

## 78 En questions : l'emploi de travailleurs étrangers en France



**Lionel PARRAIRE,**  
avocat associé, Galion société d'avocats,  
membre d'AvoSial



**Julie MARÉCHAL,**  
avocate, Galion société d'avocats

**S**ELON l'article L. 8251-1 du Code du travail, « nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ». L'embauche en France d'un salarié étranger est soumise à des règles strictes trouvant place dans le Code du travail et dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le nombre de dispositions applicables et le jeu de renvois entre les deux codes rendent particulièrement malaisée la lecture et la compréhension de la matière.

### 1. Quelle est la première question que l'employeur doit se poser lorsqu'il souhaite embaucher un salarié étranger

La première question qu'il doit se poser est celle de la nationalité de la personne concernée puisque la réponse détermine la nature des démarches à effectuer. Compte tenu de l'application du principe de libre circulation des travailleurs entre certains États, ne sont pas soumis à l'obligation de détenir une autorisation de travail (C. trav., art. R. 5221-2. – CESEDA, art. L. 121-1) :

- les ressortissants des États membres de l'Union européenne ;
- les ressortissants des États parties à l'Espace économique européen (à savoir la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein) ;
- les ressortissants suisses.

Tous ces ressortissants ont le droit de séjourner et de travailler librement en France. La procédure d'embauche de ces salariés est donc la même que celle applicable aux salariés français.

Les autres ressortissants étrangers doivent en revanche obtenir et détenir une autorisation de travail.

### 2. Qu'en est-il des ressortissants britanniques suite au Brexit ?

Beaucoup d'employeurs se posent aujourd'hui la question de savoir si, compte tenu de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne prévue le 29 mars prochain, il sera possible de continuer à employer des travailleurs britanniques sans avoir à solliciter une autorisation de travail. La question est aujourd'hui loin d'être réglée. Cela dépendra en réalité du « *Brexit with or without deal* », étant ici rappelé que l'accord de retrait, rejeté par les députés britanniques le 15 janvier dernier, prévoyait une période transitoire de 21 mois pendant laquelle étaient assurés les mêmes droits et obligations que ceux applicables dans l'Union européenne. De nouvelles négociations sont envisageables entre Londres et Bruxelles d'ici la fin du mois de mars...

Quoi qu'il en soit, en cas de « *Brexit without deal* », l'ordonnance n° 2019-76 du 6 février 2019, prise en application de la loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019, prévoit qu'un ressortissant britannique qui réside régulièrement en France à la date du retrait n'est pas tenu de détenir un titre de séjour pour une durée d'au moins trois mois à compter du retrait et jusqu'à une date qui sera fixée par décret.

### 3. Quelles sont les démarches à la charge de l'employeur en matière d'autorisation de travail ?

Les démarches à la charge de l'employeur dépendent tout d'abord de la nature du titre de séjour dont le ressortissant étranger est titulaire.

En effet, certains titres de séjour « valent » autorisation de travail : carte de résident, carte de séjour pluriannuelle « passeport talent » pour les étrangers ayant des compétences particulières, carte de séjour pluriannuelle « salarié détaché ICT », carte de séjour temporaire « étudiant » (dont le titulaire est autorisé à exercer une activité professionnelle dans la limite de 964 heures par an), carte de séjour temporaire « vie privée et familiale », récépissés et autorisations provisoires de séjour.

Il faut toutefois bien vérifier l'étendue du titre de séjour, puisque certaines autorisations ne sont valables que pour un métier ou une zone géographique bien déterminés.

Dans ces cas de figure, même si l'étranger est, en principe, autorisé à exercer une activité salariée, l'employeur doit vérifier l'existence et l'authenticité de cette autorisation de travail en adressant « au préfet du département du lieu d'embauche ou, à Paris, au préfet de police, une lettre datée, signée et recommandée avec avis de réception ou un courrier électronique, comportant la transmission d'une copie du document produit par l'étranger » (C. trav., art. R. 5221-41). L'employeur doit effectuer cette démarche dans les 2 jours ouvrables avant la date d'effet de l'embauche (C. trav., art. R. 5221-42). Le préfet notifie sa réponse à l'employeur par courrier, télécopie ou courrier électronique dans un délai de 2 jours ouvrables à compter de la réception de la demande. À défaut de réponse dans ce délai, l'obligation de s'assurer de l'existence de l'autorisation de travail est alors réputée accomplie.

En revanche, l'employeur est dispensé de cette vérification si l'étranger est inscrit sur la liste des demandeurs d'emploi tenue par Pôle emploi, puisque c'est alors Pôle emploi qui procède à cette vérification.

Lorsque le titre de séjour ne vaut pas autorisation de travail, une demande d'autorisation de travail doit être effectuée auprès de la DIRECCTE. La procédure est différente selon que le ressortissant étranger est déjà présent ou non en France. Pour un étranger en séjour régulier en France, il s'agit de la procédure de « changement de statut ». Pour un étranger résidant hors de France, on parle alors de « procédure d'introduction ».

Que l'étranger soit présent en France ou qu'il réside à l'étranger, l'employeur doit, avant de procéder à cette demande d'autorisation, avoir examiné toutes les possibilités d'embauche des demandeurs d'emploi déjà présents sur le marché du travail, notamment avec le concours de Pôle Emploi, puisqu'il devra justifier sa demande en démontrant qu'il n'arrive pas à recruter.

Ensuite, pour accorder ou refuser la demande qui lui est présentée par l'employeur, l'administration va prendre en compte plusieurs critères, visés à l'article R. 5221-20 du Code du travail : il s'agit notamment de l'adéquation entre le poste et le candidat, les conditions d'emploi et de rémunération ou encore « la situation de l'emploi ».

Qu'est-ce que la situation de l'emploi ? Il s'agit pour l'administration d'apprécier si le marché du travail, tel qu'il se présente au niveau de la région ou de la zone concernée, est en mesure ou non de répondre aux besoins de l'employeur. Ce critère n'est toutefois pas opposable pour :

- les étrangers ressortissants de pays ayant signé un accord bilatéral de gestion certifiée des flux migratoires avec la France (c'est notamment le cas du Gabon, de la Tunisie, du Sénégal) ;

- les étrangers exerçant une activité professionnelle dans un métier et une zone caractérisés par des difficultés de recrutement (métiers dits « en tension »). Un arrêté du 18 janvier 2008 fixe la liste de ces métiers (par exemple dans le domaine de l'informatique ou du BTP) ;

- les étudiants étrangers titulaires d'un diplôme au moins équivalent au grade de master qui présentent un contrat de travail en relation avec leur formation, assorti d'une rémunération au moins égale à 1,5 SMIC (C. trav., art. R. 5221-21 et R. 5221-22).

La décision de l'administration intervient en principe dans un délai de 2 mois suivant le dépôt de la demande. La démarche doit donc être effectuée bien en amont de l'embauche effective du salarié. À défaut de réponse dans le délai de deux mois, la demande est réputée refusée.

À noter que les récentes réformes en la matière tendent vers une simplification du régime des autorisations de travail actuellement en vigueur.

La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 a ainsi prévu des exceptions à l'obligation de détenir une autorisation de travail. Sont ainsi dispensés d'autorisation de travail les étrangers qui entrent en France pour exercer une activité professionnelle pour une durée inférieure ou égale à 3 mois dans un des domaines listés à l'article D. 5221-2-1 du Code du travail (est notamment visé le cas du salarié détaché en France pour réaliser des missions d'audit et d'expertise en informatique, gestion, finance, assurance, architecture et ingénierie).

La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (JCP G 2018, 976, *Aperçu rapide V. Tchen*) autorise quant à elle le Gouvernement, par voie d'ordonnance, dans un délai de 2 ans à compter de la promulgation de la loi, à procéder à une nouvelle rédaction du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile afin d'en clarifier la rédaction, notamment en y incluant les dispositions d'autres codes relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France, et de créer un titre unique de séjour pour les salariés.

### 4. Quelles sont les autres obligations de l'employeur lors de l'embauche d'un salarié étranger ?

L'employeur qui embauche un salarié étranger doit en outre effectuer l'ensemble des formalités « classiques » liées à l'embauche d'un salarié (déclaration préalable à l'embauche, inscription sur le registre du personnel avec, en annexe, la copie du titre de séjour, etc.).

L'article L. 1221-3 du Code du travail donne quant à lui la possibilité au salarié étranger de demander une traduction de son contrat de travail dans sa langue d'origine. En cas de discordance entre les deux textes, cette disposition précise que seul le texte rédigé dans la langue d'origine du salarié lui est opposable.

Enfin, l'employeur qui recrute un salarié étranger, pour une durée supérieure à 3 mois, doit payer une taxe à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). Cette taxe est également due par l'employeur, lorsqu'il accueille un salarié détaché temporairement par une entreprise non établie en France (CESEDA, art. L. 311-15). Son montant est fixé par l'article D. 311-18-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pour les emplois d'une durée de plus de 3 mois et de moins de 12 mois, et varie en fonction du salaire mensuel brut du salarié étranger. Pour les contrats de plus de 12 mois, l'employeur doit verser à l'OFII une taxe de 55 % d'un mois de salaire brut dans la limite de 2,5 fois le SMIC (CESEDA, art. L. 311-15).

## 5. Que faire en cas de constat d'un salarié irrégulièrement employé ?

L'irrégularité de la situation d'un salarié étranger vise plusieurs hypothèses : celle du salarié qui se trouve en situation irrégulière dès son embauche et celle du salarié qui devient en situation irrégulière en cours de contrat.

La première hypothèse se rencontre en principe moins souvent puisque l'employeur est tenu à une obligation de vérification du titre de séjour.

Quant à la deuxième hypothèse, elle concerne, dans la majorité des cas, les salariés se voyant refuser le renouvellement de leur autorisation de travail ou ceux embauchés « sous condition d'obtention d'une autorisation de travail » (par exemple les étudiants étrangers autorisés à travailler à titre accessoire et que l'employeur embauche en CDI sous condition d'obtention d'une carte de séjour « salarié ») et qui n'obtiennent pas cette autorisation. Dans ces situations, l'employeur n'a pas d'autre choix que de mettre fin au contrat de travail du salarié. À défaut, les sanctions en cas d'emploi d'un salarié non muni d'un titre de travail sont particulièrement lourdes.

Depuis 2012, la Cour de cassation considère que l'irrégularité de la situation d'un travailleur étranger constitue nécessairement une cause objective de rupture de la relation de travail, exclusive de l'application des dispositions du Code du travail relatives au licenciement (*Cass. soc.*, 4 juill. 2012, n° 11-18.840 : *JurisData* n° 2012-014933 ; *JCP S* 2013, 1097, note C. Hodez et M. Paradis). Le constat de la situation irrégulière du salarié étranger constitue ainsi un motif autonome de rupture qui est applicable aux salariés en situation irrégulière depuis la date de leur embauche mais également aux salariés embauchés régulièrement qui deviennent en situation irrégulière en cours de contrat (*Cass. soc.*, 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.745 : *JurisData* n° 2014-022718). La procédure de licenciement n'a pas lieu de s'appliquer dans cette situation (pas d'entretien préalable obligatoire, pas d'appréciation de la cause réelle et sérieuse).

En revanche, il n'en va pas de même lorsque l'employeur décide de se placer sur le terrain disciplinaire, par exemple si l'embauche du salarié a été réalisée au vu d'un faux titre de séjour présenté par le salarié (*Cass. soc.*, 12 oct. 2016, n° 15-20.979). Dans ce cas, l'employeur doit en effet respecter la procédure disciplinaire.

Même si la jurisprudence ne le précise pas, et même si la procédure de licenciement ne s'applique pas (sauf dans le cas où l'em-

ployeur invoquerait une faute grave distincte de l'irrégularité de la situation), il est recommandé de notifier, par écrit, au salarié irrégulièrement employé, la rupture de son contrat de travail pour cause objective.

Il est déconseillé de se placer sur le terrain du licenciement pour cause réelle et sérieuse, au risque que le salarié conteste par la suite, devant le conseil de prud'hommes, l'existence de ce motif. En revanche, la Cour de cassation considère que la rupture pour cause objective est « exclusive de l'application des dispositions relatives aux licenciements et de l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » (*Cass. soc.*, 4 juill. 2012, n° 11-18.840, *préc.*).

En cas de rupture de la relation de travail, le travailleur étranger employé irrégulièrement a droit à une indemnité forfaitaire au moins égale à 3 mois de salaire ou, à l'indemnité de préavis et de licenciement, selon la solution la plus favorable au salarié (*C. trav.*, art. L. 8252-2).

## 6. Quelles sont les sanctions encourues ?

L'employeur qui ne respecte pas l'obligation de vérification de l'autorisation de travail ou qui emploie un travailleur étranger avec une autorisation de travail non conforme (par exemple dans une zone géographique différente de celle mentionnée sur le titre de travail) est passible d'une contravention de 5<sup>e</sup> classe (*C. trav.*, art. R. 8256-1 et R. 5224-1), soit une amende de 1 500 euros.

En outre, le fait d'embaucher ou de maintenir dans l'entreprise un salarié étranger non muni d'un titre l'autorisant à travailler en France est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 euros, appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés (*C. trav.*, art. L. 8256-2). Cette sanction n'est toutefois pas applicable lorsque l'employeur a effectué les déclarations nécessaires sur la base d'un titre de séjour frauduleux.

L'employeur encourt également des peines complémentaires d'ordre administratif (*C. trav.*, art. L. 8256-3).

Enfin, l'employeur s'expose, en plus des sanctions pénales et administratives énoncées ci-dessus, au paiement d'une contribution spéciale à l'OFII dont le montant s'élève à 5 000 fois le taux horaire du minimum garanti, soit un montant de 18 100 euros en 2019, pour chaque salarié étranger non autorisé à travailler (*C. trav.*, art. L. 8253-1).

# L'information en continu

INFORMATIONS > ÉCHOS > OPINIONS > **Textes** > SYNTHÈSE > VEILLE > TEXTES > PROJETS > SÉLECTION > DOCTRINE > SYNTHÈSE

### Détachement

#### 79 L'ordonnance sur le détachement de travailleurs est publiée

Ord. n° 2019-116, 20 févr. 2019 :  
JO 21 févr. 2019, texte n° 27

### Cons. min., 20 févr. 2019, compte rendu

Consécration du principe « à travail égal, salaire égal » reposant sur « une définition unique de la notion de rémunération devant tenir compte de tous les types de primes » ; moyens accrus pour mieux lutter contre la fraude ; renforcement de la transparence et des obligations

d'information sur les règles applicables en matière de détachement de salariés intérimaires ; création de nouveaux motifs de sanctions administratives en cas de non-respect des obligations prévues : Muriel Pénicaud a présenté le 20 février, lors du conseil des ministres, une ordonnance prise sur le fondement de l'habilita-