



**HAL**  
open science

## La grève des salariés sans papiers : aspects juridiques

Olivier Leclerc, Cyril Wolmark

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc, Cyril Wolmark. La grève des salariés sans papiers : aspects juridiques. Revue de droit du travail, 2009, 3, pp.177-180. halshs-00417487

**HAL Id: halshs-00417487**

**<https://shs.hal.science/halshs-00417487>**

Submitted on 31 Jan 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La grève des salariés sans papiers : aspects juridiques

Olivier Leclerc, IRERP, université Paris Ouest - Nanterre La Défense  
et Cyril Wolmark, IRERP, université Paris Ouest - Nanterre La Défense

paru in *Revue de Droit du Travail*, 2009, pp.177-180

Le mouvement de grève des salariés sans papiers, qui avait pris un certain essor au début de l'année 2008<sup>1</sup>, semble s'essouffler. Pourtant, ça et là, la presse se fait l'écho d'une nouvelle grève, et le promeneur peut constater que les conflits n'ont pas cessé ; les banderoles ornant certains restaurants de la plus belle avenue du monde n'ont toujours pas été décrochées.

Sur ce mouvement de grève des travailleurs étrangers démunis de titre de séjour et/ou d'autorisation de travail<sup>2</sup>, la doctrine est pour l'heure restée muette. Pourtant, l'ampleur et la durée des conflits invitent sans conteste à l'analyse juridique, moins pour en apprécier la régularité, qu'afin d'en saisir la singularité. Plus encore, la situation particulière des protagonistes – employeurs susceptibles d'être poursuivis pénalement sur le fondement de l'article L. 8256-2 du Code du travail et salariés dépourvus de titre de séjour – constitue une forme de défi à l'application du droit de grève. Au confluent du droit privé du travail et du droit public de l'immigration, ces mouvements collectifs se situent en effet dans une zone de turbulence juridique où se trouvent malmenées la qualification de grève (I) et, surtout, l'effectivité du droit de grève (II).

### I- La qualification de grève

Travailleurs subordonnés, les salariés étrangers dépourvus de titre de séjour ne sauraient se voir priver de la possibilité d'exercer le droit de grève, reconnu constitutionnellement<sup>3</sup>. Encore faut-il, pour se prévaloir du régime protecteur qu'institue la loi, que le mouvement collectif engagé en vue d'obtenir une régularisation des salariés grévistes corresponde à la définition prétorienne de la grève : « cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles »<sup>4</sup>.

Concernant l'arrêt de travail, son caractère collectif et concerté, nul doute possible, les mouvements actuels de travailleurs étrangers sans titre de séjour y répondent. En revanche, la démonstration du caractère professionnel de revendications tenant principalement à la régularisation impose une courte analyse, car une telle régularisation n'est pas du pouvoir de l'employeur mais de l'autorité préfectorale. Adressée à une autorité publique, la revendication pourrait d'abord passer pour politique. Mais la Cour de cassation a réduit à peu de chagrin les mouvements illicites du fait du

<sup>1</sup> Le mois de janvier 2008 voit le début du mouvement dit « des travailleurs sans-papiers », déclenché par l'espoir déçu d'une régularisation par le travail permise par la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 (art. 40) mais réduite à peu de chose par un arrêté du 18 janvier 2008 (NOR : IMI/D/08/00328/A, JO du 20 janv.), faisant suite à une circulaire du 7 janvier 2008 (NOR : IMI/N/08/00012/C). Certaines grèves avaient néanmoins débuté auparavant, bénéficiant d'une importante couverture médiatique.

<sup>2</sup> Dans la suite du texte, il sera fait référence aux « travailleurs démunis de titre de séjour » et aux demandes de « régularisation » qu'ils formulent, la plupart des grévistes se trouvant dans cette situation. Il convient cependant de rappeler que si un étranger sans titre de séjour est nécessairement dépourvu d'autorisation de travail, un étranger peut être en possession d'une autorisation de séjour – donc « avoir des papiers » qui l'autorisent à demeurer en France – sans pour autant disposer d'une autorisation de travail, nécessaire pour exercer une activité salariée. Tel est le cas notamment des demandeurs d'asile ou des étudiants, au-delà des 964 heures de travail annuel autorisées. Pour une vue exhaustive de ces diverses situations, voir Rép. Dalloz Travail, avr. 2008, v° *Travailleur étranger*.

<sup>3</sup> Sur l'inapplication de l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946 à des médecins libéraux – non subordonnés – lors d'un mouvement collectif de refus de payer des cotisations ordinaires à titre de protestation contre les prises de position du Conseil de l'Ordre, voir Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 janv. 1991, Bull. civ. I, n° 19 ; D. 1992, somm. p. 297, obs. A. Lyon-Caen.

<sup>4</sup> Cass. Soc. 29 mars 1995, Bull. civ. V, n° 111.

caractère exclusivement politique des revendications présentées<sup>5</sup>. En substance, dès lors qu'entre en jeu une revendication professionnelle, la dimension politique du mouvement n'exclut pas la qualification de grève. Il ne serait pas davantage possible, pour récuser le caractère professionnel de la revendication, d'invoquer l'incapacité de l'employeur à la satisfaire, la Chambre sociale ayant plusieurs fois jugé qu'une telle impuissance de l'employeur ne suffisait pas à écarter la qualification de grève<sup>6</sup>.

Mais surtout, le caractère professionnel de la revendication de régularisation est avéré par le fait que, selon l'article R. 5221-11 du Code du travail, c'est à l'employeur, et à lui seul, qu'il appartient de formuler la demande d'autorisation de travail auprès de l'administration. L'obtention d'une telle autorisation constituant une condition préalable à la régularisation de la situation des salariés sans-papiers au regard du séjour sur le territoire national, la revendication tenant à cette régularisation prend indéniablement un caractère professionnel. Du reste, il demeure fort rare que les revendications présentées par les travailleurs étrangers se cantonnent à la seule demande de régularisation. S'y ajoutent bien souvent des revendications plus classiques, dont le caractère professionnel ne souffre pas discussion : paiement des salaires, des heures supplémentaires, amélioration des conditions de travail, etc. La présentation de ces revendications supplémentaires interdira à l'employeur de considérer que la grève ne répond plus aux conditions posées par la jurisprudence, au motif – discutable au demeurant – qu'il aurait satisfait à la demande de dépôt des dossiers de régularisation auprès de l'autorité administrative<sup>7</sup>.

Il ne subsiste guère de doute : les conflits collectifs déclenchés par les travailleurs étrangers en vue d'obtenir leur régularisation constituent bien des grèves. Néanmoins, le bénéfice effectif du régime protecteur attaché à cette qualification se heurte à de sérieuses difficultés.

## II- L'effectivité du droit de grève

Abstraction faite des conditions matérielles – précarité de la situation sociale, éclatement des collectivités de travail... – susceptibles de dissuader tout mouvement collectif, l'exercice du droit de grève par des salariés dépourvus de titre de séjour bute, en outre, sur des obstacles spécifiques dressés aussi bien par le droit des étrangers (1) que par le droit du travail (2).

1. La première difficulté à laquelle sont confrontés les travailleurs étrangers démunis de titre de séjour naît de ce qu'en exerçant leur droit de grève aux fins d'obtenir leur régularisation, ils révèlent nécessairement l'irrégularité de leur séjour. En rendant publiques leurs revendications, ces salariés dévoilent leur situation et s'exposent par là même au risque de faire l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire<sup>8</sup>.

Aussi le spectre de cette mesure d'éloignement fait-il naître pour les salariés grévistes dépourvus de titre de séjour un risque juridique particulier par comparaison avec les salariés qui ne sont pas soumis à une telle condition ou qui y satisfont. Cette différence entre salariés, selon qu'ils sont ou non en règle avec les dispositions relatives à l'accès au marché du travail, trouve sans doute une justification dans le pouvoir de police des étrangers qu'exerce l'Etat en vue de régler l'accès

<sup>5</sup> E. Dockès, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. « HyperCours », 2008, n° 612-615, qui estime que la prohibition des grèves politiques n'a plus que « des effets résiduels et contestables ». V., récemment, Cass. Soc. 23 oct. 2007, Bull. civ. V, n° 169 ; RJS 1/08, n° 65 ; D. 2008, pan., p. 450 ; D. 2008, p. 662, note A. Bugada.

<sup>6</sup> Cass. Soc. 29 mai 1979, *Gr. arrêts*, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n° 190 ; Cass. Soc. 15 févr. 2006, Dr. soc. 2006, p. 577, note Ch. Radé ; JCP S 2006, 1364, note R. Vatinet ; Cass. Soc. 23 oct. 2007, préc.

<sup>7</sup> Comp., sur la satisfaction des revendications professionnelles et la poursuite de la grève par une minorité de salariés, Cass. Soc. 6 nov. 1985, Dr. soc. 1986, p. 615, note J. Deprez.

<sup>8</sup> La difficulté n'est pas moindre pour les travailleurs étrangers munis d'un titre de séjour régulier qui exercent une activité professionnelle alors même qu'ils ne disposent pas d'une autorisation de travail : ceux-ci risquent de se voir retirer leurs titres de séjour du seul fait qu'ils accomplissent une activité salariée sans y être autorisés (art. L. 313-5, alinéa 2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

au marché du travail national<sup>9</sup>. Il reste que, si les salariés sont soumis à des régimes juridiques différents au regard du droit des étrangers, ils se trouvent bien dans une situation identique pour ce qui est de leurs rapports avec l'employeur. La différenciation découlant du droit de l'immigration produit ainsi des répercussions contestables parmi des salariés pourtant pareillement placés dans une situation de subordination juridique à l'égard de leur employeur.

2. Une seconde difficulté tient à la mise en œuvre des règles du droit du travail. L'irrégularité de la situation des salariés au regard de l'accès au marché du travail affecte, en effet, l'ensemble du dispositif protecteur de la grève.

La grève ouvre, on le sait, une période de suspension du contrat de travail. Par définition, la suspension implique la reprise du contrat, et ce depuis qu'a été abandonnée la solution selon laquelle la grève pourrait entraîner rupture de plein droit du contrat de travail du salarié gréviste<sup>10</sup>. Or, dans l'hypothèse où les travailleurs grévistes n'obtiennent pas satisfaction de leur revendication, i.e. se voient refuser l'autorisation de travail, et donc la régularisation de leur situation, l'employeur ne saurait leur restituer les postes qu'ils occupaient dans l'entreprise puisqu'il « ne peut conserver à son service [...] un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France » (art. L. 8251-1 C. trav.), à peine d'encourir la sanction pénale prévue en cas d'emploi d'étranger sans autorisation de travail (art. L. 8256-2 C. trav.).

L'employeur constatant le refus de la régularisation par l'autorité administrative semble donc devoir prononcer le licenciement des salariés concernés. Aussi bien, l'échec de la revendication à l'origine de la grève conduira-t-il au licenciement des travailleurs grévistes<sup>11</sup>. Comment concilier l'issue que trouve ainsi le conflit collectif avec la règle protectrice instituée par l'article L. 2511-1 du Code du travail [L. 521-1 anc.] qui prohibe, en l'absence d'une faute lourde, le licenciement d'un salarié du seul fait qu'il aura exercé son droit de grève ? A s'en tenir à une analyse formelle, la difficulté semble s'évanouir : le licenciement n'est pas ici justifié par des faits de grève, mais par l'absence d'autorisation de travail du salarié, elle-même liée très fréquemment à l'absence de titre de séjour<sup>12</sup>. Il reste que l'apparente netteté de la distinction peine à masquer que c'est bien la décision d'exercer le droit de grève qui a conduit le salarié à révéler l'absence de titre, ce qui laisse entière la discussion sur la régularité du licenciement ainsi prononcé.

Plus grave encore, à supposer même que l'on considère que le licenciement n'est pas intervenu pour faits de grève, le régime juridique auquel est soumise la rupture du contrat de travail des salariés étrangers demeure affecté de lourdes incertitudes. La Cour de cassation a, en effet, décidé, dans un arrêt du 13 novembre 2008<sup>13</sup>, que « les dispositions des articles L. 122-14 et suivants devenus les articles L. 1232-2, L. 1232-11 et suivants du code du travail régissant le licenciement ne s'appliquent pas à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger motivé par son emploi irrégulier ». Ce faisant, les magistrats paraissent bien soumettre le « licenciement » de tout étranger dépourvu d'autorisation de travail à un dispositif dérogatoire, régi par le seul article L. 8252-2 du Code du travail [L. 341-6-1 anc.]<sup>14</sup>. L'arrêt prête assurément le flanc à la critique et sa portée mérite

<sup>9</sup> F. Gaudu, « Synthèse introductive. Le séjour et la situation sur le marché du travail : aspects juridiques », in F. Héran (dir.), *Immigration, marché du travail, intégration*, Paris, La documentation française, 2002, p. 233.

<sup>10</sup> Cass. Soc. 20 mai 1955, *Gr. arrêts*, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n° 199.

<sup>11</sup> Une telle logique de « tout ou rien » affectant l'issue de la grève n'est pas sans influence sur la durée – particulièrement longue – de certains de ces conflits, les grévistes étant privés de la possibilité de revenir au *statu quo ante* en cas d'échec de leur action.

<sup>12</sup> La jurisprudence paraît toutefois prendre en considération la connaissance que l'employeur avait de l'absence d'autorisation de travail de son salarié. Dans de tels cas, il a été jugé que le licenciement est irrégulier et donne lieu, par conséquent, à indemnisation du salarié. V. Rep. Dalloz Travail, avr. 2008, v° *Travailleur étranger*, n° 328 et s.

<sup>13</sup> Cass. Soc., 13 nov. 2008, pourvoi n° 07-40689, à paraître au Bulletin.

<sup>14</sup> Outre le paiement d'une rémunération au moins égale aux minima applicables, cet article prévoit que le salarié étranger dépourvu d'autorisation de travail a droit, en cas de rupture de la relation de travail, d'une part, à une indemnité forfaitaire égale à un mois de salaire, à moins que les indemnités de licenciement et de préavis ne

d'être soigneusement soupesée<sup>15</sup>. Il demeure qu'à entendre la formule forgée par la Cour de cassation dans toute sa généralité, le gréviste démuné de titre de séjour ne serait pas même soumis au droit commun du licenciement.

En définitive, attrait sous la double qualification de salariés et d'étrangers, les travailleurs dépourvus de titre de séjour, voient leur situation régie par des corpus de textes – issus du droit de l'immigration et du droit du travail – dont la conciliation n'a pas été sérieusement envisagée. En tant que salariés, ils sont titulaires du droit de grève ; en tant qu'étrangers, ils se heurtent à des difficultés particulières pour mettre en œuvre ce droit constitutionnel. S'opère ainsi, pour les travailleurs étrangers sans titre de séjour, une dissociation entre la qualification de grève et le bénéfice du régime qui y est associé. A bien y réfléchir, le droit des étrangers et le droit du travail ne concourent-ils pas à faire naître, à destination des salariés sans papiers, un droit de grève amputé des garanties habituellement attachées à la protection des grévistes ?

---

conduisent à une solution plus favorable, et d'autre part à l'indemnisation de l'éventuel préjudice non réparé par ces dispositions.

<sup>15</sup> Il ne saurait être question de développer ici longuement l'analyse de l'arrêt. On relèvera seulement qu'en procédant à une interprétation *a contrario* – toujours discutable – de l'article L. 8252-2, issu de la loi du 17 octobre 1981, l'arrêt rompt avec une interprétation *a fortiori* de cette disposition que semblait retenir la jurisprudence antérieure, plus respectueuse de l'intention affichée par le législateur de 1981. De surcroît, en créant un cas de rupture du contrat de travail réservé aux salariés étrangers démunés d'autorisation de travail, la Cour de cassation prive ces derniers de la plupart des garanties attachées aux différents types de licenciement, ce qui soulève de vives interrogations sur la compatibilité de la solution retenue avec plusieurs principes constitutionnels et normes internationales : égalité de traitement, droit à être entendu lors de la rupture du contrat de travail...