfert d'entreprise – Prévalence de l'interdiction d'employer un étranger non muni d'une autorisation de travail (L.8252-1) – Mise à l'écart de la protection découlant des règles sur le transfert d'entreprise.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 17 avril 2019
R. contre société Api (n°18-15.321)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 16 novembre 2017), que M. R., ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne, a été engagé en qualité d'employé polyvalent de restauration à compter du 26 mars 2010 par la société Api restauration sans être titulaire d'un titre de séjour l'autorisant à travailler ; qu'il a été affecté sur le site de la caisse régionale d'assurance-maladie de Bordeaux dont la société Api restauration a perdu le marché et qui a été repris par la société Compass Group France à compter du 1^{er} janvier 2012 ; qu'à la suite du refus de cette dernière de le reprendre à son service, M. R. a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société Compass Group France ;

Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de juger que son contrat de travail n'a pas été transféré auprès de la société Compass Group France et de le débouter en conséquence de toutes ses demandes dirigées contre cette société alors, selon le moyen :

1°/ que l'article 3 de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 garantit le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise ; qu'aux termes de l'article 2 d) de ladite directive, le travailleur est défini comme toute personne qui est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi ; qu'il en résulte que la circonstance que les dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail, en vertu desquelles le salarié étranger employé irrégulièrement est assimilé à un salarié régulièrement engagé, ne prévoient pas expressément qu'il l'est au regard des obligations de l'employeur définies en matière de transfert de contrat de travail, ne fait pas obstacle à la protection du travailleur dont le contrat, même irrégulier, a été transféré ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L.8252-1 du code du travail interprété à la lumière des dispositions de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ;

2°/ qu'en vertu de l'avenant n°3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités, une entreprise entrant dans le champ d'application de l'avenant qui se voit attribuer un marché précédemment confié à une autre entreprise entrant également dans le champ d'application dudit avenant est tenue de poursuivre les contrats de travail des

salariés de niveau I, II, III, IV et V, employés par le prédécesseur pour l'exécution exclusive du marché concerné ; que l'obligation incombant au nouveau prestataire n'est subordonnée à aucune autre condition, restriction ou exclusion ; que la cour d'appel, tout en constatant que l'exposant était lié à un contrat de travail avec la société Api Restauration, a dit que son contrat de travail n'avait pas été transféré à la société Compass Group ; qu'en statuant comme elle l'a fait, quand l'exposant était lié à la société Api Restauration par un contrat de travail en cours à la date du changement de prestataire, qu'il n'était pas contesté, d'une part, que les deux entreprises entraient dans le champ d'application dudit avenant et, d'autre part, que le salarié, employé pour l'exécution exclusive du marché, appartenait aux catégories de personnel concernées par l'application de l'article 3 a) dudit avenant, ce dont il résultait que la société Compass Group était tenue de poursuivre le contrat du salarié qui était en cours à la date du changement de prestataire, la cour d'appel a violé l'article 3 de l'avenant n°3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités, les articles L.8251-1, L.8252-1 et L.8252-2 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des dispositions combinées des articles L.8251-1 et L.8252-1 du code du travail qu'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France n'est pas assimilé à un salarié régulièrement engagé au regard des règles régissant le transfert du contrat de travail ;

Attendu, ensuite, que les dispositions de l'article L.8251-1 du même code font obstacle à ce que le nouveau titulaire d'un marché soit tenu, en vertu de dispositions conventionnelles applicables en cas de changement de prestataire de services, à la poursuite du contrat de travail d'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ;

Et attendu qu'ayant constaté que le salarié ne détenait pas un titre de séjour l'autorisant à travailler à la date du changement de prestataire de services, la cour d'appel a exactement décidé que l'entreprise entrante n'était pas tenue de poursuivre le contrat de travail de l'intéressé en application des dispositions de l'avenant n°3 du 26 février 1986 relatif au changement de prestataires de services de la convention collective nationale du personnel des entreprises de restauration de collectivités du 20 juin 1983 ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les troisième, quatrième et cinquième branches du moyen, ci-après annexé, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. R. aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile rejette la demande ;

(M. Cathala, prés. – SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, SCP L. Poulet-Odent, av.)

Note.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 17 avril 2019, la Chambre sociale de la Cour de cassation (pourvoi n° 18-15.321) devait se prononcer sur la question de savoir s'il y avait lieu d'appliquer – et si oui, comment – les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail relatives au transfert d'entreprise aux travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail sur le territoire français. Autrement dit, aux salariés « *sans papiers* », ou titulaires d'une carte de séjour ou d'un récépissé ne les autorisant pas à travailler (tels que l'attestation de demandeur d'asile, la carte de séjour « *visiteur* », certains récépissés de demande ou de renouvellement d'un titre de séjour) ou bien encore d'un titre ne les autorisant pas à dépasser un certain nombre d'heures travaillées (tels que les titres de séjour pour étudiants étrangers) mais qui néanmoins travaillent.

La question d'articulation de la règle interdisant aux employeurs le recours à cette main-d'œuvre avec les règles destinées à assurer la protection des droits reconnus aux salariés se pose ici, après s'être posée dans d'autres domaines (I). La Cour de cassation tranche la question, une fois de plus, dans un sens qui fait primer de manière absolue l'interdiction du recours à cette main-d'œuvre sur les droits sociaux reconnus à celle-ci (II).

I. Une question d'articulation à nouveau posée

La question de l'articulation des dispositions légales interdisant d'embaucher ou d'employer des travailleurs dépourvus d'une autorisation de travail avec les normes leur reconnaissant une protection

particulière et / ou des droits sociaux, s'est déjà posée dans d'autres domaines.

Elle avait été soulevée à propos de la question de la rupture – à l'initiative de l'employeur – du contrat de travail de salariés bénéficiant d'une protection contre le licenciement par leur statut de *salariés protégés*, titulaires d'un mandat (1). Plus récemment, elle s'est posée à propos du licenciement d'une salariée en période de grossesse, bénéficiant, de par son état, d'une protection particulière contre le licenciement (2). Dans les deux cas de figure, la Chambre sociale de la Cour de cassation a fait prévaloir la règle d'interdiction du recours à la main-d'œuvre étrangère dépourvue d'autorisation de travail sur la protection accordée à ces travailleurs et travailleuses par d'autres dispositions légales. Elle permet donc le licenciement des salariés concernés sans tenir compte du statut protecteur qui, dans d'autres circonstances, aurait dû l'empêcher.

Dans la présente affaire, ce sont les dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail dont l'application était discutée. Pour rappel, ces dispositions sont d'ordre public et s'appliquent à tous les cas de changement dans la situation juridique de l'employeur initial, ou de cession d'une partie de l'entreprise constitutive d'une entité économique autonome conservant son identité. Elles imposent au repreneur, à l'entreprise entrante de poursuivre l'exécution de tous les contrats de travail qui liaient – au moment du transfert – l'ancien employeur.

Il est par ailleurs de jurisprudence constante que « *ni l'interruption de l'activité, ni la délivrance d'un solde pour tout compte (par le cédant), ni la modification des conditions d'exploitation par le cessionnaire ne peuvent faire échec à l'application* » des règles de l'article L.1224-1 du Code du travail (3). Le cessionnaire se trouve ainsi dans l'obligation de reprendre tous les contrats de travail en cours, soient-ils suspendus pour quelque motif que ce soit (maladie, conflit de travail, formation...) (4).

A défaut, en cas de rupture d'un ou plusieurs contrats non justifiée par un motif particulier – telle que la survenance d'une faute pouvant donner lieu à un licenciement disciplinaire –, le nouvel employeur se verra condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est dans ce sens qu'à plusieurs reprises, les juges du fond ont été amenés à reconnaître, dans le cadre

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

(2) Cass. Soc., 15 mars 2017, n° 15-27.928. V. I. Meyrat et S. Misiraca, « Droit du travail et police des étrangers : la Chambre sociale tournerait-elle le dos aux droits fondamentaux ? », *Droit ouvrier*, juillet 2017, p. 393 et suivantes.

(3) Cass. Soc., 10 octobre 1990, n° 87-40716.

(4) Cass. Soc., 08 février 1989, n° 86-10761.

de litiges individuels, un droit à indemnisation à des salariés ou salariées « sans papiers » (ou en tout cas dépourvus de l'autorisation de travail exigée) en raison du non-respect des dispositions de l'article L.1224-1 du Code du travail.

A titre d'exemple, dans une décision en date du 24 octobre 2018 (5), le Conseil des prud'hommes de Paris a reconnu une indemnité de quatre mois de salaire à une salariée de nationalité marocaine – dépourvue de titre de séjour – qui avait été employée, par un contrat de travail en date du 1^{er} octobre 2015, comme pâtissière dans un établissement parisien. Ce dernier avait été cédé, le 24 mai 2017, à un repreneur qui ne considérait pas que la salariée faisait partie de son personnel. Le nouvel employeur avait en effet répondu, par lettre recommandée en date du 19 septembre 2017, au conseil de l'intéressée que : « **Je tiens à vous préciser que j'ai acheté un fonds de commerce sans personnel** ».

La dirigeante de l'entreprise cédante, qui avait vendu le fonds de commerce avant de faire rayer sa société du registre du commerce et des sociétés avec prise d'effet à la fin juin 2017 n'avait, probablement, pas informé le repreneur de l'existence de la salariée et du contrat de travail, pensant sans doute ainsi faciliter la vente de son fonds de commerce. Toutefois, le Conseil des prud'hommes n'a pas hésité, ici, à appliquer l'article L.1224-1 du Code du travail à la situation de la salariée dont il n'ignorait point qu'elle était dépourvue de titre de séjour. En effet, le Conseil des prud'hommes indique explicitement : « *Attendu que l'article L.1224-1 s'applique, la SAS ... (est) devenue l'employeur de Mademoiselle ...* ».

Telle n'est pas la solution retenue, dans la décision ici analysée, par la Cour de cassation. Celle-ci se prononce dans le sens inverse des décisions rendues jusqu'ici, dans un certain nombre de cas individuels, par les juridictions du fond.

II. La solution de la Cour de cassation

La solution retenue par la Chambre sociale de la Cour de cassation se résume entièrement en ces deux paragraphes :

« *Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 8251-1 et L. 8252-1 du code du travail qu'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France n'est pas assimilé à un salarié régulièrement engagé au regard des règles régissant le transfert du contrat de travail ;*

Attendu, ensuite, que les dispositions de l'article L. 8251-1 du même code font obstacle à ce

que le nouveau titulaire d'un marché soit tenu (...) à la poursuite du contrat de travail d'un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France (...). »

La Chambre sociale écarte le moyen tiré de la violation par la Cour d'appel de « l'article L. 8251-1 du code du travail interprété à la lumière des dispositions de la directive 2001/23 du 12 mars 2001 ». En effet, le pourvoi soutenait logiquement que l'absence de précision relative aux règles de protection de l'emploi en cas de transfert d'entreprise (qui certes ne figurent pas au nombre des domaines énumérés à l'article L. 8251-1 du code du travail dans lesquels le salarié étranger employé irrégulièrement est expressément assimilé à un salarié engagé régulièrement) ne fait pas obstacle à leur application.

La Chambre sociale balaie également l'argument qui consistait à invoquer la convention collective applicable, à savoir celle « *du personnel des entreprises de restauration de collectivités* » du 20 juin 1983 **étendue** par arrêté ministériel du 02 février 1984. Un avenant numéro 3 à cette convention collective en date du 26 février 1986, lui-même étendu par arrêté ministériel du 06 juin 1986 et donc applicable à tous les employeurs du champ d'application, impose aux entreprises entrantes la reprise de la totalité du personnel employé par le prestataire précédent ; ceci y compris en cas de simple perte d'un marché (article 3, a). Le pourvoi précise à ce propos que « **l'obligation incombant au nouveau prestataire n'est subordonnée à aucune autre condition, restriction ou exclusion** » ; elle n'exclut donc pas les salariés étrangers dépourvus d'une autorisation de travail. Or, la Chambre sociale ne retient pas l'argument, faisant ainsi peu de cas de l'existence d'une convention collective étendue qui impose a priori le transfert des contrats de travail pour tous les salariés... soient-ils étrangers voire « *sans papiers* ».

Très clairement, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère donc, ici, qu'un salarié dit « *sans papiers* » n'est décidément pas un salarié comme les autres ; et que les dispositions de l'article L.1224-1 relatives au transfert d'entreprise – à l'instar de celles relatives à la protection de la grossesse, ou relatives aux salariés et salariées protégés -, aux yeux de la Chambre, sont ainsi inapplicables à ces salariés d'un genre particulier.

La protection des salariés en cas de transfert d'une entité économique autonome, tout comme des salariés titulaires d'un mandat ou bien encore celle des salariées enceintes, cède donc le pas devant l'interdiction d'embaucher, d'employer, de garder à

(5) n° RG F 18/01649.

leur service des salariés dépourvus de titre de séjour les autorisant à travailler.

Cette solution n'allait pas de soi ; elle ne nous semble pas briller par une logique contraignante, rigoureuse et implacable. Au contraire, elle devrait faire débat.

La Chambre sociale de la Cour de cassation se réfère, dans son arrêt ici commenté, à la séquence du Code du travail qui englobe les articles L.8251-1 (6), L.8251-2 (7) mais aussi L.8252-1 (8), L.8252-2 (9) et L.8252-3 (10), bien qu'elle n'en cite que le premier et le troisième.

Or, cette séquence du Code du travail est fondée sur une double logique : logique répressive à l'égard de l'employeur qui embaucherait ou continuerait d'employer – intentionnellement – un ou plusieurs ressortissants étrangers dépourvus d'autorisation de travail sur le territoire français ; logique de reconnaissance de leurs droits, en tant que travailleurs, à ces mêmes ressortissants étrangers.

Le recours au service d'une main-d'œuvre étrangère dépourvue de titre de séjour l'autorisation à travailler constitue un délit pénal. Or, l'auteur dudit délit ne peut être que l'employeur. La

formulation des interdictions elles-mêmes est d'ailleurs sans ambiguïté à cet égard : « *Nul ne peut (...) embaucher, conserver à son service ou employer (...) un étranger non muni du titre...* » (article L.8251-1) ; « *... l'employeur qui a employé un travailleur étranger en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L.8251-1....* » (article L.8253-1). Le sujet de l'action prohibée, visé par ces textes, est bien évidemment et sans aucune ambiguïté l'employeur, et non l'étranger lui-même. Non seulement, le salarié n'est pas l'auteur d'un délit (11) mais il est considéré, par le Code du travail, comme l'une des victimes dudit délit, ce qui se justifie parfaitement dans la mesure où « *le travail illégal prive en effet le travailleur de tous les droits attachés à la qualité de salarié et le plus souvent de toute protection sociale* » (12). Par ailleurs, le législateur considère qu'il existe d'autres victimes, par ricochet cette fois-ci, dans la mesure où le recours – par l'employeur – à une main-d'œuvre étrangère dépourvue d'autorisation de travail sur le territoire français crée un risque de **dumping social** au détriment d'autres travailleurs, ainsi qu'une distorsion de concurrence au profit de l'employeur concerné et au détriment d'autres acteurs économiques :

« *Les principales victimes du travail illégal et du*

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

Il est également interdit à toute personne d'engager ou de conserver à son service un étranger dans une catégorie professionnelle, une profession ou une zone géographique autres que celles qui sont mentionnées, le cas échéant, sur le titre prévu au premier alinéa».

(7) « Nul ne peut, directement ou indirectement, recourir sciemment aux services d'un employeur d'un étranger non autorisé à travailler ».

(8) « Le salarié étranger employé en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L.8251-1 est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un salarié régulièrement engagé au regard des obligations de l'employeur définies par le présent code :

1° Pour l'application des dispositions relatives aux périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et à l'allaitement, prévues aux articles L.1225-29 à L.1225-33 ;

2° Pour l'application des dispositions relatives à la durée du travail, au repos et aux congés prévues au livre Ier de la troisième partie ;

3° Pour l'application des dispositions relatives à la santé et la sécurité au travail prévues à la quatrième partie ;

4° Pour la prise en compte de l'ancienneté dans l'entreprise.

Il en va de même pour les articles L.713-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime pour les professions agricoles ».

(9) Article qui est ainsi rédigé : « Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :

1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la période considérée ;

2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L.1234-5, L.1234-9, L.1243-4 et L.1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.

Le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°.

Ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions. »

(10) « Le salarié étranger mentionné à l'article L.8252-1 bénéficie des dispositions du chapitre III du titre V du livre II de la troisième partie relatives aux assurances et privilèges de salaire pour les sommes qui lui sont dues en application de cet article. »

(11) En tout cas, pas en matière de travail !

Jusque dans un passé récent, en revanche, le **séjour irrégulier** sur le territoire français, en tant que tel, pouvait être poursuivi en tant que délit sur le fondement de l'ancien article L.621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), menaçant l'intéressé d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an et d'une amende de 3.750 euros. Or, cet article a été supprimé par la Loi numéro 2012-1560 du 31 décembre 2012, par laquelle le législateur français a tiré les conséquences de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) – notamment avec les arrêts « *Achughbadian* » (CJUE, 06 décembre 2011, affaire C-329/11) et « *El Dridi* » (CJUE, 28 avril 2012, affaire C-61/11, décision rendue en « procédure préjudicielle d'urgence » / PPU) -, mais aussi d'arrêts de la Cour de cassation française avec plusieurs décisions en date du 05 juillet 2012 (affaires n° 11-19.250, n° 11-30.371 et n° 11-30.530).

En revanche, il subsiste le délit d'**entrée irrégulière** sur le territoire français, prévu et sanctionné par l'article L.621-2 du CESEDA ; cependant ce délit, c'est-à-dire l'acte de passage de la frontière ne respectant pas les conditions du « *Code frontières Schengen* » (règlement n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime du franchissement des frontières par les personnes) doit être constaté en tant que tel. Il ne saurait être déduit automatiquement de la simple présence, sur le territoire français, d'un ressortissant étranger dépourvu d'un titre de séjour.

(12) Ainsi bien résumé par Odette-Luce BOUVIER : *Le travail dissimulé. Questions de droit et de société*, in *Informations sociales* 2007/6 (n°142), pages 120 sq.

dumping social sont notamment :

- le salarié,
- les organismes de protection sociale,
- la caisse de congés payés (et intempéries), lorsqu'elle existe,
- les organisations syndicales,
- les organisations professionnelles,
- les entreprises concurrentes,
- tout autre opérateur économique. » (13)

Ainsi, à l'exception de la sanction - prévue à l'article L.8256-1 - de l'obtention frauduleuse d'une autorisation de travail, délit qui pourrait être commis par plusieurs acteurs (l'employeur, le salarié...), les diverses sanctions (14) encourues le sont toutes, sans exception, par l'employeur et non par le salarié.

Concernant la ou le salarié(e), qui figure au premier rang de la liste des « principales victimes » ci-dessus énoncée, il s'agit donc logiquement de la ou le protégé, et non de punir.

Toutefois, une conséquence négative de fait - qui n'est pas une sanction pénale ! - réside bien évidemment dans le fait que la révélation de l'existence d'une relation de travail entre un employeur et un étranger non muni de l'autorisation de travail requise doit *a priori* conduire à la rupture ou, tout au moins, à la suspension du contrat de travail et, partant, à la perte au moins temporaire de sa rémunération pour le salarié. A supposer que l'employeur ait été de bonne foi jusqu'à la découverte par les pouvoirs publics, lors d'un contrôle, ou jusqu'à la révélation publique (par exemple à l'occasion d'une grève qui vise à obtenir de l'employeur qu'il fasse les démarches auprès de la DIRECCTE pour l'obtention d'une autorisation de travail (15)) de l'absence d'autorisation de travail pour un ou plusieurs salariés, ce n'est plus le cas après celle-ci. L'employeur ne pouvant plus prétendre qu'il ignorait la situation administrative du ou des salariés, malgré - par exemple - la présen-

tation antérieure d'un titre de séjour (16) autorisant à travailler mais appartenant à une autre personne que le salarié qui l'avait emprunté ou « loué », ne pourra plus invoquer une telle ignorance. A partir du moment où l'ignorance de la situation administrative réelle du ou des salariés disparaît, l'intention de commettre l'infraction sera établie (17). L'employeur, pour échapper à une sanction, devrait donc rompre ou, à tout le moins, suspendre l'exécution du contrat de travail jusqu'à l'obtention du titre de séjour.

En dehors de ce risque de perte de l'emploi, le salarié, victime de l'infraction, se voit reconnaître des droits en tant que travailleur, notamment en matière de paiement du salaire et des heures supplémentaires, de respect de la durée du travail, de repos et de congés payés, en matière de protection de la santé et de la sécurité, mais aussi en ce qui concerne la prise en compte de son ancienneté dans l'entreprise (articles L.8252-1, -2).

La solution retenue dans la présente affaire ne nous semble pas relever d'une logique qui s'imposerait, et ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, un apparent conflit entre normes - menaçant le salarié d'une perte d'emploi d'un côté, protégeant ses droits de travailleur de l'autre-, peut être résolu de différentes manières et ne suppose pas de faire systématiquement prévaloir le premier volet sur le second. Par ailleurs, les dispositions applicables reconnaissent à l'employeur le droit de licencier un salarié de nationalité étrangère dépourvu d'autorisation de travail mais ne lui en imposent pas l'obligation. En effet, pour échapper à une sanction, l'employeur a aussi la possibilité d'opter alternativement pour une suspension du contrat de travail - au lieu de sa rupture -, dans l'attente d'une éventuelle « régularisation » de la situation administrative du salarié ou de la délivrance d'une autorisation de travail lui ayant fait défaut. L'employeur aura donc le choix entre ces options,

(13) H. GUICHAOUA : *Mode d'emploi des victimes du travail illégal et du dumping social. Faire respecter l'ordre social*, deuxième édition, p.17. https://www.herveguichaoua.fr/IMG/pdf/mode_emploi_controle_emploi_illegal_salarie_etranger_sans_titre_1ere_edition.pdf 2018, (librement téléchargeable sur le site de l'auteur), L'auteur précise que « L'Etat est bien entendu victime du travail illégal qui génère des pertes fiscal », constat qui dépendra sans doute des données concrètes de chaque cas d'espèce.

(14) Voir articles L.8253-1 et -2 ; L.8256-1 à -8 et R.8256-1 du Code du travail.

(15) Rappelons, à ce propos, notamment la vague de grèves entamée - en région parisienne et ailleurs en France - le 15 avril 2008, avec l'appui de plusieurs organisations syndicales et qui visait à exercer une pression sur les employeurs afin de les obliger à demander (auprès des pouvoirs publics) lesdites autorisations de travail, pour mettre fin au statut de « sans papiers » pour les travailleurs concernés.

(16) Concernant les salarié-e-s embauchés depuis le 11 juillet 2007, il ne suffit d'ailleurs plus que l'employeur vérifie par lui-même l'existence d'un titre de séjour autorisant à travailler, mais il doit saisir l'autorité préfectorale territorialement compétente en lui transmettant une copie du titre de séjour produit (sur le fondement du décret n°2007-801 du 11 mai 2007, ayant créé l'article R.341-6 du Code du travail, devenu l'article R.5221-41 à -43 depuis la recodification) ; ce qui est censé permettre la détection des faux titres de séjour. Cette mesure n'annule évidemment pas la possibilité que le salarié produise un titre de séjour authentique dont il se prévaut, mais dont le titulaire est une autre personne...

(17) La Cour administrative d'appel de Paris a considéré par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention pour qu'un employeur soit condamné au versement de la contribution spéciale à verser à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) après avoir employé un étranger non muni de l'autorisation de travail exigée : « l'élément intentionnel étant sans influence sur le bien-fondé de la contribution spéciale mise à la charge de l'employeur qui a contrevenu à ces dispositions » (17 janvier 2013, affaire n° 12PA00709).

choix qui lui appartient sans qu'il puisse (de manière générale) être sanctionné s'il en choisit l'une plutôt que l'autre.

Or, à partir du moment où l'hypothèse d'une suspension du contrat de travail existe, sans que l'employeur puisse être contraint de manière générale à la choisir plutôt que celle du licenciement - pourquoi n'envisagerait-on pas qu'au cas où ce choix de l'employeur (licenciement ou bien suspension du contrat) doit être articulé avec une autre règle, à savoir celle de l'article L.1224-1 du Code du travail, c'est alors l'hypothèse de la suspension du contrat qui doit l'emporter, afin de permettre, de rendre effective cette nécessaire articulation ? L'employeur entrant, suite à la cession d'une entreprise ou d'une entité économique conservant son identité, devra dans un premier temps reprendre l'ensemble des contrats en cours avec l'ancien employeur ; puis pourra, dès lors qu'il apparaît qu'un salarié a été temporairement (en cas d'attente de la délivrance ou du renouvellement d'un titre de séjour) ou durablement dépourvu d'autorisation de travail, suspendre le contrat de travail en attendant d'examiner les possibilités d'une régularisation de sa situation (18).

Troisièmement, la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt ici commenté est calquée sur celle qu'elle avait précédemment adoptée à propos de l'articulation entre les règles protégeant la grossesse et les salariées enceintes, d'un côté, et celle interdisant le recours à une main-d'œuvre étrangère dépourvue d'autorisation de travail, de l'autre côté. (Voir supra) Or, celle-ci ne nous convainc pas davantage, d'abord pour les raisons très bien exposées par Isabelle Meyrat et Sophie Misiraca dans leur analyse de l'arrêt du 15 mars 2017 (19). Nous adhérons à leur analyse et y ajouterions un simple argument textuel : l'article L.8252-1 du Code du travail énumère, parmi les domaines pour lesquels les droits de la salariée étrangère en tant que travailleuse sont expressément protégés, « l'application des dispositions relatives aux périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal et à l'allaitement, prévues aux articles L.1225-29 à L.1225-33 ». Ce domaine constitue même le premier mentionné par l'article L.8252-1 (1^{er}). Or, ce dernier article s'appliquant par définition aux salariés de nationalité étrangère dépourvus d'autorisation de travail, le fait même de mentionner « les périodes d'interdiction d'emploi prénatal et postnatal » reflète bien une reconnaissance de la présence de salariées

étrangères, « sans papiers » et enceintes dans l'emploi. Si le législateur était parti du principe qu'il conviendra - simplement et uniquement -, d'éloigner de telles salariées de l'emploi jusqu'ici tenu, il n'aurait pas pris la peine de préciser que certaines périodes d'interdiction du travail particulières (peu de temps avant et peu de temps après une naissance, un accouchement) s'appliquent à ces travailleuses : cette précision n'aurait alors eu aucun sens. Une salariée licenciée en toute hypothèse n'aurait pas besoin de se voir interdire le travail pendant certaines périodes spécifiques.

Pour toutes ces raisons, il nous semble nécessaire de revenir sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation, et d'envisager une autre articulation entre l'interdiction du recours à une main-d'œuvre dépourvue d'autorisation de travail d'un côté, la reconnaissance des droits des travailleurs, de l'autre. En toile de fond, une politique législative qui serait fondée sur l'égalité des droits entre salariés, indépendamment de leur nationalité et sur une régularisation globale des « *travailleurs sans papiers* » résoudrait la question à sa manière : si les personnes « sans papiers » deviennent des personnes munies d'un titre de séjour, elles ne seront plus exposées au risque de *dumping social* tel qu'il découle du fait même de leur situation administrative.

Bernard Schmid,

avocat au barreau de Paris, docteur en droit et chargé d'enseignement à l'université de Cergy-Pontoise

(18) Précisons que la Cour d'appel de Paris (Pôle 6 - Chambre 2), dans un arrêt récent en date du 26 octobre 2017, rendue dans une affaire n° S17/04823, considère qu'au nom de l'exécution loyale du contrat de travail, un employeur est tenu de fournir un formulaire CERFA afin de permettre au salarié qui le demande d'obtenir le cas échéant - en cas d'accord de l'autorité

préfecturale, la plupart du temps après accord de la DIRECCTE - une autorisation de travail, ainsi que de verser la contribution à l'OFII exigée pour toute régularisation (ou introduction) d'un travailleur de nationalité étrangère.

(19) Article précité in *Droit ouvrier*, juillet 2017, pages 393 et suivantes.