



N°3 avril 2024

AFOIT • Conseil Economique, Social et Environnemental. 9 place d'Iéna • 75775 Paris cedex 16  
Directeur de publication : Gwenaël PROUTEAU, Président de l'AFOIT

# LES TRAVAILLEURS MIGRANTS À L'AUNE DES NORMES DE L'OIT

## LE CAS FRANÇAIS

Par Maître CAMILLE PAPINOT

[contact@afoit.org](mailto:contact@afoit.org) - [www.afoit.org](http://www.afoit.org)

Regards & Analyses



## **LES TRAVAILLEURS MIGRANTS A L'AUNE DES NORMES DE L'OIT : L'EXEMPLE FRANÇAIS**

---

L'accélération des migrations de personnes fait l'objet d'une attention croissante, notamment dans les pays développés dont la France.

Selon un nouveau rapport de l'OIT<sup>1</sup>, le nombre de travailleurs migrants internationaux est passé de 164 millions à 169 millions entre 2017 et 2019. Celui des jeunes travailleurs migrants (16-24 ans) augmente également de près de 2 % ou 3,2 millions, depuis 2017. Leur nombre en 2019 était de 16,8 millions. Les travailleurs migrants internationaux constituent 4,9 % de la main-d'œuvre mondiale.

Parmi les travailleurs migrants internationaux, 99 millions sont des hommes et 70 millions des femmes, soit respectivement 58,5% et 41,5%.

Parmi ces 169 millions de travailleurs migrants internationaux estimés, 113,9 millions (32,6%) se trouvent dans les pays à revenu élevé. Ils représentent ainsi une part importante de la main-d'œuvre des pays à revenu élevé : 18,7 % de la main-d'œuvre masculine, et 17,6 % de la main-d'œuvre féminine.

En France, l'on ne compte plus le nombre de réformes, l'inflation législative étant particulièrement notoire dans ce domaine. Sujet sensible, chaque nouveau gouvernement s'en empare nécessairement pour proposer sa réforme.

L'avant-dernière réforme mise en œuvre, la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, a confirmé la tendance à l'encouragement des migrations qualifiées mais aussi au durcissement de la loi pour les travailleurs

étrangers et les demandeurs d'asile.

L'inflation législative a conduit à une recodification du Code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile. A peine, celle-ci intégrée, qu'une nouvelle proposition de loi est de nouveau débattue, puis finalement adoptée. La loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration est la 30<sup>e</sup> réforme en droit des étrangers en 40 ans, et s'inscrit davantage encore dans une vision sécuritaire et conservatrice.

Dans ce contexte toujours plus stigmatisant des migrants, à l'exception des migrants qualifiés, il convient d'être particulièrement vigilant à la préservation des droits, et notamment des droits acquis par les ressortissants étrangers par l'exercice de leur activité professionnelle.

Après la seconde guerre mondiale, la valeur du travail et, partant, des travailleurs, y compris étrangers, a permis l'édiction et la ratification de normes protectrices internationales, sous l'égide de l'Organisation internationale du travail. « *C'est la guerre qui a donné à la législation du travail son importance primordiale* »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> OIT, Estimations mondiales de l'OIT concernant les travailleuses et les travailleurs migrants : Résultats et méthodologie :

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---)

[migrant/documents/publication/wcms\\_808940.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_808940.pdf)

<sup>2</sup> I. LESPINET-MORET et V. VIET, *L'Organisation internationale du travail : origine, développement, avenir*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, pp.13-14.

En effet, le travail fourni pour faire tourner les économies des pays en guerre, et la mobilisation des ressortissants des colonies, pendant le conflit puis dans un contexte de reconstruction d'après-guerre, ont créé un contexte favorable à la prise en compte de tous les travailleurs, dont les femmes

- avec notamment la consécration de leur droit de vote le 21 avril 1944 - et les travailleurs étrangers, et à la protection des droits sociaux attachés au travail, comme par exemple le droit à la sécurité sociale avec l'adoption des deux ordonnances des 4 et 19 octobre 1945.

Concernant les travailleurs étrangers, dans un contexte d'appréhension fragmentée des migrants par catégorie<sup>3</sup>, le contexte d'après-guerre et le déplacement croissant de travailleurs, ont permis l'adoption de normes protectrices sous l'égide d'une organisation qui s'imposait d'elle-même, l'Organisation internationale du travail (OIT).

Une première convention a été adoptée le 1<sup>er</sup> juillet 1949 : la Convention n°97 relative aux travailleurs migrants. Entrée en vigueur le 22 janvier 1952, elle a été ratifiée par la France le 29 mars 1954. Une recommandation annexe n°86 a été adoptée le même jour.

En revanche, la France n'a pas ratifié la Convention n°143 du 24 juin 1975 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité des chances et de traitement des travailleurs migrants, entrée en vigueur le 9 décembre 1978 accompagnée de sa recommandation n°151.

En 1949, l'objectif des Etats était d'encadrer les modalités de recrutement et les conditions de travail des travailleurs migrants. En 1975, le contexte est celui du chômage lié à la crise pétrolière ; l'objectif est alors de prévenir la migration irrégulière et l'emploi non autorisé des migrants, tout en leur reconnaissant les droits fondamentaux de l'Homme.

Bien qu'il n'existe pas de définition universelle du travailleur migrant, il convient de retenir la définition concertée au niveau de l'OIT exprimée à l'article 11 de la Convention n°97 :

« 1. Aux fins de la présente convention, le terme *travailleur migrant* désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant.

2. La présente convention ne s'applique pas ;

(a) aux travailleurs frontaliers ;

(b) à l'entrée, pour une courte période, de personnes exerçant une profession libérale et d'artistes ;

(c) aux gens de mer ».

En effet, la liberté d'admettre des travailleurs étrangers sur le territoire reste de la compétence souveraine des Etats, l'article 4 de la Convention n°97 obligeant uniquement les Etats à faciliter le voyage du migrant « *dans les cas appropriés* ».

La convention a donc pour objet la protection des travailleurs migrants salariés, à l'exception des catégories de personnes visées à l'alinéa 2 et séjournant régulièrement sur le territoire.

Ceci conduit à examiner l'effectivité de la convention de l'OIT n°97 et de sa recommandation en France (I), et au vu de l'évolution du contexte migratoire stigmatisé par un discours conservateur et sécuritaire, les défis de l'Organisation pour éviter toute précarisation des travailleurs migrants (II).

---

<sup>3</sup> R.B. LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary international Law*, Manchester University Press, 1984, p.3 et 123.

## **I. UNE PROTECTION DES TRAVAILLEURS ETRANGERS FONDEE SUR LA QUALITE DE « TRAVAILLEUR »**

La convention n°97 compte 53 ratifications, tandis que la convention n°143 n'en compte que 29. Peu de pays développés ont ratifiés ces conventions en dépit de leur souplesse relative. En raison des disparités économiques et législatives des Etats parties mais aussi de la valorisation du travail, l'articulation de la protection conventionnelle se concentre autour du principe de « non-discrimination » (a).

Les dispositions ratifiées par la France sont bien adoptées et appliquées de manière effective (b).

### **a. Une protection principalement fondée sur le principe de non-discrimination**

La convention n°97 a essayé d'encadrer l'ensemble des étapes migratoires du travailleurs étrangers : le départ de son pays d'origine, les conditions de séjour et la perte de la qualité de travailleurs étranger.

***Concernant le recrutement et la cessation de l'emploi***, la Convention de l'OIT de 1949 impose aux parties de lutter contre la propagande mensongère sur l'émigration et l'immigration (art. 3) et de mettre en place un service approprié et gratuit pour fournir les informations exactes aux migrants (art. 2). La Recommandation de la même année prévoit en son point 5 la gratuité de ce service qui doit être assuré par les autorités publiques ou des organismes privés à but non lucratif soumis au contrôle des autorités publiques, et l'obligation d'information dans une langue comprise par

l'intéressée.

De même, l'article 8 de l'Annexe II à la convention n°97 dispose que les autorités compétentes doivent « *assister les travailleurs migrants durant une période initiale dans le règlement des questions concernant leurs conditions d'emploi* ».

La convention n°97, en son article 3§2, encourage la coopération interétatique pour l'échange d'informations pertinentes et elle est la seule à prévoir une obligation de coopération entre les Etats et l'OIT concernant l'échange d'information (article 1<sup>er</sup>).

Cette Convention OIT de 1949 s'intéresse à la procédure de recrutement ainsi qu'à son formalisme au travers, par exemple, de la remise des documents de séjour et de travail, notamment dans ses annexes I et II. Elle désigne les personnes ou organismes autorisés à recruter des travailleurs migrants, sous contrôle de l'autorité compétente de l'Etat de destination (art. 3.4 Annexe I). En revanche, elle n'apporte aucune précision sur les conditions de fond, c'est-à-dire sur le nombre de personnes recrutées, les territoires concernés ou les catégories professionnelles ouvertes, ni sur la situation du marché de l'emploi.

La convention n°97 contient également des normes relatives aux conditions de transport des personnes.

Si ces dispositions sur les agences de recrutement et sur le transport des travailleurs migrants semblent un peu obsolètes pour les personnes qui rejoignent la France en raison du recrutement

individuel et du développement des moyens de transports internationaux, elles restent d'actualités dans certains pays.

Les normes de l'OIT prévoient également la conservation de la qualité de travailleur migrant en cas de maladie ou d'accident (article 8§1 de la Convention n°97 pour les travailleurs permanents et article 25§1 de la Recommandation pour tous les travailleurs). Et si la protection en cas de perte de l'emploi n'avait pas été envisagée dans la convention de 1949, elle a été instaurée à l'article 8 de la convention de 1975.

**Concernant, les conditions de séjour du travailleur migrant**, traditionnellement, la qualité d'étranger, est une qualité excluante. Selon le Professeur LOCHAK, la norme d'un Etat est conçue par référence à un individu « *normalisé* » et « *c'est à cet individu, au départ, et à lui seul, qu'est reconnue l'intégralité des droits, tandis que les autres définis négativement par référence à cette norme-étalon, s'exposent à faire l'objet de discriminations* »<sup>4</sup>. La « normalité » dans un Etat concerne donc les nationaux. Dès lors, la « catégorie » des étrangers se définit négativement ; elle désigne l'ensemble des personnes qui n'ont pas la nationalité du pays où elles se trouvent.

En revanche, la qualité de « travailleur » a été, pour les étrangers, une qualité incluante.

Le droit des étrangers pourrait être qualifié d'ambivalent. C'est un droit d'exclusion et de restriction : il fixe les conditions d'entrée et d'éloignement, et un régime moins favorable que celui des nationaux. C'est aussi un droit d'insertion puisque l'étranger s'insère dans la société d'accueil et doit donc, à ce titre, bénéficier d'une certaine protection<sup>5</sup>.

Le droit du travail pour sa part, s'est construit autour de la place centrale du travail pour la revendication de droits sociaux. Le système de protection sociale qui a été instauré par les Etats au XXe

siècle s'est fondé sur les relations de travail. La distribution des acquis (revenus, accès à des services de caractère social comme le logement, le crédit à la consommation, les assurances sociales et les soins de santé) a été rendue possible grâce à l'action de syndicats forts. Ces droits ont été considérés comme des prestations liées au travail, qu'il aurait été difficile de mettre en place en dehors du monde du travail<sup>6</sup>. L'OIT a alors tenté d'étendre la portée de ces droits individuels et collectifs aux travailleurs migrants

La vertu du travail conduisit ainsi à reconnaître aux travailleurs migrants le droit de ne pas être moins bien traités que les travailleurs nationaux. Les normes protectrices de l'OIT ont alors défini un cadre légal minimal commun à tous les travailleurs migrants, articulé autour du principe de non-discrimination.

En effet, il était impossible de convenir de normes protectrices communes permettant un standard minimum dans tous les Etats parties, en raison de la disparité économique des Etats et des législations du travail.

La France ayant une législation protectrice, il est donc plus intéressant pour un travailleur migrant en provenance d'un pays en développement de travailler en France que l'inverse. Toutefois, la consécration de l'égalité de traitement était nécessaire.

---

<sup>4</sup> D. LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in B. BADIE et M. SADOVIN (dir.), *L'Autre*, Etudes réunies pour A. GROSSER, Paris, Presses de la Fondation Nationale de Sciences politiques, 1996, p.181.

<sup>5</sup> F. JULIEN-LAFERRIERE, « Etrangers – droits des », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp.319-320.

<sup>6</sup> Commission internationale de Juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, Série droits de l'homme et Etat de droit, n°2, Genève, 2008, p.16

« Le traitement national consiste en l'affirmation par le droit international que les étrangers doivent être protégés contre la discrimination et ne peuvent revendiquer que l'égalité avec les nationaux dans l'application du droit national ». C'est l'inégalité de traitement qui fonde la responsabilité de l'Etat. Toutefois, l'égalité de traitement n'interdit pas aux Etats de réserver certains droits aux nationaux<sup>7</sup>.

« Distinguer n'est pas discriminer ». Il convient alors de déterminer les critères de distinction constitutifs d'une discrimination<sup>8</sup>.

L'article 6 de la Convention OIT n°97 de 1949, impose aux Etats d'accorder aux travailleurs migrants, sans distinction de race, de sexe ou de religion, un « traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants », et l'article 17 de la Recommandation n°86 de la même date mentionne explicitement l'expression « égalité de traitement ». La prudence de langage, contenue dans la formulation négative de ce principe, n'est pas reprise en 1975 puisque la Convention n°143, dans son article 10, élargit positivement le concept et mentionne l'« égalité des chances et de traitement » (même formule dans la partie I de la Recommandation n°151). L'égalité de traitement dans cette Convention ne concerne pas seulement les conditions de travail, mais doit également être respectée pour l'accès à l'emploi.

Le droit applicable dans chaque Etat reste donc de sa compétence propre mais doit être appliqué de manière indiscriminée s'agissant notamment de la rémunération, la durée du travail, les congés, la couverture de sécurité sociale, le paiement des cotisations et taxes, et les actions en justice.

Enfin, le droit de recours contre une décision d'éloignement a également été inscrit dans la convention n°97.

Il est intéressant de relever que les Conventions OIT, tout comme la Convention des Nations Unies sur les travailleurs migrants, ne s'appliquent pas selon un critère de nationalité ni sous condition de réciprocité. En effet, les Etats qui ratifient ces conventions doivent garantir les droits mentionnés à tous les travailleurs migrants présents sur leur territoire, quelle que soit leur origine nationale, et peu important que l'Etat national d'origine ait ou non ratifié l'instrument.

Toutefois, si la protection reste centrée sur le principe de non-discrimination, la consécration coutumière internationale de normes sociales fondamentales, notamment au niveau de l'OIT et l'influence du droit international des droits de l'homme tendent à l'émergence d'un statut international minimum commun de tous les travailleurs migrants<sup>9</sup>.

L'émergence d'un standard minimum de traitement reste toutefois très programmatique.

## **L'effectivité certaine des normes de l'OIT en France**

Force est de constater que la convention de l'OIT n°97 a bien été transposée et est bien appliquée en droit interne français.

<sup>7</sup> P. DAILLIER, et al., op.cit., p.745.

<sup>8</sup> F. SUDRE, op.cit., p 212

<sup>9</sup> Pour plus de détails, voir Camille PAPINOT, thèse de doctorat sur « La protection internationale des travailleurs migrants », soutenue le 15 décembre 2014, consultable sur : <https://shs.hal.science/tel-01369482v1/file/THESE%2B%2B%2B.pdf>

Certaines normes programmatiques à la carte pour les Etats, offertes par les Recommandations trouvent elles aussi à s'appliquer en France ainsi que certaines normes de la convention n°143 pourtant non ratifiée.

En France la Loi n°53-1290 du 31 décembre 1953, publiée au Journal officiel du 1<sup>er</sup> janvier 1954, a autorisé le Président de la République à ratifier la convention internationale du travail n° 97 concernant les travailleurs migrants. Elle a été ratifiée dans son ensemble à l'exception de l'annexe I.

Toutefois, la bonne transposition et applicabilité de ces normes est la contrepartie du respect de la condition primordiale de la régularité du séjour à savoir la délivrance stricte d'autorisation de travail, des sanctions pour l'employeur de nature pénale et administrative et la dispense de procédure de licenciement en cas de perte de l'autorisation de travail.

**Concernant l'effectivité des normes de l'OIT en France**, tout d'abord, l'interdiction de discrimination au travail quelle que soit sa nationalité est consacrée à l'article L. 1132-1 du code du travail lequel énonce :

*« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, d'horaires de travail, d'évaluation de la performance, de mutation ou de renouvellement de*

*contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte, au sens, respectivement, du I de l'article 6 et des 1° et 2° de l'article 6-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».*

L'extranéité n'est pas l'un des critères visés aux articles L. 1133-1 à L. 1133-6 du code du travail. L'article R 5221 du code du travail rappelle toutefois que :

*« I.-Pour exercer une activité professionnelle salariée en France, les personnes suivantes doivent détenir une autorisation de travail lorsqu'elles sont employées conformément aux dispositions du présent code :*

*1° Etranger 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 ;*

*2° Etranger ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne pendant la période d'application des mesures transitoires relatives à la libre circulation des travailleurs ».*

Le code du travail énumère ensuite la liste des titres de séjour autorisant de travailler en France ainsi que celle des personnes dispensées expressément de solliciter une autorisation de travail

(article R. 5221-2 et R. 5221-3 du code du travail). Les dispenses de formalités de demande d'autorisation de travail, en raison du fait que celle-ci est automatiquement acquise pour certaines catégories, concerne notamment les réfugiés, l'immigration familiale ou encore les travailleurs hautement qualifiés.

Le droit français prévoit une obligation à la charge de l'employeur de vérifier la validité des documents présentés par l'étranger non citoyen européen (articles L 5221-8 et R. 5221-42 du code du travail), et des sanctions sévères en cas d'embauche de personnes non autorisées à travailler, y compris de nature pénale (*voir infra*).

En revanche, la question de la sanction pour le travailleur étranger en cas d'occupation d'un emploi sans autorisation de travail a été écartée.

Le strict respect de l'autorisation de travail était essentiel pour les Etats parties, et condition *sine qua non* de la consécration d'une protection à telle enseigne. Le respect des termes de l'autorisation de travail est une condition essentielle de son renouvellement, maintenant l'étranger dans une situation d'allégeance vis-à-vis de son employeur pendant plus d'une année.

En effet, la lecture combinée des articles R. 5221-34 et R. 5221-35 du code du travail consacre le refus du premier renouvellement de son autorisation de travail au travailleur migrant lorsque les termes de l'autorisation n'ont pas été respectés, ce qui inclut le changement de zone géographique, de métier et même d'employeur.

Le caractère essentiel de l'autorisation de travail se manifeste également par le fait que sa perte permet l'employeur de mettre fin au contrat de travail sans même devoir mettre en œuvre la

procédure de licenciement, ainsi qu'il résulte de 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 ».*

S'est posée la question de l'applicabilité de la procédure de licenciement aux travailleurs migrants, en cas de rupture du contrat de travail par l'employeur du fait de la perte de l'autorisation de travail. La Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu par la négative.

Elle a par ailleurs précisé que la perte de l'autorisation de travail constituait une « cause objective de licenciement » (Cour de cassation, chambre sociale, 9 juillet 2014, n°13-11027) mais que les salaires non versés et les congés non pris restent dus. De même, une indemnité spécifique doit être versée au salarié migrant.

Aux termes de l'article L. 8252-2 du code du travail :

*« Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :*

*1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales, conventionnelles et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la période considérée. A défaut de preuve contraire, les sommes dues au salarié correspondent à une relation de travail présumée d'une durée de trois mois. Le salarié peut apporter par tous moyens la preuve du travail effectué ;*

*2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à trois mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.*

3° *Le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel il est parti volontairement ou a été reconduit* ».

En revanche, la protection en cas de perte de l'emploi fait, en droit français, l'objet d'une consécration plus ample que celle prévue dans la convention n°97. En effet, l'article 6 de la convention N° 97 de l'OIT protège uniquement les travailleurs permanents en cas de perte de l'emploi. C'est l'article 25§1 de la Recommandation de 1949 (non contraignante, qui étend cette garantie à tous les travailleurs, permanents ou non).

De même, l'article 8 de la Convention OIT de 1975, non ratifiée par la France, énonce clairement la garantie contre l'éloignement ; elle dispose qu' « [1.] à la condition qu'il ait résidé légalement dans le pays aux fins d'emploi, le travailleur migrant ne pourra pas être considéré en situation illégale ou irrégulière du fait même de la perte de son emploi, laquelle ne doit pas entraîner par elle-même le retrait de son autorisation de séjour ou, le cas échéant, de son permis de travail. 2. Il devra, en conséquence, bénéficier d'un traitement égal à celui des nationaux, spécialement en ce qui concerne les garanties relatives à la sécurité de l'emploi, le reclassement, les travaux de secours et la réadaptation ».

Le travailleur étranger ne pourra donc pas être éloigné du fait de la perte de son emploi avant l'expiration de son titre de séjour, si pendant cette période il ne retrouve pas d'emploi. Reprenant les dispositions du paragraphe 18.1 de la Recommandation de 1949, les paragraphes 30 et suivants de la Recommandation de 1975 apportent des précisions sur le délai pour bénéficier de la garantie ; celui-ci devrait au moins correspondre à la période pendant laquelle il pourrait avoir droit aux prestations de chômage.

Ces normes bien que non ratifiées ont été pourtant consacrées en droit français à l'article R. 5221- 33 du code du travail :

*« Par dérogation à l'article R. 5221-32, la validité de l'autorisation de travail mentionnée au 2° du I de l'article*

*R. 5221-3 est prorogée d'un an lorsque l'étranger se trouve involontairement privé d'emploi à la date de la première demande de renouvellement.*

*Si, au terme de cette période de prorogation, l'étranger est toujours privé d'emploi, il est statué sur sa demande compte tenu de ses droits au regard du régime d'indemnisation des travailleurs involontairement privés d'emploi ».*

Et l'invocabilité des normes de l'OIT par le juge interne français, il convient de souligner que ces normes bénéficient d'une primauté, consacrée explicitement à l'article 33 de la Constitution et d'un effet direct révélé au cas par cas des affaires. La frilosité traditionnelle des juges internes pourtant juges naturels du droit international, et des praticiens représentant les parties dans les instances conduit majoritairement à invoquer la lettre de ces normes telle que contenue dans les règles internes.

L'exemple de la protection des travailleurs migrants en France insufflée par l'OIT permet de constater que, contrairement à ce que soutiennent les détracteurs de la soft law, le droit promotionnel et les options d'application « à la carte », qui pourrait sembler a priori offrir une protection limitée, est en réalité efficace et a vocation à trouver une effectivité en droit interne.

Toutefois, si le travail a permis d'instaurer une protection incluant pour les travailleurs migrants, le bénéfice de la qualité de « travailleur migrant » connaît désormais une fragilisation présentant des défis nouveaux pour l'OIT.

## II. LA FRAGILISATION DU BÉNÉFICIAIRE DE LA QUALIFICATION DE « TRAVAILLEUR MIGRANT », UN DÉFI POUR L'OIT

La spécificité des normes de l'OIT relatives aux travailleurs migrants est de conférer une protection aux personnes ayant acquis cette qualité, et de veiller à sa conservation en cas de perte involontaire de l'emploi. Toutefois, de nouvelles difficultés croissantes apparaissent relatives à l'accès et la conservation de la qualité de « *travailleur migrant* » y compris pour les personnes bénéficiant pourtant d'une autorisation de travail (a). De même, le respect des valeurs promues par l'Organisation autour du « travail décent » et de la qualité de « travailleur » doivent nécessairement conduire l'OIT à appréhender normativement le sort des étrangers travailleurs déjà présents sur le territoire (b).

### a. La complexification de l'accès et de la conservation de la qualité de travailleur migrant

L'accès à la qualité de « travailleur migrant » au sens de l'OIT, c'est-à-dire les modalités d'obtention d'une autorisation pour un travailleur salarié étranger provenant d'un Etat tiers à l'Union européenne, de s'établir régulièrement en cette qualité sur le territoire, ne relève pas de la compétence de l'OIT. La liberté d'admettre des étrangers, ressortissants de pays tiers à séjourner régulièrement sur leur territoire national en qualité de travailleur, relève encore de la compétence exclusive des Etats.

En effet, à l'exception de l'influence des normes internationales de protection des droits de l'homme, et notamment pour la France de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 3-1 de la convention des droits de l'enfant, qui

limitent l'exercice de la souveraineté pour les migrations familiales, en ce qui concerne les travailleurs, la liberté des Etats et de la France est grande.

Seul le droit de l'Union européenne et les accords bilatéraux encadrent la délivrance souveraine d'autorisation de travail et de séjour pour les travailleurs migrants.

Si le contenu de la protection des travailleurs étrangers est relativement bien établi et effectif, en revanche, l'acquisition et la conservation de la qualité de « travailleur migrant » connaît des difficultés dues en partie aux contradictions existantes entre la législation du travail et celle des étrangers, à l'insuffisance de concertation entre les politiques et la société civile, mais aussi à la complexification des procédures qui deviennent décourageantes ; autant de questions dont pourrait se saisir l'OIT.

**Concernant les contradictions entre le droit des étrangers et le droit du travail**, deux exemples les mettent en lumière.

Tout d'abord, pour l'accès à la qualité de « travailleur migrant » des étrangers déjà présents en France, le droit français a prévu à l'article L. 435-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) une procédure dite d'« admission exceptionnelle au séjour » :

*« L'étranger dont l'admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir peut se voir délivrer une carte de séjour temporaire portant la mention " salarié ", " travailleur temporaire " ou " vie privée et familiale ", sans que soit opposable la condition prévue à l'article L. 412- 1 »*

Dans son volet travail, cette disposition est éclairée par la circulaire n°INTK1229185C du 28 novembre 2012 :

« En application de l'article L.313-14 du CESEDA (nouvel article L. 435-1), vous pourrez apprécier favorablement les demandes d'admission exceptionnelle au séjour au titre du travail, dès lors que l'étranger justifie : – d'un contrat de travail ou d'une promesse d'embauche (formulaire CERFA n°13653\*03) et de l'engagement de versement de la taxe versée au profit de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (formulaire CERFA n°13662\*05) ; – d'une ancienneté de travail de 8 mois, consécutifs ou non, sur les 24 derniers mois ou de 30 mois, consécutifs ou non, sur les 5 dernières années ; – d'une ancienneté de séjour significative, qui ne pourra qu'exceptionnellement être inférieure à cinq années de présence effective en France ».

Il est donc spécifiquement demandé à un travailleur non autorisé de présenter des fiches de paye pour pouvoir obtenir une autorisation de travail.

Pourtant, comme évoqué précédemment, l'employeur qui embauche une personne dépourvue d'autorisation de travail s'expose, en cas de contrôle, à des sanctions sont extrêmement lourdes telles que :

- une sanction pénale pouvant aller jusqu'à un emprisonnement de cinq ans et une amende (article L. 8256-2 du code du travail) ;

- le cas échéant au paiement forfaitaire pour le réacheminement de l'intéressé (articles L. 8253-1 à L. 8253-7 du code du travail) ;

- l'éventuelle fermeture administrative de son établissement pour une durée pouvant aller jusqu'à 3 mois (article L. 8272-2 du même code) ;

- La possibilité de retrait de son titre de séjour si l'employeur est lui-même étranger (article L. 432-7 du CESEDA), y compris lorsqu'il détient un titre de séjour de 10 ans (article L. 432-11 du CESEDA). Cette contradiction aberrante, voire

*schizophrénique du droit français pourtant largement dénoncée n'a jamais trouvé de solution : pour pouvoir bénéficier d'une admission exceptionnelle au séjour au titre du travail, le demandeur et son employeur sont en pratique invités par ces textes à se mettre hors la loi... !*

*La loi du 26 janvier 2024 non seulement ne résout pas la contradiction mais est venue durcir davantage les sanctions contre les employeurs. L'article L. 8253-1 du code du travail modifié par l'article 34 de la loi, crée une nouvelle amende administrative, qui remplace la contribution spéciale, et pouvant atteindre, par personne embauchée dépourvue d'autorisation, 5 000 fois le taux horaire du minimum garanti (20 750 euros au 1er janvier 2024). Ce montant pourra être majoré en cas de réitération, au plus de 15 000 fois ce taux (62 250 euros). De même, la loi fait passer le montant de l'amende pénale de 15 000 à 30 000 euros (et de 200 000 à 1000 euros en cas d'infraction en bande organisée"*

Un autre exemple concerne l'étudiant étranger non titulaire d'un master 2 autorisé à travailler à temps partiel à hauteur de 60% en parallèle de ses études, et qui souhaite, avec le concours de ce même employeur désireux de le conserver à temps complet, changer de statut pour obtenir un titre de séjour « salarié ».

L'article L. 3123-3 du code du travail dispose que les salariés déjà présents dans l'entreprise qui occupent un emploi à temps partiel sont prioritaires pour l'attribution d'un emploi équivalent à temps complet. L'employeur a donc l'obligation d'offrir prioritairement le poste à l'étudiant étranger.

Pourtant, la législation des étrangers impose à l'employeur de se soumettre à la procédure de demande d'autorisation de travail si le métier ne fait pas partie des métiers dits en tension, et partant

de justifier de difficultés de recrutement en ayant publié une offre d'emploi pendant 3 semaines (article R. 5221-20 du code du travail). Elle l'empêche, ce faisant, de respecter son obligation de donner la priorité à l'étudiant étranger déjà embauché.

**Concernant l'insuffisance de concertation entre les gouvernants et la société civile**, l'exemple le plus flagrant concerne l'identification des métiers dits « en tension ». En effet, alors que les métiers hautement qualifiés qui ne sont pas nécessairement confrontés à des difficultés de recrutement font l'objet d'une délivrance facilitée d'autorisations de travail sans égard notamment à l'opposabilité de l'emploi, les secteurs d'activités les plus demandeurs de main d'œuvre ne font pas toujours l'objet d'une identification concordante avec les employeurs, et partant, de délivrance facilitée voir automatique d'autorisation de travail.

Aux termes de l'article R. 5221-20 du code du travail :

« L'autorisation de travail est accordée lorsque la demande remplit les conditions suivantes : 1° S'agissant de l'emploi proposé :

**a) Soit cet emploi relève de la liste des métiers en tension prévue à l'article L. 421-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et établie par un arrêté conjoint du ministre chargé du travail et du ministre chargé de l'immigration ;**

**b) Soit l'offre pour cet emploi a été préalablement publiée pendant un délai de trois semaines auprès des organismes concourant au service public de l'emploi et n'a pu être satisfaite par aucune candidature répondant aux caractéristiques du poste de travail proposé ; ».**

En France, la liste des métiers en tension a récemment été réformée et déterminée par l'arrêté du 1<sup>er</sup> avril 2021 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux

étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse (NOR : MTRD2109963A). Cet arrêté identifie pour chaque région des listes de métiers spécifiques et est censée être révisée annuellement, ce qui n'est pas le cas en pratique.

Ainsi notamment, pour la Région Ile-de-France, 30 métiers sont identifiés parmi lesquels ne figurent pas ceux des services d'aide à la personne, ni ceux de la restauration ou des ouvriers du bâtiment.

Pourtant, d'après l'étude sur les Besoins en main d'œuvre de Pôle emploi, BMO, pour l'année 2023, en Ile de France, les « *aides à domicile et aides ménagères* » affichent 82,74% de taux de difficultés de recrutement pour 10 840 projets de recrutement, et arrivent en 6<sup>e</sup> position des métiers les plus recherchés au niveau national ; les serveurs de cafés et restaurants arrivent en première position des métiers les plus recherchés (65,2% de parts de difficultés pour 14940 projets en Ile de France), les employés polyvalents de la restauration en seconde position (55% de parts de difficultés pour 32 790 projets en Ile de France) et les cuisiniers en 10<sup>e</sup> position (71,6% de parts de difficultés pour 8900 projets en Ile de France ; les « *Ouvriers non qualifiés du second œuvre du bâtiment* » affichent 61,6% de taux de difficultés de recrutement pour 8 440 projets de recrutement.

Il existe donc un décalage entre les métiers identifiés et les besoins.

La loi du 26 janvier 2024 consacre un nouvel article L. 435-4 du CESEDA censé créer une carte de séjour « métiers en tension » et faciliter le recrutement pour ces emplois. Toutefois, là encore, il est demandé à l'étranger de bénéficier préalablement d'une expérience en France avant la régularisation de sa situation, ce qui ne résout pas, mais au

contraire, entretien et fait perdurer la contradiction avec le droit du travail qui prohibe l'embauche de travailleurs étrangers en situation irrégulière en durcissant les sanctions. La durée de cette expérience a été réduite à 12 mois sur une période de 24 mois. Concernant l'identification de ces métiers, la circulaire du 5 février 2024 (NOR : IOMV2402701) renvoie à l'arrêté de 2021 précité, et qui ne correspond pas aux besoins du marché.

**Concernant la complexification des procédures**, l'exemple qui sera donné est celui des démarches pour le renouvellement des autorisations de travail.

Jusqu'à présent, le travailleur migrant qui avait été autorisé à séjourner en France soumettait simplement sa demande de renouvellement de titre comportant une autorisation de travail. Le renouvellement était automatique, à l'exception du premier en cas de rupture de son activité à l'initiative du salarié et de non-respect des termes de l'autorisation ; le nouvel employeur devant alors de nouveau solliciter une autorisation de travail.

La législation française a ajouté une formalité<sup>10</sup>. Désormais, à chaque renouvellement, l'employeur devra solliciter une autorisation de travail. Hormis les hypothèses précitées, le renouvellement reste automatique (sans opposabilité de la situation de l'emploi) mais suppose toutefois d'en faire la demande. Ce nouveau formalisme, alourdit les procédures de renouvellement au risque d'altérer la situation du travailleur migrant. En effet, le non-respect de cette démarche entraîne un refus de renouvellement de titre de séjour quand bien même l'intéressé remplirait les conditions de fond.

Dès lors, les apports des normes de l'OIT pour la protection des travailleurs étrangers, dont l'esprit repose sur la protection de l'étranger en raison de sa qualité de

travailleur et de la valeur consacrée du travail, ne devraient pas être fragilisés par un manque de concertation entre les politiques et la société civile, ni par la complexification des formalités administratives.

## **b. La nécessaire appréhension normative des « travailleurs étrangers souhaitant devenir « travailleurs migrants »**

Si l'extranéité est une notion excluante mais que la valeur du travail permet d'inclure les travailleurs dans le bénéfice de la protection nationale - en dépit du caractère sacro-saint de l'autorisation de l'Etat - alors se pose la question de l'accès à cette protection des travailleurs étrangers déjà présents sur le territoire.

Il est fait référence ici aux ressortissants étrangers qui exercent une activité professionnelle salariée en France mais qui sont dépourvus d'autorisation travail et de séjour.

Ces étrangers déjà présents qui travaillent et paient d'ailleurs des cotisations, ne doivent-ils pas, en raison de leur intégration et leur apport à la société devenir des « travailleurs migrants » et être régularisés ? Se pose alors la question de se saisir du bienfondé de cette démarche et de ses conditions.

Le défi majeur de cette catégorie de travailleurs tient à ce qu'il se heurte au domaine réservé de l'Etat qui renvoie à l'idée qu'il existe un « *domaine d'activités dans lequel l'Etat, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres Etats ou des organisations* »

---

<sup>10</sup> Voir le Décret n° 2021-360 du 31 mars 2021 relatif à l'emploi d'un salarié étranger (NOR : MTRD2103454D), JORF n°0078 du 1 avril 2021

et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres Etats ou des organisations internationales. [...] Si l'étendue du domaine réservé de l'Etat correspond en général, positivement, à certaines matières liées à son identité, telles que son organisation constitutionnelle, elle est en réalité déterminée négativement par l'ampleur des engagements internationaux de l'Etat et correspond donc à une sorte de liberté résiduelle<sup>11</sup> ».

La liberté de l'Etat d'accueil devient le principe, et l'accès des étrangers à son territoire l'exception.

S'il n'existe pas de droit d'entrer en France pour les ressortissants de pays tiers aux fins d'emplois, le sort de ces travailleurs étrangers déjà présents en France et exerçant un emploi interpelle.

Comme le soulignent les professeurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, la notion de domaine réservé n'est pas un « résidu historique » de la souveraineté absolue de l'époque monarchique. Elle est intimement liée à la souveraineté de l'Etat, qui a un contenu irréductible du fait de l'inexistence d'un Etat mondial. Le domaine réservé est un concept juridique et non pas politique, dont la reconnaissance est compatible avec la suprématie du droit international. Il n'existe pas de domaine réservé « par nature » car c'est souverainement qu'un Etat décide « d'abandonner » un pouvoir discrétionnaire. Le domaine réservé a donc un caractère évolutif<sup>12</sup>.

La tendance actuelle étant au conservatisme des politiques migratoires, il convient dans un premier temps de balayer les idées reçues sur les migrations.

**En effet, tout d'abord, la France est un pays dont le taux d'immigration reste inférieur aux autres pays développés, et notamment aux pays de l'OCDE.** Selon le dernier rapport de l'OCDE sur les perspectives des migrations publié en octobre 2023 : « L'immigration dans les pays de l'OCDE atteint des niveaux sans précédent. [...] Ça peut donner l'image d'une immigration hors de

contrôle mais ce n'est pas le cas, car [ces statistiques concernent] des flux d'immigration régulés », en lien notamment avec la pénurie de main-d'œuvre, selon Jean-Christophe Dumont, directeur de la division des migrations internationales de l'OCDE.

En France, en 2021, 54 100 titres de travail ont été accordés soit le double d'il y a 5 ans, et le triple d'il y a 10 ans. Toutefois, si « Le nombre d'entrées augmente en France, elles représentent presque 0,5 % (de la population totale du pays), mais cela reste très inférieur aux autres pays de l'OCDE et à beaucoup de pays voisins comme la Suède (0,89 %), le Royaume-Uni (0,77 %), l'Allemagne (0,77 %) ou Espagne (0,89 %) ».

La part des nouvelles arrivées par rapport à la population française représentait 0,42 % en moyenne entre 2013 et 2019, d'après les données de l'OCDE. En dessous, donc, de la moyenne dans les pays de l'OCDE établie à 0,74 %.

**Ensuite, les secteurs dans lesquels travaillent les étrangers en situation irrégulière sont des secteurs en tension, « boudés » par les travailleurs nationaux et permettent de palier le besoin de renouveau de la main-d'œuvre dans un contexte de vieillissement de la population.**

En Europe du Nord, du Sud et de l'Ouest, les travailleurs migrants constituent 18,4 % de la main-d'œuvre. Cependant, il est intéressant de noter que la part des travailleurs migrants dans les pays à revenu élevé a reculé de 74,7% en 2013 à 67,4 % en 2019, tandis que leur part dans les pays à revenu intermédiaire a augmenté<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> J. SALMON (dir.), op.cit., p.356.

<sup>12</sup> P. DAILLIER, et al., op.cit., p.483s.

<sup>13</sup> OIT, Estimations mondiales de l'OIT concernant les travailleuses et les travailleurs migrants ; Résultats et méthodologie : [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms\\_808940.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_808940.pdf)

En outre, selon les dernières études officielles, en 2017, les personnels immigrés représentent en France 38,8 % des employés de maison, 28,4 % des agents de gardiennage et de sécurité, 27 % des ouvriers non qualifiés du BTP, 24,8 % des ouvriers qualifiés du gros œuvre du bâtiment, 24,1% des professionnels de la politique et du clergé ou encore 22 % des cuisiniers, 19,3% des employés et agents de maîtrise de l'hôtellerie et de la restauration 19,3% des ouvriers qualifiés des travaux publics, 17,4% des agents d'entretien et 16,9% des patrons et cadres d'hôtels, cafés.

Les métiers exercés par les immigrés varient fortement selon le pays de naissance. Leur origine géographique est aussi source de disparités. Ainsi, les Portugais occupent en France 14 % des postes d'employés de maison et 8,1 % des ouvriers qualifiés du BTP, alors qu'ils représentent 12 % des travailleurs immigrés. Les Algériens, eux, représentent 5,9 % des agents de gardiennage. Les travailleurs nés en Asie occupent 7,7 % des emplois de cuisinier. « Les professions des immigrés en provenance d'Afrique et d'Asie sont les plus concentrées et les plus différenciées des non- immigrés »<sup>14</sup>.

Plusieurs rapports de l'OCDE, de l'OIM ou encore du PNUD depuis plusieurs années déjà vantent les effets bénéfiques de la migration sur les économies et la complémentarité des travailleurs étrangers par rapport aux travailleurs nationaux<sup>15</sup>.

La crise mondiale liée à la Covid 19 a été l'occasion de mettre de nouveau en lumière les bienfaits des migrations.

À l'occasion du Forum politique de haut niveau de 2021, le Réseau des Nations Unies sur les migrations a incité tous les États à « mettre à profit la contribution qu'apportent les migrants au développement durable et à renforcer leur coopération pour faire en sorte que les migrations se déroulent en toute régularité, dans la sécurité et en bon ordre, dans le plein respect des

*droits de l'homme et du travail et conformément à l'obligation de traiter les migrants avec humanité, qu'ils soient réguliers ou irréguliers, comme énoncé dans le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières. Par leur travail, les fonds qu'ils rapatrient et les liens qu'ils créent entre les pays, ils réduisent la pauvreté, fournissent des services fondamentaux et soutiennent les familles et les communautés dans les pays d'origine, de transit et de destination. La crise de la COVID-19 a mis en exergue l'importance cruciale des migrants pour le fonctionnement de nos sociétés, ainsi que la nécessité de construire des sociétés plus équitables et inclusives, qui seront résilientes face à de futures pandémies ».*

Enfin, force est de constater le caractère moralement et juridiquement répréhensible de la législation en vigueur, conduisant à exiger une contribution sociale certaine de l'étranger dans la perspective d'obtenir un titre de séjour ou une autorisation de travail, alors qu'il ne peut bénéficier des droits sociaux attachés à cette contribution le temps de l'obtention de cette autorisation.

En effet, rappelons que le droit français du travail interdit à un employeur d'embaucher une personne dépourvue d'autorisation mais que la législation relative aux étrangers exige de l'étranger qu'il produise des fiches de payes pour prétendre à la délivrance d'une autorisation de séjour et de travail.

Bien que la circulaire précitée du 28 novembre 2012 exige 8 fiches de paye, en pratique, une démarche en préfecture n'a aucune chance d'aboutir en dessous de 18 fiches de paye. De même,

---

<sup>14</sup> Insee, recensement de la population 2017 ; traitements : Dares et Dares-Analyses, quels sont les métiers des immigrés, n°36, juillet 2021.

<sup>15</sup> Voir le rapport du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD), *Rapport mondial sur le développement humain. Lever les barrières : mobilité et développement humain*, 2009, 237p. ; Organisation de Coopération et de développement économique (OCDE), *Perspectives des Migrations Internationales*, 2010, 381p. ; ou encore Organisation internationale pour les Migrations (OIM), *Etat de la Migration dans le monde – Bien communiquer sur la migration*, Genève, 2011, 161p.

il est exigé que le salarié justifie d'une insertion professionnelle au moins égale à un mi-temps, mais aucune autorisation ne sera délivrée en dessous d'un temps complet.

Cela conduit donc un grand nombre de travailleurs étrangers à travailler de manière déclarée de nombreux mois, et partant à ce que des cotisations sociales leur soient prélevées et versés par l'employeur à l'Etat sans que l'intéressé puisse bénéficier des droits attachés au travail exercé.

En effet, le travailleur étranger ne bénéficie pas d'une sécurité sociale.

L'article L. 160-1 du code de la sécurité sociale dispose que : « *Toute personne travaillant ou, lorsqu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle, résidant en France de manière stable et régulière bénéficie, en cas de maladie ou de maternité, de la prise en charge de ses frais de santé dans les conditions fixées au présent livre* »

Dès lors, si théoriquement les personnes en situation irrégulières peuvent bénéficier de l'aide médicale d'Etat, en pratique pour justifier de ressources suffisantes afin de prétendre à la délivrance d'une autorisation de travail et de séjour, l'étranger doit disposer de ressources supérieures aux plafonds fixés pour bénéficier de l'aide médicale d'Etat (Voir les articles L. 251-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles).

De même, il ne peut solliciter son inscription à Pôle emploi ni le service des prestations de chômage en cas de perte de l'emploi (voir articles R5221-47 à R5221-48 du code du travail)

Les cotisations prélevées sur le salaire du travailleur étranger reviennent donc intégralement à l'Etat sans qu'il puisse être protégé en dépit de sa qualité de travailleur et de son travail effectif.

Cette situation est totalement contraire au

travail décent promu par l'OIT qui « *résume les aspirations des êtres humains au travail. Il regroupe l'accès à un travail productif et convenablement rémunéré, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour tous, de meilleures perspectives de développement personnel et d'insertion sociale, la liberté pour les individus d'exprimer leurs revendications, de s'organiser et de participer aux décisions qui affectent leur vie, et l'égalité des chances et de traitement pour tous, hommes et femmes* ».

Il devient donc impératif de protéger les travailleurs étrangers non autorisés.

\* \*  
\*

En termes de capacité normative à appréhender le sort des travailleurs étrangers en situation irrégulière, en tant qu'organisation internationale, l'OIT est limitée par la souveraineté des Etats qui acceptent ou non librement de rédiger et ratifier des accords internationaux.

Jusqu'à présent, si aucun accord, aucune convention n'a encore vu le jour au sein de l'OIT sur le sort des travailleurs étrangers en situation irrégulière, c'est qu'il existe une résistance des Etats sur ce point.

Une tentative normative est toutefois à relever dans la partie I de la convention OIT n°143 pour appréhender les migrations « abusives ». L'article 1 énonce que tous les Membres pour lesquels la présente convention est en vigueur s'engagent à protéger les droits de l'homme fondamentaux de

« *tous les travailleurs migrants* », mais les dispositions suivantes se concentrent sur la concertation pour réunir les informations pertinentes, sur les réseaux, le trafic et les sanctions en cas d'emploi illégal de travailleurs migrants. Pour autant aucune définition n'est donnée de la « migration abusive ».

Toutefois, les principales forces de l'Organisation, sont l'intervention d'experts qualifiés, la concertation et la place accordée au droit promotionnel, dit de *soft law*, qui conduit progressivement les États, grâce à un dialogue multipartite à amener, certainement mais sûrement, à se concerter sur certaines thématiques, parmi lesquelles, notamment le sort des travailleurs étrangers « sans- papiers » a toute sa place.

# **LES TRAVAILLEURS MIGRANTS À L'AUNE DES NORMES DE L'OIT**

## **LE CAS FRANÇAIS**

**Par Maître CAMILLE PAPINOT**

Camille Papinot est titulaire d'un doctorat en droit international public portant sur "la protection internationale des travailleurs migrants". Elle a ensuite intégré l'École de formation professionnelle des barreaux du ressort de la cour d'appel de Paris et obtenu son certificat d'aptitude à la profession d'avocat.

Après avoir travaillé en qualité d'intervenante juridique en centre de rétention, elle a finalement prêté serment le 12 décembre 2018 et exerce depuis lors la profession d'avocat, en droit des étrangers principalement, d'abord au barreau de Paris et désormais au barreau de Caen".

Maître Camille PAPINOT : Avocate à la Cour, Docteur en droit