

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Par sa décision du 12 octobre, l'assemblée du contentieux a précisé les conditions de la répression administrative en matière de travail illégal, en confirmant que, contrairement à la répression pénale et plus particulièrement au délit de l'article L. 8256-2 du code du travail, il n'y avait pas lieu en principe de retenir un élément intentionnel pour caractériser le manquement.

1. Elle a en effet jugé que les dispositions de l'article par l'article L. 8253-1 du code du travail et celles de l'article L. 626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, instituant respectivement une contribution spéciale et une contribution forfaitaire représentative des frais de réacheminement *« ont pour objet de sanctionner les faits d'emploi d'un travailleur étranger séjournant irrégulièrement sur le territoire français ou démunis de titre l'autorisant à exercer une activité salariée, sans qu'un élément intentionnel soit nécessaire à la caractérisation du manquement »*. Elle a toutefois atténué cette position de principe à la lumière de l'harmonisation européenne dont fait l'objet la lutte contre le travail illégal, en jugeant qu'*« un employeur ne saurait être sanctionné sur le fondement de ces dispositions, qui assurent la transposition des articles 3, 4 et 5 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, lorsque tout à la fois, d'une part, et sauf à ce que le salarié ait justifié avoir la nationalité française, il s'est acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article L. 5221-8 du code du travail et que, d'autre part, il n'était pas en mesure de savoir que les documents qui lui étaient présentés revêtaient un caractère frauduleux ou procédaient d'une usurpation d'identité »*.

Ce système repose ainsi, d'abord, sur une obligation objective : celle de ne pas employer un étranger sans titre. C'est le premier étage du raisonnement. Mais l'employeur peut ensuite faire valoir une excuse d'ordre documentaire, consistant à avoir procédé aux vérifications qui lui incombent en vertu des textes et qui empêche alors de caractériser le manquement. C'est le deuxième étage. Mais dans les cas où il est établi que l'employeur était en mesure de savoir que les documents qui lui étaient présentés étaient faux ou usurpés, il n'y a plus d'excuse qui vaille et le manquement est constitué. C'est dans ce 3^{ème} étage que l'assemblée du contentieux a admis l'introduction d'un élément moral tenant à la bonne ou mauvaise foi de l'employeur.

Vous aurez néanmoins remarqué que le considérant de principe retenu par l'assemblée comporte une incise réservant le cas où le salarié a « *justifié avoir la nationalité française* ». Par ces mots, elle n'a pas entendu réserver le cas des travailleurs effectivement français, qui sont radicalement hors champ de toute façon, mais bel et bien le cas des travailleurs qui se seraient présentés comme de nationalité française, alors qu'ils étaient étrangers. Et vous aurez remarqué aussi que cette incise n'est pas placée n'importe où. Elle figure exactement au 2^{ème} étage du raisonnement, sur l'excuse documentaire.

Ce n'est pas un hasard. Tout en conservant sa structure à trois étages, l'assemblée a veillé à laisser partiellement vide le 2^{ème} niveau. Car l'excuse documentaire qu'elle a rappelée dans sa décision du 12 octobre reposant sur la directive 2009/52 du 18 juin 2009 et l'article L. 5221-8 du code du travail n'est applicable que lorsqu'il y a à vérifier des titres d'étrangers non ressortissants de l'Union ou de l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse. C'est uniquement pour ces travailleurs là que l'employeur doit recueillir les titres de séjour et autorisant à travailler et les transmettre à l'administration pour vérification. Mais encore faut-il donc que le travailleur se présente comme tel car s'il se prévaut de la nationalité française, d'une nationalité de l'UE, de l'EEE ou de la nationalité suisse, les vérifications prévues par le code du travail et la directive de 2009, sont a priori sans objet.

L'assemblée du contentieux, qui n'était pas saisie de ce cas de figure dans l'affaire Super Coiffeur, n'avait pas à le régler. Elle a simplement veillé à ne pas embrasser trop large et ainsi à réserver la question.

2. L'affaire d'aujourd'hui permet de la trancher. La société Boucherie de la Paix, qui conteste les deux sanctions administratives applicables en matière de travail illégal qui lui ont été infligées, avait en effet embauché un travailleur s'étant présenté comme ressortissant de pays tiers, pour lequel vous pourrez dérouler le raisonnement « Super Coiffeur » mais elle avait aussi embauché un autre travailleur dont elle soutient qu'il s'était présenté à elle comme de nationalité française. Vous êtes ainsi appelés aujourd'hui à combler le vide laissé par l'assemblée du contentieux au 2^{ème} étage de son raisonnement, en précisant les vérifications documentaires qui peuvent incomber à l'employeur dans ce cas là.

Pour que l'édifice qu'elle a bâti reste équilibré, il est essentiel d'exiger de l'employeur un minimum de vérification de cette nationalité. Et c'est d'ailleurs ainsi que l'assemblée du contentieux vous a en quelque sorte délégué cette tâche en parlant non de personne se prévalant de la nationalité française mais qui auraient « justifié » de cette nationalité.

Il ne faut pas en effet que l'excuse documentaire soit trop facile à présenter car alors tous les intéressés, employeurs et candidats à l'embauche, seront tentés de jouer la carte du ressortissant français ou européen pour contourner les obligations très strictes de vérification qui s'imposent pour les ressortissants des pays tiers. En sens inverse, les employeurs ne sont pas des spécialistes des contrôles d'identité, que ce soit de titres français mais plus encore de titres d'autres pays de l'UE, de l'EEE ou de la Confédération suisse et il faut s'en tenir à des obligations raisonnables faute de quoi le manquement pourrait devenir quasi-mécanique et peser injustement sur eux.

Mais la structure du raisonnement de votre décision Super Coiffeur vous permet, pensons-nous, d'apporter une réponse à chacune de ces deux préoccupations.

2.1 En affirmant une obligation de vérification de l'identité du travailleur par l'employeur au deuxième étage du raisonnement, vous éviterez que le dispositif de lutte contre le travail illégal ne soit mis en échec du seul fait que le travailleur se sera présenté comme de nationalité française ou d'un Etat européen. Il appartiendra ainsi à l'employeur d'exiger un document en cours de validité de nature à justifier de cette nationalité et de garder la trace de cette vérification pour le cas où l'administration viendrait à contrôler la régularité de la situation de ses employés, faute de quoi il ne pourra bénéficier de l'excuse documentaire.

L'affirmation d'une telle obligation n'a rien de révolutionnaire. Si elle n'est pas clairement affirmée par les textes aujourd'hui elle est induite par ceux mettant à la charge des employeurs le recueil et la transmission d'information à l'administration sur la situation de leurs salariés. Et elle peut être considérée comme impliquée par les dispositions de la directive de 2009 et de l'article L. 5221-8 du code du travail sur les travailleurs de pays tiers qui mettent à la charge de l'employeur des obligations de vérification spéciales dans ce cas : il appartient bien en effet à l'employeur de vérifier la nationalité de tout travailleur qu'il se propose d'embaucher pour s'assurer qu'il ne relève pas de ces dispositions pénalement et administrativement sanctionnées.

2.2 Ensuite, c'est à dire si l'employeur peut soutenir avoir accompli cette vérification et ainsi se prévaloir de cette excuse documentaire pour échapper aux sanctions administratives, on retombe sur le troisième étage du raisonnement tenu par l'assemblée du contentieux - et sur lequel elle n'a réservé aucun traitement particulier au cas de travailleurs s'étant présentés comme de nationalité française ou européenne. Elle a en effet écarté dans tous les cas le bénéfice de l'excuse documentaire lorsque l'employeur « *était en mesure de savoir que les documents qui lui étaient présentés revêtaient un caractère frauduleux ou procédaient d'une usurpation d'identité* ». C'est cet élément moral faisant intervenir sa bonne ou mauvaise foi qui permet de répondre à l'autre préoccupation que nous évoquions, consistant à ne pas mettre sur les épaules des employeurs des obligations déraisonnables en matière de vérification de documents d'identité.

Cette vérification peut en effet être malaisée pour des papiers français. Dans la présente affaire, le tribunal avait relevé des anomalies typographiques de la pièce d'identité et la mention d'une rue qui n'existait pas. Nous ne sommes pas convaincus qu'à elles seules, ces malfaçons auraient été suffisantes pour mettre en mesure l'employeur de savoir que le document était frauduleux.

Mais que dire lorsqu'il s'agira d'une pièce d'identité - passeport ou plus encore d'une carte d'identité qui n'est pas normalisée quant à elle - émanant d'un autre Etat européen. Comment l'employeur pourra-t-il raisonnablement détecter la fraude sur un titre roumain, norvégien ou grec ? Il sera en réalité assez difficile à l'administration d'établir sa mauvaise foi et ainsi d'écarter le bénéfice de l'excuse documentaire. C'est sans doute une faiblesse du dispositif du point de vue de la lutte contre le travail illégal mais qui est aussi la condition pour que le cadre répressif reste proportionné.

3. Quoi qu'il en soit, la question du niveau d'exigence que l'on peut avoir pour admettre la bonne ou mauvaise foi de l'employeur n'est ici ni à juger en droit, puisqu'elle a déjà été réglée par l'assemblée du contentieux, ni à être appréciée en fait dans la présente affaire car la cour s'est arrêtée au deuxième étage du raisonnement en jugeant que

l'employeur ne pouvait en tout état de cause se prévaloir de sa bonne foi, faute d'avoir procédé aux vérifications documentaires requises.

Elle a en effet affirmé que les vérifications qui s'imposaient à lui sur le fondement des dispositions de l'article L. 5221-8 du code du travail quant à la régularité de la situation de ses salariés n'avaient pas été respectées. Mais comme on l'a indiqué, ces obligations de vérification des titres autorisant à travailler ne sont pas applicables à des personnes se prévalant de nationalité française ou de toute nationalité bénéficiant d'une dispense d'autorisation de travail. La cour aurait pu le cas échéant reprocher à la société Boucheries de la Paix de n'avoir pas vérifié la nationalité de l'intéressé mais pas de son autorisation de travail. Si vous nous suivez, vous censurerez son arrêt pour erreur de droit et lui renverrez l'affaire pour qu'elle la réexamine à la lumière du cadre d'analyse que vous aurez ainsi complété.

Vous en profiterez pour rappeler au passage la version de l'article L. 8253-1 qui était applicable en l'espèce, ce qui suffira à signaler à la cour l'erreur qu'elle a commise en faisant rétroagir des dispositions pénales issues de la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, qu'elle a regardées comme plus douces que celles en vigueur à la date des faits, alors qu'elles étaient équivalentes ; erreur qui est toutefois restée sans incidence sur le sens de son arrêt.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt, au renvoi de l'affaire à la cour, à ce que l'OFII verse à la société une somme de 1500 euros au titre des frais de procédure et au rejet des conclusions présentées en sens inverse par l'office.