

MODE D'EMPLOI
POUR LE CONTROLE DE L'EMPLOI ILLEGAL DU
SALARIE ETRANGER SANS TITRE DE TRAVAIL

Faire respecter l'ordre public social

Hervé GUICHAOUA

Directeur du travail

rvguichaoua@hotmail.fr

1ère édition

Octobre 2017

Remerciements

Je remercie très sincèrement les contrôleurs du travail, les inspecteurs du travail, les directeurs adjoints du travail, les directeurs du travail et tous ceux qui ont accepté de relire la 1^{ère} édition de ce « Mode d'emploi », et qui m'ont fait bénéficier de leur contribution, de leur compétence et de leur expérience pour améliorer son contenu.

Du même auteur :

.- Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français 3^{ème} édition Septembre 2017

.- Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance 1^{ère} édition Octobre 2015

.- Mode d'emploi pour la mise en cause du donneur d'ordre, du maître d'ouvrage et de tous autres dans le cadre du travail illégal et du dumping social 2^{ème} édition Décembre 2016

.- Mode d'emploi des droits des victimes du travail illégal et du dumping social 1^{ère} édition Septembre 2016

.- Mode d'emploi pour le contrôle de l'emploi des mannequins 1^{ère} édition Mars 2017

.- Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé 1^{ère} édition Juin 2017

PLAN

Sommaire p.6

Quelques remarques liminaires p.15

1^{ère} partie Eléments de cadrage juridique **p.17**

2^{ème} partie L'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler et les infractions connexes **p.33**

3^{ème} partie Les personnes responsables et les qualifications **p.49**

4^{ème} partie Les sanctions et les pénalités **p.63**

5^{ème} partie Les agents de contrôle habilités et leurs prérogatives **p.107**

6^{ème} partie Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail **p.123**

7^{ème} partie Jurisprudence **p.149**

Annexes p.167

- Liste des documents valant autorisation de travail **p.170**
- Montants de la contribution forfaitaire de réacheminement **p.174**
- Tableaux relatifs à la solidarité financière **p.175**
- Tableaux des droits du salarié étranger sans titre de travail **p.183**
- Notice d'information sur les droits du salarié étranger sans titre de travail **p.191**
- 11 propositions pour améliorer le dispositif juridique **p.192**

Index alphabétique p.200

Article publié : Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011 **p.207**

SOMMAIRE

Quelques remarques liminaires **p.15**

1^{ère} partie Eléments de cadrage juridique p.17

.I. Qui est le salarié étranger soumis à autorisation de travail ? p.19

- **.A. Le principe p.19**
- **.B. Les 3 tempéraments p.20**

.II. Quels sont les principes qui régissent l'autorisation de travail p.23

- **.A. La matérialité de l'autorisation p.23**
- **.B. La généralité de l'autorisation p.24**
- **.C. L'obligation dès la mise au travail p.25**
- **.D. L'indifférence de l'âge p.25**
- **.E. Le caractère nominatif et individuel de l'autorisation de travail p.26**
- **.F. La durée limitée de l'autorisation de travail p.26**
- **.G. La validité professionnelle de l'autorisation de travail p.26**
- **.H. La validité territoriale de l'autorisation de travail p.26**
- **.I. Métropole et départements d'outre-mer p.27**

.III. Quels sont les différents documents valant autorisation de travail ? p.28

.IV. Quelles sont les obligations d'un employeur d'un salarié étranger ? p.28

.A. L'employeur n'est pas un particulier p.28

- **.A.1. L'employeur non particulier est soumis au code du travail p.28**
- **.A.2. L'employeur non particulier n'est pas soumis au code du travail p.30**

- **.A.3.** L'employeur n'est pas établi en France **p.30**

.B. L'employeur est un particulier **p.31**

2^{ème} partie L'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler et les autres infractions connexes p.33

.I. Les éléments constitutifs de l'infraction **p.35**

.A. Les éléments matériels **p.35**

- **A.1.** L'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail **p.35**
- **A.2.** L'alinéa 2 de l'article L.8251-1 du code du travail **p.37**

.B. L'élément intentionnel **p.37**

.II. Les autres infractions connexes aux trafics de main-d'œuvre étrangère **p.39**

.A. Les infractions en lien avec la main-d'œuvre étrangère **p.40**

- **.A.1.** Le défaut de vérification de l'authenticité du titre de travail auprès de l'administration **p.40**
- **.A.2.** Le défaut de déclaration de l'embauche d'un étudiant étranger auprès de l'administration **p.40**
- **.A.3.** L'aide à l'entrée et /ou au séjour irréguliers **p.40**
- **.A.4.** La remise d'une contrepartie pour l'embauche ou l'introduction d'un salarié étranger **p.41**
- **.A.5.** Le remboursement par le salarié étranger des sommes versées par l'employeur à l'OFII **p.42**
- **.A.6.** La fraude pour l'obtention induue d'une autorisation de travail **p.42**
- **.A.7.** L'interdiction de la mise à disposition d'un salarié étranger intérimaire hors de France **p.43**
- **.A.8.** La tenue défectueuse ou incomplète du registre unique du personnel **p.43**
- **A.9.** L'absence de copie du titre de travail annexée au registre unique du personnel **p.43**

.B. Les infractions sans relation avec la nationalité du salarié p.43

.B.1. Les infractions qui relèvent de la législation du travail p.43

- **.B.1.1. La dissimulation d'emploi salarié p.43**
- **.B.1.2. Le marchandage et/ou le prêt illicite de main-d'œuvre p.44**
- **.B.1.3. L'emploi d'un mineur sans autorisation p.44**
- **.B.1.4. La tenue d'un hébergement non conforme p.44**
- **.B.1.5. Les autres infractions à la législation du travail p.44**

.B.2. Les infractions qui ne relèvent pas de la législation du travail p.44

- **.B.2.1. Les conditions de rémunération incompatibles avec la dignité humaine p.44**
- **.B.2.2. Les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine p.45**
- **.B.2.3. Les conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine p.45**
- **.B.2.4. La traite des êtres humains p.45**
- **.B.2.5. Le travail forcé p.46**
- **.B.2.6. La réduction en servitude p.46**
- **.B.2.7. L'ensemble des infractions relatives aux faux p.47**
- **.B.2.8. La non déclaration d'un hébergement collectif p.47**

3^{ème} partie Les personnes responsables et les qualifications p.49

.I. L'auteur du délit d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler p.51

.II. Le dirigeant ou le gérant de fait p.54

.III. Le donneur d'ordre qui recourt directement à l'employeur p.55

.IV. Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée à l'employeur p.56

.V. Le maître d'ouvrage délégué qui recourt par personne interposée à l'employeur p.57

.VI. Les autres opérateurs économiques de la chaîne de sous-traitance p.58

.VII. Le complice p.58

.VIII. Tout intermédiaire impliqué dans un trafic de main-d'œuvre étrangère p.59

.IX. La personne qui blanchit le travail résultant de l'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler **p.60**

.X. Le receleur **p.61**

4^{ème} partie Les sanctions et les pénalités p.63

.I. Les sanctions pénales **p.65**

.A. L'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler **p.65**

- **.A.1.** A l'égard de la personne physique **p.65**
- **.A.2.** A l'égard de la personne morale **p.66**

.B. L'infraction de recours par le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage **p.67**

.C. Les infractions connexes aux trafics de main-d'œuvre étrangère **p.69**

.C.1. Le défaut de vérification de l'authenticité du titre de travail auprès de l'administration **p.69**

.C.2. Le défaut de déclaration de l'embauche d'un étudiant étranger auprès de l'administration **p.69**

.C.3. L'aide à l'entrée et/ou au séjour irréguliers **p.69**

- **.C.3.1.** A l'égard de la personne physique **p.69**
- **.C.3.2.** A l'égard de la personne morale **p.70**

.C.4. La remise d'une contrepartie pour l'embauche ou l'introduction d'un salarié étranger **p.71**

.C.5. Le remboursement par le salarié des sommes versées par l'employeur à l'OFII **p.72**

.C.6. La fraude pour l'obtention induue d'une autorisation de travail **p.72**

.C.7. L'interdiction de la mise à disposition d'un salarié étranger intérimaire hors de France **p.72**

.C.8. La tenue défectueuse ou incomplète du registre inique du personnel **p.73**

.C.9. Les conditions de rémunération incompatibles avec la dignité humaine **p.73**

- **.C.9.1.** A l'égard de la personne physique **p.73**
- **.C.9.2.** A l'égard de la personne morale **p.73**

.C.10. Les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine p.74

- **.C.10.1. A l'égard de la personne physique p.74**
- **.C.10.2. A l'égard de la personne morale p.75**

.C.11. Les conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine p.76

- **.C.9.1. A l'égard de la personne physique p.76**
- **.C.9.2. A l'égard de la personne morale p.76**

.C.12. La non déclaration d'un hébergement collectif p.77

.C.13. La tenue d'un hébergement non conforme p.77

.C.14. La traite des êtres humains p.77

- **.C.14.1. A l'égard de la personne physique p.77**
- **.C.14.2. A l'égard de la personne morale p.78**

.C.15. Le travail forcé p.79

- **.C.15.1. A l'égard de la personne physique p.79**
- **.C.15.2. A l'égard de la personne morale p.79**

.C.16. La réduction en servitude p.80

- **.C.16.1. A l'égard de la personne physique p.80**
- **.C.16.2. A l'égard de la personne morale p.81**

.II. La solidarité financière p.81

- **.A. Le périmètre et les créanciers de la solidarité financière p.82**
- **.B. Les conditions de la solidarité financière p.83**
- **.C. La mise en œuvre de la solidarité financière p.85**
- **.D. Le maître d'ouvrage p.86**
- **.E. Le particulier donneur d'ordre p.86**

.III. Les sanctions et pénalités civiles et financières p.87

.A. La contribution spéciale p.87

- **.A.1. Présentation p.88**
- **.A.2. La mise en œuvre de la contribution spéciale p.89**
- .B. La contribution forfaitaire de réacheminement p.91**
 - **.B.1. Présentation p.91**
 - **.B.2. La mise en œuvre de la contribution forfaitaire p.93**
- .C. Les sanctions et pénalités du code de la sécurité sociale p.95**
 - **.C.1. L'action récursoire contre l'employeur lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle p.95**
 - **.C.2. Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales p.95**
 - ⇒ **.C.3. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales p.96**
- .D. Les sanctions administratives p.98**
 - **.D.1. Le refus des aides publiques p.98**
 - **.D.2. Le remboursement des aides publiques p.99**
 - **.D.3. La fermeture temporaire de l'établissement ou la suspension temporaire d'activité p.100**
 - **.D.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs p.102**
 - **.D.5. Le retrait de titre de séjour de l'employeur p.103**
 - **D.6. Le retrait de titre de séjour du salarié étranger p.104**
 - **.D.7. L'obligation de quitter le territoire français p.105**

5^{ème} partie Les agents de contrôle habilités et leurs prérogatives p.107

- .I. Quels sont les agents de contrôle habilités ? p.109**
- .II. Quelles sont les prérogatives des agents de contrôle habilités ? p.110**
 - .A. Les prérogatives communes p.110**
 - .A.1. Le droit de rechercher l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler p.110**
 - .A.2. Le droit de constater l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler p.111**
 - .A.3. La levée du secret professionnel p.111**

- **.A.3.1.** La levée du secret professionnel partagée et réciproque **p.112**
- **.A.3.2.** La levée du secret professionnel au seul bénéfice des agents de contrôle habilités **p.112**
- **.A.3.3.** La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels **p.116**

.A.4. L'accès à des documents sociaux ou à des sources d'information **p.117**

.A.5. Le droit d'obtenir une copie immédiate de documents **p.118**

.A.6. Le droit d'audition **p.118**

.A.7. Le droit d'établir un procès-verbal d'audition **p.119**

.A.8. Le contrôle d'identité **p.120**

.A.9. Le recours à un interprète **p.120**

.B. Les prérogatives propres **p.120**

6^{ème} partie Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail p.123

.I. Quels sont les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail ? **p.125**

.A. La législation du travail **p.125**

- **.A.1.** Le principe reconnu par le code du travail **p.125**
- **.A.2.** Les précisions de la Cour de cassation **p.126**
- **.A.3.** L'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire **p.127**

.B. La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail **p.129**

- **.B.1.** La protection sociale de droit commun **p.129**
- **.B.2.** La protection sociale en matière d'accident du travail **p.129**
- **.B.3.** La protection sociale en matière de maladie professionnelle **p.130**

.II. La mise en œuvre des droits du salarié étranger employé sans titre de travail **p.131**

.A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail **p.132**

.A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ? **p.132**

.A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes ? **p.134**

.A.2.1. La mise en cause de l'employeur p.135

- **.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié p.135**
- **.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle p.135**

.A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre p.136

.A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage p.138

.A.2.4. Le mécanisme particulier de l'article L.8252-4 du code du travail p.138

.A.3. Quelle(s) preuves apporter au juge ? p.140

.A.3.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail *stricto sensu* p.140

.A.3.2. Le salarié étranger employé (sans titre de travail) sous un faux statut p.141

.A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail en violation des présomptions de salariat p.142

- **.A.3.3.1. La privation induite du statut d'artiste p.142**
- **.A.3.3.2. La privation induite du statut de mannequin p.143**
- **.A.3.3.3. La privation induite du statut de bûcheron p.144**

.B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale p.144

.B.1. La déclaration et la reconnaissance de l'accident du travail p.145

.B.2. La déclaration et la reconnaissance de la maladie professionnelle p.147

7^{ème} partie Jurisprudence p.149

QUELQUES REMARQUES LIMINAIRES

Le contrôle de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail présente des similitudes avec le contrôle du travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié¹.

Dans les deux cas, l'employeur s'affranchit de règles substantielles de la législation sociale dans la perspective de priver le salarié de droits sociaux et de ne pas verser, en tout ou partie, les cotisations dues à raison de cet emploi aux organismes de protection sociale et, le cas échéant, aux caisses de congés payés lorsqu'il est assujéti.

De surcroît, dans la réalité, le salarié étranger employé sans titre de travail est très souvent un salarié dissimulé, au sens de l'article L.8221-5 du code du travail, compte tenu de la logique de fraude qui sous-tend très souvent l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. Si l'employeur commet alors des infractions juridiquement distinctes, son comportement relève de la même intention de dissimulation et d'exclusion.

L'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est susceptible de s'accompagner également d'autres manquements à la loi, qui sont les mêmes que ceux commis en présence d'une dissimulation d'emploi salarié : le non respect de la législation sur le temps de travail, sur les repos, sur les congés, sur la rémunération, sur la médecine du travail, sur les conditions de travail ou d'hébergement et sur les abus de vulnérabilité.

Dans les deux cas, la mise en cause pénale et financière du donneur d'ordre est possible.

Pour autant, le régime juridique de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail relève, tant à l'égard de l'employeur, de son donneur d'ordre que du salarié étranger, de dispositions spécifiques et d'une jurisprudence particulière de la Cour de cassation, qui sont nettement distinctes de celles relatives à la dissimulation d'emploi salarié. Ce régime juridique est totalement autonome de celui de la dissimulation d'emploi salarié et suit sa propre finalité.

Lors de l'analyse d'une affaire de fraude à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail; il convient de bien dissocier l'appréhension des manquements constatés et des incriminations.

Le salarié étranger victime de la fraude à son emploi du fait de son employeur dispose quant à lui du choix du régime juridique relatif à cette fraude pour faire valoir ses droits devant le conseil de prud'hommes.

¹ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

1^{ère} partie

ELEMENTS DE CADRAGE JURIDIQUE

Éléments de cadrage juridique

L'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est l'une des infractions qui relève du champ du travail illégal, défini par l'article L.8211-1 du code du travail ; elle est mentionnée à l'article L.8251-1 du code du travail.

Depuis la loi du 7 mars 2016², le libellé de cette infraction a été modifié, pour se dénommer désormais l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler. Cette modification de terminologie est sans effet sur les éléments constitutifs de l'infraction.

En 2015, cette infraction représente 11% de la verbalisation des agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

L'interdiction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est une interdiction ancienne, qui est inscrite dans la législation depuis la loi du 11 août 1926³.

Cette interdiction d'emploi a pour corollaire, également inscrit dans la loi du 11 août 1926, qu'un salarié étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariée sans avoir obtenu préalablement une autorisation de travail ; cette obligation a été confirmée par l'article 5 de l'ordonnance 2 octobre 1945⁴.

L'interdiction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est aujourd'hui codifiée à l'article L.8251-1 du code du travail. L'obligation pour un salarié étranger de posséder une autorisation de travail est codifiée à l'article L.5221-5 du code du travail.

.I. Qui est le salarié étranger soumis à autorisation de travail ?

.A. Le principe

Au sens de la législation du travail, est considéré comme un salarié étranger soumis à autorisation de travail un salarié ressortissant d'un Etat tiers.

Est considéré comme salarié ressortissant d'un Etat tiers, la personne qui n'est pas ressortissante :

- ⇒ d'un autre Etat de l'Union européenne (UE),
- ⇒ d'un des Etats de l'Espace économique européen (EEE), composé de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège,
- ⇒ de la Suisse,
- ⇒ d'Andorre, de Monaco, de Saint Marin et du Saint-Siège.

² Article 18 de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

³ Loi du 11 août 1926 modifiant les articles 64, 98 et 177 du livre II du code du travail et de la prévoyance sociale en vue d'assurer la protection du marché du travail national.

⁴ Ordonnance n° 45-2658 du 2 octobre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le salarié ressortissant d'un autre de ces Etats est un salarié étranger soumis à autorisation de travail.

.B. Cette définition et ce principe de l'obligation de posséder une autorisation de travail font l'objet de trois tempéraments, qui dispensent un salarié ressortissant d'un Etat tiers d'exercer une activité salariée avec une autorisation de travail, ce qui permet à un employeur de le faire travailler sans autorisation de travail, et donc sans commettre l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

.1^{er} tempérament

En application du 1° de l'article R.5221-2 du code du travail, est dispensé de posséder une autorisation de travail le salarié non ressortissant de l'UE, d'un autre Etat de l'EEE ou de la Suisse, détaché en France par une entreprise établie dans l'un de ces Etats, à condition que ce salarié travaille de façon régulière et habituelle pour le compte de cette entreprise et qu'il soit titulaire d'une autorisation de travail délivrée par cet Etat, lui permettant d'exercer l'emploi qu'il va occuper en France.

Cette dispense d'autorisation de travail s'applique à tous les cas de détachement sur le territoire français : dans le cadre d'une prestation de services internationale, d'une opération pour compte propre ou d'une mobilité internationale intragroupe⁵.

Le document présenté par l'entreprise ou le salarié détaché est nécessairement une autorisation de travail, et non pas un titre de séjour, un visa de circulation, un visa Schengen ou une carte consulaire, ni encore un simple passeport.

Le document mentionne le même métier que celui exercé en France durant le détachement du salarié. Compte tenu de la variété des titres de travail dans l'UE, l'EEE et en Suisse et des mentions qui y sont portées, seul un examen attentif au cas par cas permet de vérifier si ce document vaut dérogation au principe de l'obligation d'avoir un titre de travail délivré par l'administration française.

C'est à l'entreprise étrangère d'apporter la preuve, notamment par la traduction en français du document invoqué et présenté, que l'emploi du salarié étranger détaché sur le territoire français relève du 1° de l'article R.5221-2 du code du travail et qu'une autorisation de travail délivrée par l'administration française n'est pas nécessaire.

Le 1° de l'article R.5221-2 du code du travail est la codification en droit interne de la jurisprudence de la CJUE sur ce sujet, fixée notamment par la décision C-43/93 du 9 août 1994 *Van der Elst*, par la décision C-445/03 du 21 octobre 2004 *Commission/ Grand Duché du Luxembourg* et par la décision C-244/04 du 19 janvier 2006 *République fédérale d'Allemagne*. La CJUE considère que, pour donner son plein effet à la libre prestation de services, et dans l'esprit de l'arrêt *Rush Portuguesa*, il convient de ne pas entraver cette liberté par une procédure de demande préalable d'autorisation de travail pour un salarié étranger qui appartient déjà à l'effectif de l'entreprise prestataire et qui justifie du droit de travailler dans l'Etat dans lequel est domiciliée cette entreprise.

⁵ Idem.

Nota

La dispense d'autorisation de travail prévue par le 1° de l'article R.5221-2 du code du travail, en vertu de la jurisprudence communautaire, n'est plus applicable lorsqu'est constatée une fraude à la prestation de services (fraude à l'établissement, par exemple) et/ou une fraude au détachement du salarié étranger (fausse sous-traitance ou fraude à la mobilité intragroupe, par exemple), puisque l'emploi direct en France est avéré⁶.

.2^{ème} tempérament

En application du 2° de l'article R.5221-2 du code du travail, est dispensé de posséder une autorisation de travail le salarié ressortissant de l'UE, pendant la période transitoire d'un nouvel Etat membre entrant dans l'UE, lorsque ce salarié est détaché en France par une entreprise établie sur le territoire d'un Etat membre de l'UE, d'un autre Etat de l'EEE ou de la Suisse.

Cette dispense d'autorisation de travail s'applique à tous les cas de détachement sur le territoire français : dans le cadre d'une prestation de services internationale, d'une opération pour compte propre ou d'une mobilité internationale intragroupe⁷.

La dispense d'autorisation de travail est limitée au salarié ressortissant de l'un de ces Etats de l'UE ; elle ne s'étend pas au salarié ressortissant d'un autre Etat, dit Etat tiers, employé par cette entreprise installée dans l'Etat en période transitoire.

La dernière période transitoire s'est achevée le 1er juillet 2015 et concernait la Croatie.

Le 2° de l'article R.5221-2 du code du travail est la codification en droit interne de la jurisprudence de la CJUE sur ce sujet, fixée par la décision C-113/89 du 27 mars 1990 *Rush Portuguesa*.

La CJUE considère que, pour donner son plein effet à la libre prestation de services qui est acquise dès le début de la période transitoire, il est nécessaire de proscrire toute entrave à cette liberté par une demande d'autorisation de travail qui constitue, non seulement une formalité administrative préalable incompatible avec cette liberté, mais qui peut être refusée, exposant ainsi l'entreprise au risque de renoncer à sa prestation de services, faute de disposer de la main-d'œuvre nécessaire.

.3^{ème} tempérament

Les articles L.5221-2-1 et D.5221-2-1⁸ du code du travail dispensent d'autorisation de travail le salarié étranger qui vient en France exercer une activité professionnelle dans le cadre d'un séjour d'une durée au plus égale à trois mois, dans l'un des domaines qu'ils énumèrent⁹.

⁶ **Voir infra p.51** ; voir également le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 3^{ème} édition Septembre 2017, du même auteur.

⁷ Idem.

⁸ Décret n° 2016-1461 du 28 octobre 2016 ; note d'information du 2 novembre 2016 et note d'information complémentaire du 19 décembre 2016 du ministère chargé de l'immigration (direction de l'immigration).

⁹ **Voir infra p.173 en annexe** la liste des domaines visés par la dispense d'autorisation de travail.

Parmi les salariés visés par cette mesure, on peut citer les artistes, les mannequins et les sportifs, ainsi que certains salariés détachés.

La seule mention du domaine dans lequel le ressortissant étranger va exercer son activité professionnelle constitue un critère très large, qui peut concerner des dizaines de métiers différents, notamment si les entreprises sous-traitantes et périphériques sont concernées.

Ainsi l'article D.5221-2-1 du code du travail mentionne les manifestations sportives, culturelles, artistiques et scientifiques, ce qui inclut les installateurs et démonteurs de stands, le service d'ordre, le gardiennage, l'accueil, le placement du public..., ainsi que toutes les installations audio visuelles.

La dispense d'autorisation de travail ne s'applique pas au salarié étranger qui réside déjà en France, sans disposer d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée.

La dispense d'autorisation de travail prévue par les articles L.5221-2-1 et D.5221-2-1 du code du travail est une mesure interne prise par la France, qui a décidé de simplifier les procédures d'entrée et de travail en France de ces salariés, pour lesquels les autorisations de travail étaient accordées dans près de 97% des cas (cf. la note d'information du 2 novembre 2016 du ministère de l'intérieur).

Nota

La suppression de l'autorisation de travail introduite par les articles L.5221-2-1 et D.5221-2-1 vise des secteurs d'activité (particulièrement) sensibles aux fraudes sociales et au travail illégal.

A cet égard, et de façon plus générale, l'intérêt de la demande d'autorisation de travail est double :

.- permettre en amont à l'administration du travail de s'assurer que l'employeur va respecter la législation sociale ; c'est pour cette raison que près de 97% des demandes sont autorisées puisque les employeurs s'engagent à le faire. Ce travail de prévention très appréciable et efficace disparaît.

.- permettre à l'administration de connaître en amont de l'activité ou de l'événement le lieu, la date et les modalités de réalisation de cette activité ou de cet événement, ce qui inclut la possible programmation de contrôle. Cette facilitation du contrôle disparaît puisque aucun signalement préalable n'est porté à la connaissance de l'administration.

La suppression de l'autorisation de travail va priver ces salariés étrangers d'une garantie du contrôle a priori par l'administration du travail du respect de la législation du travail par leurs employeurs, y compris du respect de la présomption de salariat. La remarque vaut notamment pour les employés de maison qui arrivent « dans les bagages » de leur employeur.

En effet, quel contrôle vont désormais effectuer les postes consulaires, qui ne connaissent pas la législation du travail, ni les employeurs potentiels, avant de délivrer le visa d'entrée en France à ces personnes? Auparavant, les postes consulaires exigeaient l'autorisation de

travail préalablement délivrée par les services de main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de la Dieccte, ce qui constituait pour eux une garantie.

On risque désormais de voir arriver sur le territoire français des ressortissants étrangers destinés à être employés en qualité de salarié, mais qui vont se présenter dans les postes consulaires comme travailleurs indépendants, en voyage d'affaires, voire bénévoles. Ou tout simplement déclarer aux postes consulaires qu'ils viennent en France faire du tourisme ou pour une visite privée.

Par ailleurs, il est à craindre, à l'égard d'une population jeune et (très) vulnérable, tels les mannequins, les sportifs ou les artistes, des effets d'aubaine de la part d'employeurs ou d'intermédiaires peu scrupuleux qui évalueront rapidement l'intérêt de ne plus signaler en amont l'existence de prestations en France qui, de ce fait, passeront inaperçues.

Sauf à demander aux postes consulaires de faire désormais le travail des services de main-d'œuvre étrangère des Direccte et des Dieccte et donc à maintenir de fait l'autorisation de travail¹⁰, ce qui n'est pas concevable à plus d'un titre.

La suppression de l'autorisation de travail pour ces catégories de salariés s'accommode donc assez mal avec les impératifs de la lutte contre le travail illégal et le dumping social.

La dispense d'autorisation de travail n'entraîne pas la dispense d'un titre de séjour, dès lors que le salarié exerce sur le territoire français une activité professionnelle d'une durée supérieure à 3 mois. En application de l'article L.311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), le titre de séjour, qui prend le relais du passeport et du visa, est obligatoire pour rester au-delà de 3 mois de façon légale sur le territoire français.

Il en est ainsi pour le salarié ressortissant d'un Etat tiers, détaché en France par une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou en Suisse.

.II. Quels sont les principes qui régissent l'autorisation de travail ?

.A. L'autorisation de travail est matérialisée par un document qui est délivré, soit par la préfecture, soit par le poste consulaire de France à l'étranger, soit par le service de main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de la Dieccte.

⇒ L'autorisation de travail est délivrée par le poste consulaire lorsque le ressortissant étranger est un primo migrant qui vient en France pour une durée supérieure à 3 mois et sous un statut qui lui permet d'exercer une activité salariée en France ; l'autorisation est alors matérialisée par l'apposition dans le passeport du salarié d'un visa de long séjour (VLS) valant autorisation de travail pendant 1 an au maximum, en application du 2° de l'article

¹⁰ Voir à cet égard, la note d'information du 2 novembre 2016 et la note d'information complémentaire (spécifique aux mannequins) du 19 décembre 2016 du ministère de l'intérieur-direction générale des étrangers en France-direction de l'immigration- relative à la dispense d'autorisation de travail pour les séjours égaux ou inférieurs à trois mois en France.

L.311-1 et du 3° bis de l'article R.311-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

⇒ L'autorisation de travail est délivrée par le service de main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de la Dirccte sous la forme d'une autorisation provisoire de travail (APT), d'un contrat de travail ou d'une demande d'autorisation de travail visée par ses soins, pour les emplois ponctuels de courte durée, qui ne dépassent pas une durée de 12 mois, en application des 13° et 14° de l'article R.5221-3 du code du travail.

⇒ L'autorisation de travail est délivrée par le préfet, dans les autres cas, soit sous la forme d'un récépissé de première demande ou de demande de renouvellement d'un titre de séjour valant autorisation de travail en application du 11° de l'article R.5121-3 du code du travail, soit sous la forme de l'autorisation provisoire de séjour délivrée à l'étudiant mastérisé, en application de l'article L.311-11 du CESEDA, soit sous la forme d'un document unique valant à la fois titre de séjour et titre de travail, délivré en application des articles L.313-1 et suivants du CESEDA.

.B. L'autorisation de travail obligatoire est nécessaire pour tout type d'emploi et d'employeur: par une entreprise, une association, un particulier ou toute autre personne de droit privé ou par une personne de droit public. Dans deux arrêts du 17 mai 1973 et du 6 octobre 1995, le Conseil d'Etat précise que l'obligation de détenir une autorisation de travail s'applique à l'étranger souhaitant occuper un emploi public¹¹. Un employeur public peut donc être mis en cause au plan pénal, financier et administratif pour emploi d'un salarié étranger démuné de titre de travail ; les sanctions afférentes à ce non respect de la loi lui sont opposables.

A ce titre, l'autorisation de travail est obligatoire pour les contrats de travail de type particulier (contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation...), à l'exclusion des périodes de stage.

Il existe une exception à l'exclusion des périodes de stage non soumises à autorisation de travail. En effet, par circulaire DPM n° 20 du 23 janvier 1990 relative aux autorisations provisoires de travail, le ministère chargé de l'immigration a considéré que le stagiaire aide familial ou jeune au pair relevant de l'accord du Conseil de l'Europe du 24 novembre 1969 devait être titulaire d'une autorisation de travail pour être reçu dans une famille d'accueil, ce qui permet à l'administration de vérifier *a priori* si la famille d'accueil remplit les conditions pour l'accueillir.

Mais compte tenu de l'absence de base juridique pour soumettre le jeune au pair étranger à autorisation de travail, l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail ne peut pas être relevée à l'encontre de la famille d'accueil qui recevrait un jeune étranger au pair ressortissant d'un Etat tiers sans autorisation de travail, d'autant que celle-ci n'a pas juridiquement la qualité d'employeur. Sauf à démontrer que la famille d'accueil ne respecte pas l'accord du Conseil de l'Europe et emploie de fait le jeune étranger comme un salarié occupé à des tâches familiales et/ou domestiques.

¹¹ CE du 17 mai 1973 ; CE n° 115639 du 6 octobre 1995 BOUZIDI; voir également la note d'information DPM/DM2-3/96/331 du 28 mai 1996 du ministère chargé des affaires sociales.

Nota

La détermination du droit applicable en matière d'emploi d'un salarié étranger peut susciter des difficultés lorsque l'employeur est un particulier qui se prévaut d'une protection ou d'une immunité diplomatique ou consulaire, pour l'exécution de tâches domestiques ou familiales à son bénéfice, y compris dans des locaux extérieurs à l'ambassade ou au consulat, ou lorsque le salarié est employé par l'Etat étranger pour des tâches de gestion ne participant pas au service public de cet Etat¹².

On connaît les abus, voire les situations d'abus de vulnérabilité, d'esclavage moderne ou de travail forcé, générés par ce type d'emploi.

La détermination du droit applicable (autorisation de travail obligatoire ou pas), qui dépend des circonstances de fait de l'emploi du salarié, est sans doute essentielle pour engager ou pas une enquête, un contrôle et une procédure judiciaire.

En cas de doute sur le droit applicable, voire d'explications sur les circonstances de fait, il est possible de consulter le service du protocole au ministère des affaires étrangères, qui est chargé notamment de veiller à la bonne application des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 et de 1963.

.C. L'autorisation de travail est nécessaire dès la mise au travail sur le territoire français, y compris pendant la période d'essai ou pour des périodes d'emploi très courtes¹³. L'employeur doit donc s'assurer avant la mise au travail de l'existence de l'autorisation de travail (**voir infra p.28**). Lors d'un contrôle, quel que soit la date ou le moment de l'embauche, l'employeur doit justifier que le salarié étranger qu'il emploie possède une autorisation de travail, même s'il vient de l'embaucher¹⁴.

L'obligation de détenir une autorisation de travail s'applique au salarié détaché par son employeur sur le territoire français, quel que soit le motif ou la durée du détachement, sauf s'il exerce son métier pendant au plus trois mois dans l'un des domaines visés par l'article D.5221-2-1 du code du travail (**voir supra p.20**).

Ce principe connaît quelques exceptions de fait, qui n'ont jamais fait l'objet de textes confirmatifs *ad hoc*. Ainsi, sont dispensés d'autorisation de travail les salariés affectés à des transports internationaux (terrestre, fluvial, aérien et maritime) qui travaillent en France dans le cadre d'opération de transport en transit ou à l'occasion d'escale ou de toucher d'aéronef, de bateau ou de navire.

.D. L'autorisation de travail est obligatoire quel que soit l'âge du ressortissant étranger. Un étranger mineur de 16 ans qui travaille pendant ses vacances scolaires doit posséder une autorisation de travail.

¹² Cass. soc. n° 15-22890 du 23 mars 2017.

¹³ Exemple, quelques heures pour faire un inventaire dans un magasin.

¹⁴ Même règle que pour la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) ; au moment du contrôle, l'employeur doit justifier qu'il a effectué la DPAE.

.E. L'autorisation de travail est nominative et personnelle et concerne un salarié déterminé. Il existe une exception à ce principe qui vise les salariés, artistes et techniciens, qui viennent se produire en France dans le cadre d'une troupe ou d'un ensemble pouvant comprendre plus de cent personnes.

Dans un souci de commodité, l'autorisation de travail délivrée par l'administration, qui dans ce cas est souvent le service de main-d'œuvre étrangère (moe) de la Direccte ou la Dieccte, se matérialise par le paraphe et le visa des pages de la liste de ces salariés fournie à l'administration lors de la demande d'autorisation de travail.

S'agissant de l'employeur, l'autorisation de travail n'est pas en principe nominative. L'autorisation de travail ne mentionne pas l'identité d'un employeur particulier, mais indique « toutes professions » ou un métier ou une profession spécifique. Il existe cependant une exception à cette règle qui concerne l'autorisation provisoire de travail (APT), en général délivrée par le service de main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de Dieccte. L'APT mentionne l'identité d'un employeur déterminé ; l'autorisation de travail ne vaut que pour un emploi chez cet employeur, y compris pour un emploi à caractère saisonnier, ce qui interdit à un autre employeur de faire travailler ce salarié étranger. Cet autre employeur commettrait le délit d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

.F. L'autorisation de travail a une durée limitée, avec des dates de validité qu'elle mentionne. La validité de l'autorisation de travail varie de quelques heures ou une journée (pour l'autorisation provisoire de travail APT) à 10 ans pour les cartes de résident (droit commun) et certains certificats de résidence (ressortissants algériens). La durée de validité de l'autorisation de travail dépend très souvent du statut administratif de son titulaire (**voir infra p.170 la liste des différents documents valant autorisation de travail**).

.G. L'autorisation de travail vaut, soit pour toutes professions, soit uniquement pour la ou les professions qu'elle mentionne, en fonction de la nature du droit au séjour et donc du titre de séjour du salarié étranger sur le territoire français. Ainsi, une carte de séjour temporaire peut porter la mention limitée d'un ou de plusieurs métiers, alors que la carte de résident permet l'exercice de toute activité salariée.

Le fait pour un employeur d'embaucher un salarié étranger, sans respecter les limitations professionnelles portées sur l'autorisation de travail, constitue une infraction au code du travail (**voir infra p.37**).

Lorsque le salarié étranger exerce, sous couvert de son autorisation de travail, une profession ou une activité réglementée (ex, une profession médicale ou para médicale), il doit satisfaire aux conditions d'exercice de cette profession ou de ce métier. L'employeur s'assure qu'il remplit ces conditions.

.H. L'autorisation de travail vaut, soit pour tout le territoire métropolitain, soit uniquement pour le ou les départements qu'elle mentionne, en fonction de la nature du droit au séjour et donc du titre de séjour du salarié étranger sur le territoire français. Ainsi, une carte de séjour temporaire peut porter la mention limitée à un ou plusieurs départements ou à une région, alors que la carte de résident permet l'exercice de toute activité salariée sur l'ensemble du territoire métropolitain.

Le fait pour un employeur d'embaucher un salarié étranger, sans respecter les limitations géographiques portées sur l'autorisation de travail, constitue une infraction au code du travail (**voir infra p.37**).

.I. L'autorisation de travail est délivrée soit pour toute la métropole (toutes zones géographiques), soit pour un ou plusieurs départements de la métropole, soit pour un département d'outre mer. L'autorisation de travail délivrée en métropole n'est pas valable dans les départements d'outre-mer et l'autorisation de travail délivrée dans un département d'outre mer n'est pas valable en métropole, ni dans un autre département d'outre mer.

L'autorisation de travail permet d'exercer le métier ou les métiers qu'elle mentionne, soit toute profession, sans exclusion.

Nota

Quid de l'effet de la fin de la période transitoire d'un nouvel Etat membre de l'UE à l'égard de l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail constatée avant son terme?

Pendant la durée de la période transitoire, le salarié de cet Etat membre entrant reste soumis à autorisation de travail. Un employeur qui embauche pendant la période transitoire ce salarié sans autorisation de travail commet le délit d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

A la fin de la période transitoire, l'autorisation de travail n'est plus obligatoire.

Si cette embauche illégale constatée pendant la période transitoire est soumise au juge après la période transitoire, l'infraction subsiste-t-elle au jour du jugement?

Non, selon la position traditionnelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁵, jusqu'à son revirement de jurisprudence du 7 juin 2017¹⁶, fondé sur l'arrêt C-218/15 du 6 octobre 2016 de la CJUE.

Le revirement d'analyse de la Cour de cassation se réfère en effet à cette jurisprudence communautaire récente, qui souhaite éviter d'encourager le trafic de main-d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un Etat ayant engagé le processus d'adhésion à l'Union européenne, ce qui serait contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union, tel qu'interprété désormais par la Cour de justice dans son arrêt du 6 octobre 2016.

Dès lors, en vertu de cette jurisprudence communautaire et nationale, la fin de la période transitoire n'efface plus l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, qui continue de subsister et peut faire l'objet de poursuite et de condamnation.

¹⁵ Cass. crim. n° 14-84459 du 3 novembre 2015 LESTBATIMENT.

¹⁶ Cass. crim. n° 15-87214 du 7 juin 2017 YROUD EUROPEENNE DE FLUIDES.

.III. Quels sont les différents documents valant autorisation de travail ?

L'autorisation de travail donnée par l'administration à un salarié étranger se présente sous des formes et des appellations variées, susceptibles d'évoluer en fonction des normes communautaires et des textes votés par le législateur.

La liste des documents valant autorisation de travail est mentionnée à l'article R.5221-3 du code du travail¹⁷ ; elle est reprise dans l'annexe 4 de l'instruction du 6 octobre 2016 de Pôle Emploi relative à l'inscription des demandeurs d'emploi.

Lors de l'embauche d'un salarié étranger, l'employeur s'assure que l'intéressé possède l'un de ces documents en cours de validité.

La plupart du temps, l'autorisation de travail est mentionnée sur le même document que celui qui vaut autorisation ou titre de séjour en France ; ce document unique est donc à double vocation. Parfois, l'autorisation de travail est matériellement distincte du document valant titre de séjour ; par exemple, un salarié chinois détaché en France pour une durée de deux mois par son employeur établi en Chine possèdera une autorisation provisoire de travail et un passeport avec un visa de court séjour valant titre de séjour.

.IV. Quelles sont les obligations d'un employeur qui embauche un salarié étranger ?

.A. L'employeur n'est pas un particulier

L'employeur n'est pas un particulier lorsqu'il est une entreprise, une association ou toute autre personne de droit privé ou de droit public.

.A.1. L'employeur non particulier est soumis au code du travail

L'employeur qui embauche un salarié procède aux formalités suivantes :

.A.1.1. Il vérifie la nationalité de toute personne qu'il embauche, en lui demandant de présenter un document officiel et original attestant, notamment, de sa nationalité. Ce document est une carte d'identité, un passeport, un document consulaire, un permis de conduire...L'obligation de vérifier la nationalité de la personne à embaucher ne relève pas d'une disposition expresse du code du travail, mais de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Dans un arrêt de principe du 29 mars 1994¹⁸, la Cour de cassation précise que l'employeur qui embauche un salarié a l'obligation de s'informer de la nationalité de celui qu'il embauche et vérifie, dans le cas où il s'agit d'un étranger, s'il est titulaire d'une autorisation de travail.

.A.1.2. Il demande au salarié étranger la présentation du titre original qui l'autorise à exercer une activité salariée, dont il prend une copie¹⁹.

¹⁷ Voir *infra* p.170 en annexe la liste des documents valant autorisation de travail.

¹⁸ Cass. crim. n° 93-82178 du 29 mars 1994 BRACA.

¹⁹ Cass. crim. n° 90-86763 du 3 décembre 1991 VERNET; cass. crim. n° 93-82178 du 29 mars 1994 BRACA.

.A.1.3. En application des articles L.5221-8, R.5221-41 et suivants du code du travail, il s'assure auprès de la préfecture (préfecture de police à Paris) ou du service de la main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de la Dieccte (pour les autorisations provisoires de travail APT et pour les contrats de travail saisonniers visés) du lieu d'embauche de l'authenticité de ce titre de travail, en lui adressant une copie du titre de travail. La saisine de l'administration est effectuée au moins deux jours ouvrables avant l'embauche ; l'administration répond dans les deux jours ouvrables de sa saisine. A défaut de réponse de l'administration dans ce délai, l'employeur est réputé avoir procédé à cette vérification.

Lorsque l'employeur est une entreprise de travail temporaire, cette vérification est effectuée une seule fois, lors de la première embauche du salarié étranger intérimaire et pour la durée de validité du titre de travail qu'il possède.

L'employeur est dispensé de procéder à cette vérification auprès de l'administration lorsque le salarié étranger est inscrit à Pôle Emploi. En effet, Pôle Emploi est tenu de vérifier la situation administrative du salarié étranger inscrit en qualité de demandeur d'emploi²⁰ ; le salarié étranger est donc réputé être titulaire d'une autorisation de travail.

Le fait pour l'employeur de ne pas procéder à cette vérification avant l'embauche est constitutif d'une infraction ; il est également un élément significatif de caractérisation de l'emploi intentionnel d'un salarié étranger démunie de titre de travail (**voir infra p.37**).

.A.1.4. Lorsque l'employeur embauche un étranger qui réside en France avec une carte de séjour temporaire étudiant, il n'est pas tenu de procéder à la vérification de son titre auprès de l'administration ; il doit cependant déclarer l'embauche de cet étudiant étranger à la préfecture (ou à la préfecture de police) de son lieu de résidence, au moins deux jours ouvrables avant sa mise au travail, en application des articles L.5221-9, R.5221-27 et suivants du code du travail.

Cette différence de régime avec l'embauche d'un autre ressortissant étranger s'explique par le fait que la carte de séjour temporaire étudiant permet de plein droit à son titulaire de travailler, dans la limite de 60% de la durée légale du travail, soit 964 heures par an²¹.

.A.1.5. L'employeur inscrit sur le registre unique du personnel l'identité du salarié étranger avec la mention de la nature et des références de son titre de travail.

.A.1.6. L'employeur joint au registre unique du personnel une copie du titre de travail ; elle est tenue et conservée dans l'établissement ou sur tout autre lieu de travail distinct de l'établissement (chantier, dépôt, lieu de spectacle ou prestation événementielle, site de gardiennage ou de nettoyage, lieu d'activité d'hôtesse ou d'accueil du public....).

.A.1.7. L'employeur tient, en application de l'article L.8271-6-2 du code du travail, la copie de l'autorisation de travail du salarié étranger à la disposition des agents de contrôle habilités pour rechercher et constater l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (agents de l'inspection du travail, APJ et OPJ de la gendarmerie et de la police et agents des douanes et droits indirects).

²⁰ Voir l'annexe 4 de l'instruction du 6 octobre 2016 de Pôle Emploi relative à l'inscription des demandeurs d'emploi.

²¹ Plafond fixé à 50 % de la durée légale pour les étudiants algériens, en application du Titre III du Protocole annexé à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié.

Nota

Depuis le décret du 16 juin 2011, codifié notamment à l'article R.1221-1 du code du travail, l'employeur n'est plus tenu de mentionner la nationalité du salarié dans la déclaration préalable à l'embauche (DPAE), contrairement à ce que prévoyait le décret d'origine du 29 mars 1993.

La suppression de la mention de la nationalité du salarié, qui était une mention bloquante lors de l'utilisation de la procédure de déclaration dématérialisée, est une régression en matière de lutte contre le travail illégal, puisque cette mention obligatoire et bloquante était un clignotant d'attention et de vigilance pour l'employeur.

La suppression de la mention de la nationalité n'a jamais été expliquée. La suppression de cette mention a été « remplacée » par de nombreuses autres mentions, sans aucune relation avec la lutte contre le travail illégal, dénaturant en partie la vocation première et exclusive de la DPAE.

.A.2. L'employeur non particulier n'est pas soumis au code du travail

L'employeur non particulier qui n'est pas assujéti au code du travail est une personne morale de droit public. Cet employeur est tenu par l'accomplissement des mêmes formalités que celles auxquelles est tenu l'employeur soumis au code du travail (**voir supra .A.1.**), à l'exception de celles relatives au registre unique du personnel et à la conservation d'une copie du titre de travail.

Cet employeur peut être cependant tenu au respect d'obligations équivalentes ou d'obligations particulières, en application des textes spécifiques qui sont prévus par son statut de personne morale de droit public.

.A.3. L'employeur n'est pas établi en France

L'employeur non établi en France peut faire travailler un salarié étranger sur le territoire français, soit dans le cadre d'un détachement, soit en l'embauchant directement sur le territoire français (puisque la loi n'interdit pas cette embauche²²).

⇒ L'employeur non établi en France qui détache un salarié étranger sur le territoire français sollicite une autorisation de travail auprès du préfet territorialement compétent, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article R.5221-16 du code du travail, sauf si le salarié détaché relève de l'un des cas d'exemption mentionnés **supra p.20**. Il tient une copie de cette autorisation de travail à la disposition des agents de contrôle habilités.

⇒ L'employeur non établi en France qui embauche en France un salarié étranger accomplit les mêmes formalités qu'un employeur établi en France (**voir supra .A.1.**), à l'exception de celles relatives au registre unique du personnel et à la conservation d'une copie du titre de travail, puisqu'il ne dispose pas d'établissement en France.

²² Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle des entreprises étrangères sur le territoire français » 3^{ème} édition Septembre 2017, du même auteur.

.B. L'employeur est un particulier

⇒ Le particulier employeur qui embauche un salarié étranger accomplit les mêmes formalités qu'un employeur qui n'est pas un particulier (**voir supra .A.1.**), à l'exception de celles relatives au registre unique du personnel et à la conservation d'une copie du titre de travail, puisqu'il n'est pas un établissement. Le fait d'utiliser le chèque emploi service universel (CESU) ne dispense pas le particulier employeur de s'assurer que le salarié étranger dispose d'une autorisation de travail.

⇒ S'il s'agit d'un employeur qui n'est pas domicilié sur le territoire français et qui vient en France pour un séjour privé avec un salarié étranger attaché à son service ou celui de sa famille, le droit du travail français lui est applicable, y compris en matière d'autorisation de travail. Il sollicite une autorisation de travail auprès du préfet territorialement compétent, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article R.5221-16 du code du travail, sauf si le salarié détaché relève du 3^{ème} cas d'exemption mentionné **supra p.22**, en application de l'article D.5221-2-1 du code du travail. L'employeur tient une copie de cette autorisation de travail à la disposition des agents de contrôle habilités.

2^{ème} partie

L'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler et les autres infractions connexes

L'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler et les autres infractions connexes en relation avec les trafics de main-d'œuvre étrangère

L'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est un délit prévu par l'article L.8251-1 du code du travail et réprimé par les articles L.8256-1 et suivants du code du travail. Sa constatation est souvent associée à celle de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié²³, dans la mesure où l'employeur ne souhaite pas rendre transparent l'emploi illégal d'un salarié qu'il n'a pas le droit de faire travailler.

Dans ce cas, deux infractions relevant de la sphère du travail illégal coexistent, avec leurs propres éléments constitutifs.

Par ailleurs, l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail peut s'accompagner d'autres infractions propres à la législation relative à la main-d'œuvre étrangère ou d'infractions significatives relatives à l'emploi, mais sans lien avec la nationalité du salarié.

.I. Les éléments constitutifs de l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

.A. Les éléments matériels

L'article L.8251-1 du code du travail prévoit deux infractions, qui font chacune l'objet d'un alinéa particulier de cette disposition.

.A.1. Le premier alinéa de l'article L.8251-1 vise trois interdictions :

- ⇒ celle de l'embauche, directe ou indirecte, d'un salarié étranger sans titre de travail, c'est-à-dire l'acte de recruter, d'un point de vue juridique et administratif, un salarié étranger qui n'a pas de titre de travail ou qui possède un faux titre d'identité ou de travail ;
- ⇒ celle de l'emploi, direct ou indirect, d'un salarié étranger sans titre de travail, c'est-à-dire l'utilisation effective sous sa subordination juridique d'un salarié étranger qui n'a pas de titre de travail ou qui possède un faux titre d'identité ou de travail ;
- ⇒ celle de conserver, directement ou indirectement, à son service, c'est-à-dire de continuer à employer ou à utiliser un salarié étranger dont le titre de travail a expiré.

Ces trois interdictions constituent un délit passible du tribunal correctionnel.

Cette infraction est constituée, quelle que soit la durée d'emploi du salarié étranger sans titre de travail.

La distinction opérée dans l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail entre embauche et emploi, direct ou indirect, d'un salarié étranger sans titre de travail est

²³ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur, notamment pour l'emploi d'un salarié sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant, de salarié détaché ou en violation des présomptions de salariat.

fondamentale. Elle permet en effet de mettre en cause le véritable employeur du salarié qui le fait travailler sous sa subordination, dans les affaires de fausse sous-traitance et de mise à disposition, légale ou illégale, de salarié (*voir infra p.51*).

Très généralement, seule cette infraction mentionnée à l’alinéa 1^{er} de l’article L.8251-1 du code du travail fait l’objet de poursuite, de condamnation, de comptabilisation et de commentaire au titre de la lutte contre le travail illégal.

Par ailleurs, seul le salarié étranger employé en violation de l’alinéa 1^{er} de l’article L.8251-1 du code du travail dispose de droits sociaux spécifiques prévus par le code du travail (*voir infra p.123*).

L’infraction est constatée directement et immédiatement si l’employeur ne conteste pas, ni sa qualité d’employeur, ni la qualité de salarié du ressortissant étranger qu’il fait travailler.

Dès lors, que l’employeur conteste sa qualité ou celle de salarié du ressortissant étranger qu’il emploie, la requalification préalable de la relation de travail est nécessaire pour établir cette double qualité d’employeur et de salarié. Le passage obligé par l’établissement d’une subordination juridique salariale, doublée éventuellement d’une dissimulation d’emploi salarié²⁴, permet ensuite de constater l’infraction d’emploi de salarié étranger sans titre de travail.

En fonction des déclarations de l’employeur et du salarié étranger dissimulé, et de la fraude instituée, la requalification concernera l’emploi d’un prétendu bénévole, d’un prétendu travailleur indépendant, d’un prétendu stagiaire, d’un prétendu salarié détaché ou une opération de fausse sous-traitance, générant de surcroît du marchandage et/ou du prêt illicite de main-d’œuvre.

La même démarche et la même analyse valent à l’égard de l’employeur qui s’affranchit des présomptions de salariat posées par le code du travail et le code rural, notamment lors du recours à un artiste, à un mannequin²⁵ ou à un bûcheron travailleur forestier. En effet, en application de ces présomptions de salariat, l’artiste, le mannequin ou le bûcheron, s’il est ressortissant d’un Etat tiers, possède une autorisation de travail, sous la réserve mentionnée *supra p.22*, mais valable uniquement pour l’artiste et le mannequin.

L’employeur s’affranchit de ces présomptions de salariat en présentant ces personnes en qualité de bénévoles ou de travailleurs indépendants ; dès lors que les présomptions de salariat ont vocation à s’appliquer à l’égard de ces personnes, l’employeur commet l’infraction d’emploi de salarié étranger sans titre de travail, y compris lorsque ces personnes sont présentées en qualité de prestataires de services indépendants établis hors de France.

La qualité de prestataire de services indépendant peut cependant être reconnue, dans des conditions précises²⁶, à l’artiste et au mannequin ressortissant d’un Etat tiers, mais établi dans un autre Etat de l’Union européenne (UE) ou de l’Espace économique européen (EEE), ce qui ne permet pas de constater, lorsque cette qualité est admise, l’infraction d’emploi d’un artiste ou d’un mannequin ressortissant d’un Etat tiers sans titre de travail.

²⁴ Mais nécessité de le constater.

²⁵ Voir le « Mode d’emploi pour le contrôle de l’emploi des mannequins » 1^{ère} édition Mars 2017, du même auteur.

²⁶ Voir le « Mode d’emploi pour le contrôle du travail dissimulé ».

Nota

Les articles L.313-7 et R.311-3 du CESEDA, ainsi que l'article R.5221-26 du code du travail, prévoient que l'étranger, qui possède une carte de séjour étudiant, peut travailler de plein droit, dans la limite de 60% de la durée légale du travail, soit 964 heures par an. A contrario, un employeur n'est pas en droit de faire travailler un étudiant étranger plus de 964 heures par an²⁷.

S'il le fait travailler au-delà de ce contingent d'heures, il commet l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

.A.2. Le second alinéa de l'article L.8251-1 du code du travail interdit l'emploi d'un salarié étranger dans une catégorie professionnelle ou dans une zone géographique autre que celle qui est mentionnée sur le titre de travail, lorsqu'une telle mention restrictive y est inscrite.

Par exemple, l'emploi en métropole d'un salarié étranger qui possède un titre de travail valable pour un département d'outre mer ; ou l'emploi d'un salarié en qualité de cuisinier, alors que son titre de travail mentionne un emploi de dessinateur industriel.

Le non respect de ces mentions restrictives ne constitue pas de façon formelle l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, mais une infraction spécifique qui fait l'objet d'une contravention. Cette infraction ne relève pas de la sphère du travail illégal défini par l'article L.8211-1 du code du travail, qui ne mentionne que l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, et non pas l'emploi d'un salarié étranger avec un titre de travail inapproprié.

.B. L'élément intentionnel

La preuve d'un élément intentionnel n'est requise que pour la commission du délit mentionné au 1^{er} alinéa de l'article L.8251-1 du code du travail : il n'est pas exigé pour la commission de l'infraction mentionnée au 2^{ème} alinéa qui est une contravention.

La preuve de l'intentionnalité n'est pas non plus requise pour la mise en recouvrement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et de séjour²⁸ (**voir infra p.87**).

²⁷ Plafond fixé à 50 % de la durée légale, soit 804 heures, pour les étudiants algériens, en application du Titre III du Protocole annexé à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié.

²⁸ CAA Paris n° 12PA00709 du 17 janvier 2013 ISA PARIS l'infraction aux dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail est constituée du seul fait de l'emploi d'un travailleur étranger démuné de titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire français, 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.

Nota

L'alinéa 4 de l'article L.8256-2 du code du travail exonère de toute responsabilité pénale au titre de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail l'employeur qui, sur la base d'un titre frauduleux ou présenté frauduleusement par un étranger salarié, a procédé sans intention de participer à la fraude et sans connaissance de celle-ci à la déclaration préalable à l'embauche (DPAE), à la déclaration unique d'embauche (DUE) et à la vérification auprès des administrations territorialement compétentes du titre autorisant cet étranger à exercer une activité salariée en France.

La preuve de l'élément intentionnel suppose de démontrer que l'employeur, de droit ou de fait, du salarié étranger savait, d'une part que ce salarié était un ressortissant d'un Etat tiers soumis à autorisation de travail, et d'autre part qu'il ne possédait pas d'autorisation de travail en cours de validité.

⇒ La nationalité du salarié est nécessairement connue de l'employeur, compte tenu des vérifications qu'il doit effectuer au moment de l'embauche ou de l'emploi, en application de la jurisprudence *Braca* précitée (**voir supra p.28**) de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Le seul tempérament apporté à cette nécessaire connaissance par l'employeur de la nationalité de la personne qu'il embauche tient à la fourniture par le salarié d'une fausse pièce d'identité française ou d'un Etat dont les ressortissants sont dispensés d'autorisation de travail en France. Ainsi en a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} octobre 1987 qui précise que l'employeur est tenu de vérifier la nationalité de la personne qu'il embauche²⁹.

⇒ Dès lors que l'employeur connaît la nationalité étrangère, il doit lui demander son titre de travail³⁰ et en vérifier l'authenticité auprès de l'administration (**voir supra p.28**). Si cette vérification n'est pas effectuée, l'élément intentionnel est sans doute caractérisé. Si la vérification a été effectuée, deux hypothèses sont notamment envisageables pour expliquer l'embauche illégale du salarié étranger : soit l'administration n'a pas répondu, soit le titre de travail est authentique, mais appartient à une autre personne. Seules les circonstances de l'embauche et les caractéristiques intrinsèques du titre de travail (faux grossier, document falsifié, photographie dissemblable, date de naissance peu crédible), ainsi que le nombre de salariés étrangers employés sans titre de travail ou le non respect d'autres formalités liées à l'embauche du ou des salariés permettront d'établir ou d'exclure l'intentionnalité³¹.

Lorsque l'emploi ou l'utilisation du salarié étranger s'inscrit dans une fraude plus large, telle que la fausse sous-traitance, les faux stages ou la fausse mobilité internationale intragroupe, l'intentionnalité résulte de l'existence de la fraude elle-même, puisque son objectif est de s'affranchir de la législation sociale liée à la qualité d'employeur.

²⁹ Cass. crim. n° 87-80766 du 1^{er} octobre 1987 CARREFOUR.

³⁰ Cass. crim. n° 90-86763 du 3 décembre 1991 VERNET.

³¹ Cass. crim. n° 94-85616 du 14 mars 1996 ZILIOTO ; cass. crim. n° 98-82761 du 16 mars 1999 HASMI.

Il en est de même lorsque l'employeur s'affranchit indûment des présomptions de salariat posées par le code du travail (artiste et mannequin) et par le code rural (bûcheron).

Enfin, la régularisation de la situation administrative du salarié étranger qui obtient un titre de travail après le contrôle à l'origine de la procédure ne fait pas disparaître l'infraction.³²

Nota

Quid de l'effet de la fin de la période transitoire d'un nouvel Etat membre de l'UE à l'égard de l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail constatée avant son terme?

Pendant la durée de la période transitoire, le salarié de cet Etat membre entrant reste soumis à autorisation de travail. Un employeur qui embauche pendant la période transitoire ce salarié sans autorisation de travail commet le délit d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

A la fin de la période transitoire, l'autorisation de travail n'est plus obligatoire.

Si cette embauche illégale constatée pendant la période transitoire est soumise au juge après la période transitoire, l'infraction subsiste-t-elle au jour du jugement?

Non, selon la position traditionnelle de la chambre criminelle de la Cour de cassation³³, jusqu'à son revirement de jurisprudence du 7 juin 2017³⁴, fondé sur l'arrêt C-218/15 du 6 octobre 2016 de la CJUE.

Le revirement d'analyse de la Cour de cassation se réfère en effet à cette jurisprudence communautaire récente, qui souhaite éviter d'encourager le trafic de main-d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un Etat ayant engagé le processus d'adhésion à l'Union européenne, ce qui serait contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union, tel qu'interprété désormais par la Cour de justice dans son arrêt du 6 octobre 2016.

Dès lors, en vertu de cette jurisprudence communautaire et nationale, la fin de la période transitoire n'efface plus l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, qui continue de subsister et peut faire l'objet de poursuite et de condamnation.

.II. Les autres infractions en relation avec l'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

L'infraction d'emploi d'un salarié étranger est susceptible de se combiner avec une ou plusieurs autres infractions, soit d'autres infractions spécifiques à la main-d'œuvre étrangère, soit des infractions sans lien avec la nationalité du salarié. L'ensemble de ces infractions caractérise des pratiques usuellement dénommées trafics de main-d'œuvre étrangère.

³² Cass. crim. n° 02-81750 du 19 novembre 2002.

³³ Cass. crim. n° 14-84459 du 3 novembre 2015 LESTBATIMENT.

³⁴ Cass. crim. n° 15-87214 du 7 juin 2017 YROUD EUROPEENNE DE FLUIDES.

.A. Les infractions en relation avec l'emploi de la main-d'œuvre étrangère

Plusieurs autres infractions en lien avec l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail sont susceptibles d'être identifiées ; l'ensemble de ces infractions se rattache à la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère.

.A.1. Le défaut de vérification de l'authenticité du titre travail auprès de l'administration

En application des articles L.5221-8, R.5221-41 et suivants du code du travail, le fait pour un employeur de ne pas demander, avant l'embauche, au préfet ou au service de moe de la Direccte ou de la Dieccte si le titre de travail du ressortissant étranger qu'il se propose de recruter est authentique constitue une contravention.

.A.2. Le défaut de déclaration de l'embauche d'un étudiant étranger auprès de l'administration

En application des articles L.5221-9 et R.5221-45 du code du travail, le fait pour un employeur de ne pas déclarer au préfet l'embauche d'un étudiant étranger avant le début de son contrat de travail constitue une contravention.

.A.3. L'aide à l'entrée et/ou au séjour irréguliers d'un salarié étranger sans titre de travail

Cette infraction est prévue et réprimée par les articles L.622-1 et suivants du CESEDA. Cette infraction s'applique à toute personne, et pas uniquement à l'employeur, qui a facilité ou tenté de faciliter, par aide directe ou indirecte, l'entrée et/ou le séjour irréguliers d'un étranger en France³⁵.

Cette infraction vise :

⇒ l'employeur lorsqu'il emploie un salarié étranger démunie de titre de travail, mais qu'il sait être également entré en France de façon irrégulière en violation du CESEDA et du règlement communautaire (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006, et/ou ne pas posséder de titre de séjour. Cette infraction peut notamment viser une entreprise établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EE ou en Suisse, qui détache en France pendant plus de 3 mois un salarié ressortissant d'un Etat tiers qui ne possède pas de titre de séjour, en violation de l'article L.311-1 du CESEDA (par exemple une ETT qui détache un intérimaire ressortissant d'un Etat tiers pendant plus de 3 mois auprès d'un utilisateur).

⇒ les intermédiaires de toute nature, dont les passeurs, qui font entrer sur le territoire français un étranger en violation du CESEDA et du règlement communautaire (CE) n° 562/2006 du 15 mars 2006. Ces intermédiaires peuvent être notamment des structures qui proposent, placent ou fournissent des faux bénévoles, des faux travailleurs indépendants ou des faux stagiaires.

³⁵ Cass. crim. n° 15-86906 du 10 mai 2017.

Nota

En application de l'article L.622-4 du CESEDA, l'aide à l'entrée ou au séjour irréguliers ne peut donner lieu à des poursuites pénales pour aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint ;

2° du conjoint de l'étranger, de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui, ou des ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint de l'étranger ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° de toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci.

.A.4. La remise d'une contrepartie pour l'introduction ou l'embauche d'un salarié étranger

L'article L.5222-1 du code du travail interdit à toute personne de se faire remettre ou tenter de se faire remettre, de manière occasionnelle ou renouvelée, des fonds, des valeurs ou des biens mobiliers en vue ou à l'occasion de l'introduction en France d'un salarié étranger ou de son embauche.

Cette disposition prohibe toute transaction financière, commerciale ou lucrative à l'occasion de l'arrivée en France ou de l'embauche d'un salarié étranger. Elle vise au premier chef les intermédiaires et les passeurs et complète à ce titre l'article L.622-1 du CESEDA. Mais l'article L.5222-1 du code du travail est plus large, car il concerne également les opérations régulières et légales d'introduction ou d'embauchage de main-d'œuvre étrangère.

Par ailleurs, cette interdiction trouve à s'appliquer à l'égard d'intermédiaires qui, moyennant rémunération, font venir en France des prétendus travailleurs indépendants ou des prétendus stagiaires.

Enfin, il n'est pas nécessaire que les fonds, les valeurs ou les biens mobiliers soient remis par le salarié étranger. Cette contrepartie peut être remise par l'employeur à l'intermédiaire.

Cette disposition du code du travail est peu appliquée et cette infraction peu constatée, alors que les comportements qu'elles prohibent ne sont pas isolés ou exceptionnels. A titre d'exemple, on peut citer les pratiques de certains intermédiaires qui placent des faux stagiaires dans des hôtels restaurants de qualité, moyennant le paiement d'un prix par le prétendu stagiaire.

Nota

Les dispositions de l'article L.5221-2 du code du travail demeurent une exception à la suppression de l'interdiction du placement payant de salarié, qui a été légalisé et encadré par l'article 4 de la loi du 19 janvier 2005, sauf lorsque le placement concerne un salarié étranger³⁶.

.A.5. Le remboursement par le salarié étranger des sommes versées par l'employeur à l'OFII

L'article L.5222-2 du code du travail interdit à l'employeur de se faire rembourser par le salarié étranger la redevance forfaitaire qu'il verse à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)³⁷ ou les frais de voyage qu'il a réglés pour la venue en France de ce salarié ; il interdit également à l'employeur d'opérer des retenues sur son salaire, sous quelque dénomination que ce soit.

Malgré cette interdiction, il est fréquent que l'employeur se fasse rembourser ces sommes par le salarié, de façon occulte et non pas visible par une mention sur le bulletin de paie, ce qui en rend la preuve très difficile à établir. A l'identique de l'article L.5222-1 du code du travail, il existe donc très peu de verbalisations, et donc de décisions de justice pour illustrer cette interdiction.

Dans un des très rares arrêts de la Cour de cassation³⁸ sur ce sujet, la chambre sociale fait une lecture large de cette interdiction d'ordre public en considérant que l'employeur, en application de l'article L.341-7-1 du code du travail³⁹, ne peut pas retenir sur le salaire le montant du logement qu'il met à la disposition du salarié étranger dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail consécutif à son introduction en France . En clair, selon cette décision, l'employeur ne peut déduire du salaire le montant des avantages en nature dont il fait bénéficier le salarié qu'il a fait venir en France pour occuper un emploi salarié.

.A.6. La fraude pour l'obtention induite d'une autorisation de travail

L'article L.8256-1 du code du travail réprime le fait de se rendre coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir, faire obtenir ou tenter de faire obtenir à un ressortissant étranger une autorisation de travail.

Cette disposition du code du travail vise notamment la rédaction de contrat de travail de complaisance ou de formulaire de demande d'autorisation de travail de complaisance, voire des stratagèmes plus élaborés pour contourner la loi⁴⁰.

³⁶ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; articles L.5321-1 et suivants du code du travail.

³⁷ Montants fixés par l'article D.311-18-2 du CESEDA (entre 72 et 300 euros).

³⁸ Cass. soc. n° 98-43981 du 17 juillet 2001 MAZOUNI.

³⁹ Devenu l'article L.5222-2 du code du travail, après sa recodification.

⁴⁰ Cass. crim. n° 95-84636 du 22 janvier 1997 MIOLLAN ET PAUL.

Ces pratiques donnent très souvent lieu à des versements de sommes d'argent par le ressortissant étranger, ce qui tombe également sous le coup de l'article L.5222-1 du code du travail précité.

Les faits constituant cette infraction sont susceptibles de caractériser également l'infraction de faux ordinaire ou en écriture privée prévue par l'article 441-1 du code pénal (**voir infra p.47**).

.A.7. L'interdiction de la mise à disposition d'un salarié étranger intérimaire hors de France

L'article L.5221-4 du code du travail interdit à une entreprise de travail temporaire de mettre à disposition d'une entreprise utilisatrice un salarié étranger pour une mission hors de France.

Cette infraction fait très rarement l'objet de constat et de poursuite judiciaire.

.A.8. La tenue défectueuse ou incomplète du registre unique du personnel

Tout établissement soumis au code du travail doit tenir, en application de l'article L.1221-13 du code du travail, un registre unique du personnel (RUP) où sont inscrits, dans l'ordre de leur embauchage, les salariés employés.

Lorsque le salarié employé est un ressortissant étranger, son inscription sur le RUP s'accompagne, conformément à l'article D.1221-23 du code du travail, de deux mentions complémentaires relatives au type et au numéro du titre valant autorisation de travail de l'intéressé.

.A.9. L'absence de copie du titre de travail annexée au registre unique du personnel

En application de l'article D.1221-24 du code du travail, une copie du titre de travail du salarié étranger est annexée au RUP de l'établissement ; elle est par ailleurs tenue et conservée sur chaque chantier ou chaque lieu de travail distinct de l'établissement où travaille ce salarié.

.B. Les infractions sans relation avec la nationalité du salarié

Les infractions sans relation avec l'emploi de la main-d'œuvre, mais qui peuvent être étroitement liées, relèvent soit de la législation du travail, soit d'autres législations.

.B.1. Les infractions qui relèvent de la législation du travail sont principalement l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, l'infraction de marchandage et l'infraction de prêt illicite de personnel, auxquelles s'ajoute l'emploi de mineur sans autorisation ou l'hébergement non conforme.

⇒ L'infraction de dissimulation d'emploi salarié est souvent et logiquement associée à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. Parfois, la caractérisation de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié est le préalable à la constatation de l'infraction d'emploi

d'étranger sans titre de travail, lorsque le salarié étranger est employé sous un faux statut de travailleur indépendant, de bénévole, de stagiaire ou de détaché⁴¹.

⇒ Par ailleurs, il est souvent constaté que le salarié étranger sans titre de travail est victime d'opération de marchandage et/ou de prêt illicite de main-d'œuvre⁴², notamment dans le secteur du BTP ou du gardiennage.

⇒ Dans le secteur du spectacle vivant ou enregistré ou du mannequinat, l'infraction d'emploi d'un étranger sans titre de travail peut donner lieu à la constatation de l'emploi d'un mineur artiste ou mannequin sans autorisation administrative, ce qui constitue une infraction à l'article L.7124-22 du code du travail.

⇒ Si l'employeur du salarié étranger démunie de titre de travail assure son hébergement, cet hébergement doit satisfaire aux normes d'hygiène et de sécurité qui sont fixées par les articles R.4228-26 et suivants du code du travail, par les articles R.716-1 et suivants du code rural et par les articles L.3313-3 et suivants du code des transports. A défaut, le non respect de ces normes constitue un délit.

Si l'hébergement du salarié étranger sans titre de travail n'est pas assuré par l'employeur, mais par un tiers, les normes fixées par le code du travail, le code rural ou le code des transports ne lui sont pas applicables.

Cependant, les mauvaises conditions d'hygiène, de sécurité ou d'occupation de cet hébergement peuvent caractériser l'hébergement indigne ou l'abus de vulnérabilité de l'article 225-14 du code pénal ou justifier l'intervention du préfet ou du maire (**voir infra p.45**). Par ailleurs, ces non conformités de l'hébergement aux normes peuvent se combiner, le cas échéant, avec l'infraction de non déclaration d'un hébergement collectif de salariés (**voir infra p.77**).

⇒ Bien entendu, sont susceptibles d'être constatées d'autres infractions à la législation du travail, tels que le non respect du Smic, de la durée du travail, des repos, de la médecine du travail, ainsi que des dispositions relatives à l'hygiène, à la santé et à la sécurité.

L'existence de ces autres manquements et infractions, qui sont soit des délits, soit des contraventions, conforte, si nécessaire, le caractère intentionnel de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail.

.B.2. Les infractions qui ne relèvent pas de la législation du travail

Les infractions connexes à une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, qui ne relèvent pas de la législation du travail, sont mentionnées dans le code pénal ou constituent des manquements à la loi du 27 juin 1973 sur l'hébergement collectif⁴³.

⇒ **Les conditions de rémunération incompatibles avec la dignité humaine** de l'article 225-13 du code pénal, dès lors que le salarié perçoit une rémunération inférieure au Smic ou dérisoire compte tenu de ses horaires de travail. Cette infraction vise l'employeur.

⁴¹ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

⁴² Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle de la fausse sous-traitance » 1^{ère} édition Octobre 2015, du même auteur.

⁴³ Loi n° 73-548 du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif.

⇒ **Les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine** de l'article 225-14 du code pénal, dès lors, par exemple, que le salarié est soumis à des horaires de travail excessifs et/ou privé de repos hebdomadaire. Cette infraction vise l'employeur.

⇒ **Les conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine** de l'article 225-14 du code pénal, dès lors, par exemple, que le salarié est hébergé dans des conditions indécentes⁴⁴. En effet, la Cour de cassation considère que l'hébergement indigne n'est pas nécessairement un hébergement qui est exploité ou proposé en violation des normes législatives ou règlementaires ; il peut s'agir d'un hébergement objectivement indécent⁴⁵. Cette infraction s'applique à l'employeur ou à toute autre personne qui assure l'hébergement du salarié.

Il n'existe pas, de façon très surprenante, de sanctions pénales directes et immédiates contre un hébergeur de salarié, qui n'est pas employeur, lorsque ces conditions d'hébergement ne sont pas conformes⁴⁶, sans pour autant caractériser un hébergement indigne, incompatible avec la dignité humaine.

Sans doute est-il possible de considérer qu'un hébergement non conforme puisse constituer une mise en danger de la vie d'autrui, au sens de l'article 223-1 du code pénal, lorsque la non-conformité entraîne des défauts dangereux pour l'intégrité physique ou la santé du ou des salarié étrangers.

Par ailleurs, une autre sanction pénale peut être prononcée, mais uniquement après notification d'un arrêté préfectoral. Au titre de la loi du 27 juin 1973, le préfet peut mettre en demeure l'hébergeur de respecter les normes d'hygiène et de sécurité dans le délai qu'il fixe. En cas d'urgence ou si les normes ne peuvent pas être respectées, le préfet peut ordonner la fermeture immédiate de l'hébergement.

Le non respect de ces arrêtés préfectoraux fait l'objet des sanctions pénales prévues par les articles 8 et suivants de la loi du 27 juin 1973.

Le préfet dispose également de la procédure d'injonction prévue par l'article L.1331-24 du code de la santé publique, dont le non respect est sanctionné par l'article L.1337-4 de ce même code.

Le maire dispose de la faculté, en application des articles L.511-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, d'ordonner des mesures de réparation ou de fermeture des hébergements menaçant ruine. Le non respect de l'arrêté municipal est sanctionné par l'article L.511-6 de ce même code.

L'infraction d'hébergement incompatible avec la dignité humaine se combine, le cas échéant, avec l'infraction de non déclaration d'un hébergement collectif de salariés (*voir infra p.77*).

⇒ **La traite des êtres humains**, mentionnée à l'article 225-4-1 du code pénal, est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation des circonstances suivantes :

⁴⁴ Cass. crim. n° 15-86906 du 10 mai 2017.

⁴⁵ Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL.

⁴⁶ Par exemple, si l'installation électrique est défectueuse ou si l'hébergement ne dispose pas d'extincteur.

1° soit avec l'emploi de menace, de contrainte, de violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime ;

2° soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de cette personne ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

3° soit par abus d'une situation de vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de son auteur ;

4° soit en échange ou par l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage.

⇒ **Le travail forcé**, mentionné à l'article 225-14-1 du code pénal, qui est le fait de contraindre, par la violence ou la menace, une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli.

⇒ **La réduction en servitude**, mentionnée à l'article 225-14-2 du code pénal, qui est le fait de faire subir à titre habituel du travail forcé à une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur.

Les infractions de traite des êtres humains, de travail forcé ou de réduction en servitude, pratiques souvent appelées esclavage moderne, ont été précisées pour la première⁴⁷ ou très récemment introduites dans le droit français par la loi du 5 août 2013⁴⁸ pour les deux autres. Ces infractions sont présentées et détaillées dans la circulaire du ministère de la justice du 22 janvier 2015⁴⁹.

Nota

L'article 225-15-1 du code pénal précise que les personnes qui ont été victimes à leur arrivée en France des faits de conditions de rémunération, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, ainsi que victimes de travail forcé ou de réduction en servitude sont considérées comme vulnérables ou en situation de dépendance.

Cette disposition du code pénal a vocation à s'appliquer aux salariés étrangers introduits sur le territoire et employés sans titre de travail, dans le cadre ou non de filières ou par abus des pratiques de détachement.

⁴⁷ Voir la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁴⁸ Article 1^{er} de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

⁴⁹ Circulaire NOR :JUSD1501974C.

⇒ L'ensemble des infractions relatives aux faux

Les articles 441-1 et suivants du code pénal interdisent et répriment les faux en écriture privée ou en écriture publique (dont la fraude documentaire), depuis la rédaction ou la fabrication du faux, jusqu'à sa vente et son usage.

En matière de trafics de main-d'œuvre étrangère, ces incriminations visent celui qui rédige une fausse attestation ou un contrat de travail de complaisance pour obtenir ou faire obtenir un titre de travail ; elles visent celui qui utilise le titre de travail ainsi indûment obtenu. Ces incriminations visent également toute personne qui intervient dans le processus de fabrication, de vente et d'usage de fausse carte de travail et de séjour (fraude documentaire).

⇒ La non déclaration d'un hébergement collectif

La loi du 27 juin 1973 relative à l'hébergement collectif prévoit que tout hébergement collectif est déclaré à la préfecture, et à l'inspection du travail lorsque les personnes hébergées sont des salariés (quelle que soit leur nationalité) ; cette déclaration est effectuée par l'hébergeur dans les 30 jours qui suivent son ouverture.

L'obligation de déclaration pèse sur toute personne qui assure l'hébergement collectif des salariés, même si cette personne n'est pas l'employeur des salariés hébergés. La déclaration est effectuée avec un document CERFA normalisé⁵⁰.

L'hébergement est collectif dès lors que plus d'un salarié est hébergé, fusse dans des chambres différentes. La déclaration est obligatoire même si l'hébergement est effectué à titre gratuit. Deux questions relatives au périmètre de l'obligation de déclaration peuvent notamment se poser :

.- l'hébergement de trois salariés dans trois maisons différentes sur la même commune par le même hébergeur constitue-t-il un hébergement collectif soumis à déclaration? A priori, non car la loi vise un local affecté à l'hébergement ;

.- l'hébergement de trois salariés sous une tente mise à leur disposition par l'hébergeur sur un terrain lui appartenant constitue-t-il un local ? A priori, oui⁵¹.

Le défaut de déclaration d'un hébergement collectif de salariés à la préfecture ou à l'inspection du travail constitue un délit⁵² constaté par procès-verbal par l'inspection du travail, la gendarmerie ou la police. Cette infraction se cumule, le cas échéant, avec celle d'hébergement non conforme ou d'hébergement incompatible avec la dignité humaine (**voir supra p.45**).

⁵⁰ CERFA N° 61-2091.

⁵¹ Pas de jurisprudence connue sur ce sujet.

⁵² Deux ans d'emprisonnement et 6 000 euros d'amende pour la personne physique, auxquelles s'ajoutent les sanctions à l'encontre de la personne morale.

Nota

Le salarié étranger qui travaille sans autorisation de travail ou avec une autorisation de travail non appropriée ne commet pas d'infraction ; seul son employeur est responsable.

Mais ce salarié étranger peut faire l'objet de sanctions spécifiques pour entrée et/ou séjour irréguliers sur le territoire français, ainsi que pour usage de faux documents administratifs, notamment s'il utilise un faux document d'identité français, un faux titre de séjour et de travail ou un titre de séjour et de travail qui n'est pas le sien.

3^{ème} partie

Les personnes responsables et les qualifications

Les personnes responsables et les qualifications

La détermination de la personne ou des personnes responsables, et donc susceptibles d'être mises en cause dans une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail et de trafics de main-d'œuvre étrangère, présente une très grande proximité avec les affaires de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié.

D'une part, parce que le salarié étranger employé dans titre de travail est très souvent un salarié dissimulé par son employeur.

D'autre part, parce que les personnes responsables utilisent sensiblement les mêmes techniques de fraudes à l'emploi.

Enfin, parce que l'objectif reste le même, c'est-à-dire s'affranchir de la législation sociale.

Cependant, la gravité des faits commis par les personnes mises en cause dans des affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail et de trafics de main-d'œuvre étrangère est plus marquée, compte tenu de la plus grande précarité et plus grande vulnérabilité des victimes et compte tenu des gains financiers supérieurs qu'ils procurent à leurs auteurs.

.I. L'auteur du délit d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

.A. La personne auteur de l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail mentionnée au premier ou au second alinéa de l'article L.8251-1 du code du travail est l'employeur de celui-ci, établi en France ou à l'étranger, c'est-à-dire une entreprise, en nom propre ou en société, une association, un particulier ou toute autre personne morale privée ou publique tenue par les dispositions d'ordre public de l'article L.8251-1 du code du travail, compte tenu de la décision du Conseil d'Etat du 6 octobre 1995 (*voir supra p.24*).

L'employeur du salarié étranger sans titre de travail est :

- .- soit celui qui se reconnaît comme tel, sans contester sa qualité, ni celle de salarié de la personne qu'il fait travailler,
- .- soit celui qui est l'employeur de fait, qui conteste sa qualité et/ou celle de salarié de la personne qu'il fait travailler, mais qui est requalifié par le juge.

Les principales catégories d'employeur de fait, requalifié, sont :

- .- le bénéficiaire du travail d'un prétendu salarié étranger bénévole, qui dispose par exemple d'une carte de séjour temporaire visiteur,
- .- l'entreprise d'accueil d'un prétendu stagiaire étranger, qui ne possède qu'une carte de séjour temporaire stagiaire,
- .- l'employeur qui ne respecte pas les présomptions de salariat posées par le code du travail ou le code rural, soit en recourant au salarié étranger en qualité de prétendu bénévole, soit en recourant au salarié étranger en qualité de prétendu travailleur indépendant.

.- le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant étranger établi en France, lorsque celui-ci ne possède pas un titre qui l'autorise à travailler en qualité de salarié ; par exemple, en recourant à un prétendu travailleur indépendant qui possède une carte de séjour temporaire commerçant.

.- le donneur d'ordre qui recourt à un prétendu travailleur indépendant étranger prestataire de services établi hors de France, qui ne possède aucun titre qui l'autorise à travailler en qualité de salarié sur le territoire français; par exemple, en recourant à un prétendu travailleur indépendant prestataire de services de nationalité canadienne détenteur d'un simple passeport.

.- l'établissement de fait sur le territoire français d'une entreprise étrangère ; par exemple, une entreprise de travail temporaire portugaise qui met à disposition de façon stable et continue de prétendus salariés intérimaires détachés qui sont de nationalité cap-verdienne et qui ne possèdent qu'un titre de travail délivré par le Portugal.

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié étranger sans titre de travail mis à sa disposition dans le cadre d'une fausse sous-traitance,

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié étranger sans titre de travail mis à sa disposition par une entreprise française en dehors du cadre légal de l'activité réglementée exercée ; par exemple, l'utilisateur d'un salarié intérimaire étranger sans titre de travail mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire française.

.- l'entreprise utilisatrice française d'un salarié intérimaire étranger sans titre de travail mis à sa disposition par une entreprise étrangère dans le cadre d'une fraude à la prestation de services internationale ou d'une fraude au détachement ; par exemple, l'utilisateur d'un salarié intérimaire biélorusse détaché par une entreprise de travail temporaire roumaine, en fraude à la loi et qui ne possède qu'une autorisation de travail délivrée par la Roumanie.

.- l'entreprise utilisatrice d'un salarié étranger sans titre de travail mis à sa disposition, en dehors de toute activité réglementée ; par exemple l'entreprise d'accueil d'un salarié coréen mis à sa disposition par sa maison mère en Allemagne dans le cadre d'une mobilité intragroupe dévoyée et qui ne possède qu'une autorisation de travail délivrée par l'Allemagne.

Nota

La double rédaction singulière de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail permet sans doute de considérer, et en l'absence de toute jurisprudence spécifique sur ce point, que l'utilisateur d'un salarié intérimaire étranger dépourvu de titre de travail, mis à sa disposition par une entreprise de travail temporaire, peut être mis en cause pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, bien qu'il ne soit pas son employeur.

En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail interdit à la fois l'emploi et l'emploi indirect d'un salarié étranger démunis de titre de travail. Or, il n'est pas contestable que l'entreprise utilisatrice emploie, par personne interposée, l'intérimaire qui lui est adressé par une entreprise de travail temporaire.

Cette analyse vaut nécessairement lorsque la mise à disposition du salarié intérimaire se fait en violation des règles sur le travail temporaire, en application de la jurisprudence Rochefolle l'oiseau construction⁵³.

Elle reste à confirmer lorsque la mise à disposition se fait dans le respect de la législation sur le travail temporaire, ce qui implique que l'entreprise utilisatrice s'enquiert de la nationalité du salarié intérimaire qu'elle reçoit et qu'elle lui demande son titre de travail. Ces vérifications administratives préalables s'ajouteraient à l'obligation de mentionner sur le registre unique du personnel de l'établissement d'accueil l'identité des salariés intérimaires mis à disposition, en application du 10° de l'article D.1221-23 du code du travail.

.B. Outre cette infraction, l'employeur officiel ou requalifié d'un salarié étranger sans titre de travail commet nécessairement les infractions suivantes :

- la tenue défectueuse du registre unique du personnel,
- l'absence de copie du titre de travail annexée au registre unique du personnel.

.C. Par ailleurs, il commet éventuellement une ou plusieurs des infractions précitées suivantes (**voir supra p.40**), en fonction des circonstances et des modalités de l'embauche, des conditions de travail et d'hébergement du salarié étranger sans titre de travail :

- la dissimulation d'emploi salarié. Si cette infraction est très souvent constituée de façon simultanée, elle peut ne pas être caractérisée ; par exemple, un employeur embauche en toute connaissance de cause un salarié étranger avec des faux documents, mais ne dissimule pas son emploi pour (tenter de) masquer sa fraude.
- le marchandage et/ou le prêt illicite de main-d'œuvre, lorsque le salarié étranger sans titre de travail est employé dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance ;
- toutes les autres infractions à la législation du travail, en raison de cet emploi illégal : non respect du Smic, de la médecine du travail, des règles d'hygiène, de santé et de sécurité....
- l'aide à l'entrée et/ou au séjour irréguliers d'un salarié étranger, lorsque l'employeur a lui-même fait venir le salarié étranger en France et/ou qu'il sait qu'il ne possède pas de titre de séjour ;
- la remise d'une contrepartie pour l'introduction ou l'embauche d'un salarié étranger, lorsque l'employeur bénéficie de cette contrepartie ;
- le remboursement par le salarié étranger des sommes versées par l'employeur à l'OFII ;
- la fraude pour l'obtention induite d'une autorisation de travail, lorsque l'employeur utilise diverses manœuvres pour la délivrance injustifiée d'un titre de travail ;
- la mise à disposition d'un salarié étranger intérimaire hors de France, lorsque son employeur est une entreprise de travail temporaire ;

⁵³ Cass. crim. n° 14-88194 du 10 mai 2016.

- .- l'emploi d'un mineur artiste ou mannequin sans autorisation administrative, lorsque l'employeur est un producteur de spectacles, une agence de mannequins ou un employeur direct de mannequins ;
- .- les différentes infractions relatives à l'hébergement du salarié : hébergement non déclaré, hébergement non conforme ou hébergement indigne ;
- .- les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine ;
- .- les conditions de rémunération incompatibles avec la dignité humaine ;
- .- la traite des êtres humains ;
- .- le travail forcé;
- .- la réduction en servitude.

.II. Le dirigeant ou le gérant de fait

.A. En matière de droit pénal du travail, la règle générale qui s'applique est la mise en cause a priori du représentant légal de l'entreprise, de l'association ou de la structure qui a permis la commission de l'infraction. Le représentant légal est nominativement désigné dans l'acte de création de la structure ou de l'entité (en règle générale, dans les statuts).

Le représentant légal peut ne pas être le véritable animateur et responsable de la structure impliquée, par le recours à la technique du dirigeant ou du gérant de fait.

La technique du dirigeant ou du gérant de fait permet au véritable dirigeant de l'entreprise, de l'association ou de la structure de ne pas apparaître officiellement en qualité de représentant légal ou membre des organes dirigeants pour tenter d'échapper à sa responsabilité, si des manquements à la loi sont commis de son fait. Est alors désignée dans les statuts de l'entreprise ou de l'association comme représentant légal une personne de complaisance, soit avec son accord, voire sa connivence⁵⁴, soit à son insu. Ce dirigeant ou gérant de droit n'est qu'une façade, un habillage, un trompe l'œil, une marionnette, qui sera le « bouc-émissaire » ou « l'homme ou la femme de paille » devant le juge et les créanciers. Cette technique permet également à une personne frappée d'interdiction d'exercer ou de gérer de continuer à diriger une entreprise.

Le dirigeant ou gérant de droit peut être le chef de chantier, le chef d'atelier, le comptable, un membre de la famille, un étudiant, un retraité, un ami...ou quiconque.

.B. La technique du dirigeant ou du gérant de fait est régulièrement utilisée dans les affaires de travail illégal.

Lorsqu'une personne est détectée et identifiée comme dirigeant ou gérant de fait, le juge retient sa responsabilité pénale, soit de façon exclusive (auteur principal et exclusif), soit en cumul avec celle du dirigeant légal (co auteur), en fonction des circonstances. Par ailleurs,

⁵⁴ Accord ou connivence qui pourront donner lieu à une rémunération officielle ou occulte pour le service rendu au dirigeant de fait.

l'article L.243-3-2 du code de la sécurité sociale⁵⁵ trouve à s'appliquer contre le dirigeant ou le gérant de fait.

L'article L.243-3-2 du code de la sécurité sociale dispose en effet que lorsqu'un dirigeant, de droit ou de fait, d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement ayant fait l'objet d'une verbalisation pour travail dissimulé, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations sociales qui ont rendu impossible le recouvrement des cotisations, contributions et sanctions pécuniaires dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut être déclaré personnellement et solidairement responsable du paiement de ces cotisations, contributions et sanctions pécuniaires.

.C. Les procédures relatives à des affaires d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail doivent donc faire état de façon explicite et circonstanciée de la présence d'un dirigeant ou d'un gérant de fait, lorsqu'il existe, puisque sa mise en cause est juridiquement possible et qu'il est sans doute le vrai responsable de la commission de ou des infractions constatées.

De nombreuses décisions de la Cour de cassation⁵⁶ illustrent la mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait dans des affaires de travail illégal.

Dans certaines affaires, l'hésitation juridique reste possible entre la qualification d'auteur du délit en qualité de dirigeant de fait et la qualification de complice du délit (*voir infra p.58*), compte tenu du rôle joué par la personne impliquée.

.D. La mise en cause du dirigeant ou du gérant de fait intervient essentiellement à des fins pénales, pour obtenir sa condamnation en qualité de personne physique. Mais cette mise en cause⁵⁷ à des fins pénales peut avoir une incidence directe sur la mise en œuvre des sanctions administratives et civiles à l'égard de l'entité, personne physique ou personne morale, qui fait officiellement travailler du personnel salarié, mais en marge de la légalité.

Ainsi, la mise en cause pénale du dirigeant de fait pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail d'une association fonde la fermeture administrative temporaire de cette association par le préfet.

.III. Le donneur d'ordre qui recourt directement à l'employeur au salarié étranger non autorisé à travailler

L'article L.8251-2 du code du travail interdit à quiconque de recourir directement à celui qui emploie un salarié étranger démuné de titre de travail. Ce « quiconque » qui recourt directement à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail est communément appelé le donneur d'ordre.

.A. Le donneur d'ordre est l'appellation la plus récurrente et la plus ancienne utilisée dans le code du travail. Le donneur d'ordre est celui qui passe personnellement une commande à une entreprise pour la réalisation d'un travail; il est cocontractant. C'est le client direct, au

⁵⁵ Article 124 de la loi du n° 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012.

⁵⁶ *Voir infra p.149* 7^{ème} partie Jurisprudence.

⁵⁷ Rapport, procès-verbal ou condamnation.

sens usuel de ce terme. Le donneur d'ordre peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

Dans une chaîne de sous-traitance à plusieurs rangs, il existe autant de donneurs d'ordre que de niveaux de sous-traitance. Un sous traitant, qui sous-traite lui-même, est le donneur d'ordre de son propre sous-traitant.

La qualité de donneur d'ordre n'est donc pas unique, contrairement à celle de maître d'ouvrage.

Un maître d'ouvrage est également et nécessairement un donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise ou des entreprises auxquelles il s'adresse et avec lesquelles il contracte directement pour réaliser un travail. Il cumule alors ces deux qualités.

Le terme de donneur d'ordre est parfois peu usité dans certains secteurs d'activité ; on lui préfère l'emploi d'une expression spécifique. Ainsi, dans le travail temporaire, le donneur d'ordre est appelé l'utilisateur ; dans le mannequinat, le donneur d'ordre est appelé le client ou l'utilisateur ; dans le spectacle, le donneur d'ordre est appelé le diffuseur ou l'organisateur.

Ces appellations n'ont aucune incidence sur la qualification et l'incrimination au titre du recours direct à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail.

.B. La mise en cause du donneur d'ordre est essentielle, lorsqu'elle est juridiquement possible, au titre de l'efficacité ou de l'effectivité de la lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, surtout si cette infraction se double de l'infraction de dissimulation d'emploi salarié.

Le donneur d'ordre peut être mis en cause, c'est-à-dire sanctionné ou actionné financièrement, sur le fondement de deux mécanismes distincts :

- .- au plan pénal, pour recours intentionnel à un opérateur économique, travailleur indépendant ou société ou association, qui emploie un salarié étranger sans titre de travail,
- .- au plan civil, par la mobilisation de la solidarité financière (**voir infra p.81**),

Contrairement à ce qui est prévu en matière de lutte contre le travail dissimulé, le donneur d'ordre ne peut pas faire l'objet des sanctions administratives prévues par le code du travail (**voir infra p.98**), qui ne visent que l'employeur du salarié étranger sans titre de travail⁵⁸.

.IV. Le maître d'ouvrage qui recourt par personne interposée au service d'un employeur d'un salarié étranger non autorisé à travailler

L'article L.8251-2 du code du travail interdit à quiconque de recourir indirectement aux services d'un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail⁵⁹. Cette rédaction de la loi permet de mettre en cause toute autre personne, autre que le donneur d'ordre, dont le

⁵⁸ Voir *infra p.192 en annexe*, plusieurs propositions pour étendre le champ d'application des sanctions financières et administratives.

⁵⁹ Une malfaçon rédactionnelle de l'article L.8251-2 du code du travail ne mentionne pas *in fine* «de travail ».

maître d'ouvrage, qui bénéficie, par personne interposée des services d'un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, notamment en présence d'une opération de sous-traitance (*voir supra p.51*).

Le maître d'ouvrage est celui qui se trouve au sommet de la chaîne de sous-traitance; il prend l'initiative du processus économique et pour le compte duquel l'ouvrage est réalisé⁶⁰. Le maître d'ouvrage est destinataire final du travail réalisé et en assure la plupart du temps son financement.

Le maître d'ouvrage peut être quiconque, un professionnel, une personne morale de droit privé ou de droit public ou un particulier.

Le maître d'ouvrage est également donneur d'ordre à l'égard de l'entreprise ou des entreprises auxquelles il s'adresse directement pour réaliser un travail ; il cumule les deux qualités. Mais a contrario, un donneur d'ordre n'est pas nécessairement maître d'ouvrage⁶¹.

Ainsi, lorsqu'une disposition du code du travail vise indifféremment et à la fois le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage, il s'agit de deux entités juridiques différentes à qui s'applique cette disposition. L'une ou l'autre de ces deux entités juridiques peut être donc mise en cause indifféremment au titre de cette disposition.

.V. Le maître d'ouvrage délégué qui recourt par personne interposée au service d'un employeur d'un salarié étranger non autorisé à travailler

Par manque de temps ou de compétences, le maître d'ouvrage peut confier tout ou partie de ses attributions à une personne physique et morale qui aura alors en charge, sur instructions du maître d'ouvrage, de le représenter et d'exécuter ses prérogatives et obligations. Il se substitue donc en principe au maître d'ouvrage dans ses obligations légales, dans les limites du mandat qu'il a reçu⁶².

Ni la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, ni le code du travail ne font état du maître d'ouvrage délégué dont l'existence et les missions sont prévues par les articles 3 et 5 de la loi du 12 juillet 1985⁶³. Il n'existe pas non plus à ce jour de jurisprudence relative à la responsabilité et à la mise en cause du maître d'ouvrage délégué dans une affaire de travail illégal.

Sauf appréciation contraire du juge, le maître d'ouvrage délégué lorsqu'il existe, et est titulaire d'un mandat en bonne et due forme du maître d'ouvrage, est dès lors substitué à celui-ci dans les obligations fixées par le code du travail en matière de lutte contre le travail illégal. Dans le cas contraire, la responsabilité du maître d'ouvrage pourra être retenue de façon exclusive ou co-retenue avec celle du maître d'ouvrage délégué, par application de

⁶⁰ Voir également l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

⁶¹ Un sous-traitant de 3^{ème} rang qui sous-traite est un donneur d'ordre, mais pas un maître d'ouvrage.

⁶² Par précaution, il conviendra parfois de demander le contrat de mandat pour connaître les missions précises confiées au maître d'ouvrage délégué.

⁶³ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée.

l'article L.8251-2 du code du travail, qui interdit le recours au service d'un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, par interposition de personnes.

.VI. Les autres opérateurs économiques intervenant dans la chaîne de sous-traitance

D'autres opérateurs économiques, différents du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage, intervenant dans une opération de sous-traitance sont susceptibles d'être mis en cause, pour recours par personne interposée, aux services d'un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, compte tenu de la rédaction très ouverte de l'article L.8251-2 du code du travail.

Ainsi, une société du secteur du BTP, titulaire d'un marché de la part du maître d'ouvrage, sous-traite ce marché à une entreprise qui n'a pas d'effectif salarié ou un effectif notoirement insuffisant ou dépourvu des qualifications professionnelles requises; ce sous-traitant recourt lui-même à un autre sous-traitant qui emploie un ou plusieurs salariés étrangers sans titre de travail. La société, titulaire du marché, qui n'est ni donneur d'ordre du sous-traitant de 2^e rang, ni maître d'ouvrage, pourra voir sa responsabilité pénale sans doute engagée, par une lecture analogique de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative à l'article L.8221-3 3^o du code du travail en matière de recours à du travail dissimulé⁶⁴.

En fonction du comportement, des diligences, et du niveau d'information de l'entreprise intermédiaire, le juge peut considérer que l'infraction de recours à un employeur de salarié étranger sans titre de travail, et par personne interposée, est constituée.

Par ailleurs, la responsabilité pénale d'un autre opérateur économique intermédiaire peut être retenue lorsqu'un agent de contrôle habilité met en œuvre la procédure d'information du donneur d'ordre prévue par l'article L.8254-2-1 du code du travail (*voir infra p.85*). En effet, dès lors que le donneur d'ordre donne suite à l'information de l'agent de contrôle lui indiquant l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail dans la chaîne de sous-traitance, l'injonction que le donneur d'ordre adresse à son propre cocontractant porte à la connaissance de ce dernier l'existence de cet emploi illégal. Dès lors que cet emploi illégal ne cesse pas, ce cocontractant du donneur d'ordre recourt, tout comme celui-ci, en toute connaissance de cause, et par personne interposée, à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail.

.VII. Le complice

Dans une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, la mise en cause d'une personne au titre de la complicité ne relève pas d'une disposition spécifique inscrite dans le code du travail ; elle ressort de l'application de droit commun du code pénal.

La complicité, telle que définie par l'article 121-7 du code pénal, est une incrimination qui trouve à s'appliquer de plein droit dans les affaires de cette nature, puisqu'il s'agit d'un délit.

⁶⁴ Responsabilité confortée si, de surcroît, le sous-traitant de premier rang vient de se créer. Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

En effet, est complice la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir a provoqué à une infraction ou a donné des instructions pour la commettre.

La complicité trouve également à s'appliquer pour toutes les autres infractions connexes, qui sont des délits, mentionnés dans le code du travail, le code pénal, le CESEDA ou toute autre législation.

L'acte de complicité se retrouve fréquemment dans les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, mais cette infraction n'est pas systématiquement identifiée, mentionnée et relevée dans les procédures. La complicité peut caractériser un très large spectre de comportements très hétérogènes :

⇒ une personne qui présente à l'embauche un salarié étranger qu'elle sait dépourvu de titre de travail ou qu'elle sait muni d'un faux titre de travail,

⇒ une structure commerciale ou associative qui place des faux stagiaires étrangers dans une entreprise,

⇒ le donneur d'ordre, gérant de fait d'une société sous-traitante, qui a facilité l'accueil de faux stagiaires étrangers au sein de cette société⁶⁵,

⇒ une structure commerciale ou associative qui place des faux travailleurs indépendants étrangers dans une entreprise,

⇒ l'associé d'une entreprise non établie en France qui fournit à des entreprises françaises des prétendus salariés détachés étrangers dans le cadre de prétendues prestations de services internationales.

.VIII. Tout intermédiaire impliqué dans un trafic de main-d'œuvre étrangère

Une personne, qui n'est pas l'employeur du salarié étranger sans titre de travail, peut commettre personnellement, et non pas en qualité de complice, l'une des autres infractions suivantes, relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère (**voir supra p. 40**) :

⇒ l'aide à l'entrée et/ou au séjour irréguliers d'un salarié étranger démuné de titre de travail,

⇒ la remise d'une contrepartie pour l'introduction ou l'embauche d'un salarié étranger,

⇒ la fraude pour l'obtention induue d'une autorisation de travail,

⇒ la non déclaration au préfet ou à l'inspection du travail d'un hébergement collectif de salariés étrangers,

⇒ la tenue d'un hébergement collectif dans des conditions contraires à la dignité humaine,

⁶⁵ Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 SCI HAD.

⇒ la mise en danger d'autrui par la tenue d'un logement non conforme aux normes de sécurité et salubrité,

⇒ la traite des êtres humains.

En fonction du comportement et des agissements de cet intermédiaire, une ou plusieurs de ces infractions sont susceptibles de lui être imputées.

.IX. La personne qui blanchit le produit du travail résultant de l'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

Si l'incrimination au titre de la complicité est assez peu mentionnée dans les procédures et sanctionnée par le juge, celle de blanchiment relève de l'exceptionnel.

Pourtant, dans nombre d'affaires de travail illégal, le blanchiment ne poserait pas de difficulté particulière pour être constaté, établi et incriminé.

L'article 324-1 du code pénal définit le blanchiment comme le fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus.

Les biens, supports du blanchiment, peuvent être des véhicules, du matériel, des machines, de l'outillage, des immeubles, des navires ou des terrains. Par ailleurs, les biens acquis par l'opération de blanchiment peuvent faire l'objet d'une mesure de confiscation par le juge.

Quelques procédures relatives au travail dissimulé ont également retenu cette incrimination, y compris assortie d'une confiscation⁶⁶. Celle-ci est imputable soit à l'auteur du travail dissimulé, soit à un tiers chargé de procéder au blanchiment de sommes d'argent provenant du travail dissimulé. Dès lors que le salarié dissimulé est un salarié étranger sans titre de travail, l'infraction de blanchiment est également caractérisée à ce titre.

Bien que la détection d'une opération de blanchiment nécessite des investigations particulières, il ne faut pas négliger cet aspect du traitement du travail illégal, qui vient conforter la sanction de cette délinquance par nature économique et financière et qui est lourdement réprimée par le code pénal⁶⁷.

⁶⁶ Voir *infra* p.149 7ème partie Jurisprudence.

⁶⁷ Dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende.

.X. Le receleur

L'article 321-1 du code pénal définit le délit de recel comme le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Très rarement mentionnée dans les procédures de travail illégal, cette incrimination trouve pourtant à s'appliquer à l'égard de toute personne qui, par son comportement, commet cette infraction⁶⁸.

Ainsi, il a été jugé que la concubine du responsable d'une entreprise qui emploie un salarié qu'elle sait dissimulé commet le délit de recel de travail dissimulé lorsque ce salarié effectue des travaux dans sa résidence personnelle⁶⁹. Dès lors que le salarié dissimulé est un salarié étranger sans titre de travail, l'infraction de blanchiment est également caractérisée à ce titre.

Nota

Le recours à la notion de co-emploi est-il opérationnel pour incriminer au titre de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail la seconde entreprise qui n'est pas l'employeur officiel du salarié?

La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978⁷⁰. A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence similaire provenant de la chambre criminelle.

La notion de co-emploi ne nécessite pas, par définition, la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.

Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.

Le co-employeur, lorsqu'il est reconnu par le juge social, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.

La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères⁷¹, ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.

⁶⁸ Cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

⁶⁹ Cass. crim. n° 09-85621 du 22 juin 2010 NULLE PART AILLEURS.

⁷⁰ Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.

⁷¹ Not. Cass. soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.

Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire pénale relative à du travail dissimulé ou à de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour impliquer tous les responsables d'une affaire de travail illégal.

4^{ème} partie

Les sanctions et pénalités

Les sanctions et les pénalités

Le constat d'une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail permet la mise en cause possible de plusieurs personnes (*voir supra p.51*) dans des conditions différentes, qui varient en fonction de leur qualité de mis en cause.

Les sanctions et pénalités applicables en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail sont de nature pénale, de nature civile et financière et de nature administrative ; elles sont prévues par le code du travail, le code de la sécurité sociale et par le code pénal. La mise en œuvre de ces sanctions et pénalités ne se fait pas nécessairement sur le fondement d'un procès-verbal établi par un des agents de contrôle habilités en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail (*voir infra p.109*); autrement dit, le constat d'une situation d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, déconnecté d'une procédure pénale soumise à l'appréciation du juge, suffit à faire application de certaines de ces sanctions et pénalités.

A l'origine de la lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, cette délinquance était uniquement sanctionnée sous l'aspect pénal. Au fil du temps, le législateur a ajouté des sanctions civiles, financières et administratives qui complètent très utilement le traitement pénal, par des procédures autonomes, obéissant à leurs propres règles.

.I. Les sanctions pénales

Les sanctions pénales susceptibles d'être prononcées dans une affaire d'emploi de salarié sans titre de travail et de trafics de main-d'œuvre étrangère sont nombreuses, variées et parfois différenciées et graduées en fonction des caractéristiques de la commission de certaines des infractions. Elles s'appliquent indifféremment à l'employeur du salarié étranger sans titre de travail, à celui qui recourt, directement ou par personne interposée, à cet employeur, ainsi qu'à toute personne qui commet une des infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère.

Les sanctions pénales relatives à l'interdiction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et au recours au service d'un employeur qui emploie un étranger sans titre de travail sont inscrites aux articles L.8256-1 et suivants du code du travail.

.A. L'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (alinéa 1^{er} de l'article 8251-1 du code du travail)⁷²

.A.1. A l'égard de la personne physique

- un emprisonnement de cinq ans et une amende de 15 000 euros ;

- le fait d'employer un salarié étranger sans titre de travail en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ;

⁷² L'infraction à l'alinéa 2 de l'article L.8251-1 du code du travail est passible de l'amende prévue pour la contravention de 5^{ème} classe (article R.8256-1 du code du travail).

- la fermeture des locaux ou établissements tenus ou exploités par l'employeur et ayant servi à commettre l'infraction ;
- la confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature ;
- l'interdiction d'exercer, pour une durée de cinq ans au plus, l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal;
- l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;
- la peine de confiscation dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;
- l'interdiction du territoire pour une durée de dix ans au plus, ou à titre définitif, dans les conditions prévues par l'article 133-30 du code pénal, lorsque l'employeur est un ressortissant étranger ;
- l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. Lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que cette diffusion soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié.

Nota sur la liste noire des entreprises

Lors de la préparation et des débats parlementaires de la loi Savary, l'accent a été mis sur la volonté de tenir une liste noire des entreprises étrangères qui ne respecteraient pas les lois sociales en France et qui seraient non grata sur le territoire français.

Ces déclarations se sont traduites par l'insertion dans le code du travail, à l'article 8 de la loi Savary, de plusieurs ajouts⁷³ permettant au juge de prononcer contre toute entreprise, établie ou non en France, condamnée pour des faits de travail illégal, dont l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, une peine complémentaire de diffusion de la condamnation pénale sur un site internet. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction de contracter ou de soumissionner. Reste donc à savoir quel est l'effet recherché et utile de cette « liste noire ».

Le décret n° 2015-1327 du 21 octobre 2015 précise les modalités de mise en œuvre de cette peine complémentaire, via une publication sur le site internet du ministère du travail.

.A.2. A l'égard de la personne morale

- l'amende équivalente au quintuple de celle prévue pour la personne physique ;
- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

⁷³ Notamment au 4° de l'article L.8224-3 du code du travail.

.- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction d'emploi d'un salarié étranger a été commise ;

.- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

.- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés; le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.

.- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

.- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;

.- lorsque la personne morale a été condamnée pour emploi en bande organisée d'un salarié étranger sans titre de travail, la confiscation de tout ou partie de ses biens, quelle qu'en soit la nature ;

.- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ; lorsqu'une amende est prononcée, la juridiction peut ordonner que la diffusion de la décision soit opérée, pour une durée maximale de deux ans, par les services du ministre chargé du travail sur un site internet dédié (liste noire).

.- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

.B. Le recours du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage

Les sanctions applicables au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage qui recourt, directement ou indirectement, aux services d'un employeur d'un salarié étranger dépourvu de titre de travail, sont les mêmes que celles relatives à cet employeur, tant en qualité de personne physique qu'en qualité de personne morale.

Cependant, et contrairement à l'infraction de recours au travail dissimulé, il n'existe pas de jurisprudence significative pour illustrer et documenter la mise en cause pénale du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour recours aux services d'un employeur qui emploie un salarié étranger sans titre de travail.

Pour retenir la responsabilité pénale du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, il est nécessaire d'établir que ces personnes savaient que l'employeur faisait travailler un salarié étranger et qu'elles savaient que ce salarié étranger était démuné de titre de travail. En l'absence de jurisprudence significative, quelques suggestions sont permises.

⇒ Lorsque le marché confié à l'employeur est d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes, il est possible de transposer la jurisprudence de la chambre criminelle de la

Cour de cassation relative au recours au travail dissimulé. Dans cette matière, la Cour de cassation précise que le donneur d'ordre qui ne s'est pas fait remettre préalablement par son cocontractant les documents qui lui permettent de s'exonérer de la solidarité financière de l'article L.8222-1 du code du travail est considéré comme recourant de façon intentionnelle au travail dissimulé⁷⁴.

Ce mécanisme de vérification préalable et de solidarité financière existe également en matière de prévention de l'emploi de salarié étranger sans titre de travail (*voir infra p.83*). L'article L.8254-1 du code du travail indique que le donneur d'ordre se fait remettre préalablement par son cocontractant, puis tous les six mois, la liste nominative des salariés étrangers qu'il emploie, accompagnée de mentions obligatoires (nationalité, date d'embauche et références de son titre de travail).

Dès lors que le donneur d'ordre ne s'est pas fait remettre ce document, il est sans doute possible de considérer qu'il recourt de façon intentionnelle à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, lorsque ce constat est effectué par un agent de contrôle habilité.

⇒ En application de l'article L.8254-2-1 du code du travail relatif également à un autre mécanisme de solidarité financière (*voir infra p.85*), le donneur d'ordre peut être informé par un agent de contrôle habilité⁷⁵ que son cocontractant, ou toute autre entreprise dans la chaîne de sous-traitance, emploie un salarié étranger dépourvu de titre de travail, à charge pour lui de demander aussitôt à son cocontractant de faire cesser cette situation d'illégalité.

Dès lors que la situation d'emploi illégal n'a pas cessé, que le recours, direct ou par personne interposée, se poursuit et qu'il fait l'objet d'un second contrôle d'un agent habilité, le donneur d'ordre peut être considéré comme ayant recours de façon intentionnelle à une entreprise qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail.

⇒ Dans un arrêt du 1^{er} décembre 2015⁷⁶, la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un donneur d'ordre pour recours au travail dissimulé, qui avait sous-traité un marché à des entreprises qui utilisaient les services de salarié abusivement détachés depuis la Roumanie. Dans cette affaire, la cour d'appel a noté que le donneur d'ordre a bien vu se succéder sur le chantier des équipes d'ouvriers majoritairement composées de travailleurs étrangers, ce qui aurait dû l'alerter sur la nécessité de l'obtention préalable par son cocontractant de certaines autorisations de travail et qu'il aurait dû être d'autant plus attentif à vérifier leur situation administrative.

De ces décisions, il est sans doute possible de considérer que des signes objectifs d'extranéité du salarié, lorsqu'ils sont connus du donneur d'ordre, conduisent nécessairement celui-ci à vérifier auprès de son cocontractant la nationalité des salariés et la possession d'autorisation de travail.

⇒ La rédaction similaire de l'article L.8251-2 du code du travail avec le 3^o de l'article L.8221-1 du code du travail qui interdit le recours au travail dissimulé, et qui a inspiré la

⁷⁴ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

⁷⁵ Ou par un syndicat de salarié, une association d'employeur ou une institution représentative du personnel.

⁷⁶ Cass. crim. n° 14-85828 du 1^{er} décembre 2015 ASM.

rédaction de l'article L.8251-2, autorise à penser que la position de principe de la Cour de cassation sur la portée du 3° de l'article L.8221-1 vaut pour la portée de l'article L.8251-2.

La Cour de cassation considère depuis 1997⁷⁷ que les termes du 3° de l'article L.8221-1 du code du travail obligent le donneur d'ordre à s'assurer (par tous moyens) que son cocontractant ne pratique pas du travail dissimulé. Sous réserve de confirmation par une décision à venir de la Cour de cassation, la même lecture de l'article L.8251-2 du code du travail est possible, ce qui implique que le donneur vérifie, de façon spontanée et active, que son cocontractant n'emploie pas de la main-d'œuvre étrangère démunie de titre de travail.

⇒ Reste la situation du maître d'ouvrage, lequel n'est pas visé par les textes relatifs à la solidarité financière, ni par une quelconque jurisprudence. Seules les circonstances de fait d'une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail détermineront ou pas l'engagement de sa responsabilité pénale.

A titre d'illustration, l'implication du maître d'ouvrage peut être envisagée s'il assure l'hébergement des salariés étrangers qui sont employés sans titre de travail.

De même, son implication est possible à l'égard des entreprises sous-traitantes qu'il a agréées et dont il a connaissance de l'intervention, dès lors qu'il est interdit de recourir indirectement à une entreprise qui emploie de la main-d'œuvre étrangère sans titre de travail.

Enfin, le maître d'ouvrage, qui confie un marché à une entreprise qui ne dispose pas des moyens humains pour le réaliser, doit justifier qu'il s'est assuré des conditions d'exécution de ce contrat dans le respect de la loi.

.C. Les sanctions relatives aux infractions connexes aux trafics de main-d'œuvre étrangère

.C.1. Le défaut de vérification de l'authenticité du titre de travail auprès de l'autorité administrative

En application de l'article R.5224-1 du code du travail, le fait de ne pas vérifier avant l'embauche l'authenticité du titre de travail auprès de la préfecture, ou du service de moe de la Direccte ou de la Dieccte, est passible de l'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe.

.C.2. Le défaut de déclaration d'embauche d'un étudiant étranger auprès de l'autorité administrative

En application de l'article R.5224-1 du code du travail, le fait de ne pas déclarer avant l'embauche l'emploi d'un étudiant étranger auprès de la préfecture est passible de l'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe.

.C.3. L'aide à l'entrée et/ou au séjour irréguliers d'un salarié étranger sans titre de travail

.C.3.1. A l'égard de la personne physique

- un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros.

⁷⁷ Cass. crim. n° 96-86211 du 4 novembre 1997 ISRAEL.

Ces quantum sont portés à dix ans d'emprisonnement et à 750 000 euros :

- ⇒ lorsque l'infraction est commise en bande organisée ;
- ⇒ lorsque l'infraction est commise dans des circonstances qui exposent directement les étrangers à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ;
- ⇒ lorsque l'infraction a pour effet de soumettre le salarié étranger à des conditions de vie, de transport, de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité de la personne humaine;
- ⇒ lorsque l'infraction est commise au moyen d'une habilitation ou d'un titre de circulation en zone réservée d'un aérodrome ou d'un port ;
- ⇒ lorsque l'infraction a comme effet, pour des mineurs étrangers, de les éloigner de leur milieu familial ou de leur environnement traditionnel.

Outre la majoration du quantum des sanctions, la personne condamnée peut faire l'objet d'une confiscation de tout ou partie de ses biens, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis, ainsi que l'interdiction définitive du territoire français.

.- l'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus, si l'auteur de l'infraction est un ressortissant étranger;

.- la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire ; cette durée peut être doublée en cas de récidive.

.- le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation administrative d'exploiter soit des services occasionnels à la place ou collectifs, soit un service régulier, ou un service de navettes de transports internationaux ;

.- la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction, notamment tout moyen de transport ou équipement terrestre, fluvial, maritime ou aérien, ou de la chose qui en est le produit. Les frais résultant des mesures nécessaires à l'exécution de la confiscation seront à la charge du condamné. Ils seront recouvrés comme frais de justice.

.- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, sous les réserves mentionnées à l'article 131-27 du code pénal ; toute violation de cette interdiction sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros.

.- l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans au plus dans les conditions prévues par les articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal; l'interdiction du territoire français entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement.

.C.3.2. A l'égard de la personne morale

.- l'amende équivalente au quintuple de celle prévue pour la personne physique ;

- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction d'emploi d'un salarié étranger a été commise ;
- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; le prononcé de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement n'entraîne ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés de l'établissement concerné.
- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;
- lorsque la personne morale a été condamnée pour emploi en bande organisée d'un salarié étranger sans titre de travail ou dans les autres conditions mentionnées à l'article L.622-5 du CESEDA, la confiscation de tout ou partie de leurs biens, quelle qu'en soit la nature ;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

Nota

L'article L.622-10 du CESEDA prévoit des sanctions supplémentaires pour certains territoires d'outre-mer.

En Guyane, en Guadeloupe, en Martinique, à Mayotte, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, le procureur de la République peut, au cours de l'enquête ou si aucune juridiction n'a été saisie ou lorsque la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur le sort des scellés, ordonner la destruction ou l'immobilisation, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, des embarcations, des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions d'aide à l'entrée ou au séjour irréguliers d'un salarié étranger sur le territoire français.

.C.4. La remise d'une contrepartie pour l'introduction ou l'embauche d'un salarié étranger

En application de l'article L.5224-2 du code du travail, la remise de contrepartie est possible des peines suivantes :

- un emprisonnement de 3 ans et une amende de 45 000 euros ;

- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou par personne interposée l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal ;
- l'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus ;
- la confiscation des objets ayant servi, directement ou indirectement, à commettre l'infraction ou qui ont été utilisés à cette occasion, à quelque personne qu'ils appartiennent dès lors que leur propriétaire ne pouvait en ignorer l'utilisation frauduleuse, ainsi que des objets qui sont le produit de l'infraction et qui appartiennent au condamné ;
- l'affichage du jugement aux frais de la personne condamnée dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue ;
- l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du code pénal, des droits civiques, civils et de la famille ;
- l'interdiction de séjour pour une durée de cinq ans au plus ; si l'auteur de l'infraction est un ressortissant étranger ;
- l'interdiction du territoire français pour une durée de 10 ans au plus, ou à titre définitif, si l'auteur de l'infraction est un ressortissant étranger.

.C.5. Le remboursement par le salarié étranger des sommes versées par l'employeur à l'OFII

En application de l'article L.5224-4 du code du travail, le remboursement de ces sommes est passible d'un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 3 000 euros. Le tribunal peut également prononcer l'affichage et la publication du jugement.

.C.6. La fraude pour l'obtention induite d'une autorisation de travail

En application de l'article L.8256-1 du code du travail, ces faits sont passibles d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 000 euros.

S'appliquent également les sanctions prévues par les articles L.441-1 et suivants du code pénal relatives à la rédaction, à la fabrication et à l'usage de faux en écriture privée et de faux en écriture publique.

.C.7. L'interdiction de la mise à disposition d'un salarié étranger intérimaire hors de France

En application de l'article L.5224-1 du code du travail, cette interdiction est passible d'une amende de 3 000 euros.

Le tribunal peut prononcer l'interdiction d'exercer l'activité d'entrepreneur de travail temporaire pour une durée de 10 ans au plus, ainsi que l'affichage et la publication du jugement.

.C.8. La tenue défectueuse ou incomplète du registre unique du personnel

En application de l'article R.1227-7 du code du travail, ces faits sont passibles de l'amende prévue pour la contravention de 4^{ème} classe ; l'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés étrangers employés dans des conditions susceptibles d'être sanctionnées au titre de cet article.

.C.9. Les conditions de rémunération incompatibles avec la dignité humaine

.C.9.1. A l'égard de la personne physique

Les conditions de rémunérations incompatibles avec la dignité humaine font l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-13 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 150 000 euros.

Ces quantum sont portés :

- à 7 ans et 200 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, ou à l'égard d'un mineur ;

- à 10 ans et 300 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

Dans tous les cas, il peut être prononcé une interdiction de l'activité de prestataire de la formation professionnelle pour une durée de 5 ans.

.C.9.2 A l'égard de la personne morale

En application de l'article 225-16 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;

- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

- .- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- .- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- .- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;
- .- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- .- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- .- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- .- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public ;
- .- la confiscation.

.C.10. Les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine

.C.10.1. A l'égard de la personne physique

Les conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine font l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-14 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- .- un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 150 000 euros.

Ces quantum sont portés :

- .- à 7 ans et 200 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, ou à l'égard d'un mineur ;

- .- à 10 ans et 300 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

Dans tous les cas, il peut être prononcé une interdiction de l'activité de prestataire de la formation professionnelle pour une durée de 5 ans.

.C.10.2. A l'égard de la personne morale

En application de l'article 225-16 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- .- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;
- .- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
- .- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
- .- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- .- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- .- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- .- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- .- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- .- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;
- .- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- .- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- .- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- .- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public ;
- .- la confiscation.

.C.11. Les conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine

.C.11.1. A l'égard de la personne physique

Les conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine font l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-14 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 150 000 euros.

Ces quantum sont portés :

- à 7 ans et 200 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, ou à l'égard d'un mineur ;

- à 10 ans et 300 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

Dans tous les cas, il peut être prononcé une interdiction de l'activité de prestataire de la formation professionnelle pour une durée de 5 ans.

.C.11.2. A l'égard de la personne morale

En application de l'article 225-16 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;

- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;

- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;

- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public ;
- la confiscation du fonds de commerce destiné à l'hébergement.

.C.12. La non déclaration d'un hébergement collectif

En application de l'article 4 de la loi du 27 juin 1973, la non déclaration, ou la déclaration incomplète, inexacte ou tardive, est passible des peines suivantes :

- un emprisonnement de 2 ans et d'une amende de 4 500 euros ;
- l'interdiction de procéder pendant 3 ans à de l'hébergement collectif ; le non respect de cette interdiction est lui-même passible d'un emprisonnement de 3 ans et d'une peine d'amende de 75 000 euros.

.C.13. La tenue d'un hébergement non conforme

En application des articles L.4741-1 et suivants du code du travail et de l'article L.719- 5 du code rural, la tenue d'un hébergement non conforme est passible des sanctions suivantes :

- une amende de 10 000 euros, par salarié concerné, en application de l'article L.4741-1 du code du travail, dans les secteurs non agricole et agricole;
- l'affichage et la publication du jugement.

.C.14. La traite des êtres humains

.C.14.1. A l'égard de la personne physique

La traite des êtres humains fait l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-14-1 du code pénal, cette infraction est passible d'un emprisonnement de 7 ans et de 150 000 euros d'amende.

Ces quantum sont portés à 10 ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros, lorsque :

- la victime de la traite est un mineur ;
- l'infraction est commise à l'égard de plusieurs personnes ;

- l'infraction est commise à l'égard d'une personne qui se trouvait hors du territoire de la République ou lors de son arrivée sur le territoire de la République ;

- la personne a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique ;

- l'infraction est commise dans des circonstances qui exposent directement la personne à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente ;

- l'infraction est commise avec l'emploi de violences qui ont causé à la victime une incapacité totale de travail de plus de huit jours ;

- l'infraction est commise par une personne appelée à participer, par ses fonctions, à la lutte contre la traite ou au maintien de l'ordre public ;

- lorsque l'infraction a placé la victime dans une situation matérielle ou psychologique grave.

Lorsque la traite des êtres humains est pratiquée en bande organisée, la peine d'emprisonnement est portée à 20 ans de réclusion et l'amende à 3 000 000 euros.

Lorsque la traite des êtres humains s'accompagne de torture ou d'actes de barbarie, l'auteur des faits encourt la réclusion criminelle à perpétuité et une amende de 4 500 000 euros.

.C.14.2. A l'égard de la personne morale

En application de l'article 224-4-6 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;

- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;

- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;

- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;

- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;

- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

.C.15. Le travail forcé

.C.15.1. A l'égard de la personne physique

Le travail forcé fait l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-14-1 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- un emprisonnement de 7 ans et d'une amende de 200 000 euros.

Ces quantum sont portés :

- à 10 ans et 300 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, ou à l'égard d'un mineur ;
- à 15 ans de réclusion criminelle et 400 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

Dans tous les cas, il peut être prononcé une interdiction de l'activité de prestataire de la formation professionnelle pour une durée de 5 ans.

.C.15.2. A l'égard de la personne morale

- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;
- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

.C.16. La réduction en servitude

.C.16.1. A l'égard de la personne physique

Le travail forcé fait l'objet de sanctions différenciées et graduées en fonction des victimes de ces pratiques et des conditions de leur commission.

En application de l'article 225-14-2 du code pénal, ces faits sont passibles des sanctions suivantes :

- un emprisonnement de 10 ans et d'une amende de 300 000 euros.

Ces quantum sont portés :

- à 15 ans de réclusion criminelle et 400 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, ou à l'égard d'un mineur ;
- à 20 ans de réclusion criminelle et 500 000 euros, lorsque les faits sont commis à l'égard de plusieurs personnes, parmi lesquelles figurent un ou plusieurs mineurs.

Dans tous les cas, il peut être prononcé une interdiction de l'activité de prestataire de la formation professionnelle pour une durée de 5 ans.

.C.16.2. A l'égard de la personne morale

- l'amende égale au quintuple de celle prévue à l'égard de la personne physique ;
- la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
- le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
- la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 du code pénal ;
- l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
- la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
- l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal ;
- l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus de percevoir toute aide publique attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

.II. La solidarité financière

La solidarité financière en matière d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est un mécanisme totalement distinct de la solidarité en matière de travail dissimulé. Leurs périmètres et leurs conditions de mise en œuvre sont différents.

La solidarité financière en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail a été créée par la loi du 11 mars 1997⁷⁸ ; sa conception et son insertion dans le code du travail ont été largement inspirées par la solidarité financière en matière de travail dissimulé qui a été introduite dans le code du travail par la loi du 31 décembre 1991⁷⁹.

Cependant, ces deux solidarités financières sont susceptibles de s'appliquer de façon cumulative dans une même affaire lorsque le salarié est à la fois dissimulé et étranger employé sans titre de travail.

Par construction législative, la solidarité financière relative à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail concerne à titre principal le donneur d'ordre, qui recourt directement à un employeur (entreprise, association ou autre) d'un salarié étranger sans titre de travail, établi en France ou à l'étranger ; elle est codifiée aux articles L.8254-1 et suivants du code du travail.

Faute de texte approprié, équivalent à l'article L.8222-5 du code du travail en matière de travail dissimulé, la solidarité financière du maître d'ouvrage *es qualité* n'est envisagée par le code du travail que de façon limitée et restrictive (pour des raisons peu compréhensibles, mais non expliquées). La mise en cause du maître d'ouvrage reste cependant possible en sa qualité de donneur d'ordre.

.A. Le périmètre et les créanciers bénéficiaires de la solidarité financière

La finalité de la solidarité financière est de faire payer par le donneur d'ordre, et non par l'employeur du salarié étranger sans titre de travail :

⇒ les rémunérations et indemnités dues au salarié étranger ; il s'agit des salaires et accessoires de salaire qui lui sont dus, ainsi que des indemnités spécifiques prévues par le code du travail, liées à la rupture de son contrat de travail (**voir infra p.125**).

⇒ les frais d'envoi de ces sommes au salarié dans le pays où le salarié est parti,

⇒ la contribution spéciale due à l'OFII ; cette pénalité financière forfaitaire est due par l'employeur pour tout emploi de salarié étranger sans titre de travail (**voir infra p.87**).

⇒ la contribution forfaitaire pour réacheminement due à l'OFII ; cette pénalité financière forfaitaire est due pour l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, qui est également dépourvu de titre de séjour (**voir infra p.91**).

La solidarité financière constitue un outil structurant de lutte contre l'emploi de salarié étranger démuné de titre de travail.

Les bénéficiaires de la solidarité financière sont donc le salarié étranger victime de cet emploi illégal et l'OFII.

Lorsque plusieurs donneurs d'ordre sont concernés par le paiement de la contribution spéciale due à l'OFII au titre de la solidarité financière en raison de l'emploi du même salarié étranger sans titre de travail, l'OFII répartit le montant de cette contribution à due

⁷⁸ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

⁷⁹ Loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

proportion du nombre de ces donneurs d'ordre, en application de l'article D.8254-13 du code du travail.

.B. Les conditions d'application de la solidarité financière

Trois mécanismes sont prévus par le code du travail pour engager la solidarité financière du donneur d'ordre.

.1). Le donneur d'ordre, lorsqu'il est condamné pour recours à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, relève de plein droit de la solidarité financière, quel que soit le montant du marché entre le donneur d'ordre et son cocontractant, conformément à l'article L.8254-2-2 du code du travail.

.2). En l'absence d'une condamnation pénale, le code du travail prévoit deux autres mécanismes distincts :

.2.1). Le mécanisme de l'article L.8254-1 du code du travail qui invite le donneur d'ordre à vérifier de sa propre initiative les conditions d'emploi de la main-d'œuvre étrangère par son cocontractant. Ce mécanisme fixe plusieurs conditions cumulatives pour mettre en œuvre la solidarité financière⁸⁰:

- le marché passé entre le donneur d'ordre et son cocontractant doit être d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes. Le cocontractant réalise un travail qu'il facture au donneur d'ordre⁸¹.

- le cocontractant du donneur d'ordre doit employer un salarié étranger sans titre de travail, alors que cette autorisation est obligatoire; le sous-traitant, cocontractant du donneur d'ordre, est une entreprise établie en France ou une entreprise établie à l'étranger.

- la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est nécessairement constatée par un procès-verbal, lorsque la solidarité financière vise la contribution spéciale ou la contribution forfaitaire due à l'OFII; ce procès-verbal n'est pas requis lorsque le salarié étranger sans titre de travail met en œuvre la solidarité financière à son bénéfice.

- le donneur d'ordre ne doit pas avoir procédé auprès de son cocontractant à une vérification documentaire initiale, puis périodique, précise, qui est la remise par le cocontractant de la liste des salariés étrangers qu'il emploie, avec la mention de leur nationalité, de la date d'embauche, de la nature et des références de leur autorisation de travail⁸².

Pour l'entreprise de travail temporaire, la communication de la liste nominative est réputée accomplie à l'égard de son donneur d'ordre, qui est l'entreprise utilisatrice, lorsque le contrat de mise à disposition conclu avec l'utilisateur contient ces mêmes mentions.

⁸⁰ Voir également et notamment la circulaire interministérielle DPM n°2005-544 du 9 décembre 2005 relative au recouvrement de la contribution spéciale pour emploi d'étranger sans titre de travail.

⁸¹ Cette précision n'est pas anodine lorsqu'il s'agit de l'intervention d'une entreprise étrangère sur le territoire français dans le cas d'une prestation pour son propre compte.

⁸² Cf. article D.8254-2 du code du travail.

- la vérification, c'est-à-dire la liste nominative que se fait remettre le donneur d'ordre, doit être exhaustive et complète, à la fois pour l'identité des salariés et pour les mentions personnelles les concernant.

- ces vérifications sont initiales et périodiques. Elles sont effectuées lors de la conclusion du marché, c'est-à-dire avant le début du travail du sous-traitant, employeur de la main-d'œuvre étrangère; puis elles sont renouvelées tous les six mois, jusqu'à la fin du marché.

- les documents remis en application du code du travail ne valent que présomption du respect par le donneur d'ordre des vérifications permettant de s'exonérer de la solidarité financière. Le donneur d'ordre reste soumis à la solidarité financière dès lors que la liste nominative est manifestement incomplète et ne comporte pas toutes les identités des salariés.

.2.2). Le mécanisme de l'article L.8254-2-1 du code du travail qui prévoit les conditions suivantes :

- le seuil de 5 000 euros hors taxes pour le montant du marché n'est pas applicable.

- le donneur d'ordre reçoit un courrier de la part d'un agent de contrôle habilité en matière de lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail⁸³, l'informant que son cocontractant ou un sous-traitant direct ou indirect de ce dernier emploie un salarié étranger qui n'a pas de titre de travail⁸⁴. L'envoi d'un tel courrier par un agent de contrôle habilité implique que celui-ci ait procédé à un premier contrôle dans les locaux ou sur les lieux où intervient le cocontractant ou le sous-traitant.

- à réception du courrier lui signalant la situation d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, le donneur d'ordre écrit aussitôt à son cocontractant, pour lui enjoindre de faire cesser la situation.

- l'employeur mis en demeure de faire cesser la situation d'emploi illégal informe le donneur d'ordre des suites qu'il a données à l'injonction.

- si l'injonction n'est pas suivie d'effet, le donneur d'ordre peut résilier le contrat aux frais de son cocontractant.

- le donneur d'ordre qui n'écrit pas aussitôt à son cocontractant, c'est-à-dire dès réception de l'information fournie par l'agent de contrôle, pour lui enjoindre de faire cesser la situation d'emploi illégal du salarié étranger, ainsi que son cocontractant, sont tenus par la solidarité financière.

Le salarié ou l'OFII (s'il le souhaite), qui relève de l'article L.8254-1 ou de l'article L.8254-2-1 du code du travail, s'adresse alors directement et exclusivement au donneur d'ordre. Il n'est pas tenu de mettre en cause préalablement le cocontractant et de constater son insolvabilité ou sa disparition. Cette facilité présente un avantage considérable lorsque le cocontractant est insolvable ou est un opérateur économique établi à l'étranger venu en France effectuer une prestation de services internationale. La présence éphémère sur le

⁸³ Agent de l'inspection du travail, APJ ou OPJ de la gendarmerie et de la police et agent des douanes.

⁸⁴ Le courrier peut être également adressé par un syndicat de salariés, une organisation professionnelle ou une institution représentative du personnel.

territoire français d'une entreprise étrangère n'est pas un handicap ou un obstacle pour le créancier puisqu'il s'adresse au donneur d'ordre qui est en France.

.C. La mise en œuvre effective de la solidarité financière à l'encontre du donneur d'ordre en matière d'emploi irrégulier de main-d'œuvre étrangère est, pour l'essentiel, illusoire, à cause d'une construction juridique inachevée et imparfaite, qui prive tout ce dispositif, pourtant digne d'intérêt, de toute efficacité. Difficile alors de soutenir la nécessité et la volonté de lutter contre ce type de délinquance.

S'agissant de la solidarité financière du donneur d'ordre relative au paiement de la contribution forfaitaire de réacheminement due à l'OFII, le décret d'application n'a jamais été pris, alors que la loi instituant ce mécanisme date de 2011⁸⁵.

S'agissant de la solidarité financière du donneur d'ordre relative au paiement de la contribution spéciale due à l'OFII, ses conditions de mise en recouvrement sont mentionnées à l'article D.8254-14 du code du travail, mais qui vise des articles du code du travail qui sont abrogés, et non remplacés, depuis le décret du 16 juin 2012⁸⁶. Il semblerait que l'élaboration de ce décret ait fait l'impasse (volontaire, pour ne pas trop impliquer le particulier donneur d'ordre ?) sur la mise en cause du donneur d'ordre dont il ne fait pas état, se limitant à évoquer la procédure de recouvrement de cette contribution à l'égard du seul l'employeur⁸⁷.

Ce vide juridique est peu compréhensible puisque la mise en cause du donneur d'ordre était possible et effective avant la publication du décret du 16 juin 2012. L'OFII traitait des dossiers de mise en recouvrement de la contribution spéciale à l'encontre des donneurs d'ordre, ce qui est confirmé par la jurisprudence administrative portant sur cette époque.

Seule reste la solidarité financière au bénéfice du salarié étranger démunie de titre de travail. La mise en œuvre de cette solidarité financière est également illusoire, mais pour d'autres raisons.

En effet, le salarié étranger n'a accès à aucune des informations, ni à aucun des documents relevant de la mise en œuvre des articles L.8254-1 et L.8254-2-1 du code du travail, qui lui sont nécessaires pour justifier et étayer sa demande devant le conseil de prud'hommes.

Il ignore l'identité et l'adresse du donneur d'ordre ; il ne connaît pas le montant du marché ; il ne sait pas si le donneur d'ordre s'est fait remettre la liste nominative de l'article D.8254-2 du code du travail.

Il ignore également si un agent de contrôle a enjoint le donneur d'ordre de son employeur de faire cesser la situation d'emploi illégal et la suite qui lui a été réservée. A supposer que le salarié soit informé de cette initiative, les renseignements et les documents dont dispose l'agent de contrôle sont couverts par le secret professionnel et ne peuvent lui être transmis.

⁸⁵ Article 78 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

⁸⁶ Décret n° 2012-812 du 16 juin 2012 relatif à la contribution spéciale et à la contribution forfaitaire.

⁸⁷ Ce qui explique l'absence de jurisprudence administrative sur ce sujet depuis plusieurs années, faute de procédure de recouvrement et, donc, faute de contentieux.

La solidarité financière du donneur d'ordre en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail n'est plus utilisée par l'OFII⁸⁸ et celle à la disposition du salarié étranger victime n'est pas opérationnelle.

.D. Et le maître d'ouvrage ?

La mise en cause du maître d'ouvrage est juridiquement possible, mais dans des conditions très limitées, compte tenu de la rédaction du code du travail. En effet, en application de l'article L.8254-2-2 du code du travail, la mise en cause du maître d'ouvrage par l'OFII ou par le salarié étranger employé sans titre de travail n'est possible que dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage a été condamné au pénal pour recours indirect à son employeur.

La mise en cause financière du maître d'ouvrage pour recours indirect à un employeur de salarié étranger sans titre de travail est donc plus réduite qu'en matière de travail dissimulé, qui prévoit une hypothèse supplémentaire lorsqu'il a été informé par un agent de contrôle habilité⁸⁹.

Une condamnation pénale d'un maître d'ouvrage intervenant pour ce motif est rarissime ; par ailleurs, la mise en œuvre de l'article L.8254-2-2 du code du travail suppose que l'OFII et le salarié étranger aient connaissance de l'identité et de l'adresse du maître d'ouvrage, de l'existence d'une procédure pénale contre le maître d'ouvrage et qu'ils la suivent jusqu'à son terme et qu'à cette date le maître d'ouvrage n'ait pas disparu.

Cet exercice est sans doute bien plus simple pour l'OFII que pour le salarié étranger employé sans titre de travail, dès lors qu'existe une bonne liaison avec l'agent de contrôle verbalisateur ou le CODAF, mais il nécessite un suivi et une veille administrative assez contraignante.

.E. Et le particulier donneur d'ordre?

Le particulier qui fait appel à une entreprise pour réaliser un travail (par exemple, pour un déménagement) a la qualité de donneur d'ordre à l'égard de cette entreprise. A ce titre, il est visé par la solidarité financière, en application de l'article L.8254-3 du code du travail, et il doit donc s'assurer que son cocontractant n'emploie pas de salarié étranger démuné de titre de travail, en procédant auprès de celui-ci à la vérification préalable prévue par le code du travail, dès lors que le travail est d'un montant égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes.

La vérification qu'il doit accomplir est la même que celle d'un donneur d'ordre professionnel ; il se fait remettre la liste nominative des salariés étrangers mentionnée à l'article D.8254-2 du code du travail. Cependant, la remise de cette liste s'effectue une seule fois, avant le début des travaux ou de la prestation ; cette vérification n'est pas renouvelée tous les six mois, contrairement au donneur d'ordre professionnel, ainsi que le précise l'article D.8254-4 du code du travail.

⁸⁸ A ce titre, les différentes circulaires relatives à la mise en cause du donneur d'ordre pour le paiement de la contribution spéciale et la contribution forfaitaire ne sont plus pertinentes, notamment la circulaire DPM/DILTI du 10 juin 2000 ; mais aussi la circulaire DPM/2005-544 du 9 décembre 2005, la circulaire DPM/DMI2 2007-323 du 22 août 2007 et la circulaire DPM du 14 septembre 2007.

⁸⁹ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

Cependant, à l'identique de la situation du donneur d'ordre professionnel, et pour les mêmes motifs, la solidarité financière à l'égard du particulier donneur d'ordre n'est pas utilisée et mise en œuvre puisque les dispositions inscrites dans le code du travail ne sont plus juridiquement applicables.

Nota

La solidarité financière du donneur d'ordre, voire du maître d'ouvrage, est considérée comme une mesure structurante et déterminante de la lutte contre le travail illégal auquel recourent ces opérateurs économiques.

L'intérêt reconnu de la solidarité financière impose de corriger et de compléter les textes inscrits dans le code du travail pour restaurer sa mise en œuvre qui est paralysée depuis 2012.

Pour autant, les mécanismes de solidarité financière prévus par les articles L.8254-1 et L.8254-2-1 gardent tout leur intérêt dans le cadre d'une procédure pénale visant à établir le recours intentionnel du donneur d'ordre à une entreprise qui emploie un ou plusieurs salariés étrangers sans titre de travail.

En effet, le fait pour le donneur d'ordre de ne pas avoir demandé et obtenu la liste nominative des salariés étrangers, en application de l'article L.8254-1 du code du travail ou d'avoir continué à travailler avec l'entreprise sous-traitante défaillante malgré le signalement fait par un agent de contrôle en application de l'article L.8254-2-1 du code du travail est sans doute un comportement qui caractérise l'intentionnalité du recours, si on se réfère à l'esprit de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de travail dissimulé.

Cette hypothèse de mobilisation de la solidarité financière à l'égard du donneur d'ordre, avec incidence pénale possible, doit être étendue au maître d'ouvrage, à l'identique de sa mise en cause financière dans les affaires de travail dissimulé.

.III. Les sanctions et pénalités civiles et financières

Les sanctions et pénalités civiles et financières applicables dans le cadre de la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail sont la contribution spéciale, la contribution forfaitaire de réacheminement et les sanctions prévues par le code de la sécurité sociale.

Ces sanctions et pénalités ne visent que la constatation de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ; elles ne s'appliquent pas au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, ni à aucune des autres infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère.

Ces sanctions se cumulent avec celles relatives à la lutte contre le travail dissimulé, lorsqu'une situation de travail dissimulé coexiste avec l'emploi illégal d'un salarié étranger.

.A. La contribution spéciale

La contribution spéciale est la plus ancienne des sanctions non pénales, créées pour lutter contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ; elle a été introduite dans le code

du travail par la loi du 10 juillet 1976⁹⁰. Il s'agit également de la première sanction d'origine administrative introduite dans le code du travail pour sanctionner le non respect de la législation du travail, toutes matières confondues.

.A.1. Présentation

La contribution spéciale, mentionnée à l'article L.8253-1 du code du travail, est une somme forfaitaire que tout employeur verse à l'OFII, lorsqu'il est constaté qu'il emploie un salarié étranger démuné de titre de travail, en violation de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail⁹¹; le non respect de l'alinéa 2 de l'article L.8251-1 du code du travail ne donne pas lieu au paiement de la contribution spéciale (*voir supra p.37*).

La contribution spéciale s'ajoute à la sanction pénale. Dans une décision QPC n° 2016-621 du 30 mars 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme le cumul de ces deux sanctions.

⇒ Cette somme est due par tout employeur, assujetti à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail, sous réserve que cet emploi illégal ait fait l'objet d'un constat par procès-verbal établi par l'un des agents de contrôle habilité⁹².

A ce titre, la contribution spéciale est due par l'entreprise, y compris lorsqu'elle est établie à l'étranger, l'association, le particulier et toute autre personne de droit privé ou de droit public.

Elle est versée pour chaque salarié étranger employé sans titre de travail. Le montant de base, qui est modulable, est évolutif et est déterminé en référence à la valeur du minimum garanti (MG). En 2017, le montant de base de la contribution spéciale, fixé à 5 000 fois le MG⁹³, s'élève à 17 700 euros par salarié étranger illégalement employé. Le montant de la contribution spéciale est donc particulièrement dissuasif.

⇒ Contrairement à la procédure pénale visant à retenir la responsabilité pénale de l'employeur pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, il n'est pas nécessaire de démontrer le caractère intentionnel de l'emploi illégal; le caractère intentionnel est indifférent⁹⁴.

⇒ La contribution spéciale est due, même si par ailleurs le salarié n'est pas dissimulé et que l'employeur s'acquitte de ses autres obligations sociales⁹⁵.

⇒ La contribution spéciale est due par l'employeur de droit ou par l'employeur de fait requalifié⁹⁶, lorsque celui-ci conteste sa qualité d'employeur et/ou la qualité de salarié du

⁹⁰ Article 4 de la loi n° 76-621 du 10 juillet 1976 tendant à renforcer la répression en matière de trafics et d'emplois irréguliers de main d'œuvre étrangère.

⁹¹ Voir également la circulaire DPM 2005/544 du 9 décembre 2005, la circulaire DPM/DMI2 2007/323 du 22 août 2007 et la circulaire NOR IMI/N/07/0006/C du 14 septembre 2007. Attention, ces circulaires n'ont pas été mises à jour après la parution du décret du 16 juin 2012.

⁹² Agent de l'inspection du travail, APJ et OPJ de la gendarmerie et de la police, et agent des douanes.

⁹³ Fixé à 3,54 euros au 1^{er} janvier 2017.

⁹⁴ CAA Paris n° 12PA00709 du 17 janvier 2013 ISA PARIS l'infraction aux dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail est constituée du seul fait de l'emploi d'un travailleur étranger démuné de titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire français, 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.

⁹⁵ CAA Marseille n° 98MA00357 du 21 novembre 2000 TIME CONTACT.

ressortissant étranger. La requalification en employeur de fait concerne toutes les personnes de nationalité étrangère que l'employeur fait travailler sous un statut frauduleux, tels que le faux bénévole, le faux stagiaire⁹⁷, le faux travailleur indépendant ou le faux salarié détaché.

La contribution spéciale est due par celui qui s'affranchit des présomptions de salariat posées par le code du travail ou par le code rural, notamment à l'égard de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron de nationalité étrangère. Elle est due par l'utilisateur de la main-d'œuvre étrangère dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance, qui génère de la dissimulation d'emploi salarié, du marchandage et du prêt illicite de main-d'œuvre.

La contribution spéciale est due par l'employeur réel du prétendu salarié détaché, dans le cadre de fraude à l'activité économique sur le territoire français ou de fraude au détachement.

⇒ La contribution spéciale est due indépendamment des suites judiciaires qui ont été données au procès-verbal qui constate l'emploi du salarié étranger sans titre de travail. Une jurisprudence administrative fournie et bien établie⁹⁸, qui s'appuie sur la rédaction de l'article L.8253-1 du code du travail, valide la mise en recouvrement de la contribution spéciale par l'OFII en l'absence de poursuite judiciaire, en attente de jugement, en présence d'un classement sans suite, voire d'une relaxe, ou avec une information judiciaire en cours ou une voie de recours en attente.

Le juge administratif vérifie la présence de trois éléments matériels pour valider la mise en recouvrement : le fait que le salarié soit de nationalité étrangère, le fait que ce salarié de nationalité étrangère soit démuné de titre de travail et le fait qu'il soit en activité pour le compte de l'employeur lors du constat. Le juge administratif apprécie, à cet égard, la réalité d'une activité de façon plus large que le juge judiciaire.

L'autonomie d'appréciation du juge administratif s'explique d'autant plus qu'une relaxe ou qu'une décision de classement sans suite d'une procédure peut intervenir pour des motifs sans relation avec les trois éléments matériels examinés par le juge administratif.

Le délai de prescription du recouvrement de la contribution spéciale est de 30 ans⁹⁹.

.A.2. La mise en œuvre de la contribution spéciale

Compte tenu de la rédaction impérative voulue par le législateur de l'article L.8253-1 du code du travail, la mise en recouvrement de la contribution spéciale est de plein droit ; l'OFII, ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire ou d'opportunité pour ne pas mettre en recouvrement la contribution spéciale.

En effet, l'article L.8253-1 du code du travail mentionne que «...l'employeur... acquitte... », ce qui rend cette sanction automatique. Le code du travail permet seulement à l'OFII de moduler, en minorant dans une certaine limite et sous conditions, le montant de la

⁹⁶ Voir circulaire DPM n° 92-02 du 20 février 1992 relative à l'identification de l'employeur d'un étranger démuné de titre de travail.

⁹⁷ Il existe une jurisprudence intéressante relative à des faux stagiaires indiens dans des restaurants (*voir infra p.149* 7^{ème} partie Jurisprudence).

⁹⁸ *Voir infra p.149* 7^{ème} partie Jurisprudence.

⁹⁹ CAA Lyon n° 08LY01727 du 14 mai 2009 LE BŒUF DANS L'ASSIETTE.

contribution spéciale. La remise gracieuse est contraire à la loi et la dénature. Mais l'OFII peut proposer un échéancier de paiement à l'employeur redevable, comme il est d'usage pour les créanciers institutionnels.

Nota

L'OFII peut cependant prendre acte de situations objectives pour ne pas mettre en recouvrement la contribution spéciale :

- .- établissement d'un procès-verbal de constat par un agent qui n'a pas la compétence,*
- .- disparition physique de l'entreprise ou du particulier employeur, parti sans laisser d'adresse.*

Une procédure collective (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire) ne constitue pas un obstacle au recouvrement de la contribution spéciale, dès lors que les articles L.8553-2 et suivants du code du travail prévoient que son paiement est garanti par un privilège au même rang que celui dont bénéficie le Trésor.

La mise en recouvrement de la contribution spéciale par l'OFII obéit à des modalités et à des règles de procédure qui sont prévues par les articles R.8253-1 et suivants du code du travail.

La procédure de mise en recouvrement se fonde sur un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité. Un simple rapport, y compris au titre de l'article 40 du code de procédure pénale et destiné au procureur de la République, voire un signalement écrit à l'OFII, n'est pas suffisant.

Le procès-verbal est transmis par l'agent verbalisateur à l'OFII, en application de l'alinéa 2 de l'article L.8271-17 du code du travail¹⁰⁰. L'action de l'OFII, et donc la mobilisation de cet outil dissuasif en matière de lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, dépend en premier lieu de la transmission de l'intégralité des procédures à l'Office par les agents de contrôle habilités.

L'OFII décide du taux de la contribution spéciale à payer par l'employeur et engage la procédure contradictoire préalable avec l'employeur.

L'article L.8353-1 du code du travail prévoit trois taux de la contribution spéciale susceptibles d'être appliqués à l'employeur :

- ⇒ le taux de base ou de référence, égal à 5 000 fois le minimum garanti (MG),
- ⇒ le taux minoré, au plus égal à 2 000 fois le minimum garanti (MG), applicable en cas de non-cumul d'infractions ou en cas de paiement spontané par l'employeur de la rémunération due au salarié,

¹⁰⁰ Dans certains départements, les procès-verbaux sont adressés au CODAF, qui les centralise et les transmet à l'OFII.

⇒ le taux majoré, au plus égal à 15 000 le minimum garanti (MG), en cas de réitération.

Le taux minoré ou majoré n'est pas automatique ; il est à la discrétion de l'OFII.

Lors de la procédure contradictoire, l'OFII n'est pas tenu de transmettre une copie du procès-verbal à l'employeur, ce qui ne constitue donc pas un vice procédure. Mais l'employeur peut en obtenir une copie s'il en fait la demande, expurgée de toute mention sans relation avec les faits qui servent de fondement au recouvrement de la contribution spéciale¹⁰¹.

.B. La contribution forfaitaire de réacheminement

La contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement de l'étranger dans son pays d'origine est de création plus récente que la contribution spéciale. Elle est issue de l'article 32 de la loi du 26 novembre 2003¹⁰² ; elle est codifiée à l'article L.626-1 du CESEDA¹⁰³.

La rédaction de l'article L.626-1 du CESEDA a été calée sur celle de l'alinéa 1^{er} de l'article L.8253-1 du code du travail, ce qui entraîne de grandes similitudes dans leur régime juridique.

.B.1. Présentation

La contribution forfaitaire est une somme que tout employeur verse à l'OFII, lorsqu'il est constaté qu'il emploie un salarié étranger démuné de titre de travail et qui se trouve en situation irrégulière au regard du droit au séjour sur le territoire français. La contribution forfaitaire s'ajoute à la contribution spéciale et à la sanction pénale. Cependant le montant additionné de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire ne peut pas dépasser le montant maximum de la sanction pénale pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (soit 15 000 euros pour la personne physique).

⇒ Cette somme est due par tout employeur, assujetti à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail, sous réserve que cet emploi illégal et ce séjour irrégulier aient fait l'objet d'un double constat d'infraction par procès-verbal établi par l'un des agents de contrôle habilité¹⁰⁴. Compte tenu de la non compétence des agents de l'inspection du travail pour constater l'infraction de séjour irrégulier, le procès-verbal mentionnant les deux infractions susceptibles d'initier la procédure de recouvrement de la contribution forfaitaire émanera de la gendarmerie, de la police ou de la douane.

L'employeur tenu par le paiement de la contribution forfaitaire est le même que celui qui est redevable de la contribution spéciale : une entreprise, établie en France ou non, une association, un particulier et toute autre personne de droit privé ou de droit public.

¹⁰¹ CE. n° 398398 du 29 juin 2016 DLM SECURITE.

¹⁰² Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

¹⁰³ Voir également la circulaire du 14 août 2007 du ministère chargé de l'immigration. Attention, cette circulaire n'a pas été mise à jour après la parution du décret du 16 juin 2012.

¹⁰⁴ Agent de l'inspection du travail uniquement pour l'emploi du salarié étranger sans titre de travail, APJ et OPJ de la gendarmerie et de la police, et agent des douanes et droits indirects.

⇒ Contrairement à la procédure pénale visant à retenir la responsabilité pénale de l'employeur pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, il n'est pas nécessaire de démontrer le caractère intentionnel de l'emploi illégal ; le caractère intentionnel est indifférent, si on se réfère à la jurisprudence administrative relative à la contribution spéciale¹⁰⁵.

⇒ La contribution forfaitaire est versée pour chaque salarié étranger sans titre de travail et en séjour irrégulier. Le montant de la contribution forfaitaire est fixé par deux arrêtés du ministre chargé de l'immigration et dépend de la zone géographique dont est originaire le salarié étranger¹⁰⁶. Contrairement à la contribution spéciale, le montant de la contribution forfaitaire n'est pas modulable.

La contribution forfaitaire est due, même si le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière et d'éloignement du territoire français.

⇒ La contribution forfaitaire est due par l'employeur de droit ou par l'employeur de fait requalifié¹⁰⁷, lorsque celui-ci conteste sa qualité d'employeur et/ou la qualité de salarié du ressortissant étranger. La requalification en employeur de fait concerne toutes les personnes de nationalité étrangère que l'employeur fait travailler sous un statut frauduleux, tels que le faux bénévole, le faux stagiaire¹⁰⁸, le faux travailleur indépendant ou le faux salarié détaché.

La contribution forfaitaire est due par celui qui s'affranchit des présomptions de salariat posées par le code du travail ou par le code rural, notamment à l'égard de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron de nationalité étrangère qui sont en séjour irrégulier sur le territoire français. Elle est due par l'utilisateur de la main-d'œuvre étrangère en situation de séjour irrégulier dans le cadre d'une opération de fausse sous-traitance, qui génère de la dissimulation d'emploi salarié.

La contribution forfaitaire est due par l'employeur réel du prétendu salarié détaché, dans le cadre de fraude à l'activité économique sur le territoire français ou de fraude au détachement.

⇒ La contribution forfaitaire est due indépendamment des suites judiciaires qui ont été données au procès-verbal qui constate l'emploi du salarié étranger sans titre de travail. La jurisprudence administrative¹⁰⁹, qui s'appuie sur la rédaction de l'article L.626-1 du CESEDA, valide la mise en recouvrement de la contribution forfaitaire par l'OFII en l'absence de poursuite judiciaire, en attente de jugement, en présence d'un classement sans suite, voire d'une relaxe, ou avec une information judiciaire en cours ou une voie de recours en attente.

Il s'agit d'une jurisprudence strictement identique à celle relative à la contribution spéciale.

¹⁰⁵ CAA Paris n° 12PA00709 du 17 janvier 2013 ISA PARIS l'infraction aux dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail est constituée du seul fait de l'emploi d'un travailleur étranger démuné de titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire français, 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.

¹⁰⁶ Arrêtés du 5 décembre 2006 du ministre chargé de l'immigration.

¹⁰⁷ Voir circulaire DPM n° 92-02 du 20 février 1992 relative à l'identification de l'employeur d'un étranger démuné de titre de travail.

¹⁰⁸ Il existe une jurisprudence intéressante relative à des faux stagiaires indiens dans des restaurants (*voir infra p.149* 7^{ème} partie Jurisprudence).

¹⁰⁹ *Voir infra p.149* 7^{ème} partie Jurisprudence.

Le délai de prescription du recouvrement de la contribution forfaitaire est en principe de 30 ans, par analogie avec la règle applicable à la contribution spéciale¹¹⁰.

.B.2. La mise en œuvre de la contribution forfaitaire

Compte tenu de la rédaction impérative voulue par le législateur de l'article L.626-1 du CESEDA, la mise en recouvrement de la contribution forfaitaire est de plein droit ; l'OFII, ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire ou d'opportunité pour ne pas mettre en recouvrement la contribution forfaitaire.

En effet, l'article L.626-1 du CESEDA mentionne que «...l'employeur... acquittera... », ce qui rend cette sanction automatique ; la remise gracieuse est contraire à la loi et la dénaturation. Mais l'OFII peut proposer un échéancier de paiement à l'employeur redevable, comme il est d'usage pour les créanciers institutionnels.

Nota

L'OFII peut cependant prendre acte de situations objectives pour ne pas mettre en recouvrement la contribution forfaitaire :

- .- établissement d'un procès-verbal de constat par un agent qui n'a pas la compétence,*
- .- disparition physique de l'entreprise ou du particulier employeur, parti sans laisser d'adresse.*

Une procédure collective (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire) ne constitue pas un obstacle au recouvrement de la contribution forfaitaire, dès lors que l'alinéa 4 de l'article L.626-1 du CESEDA prévoit, par renvoi aux dispositions idoines du code du travail, que son paiement est garanti par un privilège au même rang que celui dont bénéficie le Trésor.

La mise en recouvrement de la contribution forfaitaire par l'OFII obéit à des modalités et à des règles de procédure qui sont prévues par l'article R.626-2 du CESEDA.

La procédure de mise en recouvrement se fonde sur un procès-verbal établi par un agent de contrôle habilité. Un simple rapport, y compris au titre de l'article 40 du code de procédure pénale et destiné au procureur de la République, voire un signalement écrit à l'OFII, n'est pas suffisant.

Le procès-verbal est transmis par l'agent verbalisateur à l'OFII, en application de l'alinéa 2 de l'article L.8271-17 du code du travail¹¹¹. L'action de l'OFII, et donc la mobilisation de cet outil dissuasif en matière de lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et de l'immigration irrégulière, dépend en premier lieu de la transmission de l'intégralité des procédures à l'Office par les agents de contrôle habilités.

¹¹⁰ CAA Lyon n° 08LY01727 du 14 mai 2009 LE BŒUF DANS L'ASSIETTE.

¹¹¹ Dans certains départements, les procès-verbaux sont adressés au CODAF, qui les centralise et les transmet à l'OFII.

Par analogie avec la jurisprudence administrative relative à la contribution spéciale¹¹², lors de la procédure contradictoire, l'OFII n'est pas tenu de transmettre une copie du procès-verbal à l'employeur, ce qui ne constitue donc pas un vice procédure. Mais l'employeur peut en obtenir une copie s'il en fait la demande, expurgée de toute mention sans relation avec les faits qui servent de fondement au recouvrement de la contribution forfaitaire.

Nota

*Quid de l'effet de **la fin de la période transitoire** d'un nouvel Etat membre de l'UE à l'égard de la mise en recouvrement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire?*

Pendant la durée de la période transitoire, le salarié de cet Etat membre entrant reste soumis à autorisation de travail. Un employeur qui embauche pendant la période transitoire ce salarié sans autorisation de travail commet le délit d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

A la fin de la période transitoire, l'autorisation de travail n'est plus obligatoire.

Si cette embauche illégale constatée pendant la période transitoire a donné lieu à la mise en œuvre de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire, l'infraction d'emploi d'un salarié étranger, qui sert de support juridique au recouvrement de ces deux contributions, subsiste-t-elle après la fin de la période transitoire, pour permettre à l'OFII de poursuivre la procédure de recouvrement ?

Si l'infraction disparaît, est-il cependant possible de maintenir le recouvrement de ces contributions en tant que pénalités autonomes du droit pénal ?

Dans un arrêt de principe du 17 mars 1997¹¹³, le Conseil d'Etat a considéré que la fin de la période transitoire entraînait la fin de l'interdiction d'emploi sans titre de travail du ressortissant de l'Etat entrant dans l'UE et qu'il n'était plus possible de mettre en recouvrement la contribution spéciale qui a la nature d'une sanction.

La position du Conseil d'Etat était conforme à celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁴ qui considère que la fin de la période transitoire fait disparaître l'élément légal de l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Cette position de la Cour de cassation a fait l'objet d'un revirement dans un arrêt du 7 juin 2017¹¹⁵ fondé sur la jurisprudence de la CJUE du 6 octobre 2016.

Ce revirement d'analyse de la Cour de cassation se réfère à la jurisprudence communautaire, pour éviter d'encourager le trafic de main-d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un Etat ayant engagé le processus d'adhésion à l'Union européenne, ce qui serait contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union, tel qu'interprété

¹¹² CE. n° 398398 du 29 juin 2016 DLM SECURITE.

¹¹³ CE. n° 124588 du 17 mars 1997 ARDOUIN.

¹¹⁴ Cass. crim. n° 14-84459 du 3 novembre 2015 LESTBATIMENT.

¹¹⁵ Cass. crim. n° 15-87214 du 7 juin 2017 YROUD EUROPEENNE DE FLUIDES.

désormais par la Cour de justice dans son arrêt C-218/15 du 6 octobre 2016.

Dès lors, en vertu de cette jurisprudence, la fin de la période transitoire n'efface plus l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Il en résulte donc, sous réserve de confirmation par le juge administratif, et en référence à la décision de la CJUE du 6 octobre 2016, que l'OFII serait fondé à poursuivre le recouvrement de la contribution spéciale et de la contribution forfaitaire après la fin de la période transitoire, puisque le caractère infractionnel et répréhensible des faits justifiant la mise en recouvrement n'aurait pas disparu.

.C. Les sanctions et pénalités du code de la sécurité sociale

Le code de la sécurité sociale contient deux dispositions spécifiques relatives à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail (outre les dispositions relatives à la dissimulation d'emploi salarié).

.C.1. L'action récursoire contre l'employeur lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle d'un salarié étranger démuné de titre de travail et de séjour

Les organismes de protection sociale prestataires (CPAM, MSA, CGSS, ENIM) sont habilités à réclamer à l'employeur d'un salarié étranger employé sans titre de travail et de séjour le remboursement du coût de la prise en charge d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle survenu à ce salarié. Cette action récursoire en remboursement est prévue par l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et par l'article L.751-37 du code rural.

L'action récursoire en remboursement concerne à la fois le montant des prestations en nature (hospitalisation, consultations médicales, séances de kinésithérapie etc...) et le montant des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital à la victime ou à ses ayants-droit).

Le montant de ces prestations peut représenter des sommes élevées, ce qui constitue un outil efficace et précieux pour lutter contre ce type de fraude, car très dissuasif.

La mise en œuvre de l'action récursoire suppose que les organismes prestataires aient connaissance de l'emploi illégal du salarié étranger victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle. Le CODAF est sans doute l'instance qui permet d'organiser l'échange des informations de cette nature et de les porter à la connaissance des organismes de protection sociale prestataires, dans le cadre de l'alinéa 2 de l'article L.8271-5 du code du travail.

.C.2. Le refus des exonérations et des réductions de cotisations sociales

L'article 24 V de la loi du 23 décembre 2016¹¹⁶ a étendu, en modifiant l'article L.242-1-1 et l'alinéa 1^{er} de l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, à l'employeur d'un salarié étranger démuné d'autorisation de travail le refus du bénéfice des exonérations et des

¹¹⁶ Loi n° 2016-2027 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

réductions des cotisations et des contributions sociales, qui était limité à l'employeur auteur de travail dissimulé, notamment par dissimulation d'emploi salarié.

La sanction introduite par l'article 24 V vaut pour les rémunérations régularisées versées au salarié étranger employé sans titre de travail, ainsi que pour les rémunérations versées aux autres salariés embauchés par cet employeur.

Le refus des exonérations et des réductions n'est pas conditionné par l'existence préalable d'un procès-verbal ou d'une condamnation pénale. La mise en œuvre de cette mesure par les organismes de sécurité sociale suscite une réelle difficulté juridique dès lors que l'article L.8271-5 ou l'article L.8271-6-4 du code du travail qui lève le secret professionnel ne vise pas la mise en œuvre de cette sanction ; de plus, les agents des organismes de sécurité sociale ne sont pas habilités à constater l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Cette modification de la législation reste par ailleurs très symbolique, voire formelle, dans la mesure où la quasi-totalité des employeurs de salariés étrangers sans titre de travail font de la dissimulation d'emploi de ces salariés et pouvaient déjà faire l'objet de cette sanction en raison d'autres conditions d'emploi de ces salariés non conformes au code du travail.

.C.3. L'annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales

L'article 24 V de la loi du 23 décembre 2016 a également étendu, en complétant l'article L.133-4-2 du code de la sécurité sociale, à l'employeur d'un salarié étranger démuné d'autorisation de travail l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions des cotisations et des contributions sociales qui lui ont été accordées.

Cette sanction était limitée à l'employeur qui commet l'infraction de dissimulation d'emploi salarié.

L'emploi d'un salarié étranger doit être constaté par un procès-verbal, établi par un agent de contrôle habilité. L'organisme de recouvrement procède, dans la limite de la prescription applicable en matière de travail dissimulé, à l'annulation des réductions ou exonérations des cotisations ou contributions pratiquées au cours d'un mois civil, lorsque les rémunérations versées ou dues à un ou des salariés étrangers sans titre de travail au cours de ce mois sont au moins égales au Smic.

Lorsque les rémunérations au cours du mois sont inférieures à la rémunération mensuelle minimale mentionnée au deuxième alinéa, l'annulation est réduite à due proportion en appliquant aux réductions ou exonérations de cotisations ou contributions pratiquées un coefficient égal au rapport entre les rémunérations dues ou versées en contrepartie du travail accompli par le salarié étranger sans titre de travail et la rémunération mensuelle minimale¹¹⁷.

Pour procéder à l'annulation du bénéfice des exonérations et des réductions de cotisations sociales, un procès-verbal constatant l'infraction de travail dissimulé est donc nécessaire, contrairement au refus d'exonération ou d'abattement de l'article L.242-1-1 du code de la sécurité sociale.

¹¹⁷ Pour plus d'information, voir la circulaire DSS/5C/2006/304 du 6 juillet 2006 du ministère chargé de la sécurité sociale.

La mise en œuvre de cette mesure par les organismes de sécurité sociale suscite une réelle difficulté juridique dès lors que l'article L.8271-5 ou l'article L.8271-6-4 du code du travail, qui lève le secret professionnel, ne vise pas la mise en œuvre de cette sanction ; de plus, les agents des organismes de sécurité sociale ne sont pas habilités à constater l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Cette modification de la législation reste par ailleurs très symbolique, voire formelle, dans la mesure où la quasi-totalité des employeurs de salariés étrangers sans titre de travail font de la dissimulation d'emploi de ces salariés et pouvaient déjà faire l'objet de cette sanction en raison d'autres conditions d'emploi de ces salariés non conformes au code du travail.

Enfin, il est à noter que cette sanction ne s'applique pas au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage qui recourt, directement ou indirectement, à l'employeur d'un salarié étranger démuné de titre de travail. La loi du 23 décembre 2016 a (sans doute) oublié de modifier l'article L.133-4-5 du code de la sécurité sociale qui vise le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qui recourent à un employeur qui pratique de la dissimulation d'emploi salarié. La logique de l'article 24 V de la loi du 23 décembre 2016 aurait voulu cette extension à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Nota

La bonne application des dispositions du code de la sécurité sociale relatives au refus d'exonération ou de réduction de cotisations et de contributions sociales et relatives à l'annulation de ces avantages nécessite une circulation de l'information et des documents entre les agents de contrôle habilités qui constatent les situations d'emploi de salariés étrangers sans titre de travail et les organismes de protection sociale.

A cet effet, ces organismes sont destinataires, en application de l'article L.8271-6-4 du code du travail, des procès-verbaux de travail illégal établis par tous les agents de contrôle habilités. De façon plus générale, le secret professionnel est levé entre les organismes de protection sociale et les agents de contrôle habilités, en application de l'article L.8271-5 du code du travail.

Les articles L.8271-5 et L.8271-6-4 lèvent le secret professionnel et permettent la circulation et la transmission des informations et des documents utiles à l'action des organismes de protection sociale.

Mais la transmission des informations, des documents et des procès-verbaux sur le fondement des articles L.8271-5 et L.8271-6-4 du code du travail pour faire appliquer ces sanctions civiles présente une grande fragilité juridique. En effet, ces dispositions du code du travail ne visent que la perspective du recouvrement des cotisations et des contributions sociales qui sont dues aux organismes de protection sociale, ce qui n'est pas l'objet des articles L.242-1-1 et L.133-4-2 du code de la sécurité sociale.

.D. Les sanctions administratives

Les sanctions administratives sont les mesures contraignantes mentionnées dans le code du travail et prises par l'autorité administrative compétente, à la suite d'un constat d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, mentionné à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail¹¹⁸. Les sanctions administratives s'appliquent à toute personne mise en cause pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, établie en France ou à l'étranger (pour deux sanctions).

Les sanctions administratives ne s'appliquent pas aux autres infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère ; elles ne visent pas non plus le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui recourt, directement ou indirectement, à un employeur de salarié étranger sans titre de travail.

Les sanctions administratives sont les mêmes que celles prévues en matière de travail dissimulé. Lorsque l'affaire de travail illégal en cause porte à la fois sur de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail et sur du travail dissimulé, il est plus pertinent de mobiliser, à titre principal, les sanctions administratives sur le fondement du travail dissimulé, ce qui permet de mettre en cause le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage.

Lorsque la constatation de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail n'est pas directe, mais relève d'une requalification, celle-ci est opérée d'initiative par l'autorité administrative compétente, sous réserve d'un recours auprès de la juridiction compétente (le tribunal administratif pour les décisions préfectorales).

.D.1. Le refus des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

Il s'agit de la première sanction administrative inscrite dans le code du travail dès 1997. Le périmètre de cette mesure a été élargi depuis son insertion dans le code du travail¹¹⁹. Il s'agit d'une faculté de refus, qui n'intervient donc pas de plein droit¹²⁰, à la disposition de l'autorité administrative compétente.

Les aides publiques susceptibles de faire l'objet d'un refus sont mentionnées à l'article D.8272-1 du code du travail :

- .- le contrat d'apprentissage,
- .- le contrat unique d'insertion,
- .- le contrat de professionnalisation,
- .- la prime à la création d'emploi dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon,
- .- les aides des collectivités territoriales et de leurs groupements prévues aux articles L.1511-1 à L.1511-5 du code général des collectivités locales,

¹¹⁸ A ne pas confondre avec les peines complémentaires prononcées par le juge.

¹¹⁹ Voir également la circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

¹²⁰ Contrairement à la contribution spéciale et à la contribution forfaitaire.

.- les aides et subventions de soutien à la création, à la production et à la diffusion du spectacle vivant et enregistré.

En raison de sa nature, cette sanction ne concerne pas l'employeur établi à l'étranger.

L'autorité administrative compétente pour prendre la décision de refus est l'autorité gestionnaire de l'aide publique dont le refus est envisagé (Pôle Emploi, collectivité territoriale...).

La décision de l'autorité administrative est prise en tenant compte de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure à son bénéficiaire (*les conditions sont cumulatives*) et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du bénéficiaire ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

L'aide peut être refusée pendant une durée de cinq ans.

La décision de refus prise par l'autorité administrative se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le bénéficiaire pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail; ce procès-verbal doit avoir été relevé dans les douze mois qui précèdent la demande d'aide formulée par le bénéficiaire.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le bénéficiaire a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail. Le CODAF est le lieu privilégié où sont précisées les modalités d'information de l'autorité administrative compétente de l'existence d'une verbalisation à l'encontre d'une entreprise dénommée ; à défaut, cette sanction, dont la légitimité n'est pas discutée, risque de rester lettre morte.

Le préfet est informé de la décision de refus de versement de l'aide par l'autorité administrative décisionnaire.

.D.2. Le remboursement des aides publiques versées en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture (article L.8272-1 du code du travail)

La personne qui a bénéficié d'une ou des aides mentionnées au paragraphe **.D.1.** peut être tenue de rembourser l'aide ou les aides dont elle a bénéficiées.

En raison de sa nature, cette sanction ne concerne pas l'employeur établi à l'étranger.

La demande de remboursement, total ou partiel, est effectuée par l'autorité administrative qui l'a ou qui les a versées. Le remboursement se fonde sur l'existence préalable d'un procès-verbal relevé contre le bénéficiaire pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail; l'aide ou les aides dont le remboursement est demandé doivent avoir été versées dans les douze mois précédant l'établissement du procès-verbal.

L'autorité administrative est informée par le préfet de l'existence de la verbalisation dont le bénéficiaire a fait l'objet. Le préfet est en effet destinataire de toute la verbalisation relative au travail illégal, en application de l'article L.8271-1-3 du code du travail.

La demande de remboursement de l'aide ou des aides est prononcée au regard de la gravité des faits constatés, de la nature de l'aide sollicitée et de l'avantage qu'elle procure au bénéficiaire (*les conditions sont cumulatives*) et en tenant compte de sa situation économique, sociale et financière. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière du bénéficiaire ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, le bénéficiaire qui ne procède pas au remboursement de l'aide qui lui est notifié est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

.D.3. La fermeture temporaire de l'établissement ou l'arrêt temporaire de l'activité par le préfet (article L.8272-2 du code du travail)

Celui qui emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une mesure préfectorale (arrêté préfectoral) de fermeture de son établissement pour une durée n'excédant pas trois mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision de fermeture est prise par le préfet, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (*les conditions sont alternatives*), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La fermeture vise l'établissement qui a servi à commettre l'infraction. La mesure de fermeture administrative peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel de la personne visée; dans ce cas, l'arrêté préfectoral précise notamment qui procède à cette saisie conservatoire.

Pour les chantiers du bâtiment ou de travaux publics, la fermeture préfectorale prend la forme d'un arrêt de l'activité, après avis du maître d'ouvrage ou, à défaut, du *responsable du chantier*¹²¹.

Sur les autres lieux de travail temporaire (ex un chantier de nettoyage de locaux ou la distribution de prospectus), la décision préfectorale reste une mesure de fermeture temporaire de l'établissement.

La loi Travail du 8 août 2016¹²² a élargi le périmètre de fermeture lorsque l'activité est exercée sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics. En effet lorsque l'activité est achevée ou interrompue sur le chantier qui a fait l'objet du contrôle, le préfet peut prononcer l'arrêt de l'activité sur un autre site.

¹²¹ Le « *responsable du chantier* » est une expression familière non juridique, qui vise quelle personne dans le cas présent ?

¹²² Article 110 de la loi Travail ; alinéas 4 et 5 de l'article L.8272-2 du code du travail.

Nota

L'article L.8272-2 du code du travail ne précisait pas quelle était l'autorité préfectorale compétente lorsque l'arrêt d'activité envisagé concerne un autre chantier ou un autre site que celui sur lequel a été constatée l'infraction d'emploi d'un salarié sans titre de travail et qui est situé dans un autre département.

L'article 6 du décret du 5 mai 2017¹²³ comble cette lacune, en modifiant et complétant l'article R.8272-9 du code du travail.

Ainsi, lorsque l'autre site sur lequel l'entreprise exerce son activité est situé dans un département distinct de celui où a été constaté l'infraction ou le manquement, le préfet de ce département en informe le préfet du département dans lequel est situé l'autre chantier et lui communique les documents relatifs au constat de l'infraction ou du manquement, afin qu'il décide, le cas échéant, de l'arrêt de l'activité du site situé dans son département.

L'entreprise établie à l'étranger, et qui n'a donc pas d'établissement en France, peut cependant faire l'objet d'une mesure de suspension d'activité, dès lors qu'elle intervient sur un chantier du bâtiment ou de travaux publics.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin à l'intention du préfet par un agent de contrôle habilité en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire¹²⁴. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure préfectorale qui n'exécute pas la décision de fermeture de son établissement ou d'arrêt de son activité est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

¹²³ Décret n° 2017-825 du 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

¹²⁴ Sauf procédure de comparution immédiate.

.D.4. L'exclusion temporaire des contrats administratifs par le préfet (article L.8272-4 du code du travail)¹²⁵

Celui qui emploie un salarié étranger sans titre de travail peut faire l'objet d'une mesure préfectorale d'exclusion des contrats administratifs pour une durée n'excédant pas six mois. Il s'agit d'une décision discrétionnaire du préfet.

La décision d'exclusion est prise par le préfet, eu égard à la répétition ou à la gravité des faits constatés (*les conditions sont alternatives*), ainsi qu'au regard de la situation économique, sociale et financière de la personne visée par la mesure. Les critères relatifs à la situation économique, sociale et financière ont été ajoutés à la loi par décret, ce qui fragilise ces critères.

La mesure d'exclusion des contrats publics s'applique sans réserve particulière à l'entreprise établie hors de France.

La décision préfectorale se fonde, soit sur un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, soit sur un rapport spécifique établi à cette fin à l'intention du préfet par un agent de contrôle habilité.

La décision préfectorale est levée de plein droit en cas de classement sans suite, d'ordonnance de non lieu ou de relaxe prononcée par le juge. Cette précision est assez symbolique dès lors que la décision préfectorale intervient en principe bien plus rapidement que celle de l'autorité judiciaire¹²⁶. La décision du préfet n'a de sens que si elle est quasi concomitante à la constatation de l'infraction commise par la personne visée par la mesure.

En application de l'article L.8272-5 du code du travail, la personne visée par la mesure qui n'exécute pas la décision d'exclusion des contrats administratifs est passible d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 3 750 euros. Cette infraction est relevée par les agents de l'inspection du travail, les gendarmes et les policiers.

Nota

Dans une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, l'exclusion des contrats et des marchés publics de l'auteur de l'infraction est prévue par les textes suivants :

.- l'article 27 de la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal. Cette disposition prévoit l'exclusion automatique pendant 5 ans des contrats publics de celui qui a été condamné pour infraction à l'article L.341-6 du code du travail¹²⁷; il s'agit d'une exclusion de plein droit, qui ne dépend ni d'une décision spécifique du juge, ni du préfet. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction pénale prononcée.

¹²⁵ Les contrats administratifs sont principalement les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat public-privé. Voir également circulaire interministérielle du 28 novembre 2012 relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal.

¹²⁶ Sauf procédure de comparution immédiate.

¹²⁷ Devenu, lors de la recodification du code du travail, l'article L.8251-1 du code du travail.

.- l'article 45 4° a) et 5° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

.- l'article 39 4° a) et 5° de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relatives aux contrats de concession.

Les dispositions de ces deux ordonnances prévoient une interdiction générale et absolue de soumissionner pendant 3 ans, soit à compter de la date de la condamnation, soit à compter de la date de la décision préfectorale prise en application de l'article L.8272-4 du code du travail. L'exclusion intervient quel que soit la nature ou le quantum de la sanction pénale.

Toutefois, ces exclusions ne sont pas applicables à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a été condamnée avec sursis, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, et qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute.

.- l'article L.8256-3 2° du code du travail pour les personnes physiques et l'article L.8256-7 2° du code du travail pour les personnes morales, qui permettent au juge pénal de prononcer cette peine complémentaire facultative pour une durée de 5 ans ou plus ;

*.- l'article L.8272-4 du code du travail qui autorise le préfet à prononcer l'exclusion des contrats publics pendant six mois, sur le fondement d'un constat d'emploi de salarié étranger sans titre de travail effectué par un agent de contrôle habilité (**voir infra p.102**).*

Ainsi, contrairement à ce qui est parfois écrit, l'exclusion des contrats publics n'est pas réservée et limitée à une condamnation à une amende égale ou supérieure à 30 000 euros.

.D.5. Le retrait du titre de séjour de l'employeur

Le titre de séjour de l'employeur ressortissant étranger d'un salarié étranger sans titre de travail peut être retiré par le préfet.

L'article L.314-6 du CESEDA précise que la carte de résident peut être retirée à tout employeur, titulaire de cette carte, ayant occupé un travailleur étranger en violation des dispositions de l'article L.341-6 du code du travail¹²⁸.

En outre, l'employeur qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français en raison du retrait, prononcé en application des dispositions du présent article, de sa carte de résident peut, dans les trois années qui suivent cette obligation, se voir refuser le droit d'exercer une activité professionnelle en France.

¹²⁸ L'article L.314-6 du CESEDA n'a pas intégré la nouvelle codification du code du travail.

L'article L.313-5 du CESEDA précise que la carte de séjour temporaire ou la carte de séjour pluriannuelle peut également être retirée à tout employeur, titulaire de cette carte, en infraction avec l'article L.341-6 du code du travail¹²⁹. En outre, l'employeur qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français en raison du retrait, prononcé en application des dispositions du deuxième alinéa, de sa carte de séjour temporaire ou de sa carte de séjour pluriannuelle peut, dans les trois années qui suivent cette obligation, se voir refuser le droit d'exercer une activité professionnelle en France.

Le retrait du titre de séjour n'est pas conditionné par l'existence d'un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, ni par une condamnation de l'employeur.

Ces sanctions administratives ne s'appliquent pas à l'employeur de nationalité algérienne qui possède un certificat de résidence, qui n'est ni la carte de résident, ni la carte de séjour temporaire, ni la carte pluriannuelle.

.D.6. Le retrait du titre de séjour du salarié

Le titre de séjour d'un salarié étranger, en relation avec son emploi sans titre de travail, peut être retiré par le préfet dans deux situations bien circonscrites:

⇒ L'article L.313-15 du CESEDA prévoit que la carte de séjour temporaire ou la carte de séjour pluriannuelle peut également être retirée à tout étranger salarié qui méconnaît les dispositions de l'article L.341-4 du code du travail¹³⁰. L'article L.341-4 du code du travail, devenu l'article L.5221-5 du code du travail, précise qu'un étranger ne peut exercer une activité salariée sans avoir obtenu au préalable l'autorisation.

L'article L.313-15 du CESEDA vise l'hypothèse d'un étranger qui occupe un emploi salarié, en possédant un titre de séjour non salarié ; Il peut s'agir d'un étranger titulaire d'un titre de séjour visiteur ou d'un titre de séjour qui l'autorise à exercer uniquement une activité professionnelle en qualité de travailleur indépendant.

⇒ L'article L.313-15 du CESEDA prévoit que la carte de séjour temporaire ou la carte de séjour pluriannuelle générale portant la mention " étudiant " peut être retirée à l'étudiant étranger qui ne respecte pas la limite de 60 % de la durée de travail annuelle. En effet, en application de l'article L.313-17 du CESEDA, l'étudiant étranger titulaire de l'une de ces deux cartes a le droit d'exercer une activité salariée, sans autorisation préalable de l'administration, sous réserve de ne pas effectuer plus de 964 heures de travail salarié par an.

Ces sanctions administratives ne s'appliquent pas au ressortissant algérien qui possède un certificat de résidence, qui n'est ni la carte de résident, ni la carte de séjour temporaire « étudiant », ni la carte pluriannuelle.

L'employeur d'un étudiant étranger qui l'emploie au-delà du plafond annuel de 964 heures de travail (ou de 804 heures pour un étudiant algérien) commet l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail (**voir supra p.35**).

¹²⁹ L'article L.313-5 du CESEDA n'a pas intégré la nouvelle codification du code du travail.

¹³⁰ Idem.

Le retrait du titre de séjour du salarié n'est pas conditionné par l'existence d'un procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail à l'encontre de son employeur, ni par une condamnation de celui-ci.

.D.7. L'obligation de quitter le territoire français

En application du 8° de l'article L.511-1 du CESEDA, un ressortissant étranger qui exerce une activité salariée sans autorisation de travail pendant un court séjour en France d'une durée inférieure à 3 mois peut faire l'objet d'une décision préfectorale de quitter le territoire français (OQTF).

Cette sanction administrative peut trouver à s'appliquer à un salarié détaché ressortissant d'un Etat tiers pour lequel son employeur établi hors de France, n'a pas sollicité d'autorisation de travail.

De même, un salarié étranger détaché sur le territoire par son employeur établi hors de France, qui ne possède pas de titre de séjour au-delà de trois mois de travail et donc de présence sur le territoire français peut faire l'objet :

⇒ soit d'une mesure de droit commun d'éloignement du territoire français pour séjour irrégulier,

⇒ soit de la mesure de remise aux autorités d'un autre Etat de l'UE qui l'a admis à entrer ou à séjourner dans l'espace Schengen, en application de l'article L.531-1 du CESEDA.

5^{ème} partie

LES AGENTS DE CONTROLE HABILITES ET LEURS PREROGATIVES

Les agents de contrôle habilités et leurs prérogatives

.I. Quels sont les agents de contrôle habilités en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail ?

La liste des agents de contrôle habilités en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail est fixée par l'article L.8271-17 du code du travail qui mentionne:

- ⇒ les agents de contrôle de l'inspection du travail ;
- ⇒ les officiers et agents de police judiciaire de la gendarmerie et de la police ;
- ⇒ les agents de la direction générale des douanes et droits indirects.

Cette compétence vise trois infractions :

- ⇒ l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, *stricto sensu*, visée à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail,
- ⇒ l'emploi d'un salarié étranger avec une autorisation de travail non appropriée, visée à l'alinéa 2 de l'article L.8251-1 du code du travail,
- ⇒ le recours, direct ou indirect, à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail.

Les autres infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère relèvent de la compétence :

⇒ des agents de l'inspection du travail, pour celles qui constituent des infractions au code du travail ou pour celles pour lesquelles l'article L.8112-2 du code du travail leur a donné une compétence expresse et spécifique ; il s'agit des infractions relatives aux conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine des articles 225-13 à 225-15-1 du code pénal, de l'infraction de défaut de déclaration d'un hébergement collectif de la loi du 27 juin 1973, ainsi que des infractions des articles L.622-1 et L.622-5 du CESEDA relatives à l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers de salariés étrangers sur le territoire français.

⇒ des officiers et agents de police judiciaire de la gendarmerie et de la police pour toutes les autres infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère.

Tous les agents de contrôle habilités en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail sont également habilités en matière de travail dissimulé ; mais seules les trois catégories de l'article L.8171-17 disposent de la compétence pour verbaliser en matière d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

A défaut de pouvoir verbaliser, les autres agents de l'article L.8271-1-2 du code du travail habilités en matière de travail dissimulé sont en mesure de transmettre au procureur de la République un signalement sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale pour porter à sa connaissance une ou plusieurs infractions relevant de la sphère des trafics de main-d'œuvre étrangère.

.II. Quelles sont les prérogatives des agents de contrôle habilités ?

Les prérogatives des agents de contrôle en matière d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, d'emploi d'un salarié étranger sans le titre de travail approprié et de recours à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail sont fixées d'une part en dénominateur commun par le code du travail, et d'autre part par les textes particuliers qui régissent chacun des statuts des différents agents habilités. Lorsque le code du travail est muet sur une prérogative bien identifiée, l'exercice de cette prérogative se fait dans le cadre des textes particuliers, s'ils existent, propres à chaque catégorie d'agent habilité.

Ainsi, le code du travail ne contient aucune disposition relative au droit d'entrée dans les lieux ou les locaux professionnels ou à usage professionnel, sauf pour les agents de l'inspection du travail. Le droit d'entrée des autres agents mentionnés à l'article L.8271-17 du code du travail est régi par les dispositions spécifiques prévues par le code de procédure pénale ou le code des douanes, notamment pour se rendre chez le donneur d'ordre ou les autres personnes impliquées dans un trafic de main-d'œuvre étrangère.

.A. Les prérogatives communes aux agents de contrôle habilités

Les agents de contrôle habilités en matière d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail disposent de prérogatives communes mentionnées dans le code du travail.

Ces prérogatives communes, spécifiques à l'emploi illégal de la main-d'œuvre étrangère, sont peu nombreuses, car ces mêmes agents disposent par ailleurs de toutes les prérogatives en matière de lutte contre le travail dissimulé. Il est en effet très fréquent que l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail soit associé à du travail dissimulé, ce qui permet d'utiliser les prérogatives attachées à cette infraction.

.A.1. Le droit de rechercher l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

Le pouvoir de rechercher les trois infractions à la main-d'œuvre étrangère précitées a été introduit formellement dans le code du travail par la loi du 11 mars 1997. Cette mention, inscrite dans l'article L.8271-17 de ce code, est une précision fondamentale, destinée à dynamiser la politique de lutte contre le travail illégal et à sécuriser les procédures, lorsque l'agent habilité n'est pas un agent de l'inspection du travail.

Le droit de rechercher ces trois infractions autorise l'agent habilité, dès lors qu'il est dans l'exercice de ses fonctions, à utiliser directement ses pouvoirs, par exemple le droit d'entrée ou de contrôle sur pièce ou sur place d'un assujetti, pour vérifier si la situation de travail ne constitue pas l'une de ces trois infractions. Le constat de l'une de ces trois infractions ne s'effectue pas nécessairement de façon incidente ou subsidiaire, mais à titre principal et de façon spontanée, au même titre que les autres missions de contrôle dont est investi l'agent¹³¹.

La seule limite à la recherche de ces infractions à titre principal est que cette recherche doit s'inscrire dans le respect des textes qui régissent le statut de l'agent. Ainsi, si l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail est recherchée et constatée dans le cadre

¹³¹ Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.

d'un contrôle routier de véhicules à la circulation, l'agent doit justifier qu'au titre de ses fonctions, il a le droit d'arrêter et d'immobiliser un véhicule sur la voie publique et de procéder au contrôle du véhicule et/ou de l'activité de transport de ce véhicule.

.A.2. Le droit de constater l'infraction d'emploi d'un salarié étranger non autorisé à travailler

Le constat de l'une de ces trois infractions relatives à l'emploi de la main-d'œuvre étrangère emporte pour l'agent habilité le droit d'établir un procès-verbal, et pas simplement un rapport sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale ou une fiche de renseignement ou de liaison à l'intention de sa hiérarchie ou du procureur de la République.

Ce procès-verbal est établi selon les formes propres à chaque administration ou organisme auquel appartient l'agent de contrôle.

Contrairement à ce que prévoit l'article L.8271-8 du code du travail en matière de travail dissimulé, le procès-verbal ne fait pas foi jusqu'à preuve contraire, sauf en application de textes particuliers à leur statut pour les agents de l'inspection du travail et pour les agents de la direction générale des douanes et droits indirects.

Le procès-verbal est transmis directement au procureur de la République, ainsi qu'à l'OFII pour le recouvrement de la contribution spéciale et, le cas échéant, pour le recouvrement de la contribution forfaitaire de réacheminement (*voir supra p.87*). Un vice de procédure ne peut être invoqué au motif que l'envoi du procès-verbal n'a pas été effectué par la hiérarchie de l'agent verbalisateur ou sous son contreseing.

.A.3. La levée du secret professionnel

Introduite dans le code du travail par la loi du 31 décembre 1991 pour mieux lutter contre le travail illégal, elle ne concernait à l'origine que le travail dissimulé. La levée du secret professionnel a été ensuite étendue par la loi du 16 juin 2011¹³², notamment en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. La plupart des textes levant le secret professionnel est basée sur la réciprocité des échanges.

Les textes relatifs à la levée du secret professionnel sont rédigés pour en recevoir l'application la plus large. S'agissant de dispositions de nature législative; toute interprétation ou application restrictive de ces textes doit être juridiquement argumentée et documentée par un texte *contra*, de même nature, c'est-à-dire un texte législatif, ou par une jurisprudence idoine (qui, à ce jour, n'existe pas).

La levée du secret professionnel correspond en effet à un double objectif : donner son plein sens au caractère interministériel de la lutte contre le travail illégal, en amont du contrôle, pendant le contrôle et en aval de celui-ci ; sécuriser les procédures qui ne sont pas dès lors indûment assises sur une violation du secret professionnel ou du secret de l'enquête mentionné à l'article 11 du code de procédure pénale.

Ces dispositions du code du travail dispensent formellement les agents de contrôle habilités qui en disposent d'adresser des réquisitions ou d'exercer un droit de communication en direction des autres agents.

¹³² Article 84 III de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

Nota

La levée du secret professionnel inscrite dans le code du travail vise le champ du travail illégal.

Celui-ci est défini par l'article L.8211-1 du code du travail, qui ne vise que l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail. L'article L.8211-1 du code du travail, ne vise ni le recours à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, ni l'emploi d'un salarié étranger avec un titre de travail non approprié, ni les autres infractions en relation avec les trafics de main-d'œuvre étrangère.

La levée du secret professionnel doit rester circonscrite à cette seule infraction pour éviter de fragiliser les procédures.

.A.3.1. La levée du secret professionnel partagée et réciproque**.A.3.1.1. La levée du secret professionnel entre les agents de contrôle habilités**

L'article L.8271-2 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, dont font partie les agents de contrôle habilités en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, se communiquent réciproquement tous renseignements et tous documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Sous réserve de justifier de la qualité d'agent de contrôle habilité, ces échanges professionnels n'obéissent à aucun formalisme particulier. Ces échanges sont directs et n'ont pas à être validés par la hiérarchie ou être transmis par la hiérarchie.

Ces échanges sont susceptibles d'intervenir à tout moment.

L'intention du législateur est notamment de déroger de façon expresse au secret de l'enquête mentionné à l'article 11 du code de procédure pénale, qui prévoit lui-même cette possible dérogation par voie législative.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-2 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel ; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont visés par la levée du secret professionnel.

.A.3.1.2. La levée du secret professionnel avec des entités ou des organismes gestionnaires d'aides ou attributaires de droits

L'article L.8271-4 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal transmettent, sur demande écrite, aux agents du Centre national du cinéma et de l'image animée, des directions régionales des affaires culturelles, de Pôle Emploi, de l'Unedic et des collectivités territoriales tous renseignements et tous documents nécessaires à l'appréciation des droits ou à l'exécution d'obligations qui entrent dans le champ de leurs compétences respectives.

Ils disposent, dans l'exercice de leur mission de lutte contre le travail illégal, d'un droit de communication sur tous renseignements et documents nécessaires auprès de ces services.

Le droit de transmission exercé par l'agent habilité est conditionné par le respect d'un formalisme, puisqu'une demande écrite préalable est nécessaire de la part de l'entité ou de l'organisme gestionnaire destinataire.

A l'inverse, le droit de communication de l'agent habilité en direction de l'entité ou de l'organisme gestionnaire est exercé sans formalisme ; un écrit n'est pas nécessaire. Ainsi, une procédure d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail n'est pas viciée au motif que la DRAC a transmis, sur demande verbale, à un agent de contrôle habilité une décision de refus d'attribution de licence d'entrepreneur de spectacles ou qu'une mairie lui ait transmis, dans les mêmes conditions, une copie d'un permis de construire portant l'identité et l'adresse du maître d'ouvrage.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-4 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel ; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont visés par la levée du secret professionnel.

.A.3.1.3. La levée du secret professionnel avec les organismes de protection sociale

L'article L.8271-5 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent, sur demande écrite, obtenir des organismes chargés d'un régime de protection sociale tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de leurs missions en matière de lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

Ils transmettent à ces organismes, qui doivent en faire la demande par écrit, tous renseignements et tous documents permettant à ces derniers de recouvrer les sommes impayées ou d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées.

La levée du secret professionnel est conditionnée par le respect d'un formalisme réciproque puisqu'une demande écrite est nécessaire.

Les organismes de protection sociale sont, d'une part les organismes de recouvrement (Urssaf, MSA, CGSS, Enim, caisses de retraite complémentaire...) et d'autre part les organismes prestataires attributaires de sommes, d'aides ou d'avantages en espèces ou en nature.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont visés par la levée du secret professionnel.

.A.3.1.4. La levée du secret professionnel avec les agents du CLEISS

Le centre des liaisons européennes et internationales de sécurité sociale (CLEISS) est l'institution publique de référence chargée de contribuer à la bonne application des textes internationaux de sécurité sociale visant les personnes en mobilité. A ce titre, le CLEISS est l'interlocuteur privilégié de ses homologues à l'étranger ; il dispose d'une expertise sur les

textes applicables ; il gère la base SIRDAR recensant les certificats de détachement délivrés par les autres Etats de l'Union européenne (UE), de l'EEE ou par la Suisse.

L'article L.8271-5-1 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent transmettre aux agents du CLEISS tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de ses missions pour l'application des règlements et accords internationaux et européens de sécurité sociale.

De même, les agents du CLEISS peuvent transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

Cette disposition du code du travail est en grande partie redondante avec l'article L.8271-5 du code du travail puisque le CLEISS est un organisme de protection sociale.

Par nature, ces échanges visent essentiellement les entreprises étrangères qui détachent des salariés, pour la plupart de nationalité étrangère, en mobilité sur le territoire français.

Ces échanges professionnels se font entre agents personnes physiques, et ne sont soumis à aucun formalisme particulier.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5-1 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont visés par la levée du secret professionnel.

.A.3.1.5. La levée du secret professionnel avec les caisses de congés payés

L'article L.8271-5 du code du travail précise que les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent, sur demande écrite, obtenir des caisses de congés payés tous renseignements ou tous documents utiles à l'accomplissement de leurs missions en matière de travail dissimulé.

Ils transmettent à ces organismes, qui doivent en faire la demande par écrit, tous renseignements et tous documents permettant à titre principal à ces derniers de recouvrer les sommes impayées ou (accessoirement) d'obtenir le remboursement de sommes indûment versées.

La levée du secret professionnel est conditionnée par le respect d'un formalisme réciproque puisqu'une demande écrite est nécessaire.

La généralité, la radicalité et la simplicité de la rédaction de l'article L.8271-5 du code du travail n'excluent aucune information ou aucun document de la levée du secret professionnel; les procès-verbaux ou autres documents de cette nature sont visés par la levée du secret professionnel.

Cette disposition du code du travail présente sans doute davantage d'intérêt en matière de travail dissimulé *stricto sensu*, pour transmettre aux caisses de congés payés des informations relatives aux entreprises étrangères qui n'ont pas adhéré à la caisse de congés payés compétente pour verser les cotisations dues. En effet, la quasi-totalité des entreprises étrangères intervenant sur le territoire français dans des secteurs couverts par une caisse de

congés payés (bâtiment, travaux publics et spectacles notamment) sont tenues de verser les cotisations à cette institution.

.A.3.1.6. La levée du secret professionnel avec les agents du CNAPS

Le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) est chargé, au nom de l'Etat, de l'autorisation et du contrôle des professionnels de la sécurité privée. A ce titre, le CNAPS exerce trois missions: administrative, disciplinaire et de conseil et d'assistance à la profession.

En application de l'article L.8271-6-4 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent transmettre aux agents habilités par le directeur du CNAPS, mentionnés à l'article L.634-1 du code de la sécurité intérieure, tous renseignements et tous documents leur permettant d'assurer le contrôle des personnes exerçant les activités privées de sécurité pour tirer les conséquences d'une situation de travail illégal.

Les agents habilités par le directeur du CNAPS peuvent transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal tous renseignements et documents nécessaires à leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces échanges professionnels se font entre agents personnes physiques, et ne sont soumis à aucun formalisme particulier.

S'agissant des informations et des documents transmis par les agents de contrôle habilités en matière de travail dissimulé, il eut été plus judicieux de viser le CNAPS, es qualité et non pas ses agents, puisque seul le CNAPS, en tant qu'institution, peut refuser, retirer ou non renouveler l'autorisation d'exercer l'activité de sécurité privée.

.A.3.1.7. La levée du secret professionnel avec leurs homologues à l'étranger

En application de l'article L.8271-6 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal, ainsi que les autorités chargées de la coordination de leurs actions, peuvent échanger tous renseignements et tous documents nécessaires à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal avec les agents investis des mêmes compétences et les autorités chargées de la coordination de leurs actions dans les Etats étrangers.

Lorsque des accords sont conclus avec les autorités de ces Etats, ils prévoient les modalités de mise en œuvre de ces échanges. Mais *a contrario*, la levée transnationale du secret professionnel n'est pas liée à la conclusion d'un de ces accords ; un vice de procédure invoqué pour défaut d'accord bilatéral entre la France et un autre Etat fondant la levée du secret professionnel n'est pas caractérisé.

Cette disposition du code du travail, sans doute essentielle pour traiter les affaires de travail dissimulé du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre, trouve également un intérêt pour vérifier la nature, la validité et l'authenticité du document présenté par une entreprise étrangère établie dans un autre Etat de l'UE, de l'EEE ou de la Suisse qu'elle considère comme valant autorisation de travail sur le territoire français pour le ressortissant d'un Etat tiers qu'elle détache en France(*voir supra p.20*).

L'article L.8271-6 du code du travail ne peut avoir son plein effet et sa pleine utilité qu'à la condition d'une coopération loyale de la part des homologues étrangers.

.A.3.2. La levée du secret professionnel au seul bénéfice des agents de contrôle habilités

.A.3.2.1. En application de l'alinéa 2 de l'article L.8271-2 du code du travail, les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités à transmettre aux agents de contrôle habilités en matière de travail illégal tous renseignements et documents nécessaires à cette mission.

Cette transmission d'informations ou de documents n'est soumise à aucun formalisme. La communication s'effectue, soit de façon spontanée par les agents de la DGCCRF, soit à la demande des agents de contrôle habilités en matière de travail illégal.

Compte tenu de la spécificité des missions des agents de la DGCCRF, ces missions ont sans doute peu d'interférence avec l'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

.A.3.3. La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels

La levée du secret professionnel au bénéfice de partenaires institutionnels vise les procès-verbaux constatant une infraction relevant du champ du travail illégal.

.A.3.3.1. La levée du secret professionnel au bénéfice du préfet

En application de l'article L.8271-1-3 du code du travail, et pour la mise en œuvre des sanctions administratives prévues aux articles L.8272-1 à L.8272-4, le préfet reçoit copie des procès-verbaux relevant les infractions constitutives de travail illégal constatées par les agents de contrôle habilités.

Les sanctions administratives, objet de la levée du secret professionnel, sont le refus d'attribution des aides publiques ou leur demande de remboursement, la fermeture temporaire de l'établissement ou la suspension temporaire de l'activité et l'exclusion temporaire des contrats administratifs (*voir supra p.98*).

Ces sanctions administratives sont mises en œuvre, soit sur la base d'une copie du procès-verbal destiné au procureur de la République, soit sur la base d'un rapport spécifique établi à l'intention du préfet.

L'article L.8271-1-3 du code du travail déroge de façon expresse à l'article 11 du code de procédure pénale.

Le code du travail ne précise pas quelle est la personne qui adresse la copie du procès-verbal au préfet. Un vice de procédure ne peut donc être invoqué au motif que la transmission au préfet n'a pas été effectuée par l'agent verbalisateur, mais par sa hiérarchie ou le secrétaire du CODAF.

.A.3.3.2. La levée du secret professionnel au bénéfice de l'OFII

En application de l'alinéa 2 de l'article L.8271-17 du code du travail, l'agent de contrôle habilité qui relève un procès-verbal pour emploi d'un salarié étranger le transmet à l'OFII pour permettre à cet organisme de mettre en recouvrement la contribution spéciale et, le cas échéant, la contribution forfaitaire de réacheminement (*voir supra p.87*).

.A.3.3.3. La levée du secret professionnel au bénéfice de certains organismes de recouvrement

En application de l'article L.8271-6-4 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal communiquent leurs procès-verbaux à l'Urssaf, à la CGSS et à la MSA qui procèdent à la mise en recouvrement des cotisations et contributions qui leur sont dues sur la base des informations contenues dans ces procès-verbaux.

Bien qu'introduite très récemment dans le code du travail¹³³, cette disposition appelle les remarques suivantes :

- elle fait double emploi avec l'article L.8271-5 du code du travail qui prévoyait déjà cette transmission de procès-verbaux,

- elle est plus restrictive que l'article L.8271-5 du code du travail car elle ne prévoit la transmission des procès-verbaux qu'au bénéfice de trois organismes de recouvrement ; en sont exclus les organismes de recouvrement des non salariés non agricoles et les caisses de retraite complémentaire. Pour ces autres organismes de recouvrement, l'article L.8271-5 du code du travail reste la référence juridique.

- elle est plus restrictive que l'article L.8271-5 du code du travail car elle ne prévoit pas que ces procès verbaux autorisent la mise en œuvre du refus d'exonération ou d'abattement de cotisations ou contributions sociales, ni leur annulation.

- elle est très contraignante pour les organismes de recouvrement qui sont tenus par le contenu des procès-verbaux qui les lie ; seul un contentieux futur permettra de savoir si les organismes de recouvrement peuvent s'abstraire du contenu de ces procès verbaux, pour le compléter ou le rectifier (identification du véritable employeur, nombre ou identité des salariés erroné, qualification ou incrimination erronée...).

.A.4. L'accès à des documents sociaux ou à des sources d'information

L'accès à des documents sociaux et à des sources d'information, en matière de lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, est prévu par une disposition générale et par une disposition spécifique du code du travail.

⇒ De façon générale, l'article L.8271-6-2 du code du travail précise que, pour la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal, les agents de contrôle peuvent se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions du code du travail relatives à la lutte contre le travail illégal et des dispositions du code du travail relatives à la législation applicable aux entreprises étrangères qui détachent des salariés sur le territoire français.

Appliquée à la lutte contre l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, cette disposition permet donc de vérifier la nationalité du salarié employé et de demander la présentation du document valant autorisation de travail et/ou de leur copie ; cette disposition du code du travail permet sans doute également de demander la présentation du registre unique du personnel (RUP). Elle permet également de demander soit de justifier des diligences effectuées auprès de l'administration pour vérifier l'authenticité du titre de travail et de la

¹³³ Article 24 V de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

réponse de l'administration, soit de justifier de l'inscription du salarié étranger à Pôle Emploi, soit de demander la communication du contrat de mise à disposition lorsque le salarié étranger est un intérimaire d'une entreprise de travail temporaire.

Si le RUP et la copie du titre valant autorisation de travail sont présentés par l'employeur, la vérification de la nationalité se fait auprès de l'employeur et/ou du salarié et la présentation de l'autorisation de travail par le salarié étranger, qui en possède l'original, en cohérence avec l'article R.5221-46 du code du travail.

⇒ De façon plus particulière, l'alinéa 2 de l'article L.8271-19 du code du travail prévoit que les agents de l'inspection du travail, individuellement désignés et dûment habilités, peuvent avoir accès aux traitements automatisés des titres de séjour des étrangers qui sont gérés par les préfectures. Il existe à cet effet un traitement national des titres de séjour dénommé AGDREF (application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France), sous la responsabilité du ministère de l'intérieur, dont dispose chaque préfecture ; cette base de données est donc accessible aux agents de l'inspection du travail en application de cette disposition expresse du code du travail, sans préjudice du même droit d'accès dont jouissent les agents de la douane, la gendarmerie et la police, en application de textes qui leurs sont propres.

.A.5. Le droit d'obtenir une copie immédiate de documents

L'article L.8271-6-2 du code du travail dispose que l'agent de contrôle habilité qui se fait présenter les documents qu'il mentionne peut en obtenir une copie immédiate ; il s'agit d'un droit ciblé et limité (bien qu'étendu), qui ne vise pas tous les documents que l'agent de contrôle habilité a le droit de se faire présenter.

Appliquée à la lutte contre l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, cette disposition du code du travail signifie, par exemple, que l'agent de contrôle peut obtenir une copie de la demande de vérification du titre de travail que l'employeur a transmis à l'administration (préfecture ou service moe de la Direccte ou de la Dieccte), ou une copie du contrat de mise à disposition avec l'entreprise de travail temporaire ou une copie du titre de travail.

La mise en œuvre effective de ce droit est conditionnée par le lieu et les circonstances du contrôle; un contrôle hors lieu ou local sédentaire ou fixe rend difficile ou impossible la copie sur place des documents, faute de moyen de reproduction disponible. Dans ce cas, la copie des documents est réalisée dès que possible, sans que ce report devienne dilatoire ou constitue un obstacle à fonctions.

.A.6. Le droit d'audition

En application du premier alinéa de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, tout employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature des activités de cette personne, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature.

De même, ils peuvent entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.

Ces auditions ne sont pas obligatoires et ne sont soumises à aucun formalisme, sauf lorsque la personne auditionnée est susceptible d'être mise en cause au plan pénal.

Dans ce cas, et conformément à l'article 28 du code de procédure pénale, cette audition est entourée des garanties procédurales de l'article 61-1 de ce même code¹³⁴.

.A.7. Le droit d'établir un procès-verbal d'audition

En application de l'alinéa 3 de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les auditions auxquelles procèdent les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé par leurs soins et par les personnes entendues.

.A.8. Le contrôle d'identité

En application de l'alinéa 4 de l'article L.8271-6-1 du code du travail, les agents de contrôle habilités en matière de travail illégal peuvent demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils recueillent les déclarations dans l'exercice de leur mission de justifier de leur identité et de leur adresse.

Ce contrôle d'identité concerne toute personne en activité, y compris celle qui est déclarée ou qui se déclare lors du contrôle stagiaire, bénévole, amateur, ou être une relation amicale...

S'agissant du contrôle de l'emploi d'un salarié étranger, ce contrôle d'identité est de fait acquis par la présentation de l'autorisation de travail. Mais si celle-ci ne suffit pas ou n'existe

¹³⁴ Article 61-1 du CPP La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée :

1° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;

2° Du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ;

3° Le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ;

4° Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;

5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat ;

6° De la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

La notification des informations données en application du présent article est mentionnée au procès-verbal. Si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition.

Le présent article n'est pas applicable si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire.

pas, le contrôle d'identité est réalisé par la présentation de tout autre document original officiel attestant de l'identité et de la nationalité de la personne en activité.

.A.9. Le recours à un interprète

En application de l'article L.8271-3 du code du travail, lorsqu'ils ne relèvent pas des services de la police ou de la gendarmerie, les agents de contrôle habilités peuvent solliciter des interprètes assermentés inscrits sur l'une des listes prévues à l'article 157 du code de procédure pénale. Cette disposition a vocation à s'appliquer pleinement lors d'enquête ou de contrôle relatif aux conditions d'emploi de ressortissants étrangers.

Lorsque l'agent de contrôle appartient au corps de l'inspection du travail, il peut se faire accompagner lors de ses visites de cet interprète, qui bénéficie ainsi d'un droit d'entrée équivalent.

.B. Les prérogatives propres aux agents de contrôle habilités

Chaque agent de contrôle habilité en matière de travail illégal dispose à titre principal des prérogatives d'enquête et d'investigation qui sont mentionnées dans les textes qui régissent son statut.

Ces textes concernent la compétence territoriale, la compétence professionnelle en raison de l'activité de l'entreprise, du lieu de l'activité ou de l'objet du contrôle, le droit d'entrée, le droit de saisie, le droit de retenue ou de garde à vue, le droit de faire des réquisitions, le droit de prélèvement etc.

Ces prérogatives particulières trouvent à s'appliquer dans les affaires de trafics de main-d'œuvre étrangère, de conditions de rémunération, de travail ou d'hébergement indignes, de travail forcé, de réduction en servitude et de traite des êtres humains, qui concernent bien d'autres infractions à la loi.

Le droit d'entrée dans des lieux ou des locaux où s'exerce une activité à l'occasion de laquelle sont employés des salariés étrangers susceptibles ne pas posséder d'autorisation de travail est sans doute la prérogative la plus importante à respecter pour éviter un vice de procédure ; ce droit d'entrée est propre à chaque agent, en fonction de son administration de rattachement, de son affectation ou de son statut¹³⁵ ; il en est de même pour le droit d'entrée dans les hébergements de salariés.

Par ailleurs, certains agents de contrôle ont la possibilité de constater un délit d'obstacle à leurs fonctions lorsqu'ils font l'objet d'un comportement, notamment de la part de la personne contrôlée, qui porte atteinte à leurs prérogatives et entrave la bonne conduite de leur mission.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse pas d'une prérogative propre, mais partiellement partagée, il convient de citer le droit pour les seuls agents de l'inspection du travail, de la gendarmerie

¹³⁵ Voir not. Cass. civ. 2 n° 15-85883 du 15 novembre 2016 FESTIVAL DES VOIX DU GAOU qui valide le droit d'entrée d'un agent de l'Urssaf dans l'enceinte d'un festival dans le cadre d'un contrôle de travail dissimulé.

et de la police de constater le délit de non déclaration d'un hébergement collectif de salariés à la préfecture ou à l'inspection du travail (**voir supra p.77**).

Nota

Lorsque l'agent de contrôle dispose d'une prérogative à la fois au titre du code du travail et au titre des textes applicables à son statut, le texte applicable lors du contrôle est celui qui se rattache au cadre juridique dans lequel il choisit d'exercer cette prérogative¹³⁶.

Ainsi, le droit d'audition prévu par le code du travail en matière de travail illégal et par la plupart des autres textes régissant chacun des statuts des différents agents habilités.

¹³⁶ Cass. civ. 2 n° 15-16110 du 7 juillet 2016 FORMACAD.

6^{ème} partie

Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Les droits du salarié étranger employé sans titre de travail

.I. Quels sont les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail ?

Dès 1955, l'arrêt *Garage du Lauriston*¹³⁷ a posé le principe de la reconnaissance de droits sociaux au salarié étranger employé sans titre de travail, malgré l'interdiction d'emploi d'ordre public d'un étranger démuné de titre de travail.

Le salarié étranger employé sans titre de travail bénéficie de droits sociaux (législation du travail et protection sociale) qui sont moins favorables que ceux du salarié dissimulé, même si des points communs existent et sont à bien identifier.

Par ailleurs, le salarié étranger employé sans titre de travail est très souvent un salarié dissimulé, qualité dont il peut faire exclusivement état devant le juge. En fonction des conditions de son embauche et de son emploi, la saisine du juge se fera, au choix du salarié, soit en qualité de salarié dissimulé, soit en qualité de salarié étranger sans titre de travail. L'une de ces qualités ne prévaut pas sur l'autre.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le salarié étranger employé sans titre de travail n'est pas dissimulé qu'il devra nécessairement saisir le juge en cette qualité exclusive.

Enfin, seul le fait d'être employé sans titre de travail ouvre des droits sociaux au salarié étranger ; le fait d'être employé sans titre de séjour ne lui ouvre aucun droit particulier au titre de la législation sociale.

Nota

Lorsqu'un agent de contrôle habilité constate l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, il lui remet, en application de l'article R.8252-1 du code travail une notice d'information présentant les droits sociaux dont il dispose ; cette notice est rédigée, outre le français, en six langues étrangères différentes¹³⁸.

.A. La législation du travail¹³⁹

Le salarié étranger employé sans titre de travail est assimilé à compter de la date de son embauche à un salarié régulièrement engagé¹⁴⁰.

.A.1. La législation du travail (code du travail et convention collective) lui est applicable dans son intégralité, sous réserve des précisions et des exclusions apportées par la chambre sociale de la Cour de cassation.

¹³⁷ Cass. soc. 9 juin 1955 Bull. civ. IV n° 507 Sarl GARAGE DU LAURISTON.

¹³⁸ Modèle fixé par un arrêté du 30 novembre 2011 du ministre chargé de l'immigration (**voir infra p.191 en annexe** la version française de la notice d'information).

¹³⁹ **Voir infra p.183 en annexe** le détail des droits.

¹⁴⁰ Article L.8252-1 du code du travail.

⇒ Le salarié étranger employé sans titre de travail, sauf s'il n'est pas dissimulé et qu'il possède des documents attestant du contraire, est réputé être embauché en contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet.

⇒ Le salarié étranger bénéficie, outre le paiement de la totalité de sa rémunération, de l'indemnité compensatrice de préavis, de l'indemnité compensatrice de congés payés, de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement¹⁴¹, de la remise de ses bulletins de paie et de son certificat de travail. Il peut obtenir des dommages et intérêts en raison du préjudice qu'il a subi du fait de la perte de son emploi illégal, 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 possible¹⁴².

⇒ Pour priver le salarié étranger des indemnités de rupture de son contrat de travail à l'initiative de l'employeur, celui-ci doit faire état d'une faute grave distincte de l'irrégularité de sa situation administrative, telle que la présentation de faux papiers pour se faire embaucher¹⁴³.

S'agissant de sa rémunération, l'article L.8252-2 1° du code du travail dispose que celle-ci correspond à une période d'emploi présumée d'une durée de trois mois, sauf preuve contraire apportée par le salarié ou l'employeur.

Cette présomption d'antériorité d'emploi est déconnectée du régime juridique de l'antériorité d'emploi de la dissimulation d'emploi salarié qui ne prévoit pas une présomption équivalente au bénéfice du salarié dissimulé, ce qui la rend peu compréhensible car limitée à une seule catégorie de salarié employé de façon illégale.

Le salarié étranger employé sans titre de travail, victime d'un accident du travail, est protégé par les articles L.1226-7 et suivants du code du travail. Ainsi, ce salarié, qui serait licencié de fait parce que victime d'un accident du travail, peut invoquer la nullité de cette mesure, en application de l'article L.1226-13 du code du travail.

.A.2. Les précisions apportées par la chambre sociale de la Cour de cassation limitent cependant les droits du salarié étranger lorsqu'il est privé de son emploi parce qu'il ne possède pas d'autorisation de travail :

⇒ le fait de ne pas posséder une autorisation de travail constitue pour l'employeur une cause objective de rupture de la relation de travail¹⁴⁴ ; il ne s'agit donc pas d'un licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse lorsque la rupture du contrat intervient pour ce motif.

⇒ mais si l'employeur invoque exclusivement une faute du salarié liée à la réalité de sa situation administrative (fausse déclaration ou présentation de faux papiers ou identité usurpée), il s'agit d'un licenciement dont le bien fondé est soumis à l'appréciation du juge. L'employeur s'est en effet placé sur le terrain de la faute et n'invoque plus l'irrégularité de sa situation administrative.

¹⁴¹ Cass. soc. n° 13-17745 du 1^{er} octobre 2014 MONOP.

¹⁴² Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE; Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA.

¹⁴³ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

¹⁴⁴ Cass. soc. n° 13-17745 du 1^{er} octobre 2014 MONOP.

⇒ puisqu'il ne s'agit pas d'un licenciement, mais d'une rupture pour cause objective, la procédure individuelle de licenciement n'est pas applicable ; la notification écrite de la fin de l'emploi n'est pas une lettre de licenciement. Le salarié étranger ne peut réclamer de dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement.

⇒ 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 disciplinaire¹⁴⁵.

⇒ bien que la procédure individuelle de licenciement ne soit pas applicable, le salarié bénéficie des indemnités de rupture, c'est-à-dire indemnité compensatrice de préavis et indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. Mais ces indemnités de rupture ne se cumulent pas avec l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire ; le salarié reçoit la somme la plus élevée.

⇒ les indemnités de rupture ne sont pas dues si le salarié étranger est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers¹⁴⁶.

⇒ le salarié étranger employé sans titre de travail est fondé à obtenir des dommages et intérêts, en sus des indemnités de rupture, s'il justifie d'un préjudice particulier non réparé¹⁴⁷.

⇒ l'employeur n'a pas l'obligation de lui remettre l'attestation destinée à Pôle Emploi puisque l'irrégularité de sa situation administrative ne lui permet pas de s'inscrire à Pôle Emploi et de percevoir des allocations de chômage¹⁴⁸.

⇒ le salarié étranger employé sans titre de travail n'est pas couvert par la protection exorbitante du droit commun en matière de licenciement, qui est reconnue aux représentants du personnel¹⁴⁹.

⇒ la salariée en état de grossesse, dont le titre de travail n'est pas renouvelé par l'administration, ne peut bénéficier de la protection de la femme enceinte prévue par le code du travail, interdisant ou limitant le licenciement¹⁵⁰.

⇒ l'employeur n'a pas vocation à obtenir des dommages et 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-ci¹⁵¹.

.A.3. L'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire

Le salarié étranger employé sans titre de travail a droit, en sus de ce qui précède, au versement d'une indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire, en application de l'article L.8252-2 2° du code du travail.

¹⁴⁵ Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP.

¹⁴⁶ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

¹⁴⁷ Dernier alinéa de l'article L.8252-2 du code du travail.

¹⁴⁸ Cf. article L.5411-4 du code du travail.

¹⁴⁹ CE n° 74346 du 13 avril 1988 INFORMATIS ; Cass. soc. n° 08-40923 du 5 novembre 2009 MEDIAPOST.

¹⁵⁰ Cass. soc. n° 15-27928 du 15 mars 2017.

¹⁵¹ Cass. soc. n° 11-23920 du 13 février 2013 SOCIETE CYNOPHILE.

Cette indemnité forfaitaire n'est pas due et elle est remplacée, si la solution est plus favorable compte tenu de l'ancienneté du salarié, par l'indemnité compensatrice de préavis et par l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement¹⁵².

Lorsque le salarié étranger employé sans titre de travail est également un salarié dissimulé, l'indemnité forfaitaire de trois mois est remplacée par l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire prévue par l'article L.8223-1 du code du travail pour emploi dissimulé.

L'indemnité forfaitaire est due quel que soit la durée de l'emploi ou le nombre d'heures de travail accomplies. L'indemnité est versée quelles que soient les modalités de son emploi, y compris lorsqu'il est employé sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de salarié détaché a priori dispensé d'autorisation de travail en raison de sa nationalité.

L'indemnité est due, quelles que soient les modalités de la rupture de son contrat de travail, à l'initiative de son employeur ou à son initiative.

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 document¹⁵³.

L'indemnité forfaitaire n'est pas due lorsque le salarié est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers¹⁵⁴.

On peut considérer que l'indemnité forfaitaire n'est pas soumise à cotisations sociales, par analogie avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative à l'indemnité forfaitaire de six mois pour travail dissimulé¹⁵⁵; le montant versé au salarié correspond au montant du salaire brut. De même, par la même analogie, on peut considérer que la prescription de l'action en paiement de l'indemnité forfaitaire de trois mois devant le conseil de prud'hommes est de trente ans¹⁵⁶, sous réserve désormais de l'application des dispositions de l'article 2224 du code civil qui fixe, depuis 2008, à cinq ans la prescription de toute action civile en paiement.

L'indemnité forfaitaire s'ajoute aux dommages et intérêts versés en raison du préjudice particulier subi par le salarié en raison de son emploi illégal.

Contrairement à l'obtention de l'indemnité forfaitaire équivalente à six mois de salaire pour le salarié dissimulé, le versement de l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire par l'employeur n'est pas conditionné par la preuve de l'emploi intentionnel du salarié étranger sans titre de travail.

¹⁵² Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 L'AUDACIEUSE.

¹⁵³ Cass. soc. n° 07-40434 du 26 juin 2008 SOCIETE EUROPEENNE DE DESOSSAGE KOENING.

¹⁵⁴ Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS.

¹⁵⁵ Cass. soc. n° 06-44964 du 20 février 2008 AMBULANCES LES SAULES.

¹⁵⁶ Cass. soc. n° 04-42208 du 10 mai 2006.

.B. La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail

La protection sociale du salarié étranger employé sans titre de travail est limitée et moins étendue que celle du salarié dissimulé.

La protection sociale de droit commun lui est refusée, à l'exception notable cependant de la protection sociale en matière d'accident ou de maladie professionnelle.

.B.1. La protection sociale de droit commun, notamment au titre de l'assurance maladie, lui est refusée en application des dispositions inscrites dans le code de la sécurité sociale. En effet, l'arrêté du 10 mai 2017¹⁵⁷, pris en application des articles L.111-2-3, L.115-6 et R.111-3 du code de la sécurité sociale, énumère les titres de séjour et/ou de travail dont doit disposer un ressortissant étranger pour bénéficier des prestations sociales. En règle générale, un salarié étranger employé sans titre de travail ne dispose pas de titre de séjour, ce qui explique l'absence d'ouverture de droits¹⁵⁸.

L'exclusion de la protection sociale de droit commun vaut même si le salarié étranger a reçu des bulletins de paie et que son employeur a versé ses cotisations aux organismes de protection sociale

Par dérogation à cette règle, le salarié étranger employé sans titre de travail (et de séjour) bénéficie cependant de l'aide médicale d'Etat (AME), en application des articles L.251-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles. Mais cette prise en charge est sans lien avec sa qualité de salarié.

.B.2. Le salarié étranger employé sans titre de travail est couvert par la législation en matière d'accident du travail, à l'identique de tout autre salarié. Cette protection résulte de la rédaction de l'article L.374-1 du code de la sécurité sociale. Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS).

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si l'accident du travail est déclaré à la sécurité sociale (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...).

L'employeur a l'obligation de déclarer l'accident du travail à la sécurité sociale le jour de sa survenance ou, au plus tard, dans les 24 heures (article L.441-2 du code de la sécurité sociale) ou dans les 48 heures (article L.751-26 du code rural), mais cette déclaration n'est pas effectuée par l'employeur si le salarié est un étranger employé sans titre de travail.

A défaut, le salarié étranger victime de l'accident du travail, ou ses représentants ou ayants-droit, dispose d'un délai de 2 ans pour le déclarer à la sécurité sociale, en application de l'article L.441-2 du code de la sécurité sociale.

Ne pas déclarer un accident du travail ne présente aucun intérêt pour un salarié étranger employé sans titre de travail, surtout si cet accident a causé son licenciement de fait, ou si

¹⁵⁷ Arrêté du 10 mai 2017 de la ministre chargée de la sécurité sociale et du ministre de l'intérieur (JO du 11 mai 2017).

¹⁵⁸ A contrario, le salarié étranger employé sans titre de travail bénéficie de cette protection sociale si, par exception, il possède l'un des titres de séjour mentionnés dans l'arrêté du 10 mai 2017.

cet accident est grave ou a provoqué le décès du salarié. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cet accident.

Déclarer l'accident du travail peut permettre également au salarié étranger de régulariser sa situation administrative. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'un accident du travail obtient de plein droit une carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale (VPF), en application de l'article L.313-11 9° du CESEDA, lorsqu'à la suite de cet accident du travail il perçoit une rente d'invalidité pour un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20%. La carte de séjour temporaire VPF l'autorise à exercer toute activité professionnelle de son choix. S'il séjourne en France de façon régulière, il reçoit de plein droit une carte de résident, en application de l'article L.314-11 3° du CESEDA.

Nota

Lorsque le salarié étranger sans titre de travail qui est victime d'un accident du travail est un salarié détaché sur le territoire français, la déclaration de son accident obéit à des règles particulières fixées par les articles L.1262-4-4 et R.1262-2 du code du travail.

La déclaration d'accident du travail est effectuée par l'employeur du salarié détaché, lorsque cet employeur intervient en France pour son propre compte ; elle est effectuée par le donneur d'ordre dans le cadre d'une prestation de services internationale, par l'entreprise utilisatrice dans le cas d'un détachement d'un salarié intérimaire par une entreprise de travail temporaire ou par l'entreprise d'accueil lorsque le salarié est détaché dans le cadre d'une mobilité internationale intragroupe.

La déclaration est effectuée, dans les deux jours ouvrables, au guichet unique du centre national des firmes étrangères (CNFE) de l'Urssaf de Strasbourg, lorsque le salarié détaché n'est pas couvert par un certificat de détachement ; elle est effectuée auprès de l'inspection du travail, lorsque le salarié est titulaire de ce document.

.B.3. Le salarié étranger employé sans titre de travail est couvert par la législation en matière de maladie professionnelle, à l'identique de tout autre salarié. Cette protection résulte de la rédaction de l'article L.374-1 du code de la sécurité sociale.

Il bénéficie des prestations en nature (hospitalisation, soins, rééducation, prescriptions médicales) et des prestations en espèces (indemnités journalières, rente, capital). Il peut assigner son employeur en faute inexcusable devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Bien entendu, cette protection n'est actionnée que si le caractère professionnel de sa maladie est reconnu. Il appartient au salarié victime d'initier les démarches pour faire reconnaître une maladie professionnelle. Le salarié adresse une déclaration¹⁵⁹ à la caisse compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...), accompagné d'un certificat du médecin traitant et

¹⁵⁹ Imprimé S6100b.

d'une attestation de salaire remise par l'employeur¹⁶⁰. Le dépôt de ce dossier déclenche une enquête de la caisse qui décide si la maladie revêt ou non un caractère professionnel. Le dépôt du dossier auprès de la caisse s'effectue dans un délai de 2 ans à compter de la cessation de l'activité exposant au risque ou de la date à laquelle le salarié est informé du lien possible entre sa maladie et son activité professionnelle.

Pour le salarié étranger employé sans titre de travail, le risque est que son employeur refuse de remplir l'attestation de salaire, ce qui ne doit pas le dissuader de déposer un dossier incomplet, qui sauvegardera ses droits.

Ne pas déclarer une maladie professionnelle ne présente aucun intérêt pour un salarié étranger employé sans titre de travail, surtout si cette maladie a des conséquences graves sur sa santé. Le salarié ou ses ayants-droit ne trouvent donc que des avantages à déclarer eux même, et par précaution pour préserver leurs droits, cette maladie professionnelle.

Déclarer la maladie professionnelle peut permettre également au salarié étranger de régulariser sa situation administrative. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'une maladie professionnelle obtient de plein droit une carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale (VPF), en application de l'article L.313-11 9° du CESEDA, lorsqu'à la suite de cette maladie professionnelle il perçoit une rente d'invalidité pour un taux d'incapacité permanente égal ou supérieur à 20%. La carte de séjour VPF l'autorise à exercer toute activité professionnelle de son choix. S'il séjourne en France de façon régulière, il reçoit de plein droit une carte de résident, en application de l'article L.314-11 3° du CESEDA.

Nota

*En application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural, la CPAM ou la caisse de MSA dispose d'une action récursoire contre l'employeur du salarié étranger employé de façon irrégulière (et de surcroît dissimulé) pour se faire rembourser la totalité du coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, ce qui peut représenter des sommes considérables et donc dissuasives (**voir supra p. 95**).*

.II. La mise en œuvre des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Nota

Dès lors que la très grande majorité des salariés employés sans titre de travail sont également des salariés dissimulés, le salarié étranger employé dans titre est fondé à faire valoir ses droits en faisant état exclusivement de sa qualité de salarié dissimulé. Ce n'est que dans l'hypothèse où il ne fait pas état de cette qualité de salarié dissimulé (par ignorance ou par stratégie) que les développements qui suivent sont pertinents, par défaut.

¹⁶⁰ Pour davantage de précisions sur la procédure, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr.

Avant d'engager une action judiciaire, quelle qu'elle soit, le salarié étranger employé sans titre de travail a la faculté de s'adresser à l'inspection du travail du lieu de son emploi. La saisine de l'inspection du travail peut lui permettre d'obtenir plus rapidement la régularisation de sa situation, puisque l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail constitue également un délit passible du tribunal correctionnel dont la perspective, à cause de la visite de l'agent de l'inspection du travail, peut conduire l'employeur à remettre sans délai le salarié dans ses droits, voire à demander ou à appuyer sa régularisation administrative.

Si cette démarche est vaine ou n'est pas effectuée, le salarié étranger employé sans titre de travail dispose de la voie judiciaire.

Par ailleurs, l'article R.8252-1 du code du travail prévoit que le salarié étranger employé sans titre de travail dont l'employeur est contrôlé par un agent habilité se fait remettre par celui-ci un document l'informant de ses droits mentionnés à l'article R.8252-2; ce document est rédigé, outre le français, en six langues pour lui être accessible et profitable¹⁶¹.

.A. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la législation du travail

.A.1. Quelle(s) juridiction(s) saisir ?

Le salarié étranger employé sans titre de travail a le choix entre la voie civile (le conseil de prud'hommes) et la voie pénale. La voie civile et la voie pénale ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles peuvent se cumuler et s'articuler.

Le conseil de prud'hommes est la juridiction de droit commun pour examiner les litiges individuels nés de l'exécution du contrat de travail, y compris lorsque le salarié est un étranger sans titre de travail et/ou de séjour; il a compétence pour examiner l'ensemble des demandes du salarié étranger en lien avec la législation du travail.

Il est compétent à ce titre pour juger d'une demande de requalification contractuelle d'un salarié étranger sans titre de travail employé sous un prétendu statut de bénévole, de stagiaire ou de travailleur indépendant.

Le donneur d'ordre qui recourt à un faux travailleur indépendant détaché de nationalité russe ne saurait invoquer utilement à la fois sa qualité apparente de travailleur indépendant et de travailleur détaché pour récuser la compétence du conseil de prud'hommes. Le fait pour le salarié étranger d'être employé sans titre de travail sous un faux statut ne lui interdit pas de saisir le juge prud'homal.

En application de l'article L.3245-1 du code du travail, le salarié étranger employé sans titre de travail dispose d'un délai de trois ans pour réclamer le paiement des salaires qui lui sont dus¹⁶². Cette prescription de trois ans ne s'applique pas aux autres demandes liées à l'irrégularité administrative de son emploi ou à la dissimulation de celui-ci sous un faux statut; par exemple la demande de paiement de l'indemnité forfaitaire de trois mois (prescription de cinq ans en application de l'article L.2224 du code civil) ou la demande en requalification de sa situation contractuelle (prescription de droit commun de trente ans).

¹⁶¹ Arrêté du 30 novembre 2011 du ministère chargé de l'immigration ; voir *infra* p.191 en annexe.

¹⁶² Sous réserve d'avoir dénoncé dans les 6 mois le reçu pour solde de tout compte éventuellement signé par le salarié (article L.1234-20 du code du travail).

La voie pénale semble a priori moins appropriée que la saisine du conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail. Elle présente cependant quelques avantages, dont l'accès au dossier pénal qui en résultera et qui peut nourrir ultérieurement une action prud'homale ou une action devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ; elle permet également au salarié de fournir au juge pénal des informations et des documents attestant de la fraude à l'emploi, voire d'établir le délit d'abus de vulnérabilité, de travail forcé, de réduction en servitude ou de traite des êtres humains.

La mobilisation de la voie pénale s'effectue soit :

- .- par un dépôt de plainte du salarié étranger employé sans titre de travail auprès du procureur de la République. Le salarié peut indiquer dans son dépôt de plainte qu'il souhaite se constituer partie civile si des poursuites sont engagées.
- .- par un dépôt de plainte du salarié entre les mains du juge d'instruction, avec constitution de partie civile, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,
- .- par une constitution de partie civile dans le procès correctionnel, en application des articles 2 et 3 du code procédure pénale,
- .- par une citation directe devant le tribunal correctionnel.

La mobilisation de la voie pénale la plus usitée est celle de la constitution de la partie civile lors du procès correctionnel ; elle peut être individuelle ou collective, si plusieurs salariés étrangers employés sans titre de travail sont victimes du même employeur.

Dans un arrêt de principe¹⁶³, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que le délit d'emploi d'étranger non muni d'une autorisation de travail salarié cause nécessairement un préjudice direct et personnel au travailleur étranger irrégulièrement employé.

A fortiori, si, de surcroît, ce salarié étranger est également un salarié dissimulé¹⁶⁴.

Nota

La constitution de partie civile du salarié employé sans titre de travail devant la juridiction répressive est strictement limitée à l'obtention des dommages et intérêts qui résultent du préjudice que lui cause la violation de la loi par son employeur¹⁶⁵. Il ne peut pas obtenir par cette voie des rappels de salaire ou d'indemnité ou le paiement de l'indemnité forfaitaire équivalent à trois mois de salaire pour l'illégalité de son emploi.

Toutes les sommes dues en raison de l'exécution de son contrat de travail relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes (Cass. crim. n° 11-81694 du 30 octobre 2012 Auchan).

¹⁶³ Cass. crim. n° 11-85224 du 11 avril 2012 CHEIKH ABDELHAMID.

¹⁶⁴ Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOSHEN.

¹⁶⁵ Même arrêt.

Rôle des organisations syndicales représentatives

L'article L.8255-1 du code du travail, issu de la loi du 17 octobre 1981¹⁶⁶, reconnaît le droit aux organisations syndicales représentatives de saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour défendre les droits du salarié étranger employé sans titre de travail. Cette saisine du conseil de prud'hommes s'effectue sans formalisme particulier à l'égard du salarié, contrairement à ce que prévoient les articles L.8223-4 et D.8223-4 du code du travail lorsque l'organisation syndicale souhaite saisir d'initiative le conseil de prud'hommes pour défendre les droits du salarié dissimulé.

Si le salarié étranger est également un salarié dissimulé, l'organisation syndicale dispose de deux textes pour engager d'initiative une action devant le conseil de prud'hommes :

⇒ soit en application de l'article L.8255-1 du code du travail, si sa seule qualité de salarié étranger sans titre de travail est invoquée ; dans cette hypothèse, la saisine du conseil de prud'hommes s'effectue sans formalisme à l'égard du salarié.

⇒ soit en application de l'article L.8223-4 du code du travail, si sa seule qualité de salarié dissimulé est invoquée ; dans cette hypothèse, la saisine du conseil de prud'hommes s'effectue dans le respect du formalisme décrit à l'article D.8223-4 du code du travail. Le salarié, dûment informé, ne doit pas s'y être opposé.

L'initiative mentionnée à l'article L.8255-1 du code du travail (ou à l'article L.8223-4, si elle est choisie) se cumule avec le rôle de conseil et de représentation du salarié par les organisations syndicales devant le conseil de prud'hommes ; elle s'ajoute à la capacité des organisations syndicales de porter plainte au pénal et de se constituer elles mêmes partie civile au procès pénal.

Nota

La rédaction trop ciblée et restrictive des articles L.8223-4 et L.8255-1 du code du travail ne permet pas aux organisations syndicales de saisir dans les mêmes conditions le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) pour faire valoir les droits du salarié étranger employé sans titre de travail, notamment pour traiter les conséquences d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

.A.2. Quelles personnes mettre en cause devant le conseil de prud'hommes ?

Le salarié étranger employé sans titre de travail met en cause son employeur officiel ou celui qui peut être requalifié en employeur par le juge, parce qu'il se trouve dans un lien de subordination juridique à son égard.

Il peut mettre également en cause le donneur d'ordre de son employeur ou le maître d'ouvrage, dans des conditions particulières précisées par le code du travail.

¹⁶⁶ Loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du code du travail relatives à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière.

.A.2.1. La mise en cause de l'employeur

Il s'agit soit de l'employeur officiel, soit de celui qui exerce réellement la subordination juridique sur le salarié.

.A.2.1.1. La mise en cause de l'employeur officiel du salarié

Il s'agit de la procédure la plus fréquemment utilisée par le salarié étranger employé sans titre de travail. Le salarié étranger peut cependant éprouver de réelles difficultés à établir la preuve qu'il a bien travaillé pour le compte de cet employeur, quand celui-ci nie l'avoir employé. Le salarié a donc tout intérêt à conserver le maximum d'indices et de traces de son emploi, y compris par des témoignages de collègues de travail ou de clients ; il peut également se prendre ou se faire prendre en photo sur son lieu de travail. En tout état de cause, étant embauché sans contrat de travail écrit, il sera réputé avoir travaillé à durée indéterminée et à temps plein¹⁶⁷.

.A.2.1.2. La mise en cause de celui qui exerce la subordination juridique réelle

Selon la nature de la fraude à l'emploi dont il est l'objet, le salarié étranger employé sans titre de travail a la faculté de mettre en cause toute personne qui exerce à son égard la subordination juridique et qui n'a pas officiellement la qualité d'employeur à son égard (et qui va sans doute la contester en cas de contentieux). Mettre en cause son véritable employeur requalifié présente des avantages pour le salarié : bénéficier d'une meilleure valorisation de ses droits sociaux ; avoir un interlocuteur plus solvable ; faire face à la disparition de son employeur officiel et apparent.

Cette démarche de requalification vise les personnes suivantes :

- .- lorsqu'il est mis à disposition, de façon licite ou illicite, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser¹⁶⁸. Cette mise en cause concerne notamment la fausse sous-traitance, la violation de la législation sur le travail temporaire et la mobilité internationale intragroupe.
- .- en qualité de faux bénévole, il met en cause la personne physique (fausse entraide agricole) ou l'entité (entreprise ou association) qui lui donne le travail à réaliser et qui en bénéficie,
- .- en qualité de faux stagiaire, il met en cause l'entité qui l'accueille, l'utilise et lui confie le travail à réaliser. La convention de stage n'est pas opposable.
- .- en qualité de faux travailleur indépendant, il met en cause son donneur d'ordre, c'est-à-dire l'entité qui lui confie le travail à réaliser et qui en bénéficie,
- .- lorsque la présomption de salariat de l'artiste, du mannequin ou du bûcheron ou travailleur forestier n'est pas respectée, il met en cause le producteur du spectacle vivant ou enregistré, l'utilisateur de sa prestation de mannequin ou celui qui lui a confié des travaux de forestage.

¹⁶⁷ Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002.

¹⁶⁸ Cass. soc. n° 14-14811 du 23 mars 2016 CER/SNCF.

- en qualité de faux salarié détaché sur le territoire français, il met en cause l'entreprise utilisatrice française qui le fait travailler dans le cas d'une fausse sous-traitance, d'une fraude au travail temporaire ou d'une autre mise à disposition illicite.

Nota

Le recours à la notion de co-emploi est-elle opérationnelle pour un salarié étranger sans titre de travail qui pourrait considérer être employé par la seconde entreprise qui n'est pas son employeur officiel ?

La notion de co-emploi résulte initialement de l'arrêt de requalification de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 novembre 1978¹⁶⁹.

Elle ne nécessite pas la démonstration d'un lien de subordination juridique avec l'entreprise co-employeur.

Ainsi, outre les cas où le salarié se trouve en état de subordination juridique à l'égard de deux employeurs, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le co-emploi lorsqu'est caractérisée la confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre l'employeur, partie au contrat de travail, et une autre entité juridiquement distincte qualifiée de co-employeur.

Le co-employeur, lorsqu'il est ainsi reconnu par le juge, doit assumer toutes les obligations lui incombant en sa qualité d'employeur.

La chambre sociale de la Cour de cassation fait une application assez restrictive de ces trois critères¹⁷⁰, ce qui fait du co-emploi une voie judiciaire étroite pour le salarié.

A ce jour, il n'existe pas de jurisprudence relative à une situation de co-emploi dans une affaire d'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Pour autant, une telle jurisprudence présenterait un intérêt certain pour le salarié étranger lorsque son employeur officiel est insolvable ou a disparu.

.A.2.2. La mise en cause du donneur d'ordre

Créée par la loi du 11 mars 1997¹⁷¹, la mise en cause du donneur d'ordre cocontractant de son employeur, prévue par les articles L.8254-2 et L.8254-2-2 du code du travail, par le salarié étranger employé sans titre de travail est un dispositif juridique resté lettre morte, malgré sa pertinence et son intérêt.

.A.2.2.1 Ce dispositif juridique, appelé solidarité financière¹⁷², permet, sous conditions, au salarié étranger employé sans titre de travail de demander au donneur d'ordre de son employeur de lui payer, aux lieu et place de cet employeur, les rémunérations et indemnités

¹⁶⁹ Cass. soc. n° 77- 13723 du 9 novembre 1978 BOCQUET.

¹⁷⁰ Not. Cass. soc. n° 10-19776 du 24 juin 2014 GRES OCCITAN.

¹⁷¹ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

¹⁷² Par similitude avec celle existant en matière de travail dissimulé.

dues à raison de son emploi irrégulier. Les sommes dues par le donneur d'ordre sont proratisées à la valeur des travaux réalisés par l'employeur pour le compte de ce client.

Pour assigner le donneur d'ordre devant le conseil de prudhomme, il faut soit que le donneur d'ordre ait été condamné pour recours à son employeur qui le faisait travailler sans titre de travail, soit que ce donneur d'ordre n'ait pas procédé à des vérifications préalables auprès de son employeur.

.- la condamnation pénale du donneur d'ordre pour recours à son employeur qui le fait travailler sans titre de travail permet au salarié qui en est victime de l'assigner de plein droit au conseil de prud'hommes, en application de l'article L.8254-2-2 du code du travail.

.- en l'absence de condamnation pénale du donneur d'ordre, le salarié dispose deux autres procédures pour assigner le donneur d'ordre :

.1). soit la procédure de l'article L.8254-1 du code du travail qui nécessite la réunion de trois conditions :

⇒ le salarié doit connaître l'identité et l'adresse du ou des donneur(s) d'ordre de son employeur,

⇒ il doit savoir que le montant du contrat commercial ou le marché entre son employeur et son donneur d'ordre est égal ou supérieur à 5 000 euros hors taxes,

⇒ il doit savoir que le donneur d'ordre ne s'est pas fait remettre la liste nominative des salariés mentionnée à l'article D.8254-2 du code du travail ou que cette liste ne porte pas son nom¹⁷³.

.2). soit la procédure de l'article L.8254-2-1 du code du travail qui nécessite que le donneur d'ordre ait été informé par un agent de contrôle habilité que son employeur fait travailler un ou des salariés étrangers sans titre de travail et que le donneur d'ordre n'ait pas enjoint aussitôt à son employeur de faire cesser la situation d'emploi illégal de main-d'œuvre étrangère. Cette procédure vaut pour tous contrats et marchés, quel que soit leur montant.

.A.2.2. La mise en œuvre de la solidarité financière par le salarié étranger démuné de titre de travail est illusoire car les conditions posées par les articles L.8254-2 et L.8254-2-1 du code du travail ne sont pas opérationnelles pour celui-ci et rendent peu effective la mise en cause du donneur d'ordre de l'employeur par ce salarié. C'est pour cette raison que cette solidarité financière n'a jamais prospéré auprès des salariés étrangers employés sans titre de travail¹⁷⁴.

En premier lieu, aucune publicité, aucune valorisation de cette disposition du code du travail n'a été faite en direction des salariés étrangers employés sans titre de travail¹⁷⁵, des organisations syndicales et des associations spécialisées dédiées à la défense de leurs intérêts.

¹⁷³ Voir *supra* p.81 et sq. et voir en annexe *infra* p.175 et sq. les modalités de cette vérification.

¹⁷⁴ Pas de jurisprudence connue à ce jour, alors que le texte date de 1997.

¹⁷⁵ La notice d'information remise au salarié étranger sans titre de travail (*voir annexe infra* p.191) en fait état de façon très lapidaire.

En second lieu, attendre l'épilogue d'une procédure pénale contre le donneur d'ordre est peu compatible avec la valorisation rapide des droits du salarié étranger employé sans titre de travail, à supposer que le salarié ait connaissance de cette procédure pénale et de son aboutissement et que le donneur d'ordre n'ait pas disparu.

Enfin, le salarié étranger employé sans titre de travail n'a accès à aucune des informations et des documents qui lui sont nécessaires pour mettre en cause le donneur d'ordre de son employeur. Il ignore notamment si le donneur d'ordre s'est fait remettre la liste nominative (portant son identité ?) ou si un agent de contrôle a écrit à son employeur dans le cadre de l'article L.8254-2-2 du code du travail. Les agents de contrôle sont de surcroît tenus au secret professionnel et ne peuvent lui transmettre ni information, ni document. Par ailleurs, il ne connaît pas nécessairement l'identité et l'adresse du ou des donneur(s) d'ordre de son employeur, ni le montant du contrat commercial entre son employeur et le donneur d'ordre.

.A.2.3. La mise en cause du maître d'ouvrage

La mise en cause du maître d'ouvrage est juridiquement possible, mais dans des conditions très limitées. En effet, le salarié étranger employé sans titre de travail peut assigner le maître d'ouvrage, lorsque celui-ci a fait l'objet d'une condamnation pénale pour recours par personne interposée, à son employeur, en application de l'article L.8254-2-2 du code du travail.

La condamnation d'un maître d'ouvrage pour recours indirect à un employeur de salarié étranger sans titre de travail est rarissime ; par ailleurs, la mise en œuvre de l'article L.8254-2-2 du code du travail suppose que le salarié étranger ait connaissance de l'identité et de l'adresse du maître d'ouvrage, de l'existence d'une procédure pénale contre le maître d'ouvrage et qu'il la suive jusqu'à son terme et qu'à cette date le maître d'ouvrage n'ait pas disparu.

Nota

Le recours du salarié étranger employé sans titre de travail contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage n'est pas possible, par nature, lorsqu'il travaille pour un particulier, sur un emploi domestique ou familial. Le salarié n'a comme seul recours que son employeur.

.A.2.4. Le mécanisme particulier de l'article L.8252-4 du code du travail

Le mécanisme spécifique à certains salariés étrangers employés sans titre de travail, prévu par l'article L.8252-4 du code du travail, est issu de la transposition de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

.A.2.4.1. Ce mécanisme est destiné à garantir, de façon particulière, et via l'OFII, le paiement des salaires, accessoires et indemnités dus au salarié étranger employé sans titre de travail lorsque les conditions suivantes sont réunies¹⁷⁶ :

.1 un contrôle d'un agent habilité qui constate par procès-verbal que son employeur l'emploie sans titre de travail,

.2 à la suite de ce contrôle, son employeur doit lui verser les sommes qui lui sont dues dans un délai de 30 jours,

.3 lorsqu'à la suite de ce contrôle, le salarié est placé en rétention administrative ou est assigné à résidence ou qu'il n'est plus sur le territoire français, son employeur verse dans ce délai de 30 jours les sommes qui lui sont dues entre les mains de l'OFII ; l'OFII reverse ses sommes au salarié étranger.

.4 si l'employeur ne s'acquitte pas des obligations mentionnées au paragraphe **3**, l'OFII recouvre auprès de l'employeur ou de son donneur d'ordre les sommes dues pour le compte du salarié étranger.

A tout moment, mais sous réserve que son employeur ait fait l'objet d'un contrôle et d'une verbalisation, le salarié étranger employé sans titre de travail peut informer l'OFII que son employeur ne lui a pas versé sa rémunération, pour une action de l'OFII auprès de cet employeur.

En application de l'article R.8252-9 du code du travail, et dans le cadre de la solidarité financière, l'OFII est fondé à s'adresser au donneur d'ordre de l'employeur du salarié étranger employé sans titre de travail pour lui demander de payer les sommes dues par cet employeur.

Nota

Le recours de l'OFII contre le donneur d'ordre dans le cadre de la solidarité financière n'est plus juridiquement possible depuis l'entrée en vigueur du décret du 16 juin 2012 (voir supra p.89).

.A.2.4.2 La mise en œuvre des dispositions de l'article L.8252-4 du code du travail¹⁷⁷ au bénéfice du salarié étranger employé sans titre de travail est un échec ; en effet, seuls cinq salariés ont obtenu le paiement de leur rémunération via l'OFII depuis 2012, alors que le nombre de ces salariés est estimé entre 250 000 et 400 000 en France.

Cet échec peu admissible d'un dispositif protecteur communautaire s'explique par les conditions très restrictives introduites par la France, dans le cadre de la transposition de la directive du 18 juin 2009, pour faire bénéficier le salarié étranger de l'intervention de

¹⁷⁶ Voir également les articles R.8252-4 et suivants du code du travail.

¹⁷⁷ Entré en vigueur au mois de novembre 2011.

l'OFII¹⁷⁸. La révision des conditions de transposition de la directive de 2009 pour un mécanisme plus conforme à ce texte communautaire doit être une priorité, car ce mécanisme, s'il est réellement efficient, constitue en outre une sanction de fait contre l'employeur défaillant.

Ces conditions restrictives interdisent à de nombreux salariés étrangers de bénéficier de cette garantie, contrairement à ce que prévoit la directive de 2009 qui n'exclut aucun salarié étranger sans titre de travail. Par ailleurs, le salarié étranger ne peut pas saisir d'initiative l'OFII ; il est dépendant d'un contrôle préalable de son employeur effectué par un agent habilité et de la saisine de l'OFII par celui-ci. En l'absence de contrôle, le mécanisme de l'article L.8252-4 du code du travail ne s'applique pas.

.A.3. Quelle(s) preuve(s) apporter au juge ?

Selon les modalités de la fraude, le salarié étranger employé sans titre de travail fournit au juge des éléments de fait différents pour faire reconnaître ses droits. Il existe cependant très peu de jurisprudence sur ce sujet, contrairement à ce qui existe pour le salarié dissimulé.

La saisine du juge du contrat par le salarié étranger employé sans titre de travail est nécessaire, notamment parce que le mécanisme de substitution via l'OFII, mentionné à l'article L.8252-4 du code du travail, ne fonctionne pas.

Nota

A titre d'illustration, il n'existe pas de jurisprudence sur le droit pour le salarié étranger employé sans titre de travail d'obtenir l'indemnité forfaitaire équivalente à trois mois de salaire.

Le salarié doit-il prouver que son employeur l'a embauché volontairement en sachant qu'il n'avait pas de titre de travail ou le versement de cette indemnité est-il automatique dès que l'emploi sans titre de travail est avéré ?

Cette discussion peut revêtir un caractère théorique dès lors que l'employeur est tenu de vérifier la nationalité de celui qu'il embauche, de lui demander son titre de travail s'il est étranger et de vérifier l'authenticité de ce titre auprès de la préfecture ou du service de la main-d'œuvre étrangère de la Direccte ou de la Ddeccte. L'intentionnalité est fortement présumée si cette vérification est omise par l'employeur.

Compte tenu de la très grande proximité, voire confusion, entre ces deux fraudes, le salarié étranger employé sans titre de travail peut reprendre à son compte les analyses dégagées par la chambre sociale de la Cour de cassation pour apprécier les droits du salarié dissimulé.

.A.3.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail *stricto sensu*

Deux preuves sont à fournir au juge :

¹⁷⁸ Voir l'article « Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011 » Droit Ouvrier Mai 2012 p.340 ; **voir également en annexe infra p.191** 11 propositions pour améliorer la loi.

- .- la preuve, par tous moyens¹⁷⁹, de son emploi pour le compte de l'employeur, quelle que soit sa durée,
- .- la preuve qu'il ne possédait pas de titre de travail.

La preuve la plus difficile à apporter est celle de son emploi, compte tenu des conséquences pénales qu'encourt son employeur en l'ayant fait travailler dans ces conditions ; la preuve de son emploi emporte l'application du code du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Il a donc tout intérêt à conserver toutes preuves possibles de son emploi, notamment par des photos.

La preuve de son emploi peut être également attestée de façon irréfutable si l'entreprise dans laquelle il travaillait a fait l'objet d'un contrôle.

La quantification des heures de travail n'est pas nécessaires puisqu'il est réputé être embauché, à défaut d'écrit, à temps plein. La preuve du paiement des heures supplémentaires effectuées se fait devant le juge dans le cadre de l'article L.3171-4 du code du travail.

.A.3.2. Le salarié étranger employé (sans titre de travail) sous un faux statut

La reconnaissance par le juge de l'emploi du salarié étranger sous un faux statut et sans titre de travail entraîne les mêmes conséquences sociales que celles qui concernent l'emploi direct d'un salarié étranger employé sans titre de travail.

Mais le salarié étranger doit préalablement démontrer l'existence de ce faux statut, tout comme le fait un autre salarié dissimulé sous un faux statut.

L'emploi d'un salarié étranger sous un faux statut présente pour l'employeur le double avantage de s'affranchir de la législation sociale et des règles de police administrative qui régissent l'emploi d'un ressortissant étranger en France.

Le contournement des règles de police administrative s'effectue d'ailleurs dans la perspective d'éluder la législation sociale.

La preuve de l'existence d'un faux statut d'activité ou d'emploi consiste pour le salarié étranger à démontrer que celui qui lui fournit du travail et qui bénéficie de son activité est son employeur parce qu'il est placé sous ses ordres et son autorité. Cette démonstration vaut pour les faux statuts suivants¹⁸⁰ :

- .- le faux bénévolat ou la fausse entraide,
- .- le faux stage,
- .- le faux travail indépendant,

¹⁷⁹ Notamment des photos prises par ses soins sur son lieu de travail.

¹⁸⁰ Voir le « Mode d'emploi pour le contrôle du travail dissimulé » 1^{ère} édition Juin 2017, du même auteur.

.-le faux détachement d'un salarié étranger par une entreprise de travail temporaire établie à l'étranger qui ne respecte pas la législation sur le travail temporaire.

La preuve s'administre par tous moyens, et notamment par des écrits s'ils existent (plannings, notes de services....). Parfois, la preuve résulte implicitement du montage mis en place par l'entreprise pour créer ce faux statut.

.A.3.3. La dissimulation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail en violation des présomptions de salariat

Le salarié étranger privé indument du bénéfice de la présomption de salariat relative à l'artiste, au mannequin ou au bûcheron ou travailleur forestier est employé, soit en qualité de prétendu bénévole, soit en qualité de prétendu travailleur indépendant.

.A.3.3.1. La privation induite du statut d'artiste du spectacle vivant ou enregistré

⇒ L'artiste étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour obtenir le bénéfice des articles L.7121-1 et suivants du code du travail, le salarié étranger sans titre de travail n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard du producteur de spectacle, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque l'artiste étranger vient de son pays pour se produire en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais l'artiste étranger est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination juridique classique avec le producteur.

Nota

L'article 32 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine crée un statut d'artiste amateur, qui n'est pas soumis à la présomption de salariat de l'article L.7121-3 du code du travail, dès lors qu'il pratique à titre non professionnel et qu'il n'en tire aucune rémunération¹⁸¹.

L'article 32 se substitue de fait au décret n° 53-1253 du 19 décembre 1953 relatif à l'organisation des spectacles amateurs et leurs rapports avec les entreprises de spectacles professionnelles.

La personne étrangère sans titre de travail employée sous un statut d'artiste amateur qui souhaite bénéficier de la présomption de salariat risque désormais de se voir opposer l'article 32 de la loi du 7 juillet 2016.

¹⁸¹ L'article 32 répond à une demande très ancienne des organisateurs de festivals qui souhaitaient que certains artistes qu'ils produisent ne soient pas considérés comme des salariés, avec respect des minima de rémunération conventionnels et paiement des cotisations et contributions sociales.

L'article 32 appelle cependant les remarques suivantes :

.- l'article L.7121-3 du code du travail mentionne déjà l'existence d'une rémunération pour faire application de la présomption de salariat; l'apport de l'article 32 est (en principe) neutre.

.- hors présomption de salariat, la rémunération n'est pas un critère du salariat, mais la conséquence de celui-ci,

.- hors présomption de salariat, le critère du salariat reste la subordination juridique de droit commun ; et si la personne est subordonnée, elle exerce à titre professionnel.

Il n'est pas certain que l'article 32 apporte une contribution décisive pour permettre au juge du contrat de travail de distinguer entre amateur/bénévole et salarié dans le monde des spectacles vivants et enregistrés, puisque l'analyse juridique ne devient pas binaire (amateur ou présomption de salariat), mais reste ternaire (amateur, présomption de salariat ou salarié de droit commun avec subordination juridique avérée).

Par ailleurs, il est à craindre que l'article 32 ne soit utilisé pour priver l'artiste étranger qui se produit dans la catégorie des « Musiques du monde » du statut du salariat.

⇒ L'artiste étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, l'artiste étranger démontre qu'il n'a ni la maîtrise artistique, ni la maîtrise économique, ni la maîtrise technique du ou des spectacles dans le(s)quel(s) il se produit ; il n'est pas alors tenu de s'inscrire au RCS.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, l'artiste étranger atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et qu'il ne remplit pas les conditions posées par l'article L.7121-5 du code du travail ; il précise qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

.A.3.3.2. La privation induite du statut de mannequin

⇒ Le mannequin étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice des articles L.7123-1 et suivants du code du travail, le salarié étranger n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat.

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, bons d'achat, remise d'objet ou de produit, offre d'avantages. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque le mannequin étranger vient de son pays pour se produire en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le mannequin étranger est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun,

l'existence d'une subordination juridique classique avec l'entreprise utilisatrice de sa prestation.

⇒ Le mannequin étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France, le mannequin étranger fait état de la présomption de salariat qui est irréfragable.

S'il est établi dans un autre Etat de l'Union européenne ou dans un Etat de l'EEE, le mannequin étranger atteste qu'il n'exerce pas ce métier à titre habituel en qualité de travailleur indépendant dans cet autre Etat et qu'il ne remplit pas les conditions posées par l'article L.7123-4-1 du code du travail ; il précise qu'il n'a effectué aucune déclaration fiscale et sociale en France en qualité de prestataire de services.

A.3.3.3. La privation induite du statut de bûcheron ou travailleur forestier

⇒ Le bûcheron étranger est employé indûment comme bénévole.

Pour être obtenir le bénéfice de l'article L.722-23 du code rural, le salarié étranger n'est pas tenu de démontrer l'existence d'une subordination juridique à l'égard de l'entité qui l'utilise, puisque ce n'est pas une condition de l'application de la présomption de salariat. Il prouve par ailleurs que son travail ne relève pas de l'entraide, au sens de l'article L.325-1 du code rural¹⁸².

Il doit attester qu'il a perçu une rémunération, mais cette rémunération peut être caractérisée uniquement par des avantages en nature : nourriture, hébergement, remise d'objet ou de produit. Ces avantages en nature sont perçus de façon quasi systématique lorsque le bûcheron étranger vient de son pays pour exercer cette activité en France.

Si aucune rémunération n'est versée, la présomption de salariat est écartée, mais le bûcheron de nationalité étrangère est considéré comme un salarié, s'il prouve, selon le droit commun, l'existence d'une subordination classique juridique avec le bénéficiaire de son travail qui lui a confié les travaux à réaliser.

⇒ Le bûcheron étranger est indûment employé comme travailleur indépendant.

S'il est établi en France ou à l'étranger, le bûcheron étranger fait état de la présomption de salariat et du fait qu'il n'a pas bénéficié d'une décision administrative levant sa présomption de salariat. Le fait pour son donneur d'ordre de ne pas produire une décision administrative de la MSA attestant de la levée de la présomption de salariat implique que celui-ci est de plein droit son employeur.

.B. La reconnaissance des droits sociaux au titre de la protection sociale

Le salarié étranger employé sans titre de travail bénéficie d'une protection sociale limitée¹⁸³, mais essentielle, lorsqu'il est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

¹⁸² Voir *infra* p.149 7^{ème} partie Jurisprudence. Voir également « La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat » Droit Ouvrier Avril 2013, du même auteur.

¹⁸³ Moins étendue que celle d'un salarié dissimulé.

Le respect et la reconstitution de ses droits en la matière relèvent à titre principal de la compétence de la caisse de sécurité sociale compétente et du tribunal des affaires de sécurité sociale ; mais la sollicitation des services de l'inspection du travail n'est pas dénuée d'intérêt.

.B.1. La déclaration et la reconnaissance de son accident du travail

.B.1.1. Le salarié étranger employé sans titre de travail et victime d'un accident du travail non déclaré par son employeur n'est pas démuné. Il dispose, ou ses représentants ou ayants-droit, d'un délai de deux ans pour le déclarer à la caisse de sécurité sociale compétente dont il relève (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...). En déclarant cet accident, il est pris en charge au titre de cette législation, si nécessaire après enquête de la caisse.

Au-delà de sa prise en charge au titre des accidents du travail, il peut faire valoir devant la caisse, puis devant le TASS, l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur dans la survenance de l'accident.

.B.1.2. Il a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de l'accident du travail pour les raisons suivantes :

- en application de l'article L.1226-13 du code du travail, son licenciement est nul ; il s'agit d'une disposition d'ordre public.

- en application de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale, l'inspecteur du travail a la faculté de verbaliser l'employeur qui n'a pas déclaré un accident du travail. Lorsqu'il est un salarié détaché, l'inspecteur du travail peut transmettre un rapport au Direccte ou au Dieccte pour infliger une sanction administrative à son employeur, dans le cadre de l'article L.1262-4-4 du code du travail¹⁸⁴.

- l'inspecteur du travail est compétent pour traiter les affaires d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

- sur la base de l'information communiquée par le salarié, l'inspecteur du travail diligente (en principe) une enquête qui permettra la régularisation de l'ensemble de sa situation administrative (délivrance de bulletin de paie, régularisation de sa rémunération, obtention du certificat de travail etc), au-delà de la seule omission de déclarer l'accident du travail.

- l'intervention de l'inspecteur du travail peut conduire l'employeur ou le salarié à demander la régularisation de sa situation administrative auprès de la préfecture, en application de l'article L.313-11 9° du CESEDA ou à obtenir une carte de résident en application de l'article L.314-11 3° de ce même code.

Ces deux dispositions du CESEDA prévoient que la carte de séjour temporaire mention vie privée et familiale (VPF) est délivrée de plein droit à l'étranger titulaire d'une rente d'accident de travail ou de maladie professionnelle versée par un organisme français et dont le taux d'incapacité permanente est égal ou supérieur à 20 % ; lorsque le salarié étranger est en situation régulière sur le territoire français, il reçoit une carte de résident, ainsi que ses ayants droit, bénéficiaires d'une rente de décès pour accident de travail ou maladie professionnelle versée par un organisme français.

¹⁸⁴ Disposition issue de la loi Travail.

- l'intervention de l'inspecteur du travail aura pour effet de mettre un terme à la situation à l'origine de l'accident du travail,

- l'enquête de l'inspecteur du travail peut mettre en évidence des éléments de nature à démontrer l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur,

- si le salarié est employé sous un faux statut, l'enquête de l'inspecteur du travail pourra aider le salarié étranger à obtenir la requalification de son statut et, par suite, sa prise en charge au titre des accidents du travail.

.B.1.3. Le salarié étranger sans titre de travail victime d'un accident du travail peut se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de son accident.

Dans un arrêt de principe¹⁸⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si l'accident est dû à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié étranger employé sans titre de travail ou ses ayants-droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux accidents du travail.

Nota

Le salarié étranger sans titre de travail détaché en France n'est pas nécessairement assujéti à la sécurité sociale française, dès lors qu'il peut être en possession d'un certificat de détachement. Cependant, même titulaire d'un certificat de détachement, il est pris en charge par le système de soins français (hospitalisation, pharmacie, rééducation etc) au moment où il est victime d'un accident du travail.

Lorsqu'il est muni d'un certificat de détachement, la déclaration de son accident du travail est effectuée auprès de l'inspection du travail ; lorsqu'il n'est pas muni d'un certificat de détachement, la déclaration d'accident du travail est effectuée auprès de la sécurité sociale française (voir supra p.129).

Le salarié étranger détaché se trouve donc grosso modo dans la même situation qu'un salarié étranger en emploi direct en France: la survenance de son accident du travail est nécessairement portée à la connaissance des autorités françaises. Le défaut de déclaration de son accident du travail est susceptible de lui porter un grave préjudice ; non seulement, il n'est pas pris en charge par le système de protection sociale dont il relève, mais les structures de

¹⁸⁵ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

soins ou les professionnels de santé en France risquent de lui demander de payer personnellement tous les frais liés à son accident du travail non déclaré.

Il a donc tout intérêt, par mesure de précaution, à déclarer lui-même son accident du travail à l'inspection du travail et à la sécurité sociale.

.B.2. La déclaration et la reconnaissance de sa maladie professionnelle

La déclaration d'une maladie professionnelle à la caisse de sécurité sociale compétente (CPAM, MSA, CGSS, ENIM...) est effectuée par le salarié étranger employé sans titre de travail qui se considère victime d'une telle affection¹⁸⁶.

L'employeur du salarié étranger n'a pas d'obligation déclarative particulière et n'est pas défaillant, contrairement à une absence de déclaration d'accident du travail.

Le salarié étranger a également tout intérêt à en informer l'inspecteur du travail du lieu de survenance de son affection et pour les mêmes raisons que celles relatives à un défaut de déclaration d'un accident du travail.

L'enquête de l'inspecteur du travail peut l'aider à conforter ses droits, tant au regard de la législation du travail qu'au regard de sa protection sociale.

Par exemple, si le salarié dissimulé est un travailleur étranger saisonnier dans l'agriculture qui a été exposé à des produits phytosanitaires nocifs, sans protection particulière.

Le salarié étranger sans titre de travail victime d'une maladie professionnelle a la faculté par ailleurs se constituer partie civile, sans demander l'allocation de dommages et intérêts, dans le cadre du procès pénal relatif aux manquements commis par son employeur et à l'origine de sa maladie professionnelle.

Dans un arrêt de principe¹⁸⁷, la chambre criminelle de la Cour de cassation précise que, même dans le cas où la réparation du dommage échapperait à la compétence de la juridiction pénale, la personne qui, conformément à l'article 2 du code de procédure pénale, prétend avoir été lésée par un délit, est recevable à se constituer partie civile aux fins de faire établir l'existence de l'infraction et possède, par l'effet de sa constitution, tous les droits reconnus à la partie civile.

Par ailleurs, et en application de l'article L.452-5 du code de la sécurité sociale, si la maladie professionnelle est due à la faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, le salarié étranger sans titre de travail ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de la maladie professionnelle le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par la législation de sécurité sociale relative aux maladies professionnelles.

¹⁸⁶ Pour plus d'information, voir le site de l'assurance maladie ameli.fr

¹⁸⁷ Cass. crim. n° 01-85219 du 30 avril 2002 MLGT : un salarié victime d'un accident du travail.

Nota

Le salarié étranger sans titre de travail détaché en France n'est pas nécessairement assujéti à la sécurité sociale française, dès lors qu'il peut être en possession d'un certificat de détachement. Cependant, même titulaire d'un certificat de détachement, il est pris en charge par le système de soins français (hospitalisation, pharmacie, rééducation etc) lorsqu'il est victime d'une maladie professionnelle contractée sur le territoire français.

Le salarié étranger détaché se trouve donc grosso modo dans la même situation qu'un salarié étranger en emploi direct en France. Il a donc tout intérêt, par mesure de précaution, à déclarer sa maladie professionnelle auprès de la sécurité sociale française, même s'il le fait auprès de la sécurité sociale de l'Etat auquel il est maintenu, et notamment s'il ne dispose pas d'un certificat de détachement.

Le défaut de déclaration de sa maladie professionnelle en France est susceptible de lui porter un grave préjudice ; non seulement, il n'est pas pris en charge par le système de protection sociale dont il relève, mais les structures de soins ou les professionnels de santé en France risquent de lui demander de payer personnellement tous les frais liés à sa pathologie qui sera pas prise en charge au titre des maladies professionnelles.

7^{ème} partie

Jurisprudence

- A. Éléments constitutifs de l'infraction p.151**
- .B. Particulier employeur p.152**
- .C. Co-emploi p.153**
- .D. Employeur de fait p.153**
- .E. Mise en cause du donneur d'ordre p.155**
- .F. Mise en cause du maître d'ouvrage p.155**
- .G. Dirigeant ou gérant de fait p.155**
- .H. Complicité p.155**
- .I. Fraude à l'obtention d'un titre de travail p.157**
- .J. Entreprise étrangère p.157**
- .K. Contribution spéciale p.158**
- .L. Contribution forfaitaire de réacheminement p.161**
- .M. Aide à l'entrée et au séjour irréguliers p.162**
- .N. Abus de vulnérabilité Traitement et hébergement indignes p.162**
- .O. Défaut de déclaration d'un hébergement collectif p.164**
- .P. Droits du salarié sans titre de travail p.164**

L'EMPLOI D'UN SALARIE ETRANGER SANS TITRE DE TRAVAIL

La jurisprudence qui suit est non exhaustive. Elle reprend pour partie et complète la jurisprudence citée dans le Mode d'emploi.

La jurisprudence citée relative au travail dissimulé est transposable pour l'essentiel à l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

.A. ELEMENT CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

.A.1. Obligation de vérification

- **Cass. crim. n° 89-80466 du 9 janvier 1989 Journo** obligation de vérifier le titre de travail dès lors que l'employeur sait que le salarié est de nationalité étrangère
- **Cass. crim. n° 90-86763 du 3 décembre 1991 Vernet** obligation de vérifier le titre de travail dès lors que l'employeur sait que le salarié est de nationalité étrangère
- **Cass. crim. n° 16-80786 du 14 mars 2017** obligation de vérifier le titre de travail dès lors que l'employeur sait que le salarié est de nationalité étrangère
- **Cass. crim. n° 93-82178 du 29 mars 1994 BRACA** obligation de vérifier la nationalité du salarié et de demander le titre de travail si le salarié est de nationalité étrangère
- **Cass. crim. n° 94-85616 du 14 mai 1996 ZILIO TO** obligation de vérifier la nationalité du salarié et de demander le titre de travail si le salarié est de nationalité étrangère
- **Cass. crim. n° 09-80416 du 16 septembre 2009 BATI CORPS** obligation de vérifier la nationalité du salarié et de demander le titre de travail si le salarié est de nationalité étrangère

.A.2. Faux salarié détaché

- **CAA Paris n° 08PA00423 du 18 octobre 2010 TURKISH AIRLINES** prétendu salarié ressortissant d'un Etat tiers détaché dans le cadre d'un dévoiement de la mobilité internationale intragroupe autorisation de travail obligatoire

.A.3. Effet de la fin de la période transitoire à l'entrée d'un nouvel Etat dans l'UE

- **CJUE n° C-218/15 du 6 octobre 2016 PAOLETTI** l'article 6 du Traité de l'Union (TUE) et l'article 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens que l'adhésion d'un Etat à l'Union ne fait pas obstacle à ce qu'un autre Etat membre puisse infliger une sanction pénale à des personnes ayant

commis, avant cette adhésion, le délit d'assistance à l'immigration illégale en faveur de ressortissants du premier État.

- **Cass. crim. n° 15-87214 du 7 juin 2017 YROUD EUROPEENNE DE FLUIDES** la fin de la période transitoire qui entraîne la fin de l'autorisation de travail pour le salarié ressortissant de l'Etat entrant dans l'UE ne fait pas disparaître l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ; cet arrêt, qui constitue un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation fondé sur la décision de la CJUE du 6 juin 2016.

Contra, avant la jurisprudence de la CJUE, notamment :

- **Cass. crim. n° 14-84459 du 3 novembre 2015 LESTBATIMENT** la totalité des restrictions à l'accès au marché du travail pour les ressortissants d'un Etat entrant dans l'UE étant supprimée fait l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail perd son caractère punissable

.A.3. Élément intentionnel

- **Cass. crim. n° 87-80766 du 1^{er} octobre 1987 CARREFOUR** l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail n'est pas caractérisée lorsque le salarié a présenté un faux titre d'identité français
- **Cass. crim. n° 94-83406 du 12 mars 1996 DONZENAC** la régularisation de la situation administrative du salarié étrangère ne fait pas disparaître l'infraction
- **Cass. crim. n° 94-85616 du 14 mars 1996 ZILOTIO** nombreuses embauches de salariés étrangers avec des faux grossiers
- **Cass. crim. n° 98-82761 du 16 mars 1999 HASMI** présentation d'un faux document administratif
- **CAA Paris n°12PA02415 du 4 avril 2013 BOULANGERIE CARDINET** la présentation d'une fausse pièce d'identité française, qui est grossièrement contrefaite, ne dispense pas l'employeur du paiement de la contribution forfaitaire

Contra pour la mise en recouvrement de la contribution spéciale

- **CAA Paris n° 12PA00709 du 17 janvier 2013 ISA PARIS** l'infraction aux dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail est constituée du seul fait de l'emploi d'un travailleur étranger démuné de titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire français, 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.

.B. PARTICULIER EMPLOYEUR

- **Cass. crim. n° 09-88575 du 29 mars 2011** emploi domestique et familial
- **CAA Nantes n° 12NT00673 du 10 janvier 2013** emploi pour des travaux du bâtiment

- **Cass. crim. n° 11-84119 du 5 mars 2013** emploi domestique et familial

.C. CO EMPLOI

La notion de co emploi, qui résulte d'une construction juridique de la Cour de cassation, permet de mettre en cause une société du groupe, hors subordination juridique et hors qualité de donneur d'ordre. A ce jour, la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur des affaires de travail illégal dans lesquelles le recours à la notion de co emploi était invoqué pour obtenir la condamnation d'une autre société du groupe.

La jurisprudence qui suit mentionne les conditions de l'existence et de la reconnaissance du co emploi.

- **Cass. soc. 10-22964 du 30 novembre 2011** MIC
- **Cass. soc. n° 13-15208 du 2 juillet 2014** MOLEX AUTOMOTIVE
- **Cass. soc. 14-19316 du 10 décembre 2015** FAYAT
- **Cass. soc. n° 14-17834 du 31 mars 2016** SE TRANSPORTS ET SOLOGNE

.D. EMPLOYEUR DE FAIT

.D.1. Marchandage prêt illicite de main-d'œuvre étrangère fausse sous-traitance entre entreprises françaises

Décisions de la Cour de cassation considérant que l'utilisateur du salarié commet l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

- **Cass. crim. n° 90-86763 du 3 décembre 1991** VERNET
- **Cass. crim. n° 93-80533 du 12 octobre 1993** CMP
- **Cass. crim. n° 96-80500 du 25 février 1997** TMA
- **Cass. crim. n° 96-83063 du 6 mai 1997** LEGARDA
- **Cass. crim. n° 12-80357 du 3 juin 2014** WAEL DECOR

.D.2. Marchandage prêt illicite de main-d'œuvre étrangère fausse sous-traitance fausse prestation de services internationale

- **Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998** TESSANDIER réparation navale requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail

- **Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX** bâtiment requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 15-85946 du 18 octobre 2016 PALETTES RECYCLAGE** réparation de palettes requalification de la PSI et donc du salarié détaché ressortissant d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail

.D.3. Faux travailleur indépendant ressortissant étranger

- **Cass. crim. n° 04-87840 du 13 octobre 2005 MPDC** emploi de faux travailleurs indépendants ressortissants d'un Etat tiers, mis à disposition par un intermédiaire
- **Cass. crim. n° 09-85044 du 2 février 2010 ATM** emploi de faux travailleurs indépendants ressortissants d'un Etat nouvel entrant dans l'UE, pendant la période transitoire
- **Cass. crim. n° 07-87289 du 8 juin 2010 ESAF** emploi de faux travailleurs indépendants ressortissants d'un Etat tiers, mis à disposition par un intermédiaire
- **Cass. crim. 16-84249 du 11 juillet 2017 TOP QUALITY** débosselage de carrosserie grêlée requalification de la PSI et donc de 94 prétendus travailleurs indépendants détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail

.D.4. Faux stagiaire ressortissant étranger

- **CAA Marseille n° 09MA01747 du 11 avril 2011 HOSTELLERIE DES CHENES BLANCS** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **Cass. crim. n° 11-85648 du 28 février 2012 EARL LA BERNADIERE** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés sur une exploitation agricole
- **CAA Marseille n° 10MA01776 du 13 mars 2012 SERA BIJOU PLAGES** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **CAA Marseille n° 10MA02066 du 13 mars 2012 JOGECIL** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **CAA Bordeaux n° 11BX03395 du 5 février 2013 ECOLE SUPERIEURE DE COIFFURE** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un salon de coiffure

.D.5. Faux bénévole ressortissant étranger

- **Cass. crim n° 99-81616 du 3 novembre 1999** emploi de faux bénévoles ressortissants d'un Etat tiers sur une exploitation agricole
- **Cass. crim. n° 99-85286 du 11 octobre 2000 ARTS MAJEURS** artistes peintres ressortissant d'un Etat tiers employés à titre prétendument bénévole pour la réalisation de tableaux vendus par l'entreprise d'accueil qui les hébergeaient

.E. MISE EN CAUSE DU DONNEUR D'ORDRE

- **Cass. crim. n° 10-83142 du 7 décembre 2010 COMME DES GARCONS** mise en cause du donneur d'ordre pour recours par personne interposée à une entreprise étrangère qui détache sur le territoire français des salariés étrangers sans titre de travail

.F. MISE EN CAUSE DU MAÎTRE D'OUVRAGE

- **Cass. crim. n° 01-85601 du 3 avril 2002 COGEDIM TRADITION** recours par personne interposée à une entreprise qui pratique du travail dissimulé

.G. DIRIGEANT OU GERANT DE FAIT

- **Cass. crim. n° 98-82369 du 22 juin 1999 AVIDIS** travail dissimulé restaurant
- **Cass. crim. n° 00-80493 du 29 novembre 2000 YILDIZ** travail dissimulé BTP
- **Cass. crim. n° 02-83183 du 30 septembre 2003 VERTUS** travail dissimulé confection
- **Cass. crim. n° 05-80928 du 25 avril 2006 CER** travail dissimulé agence privée de recherche
- **Cass. crim. n° 11-84030 du 31 janvier 2012 SHIPCHLANDER** travail dissimulé transport maritime
- **Cass. crim. n° 11-88643 du 11 décembre 2012 Z24** travail dissimulé discothèque
- **Cass. crim. n° 12-82957 du 5 juin 2013 CERT/TMG** travail dissimulé prêt illicite de main-d'œuvre
- **Cass. crim. n° 00.83920 du 13 février 2001 SCI HAD** condamnation en qualité e complice d'un gérant de fait d'une société sous-traitante dont il a facilité l'accueil de faux stagiaires

.H. COMPLICITE

.H.1. Complicité dissimulation d'emploi salarié

- **Cass. crim. n° 96-84225 du 1er juillet 1997** immixtion dans la gestion
- **Cass. crim. n° 98-86069 du 7 septembre 1999 JIANPING** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 00-83920 du 13 février 2001 HAD** participation à la gestion

- **Cass. crim. n° 06-87678 du 3 avril 2007 FLEURS D'AUTOMNE** complicité du comptable pour la minoration de 70% des charges sociales : le comptable est mis en cause car il a rempli les bordereaux transmis à l'URSSAF en toute connaissance de la fraude puisqu'il réalisait également les bulletins de salaire
- **Cass. crim. n° 08-83933 du 20 janvier 2009 EURL TECHNIC** salarié conducteur de travaux conjoint de la gérante d'une entreprise employant des salariés dissimulés
- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges

.H.2. Complicité d'emploi de faux stagiaires

- **Cass. crim. n° 00.83920 du 13 février 2001 SCI HAD** gérant de fait d'une société sous-traitante dont il a facilité l'accueil de faux stagiaires

.H.3. Complicité d'emploi de salarié étranger sans titre de travail

- **Cass. crim. n° 97-85762 du 20 octobre 1998 HU YUN** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 98-86069 du 7 septembre 1999 JIANPING** aide au recrutement et à l'emploi de salariés étrangers dissimulés et sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 99-81616 du 3 novembre 1999** association proposant de faux bénévoles ressortissants d'un Etat tiers pour travailler sur des exploitations agricoles

.H.4. Complicité marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre

- **Cass. crim. n° 03-86681 du 16 mars 2004 SACIP** participation à une opération de marchandage et de prêt illicite de main-d'œuvre fausse Junior Entreprise conducteur de voitures
- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges

.H.5. Complicité fausse PSI ou faux détachement de salariés en France

- **Cass. crim. n° 11-82949 du 14 février 2012 VINEXPERT** participation au faux détachement de salariés intérimaires d'une ETT roumaine sur le territoire français vendanges
- **Cass. crim. n° 14-84644 du 30 mars 2016** dirigeant français d'une entreprise roumaine récemment créée qui mettait à la disposition d'entreprises françaises, dont celle de son père, des salariés roumains récemment embauchés et sans avoir le statut d'ETT

.H.6. Complicité d'abus de vulnérabilité

- Cass. crim. n° 15-86906 du 10 mai 2017 logement d'ouvriers agricoles de nationalité étrangère dans des bungalows insalubres

.I. FRAUDE A L'OBTENTION D'UN TITRE DE TRAVAIL

- **Cass. crim. n° 95-84636 du 22 janvier 1997 MIOLLAN ET PAUL** exploitant agricole ayant établi des contrats de travail de complaisance pour permettre leur emploi chez un autre agriculteur

.J. ENTREPRISE ETRANGERE

Faux détachement du salarié par le biais d'une fausse prestation de services internationale (PSI)

- **Cass. crim. n° 96-86679 du 4 juin 1998 TESSANDIER** réparation navale requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 06-82353 du 20 mars 2007 MTLF** transport routier de marchandises requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 11-82952 du 22 février 2012 TIMLUX** bâtiment requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 14-88519 du 30 mars 2016** activités agricoles requalification de la PSI et donc des salariés détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 15-85946 du 18 octobre 2016 PALETTES RECYCLAGE** réparation de palettes requalification de la PSI et donc du salarié détaché ressortissant d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail
- **Cass. crim. n° 16-84249 du 11 juillet 2017 TOP QUALITY** débosselage de carrosserie grêlée requalification de la PSI et donc de 94 prétendus travailleurs indépendants détachés ressortissants d'un Etat tiers en salarié du donneur français condamné pour emploi de salarié étranger sans titre de travail

.K. CONTRIBUTION SPECIALE

.K.1. Décision QPC n° 2016-621 du 30 mars 2017 du Conseil Constitutionnel le paiement de la contribution spéciale peut se cumuler avec une sanction pénale ; respect de la règle *non bis in idem*

.K.2. Procédure pas d'obligation de transmettre d'initiative le procès-verbal constatant l'infraction

- **Conseil d'Etat n°398398 du 29 juin 2016 DLM SECURITE** pas d'obligation pour l'OFII de transmettre spontanément le procès-verbal constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ; mais le procès-verbal peut être transmis si l'employeur (ou le donneur d'ordre) en fait la demande. Dans ce cas, les mentions sans relation avec l'infraction sont occultées

.K.3. Délai de prescription

- **CAA Lyon n°08LY01727 du 14 mai 2009 Le bœuf dans l'assiette** le délai de prescription de l'action en demande de paiement de la contribution spéciale est de 30 ans.

.K.4. Force probante du procès-verbal de constat

- **CAA Paris n° 89PA01274 du 13 mars 1990 BOJIC** le procès-verbal de constat de l'inspection du travail fait foi jusqu'à preuve contraire ; l'employeur présentait les salariés comme des bénévoles
- **CAA Nantes n° 03NT00063 du 12 mars 2004** Un vice de procédure dans le constat par un agent verbalisateur de l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail n'annule pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **CAA Paris n° 02PA01607 du 22 février 2006 CHINA TOWN BELLEVILLE** le procès-verbal de constat de l'inspection du travail fait foi jusqu'à preuve contraire
- **CAA Nantes n° 09NT00154 du 3 juin 2010 KALINKA** la force probante du procès verbal de l'inspection du travail peut être remise en cause par la preuve contraire apportée par la personne redevable de la contribution spéciale

.K.5. Autonomie à l'égard des suites pénales

- **Conseil d'Etat n° 51149 du 5 mai 1986 ZEMOULI** le classement sans suite du procès-verbal par le procureur de la République n'est pas un obstacle à la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **Conseil d'Etat n° 187512 du 15 octobre 1999 SOCITE BOURGIGNONE DE SURVEILLANCE** la relaxe prononcée au motif que les faits n'ont pas été commis ne permet de mettre en recouvrement la contribution spéciale ; les faits ainsi constatés par le juge pénal s'impose à l'administration

- **Conseil d'Etat n° 53984 du 11 mars 1987 KETATI** la décision de relaxe au bénéfice du doute de l'employeur n'est pas un obstacle à la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **Conseil d'Etat n° 188864 du 15 octobre 1999 SARL REVETEMENT ET PEINTURE DU MIDI** la décision de relaxe de l'employeur au bénéfice du doute ou parce qu'il subsiste un doute sur la réalité des faits n'est pas un obstacle à la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **Conseil d'Etat n° 313519 du 23 mars 2009 SARL LA KARAYA** la décision de relaxe de l'employeur au bénéfice du doute ou parce qu'il subsiste un doute sur la réalité des faits n'est pas un obstacle à la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **CAA Nancy n° 04NC00399 du 14 novembre 2005** le juge administratif n'est pas lié par la décision de relaxe de la cour d'appel qui a considéré que les ressortissants d'un Etat tiers qui travaillaient sur un chantier n'étaient pas des faux travailleurs indépendants, et donc n'étaient les salariés de l'entreprise à qui la contribution spéciale est réclamée. Le juge administratif a requalifié en salarié et a validé la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **CAA Bordeaux n° 08BX02043 du 23 juin 2009** un pourvoi en cassation contre une décision de condamnation n'interdit pas la mise en recouvrement de la contribution spéciale
- **CAA Bordeaux n° 15BX02522 du 3 juillet 2017** l'annulation par le tribunal correctionnel des procès-verbaux de gendarmerie constatant l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail ne permet pas le recouvrement de la contribution spéciale

.K.6. Cumul avec la contribution forfaitaire de réacheminement

- **CAA Versailles n° 09VE03074 du 2 septembre 2010** cumul possible, conforme au code du travail
- **CAA Douai n° 16DA00131 du 17 août 2017 Nouveau royal Rantigny** cumul possible, conforme au code du travail

.K.7. Caractère intentionnel ou bonne foi indifférent

- **Conseil d'Etat n° 407711 du 30 juin 2017 NEW COIFFURE** la bonne foi de l'employeur n'est pas une cause de minoration de la contribution spéciale
- **CAA Paris n° 12PA00709 du 17 janvier 2013 ISA PARIS** l'infraction aux dispositions de l'article L.8251-1 du code du travail est constituée du seul fait de l'emploi d'un travailleur étranger démuné de titre l'autorisant à exercer une activité salariée sur le territoire français, 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

- **CAA Marseille n° 98MA00357 du 21 novembre 2000 TIME CONTACT** la contribution spéciale est due, même si le salarié n'est pas dissimulé et que l'employeur s'acquitte par ailleurs de ses autres obligations sociales

.K.8. Durée de l'emploi indifférente

- **Conseil d'Etat n° 87642 du 4 novembre 1988 LE LACYDON** la contribution spéciale est due pour un emploi de courte durée

.K.9. Application de la présomption de salariat pour l'emploi d'artistes étrangers sans titre de travail

- **CAA Paris n° 09PA02502 du 29 novembre 2010 ISP** la contribution spéciale est due par le producteur du spectacle qui est tenu par la présomption de salariat et l'obligation d'employer des artistes qui possèdent des autorisations de travail

.K.10. Faux travailleur indépendant détaché

- **CAA Nancy n°04NC00399 du 14 novembre 2005** la contribution spéciale est due par le prétendu donneur d'ordre qui emploie de faux travailleurs indépendants détachés prestataires de services

.K.11. Faux stagiaire ressortissant étranger

- **Conseil d'Etat n° 8573 du 4 novembre 1988** qualité de stagiaire non démontée par l'employeur
- **CAA Marseille n° 09MA01747 du 11 avril 2011 HOSTELLERIE DES CHENES BLANCS** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **CAA Marseille n° 10MA01776 du 13 mars 2012 SERA BIJOU PLAGES** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **CAA Marseille n° 10MA02066 du 13 mars 2012 JOGECIL** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un restaurant
- **CAA Bordeaux n° 11BX03395 du 5 février 2013 ECOLE SUPERIEURE DE COIFFURE** faux stagiaires ressortissants d'un Etat tiers occupés dans un salon de coiffure

.K.12. Faux bénévole ressortissant étranger

- **CAA Paris n° 89PA01274 du 13 mars 1990 BOJIC** travaux du bâtiment pour le compte d'un particulier
- **CAA Lyon n° 94LY01803 du 16 décembre 1999 RGA** réalisation de travaux à incidence informatique
- **CAA Lyon n° 99LY00998 du 18 septembre 2001** réparation de matériel audiovisuel
- **CAA Versailles n°08VE00992 du 3 juillet 2009 L'ETOILE D'AFRIQUE** emploi dans une boucherie

.K.13. Paiement par le donneur d'ordre en présence d'une fausse sous-traitance

- **CAA Bordeaux n° 01BX00173 du 2 mars 2004 PROMO France** lorsque la fausse sous-traitance n'est pas avérée, le donneur d'ordre n'est pas l'employeur et il n'est pas tenu de payer la contribution spéciale
- **CAA Nancy n°04NC00399 du 14 novembre 2005** la contribution spéciale est due par le prétendu donneur d'ordre qui emploie de faux travailleurs indépendants détachés prestataires de services
- **CAA Paris n°04PA02587 du 26 mars 2007 SOCIETE CENTRALE D'ENTRETIEN** en présence d'une fausse sous-traitance, la contribution spéciale est due par le donneur d'ordre utilisateur du salarié étranger, requalifié en employeur de fait
- **CAA Versailles n°07VE01611 du 3 mars 2009 SAUBA PARC** en présence d'une fausse sous-traitance, la contribution spéciale est due par le donneur d'ordre utilisateur du salarié étranger, requalifié en employeur de fait

.K.14. Paiement par le donneur d'ordre au titre de la solidarité financière

- **CAA Versailles n° 05VE01659 du 18 décembre 2007** obligation du donneur d'ordre de payer la contribution spéciale confirmée, faute d'avoir procédé à la vérification obligatoire auprès de son cocontractant employeur du salarié étranger sans titre de travail
- **CAA Nancy n° 06NC01282 du 26 mai 2008** idem
- **CAA Paris n° 10PA028838 du 6 octobre 2011** idem
- **CAA Paris n° 11PA01729 du 8 mars 2012** idem

.L. CONTRIBUTION FORFAITAIRE DE REACHEMINEMENT**.L.1. Autonomie de la mise en recouvrement à l'égard d'une procédure judiciaire**

- **CAA Paris n° 14PA01397 du 16 février 2015 YOUNI** une décision du TASS déboutant l'Urssaf n'est pas opposable à l'OFII

.L.2. Cumul avec la sanction pénale (outre la décision QPC n° 2016-621 du 30 mars 2017 du Conseil Constitutionnel relative à la contribution spéciale)

- **CAA Versailles n° 11VE00301 du 29 novembre 2011 LOTUS DE CANTON** le paiement de la contribution forfaitaire se cumule avec la sanction pénale pour emploi d'un salarié étranger sans titre de travail

.L.3. Cumul avec la contribution spéciale

- **CAA Versailles n° 09VE03074 du 2 septembre 2010** cumul possible, conforme au code du travail

- **CAA Douai n° 16DA00131 du 17 août 2017 Nouveau royal Rantigny** cumul possible, conforme au code du travail

.L.4. Réacheminement effectif du salarié étranger non obligatoire

- **CAA Versailles n° 11VE00301 du 29 novembre 2011 LOTUS DE CANTON** le paiement de la contribution forfaitaire est dû même en l'absence de réacheminement du salarié étranger sans titre de travail

.L.5. Présentation d'un faux titre d'identité français grossier

- **CAA Paris n°12PA02415 du 4 avril 2013 BOULANGERIE CARDINET** la présentation d'une fausse pièce d'identité française, qui est grossièrement contrefaite, ne dispense pas l'employeur du paiement de la contribution forfaitaire

.M. AIDE A L'ENTREE ET AU SEJOUR IRREGULIERS

- **Cass. crim. n° 95-82746 du 6 mai 1997** emploi de plusieurs salariés étrangers sans titre de séjour
- **Cass. crim. n° 01-86830 du 11 septembre 2002** passeurs de travailleurs étrangers
- **Cass. crim. n° 99-85286 du 11 octobre 2000 GINET** hébergement, prise en charge de salariés étrangers sans titre de travail que l'employeur faisait travailler sous un faux statut
- **Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL** emploi d'ouvriers dans le bâtiment
- **Cass. crim. n° 15-86906 du 10 mai 2017** emploi d'ouvriers agricoles

.N. ABUS DE VULNERABILITE TRAITEMENT ET HEBERGEMENT INDIGNES

L'existence d'un hébergement indigne n'est pas nécessairement constituée par la violation de prescriptions législatives ou réglementaires ; des conditions indécentes suffisent à caractériser l'infraction

- **Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL**

Emploi de plusieurs salariés étrangers sans titre de séjour et de travail dans des conditions de rémunération et de travail incompatibles avec la dignité humaine

- **Cass. crim. n° 95-82746 du 6 mai 1997**

Pseudo stagiaires employés dans un hôtel

- **Cass. crim. n° 02-81453 du 3 décembre 2002**

Salariés employés dans un magasin à grande surface

- Cass. crim. n° 02-82971 du 23 avril 2003

Salariés d'une entreprise de nettoyage industriel, dans un contexte de grève pour protester contre les conditions de travail et d'hébergement

- Cass. crim. n° 03-84955 du 22 juin 2004

Plusieurs dizaines de salariés de nationalité étrangère, dans une affaire de marchandage et de travail dissimulé

- Cass. crim. n° 05-83404 du 14 mars 2006

Salarié sous tutelle, employé dans une entreprise de charpente, exposé à des conditions de travail et d'hébergement indignes

- Cass. crim. n° 09-83185 du 15 juin 2010

Salariée mineure, de nationalité étrangère, occupée à un emploi domestique et familial ; partie civile et obtention de dommages et intérêts conséquents

- Cass. crim. n° 10-85652 du 1er juin 2011

Salariés de nationalité étrangère payés en dessous du Smic et hébergement indigne, dans une casse automobile

- Cass. crim. n° 12-80538 du 28 mai 2013

Salariés étrangers dans le cadre d'une fraude à l'établissement et d'une fraude au détachement

- Cass. crim. n° 13-84501 du 14 octobre 2014

Salariés étrangers démunis de titre de travail logés en sous sol d'un pavillon

- Cass. crim. n° 14-80041 du 22 juin 2016 ABL

Cumul de plusieurs infractions de cette nature emploi de salariés hongrois sur des chantiers du BTP

- Cass. crim. n° 16-80914 du 28 mars 2017

Salariée travaillant sur un emploi domestique pour le compte d'un particulier

- Cass. crim. 16-83053 du 25 avril 2017

Hébergement d'ouvriers agricoles de nationalité étrangère dans des bungalows insalubres

- Cass. crim. n° 15-86906 du 10 mai 2017

.O. DEFAUT DE DECLARATION D'UN HEBERGEMENT COLLECTIF

- Cass. crim. n° 94-82033 du 30 janvier 1996 MATUSZEWSKI hébergement de trois salariés
- Cass. crim. n° 16-80914 du 28 mars 2017 hébergement de plusieurs salariés hongrois

.P. DROITS DU SALARIE ETRANGER SANS TITRE DE TRAVAIL

.P.1. Procédure applicable à la rupture de sa relation de travail

L'irrégularité de la situation administrative du salarié est une cause objective de la rupture de son contrat de travail, qui ne s'analyse pas en un licenciement

- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Les règles relatives à la procédure individuelle de licenciement ne s'appliquent pas (excepté la lettre de licenciement)

- Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE
- Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP
- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Le salarié n'est pas couvert par la protection exorbitante du droit commun en matière de licenciement qui est reconnue aux représentants du personnel

- Conseil d'Etat n° 74346 du 13 avril 1988 INFORMATIS
- Cass. soc. n° 08-40923 du 5 novembre 2009 MEDIAPOST

La salariée ne bénéficie pas de la protection du code du travail relative à la femme enceinte ; son contrat de travail par l'employeur peut être rompu dès lors que l'administration ne lui renouvelle pas son titre de travail

- Cass. soc. n° 15-27928 du 15 mars 2017

Le refus de renouvellement d'un titre de séjour par la préfecture ne constitue pas un cas de force majeure, mais un motif de licenciement dans le cadre de la procédure applicable

- Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA

.P.2. Droits pécuniaires

Arrêt de principe reconnaissant des droits sociaux

- Cass. soc. 9 juin 1955 Bull. civ. IV n° 507 SARL GARAGE DU LAURISTON

Double victime : salariée étrangère employée sans titre de travail et sur un emploi dissimulé

- Cass. soc. n° 06-45273 du 7 mai 2008

A défaut de contrat écrit, le salarié est payé sur la base d'un emploi à temps plein, sauf si l'employeur démontre qu'il travaille à temps partiel

- Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002

Paiement des heures supplémentaires et de l'indemnité compensatrice de repos compensateur

- Cass. soc. n° 92-42070 du 22 novembre 1995 KAMBAY

Droit au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis (si plus favorable que l'indemnité forfaitaire), même si la situation administrative du salarié l'empêche de l'effectuer

- Cass. soc. n° 99-44316 du 12 mars 2002
- Cass. soc. n° 06-44983 du 29 janvier 2008 TBH LOGISTIQUE

L'indemnité forfaitaire est acquise au salarié lorsque la lettre de licenciement invoque comme motif de la rupture du contrat de travail la situation irrégulière du salarié étranger, même si le titre de travail présenté lors de l'embauche était un faux document

- Cass. soc. n° 07-40434 du 26 juin 2008 SOCIETE EUROPEENNE DE DESOSSAGE KOENING

Droit au paiement de toutes les indemnités de rupture, si plus favorables que l'indemnité forfaitaire

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

Les indemnités de rupture ne sont pas dues si le salarié étranger est licencié pour faute grave pour avoir présenté des faux papiers

- Cass. soc. n° 12-19214 du 18 février 2014 HOTEL CONCORDE OPERA PARIS
- Cass. soc. n° 15-20979 du 12 octobre 2016 SEBASTOPOL PAPIERS PEINTS

Pas de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ni pour non respect de la procédure de licenciement, car la rupture du contrat de travail du seul fait de l'irrégularité de la situation administrative du salarié n'est pas un licenciement

- Cass. soc. n° 13-17745 du 19 octobre 2014 MONOP

Mais les dommages intérêts pour non respect de la procédure de licenciement sont dus, si l'employeur a licencié le salarié pour motif disciplinaire (faute grave) pour avoir présenté des faux papiers, si cette procédure n'a pas été respectée

- Cass. soc. n° 11-18840 du 4 juillet 2012 SOCIETE PLACE NET TP

En sus des indemnités de rupture, droit à une indemnisation supplémentaire si le salarié est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé par ces indemnités

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

Le salarié est légitime à obtenir des dommages intérêts pour la rupture de son contrat si l'employeur sait que le non renouvellement de sa carte de séjour est dû à une erreur de l'administration

- Cass. soc. n° 99- 42054 du 6 novembre 2001 SPAPA

Le salarié est légitime à obtenir des dommages intérêt du fait de l'illégalité de son emploi qui lui cause nécessairement un préjudice

- Cass. soc. n° 92-42070 du 22 novembre 1995 KAMBAY
- Cass. crim. n° 00-81526 du 6 février 2001 MOSHEN
- Cass. soc. n° 06-41059 du 29 janvier 2008 HOTEL LE DAUPHIN
- Cass. crim. n° 11-85224 du 11avril 2012 CHEIKH ABDELHAMID

L'employeur n'est pas tenu de remettre au salarié l'attestation destinée à l'inscription à Pole Emploi

- Cass. soc. n° 08-42100 du 8 décembre 2009 SOCIETE L'AUDACIEUSE

L'employeur ne peut obtenir des dommages intérêts pour le préjudice subi du fait du salarié qui lui a présenté des faux papiers pour l'embaucher qu'à la condition que soit démontré l'existence d'une faute lourde de la part de celui-ci

- Cass. soc. n° 11-23920 du 13 février 2013 SOCIETE CYNOPHILE

ANNEXES

Liste des documents valant autorisation de travail p.170

Montants de la contribution forfaitaire de réacheminement p.174

Tableaux des vérifications relatives à la solidarité financière p.175

Tableaux des droits du salarié étranger sans titre de travail p.183

**Notice d'information sur les droits du salarié étranger sans titre de travail
p.191**

**11 propositions pour améliorer le dispositif juridique de lutte contre l'emploi
du salarié étranger sans titre de travail p.192**

Liste des documents valant autorisation de travail¹⁸⁸

.A. Documents définitifs

.A.1. Régime général

1) La carte de résident ; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

2) La carte de séjour pluriannuelle portant la mention " passeport talent " délivrée en application des 1°, 2°, 3°, 4°, 9° et 10° de l'article L.313-20 du CESEDA, ou le visa de long séjour valant titre de séjour mentionné au 9° de l'article R.311-3 de ce même code ; elle permet l'exercice de l'activité professionnelle salariée ayant justifié la délivrance du titre de séjour.

Lorsqu'elle est délivrée en application du 1° et du 2° de l'article L.313-20, elle autorise à exercer toute activité salariée à l'issue de sa deuxième année de validité sous réserve du respect de ses conditions de délivrance.

Lorsqu'elle est délivrée en application du 3° de l'article L.313-20, elle permet l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans le cadre de la mission ayant justifié sa délivrance.

Lorsqu'elle est délivrée en application du 4° de l'article L.313-20, elle permet l'exercice d'une activité salariée dans le cadre de la convention d'accueil ayant justifié sa délivrance.

Lorsqu'elle est délivrée en application du 10° de l'article L.313-20, elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

3) La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "passeport-talent (famille)", délivrée en application de l'article L.313-21 du CESEDA ou le visa de long séjour valant titre de séjour correspondant mentionné au 9° de l'article R.311-3 de ce même code.

Elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

4) La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "salarié détaché ICT¹⁸⁹", délivrée en application de l'article L.313-24 du CESEDA.

Lorsqu'elle est délivrée en application du I et du premier alinéa du IV de l'article L.313-24, elle permet l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans le cadre du détachement ayant justifié sa délivrance.

Lorsqu'elle est délivrée en application du II et du deuxième alinéa du IV de l'article L. 313-24 elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

¹⁸⁸ La liste des documents valant autorisation de travail est susceptible d'évoluer en fonction des modifications législatives relatives au statut de l'étranger en France ; la présente liste est à jour au mois d'octobre 2017.

¹⁸⁹ ICT : intra corporate transfer ; terminologie issue de la directive n° 2014/66/UE du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe.

5) La carte de séjour temporaire portant la mention "stagiaire ICT (famille)" délivrée en application du deuxième alinéa du I de l'article L.313-7-2 du CESEDA ; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

6) La carte de séjour pluriannuelle portant la mention "travailleur saisonnier", délivrée en application de l'article L.313-23 du CESEDA, accompagnée du contrat de travail visé ; elle permet l'exercice d'une activité salariée dans les conditions prévues aux articles R.5221-23, R.5221-24 et R.5221-25 du code du travail.

7) La carte de séjour pluriannuelle générale portant la mention "salarié", délivrée en application de l'article L.313-17 du CESEDA ; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

8) La carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention "étudiant", délivrée en application du 3° de l'article L.121-1, de l'article L.313-7 ou des articles L.313-17 et L.313-19 du CESEDA, ainsi que le visa de long séjour valant titre de séjour mentionné au 6° de l'article R.311-3 de ce même code.

Elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée dans les conditions prévues aux articles R.5221-26 et R.5221-27 du code du travail.

9) La carte de séjour temporaire portant la mention "salarié", délivrée en application du 1° de l'article L.313-10 du CESEDA ou le visa de long séjour valant titre de séjour mentionné au 7° de l'article R.311-3 du même code, accompagné du contrat de travail visé ; elle autorise à exercer une activité professionnelle salariée dans le respect des termes de l'autorisation de travail accordée.

A l'issue de la deuxième année de validité, elle autorise à exercer toute activité professionnelle salariée.

Lorsqu'elle a été délivrée dans les conditions prévues à l'article L.313-4-1 du CESEDA, elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée après un séjour de douze mois continus à compter de sa délivrance.

10) La carte de séjour temporaire portant la mention "travailleur temporaire", délivrée en application du 2° de l'article L.313-10 du CESEDA ou le visa de long séjour valant titre de séjour mentionné au 8° de l'article R.311-3 de ce même code, accompagnée du contrat de travail visé ; elle permet l'exercice de l'activité professionnelle salariée dans le respect des termes de l'autorisation de travail accordée ;

11) La carte de séjour temporaire ou pluriannuelle portant la mention "vie privée et familiale", délivrée en application des articles L.313-11, L.316-1, L.316-3, L.313-17 et L.313-19 du CESEDA; ou le visa de long séjour valant titre de séjour mentionné aux 4° et 11° de l'article R.311-3 de ce même code ; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article L313-12 de ce même code.

12) La carte de séjour délivrée au ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne soumis à des mesures transitoires par son traité d'adhésion ou au membre de sa famille

portant la mention "Toutes activités professionnelles". Elle permet l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans le respect des termes de l'autorisation de travail accordée.

Lorsqu'elle est délivrée sur le fondement du dernier alinéa du I, du II de l'article R.121-16, du R.122-1 ou du R.122-2 du CESEDA, elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

13) La carte de séjour portant la mention "Carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union/ EEE/ Suisse-toutes activités professionnelles" délivrée au salarié non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, en application de l'article R.121-14 du CESEDA ; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

14) Le visa d'une durée supérieure à trois mois prévu au 3° bis de l'article R.311-3 du même code ; il permet l'exercice d'une activité professionnelle salariée à titre accessoire.

.A.2. Documents d'attente ou provisoires

1) Le récépissé de première demande ou de demande de renouvellement d'un titre de séjour portant la mention "autorise son titulaire à travailler".

2) L'autorisation provisoire de séjour, délivrée en application de l'article L.311-11 du CESEDA ; elle permet l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans les conditions prévues aux articles L.311-11 et R. 311-35 du CESEDA.

3) L'autorisation provisoire de travail, d'une durée maximale de douze mois renouvelable, délivrée soit à l'étranger salarié qui, par la nature de son séjour ou de son activité, ne relève pas du champ d'application des autorisations de travail précitées, soit à l'étudiant qui, en raison de son cursus, dépasse la durée annuelle de travail prévue par l'article L.313-7 du CESEDA ; elle permet l'exercice de l'activité professionnelle salariée dans le respect des termes de l'autorisation provisoire de travail accordée.

4) L'autorisation provisoire de séjour, délivrée en application de l'article L.311-12 du CESEDA; elle permet l'exercice de toute activité professionnelle salariée.

5) Le formulaire de demande d'autorisation de travail revêtu du visa accordée par le préfet, dans l'attente de la délivrance des cartes de séjour mention « salarié » et mention « travailleur temporaire » ; il permet l'exercice de l'activité professionnelle salariée dans le respect des termes de l'autorisation de travail accordée.

.B. Algérien

En application de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié, le ressortissant algérien est mis en possession d'un document de séjour et de travail appelé certificat de résidence. Le certificat de résidence est valable un ou dix ans.

Les mentions portées sur le certificat de résidence algérien ont valeur égale (sauf disposition contraire) à celles du régime général. A noter que les cartes de séjour pluriannuelles n'ont

pas d'équivalent en titre de séjour remis au ressortissant algérien (la délivrance de ce titre n'a pas été prévue par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié).

S'agissant des documents d'attente ou provisoires prévus pour le ressortissant étranger relevant du régime général, ils produisent les mêmes effets pour le ressortissant algérien, dès lors qu'il est mis en possession de l'un de ces documents (ex, une autorisation provisoire de travail).

.C. Salarié étranger dispensé d'autorisation de travail en raison du domaine d'activité dans lequel il exerce son activité professionnelle article D.5221-2-1 du code du travail

En application de l'article L.5221-2-1 du code du travail, n'est pas soumis à la condition prévue au 2° de l'article L.5221-2 du même code l'étranger qui entre en France afin d'y exercer une activité salariée pour une durée inférieure ou égale à trois mois dans les domaines suivants :

1° Les manifestations sportives, culturelles, artistiques et scientifiques ;

2° Les colloques, séminaires et salons professionnels ;

3° La production et la diffusion cinématographiques, audiovisuelles, du spectacle et de l'édition phonographique, lorsqu'il est artiste du spectacle ou personnel technique attaché directement à la production ou à la réalisation ;

4° Le mannequinat et la pose artistique ;

5° Les services à la personne et les employés de maison pendant le séjour en France de leurs employeurs particuliers ;

6° Les missions d'audit et d'expertise en informatique, gestion, finance, assurance, architecture et ingénierie, lorsqu'il est détaché en application des dispositions de l'article L.1262-1 du code du travail ;

7° Les activités d'enseignement dispensées, à titre occasionnel, par des professeurs invités.

MONTANTS DE LA CONTRIBUTION FORFAITAIRE DE REACHEMINEMENT

Arrêtés du 5 décembre 2006

Montants applicables en métropole

Zones de destination	Montant de la contribution (en euros)
Afrique subsaharienne	2563
Amériques	3266
Asie du Sud Est/Moyen Orient	2309
Caucase/Europe Centrale	2398
Maghreb	2124

Montants applicables en Guyane, en Guadeloupe, en Martinique et à la Réunion

Zones de départ	Zones de destination	Montant de la contribution (en euros)
Guadeloupe et Martinique	Antilles-Caraïbes	580
	Autres destinations	2384
La Réunion	Comores et Madagascar	105
	Autres destinations	7709
Guyane	Brésil, Surinam et Guyana	421
	Autres destinations	5575

ANNEXES RELATIVES A LA SOLIDARITE FINANCIERE

Tableaux

1. Annexes relatives à la solidarité financière directe pour recours à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail

ANNEXE 1.1. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière****Article L.8254-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaires et accessoires du salaire</p> <p>Au titre du salaire, minimum de 3 mois de salaire, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi différente</p>	<p>Salarié étranger employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché</p> <p>Le salarié étranger employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail : indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de préavis, indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire, indemnité de licenciement, indemnité de rupture anticipée du CDD, indemnité de précarité d'emploi</p>	<p>Idem</p>
<p>Contribution spéciale</p>	<p>OFII solidarité financière théorique car le décret du 16 juin 2012 est incomplet et inachevé</p>
<p>Contribution forfaitaire de réacheminement</p>	<p>OFII solidarité financière théorique car le décret d'application n'a pas été pris</p>

ANNEXE 1.2. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail
Solidarité financière directe

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante
 (articles D.8254-2, D.8254-3 et D.8254-5 du code du travail)

Donneur d'ordre professionnel (hors particulier donneur d'ordre)

- Vérifications préventives à effectuer par le donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat, puis tous les 6 mois

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Donneur d'ordre professionnel
<p>1) soit, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> .-la date d'embauche, .-la nationalité .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail <p>2). soit, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>A défaut, remise de la liste nominative visée en 1)</p>	<p>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p>

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du ou des documents remis au donneur d'ordre professionnel au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé

ANNEXE 1.3. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail
Solidarité financière directe

Solidarité financière et vigilance à l'égard de l'entreprise française ou étrangère cocontractante
 (articles D.8254-2, D.8254-3, D.8254-4 et D.8254-5 du code du travail)

Particulier donneur d'ordre (hors donneur d'ordre professionnel)

- Vérifications préventives à effectuer par le particulier donneur d'ordre pour tout contrat d'un montant **égal ou supérieur à 5 000 euros HT**

.- Vérifications préventives à effectuer avant le début d'exécution du contrat

Document à se faire remettre par le cocontractant	Commentaire	Particulier donneur d'ordre
<p>1) soit, la liste nominative des salariés étrangers affectés à la réalisation du contrat commercial, comportant pour chaque salarié les mentions suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> .-la date d'embauche, .-la nationalité .-le type et le numéro d'ordre du titre valant autorisation de travail <p>2). soit, si le cocontractant est une entreprise de travail temporaire, le contrat de mise à disposition du salarié intérimaires, lorsque le contrat contient ces informations nominatives</p>	<p>A défaut, remise de la liste nominative visée en 1)</p>	<p>Obligation identique pour le cocontractant établi en France et le cocontractant établi à l'étranger</p> <p>La remise du document s'effectue avant le début d'exécution du contrat ; elle n'est pas renouvelée tous les six mois</p>

Nota La remise de ce document s'ajoute à celle du document remis au particulier donneur d'ordre au titre de la vigilance relative à la lutte contre le travail dissimulé

2. Annexes relatives à la solidarité financière [sur signalement d'un agent de contrôle habilité](#) pour recours à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail

ANNEXE 2.1. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail**Périmètre et bénéficiaires de la solidarité financière sur signalement d'un agent de contrôle habilité****Article L.8254-2 du code du travail**

Sommes couvertes	Créanciers bénéficiaires
<p>Salaires et accessoires du salaire</p> <p>Au titre du salaire, minimum de 3 mois de salaire, sauf preuve contraire d'une durée d'emploi différente</p>	<p>Salarié étranger employé sans titre de travail, y compris sous un faux statut de bénévole, de stagiaire, de travailleur indépendant ou de détaché</p> <p>Le salarié étranger employé sans titre de travail et dissimulé peut opter pour la solidarité financière de l'article L.8222-2 du code du travail</p> <p>Une organisation syndicale peut se substituer au salarié et saisir d'initiative le conseil de prud'hommes, si le salarié, informé, ne s'y est pas opposé</p>
<p>Indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail : indemnité compensatrice de congés payés, indemnité de préavis, indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire, indemnité de licenciement, indemnité de rupture anticipée du CDD, indemnité de précarité d'emploi</p>	<p>Idem</p>
<p>Contribution spéciale</p>	<p>OFII solidarité financière théorique car le décret du 16 juin 2012 est incomplet et inachevé</p>
<p>Contribution forfaitaire pour réacheminement</p>	<p>OFII solidarité financière théorique car le décret d'application n'a pas été pris</p>

ANNEXE 2.2. Recours à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail Donneur d'ordre (DO) et cocontractant du donneur d'ordre

Article L.8254-2-1 du code du travail

Cette procédure s'applique à tout donneur d'ordre (DO), privé ou public, professionnel ou particulier (sans réserve), ainsi qu'à tout cocontractant du donneur d'ordre

Quel que soit le montant du contrat

Actes de procédure	Commentaire
1) Un agent de contrôle habilité constate l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail dans la chaîne de sous-traitance du DO	Employeur établi en France ou à l'étranger Les constats et les actes de procédures peuvent être également accomplis par un IRP ou une OP ou une OS Le DO peut être le MO
2) Il informe par écrit le DO que son cocontractant ou un sous-traitant quelconque emploie ce salarié étranger sans titre de travail	Pas de délai fixé par la loi entre la date du constat et la date de l'écrit
3) Le DO enjoint aussitôt à son entreprise cocontractante de faire cesser cet emploi illégal	Pas de précision sur le formalisme de l'Injonction écrite. Par précaution, lettre recommandée avec accusé de réception ?
4) L'entreprise cocontractante, si elle n'est pas l'employeur du salarié étranger, enjoint à l'employeur sous-traitant du salarié étranger de faire cesser cet emploi illégal.	
5) Second constat de l'agent de contrôle pour vérifier si le DO et son cocontractant ont obtenu la cessation de l'emploi illégal du salarié étranger	L'agent de contrôle apprécie librement la date du second constat
6) A défaut, le DO et son cocontractant relèvent de plein droit de la solidarité financière	Obligation de résultat de faire cesser l'emploi du salarié étranger sans titre de travail
7) Si non cessation de l'emploi du salarié étranger sans titre de travail, transmission par l'agent de contrôle de ses actes et de ses constats à l'OFII et au(x) salarié(s) victime(s)	

Cette procédure se combine avec toutes les procédures relatives à la solidarité financière pour travail dissimulé

Nota Lorsque l'agent de contrôle constate à l'étape 5) que l'emploi du salarié étranger sans titre de travail n'a pas cessé, il peut relever contre le DO et le cocontractant l'infraction de recours, par personne interposée, à un employeur d'un salarié étranger sans titre de travail

**TABLEAUX DES DROITS DU SALARIE ETRANGER EMPLOYE SANS TITRE DE
TRAVAIL**

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Procédure applicable si rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur

Respect de la procédure de licenciement	Commentaire
Respect de la procédure de licenciement de droit commun	Non, lorsque la rupture est motivée par l'absence de titre de travail, excepté la notification écrite de la rupture de la relation de travail
Respect de la procédure de licenciement de droit commun	Oui, lorsque la rupture est à caractère disciplinaire ou pour faute grave (présentation d'un faux document administratif : faux titre de travail ou d'un faux titre d'identité français, ou tout autre motif)
Respect de la procédure de licenciement, si victime d'un accident du travail	Oui, dans son intégralité
Respect de la procédure relative à la protection de la femme enceinte	Non, rupture du contrat de travail possible pendant la grossesse
Respect de la procédure exorbitante de licenciement de droit commun, si représentant du personnel	Non

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Droits pécuniaires

Dans tous les cas, quelles que soient les modalités de la rupture du contrat de travail

Paiement du salaire de base (effectif, conventionnel ou, à défaut, smic)	Oui
Paiement des heures complémentaires	Oui
Paiement des heures supplémentaires	Oui
Paiement d'un salaire équivalent au moins à 3 mois de travail, sauf preuve contraire	Oui
Paiement des jours fériés	Oui
Complément employeur si arrêt de travail	Oui
Repos compensateur	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice
Préavis	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice, si plus favorable que l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire
Congés payés	Oui, y compris sous forme d'indemnité compensatrice,
Indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire	Oui, sauf si le salarié a présenté un faux document administratif
Domages et intérêts pour non respect du repos compensateur	Oui
Domages et intérêts en raison de la précarité de son emploi liée à sa situation administrative	Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire
Domages et intérêts, si l'employeur a privé le salarié d'une possibilité de régularisation due à une erreur de l'administration	Oui ; se cumulent avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois de salaire

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Droits pécuniaires

Si la rupture du contrat de travail est du fait de l'employeur

I. Rupture de droit commun pour défaut de titre de travail	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui, mais ne se cumule pas avec l'indemnité forfaitaire équivalente à 3 mois si celle-ci est plus favorable
Indemnité de licenciement (légale ou conventionnelle)	Non
Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement	Non
Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté)	Non
Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté)	Non
II. Rupture de droit commun pour motif disciplinaire ou faute grave (faux document ou autre motif)	
Indemnité compensatrice de préavis	Oui, sauf si l'employeur invoque la faute grave
Dommages et intérêts pour non respect de la procédure de licenciement	Oui
Dommages et intérêts pour licenciement abusif (selon ancienneté)	Non
Dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (selon ancienneté)	Non
III. Rupture pendant l'arrêt de travail consécutif à un accident du travail	
Licenciement nul	Oui, avec toutes les conséquences de droit
IV. Rupture pendant la période de grossesse	
Dommages et intérêts si non respect de la protection et de la procédure de licenciement de la femme enceinte	Non
V. Rupture de la relation de travail, si salarié IRP	
Dommages et intérêts si non respect de la protection et de la procédure exorbitante de droit commun	Non

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Remise des documents sociaux, déclaration obligatoire et procédure applicable par l'employeur

I. Dans tous les cas	
Bulletin de paie	Oui
Certificat de travail	Oui
Attestation employeur Pôle Emploi	Non
Déclaration de l'accident du travail à la sécurité sociale ¹⁹⁰	Oui
II. Si rupture du contrat de travail du fait de l'employeur pour absence d'autorisation de travail	
Lettre de convocation à un entretien préalable	Non
Lettre motivée de rupture de la relation de travail	Oui
III. Si rupture du contrat de travail du fait de l'employeur pour un autre motif, dont disciplinaire ou faute grave¹⁹¹	
Respect de la procédure de licenciement individuel	Oui

¹⁹⁰ Ou à l'inspecteur du travail, si salarié détaché.

¹⁹¹ Présentation d'un faux titre de travail, par exemple.

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Paie et de sa rémunération et de ses indemnités au titre de la solidarité financière

.1) Recours contre le donneur d'ordre

Articles L.8254-2 et suivants du code du travail

Recours contre le donneur d'ordre	Si condamnation pénale pour recours direct	Oui, de plein droit
Recours contre le donneur d'ordre	Sans condamnation pénale 1 ^{ère} hypothèse	Oui, mais sous 2 conditions: absence de vérification de la situation de son employeur et marché égal ou supérieur à 5 000 euros HT
Recours contre le donneur d'ordre	Sans condamnation pénale 2 ^{ème} hypothèse	Oui, mais sous 3 conditions : . contrôle d'un agent habilité . information du donneur d'ordre par l'agent habilité . absence d'injonction et de régularisation immédiate de la situation d'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail

.2) Recours contre le cocontractant du donneur d'ordre

Articles L.8254-2 et suivants du code du travail

Recours contre le cocontractant du donneur d'ordre	Si condamnation pénale pour recours indirect	Oui, de plein droit
Recours contre le cocontractant du donneur d'ordre	Sans condamnation pénale	Oui, mais sous 4 conditions : . contrôle d'un agent habilité . information du donneur d'ordre par l'agent habilité . injonction immédiate du donneur d'ordre à son cocontractant . absence de régularisation immédiate de la situation d'emploi illégal du salarié étranger sans titre de travail

.3) Recours contre le maître d'ouvrage**Article L.8254-2-2 du code du travail**

Recours contre le maître d'ouvrage	Si condamnation pénale pour recours indirect	Oui, de plein droit
---	--	---------------------

.4) Recours contre toute autre entreprise intervenante dans la chaîne de sous-traitance**Article L.8254-2-2 du code du travail**

Recours contre toute autre entreprise intervenante	Si condamnation pénale pour recours indirect	Oui, de plein droit
---	--	---------------------

Tableau des droits du salarié étranger employé sans titre de travail

Paie et de sa rémunération et de ses indemnités

Intervention de l'OFII

Article L.8252-4 du code du travail

Contrôle d'un agent habilité	Inspection du travail, police, gendarmerie, douanes	Commentaire
Rupture de la relation de travail du salarié	A l'initiative de l'employeur	
Demande par l'agent habilité du paiement de la rémunération et des indemnités	Implicite, lors du contrôle	
Paie directe du salarié par l'employeur	Dans les 30 jours de la demande de l'agent habilité	
Ou versement par l'employeur des sommes dues à l'OFII	Dans les 30 jours de la demande l'agent habilité	Uniquement si salarié : . placé en rétention administrative . ou assigné à résidence. Rien n'est prévu pour les autres salariés étrangers (donc conseil de prud'hommes)
Recouvrement forcé de l'OFII lorsque l'employeur n'a pas versé au salarié les sommes dues	Au terme du délai de 30 jours	Uniquement si salarié : . placé en rétention administrative . ou assigné à résidence. Rien n'est prévu pour les autres salariés étrangers (donc uniquement conseil de prud'hommes)
L'OFII reverse les sommes au salarié étranger	Pas de reversement au salarié si l'employeur n'a rien versé à l'OFII ou qu'il conteste le recouvrement forcé	

**NOTICE D'INFORMATION SUR LES DROITS DU SALARIE ETRANGER EMPLOYE
SANS TITRE DE TRAVAIL¹⁹²**

¹⁹² Notice rédigée en 6 langues, outre le français, selon le modèle fixé par l'arrêté du 30 novembre 2011 du ministre chargé de l'immigration : l'anglais, l'arabe (littéral), le chinois (mandarin), l'espagnol, le portugais et le russe.

Comment faire valoir vos droits acquis par le travail ?

3. Si vous êtes placé dans un centre de rétention administrative (CRA)

- Vous devez indiquer à l'agent de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) que vous n'avez pas perçu vos salaires et vos indemnités. **L'OFII se charge de les obtenir pour vous.**
- Si votre employeur refuse de verser les salaires antérieurs, les heures supplémentaires, les primes ou les indemnités, vous pouvez solliciter une personne habilitée à entrer dans un CRA *. Celle-ci pourra contacter l'organisation syndicale de votre choix pour assigner votre employeur ou le donneur d'ordre, devant le conseil de prud'hommes.

ou

- Vous pouvez demander à contacter un avocat de votre choix.
- Si vous êtes reconduit après votre placement en CRA, l'OFII transfèrera les sommes dues, dans le pays dans lequel vous avez été reconduit.

* Qui peut intervenir dans un CRA ?

- ☞ les agents de l'OFII,
- ☞ les représentants des personnes morales habilitées,
- ☞ les avocats.

Contacts utiles

L'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII)

Les personnes morales habilitées dans les CRA :

- Cimade,
- Ordre de malte,
- France Terre d'Asile,
- Forum réfugiés,
- Association service social familial migrants.

Les organisations syndicales :

- Confédération générale du travail (CGT),
- Confédération française démocratique du travail (CFDT),
- Confédération générale du travail force ouvrière (FO),
- Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC),
- Confédération générale des cadres (CGC).



MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR,
DE L'OUTRE-MER,
DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES
ET DE L'IMMIGRATION
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL
À L'IMMIGRATION
ET À L'INTÉGRATION

MINISTÈRE DU TRAVAIL,
DE L'EMPLOI
ET DE LA SANTÉ

**Vous avez été employé(e),
dans une entreprise
ou par un particulier,
sans posséder
de titre de séjour
ou de travail,
la loi protège vos droits
acquis par le travail.**

Quels sont vos droits acquis par le travail ?

Lorsque la relation de travail avec votre employeur est rompue parce que la loi lui interdit de vous employer, vous avez le droit à :

● Si vous êtes déclaré :

(article L. 8252-2 du code du travail)

- L'intégralité de vos salaires et accessoires de salaires (primes, avantages en nature et congés payés etc ...);
- L'indemnité forfaitaire pour rupture de la relation de travail correspondant à **3 mois** de salaire.

● Si vous n'êtes pas déclaré :

- L'intégralité de vos salaires et accessoires de salaires ;
 - L'indemnité forfaitaire pour rupture de la relation de travail correspondant à **6 mois** de salaire (article L. 8223-1 du code du travail), lorsque votre employeur a dissimulé intentionnellement votre emploi
- ou

le paiement de **3 mois** de salaire + **3 mois** d'indemnité forfaitaire au titre de la rupture de la relation de travail, lorsque l'employeur ne peut pas apporter la preuve de la date réelle d'embauche.

Vous pouvez demander une indemnisation supplémentaire si vous estimez avoir subi un préjudice non réparé

(au titre de l'article L. 8252-2 du code du travail).

Un travail non déclaré est celui qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration préalable à l'embauche (DPAE) auprès de l'URSSAF ou de la MSA. De plus, le salarié ne dispose pas de bulletins de paie ou ceux-ci comportent des mentions fausses ou inexactes.

Qui paie vos droits acquis par le travail ?

L'employeur doit régler vos salaires et votre indemnité dans un délai de 30 jours à compter du jour où la relation de travail a été rompue.

Il doit aussi vous remettre les documents relatifs à votre période d'emploi (bulletins de paie et certificat de travail).

Dans certaines situations, la loi permet de réclamer les sommes non pas auprès de l'employeur, mais auprès **du donneur d'ordre ou du client** (article L. 8254-2 du code du travail).

Si vous avez subi des conditions de travail abusives ou avez été victime de traitements dégradants ou inhumains, vous pouvez porter plainte et saisir la justice pénale.

Dans le cadre de ces infractions commises par votre employeur, vous pouvez demander à bénéficier d'une carte de séjour temporaire, le temps de la procédure (article L. 316-1 du CESEDA).

Comment faire valoir vos droits acquis par le travail ?*

1 ■ Si vous n'êtes ni privé de liberté, ni de déplacement lors de la rupture de la relation de travail

et si votre employeur ou le donneur d'ordre ne vous verse pas les sommes dues dans le délai de 30 jours, vous pouvez saisir le Conseil de prud'hommes par l'intermédiaire :

- d'un avocat
- ou
- d'une organisation syndicale.

2 ■ Si vous êtes assigné à résidence

L'OFII peut intervenir pour vous. Pour cela, vous devez vous rapprocher de la direction territoriale de l'OFII du lieu de votre assignation à résidence.

* même en cas de retour volontaire ou contraint

**11 PROPOSITIONS POUR AMELIORER LE DISPOSITIF JURIDIQUE DE LUTTE
CONTRE L'EMPLOI DU SALARIE ETRANGER SANS TITRE DE TRAVAIL**

11 propositions pour améliorer le dispositif juridique de lutte contre l'emploi du salarié étranger sans titre de travail

.1. Etendre le champ du travail illégal pour inclure d'autres infractions liées aux trafics de main-d'œuvre étrangère

.1.1. Compte tenu de la rédaction étroite de l'article L.8211-1 du code du travail, seule l'infraction d'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail relève du champ du travail illégal. Les autres infractions en relation avec les trafics de main-d'œuvre étrangère, bien qu'étant des délits aussi graves, et en lien avec l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail, ne sont pas incluses dans le périmètre du travail illégal.

Sont ainsi exclus, le délit de recours visant le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage et tous autres intermédiaires dans une chaîne de sous-traitance, le délit de versement de contrepartie pour l'introduction et l'embauche, le délit de remboursement des taxes payées par l'employeur à l'OFII et le délit de fraude pour l'obtention d'un titre de travail.

Rien ne justifie cette exclusion, qui a pour effet d'empêcher la mobilisation des prérogatives des agents de contrôles et des diverses sanctions prévues par le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal.

.1.2. Procéder à la modification de l'article L.8211-1 par l'ajout de ces quatre délits.

.2. Restaurer et compléter les dispositions du code du travail relatives au paiement de la contribution spéciale par le donneur d'ordre

.2.1. Jusqu'à la parution du décret n° 2012-812 du 16 juin 2012 qui a modifié les modalités de recouvrement de la contribution spéciale inscrites dans le code du travail, la rédaction des articles R.8253-1 et suivants du code du travail permettaient à l'OFII de demander au donneur d'ordre le paiement de la contribution spéciale, dans le cadre du principe posé par les articles L.8254-1 et suivants ce même code.

Le décret du 16 juin 2012 a maintenu dans le code du travail l'article D.8254-14 qui mentionne des articles abrogés par ce même décret ; ces articles, non remplacés, détaillaient la façon de déterminer le montant de la contribution spéciale due par le donneur d'ordre et ses modalités de recouvrement. Faute de base juridique, l'OFII ne peut plus, depuis le mois de juin 2012, s'adresser au donneur d'ordre pour lui demander de payer la contribution spéciale. Aucune explication n'a été donnée sur la maladresse rédactionnelle du décret du 16 juin 2012, qui affaiblit considérablement l'outillage juridique dissuasif à l'égard du donneur d'ordre.

.2.2. Réintroduire dans la partie réglementaire du code du travail les dispositions appropriées pour permettre à l'OFII de demander, comme le prévoit la loi, le paiement de la contribution spéciale au donneur d'ordre.

.3. Prendre le décret d'application permettant le paiement de la contribution forfaitaire de réacheminement par le donneur d'ordre

.3.1. L'article L.8254-2 du code du travail autorise l'OFII, depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, à demander au donneur d'ordre de payer la contribution forfaitaire pour réacheminement prévue par l'article L.626-1 du CESEDA. La mise en œuvre de cette mesure nécessitait de publier un décret d'application qui n'a pas été pris, pour des raisons non expliquées.

Ajouter au fait que la contribution spéciale ne peut pas être non plus réclamée au donneur d'ordre, il s'agit de deux mesures importantes dont le dispositif de lutte contre les trafics de main-d'œuvre étrangère est privé depuis plusieurs années.

.3.2. Prendre le décret d'application permettant à l'OFII de réclamer au donneur d'ordre le paiement de la contribution forfaitaire pour réacheminement.

.4. Procéder à la réécriture de l'article L.8254-2-1 du code du travail relatif à la solidarité financière indirecte

.4.1. L'application de l'article L.8254-2-1 du code du travail est substantiellement obérée par plusieurs malfaçons rédactionnelles, dont la plus pénalisante est sa contrariété avec la rédaction des articles L.8254-1 et L.8254-2 du code du travail.

.4.2. Procéder à la réécriture complète de l'article L.8254-2-1 du code du travail, en la calant sur celle de l'article L.8222-5 du code du travail relatif à la solidarité financière indirecte en matière de travail dissimulé.

.5. Etendre le périmètre des sanctions administratives au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre de travail et à tous ceux qui participent à des trafics de main d'œuvre étrangère

.5.1. Les articles L.8272-1 (refus ou remboursement des aides publiques), L.8272-2 (fermeture temporaire d'établissement ou arrêt temporaire d'activité) et L.8272-4 (exclusion temporaire des marchés et contrats publics) du code du travail visent, par renvoi à l'article L.8211-1, les infractions relevant du champ du travail illégal susceptibles de faire l'objet de ces sanctions administratives.

S'agissant de la main d'œuvre étrangère, l'article L.8211-1 du code du travail ne mentionne que l'emploi d'étranger sans titre de travail, c'est-à-dire l'infraction visée à l'alinéa 1^{er} de l'article L.8251-1 du code du travail. L'article L.8211-1 du code du travail ne mentionne pas l'infraction de recours à celui qui emploie un étranger sans titre de travail, codifiée à l'article L.8251-2 du code du travail¹⁹³, ni les autres infractions du code du travail constitutives de trafics de main d'œuvre étrangère.

La combinaison de ces différentes dispositions du code du travail a pour effet d'exclure le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage qui recourent à une entreprise qui emploie de la main d'œuvre étrangère sans titre de travail des trois sanctions administratives précitées, contrairement à ce qui est prévu en matière de travail dissimulé ; il en est de même pour toutes les autres personnes qui participent à des trafics de main-d'œuvre étrangère.

.5.2. Pour étendre le périmètre de ces trois sanctions administratives au donneur d'ordre et au maître d'ouvrage et à tous ceux qui participent à des trafics de main-d'œuvre étrangère, il convient, soit de modifier et de compléter le champ du travail illégal mentionné à l'article L.8211-1 du code du travail, soit de viser dans les articles L.8272-1 (refus ou remboursement des aides publiques), L.8272-2 (fermeture temporaire d'établissement ou arrêt temporaire d'activité) et L.8272-4 (exclusion temporaire des marchés et contrats publics) les articles *ad hoc* du code du travail relatifs aux trafics de main-d'œuvre étrangère.

.6. Introduire dans le code de la sécurité sociale et dans le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

.6.1. La rédaction actuelle du troisième alinéa de l'article L.471-1 du code de la sécurité sociale et de l'article L.751-37 du code rural doit être complétée pour élargir le périmètre de l'action récursoire de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) et de la caisse de MSA, afin de leur permettre de mettre en cause le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

En l'état actuel de la législation, seul l'employeur peut être mis en cause par la caisse primaire d'assurance maladie et la caisse de MSA pour leur rembourser le montant des frais et dépenses exposés lors d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

¹⁹³ A l'origine de la mise en place en 1987 du dispositif juridique et interministériel de lutte contre le travail illégal, celui-ci visait l'ensemble des délits relatifs aux trafics de main d'œuvre étrangère (emploi, recours, introduction irrégulière, violation du monopole, remboursement indu, paiement indu, fausse déclaration etc). Pour des raisons jamais expliquées et peu compréhensibles, seule a été maintenue l'infraction d'emploi d'étranger sans titre de travail dans le périmètre du travail illégal, atténuant de fait la gravité des autres délits liés aux trafics de main d'œuvre étrangère.

L'intérêt de cette action récursoire est notamment de permettre à la CPAM et à la caisse de MSA de récupérer le coût de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle auprès d'un débiteur plus solvable.

.6.2. Insérer dans le code de la sécurité sociale et dans le code rural une disposition rendant possible une action récursoire de la CPAM et de la caisse de MSA contre le donneur d'ordre qui recourt à l'employeur d'un salarié étranger sans titre de travail, victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

L'action récursoire et l'obligation de rembourser seraient fondées sur le non respect par le donneur d'ordre des vérifications mentionnées à l'article L.8254-1 du code du travail.

.7. Lever le secret professionnel entre d'une part l'OFII et d'autre part les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés

.7.1. L'article L.8252-4 du code du travail habilite l'OFII à intervenir auprès de l'employeur d'un salarié étranger employé sans titre de travail et auprès de son donneur d'ordre pour assurer le paiement des rémunérations dues à ce salarié. Cependant le mécanisme de garantie institué par l'article L.8252-4 du code du travail ne s'étend pas au paiement des cotisations et contributions sociales dont le recouvrement n'est pas envisagé et assuré dans ce cadre juridique.

.7.2. Insérer dans l'article L.8252-4, dont la rédaction est par ailleurs à modifier de façon substantielle (*voir infra proposition 8*), une disposition permettant à l'OFII d'informer en toute sécurité juridique les organismes de protection sociale et les caisses de congés payés du versement des sommes effectué dans le cadre de cette disposition du code du travail.

.8. Etendre et renforcer les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail

.8.1. L'article L.8252-1 du code du travail mentionne les droits sociaux dont bénéficie, au titre de la législation du travail, le salarié étranger employé sans titre de travail. Ces droits sociaux sont énumérés de façon limitative, même si une lecture ouverte du code du travail lui permet à l'évidence de bénéficier d'autres sociaux, tels que le Smic, non visé expressément par l'article L.8252-1 du code du travail. Mais cette lecture ouverte du code du travail peut faire l'objet d'une autre interprétation littérale par le juge, dès lors que la demande du salarié porte sur la reconnaissance de droits moins formellement établis et que le juge fait prévaloir les dispositions relevant de la police des étrangers sur le droit social.

Cette incertitude sur l'étendue des droits sociaux du salarié étranger au regard de l'article L.8252-1 du code du travail est de nature à favoriser par ailleurs les trafics de main-d'œuvre étrangère et le dumping social, au bénéfice des employeurs peu scrupuleux.

.8.2. Pour sécuriser les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail, l'article L.8252-1 du code du travail doit être complété afin que ce salarié puisse bénéficier des dispositions relatives au salaire minimal, aux modalités de paiement de son salaire, au bulletin de paie, aux textes conventionnels applicables à son employeur, à la protection en matière d'accident et de maladie professionnelle, à la protection relative à la maternité, à la procédure individuelle de licenciement ainsi qu'à l'indemnité compensatrice de préavis et à l'indemnité de licenciement.

.9. Rendre effectifs les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail

.9.1. La (très) forte médiatisation des fraudes au détachement des salariés sur le territoire français a presque fait oublier l'emploi d'autres salariés à bas coût, que sont les salariés étrangers sans titre de travail. En transposition de la directive du 18 juin 2009, il a été introduit dans le code du travail par la loi du 16 juin 2011¹⁹⁴ un article L.8252-4 destiné à garantir le paiement des sommes dues à ces salariés victimes du travail illégal.

La rédaction très restrictive de l'article L.8252-4 du code du travail a privé cette disposition de tout effet utile. Depuis 2012, seuls cinq salariés étrangers ont bénéficié du paiement de leur rémunération, en application de cet article du code du travail¹⁹⁵. Les cotisations sociales susceptibles d'être récupérées dans le cadre de l'application de l'article L.8252-4 du code du travail sont du même ordre de grandeur, c'est-à-dire insignifiantes et dérisoires.

.9.2. L'article L.8252-4 du code du travail doit faire l'objet d'une nouvelle rédaction, sensiblement différente, pour rendre effective la transposition de la directive du 18 juin 2009 et obtenir, par voie de conséquence, le paiement effectif des sommes dues au salarié étranger employé sans titre de travail, ainsi que le paiement des cotisations sociales éludées lors de l'emploi illégal de cette catégorie de salariés.

.10. Lever le secret professionnel en faveur du salarié étranger employé sans titre de travail

.10.1. Depuis 1997, le code du travail a mis en place des mécanismes de solidarité financière qui permettent au salarié étranger employé sans titre de travail de s'adresser au donneur d'ordre de son employeur, au cocontractant de ce donneur d'ordre, voire au maître d'ouvrage, pour lui demander de lui payer, sous certaines conditions, les sommes qui lui sont dues par cet employeur.

Ces dispositifs sont restés lettre morte, malgré leur pertinence et leur grand intérêt.

¹⁹⁴ Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011.

¹⁹⁵ Pour mémoire, on estime entre 250 000 et 400 000 le nombre de salariés étrangers employés sans titre de travail.

En effet, lorsque les conditions fixées par le code du travail sont objectivement réunies pour utiliser ces mécanismes et s'adresser au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage, le salarié étranger employé sans titre de travail n'en a jamais connaissance, car soit elles relèvent de la confidentialité des relations commerciales entre l'employeur et le donneur d'ordre, soit elles sont couvertes par le secret professionnel auquel est astreint l'agent de contrôle qui les a constatées ou mises en œuvre.

.10.2. Les articles L.8254-1 et suivants du code du travail doivent être complétés pour permettre au salarié étranger employé sans titre de travail d'obtenir de la part de l'agent de contrôle les informations et les documents nécessaires à la mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage. De surcroît, les sommes récupérées par le salarié auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage seront soumises à cotisation sociale.

.11. Etendre la saisine judiciaire d'initiative des organisations syndicales en faveur du salarié étranger employé sans titre de travail

.11.1. L'article L.8255-1 du code du travail permet aux organisations syndicales de saisir d'initiative le conseil des prud'hommes pour faire valoir les droits sociaux du salarié étranger employé sans titre de travail. Ces droits sont limitativement énumérés par les articles L.8252-1 et L.8252-2 de ce même code. Les actions en reconnaissance de droits sociaux du salarié étranger devant le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) ne sont pas envisagées par le code du travail.

.11.2. La compétence reconnue aux organisations syndicales justifie d'être étendue à la saisine du TASS pour les affaires relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles dont est victime ce salarié.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Abus de vulnérabilité p.15-25-44 et sq.-54-120-162

Accident du travail p.95-126-129-134-145 et sq.-184 et sq.-195

Action récursoire p.95-195

Agent de contrôle habilité p.107 et sq.

Aide à l'entrée et au séjour irréguliers p.40-53-59-69-109-182

Aides publiques

- refus p.98-116-194
- remboursement p.99-116-194

Algérien p.26-29-37-104-172

Andorre p.19

Artiste p.22-25-36-39-44-54-89-92-135-142-173

Authenticité du titre de travail

- vérification auprès de l'administration p.28-38-40-69-116-118-140
- Pôle Emploi p.29-118

Autorisation provisoire de séjour (APS) p.24-172

Autorisation provisoire de travail (APT) p.24-26-28-172

Autorisation de travail

- liste des documents valant autorisation de travail p.170

B

Bénévole

- faux bénévole p.23-35-36-40-44-51-89-92

Blanchiment p.60

Bucheron p.36-39-89-92-135-144

C**Carte de résident** p.26-103-104-130-131-145-170**Certificat de résidence** p.26-104-172**Complice** p.55-58-155**Contrepartie**

- interdiction p.41-53-59-71-193

Contribution forfaitaire

- donneur d'ordre p.177 et sq.-194
- employeur p.37-91-161-174
- maître d'ouvrage p.86
- OFII p.82 et sq.-111-117-158 et sq.-177 et sq.
- période transitoire p.94
- solidarité financière p.177 et sq.-194

Contribution spéciale

- donneur d'ordre p.82-85 et sq.-177 et sq.-193
- employeur p.37-87 et sq.-158
- maître d'ouvrage p.86-87
- OFII p.82 et sq.-87 et sq.-91 et sq.-111-117-158 et sq.-177 et sq.-193-194
- période transitoire p.94
- solidarité financière p.82-85 et sq.-177 et sq.-193

Cotisations sociales

- refus exonération et réduction p.95-117
- annulation exonération et réduction p.96-117

D**Département d'Outre-mer** p.27-37-71**Dirigeant de fait** p.54-155**Dispense d'autorisation de travail** p.20 et sq.-25-173

Dissimulation d'emploi salarié

- cumul d'infractions p.15-35-43-53
- cumul de situation p.15-35-36-51-55-68-81-88-89-95 et sq.-98-125 et sq.

Donneur d'ordre

- recours direct p.55 et sq.-67-155
- solidarité financière p.81 et sq.-158-161-175 et sq.

Droits sociaux du salarié étranger p.123 et sq.-183 et sq.

E

Elément intentionnel

- employeur p.37 et sq.
- donneur d'ordre p.55-67
- maître d'ouvrage p.56-67

Employeur de fait p.38-51-88 et sq.-92-153

Entreprise de travail temporaire p.29-43-52-56-72-83-118-130-135

Esclavage moderne p.25-46

Espace Economique européen (EEE) p.19-20-36-114-116-143-144

Etudiant

- déclaration à la préfecture p.29-40-69
- travail de plein droit p.29-37-104-171

F

Faux en écriture p.43-47-72-126

Faux titre de travail/séjour p.35-38-48-53-59-126 et sq.

I

Intermédiaires p.23-40 et sq.-59

Islande p.19

H**Hébergement**

- déclaration d'hébergement p.44-45-47-59-77-109-121-164-
- hébergement indigne p.45-76
- hébergement non conforme p.44-77

L**Levée du secret professionnel**

- agent de contrôle p.96 et sq.-111 et sq.
- salarié étranger p.85-138-197

Liechtenstein p.19**Limitation géographique** p.26**Limitation professionnelle** p.26**Liste noire** p.66**Liste nominative des salariés étrangers** p.26-68-83-86-87-175**M****Maître d'ouvrage**

- recours indirect p.56-57-67et sq.
- sanctions administratives p.98
- solidarité financière p.82-86-134-138

Maladie professionnelle p.95-130-147**Marchandage** p.36-44-53-89-153**Mannequin** p.22-36-39-44-54-89-92-135-143**Métropole** p.27-37-174**Mineur** p.25-43-44-54-73-74-76-77-79-80**Monaco** p.19

N

Nationalité

- autorisation de travail p.19
- vérification p.28-38-68-84-140-151

Norvège p.19

O

OFII

- contribution forfaitaire p.82 et sq.-111-117-158 et sq.-177 et sq.
- contribution spéciale p.82 et sq.-87 et sq.-91 et sq.-111-117-158 et sq.-177 et sq.-193-194
- versement rémunération au salarié étranger p.138

Organisation syndicale p.134-137-177-181-198

P

Période transitoire

- période transitoire en cours p.21
- fin de la période transitoire p.27-39

Pôle Emploi

- vérification authenticité du titre de travail p.29-118

Présentation du titre de travail p.28-118-120

Présomption de salariat p.23-135-142 et sq.-160

Prêt illicite de main-d'œuvre p.36-44-53-89-153

R

Recel p.61

Recours

- responsabilité pénale p.55-56-67-155

- solidarité financière p.81 et sq.-158-161

Réduction en servitude p.46-54-80-120-133

Régime général p.170-172-173

Registre unique du personnel p.29-30-43-53-73-118

Remboursement à l'employeur p.42-53-72-193

S

Saint Siège p.19

Salarié étranger

- définition p.19

Salarié détaché

- déclaration d'accident du travail p.130-187
- dispense de titre de travail p.20
- faux salarié détaché p.21-36-89-92-128-136-151
- obligation du titre de travail p.19 et sq.-25-30

Sanctions administratives

- exclusion des contrats et marchés publics p.102-116-194
- fermeture de l'établissement ou suspension d'activité p.45-55-100-116-194
- refus des aides p.98-116-194
- remboursement des aides p.99-116-194

Solidarité financière

- donneur d'ordre p.81 et sq.-176 et sq.-193-194
- maître d'ouvrage p.86-138-176 et sq.
- OFII p.82 et sq.-87 et sq.-91 et sq.-111-117-158 et sq.- 176 et sq.
- salarié étranger p.136 et sq.-176 et sq.

Sportif p.22-173

Stagiaire

- faux stagiaire p.36-40-41-44-51-59-89-92-128-132-135-154

Suisse p.19-20-21-114-116

I

Travail forcé p.25-46-54-79-120-133

Travailleur indépendant

- faux travailleur indépendant p.36-40-41-44-51-52-59-89-92-128-132-142 et sq.-154

U

Utilisateur p.52-56-83-89-92-135-153

Un article publié en relation avec l'emploi illégal du salarié étranger

- Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011 Droit ouvrier Mai 2012

Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011

par *Hervé GUICHAOUA*, Directeur du travail

PLAN

- I. Immigration et travail illégal, l'ambiguïté entretenue
- II. L'emploi d'*étranger sans titre*, une appellation nouvelle et perturbante insérée dans le Code du travail
- III. Un renforcement très relatif du dispositif de lutte contre l'emploi illégal des salariés étrangers
- IV. Des droits sociaux et pécuniaires limités et aléatoires pour les salariés étrangers sans titre (de travail)

1. L'exposé des motifs de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité précise que ce texte se donne notamment pour objectif de créer de nouveaux outils de lutte contre l'immigration irrégulière et l'emploi d'étranger sans titre (1), en procédant à la transposition de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (2).

2. Pour atteindre cet objectif, la loi du 16 juin 2011 comprend un titre IV intitulé "*Dispositions relatives à la protection des droits sociaux et pécuniaires des étrangers sans titre et à la répression de leurs employeurs*". En raison de son intitulé et son objet, cette partie du texte de la loi n'aurait dû contenir que des articles en relation directe avec l'emploi de salarié étranger sans titre de travail. Or, des dispositions sans lien avec la transposition de la directive du 18 juin 2009, la lutte contre l'emploi illégal des salariés étrangers et les droits de ces derniers ont été insérées dans la loi, entretenant une confusion intellectuelle et juridique que la loi du 11 mars 1997 a voulu éviter (3). Cette confusion a été accentuée au fil des débats parlementaires par des adjonctions, faites au nom de la lutte contre le travail illégal, mais toujours sans lien avec l'objet du texte (I).

La loi du 16 juin 2011 a par ailleurs créé une nouvelle catégorie de salariés étrangers appelés des "*étrangers sans titre*", sans autre précision sur la nature du titre défaillant. L'insertion de cette catégorie de salariés étrangers dans le Code du travail, dont l'utilité est en soi discutable, suscite des incertitudes sur sa portée (II).

D'autre part, la pertinence ou l'efficacité des nouvelles dispositions de la loi directement consacrées au renforcement de la lutte contre l'emploi illégal de salariés étrangers restent à démontrer (III), compte tenu de l'arsenal juridique déjà existant et de la jurisprudence très favorable de la Cour de cassation dans cette matière.

Enfin, et contrairement au champ large de la directive du 18 juin 2009, très peu de salariés étrangers employés illégalement sur le territoire français pourront bénéficier des dispositions sélectives de la loi du 16 juin 2011 destinées, en principe, à protéger et à valoriser leurs droits sociaux et pécuniaires (IV).

I. Immigration et travail illégal, l'ambiguïté entretenue

3. Pour mettre fin à une confusion préjudiciable au sens donné à l'action des pouvoirs publics, la loi du 11 mars 1997, dans un souci de pédagogie (4), a

radicalement modifié les appellations données aux infractions caractérisant et réprimant les fraudes majeures aux conditions d'emploi et de travail. Tout d'abord, la loi

(1) Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JO du 17 juin 2011).

(2) JO UE du 30 juin 2009 pages L168/24 à L168/32.

(3) Loi n° 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(4) La lecture des débats parlementaires de la loi du 11 mars 1997 est particulièrement éclairante à ce propos.

du 11 mars 1997 a créé la dénomination générique de *travail illégal* pour viser l'ensemble de ces infractions (travail dissimulé, emploi de salarié étranger démuné d'autorisation de travail, marchandage, prêt illicite de main d'œuvre, cumul d'emplois, fraude au versement d'un revenu de remplacement) faisant l'objet d'un traitement institutionnel interministériel spécifique, au niveau national et départemental (5), et d'un dispositif juridique de prévention et de répression renforcé. Auparavant, il n'existait pas d'appellation juridique unique et partagée pour dénommer globalement ces fraudes.

Le travail illégal ne constitue donc pas une infraction en soi et ne vise pas, a fortiori, l'emploi ou le travail des salariés étrangers appelés communément *les sans papiers*.

4. Mais la loi du 11 mars 1997 a essentiellement supprimé de la législation l'expression très ancienne (6) et très mal comprise de *travail clandestin* pour la remplacer fort judicieusement par *travail dissimulé*. Cette modification du Code du travail ne relève ni de la sémantique, ni d'une coquetterie de circonstance. Il s'agissait pour le législateur de mettre un terme au rapprochement quasi systématique fait entre le travail clandestin et l'immigration irrégulière, souvent par le biais de l'expression *travailleur clandestin*. Le législateur a voulu marquer définitivement la différence entre d'une part le travail dissimulé, qui est une infraction à caractère social et financier, sans aucun lien avec l'immigration ou la nationalité des auteurs ou des victimes de cette infraction, et d'autre part l'infraction d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, voire avec les autres infractions relevant de la sphère des trafics de main d'œuvre étrangère.

Ainsi, depuis la loi du 11 mars 1997, et conformément à l'article L. 8211-1 du Code du travail, aucune confusion, intellectuelle ou juridique, n'est plus possible dans ce domaine où chaque fraude renvoie à des réalités différentes bien identifiées et à des infractions autonomes. Tout ceci est d'ailleurs rappelé dans les formations organisées au profit des agents de contrôle et des organismes de recouvrement. La nécessité de connaître le contenu exact du travail illégal et la distinction entre les différents types de fraude qui le composent sont confortées par le fait que l'emploi de salariés étrangers sans titre de travail ne représente en 2009 que du 12,8 % du champ du travail illégal.

5. A contresens de cette logique et cette rigueur, la loi du 16 juin 2011 sème à nouveau le trouble et fragilise les fondamentaux de la loi du 11 mars 1997.

En effet, dans le titre IV de la loi intitulé *Dispositions relatives à la protection des droits sociaux et pécuniaires des étrangers sans titre et à la répression de leurs employeurs* ont été insérées des dispositions sans lien avec ces sujets et avec la transposition de la directive du 18 juin 2009. On y trouve en effet des dispositions relatives au travail dissimulé, au non respect de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et aux pouvoirs des agents de contrôle en matière de lutte contre le travail illégal, dont d'ailleurs la majorité n'a pas de compétence en matière d'emploi de salarié étranger sans titre de travail.

6. Pour un lecteur peu averti, difficile d'identifier dans le titre IV de la loi ce qui relève effectivement stricto sensu de la répression de l'emploi illégal de salariés étrangers et de la protection de leurs droits sociaux et pécuniaires et ce qui relève d'autres préoccupations, certes louables, mais plus générales sur la lutte contre le travail illégal et qui sont sans lien avec une loi dédiée à l'immigration et portée par le ministre de l'intérieur. Chacun peut en effet s'interroger légitimement sur la relation entre le non respect de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et la protection des droits des salariés étrangers et la répression de leur employeur. Ce mélange volontaire des genres est dommageable à la bonne appréhension et compréhension des différentes formes du travail illégal. Au final, seuls huit articles (7) sur les seize que comprend le titre IV de la loi du 16 juin 2011 traitent de la répression de l'emploi d'étranger sans titre de travail et de la protection de leurs droits. Les autres dispositions ont un autre objet ou un objet plus large, malgré le libellé du titre IV de la loi.

7. Cette confusion entre les différentes formes et manifestations du travail illégal et entre les auteurs et les victimes de cette délinquance se retrouvait déjà dans les circulaires les plus récentes de l'administration portant sur ce sujet. Ainsi plusieurs circulaires interministérielles élaborées sous l'égide du Comité interministériel de contrôle de l'immigration (Cici) (8), entretiennent largement cette ambiguïté en se donnant pour objet *la lutte contre le travail illégal intéressant des ressortissants étrangers*, expression non juridique de circonstance. Ces circulaires, bien que signées par le ministre du Travail et le ministre de la Justice, demandent, en continuant

(5) Décret n° 2008-371 du 18 avril 2008 modifié : au niveau national, le comité national de lutte contre la fraude, la commission nationale de lutte contre le travail illégal et la délégation nationale à la lutte contre la fraude; au niveau local, le comité opérationnel départemental anti-fraude coprésidé par le préfet et le procureur de la République.

(6) L'expression travail clandestin a été juridiquement créée par la loi du 11 octobre 1940 sur les cumuls d'emplois qui en a fait une infraction.

(7) Articles 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81 et 82 de la loi.

(8) Notamment les circulaires des 18 décembre 2006, 26 mars 2008, 24 décembre 2008 et 14 mars 2012.

d'utiliser des expressions non juridiques, aux services habilités de l'Etat d'organiser des opérations de contrôle conjoint visant à lutter soit *contre le travail dissimulé effectué par des étrangers*, soit *contre le travail dissimulé des étrangers*, soit *contre le travail illégal des étrangers*, ce qui revient en réalité à leur demander de rechercher et de constater des infractions qui n'existent pas en droit français et qui est, de surcroît, très connoté (9). *Le travail dissimulé des étrangers* ou *le travail illégal des étrangers* sont des expressions aussi surprenantes et déconcertantes que pourraient être des expressions telles que le travail dissimulé ou illégal des femmes ou des jeunes ou des handicapés.

Cette confusion persistante et entretenue au niveau le plus élevé de l'administration ne peut que conforter les réticences d'une partie de l'Inspection du travail à s'impliquer dans la lutte contre le travail illégal qu'elle considère, certes à tort, orientée uniquement vers la chasse aux sans papiers dans les entreprises.

Quinze ans après le vote de la loi du 11 mars 1997, il serait donc bienvenu d'en respecter ses dispositions emblématiques pour éviter tout malentendu sur la réalité des fraudes qui relèvent du travail illégal et sur la pertinence des outils utilisés pour combattre ces différentes délinquances, qui ont chacune leur spécificité.

II. L'emploi d'étranger sans titre, une appellation nouvelle et perturbante insérée dans le Code du travail

8. Historiquement et jusqu'à la loi du 16 juin 2011, les dispositions du Code du travail relatives à la lutte contre les trafics de main d'œuvre étrangère visaient très précisément des opérations frauduleuses relatives à l'introduction en France et à l'emploi des salariés étrangers démunis *de titre de travail*. Le Code du travail définit en effet cinq infractions (10), dont la plus connue et la plus sanctionnée est celle d'emploi de salarié étranger sans titre de travail, réprimant les trafics de main d'œuvre étrangère.

La mention exacte de la nature de l'autorisation de travail dont l'absence caractérise l'une ou l'autre de ces cinq infractions a toujours été présente dans les textes d'incrimination et de répression de cette délinquance inscrits dans le Code du travail.

9. La loi du 16 juin 2011 innove en introduisant à onze reprises dans le Code du travail la notion *d'étranger sans titre*, sans autre précision. La référence historique à l'emploi de salarié étranger sans autorisation de travail est supprimée pour ces nouvelles dispositions. Il ne s'agit pas d'une erreur de plume ou d'une inadvertance, mais d'une rédaction voulue par le législateur (11).

Cette nouvelle rédaction du Code du travail peut entraîner des conséquences négatives sur l'efficacité de la lutte contre les trafics de main d'œuvre étrangère qui ne semblent pas avoir été perçues lors du vote de la loi, ce qui serait exactement à l'opposé du but recherché. La différence n'est pas simplement rédactionnelle, sinon elle n'existerait pas.

Cette innovation a pour effet d'avoir désormais dans le Code du travail deux catégories de délinquance qui cohabitent : celle relative à l'emploi de salarié étranger sans titre et celle relative à l'emploi de salarié étranger sans titre de travail, puisque cette appellation historique a été maintenue.

10. En effet, s'agissant de la catégorie *de salarié étranger sans titre*, le juge répressif devra déduire de la lecture du Code du travail de quel titre défaillant s'agit-il, autrement dit quel est l'élément matériel de l'infraction, ce qui ne correspond pas à la démarche habituelle en matière pénale où l'élément matériel de l'infraction est nettement précisé par la loi. Cette rédaction elliptique peut de même susciter d'habile plaidoirie portant sur l'insuffisante caractérisation dans la loi de l'élément matériel de l'infraction, ce défaut de titre pouvant être n'importe quel titre.

On peut penser que le défaut de titre visé par loi est sans doute le titre de travail, prévu par l'article L. 5221-5 du Code du travail, et le titre de séjour, prévu par l'article L. 311-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Mais la lecture de la loi ne permet pas de savoir s'il faut désormais une absence cumulative du titre de travail et du titre de séjour pour caractériser l'infraction ou si l'absence de l'un de ces deux titres suffit pour faire application, tant au pénal qu'en ce qui concerne les droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers, des dispositions du Code du travail relatives à la main d'œuvre étrangère.

(9) Les éléments constitutifs de l'infraction de travail dissimulé n'ont aucun rapport avec la nationalité des auteurs ou des victimes de cette infraction ; le travail illégal ne constitue pas en tant que tel une infraction.

(10) Articles L. 5222-1, L. 5222-2, L. 8251-1 (deux infractions dans ce texte) et L. 8256-1 du Code du travail.

(11) La lecture des débats parlementaires, tant à l'Assemblée Nationale qu'au Sénat, en atteste. Le texte voté en première lecture à l'Assemblée Nationale visait d'ailleurs explicitement l'étranger sans titre de séjour (cf. articles 57, 58, 59, 61 et 62 du projet de loi).

11. Si la réponse est négative, ce qui serait logique, et que le cumul de l'absence de ces deux titres n'est pas nécessaire, l'ajout dans le Code du travail par la loi du 16 juin 2011 de la mention de *l'étranger sans titre* est, non seulement perturbante juridiquement, mais totalement inutile. En effet, la mention historique dans le Code du travail du salarié étranger sans titre de travail suffit, car elle couvre toutes les situations de trafics de main d'œuvre étrangère ; aucune difficulté particulière, juridique ou opérationnelle n'a été constatée pour réprimer ce type de délinquance sur le fondement du seul défaut de titre de travail. Au contraire. D'autant qu'il existe dans le CESEDA des dispositions complémentaires répressives (12) qui sanctionnent l'aide à l'entrée, à la circulation et au *séjour* irréguliers des étrangers et qui peuvent s'appliquer cumulativement aux employeurs et aux donneurs d'ordre.

12. Si la réponse est positive, et seul le juge le dira, et que le salarié étranger doit être démuné à la fois d'un titre de travail et d'un titre de séjour pour caractériser la fraude, le législateur a (involontairement ?) radicalement adouci le dispositif juridique de répression des trafics de main d'œuvre étrangère et atténué sensiblement la valorisation des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers.

En effet, un titre de séjour n'est obligatoire pour un étranger qu'à partir de trois mois de présence en France (13). Pour des séjours, et donc des périodes de travail, de moins de trois mois, un passeport en cours de validité, accompagné dans certains cas d'un visa de court séjour, suffit. Mais, un passeport ou un visa de court séjour ne sont pas un titre de séjour au sens du titre 1^{er} du livre III du CESEDA (14). Alors que le titre de travail est obligatoire dès la mise au travail de l'étranger, quelle que soit la durée et la nature de cet emploi, ce qui permet de constater instantanément les infractions, sans avoir à rechercher une antériorité de présence au service de l'employeur.

Si le défaut de titre de séjour est également nécessaire pour faire application des nouvelles dispositions de la loi du 16 juin 2011, les services de contrôle devront

désormais prouver que le salarié étranger qui est sans titre de travail est aussi présent sur le territoire français depuis plus de trois mois. Or cette preuve sera particulièrement difficile à rapporter, pour des raisons liées à la nature même de ce type d'affaires, ce qui objectivement va rendre la loi difficilement applicable. On pourrait même considérer que l'infraction d'emploi *d'étranger sans titre* n'existe plus pour toute période d'emploi illégal inférieure à trois mois, ce qui serait une vraie régression dans la lutte contre ce type de fraude.

13. Les conséquences très incertaines de l'introduction de la notion d'*étranger sans titre* dans le Code du travail concernent notamment la mise en cause pénale et financière des donneurs d'ordre qui recourent à des entreprises qui emploient ces salariés. En effet, au plan pénal, l'article L. 8251-1 du Code du travail interdit à une entreprise d'employer un salarié étranger démuné du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, alors que l'article L. 8251-2 nouveau de ce code, qui vise les donneurs d'ordre, interdit de recourir à un employeur *d'un salarié étranger sans titre*. De quel titre s'agit-il ?

Au plan financier, cette différence rédactionnelle se retrouve dans les mêmes termes. L'article L. 8254-2 du code qui permet de s'adresser au donneur d'ordre pour lui faire payer les dettes sociales et les pénalités administratives de l'entreprise à laquelle il recourt n'est désormais applicable qu'en cas de constat d'emploi de *salarié étranger sans titre* dans cette entreprise.

La même analyse peut être faite, à la lecture des articles L. 8252-2 et L. 8252-4 du Code du travail relatifs à la protection et à la valorisation des droits sociaux et pécuniaires des *salariés étrangers sans titre*.

Dans un souci de sécurité juridique, il aurait été préférable de s'en tenir à la rédaction historique du Code du travail et à la mention simple et claire d'une infraction et d'un dispositif de répression, de prévention et de réparation fondées sur l'emploi de salarié étranger sans titre de travail et qui a fait ses preuves.

III. Un renforcement très relatif du dispositif de lutte contre l'emploi illégal des salariés étrangers

14. Passé l'écueil de l'appréciation de la signification de l'introduction dans le Code du travail de la notion d'emploi *d'étranger sans titre*, il convient d'examiner l'apport réel de la loi du 16 juin 2011 en matière de répression et de dissuasion de l'emploi illégal de salariés étrangers.

D'emblée, il est nécessaire de préciser que la quasi totalité des salariés étrangers employés sans titre (de travail) sont également et avant tout des salariés dissimulés au sens des articles L. 8221-1 et L. 8221-5 du Code du travail, c'est-à-dire, pour reprendre un terme familier et non juridique, des salariés non déclarés. Ils

(12) Articles L. 622-1 et suivants du CESEDA.

(13) Article L. 311-1 du CESEDA.

(14) Il existe une différence juridique sensible entre l'étranger sans titre (visé désormais par le Code du travail) et l'étranger en séjour irrégulier (visé par l'article L. 626-1 du CESEDA relatif au paiement de la contribution forfaitaire).

travaillent en effet pour le compte d'employeurs, entreprises ou particuliers, qui ne font pas de déclaration préalable à l'embauche, qui ne leur remettent pas de bulletin de salaire et qui ne paient pas de cotisations et de contributions sociales.

15. L'infraction de travail dissimulé est donc déjà imputable à ces employeurs. Cette infraction est la principale composante du travail illégal (15) et elle est assortie de lourdes sanctions pénales, civiles, financières et administratives. Par ailleurs, les actions de recouvrement des cotisations et des contributions sociales par des organismes tel que l'URSSAF ou la Mutualité sociale agricole (MSA), actions décisives en matière de lutte contre ces fraudes, se font exclusivement à partir des éléments matériels caractérisant le travail dissimulé et des textes qui lui sont applicables et non pas à partir de ceux caractérisant l'emploi de salarié étranger sans titre (de travail). Ainsi, l'article L. 242-1-2 du Code de la Sécurité sociale qui permet de procéder à un redressement forfaitaire de cotisations sociales sur la base d'une présomption d'antériorité d'emploi de six mois s'applique à tout emploi dissimulé de salarié, y compris lorsque celui-ci est un salarié étranger sans titre (de travail).

Il n'est pas donc très utile, en terme de plus value répressive ou dissuasive, d'instaurer de nouvelles pénalités pour lutter contre l'emploi illégal des salariés étrangers dès lors que ces mêmes pénalités existent déjà pour réprimer le travail dissimulé et sont applicables aux mêmes employeurs, sauf alors à créer des sanctions supplémentaires spécifiques (16), ce qui n'est pas le cas de la loi du 16 juin 2011.

16. La loi du 16 juin 2001 contient des dispositions à caractère pénal, financier et administratif.

Au plan pénal, l'article 75 de la loi du 16 juin 2011 crée dans le Code du travail un article L. 8251-2 permettant de sanctionner le donneur d'ordre qui recourt à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre (de travail). Or, la même incrimination existe déjà dans le Code du travail depuis la loi du 27 janvier 1987 en matière de travail dissimulé (17). Cette double incrimination pour l'emploi illégal du même salarié n'est pas décisive pour une meilleure répression. La sanction est d'ailleurs plus lourde en matière de travail dissimulé lorsque le salarié est un mineur. En outre, le Code du travail contenait déjà depuis 1989 une disposition

interdisant d'employer, par personne interposée, un salarié étranger sans titre de travail, ce qui permettait de remonter vers le donneur d'ordre, notamment en situation de fausse sous-traitance (18).

17. Au plan financier, l'article 78 de la loi élargit formellement le champ de la solidarité financière du donneur lorsqu'il recourt à une entreprise qui emploie un salarié étranger sans titre (de travail). Cette solidarité financière inclut désormais les salaires et indemnités dus au salarié (19). Mais depuis la loi du 31 décembre 1991, cette solidarité financière existe déjà pour les mêmes créances en matière de travail dissimulé, avec d'ailleurs un champ sensiblement plus large incluant les cotisations et contributions sociales, et mise en cause, le cas échéant, de la société mère ou de la société holding (20), ainsi que les aides publiques. L'apport de l'article 78 est donc à ce titre peu signifiant.

18. L'injonction faite par l'article 80 de la loi aux opérateurs économiques intervenant dans une chaîne de sous-traitance de faire cesser sans délai une situation d'emploi de salarié étranger employé sans titre (de travail), sauf à encourir les conséquences de la solidarité financière de l'article 78, est la copie de celle existant déjà aux articles L. 8222-5 du Code du travail depuis la loi du 31 décembre 1991 en matière de travail dissimulé. L'article 80 ajoute la possibilité de résilier le contrat commercial pour les personnes de droit privé. Pour le reste, il s'agit là aussi d'une redondance avec la loi de 1991 et, de surcroît, imparfaite car elle n'inclut pas le paiement des cotisations et contributions sociales. L'URSSAF et la MSA n'utiliseront donc pas l'article 80 de la loi et continueront à mettre en œuvre la solidarité financière prévue dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé.

19. S'agissant des sanctions administratives, la loi du 16 juin 2011 permet, sur décision préfectorale, la fermeture provisoire des établissements pour une durée maximale de trois mois ainsi que l'exclusion provisoire des marchés publics pour une durée maximale de six mois. Contrairement à ce qui a pu être compris, ces deux mesures ne s'appliquent pas uniquement aux entreprises qui emploient des salariés étrangers sans titre (de travail), mais elles visent toutes les formes de travail illégal. Ces mesures ne sont pas destinées à lutter plus particulièrement contre l'emploi de salarié étranger sans titre (de travail). On ne peut donc pas présenter cette

(15) En 2009, l'infraction de travail dissimulé représentait 72,9 % du champ du travail illégal.

(16) De telles sanctions existent déjà et sont suffisantes: la contribution spéciale depuis 1976 (article L. 8253-1 du Code du travail) et la contribution forfaitaire depuis 2006 (article L. 626-1 du CESEDA).

(17) Article 32 de la loi n° 87-39 du 27 janvier 1987 portant diverses dispositions d'ordre social.

(18) Cass. crim. 3 décembre 1991 n° 90-86763 ; Cass. crim. 12 octobre 1993 n° 93-80533.

(19) La solidarité financière portant sur la contribution spéciale (article L. 8253-1 du Code du travail) et sur la contribution forfaitaire (article L. 626-1 du CESEDA) existe respectivement depuis 1997 et 2007.

(20) Article L. 243-7-3 du Code de la Sécurité sociale.

mesure de fermeture administrative ou d'exclusion des marchés publics comme un outil spécifique renforçant la lutte contre l'emploi illégal de salarié étranger sans titre (de travail).

20. On regardera avec intérêt la façon dont la fermeture administrative, mesure fortement médiatisée par les pouvoirs publics en amont des débats parlementaires, sera effectivement appliquée par l'autorité préfectorale tant les conditions de sa mise en œuvre sont exigeantes. Il faut en effet que soit réunis trois éléments contraignants : une répétition des faits de travail illégal identifiée par des procès verbaux des services de contrôle, une gravité de ces faits et une certaine proportion de salariés victimes de ces faits. La répétition des faits suffit à elle seule à rendre la fermeture administrative peu opérante. Cette réitération suppose au minimum deux constats et donc deux contrôles des services de l'Etat dans l'entreprise, ce qui est d'une grande lourdeur administrative, peu habituelle en matière de lutte contre le travail illégal. Par ailleurs, les entreprises qui pratiquent intrinsèquement du travail illégal disparaissent dès le premier contrôle (21). Et ce sont ces mêmes entreprises qui sont susceptibles de faire travailler un nombre conséquent de salariés en marge de la légalité.

21. Le fait d'avoir retenu la notion d'établissement comme objet de la fermeture administrative va susciter

également des difficultés d'application lorsque le ou les salariés étrangers (sans titre de travail) seront employés pour des activités économiques itinérantes, non sédentaires ou à localisation temporaire et de surcroît exercées hors du département où se trouve le siège de cet établissement (22). Quelle sera alors l'autorité administrative compétente, pourra-t-elle ne fermer qu'une partie de l'établissement ? Il aurait été sans doute plus pertinent de prévoir dans la loi, en sus de la fermeture de l'établissement, la cessation temporaire de l'activité économique à l'occasion de laquelle l'emploi illégal du salarié est constaté. Il s'agit en effet de la formulation habituellement utilisée dans le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal.

22. Il sera instructif de voir si ces deux nouvelles sanctions administratives vont s'appliquer aux formes les plus élaborées et réfléchies du travail illégal que sont le recours au faux travail indépendant, le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre, qui caractérisent la fausse sous-traitance.

Au final, le renforcement annoncé des sanctions pénales, financières et administratives contre les employeurs de salariés étrangers sans titre (de travail) et leurs donneurs d'ordre reste particulièrement modeste dans la loi du 16 juin 2011.

IV. Des droits sociaux et pécuniaires limités et aléatoires pour les salariés étrangers sans titre (de travail)

23. Les articles 76 à 80 de la loi du 16 juin 2011 traitent plus particulièrement des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers sans titre (de travail). Ils précisent la nature de ces droits, les salariés éligibles et les mécanismes de valorisation de ces droits.

La nature des droits sociaux et pécuniaires a été modifiée à la marge par rapport à la rédaction antérieure du Code du travail qui datait de la loi du 17 octobre 1981 et qui visait déjà l'essentiel de ces droits : salaires et accessoires, heures supplémentaires, bulletins de paie, congés payés et convention collective (23). En effet, seule a été ajoutée la prise en charge par l'employeur des frais d'envoi des rémunérations qu'il doit à son salarié lorsque celui-ci a quitté le territoire français après

cette période d'emploi, ce qui représente très peu de chose supplémentaire pour le salarié (24).

24. Le périmètre de ces droits datant de 1981 a été élargi en théorie par la nouvelle loi sur deux points : le salaire qui est dû au salarié par son employeur représente au moins trois mois de travail, sauf preuve d'une période d'emploi différente (25) et l'indemnité forfaitaire qui lui est versée au moment de la rupture de son contrat de travail est portée d'un mois à trois mois, soit au total l'équivalent de six mois de salaire. Là encore, l'apport véritable de la loi du 16 juin 2011 sur ce point précis doit être sensiblement relativisé car ce salarié pouvait déjà percevoir depuis 1997 l'équivalent de six mois de salaire en sa qualité de salarié dissimulé (26), en application de l'article L.8223-1 du Code du travail. Le

(21) Le secteur de la confection et le secteur du bâtiment, et dans une moindre mesure du gardiennage, en sont l'illustration.

(22) Cas très fréquent de la distribution de prospectus ou de journaux gratuits dans les boîtes à lettres.

(23) C'est en effet la loi n° 81-941 du 17 octobre 1981 modifiant diverses dispositions du Code du travail relatives à l'emploi d'étrangers en situation irrégulière qui a créé pour la première fois un statut juridique, assorti de droits, pour le salarié étranger démuné de titre de travail.

(24) Et à supposer que le salarié ait exposé ces frais.

(25) En divergence avec l'article L. 242-1-2 du Code de la Sécurité sociale qui prévoit une présomption d'antériorité d'emploi de six mois pour recouvrer les cotisations et contributions sociales en présence d'un emploi dissimulé.

(26) Le salarié étranger sans titre (de travail) est aussi un salarié dissimulé dans la quasi totalité des situations de travail.

salarié étranger peut continuer à percevoir cette dernière indemnité au titre de son emploi dissimulé, au point que la loi du 16 juin 2011 prend le soin de préciser que les versements de ces deux indemnités ne se cumulent pas. La loi du 16 juin 2011 est donc financièrement neutre sur ce sujet pour le salarié étranger et ne lui accorde pas de droits particuliers supplémentaires.

25. Les salariés étrangers sans titre (de travail) que la loi rend éligibles à ces droits sociaux et pécuniaires sont très peu nombreux et ne représentent qu'une infime partie de ces travailleurs présents sur le territoire français (27). Le nombre marginal de salariés concernés résulte d'une rédaction verrouillée de l'article 77 de la loi, en discordance avec les exigences de l'article 6 de la directive du 18 juin 2009 (28). En effet, l'article 77 précise que les sommes dues aux salariés étrangers sont versées par l'employeur dans les trente jours qui suivent un constat fait par un des services de l'Etat habilités (inspection du travail, gendarmerie, police, douane). Or, très peu d'entreprises sont verbalisées (29) et, en tout état de cause, ces services ne contrôlent pas les particuliers employeurs pour les emplois domestiques et familiaux (30). Les salariés étrangers sans titre travaillant dans des entreprises non verbalisées ou occupant ce type d'emploi ne bénéficient pas de la loi.

26. La condition d'un contrôle préalable des services de l'Etat pour déclencher le paiement des droits pécuniaires du salarié étranger sans titre (de travail) à trente jours n'est pas prévue par la directive du 18 juin 2009. Elle n'est pas non plus conforme, ni au principe selon lequel le salaire est la contrepartie du travail accompli, sans qu'il soit besoin d'un contrôle ou d'une demande des services de l'Etat, ni à l'article L.3242-3 du Code du travail qui précise que l'employeur doit spontanément payer les salaires deux fois par mois, à seize jours au plus d'intervalle, pour les salariés non mensualisés. Le délai de trente jours donné aux employeurs pour verser les sommes dues est peu compatible avec le délai plus court dans lequel la reconduite à la frontière peut être effectuée. Il empêche le salarié de saisir pendant cette période le conseil de prud'hommes, notamment en référé, puisque l'employeur n'est pas encore débiteur.

27. Poursuivant la logique du nécessaire contrôle préalable des services de l'Etat dans l'entreprise pour

déclencher la protection des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers sans titre (de travail), la loi prévoit que l'employeur contrôlé verse les sommes qu'il doit au salarié, non pas à ce dernier, mais directement à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) lorsque ce salarié fait l'objet d'une mesure de rétention administrative, de reconduite à la frontière ou d'assignation à résidence. Lorsque l'employeur n'effectue pas spontanément ce versement entre les mains de l'OFII (31), celui-ci recouvre auprès de l'employeur les sommes dues au salarié et les lui reverse.

Ces sommes peuvent être recouvrées par l'OFII, dans certaines conditions, auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage lorsque l'employeur participe à une opération de sous-traitance.

28. La lecture de l'article 77, qui est le cœur de la transposition de la directive du 18 juin 2009 pour la protection et la valorisation des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers sans titre (de travail), suscite plusieurs interrogations. La première concerne les raisons qui ont conduit à exclure du champ de la loi du 16 juin 2011, en décalage sensible avec la directive, la très grande majorité des employeurs en infraction avec la loi et de leurs salariés, créant ainsi au regard des lois sociales, deux catégories de salariés étrangers sans titre (de travail). Se pose alors immédiatement la question des droits des salariés étrangers sans titre (de travail) qui ne sont pas visés par la loi et qui représentent l'essentiel de cette population, c'est à dire d'une part ceux dont les employeurs ne sont pas contrôlés et verbalisés (32) et d'autre part ceux dont les employeurs ont été contrôlés mais qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure de rétention administrative, de reconduite à la frontière ou d'assignation à résidence, ce qui est toujours le cas lorsque le contrôle est fait par l'inspection du travail.

Que deviennent par ailleurs les droits des salariés si l'entreprise disparaît, hors le cas d'une procédure collective, après le contrôle des services de l'Etat (33). L'employeur ne versera rien à l'OFII et l'OFII ne pourra rien recouvrer. A supposer que l'entreprise fasse l'objet d'une procédure collective, les sommes que l'OFII ne peut recouvrer directement auprès de l'employeur sont-elles prises en charge par l'assurance de garantie des salaires (AGS)? Dans l'affirmative, qui doit alors saisir l'AGS ?

(27) Selon les estimations des pouvoirs publics, le nombre de salariés étrangers sans titre (de travail) se situe entre 200 000 et 400 000.

(28) L'article 6 de la directive du 18 juin 2009 vise pourtant tous les employeurs et tous les salariés étrangers sans titre, y compris ceux qui ne sont pas retenus ou reconduits.

(29) En 2009, seules 2257 infractions d'emploi de salarié sans titre de travail ont été constatées par les services de contrôle de l'Etat.

(30) L'accès au domicile privé des particuliers est très encadré tant pour les agents de l'inspection du travail que pour les officiers de police judiciaire, ce qui aboutit à la quasi absence de contrôle de ces employeurs.

(31) Aucune sanction particulière n'est prévue à l'encontre de l'employeur qui s'abstient de verser à l'OFII les sommes qu'il doit à son salarié.

(32) Cas notamment des salariés travaillant pour le compte de particuliers sur des emplois domestiques ou familiaux.

(33) Situation fréquente dans la confection et le bâtiment.

Certains agents de contrôle impliqués dans la lutte contre le travail illégal et habitués du contrôle des entreprises ne verbaliseront pas l'employeur, soit parce qu'ils n'ont pas la compétence pour relever cette infraction précise (34), soit parce que leur statut leur permet de choisir une autre réponse que la verbalisation. Quels sont les droits des salariés si l'agent de contrôle ne verbalise pas l'employeur (35) et n'est donc pas tenu d'informer l'OFII dans le cadre de l'article R.8252-5 du Code du travail ?

L'OFII, qui reverse aux salariés les sommes recouvrées auprès de l'employeur, doit-il leur remettre également les bulletins de paie et le certificat de travail ? Si non, qui assure cette remise ? La loi est muette sur ce point. Dans cette hypothèse, comment s'effectue le recouvrement des cotisations et contributions sociale ? La loi n'a prévu aucune liaison ni de levée du secret professionnel entre l'OFII et les organismes de recouvrement.

Reste enfin la question centrale du délai dans lequel le salarié perçoit de la part de l'OFII les sommes qui lui sont dues, dès lors que leur mise en recouvrement auprès de l'employeur ou de son donneur d'ordre peut faire l'objet de la part de ces derniers d'un contentieux de plusieurs mois devant la juridiction administrative. Ce contentieux va retarder d'autant le versement des sommes dues par l'employeur à l'OFII, puis de l'OFII vers le salarié, ce qui n'est pas non plus compatible avec l'article 6 de la directive du 18 juin 2009.

29. L'analyse de la loi du 16 juin 2011 peine à convaincre qu'elle assure effectivement la protection des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers sans titre (de travail). Eloignée de la directive du 18 juin 2009 dont elle devait assurer la transposition, elle s'applique à une petite partie de ces salariés, c'est-à-dire uniquement

à ceux qui font l'objet d'une mesure de rétention, de reconduite ou d'assignation à résidence à la suite d'un contrôle de l'entreprise dans laquelle ils travaillent. C'est bien la première fois que l'application du Code du travail n'est pas directe et dépend de la mise en œuvre de règles relevant de la police administrative des étrangers. On peut s'attendre à ce que l'inspection du travail trouve difficilement sa place dans un tel mécanisme. Or, ce sont ces agents qui sont les plus légitimes à veiller à la bonne application du Code du travail.

30. En conclusion, la loi du 16 juin 2011, pour sa partie consacrée à la protection des droits sociaux et pécuniaires des étrangers sans titre et à la répression de leurs employeurs, souffre de deux défauts. S'agissant de la répression des employeurs et de leurs donneurs d'ordre, elle crée des dispositions globalement sans réelle valeur ajoutée, l'arsenal juridique étant déjà satisfaisant et suffisant pour combattre efficacement cette délinquance (36), via notamment la répression du travail dissimulé. En matière de protection des droits sociaux et pécuniaires des salariés étrangers qui sont employés en marge de la légalité, et de par une transposition minimaliste de la directive du 18 juin 2009, elle n'apporte aucune amélioration significative à la situation résultant de la loi du 17 octobre 1981. Il est à craindre que les employeurs de ces salariés continuent à ne pas leur verser les salaires et les indemnités prévues depuis maintenant trente ans par le Code du travail.

La crédibilité de la politique de lutte contre cette forme de travail illégal passe pourtant par le respect des droits sociaux et pécuniaires des salariés les plus précaires dans le monde du travail. A peine votée, la loi du 16 juin 2011 gagnerait à être positivement amendée.

Hervé Guichaoua

(34) Notamment les inspecteurs du recouvrement des URSSAF.

(35) Cas de l'inspection du travail, en application de l'article 17 point 2 de la convention n° 81 de l'OIT.

(36) La contribution spéciale mentionnée à l'article L. 8253-1 du Code du travail en constitue sans doute son meilleur outil.

Association française de Droit du travail
et de la Sécurité sociale

www.afdt-asso.fr