

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 recopie 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