

CIRCULAIRE / DU 29 AOÛT 1992

RELATIVE AU **CONTRAT DE TRAVAIL**
À DURÉE DÉTERMINÉE
ET AU **TRAVAIL TEMPORAIRE**

Les questions concernant exclusivement le contrat à durée déterminée ne sont pas reproduites dans ce document.

Circulaire du 29 août 1992 relative au contrat de travail à durée déterminée et au travail temporaire

I - Recours au contrat à durée déterminée et au travail temporaire

(Questions N° 1 à 20)

1. Est-ce que le motif de remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu autorise la conclusion d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire pour remplacer un salarié présent dans l'entreprise mais dont le contrat de travail est exécuté temporairement sur un autre poste de travail ?

Ce cas de recours au contrat à durée déterminée et au contrat de travail temporaire vise l'absence en général, c'est-à-dire aussi bien l'absence de l'entreprise que celle du poste de travail.

Dans ces conditions, un employeur peut parfaitement recruter un salarié par contrat à durée déterminée ou faire appel à un intérimaire pour remplacer un salarié présent dans l'entreprise mais absent temporairement de son poste à la suite d'une affectation temporaire sur un autre poste pour raisons médicales conformément à l'article L.241-10-1 du Code du travail ou d'une mutation provisoire ou bien encore d'une promotion conditionnée à une période d'adaptation.

2. Le cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par un contrat à durée indéterminée appelé à remplacer un salarié peut-il être utilisé dans l'hypothèse d'une mutation interne ?

Ce motif peut être utilisé dans l'attente de l'arrivée d'un salarié de l'entreprise d'ores et déjà titulaire d'un contrat à durée indéterminée et qui fait l'objet d'une mutation interne dans le cadre par exemple d'un plan destiné à favoriser le reclassement de salariés menacés de licenciement.

3. Le cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à remplacer un salarié peut-il être utilisé dans l'hypothèse d'un nouveau poste ?

Le fait qu'un poste de travail qui vient d'être créé n'ait, pour cette raison, jamais pu avoir été occupé par un salarié n'interdit pas de recourir à ce motif dans la mesure où, dans cette hypothèse, il s'agit bien encore, comme la loi l'exige, d'attendre l'entrée en service effective d'un salarié embauché par contrat à durée indéterminée.

4. En cas de remplacement d'un salarié absent, est-il possible d'avoir recours à un salarié de qualification inférieure à celle du salarié absent ?

Il est possible de remplacer un salarié absent par un intérimaire ou un salarié sous contrat à durée déterminée de qualification inférieure, dès lors qu'il n'effectue qu'une partie des tâches du salarié absent. Toutefois, il convient de vérifier que la qualification inférieure du

salarié remplaçant n'est pas un moyen d'é luder l'application des articles L.122-3-3 et L.124-4-2 qui posent le principe de l'équivalence de la rémunération de celui-ci avec le salarié permanent.

D'autre part, il est nécessaire de prêter une attention particulière à l'adéquation de la qualification aux remplacements effectués sur des postes dangereux.

5. Que faut-il entendre par activités saisonnières et emplois saisonniers ?

Aux termes de la circulaire DRT N° 18/90 du 30 octobre 1990 qui reprend sur ce point les circulaires précédentes, les travaux saisonniers sont ceux «qui sont normalement appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations».

Cette définition qui est également celle de l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire appelle les précisions suivantes :

Les secteurs d'activités à variation saisonnière sont essentiellement l'agriculture, les industries agro-alimentaires et le tourisme ; mais cette liste n'est nullement limitative, d'autres secteurs d'activité peuvent offrir des emplois à caractère saisonnier comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 10 janvier 1991 (SA Galeries Lafayette c/Lopez Hernandez et autres).

Dans les secteurs de l'agriculture et des industries agro-alimentaires, il s'agit surtout de la culture, de la récolte, le cas échéant du conditionnement de différents produits et pour l'agro-alimentaire de la fabrication et distribution de denrées.

Dans le secteur du tourisme, il s'agit d'activités qui concourent au déroulement d'une saison touristique, des vacances, c'est-à-dire aussi bien des activités dont l'exercice est étroitement lié aux saisons (par exemple moniteur de ski ou de planche à voile) que des activités qui sont simplement accrues du fait de la saison (par exemple magasin d'articles de sport dans une station de montagne, commerce d'alimentation voire hypermarché situé en moyenne montagne ou en zone côtière, entreprise de transport de personnes).

Pour pouvoir être qualifiées de saisonnières les variations d'activité doivent être régulières, prévisibles, cycliques et en tout état de cause indépendantes de la volonté des employeurs ou des salariés.

Dans ces conditions, l'attention de l'inspection du travail est appelée sur la nécessité de procéder à un examen très minutieux des tableaux concernant l'effectif du personnel d'une entreprise lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère saisonnier ou non de tout ou partie de son activité.

Il est rappelé d'autre part que l'article R.434-31 du Code de la Sécurité Sociale permet aux préfets de définir les périodes d'activité des entreprises saisonnières dans le

cadre d'un arrêté pris sur la proposition de l'inspection du travail dans la circonscription duquel se trouve l'entreprise considérée et après avis des organisations patronales et ouvrières intéressées.

Dans les secteurs d'activité obéissant à des variations saisonnières tous les emplois offerts n'ont pas nécessairement un caractère saisonnier.

Pour que les emplois en question puissent être proposés dans le cadre de contrats à durée déterminée ou de contrats de travail temporaire saisonniers, encore faut-il qu'il y ait une correspondance entre les tâches offertes et l'activité saisonnière de l'entreprise. Ainsi l'affectation d'un salarié «à des tâches multiples, diverses, sans corrélation avec le rythme des saisons», ou à des tâches «accomplies à toutes époques de l'année» ne saurait s'opérer, selon une jurisprudence dominante, par le biais de contrats à durée déterminée ou de contrats de travail temporaire saisonniers. De même, l'embauche pour des périodes ne coïncidant pas avec une ou plusieurs saisons exclut le recours à de tels contrats (en ce sens notamment Cass. soc. 21 janvier 1987, M. Loker c/Sté Frantour).

Enfin, si le propre des activités saisonnières est de se répéter chaque année, voire plusieurs fois au cours d'une même année (par exemple : la double saison d'hiver et d'été en zone de montagne, la présentation des collections de prêt à porter au printemps et en automne), la conclusion systématique chaque année d'un nouveau contrat saisonnier avec un salarié peut être considérée comme établissant avec ce salarié une relation de travail d'une durée globale indéterminée, notamment lorsque le salarié a été embauché pendant toute la période d'ouverture de l'entreprise (en ce sens et parmi les arrêts les plus récents : Cass. soc. 22 janvier 1991, SARL Institut Marin Rockroum c/Mme Daniélou ; Cass. soc. 6 juin 1991 S.A. Le Louis XIV c/Teissedre ; Cass. soc. 11 décembre 1991).

6. Des organismes ou des associations exerçant des activités périscolaires (écoles de danse ou de musique, organismes ou associations sportives, ramassage scolaire, garderies, etc) peuvent-ils conclure successivement pour chaque année scolaire des contrats à durée déterminée saisonniers ?

Non. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation (par exemple Cass. soc. 13 novembre 1990, Sté Transports et Tourisme de l'Ouest c/Gillet) pour l'embauche chaque année d'un conducteur de car scolaire ; (Cass. soc. 10 avril 1991 Ouenec c/A.S.V.F. pour l'embauche chaque année d'un moniteur de judo par une association sportive) les contrats conclus pour la durée de l'année scolaire ne sont pas des contrats saisonniers. Il résulte nécessairement d'un ensemble de contrats de travail qui se sont succédés pendant plusieurs années sans autre interruption que la période de congés scolaires, une relation de travail d'une durée globale indéterminée.

7. Dans quelles conditions les associations du secteur de l'animation socio-culturelle peuvent-elles conclure des contrats de travail à durée déterminée ou recourir à l'intérim au titre de l'usage constant ?

L'article L.122-1-1 du Code du travail précise qu'un contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée

pour pourvoir des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité dont la liste est mentionnée à l'article D.121-2 du Code du travail, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Plusieurs précisions doivent être apportées cependant pour bien comprendre la portée juridique de ces dispositions.

En premier lieu, ce n'est pas le fait qu'un secteur d'activité soit mentionné dans la liste qui fonde à lui seul le droit de recourir au contrat de travail à durée déterminée. C'est, conformément aux termes même de la loi, l'existence d'un usage constant, c'est-à-dire ancien, bien établi et par conséquent admis comme tel dans la profession.

En second lieu, le seul fait que la liste mentionne tel secteur d'activité ne signifie pas que tous les emplois offerts par ce secteur peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de travail à durée déterminée. Seuls les emplois de nature temporaire autorisent la conclusion de tels contrats.

Ainsi pour ce qui concerne l'action culturelle qui recouvre à l'évidence l'animation socio-culturelle, seuls les emplois temporaires par nature offerts par ce secteur peuvent donner lieu à des contrats de travail à durée déterminée conclus au titre des usages.

Il est clair que des emplois qui s'attachent à des activités exercées en permanence, qui sont en quelque sorte la raison d'être de l'établissement employeur, ne peuvent avoir un caractère temporaire et être pourvus au moyen de contrats précaires.

Les associations du secteur de l'animation socio-culturelle peuvent donc parfaitement passer des contrats à durée déterminée au titre des usages (action culturelle, enseignement, centre de loisirs et de vacances) dès lors que, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt du 25 avril 1990, M. Roose c/Ballet Théâtre de Nancy, de tels contrats sont bien conclus pour assurer l'exécution d'une tâche déterminée et temporaire ayant pour terme la réalisation de l'objet pour lequel ils ont été conclus.

S'agissant de la possibilité pour ces associations de conclure des contrats à durée déterminée saisonniers, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises (par exemple Cass. soc. 10 avril 1991, Guennec c/Association sportive de Villefontaine) que les contrats conclus pour la durée de l'année scolaire ne sont pas des contrats saisonniers et qu'il résulte de l'ensemble des contrats de travail qui ont pu se succéder pendant plusieurs années sans autre interruption que la période des congés scolaires, une relation de travail d'une durée globale indéterminée.

Ces mêmes observations valent bien sûr également pour ce qui concerne le recours au travail temporaire en application des articles L.124-2-1 3° et D.124-2 du Code du travail.

8. Que faut-il entendre par enseignement au sens des articles D.121-2 et D.124-2 du Code du travail ?

L'enseignement visé aux articles D.121-2 et D.124-2 du Code du travail est un terme générique qui s'applique aussi

bien aux cours qui sont dispensés dans des établissements soumis aux cycles scolaires ou universitaires qu'aux formations qui sont assurées par des organismes sous forme de stages ou de modules dans le cadre notamment de la formation permanente.

En tout état de cause, qu'il s'agisse d'enseignement scolaire ou universitaire au sens strict ou bien d'enseignement au sens large englobant la formation, il est nécessaire pour qu'un «enseignant» puisse être recruté sur une telle base juridique que son emploi corresponde à l'existence d'une tâche déterminée et temporaire (en ce sens Cass. soc. 26 juin 1991 Mme Beyeler et a. c/Sarl Académie des hôtesses, Cass. soc. 16 janvier 1992 A.F.C.A.D.E c/Chamorro - Burba).

Par ailleurs, il est clair que des tâches ou des emplois qui ne relèvent pas de l'enseignement proprement dit, mais qui sont simplement liés à l'organisation de l'enseignement ne permettent pas la conclusion de contrats précaires en application des articles D.121-2 et D.124-2 du Code du travail. Il en est ainsi notamment d'un emploi de conducteur de car scolaire (en ce sens, Cass. soc. 13 novembre 1990 SA Transport et Tourisme de l'Ouest c/Gillet) ou bien encore d'un emploi de surveillant général (en ce sens C.A. Versailles 3 mars 1988, Collège international de Bonnelles c/Monnicault).

9. Les entreprises sans institutions représentatives du personnel peuvent-elles recourir au contrat à durée déterminée ou au travail temporaire pour les motifs qui sont subordonnés à la consultation préalable du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel ?

Si le Code du travail prévoit que certains cas de recours au contrat de travail à durée déterminée ou au travail temporaire (départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail, survenance dans l'entreprise d'une commande exceptionnelle à l'exportation, conclusion d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire de moins de trois mois pour accroissement temporaire d'activité moins de six mois après un licenciement économique) sont subordonnés à la consultation préalable du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel, il ne subordonne nullement la conclusion de contrats à durée déterminée ou de contrats de travail temporaire pour ces motifs à un seuil d'effectif. Leur conclusion demeure possible dans une entreprise qui n'a ni comité d'entreprise, ni délégué du personnel, que cette entreprise soit tenue ou non de les mettre en place.

10. Un contrat de travail à durée déterminée peut-il être conclu pour le motif de pré-embauchage ?

La pré-embauche ne fait pas partie des cas autorisant la conclusion d'un contrat à durée déterminée, lesquels sont le remplacement temporaire, l'accroissement temporaire d'activité et les travaux saisonniers ou temporaires par nature.

Le fait que l'article L.122-1-1 1° permette à une entreprise de recourir au contrat à durée déterminée dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée ne l'autorise nullement à pré-embaucher ce dernier dans le cadre d'un contrat

à durée déterminée, l'objet du contrat prévu à l'article précité étant d'assurer le relais entre deux contrats à durée indéterminée dont les titulaires sont distincts et non de rallonger la durée de la période d'essai du nouveau salarié recruté par contrat à durée indéterminée.

Il est rappelé que tout contrat à durée déterminée conclu en méconnaissance des dispositions relatives aux cas de recours est réputé à durée indéterminée.

Une telle infraction aux règles du Code du travail doit être relevée par procès-verbal.

11. Un contrat de travail temporaire peut-il être conclu pour le motif de pré-embauchage ?

Il est clair que la pré-embauche ne fait pas partie des cas autorisant un utilisateur à faire appel à un intérimaire, lesquels sont le remplacement temporaire, l'accroissement temporaire d'activité et les travaux saisonniers ou temporaires par nature.

Le fait que le contrat de travail temporaire doive comporter une clause stipulant que l'embauche de l'intérimaire par l'utilisateur à l'issue de sa mission n'est pas interdite n'autorise nullement une telle pratique.

De la même manière, si l'article L.124-2-1 1° permet à une entreprise utilisatrice de faire appel à un intérimaire dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée, il ne lui permet nullement en revanche de pré-embaucher ce dernier dans le cadre d'une mission d'intérim ; l'objet de la mission prévue à l'article précité étant d'assurer le relais entre deux contrats à durée indéterminée dont les titulaires sont distincts et non de rallonger la durée de la période d'essai du nouveau salarié recruté par contrat à durée indéterminée.

Il est rappelé que lorsqu'un utilisateur a recours à un intérimaire en violation des dispositions sur les motifs de recours, ce salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.

Une telle infraction aux règles du Code du travail doit être relevée par procès-verbal dressé à l'encontre de l'utilisateur.

13. Est-ce qu'un stage probatoire de qualification à un emploi permanent peut donner lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire au titre de la tâche occasionnelle précisément définie et non durable ?

Non. Un stage probatoire de qualification à un emploi permanent ne peut pas donner lieu à la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire au titre de la tâche occasionnelle précisément définie et non durable, celle-ci s'appréciant par rapport à l'activité de l'entreprise (en ce sens, Cass. soc. 29 mai 1991, Vêret c/Fondation John Boot).

En revanche, un contrat de qualification peut donner lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire en application de l'article L.981-1 du Code du travail tel qu'il résulte de la loi n°91-1405 du 31 décembre 1991 relative à la formation professionnelle et à l'emploi.

14. Lorsqu'un statut du personnel dispose que les contrats de travail sont à durée indéterminée, la conclusion d'un autre type de contrat de travail pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire est-elle possible ?

Oui, il est possible de conclure un contrat à durée déterminée dès lors que la tâche occasionnelle précisément définie et non durable confiée au salarié n'entre pas dans les missions habituelles de l'employeur (cf. par exemple pour l'AFPA, Cass. soc. 16 octobre 1991, AFPA c/M. Clain).

Sous les mêmes conditions, il peut être fait appel également à des salariés intérimaires.

15. L'interdiction de recours au contrat à durée déterminée et au travail temporaire après un licenciement économique trouve-t-elle application à la suite d'un départ en convention de conversion ?

L'interdiction posée par les articles L.122-2-1 et L.124-2-7 du Code du travail ne s'applique en cas de départ d'un salarié en convention de conversion qu'en cas de licenciement économique.

En effet, si la rupture du contrat de travail qui en découle n'a pas la nature d'un licenciement mais celle d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail, la décision d'adhérer à une convention de conversion s'inscrit bien dans le cadre d'une procédure de licenciement économique.

Dans un tel cas, le point de départ du délai de six mois, donc de l'interdiction, doit se décompter à partir de la fin du délai de réflexion dont dispose le salarié pour y adhérer, soit en principe vingt et un jours à compter de la proposition de convention de conversion, ce délai étant ramené à quinze jours en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. Ce raisonnement devra être appliqué aussi en cas de départ négocié pour motif économique.

16. Quel est le point de départ de l'interdiction de recours au contrat à durée déterminée et au travail temporaire lorsque les licenciements économiques se sont étalés dans le temps ?

Lorsque des postes occupés par des salariés d'une qualification professionnelle déterminée qui ne peuvent être isolés ont donné lieu à un licenciement collectif pour motif économique qui s'est étalé dans le temps, le point de départ du délai de six mois et donc de l'interdiction est constitué par la date de notification du licenciement du dernier salarié de cette qualification.

17. L'interdiction temporaire de recours au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail temporaire après un licenciement pour motif économique peut-elle s'imposer au niveau d'un établissement de l'entreprise autre que celui qui a procédé à des licenciements économiques lorsque cet autre établissement fait appel à des salariés sous contrat à durée déterminée ou à des intérimaires dans le cadre de la reprise de l'activité de l'établissement où les licenciements sont intervenus ?

Pour éviter la substitution de salariés précaires à des salariés permanents, les articles L.122-2-1 et L.124-2-7 du Code du travail édictent une interdiction temporaire de recours au contrat à durée déterminée et à l'intérim après un licenciement pour motif économique pour les postes concernés par le licenciement.

Le respect de cette interdiction s'impose au niveau de l'établissement et non de l'entreprise.

Dans ces conditions, et sous réserve de la fraude à la loi, une telle interdiction ne saurait s'appliquer à un établissement d'une entreprise qui n'aurait procédé à aucun licenciement pour motif économique, mais qui, suite à une réorganisation de l'entreprise, ferait appel à des salariés sous contrat à durée déterminée ou à des intérimaires pour le motif d'accroissement temporaire de l'activité dans le cadre de la reprise de l'activité d'un autre établissement de l'entreprise où avaient été prononcés des licenciements économiques.

18. L'existence d'un conflit collectif de travail dans une entreprise interdit-elle totalement le recours à des salariés sous contrat à durée déterminée ou à des intérimaires ?

Non. L'objet des articles L.122-3 1° et L.124-2-3 1° du Code du travail est d'interdire à un employeur de faire appel à des salariés sous contrat à durée déterminée ou à des intérimaires dans le but de remplacer des salariés en grève et de priver leur action d'efficacité.

Dans ces conditions, dès lors que de tels salariés ont été embauchés antérieurement au conflit et qu'ils demeurent lors de ce conflit affectés sur des postes correspondant à la qualification professionnelle prévue au contrat de travail initial, l'infraction aux articles précités ne saurait être constituée (en ce sens, Cass. crim. 2 décembre 1980, Lange, s'agissant du recours au travail temporaire).

19. Quels sont les métaux durs visés par le paragraphe 2 de l'article 1 de l'arrêté du 8 octobre 1990 fixant la liste des travaux pour lesquels il ne peut être fait appel aux salariés sous contrat à durée déterminée ou aux intérimaires ?

Sont considérés comme métaux durs les métaux susceptibles de causer des affections pulmonaires. Entrent dans cette catégorie : le cobalt, le tungstène, le vanadium, le chrome, le manganèse, le nickel, le titane, le germanium, le gallium, le bismuth, l'iridium, le lithium, le magnésium, le molybdène, le strontium, le rubidium, le palladium...

En sont en revanche exclus : le plomb, l'or, l'argent, l'aluminium, l'étain, l'hafnium, le platine, le cuivre.

20. Est-ce que les travaux de soudure doivent être considérés comme exposant à l'inhalation des poussières de métaux durs, et de ce fait interdits aux salariés sous contrat à durée déterminée ainsi qu'aux intérimaires ?

Si bien entendu l'ensemble des travaux de soudure ne saurait exposer à l'inhalation des poussières de métaux durs, le travail sur ces métaux (notamment le nickel, le chrome...) expose bien à des fumées de soudage le salarié qui y est affecté et par là à l'inhalation des particules qu'elles contiennent.

Les travaux de soudure sur métaux durs font donc bien partie des travaux interdits aux salariés sous contrat de travail temporaire ou sous contrat à durée déterminée, sauf dérogation.

II - Durée des contrats

(Questions N° 21 à 36)

21. La durée maximale de 24 mois prévue pour le contrat de travail à durée déterminée ou pour le contrat de travail temporaire exécuté à l'étranger s'applique-t-elle quel que soit le motif ayant donné lieu à sa conclusion ?

La durée maximale de vingt-quatre mois prévue par les articles L.122-1-2 II et L.124-2-2 II du Code du travail pour les contrats à durée déterminée et les contrats de travail temporaire comportant un terme précis et exécutés à l'étranger s'applique quel que soit le motif pour lequel il est recouru à ces types de contrat de travail.

22. Lorsqu'un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire conclu pour faire face à une commande exceptionnelle à l'exportation, l'a été initialement pour une durée inférieure à six mois, peut-il bénéficier de la durée maximale de vingt-quatre mois ?

Non. Seul un contrat de travail à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire conclu pour faire face à une commande exceptionnelle à l'exportation et d'une durée initiale d'au moins six mois peut bénéficier de la durée maximale de vingt-quatre mois.

23. Dans le cas d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire ne comportant pas de terme précis, est-ce qu'à l'issue de la durée minimale, l'employeur ou le salarié ont la possibilité de ne pas prolonger les relations contractuelles alors que le salarié remplacé n'est pas de retour ou lorsque l'objet du contrat n'est pas réalisé ?

A l'expiration de la durée minimale pour laquelle un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire ont été conclus, l'employeur comme le salarié ont la possibilité de ne pas prolonger les relations contractuelles même lorsque le salarié remplacé n'est pas de retour ou lorsque l'objet du contrat n'est pas réalisé.

24. Aux articles L.122-2-1 et L.124-2-7 du Code du travail que faut-il entendre par contrat non susceptible de renouvellement n'excédant pas trois mois ?

Aux termes des articles L.122-2-1 et L.124-2-7 du Code du travail l'interdiction dans un établissement de recourir au contrat à durée déterminée ou à l'intérim dans les six mois qui suivent un licenciement économique pour le motif d'accroissement temporaire de l'activité ne s'applique pas «lorsque la durée du contrat non susceptible de renouvellement n'excède pas trois mois».

Ce dernier membre de phrase doit être interprété comme interdisant la conclusion d'un contrat d'une durée de plus de trois mois au cours de la période considérée et pour un même poste concerné par un licenciement économique, ainsi que toute formule qui aboutit à tourner cette disposition comme par exemple la conclusion de plusieurs contrats successifs et discontinus (délai de carence), que leur durée totale soit inférieure ou supérieure à trois mois.

La seule possibilité offerte par les articles L.122-2-1 et L.124-2-7 précités est de conclure pour un même poste

de travail concerné par un licenciement économique un contrat unique d'une durée inférieure ou égale à trois mois dans les six mois qui suivent ce licenciement.

Toute autre interprétation serait contraire tant à la lettre qu'à l'esprit des dispositions légales.

26. L'ouverture d'une procédure collective dans l'entreprise peut-elle justifier la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ?

L'ouverture d'une procédure collective dans l'entreprise ne saurait justifier en tant que telle la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (en ce sens, Cass.soc.1^{er} juillet 1991, Association olympique de Marseille c/Cossou).

Plus généralement, la Cour de cassation refuse de voir dans les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (cf notamment, Cass soc. 22 avril 1986, M. Durand c/M. Bernard, Cass. soc. 30 juin 1988, Sté Aliment naturel c/Mme Capron).

27. Est-ce que la maladie d'un salarié embauché dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire peut constituer un cas de force majeure autorisant la rupture anticipée de son contrat ?

La force majeure est généralement définie comme un événement imprévisible, insurmontable et étranger à la personne qui l'invoque.

Dans ces conditions, il ne saurait être admis que la maladie d'un salarié sous contrat à durée déterminée ou d'un intérimaire puisse être regardée comme un cas de force majeure permettant une rupture anticipée et sans indemnités de son contrat.

La maladie est seulement une cause de suspension de l'exécution du contrat de travail (en ce sens Cass. soc. 31 octobre 1989, Mme Delmard c/CAF de Lyon). Mais elle n'empêche pas le contrat d'arriver à échéance : en effet, l'arrêt de travail n'a pas pour effet de repousser le terme du contrat.

Si un arrêt rendu le 30 juin 1982 par la Cour de cassation a pu admettre que l'absence pour maladie d'une secrétaire embauchée par contrat à durée déterminée pour remplacer l'unique secrétaire de l'entreprise dont le contrat était suspendu autorisait la rupture de son contrat, c'est précisément compte tenu des circonstances très particulières de l'espèce, à savoir la nécessité vitale pour l'entreprise de disposer d'une secrétaire.

Lorsque le contrat du salarié sous contrat à durée déterminée ou de l'intérimaire est suspendu pour cause de maladie, le chef d'entreprise a la possibilité de recourir à un autre salarié sous contrat à durée déterminée ou à un autre intérimaire pendant la durée de la suspension.

28. Que faut-il entendre par faute grave justifiant la rupture immédiate d'un contrat de travail à durée déterminée ?

La faute grave de l'une des parties permet à l'autre de rompre unilatéralement le contrat de travail à durée déterminée.

Aux termes de la jurisprudence, constitue notamment une faute grave justifiant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée :

- le fait pour un salarié, suite à une remontrance de son employeur, d'avoir provoqué la chute d'un chariot rempli de marchandises de la plate forme d'un camion, avant d'injurier celui-ci (Cass. soc. 5 mars 1987, Leduc c/Sté commerciale de la Vallée) ;
- le fait pour une salariée, qui avait reçu plusieurs avertissements à ce propos, de désorganiser gravement, par son comportement, la chaîne sur laquelle elle travaillait, ce qui avait pour conséquence d'affecter les résultats de l'entreprise (Cass. soc. 19 juillet 1988, Mlle Baret c/SARL Confection Vêtement de l'Adour) ;
- le fait pour un employeur d'infliger publiquement une punition à sa salariée par voie de séquestration et de brimades (Cass. soc. 3 décembre 1981, Hair Shop c/ Urbaniak).

La faute grave du salarié peut être une faute involontaire (Cass. soc. 5 mars 1987, Laboratoire de Larraud c/ Dlle Gaud).

En revanche ne constituent pas une faute grave selon la jurisprudence :

- le fait pour un employeur de ne pas avoir soumis le contrat de travail à durée déterminée d'un salarié engagé pour effectuer un chantier à Abidjan au visa du Ministère ivoirien du Travail, comme lui en font obligation les conventions franco-ivoiriennes (Cass. soc. 23 mars 1988, Bauher c/Industrie générale d'études et de travaux) ;
- l'attitude d'un cadre supérieur qui décide unilatéralement de prendre ses congés, après en avoir averti son supérieur hiérarchique et pris des dispositions pour que son absence ne porte pas préjudice aux intérêts de son employeur (Cass. soc. 6 mars 1986, SARL Minière Paul Isnard c/Ogilvie) ;
- l'insuffisance ou l'incompétence professionnelle - difficultés dans l'exercice des fonctions, absence des qualités professionnelles requises - (Cass. soc. 1^{er} décembre 1988, M. Magloire c/Arferm, Cass. soc. 2 mai 1990 Gloux c/Barrel, Cass. soc. 9 janvier 1991 M. Plandin c/M. Lanies) ;
- le refus d'un salarié, chauffeur, d'effectuer une course pour des motifs tirés d'un dépassement de la durée du travail (Cass. soc. 24 octobre 1990, Alberro c/Ladouce) ;
- le fait pour le titulaire d'un contrat d'adaptation d'avoir mauvais caractère (Cass. soc. 11 décembre 1990, Ets Campus c/Cheïlan) ;
- le fait pour un salarié de ne pas avoir déclaré à son employeur, lors de son engagement qu'il bénéficiait d'une allocation d'handicapé adulte (Cass. soc. 9 janvier 1991, M. Plandin c/M. Lanies) ;
- la perte de confiance (Cass. soc. 29 mars 1986 SARL Top Services c/Mme Alonso).

29. Lorsqu'un employeur a conclu un contrat à durée déterminée sans terme précis pour assurer le remplacement d'un salarié de l'entreprise en congé maladie, peut-il mettre fin au contrat au motif que ce salarié ne reprend pas son emploi, étant placé par exemple en invalidité ?

Non. Un tel contrat à durée déterminée a pour terme la fin de l'absence du salarié remplacé ou la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu.

Tant que le contrat de travail du salarié remplacé n'est pas rompu, le contrat à durée déterminée doit se poursuivre (en ce sens, Cass. soc. 17 décembre 1991 SA Pompes funèbres générales c/Hochdoerffer).

Toutefois, et sous réserve de la fraude à la loi qui pourrait être relevée par le juge judiciaire, les dispositions de l'article L.122-1-2 du Code du travail ne font pas obstacle à une rupture du contrat après l'expiration de la durée minimale mais avant le retour du salarié remplacé, lorsque l'entreprise prend des mesures de réorganisation interne ayant pour effet de supprimer le besoin de remplacement (par exemple : redistribution des tâches du salarié absent aux autres salariés du service, embauche d'un salarié sous contrat à durée indéterminée).

Cette position est la même en cas de recours à des travailleurs intérimaires.

30. Un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire conclu pour une durée de 12 mois afin d'assurer le remplacement d'un salarié de l'entreprise accomplissant son service national peut-il être rompu à la fin du dixième mois compte tenu de la réduction du service national de 12 à 10 mois ?

La loi n° 92-9 du 4 janvier 1992 a réduit la durée du service national de 12 à 10 mois, la mesure s'appliquant aux incorporations effectuées à compter du 1^{er} octobre 1991.

Dans ces conditions la question se pose de savoir si les employeurs, qui ont conclu à compter du 1^{er} octobre 1991 des contrats de travail à durée déterminée ou des contrats de travail temporaire de 12 mois pour permettre le remplacement de salariés accomplissant leur service national, pourront rompre ces contrats à l'issue du dixième mois ou devront attendre la survenance du terme indiqué dans les contrats.

En effet, les salariés incorporés par exemple le 1^{er} octobre 1991 seront libérés du service national non pas le 30 septembre 1992, mais le 31 juillet de la même année.

Or, les salariés embauchés le 1^{er} octobre 1991 par contrat à durée déterminée ou par contrat de travail temporaire pour assurer leur remplacement sont titulaires le plus souvent, et en toute légalité, d'un contrat de date à date d'une durée de douze mois prenant fin le 30 septembre 1992.

Les dispositions législatives ramenant avec effet rétroactif la durée du service national de 12 à 10 mois constituent un événement imprévisible au moment de la conclusion du contrat et extérieur aux parties au contrat, assimilable à un cas de force majeure.

Il convient donc d'admettre, dans cette situation exceptionnelle d'application d'une loi à des situations nées antérieurement à la date de sa publication, que l'employeur peut considérer que le contrat de travail conclu pour remplacer un salarié accomplissant son service national prend fin à l'issue des 10 mois en raison de la réalisation à cette date de l'objet pour lequel le contrat a été conclu.

Il est clair enfin qu'aucune difficulté ne se pose lorsque l'employeur a conclu un contrat sans terme précis et non de date à date.

Dans ce cas, c'est bien le retour du salarié remplacé qui constitue le terme du contrat du salarié remplaçant, et cela à quelque moment qu'il se produise.

31. Quelle est la nature juridique des sommes versées dans l'hypothèse d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire en dehors des cas autorisés par la loi ?

Bien que réparant un préjudice, les sommes versées à un salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée (art. L.122-3-8 du Code du travail) ou à un intérimaire (art. L.124-5 du Code du travail) dans l'hypothèse d'une rupture anticipée du contrat en dehors des cas prévus par la loi, ont la nature juridique d'un revenu de remplacement dans la mesure où elles réparent d'abord la perte de salaire sur lequel le salarié pouvait compter.

Ces sommes constituent donc en principe un revenu imposable.

Toutefois, le Conseil d'Etat dans un arrêt rendu le 27 septembre 1991 (N° 75-684) a jugé que lorsqu'une partie de ces sommes répare un préjudice autre que la seule perte de rémunération, celle-ci n'est alors pas imposable.

33. Est-il possible de conclure avec le même salarié pour une même absence et de façon continue plusieurs contrats à durée déterminée de date à date ?

En principe non, car si l'article L.122-3-10 du Code du travail permet sans réserve explicite la succession de contrats à durée déterminée avec un même salarié en cas de remplacement, l'article L.122-3-11 du même code n'exclut le respect du délai du tiers entre deux contrats à durée déterminée conclus pour le motif de remplacement et portant sur le même poste qu'à la condition que le second contrat soit passé pour faire face à une nouvelle absence du salarié remplacé.

Par nouvelle absence du salarié remplacé, il convient d'entendre soit toute absence régulièrement justifiée par la production à l'occasion de cette nouvelle absence d'un nouveau document (par exemple : envoi d'un nouveau certificat d'arrêt de travail dans le cadre d'un congé maladie d'une durée initiale de 15 jours, prolongé pour une même période de 15 jours) soit toute absence dont la nature est distincte de la précédente (par exemple : congé parental d'éducation faisant suite à un congé de maternité).

Dans ces conditions, un contrat à durée déterminée conclu par exemple pour faire face à un arrêt maladie d'une durée de 15 jours pourra être suivi sans délai d'un nouveau contrat à durée déterminée en cas de prolongation de cet arrêt maladie pour 15 autres jours.

De même, un contrat à durée déterminée conclu pour faire face à un congé parental pourra faire suite sans délai à un même contrat conclu pour faire face à un congé de maternité.

La Cour de cassation a admis par ailleurs la possibilité de conclure avec un même salarié plusieurs contrats à durée déterminée de date à date, successifs et continus dans un cas particulier où il s'agissait de pourvoir au remplacement d'une salariée en congé parental de deux ans, dès lors que ce congé peut aux termes de la loi, être écourté à tout moment en cas de diminution importante des ressources

du ménage (Cass. soc. 26 février 1991, Mme Gautrand et clinique Pasteur).

34. Lorsqu'au terme d'un accroissement d'activité qui a donné lieu au recours à un salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire, une entreprise a encore besoin d'un tel salarié en raison de l'absence d'un salarié permanent au sein de la même unité de travail sur un poste de même qualification, peut-elle avoir recours sans délai au contrat à durée déterminée ou à l'intérim pour effectuer ce remplacement ?

Dans une telle situation, il y a lieu d'admettre la possibilité pour l'entreprise de recourir au contrat à durée déterminée ou à l'intérim, sans respecter le délai du tiers temps.

En effet, le remplacement d'un salarié permanent dont le poste est parfaitement identifié au moment où le contrat est conclu ne s'effectue nullement sur le poste de travail dont la création et l'existence étaient la conséquence directe de l'accroissement d'activité.

Il convient toutefois de rappeler que si dans cette hypothèse, l'entreprise n'est pas tenue de respecter le délai du tiers temps, elle doit cependant, si elle décide de conclure un nouveau contrat à durée déterminée avec le même salarié, respecter un « certain délai » entre les deux contrats. L'article L.122-3-10 du Code du travail n'autorise en effet la succession continue de contrats à durée déterminée avec un même salarié qu'à la condition que chacun d'eux soit conclu pour les motifs de remplacement, d'usage ou de travail saisonnier.

On retiendra en pratique que ce délai peut être inférieur au délai de carence et qu'il est fonction de la durée du contrat de travail arrivé à échéance.

Il résulte clairement de la jurisprudence (notamment Cour d'appel de Paris 27 novembre 1986, SA La France) qu'un délai trop bref (en l'occurrence quelques jours) peut être considéré comme une tentative de fraude à la loi, ce qui entraîne la requalification en contrat à durée indéterminée par le juge.

35. Qu'est-ce qu'un même poste de travail au regard des dispositions sur le délai de carence entre deux contrats précaires ?

L'identité de poste de travail s'apprécie en fonction de la nature des travaux confiés au salarié et non de la localisation géographique de leur exécution.

L'interdiction édictée par les articles L.122-3-11 et L.124-7 du Code du travail ne vise pas que le poste de travail rigoureusement semblable à celui qui était précédemment occupé, c'est-à-dire le même ouvrage au même lieu.

Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 31 octobre 1989, Dorez c/Sté Belleli SPA considère que lorsqu'un salarié est amené dans le cadre de contrats successifs à effectuer le même travail dans des lieux différents, l'employeur est tenu de respecter le délai de carence du tiers entre chacun d'eux.

De la même façon, lorsque le poste qu'occupait le salarié ne peut être isolé (par exemple un poste de dactylo ou de standardiste ou d'hôtesse), l'interdiction vise l'ensemble des postes nécessitant la même qualification professionnelle dans l'unité de travail à laquelle était

affecté le salarié dont le contrat a pris fin (atelier, chantier, service, bureau).

Il ne suffit pas, pour autant, de mentionner dans les différents contrats successifs des qualifications professionnelles différentes pour établir qu'il n'y a pas identité de poste de travail, ainsi que vient d'en juger la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mai 1991, M. Laporte.

36. Est-ce que des jours non ouvrables peuvent être pris en compte au titre du délai de carence qui dans certains cas doit séparer des contrats à durée déterminée ou des contrats de travail temporaire successifs ?

Le délai de carence étant un délai calendaire, les jours non ouvrables sont pris en compte au titre du délai de carence qui doit séparer dans certains cas des contrats à durée déterminée ou des contrats de travail temporaire successifs.

Ainsi dans une entreprise, deux contrats à durée déterminée ou deux missions de 5 jours chacun peuvent être séparés de 2 jours correspondant aux samedi et dimanche, jours de sa fermeture habituelle.

Toutefois, si ce délai des deux jours de repos hebdomadaire peut être admis comme constituant le tiers temps exigé par le Code du travail, il n'en demeure pas moins qu'une telle pratique, pour demeurer licite ne doit pas constituer une fraude à la loi, c'est-à-dire avoir en fait pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (en ce sens, Cour d'appel, Versailles 29 janvier 1988).

III - L'établissement des contrats

(Questions N° 37 à 40)

37. Quel document doit être transmis au salarié dans les deux jours suivant son embauche par contrat à durée déterminée ?

C'est le contrat à durée déterminée signé par les deux parties qui doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours qui suivent le jour de son embauche, et non la proposition unilatérale d'embauche.

En l'absence de précisions légales, il y a lieu d'admettre qu'il s'agit comme en matière de travail temporaire de jours ouvrables et non de jours calendaires.

Le terme « transmis » autorise une remise en main propre du contrat au salarié.

La remise du contrat de travail dès l'embauche exonère l'employeur de l'obligation de délivrer l'attestation d'emploi prévue à l'article L.620-3 nouveau du Code du travail. Il en est de même pour l'entreprise de travail temporaire qui remet à l'intérimaire son contrat de mission dès l'embauche.

38. Lorsqu'un salarié recruté par contrat à durée déterminée ou un intérimaire remplace non pas un salarié effectivement absent de l'entreprise mais un autre salarié de cette entreprise suite à un glissement interne, quel nom de salarié remplacé faut-il indiquer sur le contrat ?

Après avoir précisé qu'il s'agit d'un remplacement en cascade, il convient d'indiquer le nom et la qualification du salarié réellement absent et pas le nom et la qualification

du salarié remplacé effectivement mais qui est présent dans l'entreprise.

39. En cas de conclusion d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire dans l'attente de l'arrivée d'un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée, quels nom et qualification doivent être indiqués sur le contrat ?

Lorsque conformément aux articles L.122-1-1 et L.124-2-1 du Code du travail, un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire est conclu pour remplacer un salarié dans l'attente de l'entrée en service effective de son successeur embauché par contrat à durée indéterminée, le salarié dont le nom et la qualification doivent être précisés dans le contrat est celui qui a effectivement quitté l'entreprise.

40. Qu'entend-on par modalités de la rémunération due à l'intérimaire ?

Le contrat de travail temporaire doit mentionner les modalités de la rémunération due à l'intérimaire, y compris celles de l'indemnité de fin de mission.

Cela signifie que le contrat de travail temporaire doit indiquer les modalités de paiement de la rémunération de l'intérimaire, y compris de l'indemnité de fin de mission, c'est-à-dire : la date de paie, la périodicité et le montant des acomptes éventuels, le mode de paiement en vigueur dans l'entreprise ainsi que le montant de la rémunération et des différents avantages et accessoires y compris l'indemnité de fin de mission.

Outre les modalités de la rémunération due à l'intérimaire, le contrat de travail temporaire doit comporter la rémunération de référence communiquée par l'entreprise utilisatrice, qui figure dans le contrat de mise à disposition.

IV - Le statut du salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée et de l'intérimaire

(Questions N° 43 à 70)

43. Le principe de l'égalité de rémunération entre un salarié sous contrat à durée déterminée ou un intérimaire et un salarié sous contrat à durée indéterminée de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions est-il applicable dans les entreprises ou établissements à statut ?

La rémunération perçue par un salarié sous contrat à durée déterminée ou par un intérimaire ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans la même entreprise, après période d'essai, un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions.

La rémunération de référence est constituée, conformément aux articles L.122-3-3 et L.124-4-2 du Code du travail, par le salaire de base et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Dans ces conditions, une entreprise ou un établissement dont le personnel est régi à la fois par un statut et par le Code du travail ne saurait à bon droit exciper du fait que certains avantages (par exemple sursalaire familial, avantage en nature tel que tarif préférentiel) sont expressément prévus par le statut pour les exclure de la rémunération de référence.

44. Que se passe-t-il en matière de rémunération lorsque le contrat de mission stipule un horaire hebdomadaire de 39 heures et que l'entreprise utilisatrice n'assure en réalité qu'une durée inférieure ?

Dans cette hypothèse, et ce quels que soient les motifs invoqués par l'entreprise utilisatrice, il appartient à l'entreprise de travail temporaire d'assurer à l'intérimaire une rémunération correspondant à l'horaire garanti dans le contrat de travail temporaire.

45. Quelle est la nature juridique de l'indemnité de fin de contrat et de l'indemnité de fin de mission ?

L'indemnité de fin de contrat (art. L.122-3-4 du Code du travail) comme l'indemnité de fin de mission (art. L.124-4-4 du Code du travail) constituent un complément de salaire et sont soumises en tant que tel aux charges sociales et à l'impôt sur le revenu.

46. Quels sont les différents éléments de rémunération qui doivent être intégrés dans la base de calcul de l'indemnité de fin de mission ?

L'indemnité de fin de mission prévue par l'article L.124-4-4 du Code du travail est égale, lorsqu'elle est due, à 10 % de la rémunération totale brute due au salarié pendant la durée de son contrat, en application de l'accord interprofessionnel étendu du 24 mars 1990.

Le taux de l'indemnité s'applique donc à la totalité de la rémunération brute, c'est-à-dire y compris les majorations, indemnités et primes diverses, telles que primes de vacances, primes de fin d'année, primes de treizième mois, etc.. perçues par l'intérimaire.

48. Quelle est la base de calcul de l'indemnité de fin de contrat ou de l'indemnité de fin de mission en cas de suspension du contrat de travail à durée déterminée ou du contrat de travail temporaire en raison d'un accident du travail ?

Le salarié victime d'un accident du travail ou atteint d'une maladie professionnelle au cours d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire a droit à une indemnité de fin de contrat ou à une indemnité de fin de mission calculée non seulement sur la base de la rémunération perçue, mais également sur celle qu'il aurait perçue si le contrat de travail n'avait pas été suspendu (en ce sens, Cass. soc. 9 octobre 1990, Sté Forges de Froncles pour le contrat à durée déterminée).

En revanche, il y a lieu de considérer qu'en cas de suspension du contrat de travail pour un motif autre que l'accident du travail ou la maladie professionnelle (maladie ou accident ordinaire, maternité, etc...) l'indemnité de fin de contrat ou l'indemnité de fin de mission ne doit

être calculée que sur la base de la rémunération effectivement perçue pendant la durée du contrat, c'est-à-dire la rémunération versée par l'employeur au titre de la période travaillée à laquelle peut éventuellement s'ajouter le complément de salaire versé par l'employeur en application d'une convention collective et correspondant à la période de suspension du contrat. Les indemnités journalières de Sécurité Sociale versées au salarié pendant la période de suspension de son contrat sont par contre exclues de la base de calcul de l'indemnité de fin de contrat comme de celle de l'indemnité de fin de mission.

49. Le refus par le salarié embauché par contrat à durée déterminée ou par l'intérimaire de la prolongation de son contrat de travail conclu pour une durée minimale peut-il être assimilé à une rupture du contrat à son initiative et entraîner la suppression de l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission ?

Le salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée ou l'intérimaire ne saurait être privé du bénéfice de l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission lorsqu'il refuse de poursuivre son contrat au-delà de sa durée minimale qui en constitue le terme initial.

En revanche, lorsque après avoir accepté la prolongation de son contrat au-delà de la durée minimale, il rompt celui-ci avant la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu, il perd le bénéfice de toute indemnité de fin de contrat ou de fin de mission et pas seulement de la part portant sur la période de prolongation inachevée.

50. Le refus par le salarié embauché par contrat à durée déterminée ou par l'intérimaire du renouvellement de son contrat peut-il être assimilé à une rupture du contrat à son initiative et entraîner la suppression de l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission ?

Le renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire étant soumis à l'accord préalable du salarié, le refus de ce dernier ne saurait être assimilé à une rupture du contrat à son initiative entraînant la suppression du versement de l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission.

Il en irait différemment, bien sûr, si le contrat prévoyait dès l'origine les modalités de renouvellement (notamment la durée).

En revanche, la rupture du contrat à l'initiative du salarié pendant la période de renouvellement entraîne la suppression de toute indemnité de fin de contrat ou de fin de mission et pas simplement de la part correspondant à la période de renouvellement inachevée.

52. Le refus par l'intérimaire de l'aménagement du terme de son contrat de travail temporaire peut-il être assimilé à une rupture de contrat à son initiative et entraîner la suppression de l'indemnité de fin de mission ?

Le refus par l'intérimaire de l'aménagement du terme de son contrat de travail temporaire au sens de l'article L.124-2-4 doit être considéré comme une rupture du contrat à l'initiative du salarié, sanctionnée par la suppression de l'indemnité de fin de mission, à la condition toutefois qu'une clause prévoyant la possibilité d'un

aménagement du terme de la mission ait bien été insérée dans le contrat de travail temporaire.

55. Comment faut-il apprécier les conditions d'effectif prévues par le Code du travail pour la désignation des délégués syndicaux et l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise en ce qui concerne les salariés sous contrat à durée déterminée et les intérimaires ?

Aux termes des articles L.412-5 (délégué syndical), L.421-2 (délégué du personnel) et L.431-2 (comité d'entreprise) du Code du travail, pour apprécier les conditions d'effectif en matière de désignation ou d'élection des représentants du personnel, les salariés sous contrat à durée déterminée et les travailleurs temporaires sont pris en compte dans l'effectif de l'entreprise au prorata de leur temps de présence dans celle-ci au cours des douze mois précédents.

La règle du prorata s'applique à l'ensemble des salariés sous contrat à durée déterminée ou de travail temporaire occupés pendant la période d'un an qui précède le mois pour lequel l'effectif est calculé, que ces salariés soient présents ou non dans l'entreprise au jour de la confection des listes ou des élections (en ce sens, Cass. soc. 6 novembre 1991).

57. Dans une entreprise utilisatrice où un intérimaire a été embauché définitivement après une mission, comment doit s'apprécier pour ce salarié, la condition d'ancienneté qui est requise pour qu'il puisse y être désigné comme délégué syndical ou élu en tant que délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise ?

Dans une entreprise utilisatrice où un intérimaire a été définitivement embauché après une mission, la condition d'ancienneté prévue par le Code du travail pour pouvoir être désigné comme délégué syndical ou élu comme délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise doit s'apprécier pour ce salarié, eu égard au temps passé dans cette entreprise, aussi bien comme intérimaire que comme salarié employé directement (en ce sens Cass. soc. 12 février 1991, Syndicat CFDT des travailleurs des commerces et services c/Sté Seagull Data Systems et a.) sous réserve des dispositions de l'article L.124-6 du Code du travail qui précise que la durée des missions effectuées chez l'utilisateur au cours des trois mois précédant l'embauche est seule prise en compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié.

58. La procédure d'alerte du comité d'entreprise instaurée par l'article L.432-4-1 du Code du travail est-elle exclusive de la procédure exceptionnelle d'une deuxième réunion du comité à l'intérieur d'un même mois prévue à l'article L.434-3, alinéa 1^{er} ?

Aux termes du deuxième alinéa de l'article L.432-4-1 du Code du travail, lorsqu'entre deux réunions du comité d'entreprise prévues pour le rapport sur l'emploi, le nombre de salariés occupés dans l'entreprise sous contrat à durée déterminée et sous contrat de travail temporaire connaît un accroissement important par rapport à la situation existant lors de la dernière réunion du comité, l'examen de cette question est inscrit de plein droit à l'ordre du jour de la prochaine réunion ordinaire du

comité prévue au 1^{er} alinéa de l'article L.434-3 du Code du travail si la majorité des membres du comité le demande.

Cette nouvelle procédure qui oblige le chef d'entreprise lors de la prochaine réunion ordinaire du comité à lui communiquer le nombre de salariés sous contrat à durée déterminée et d'intérimaires, les motifs qui l'ont amené à y recourir ainsi que le nombre des journées de travail qu'ils ont accomplies n'est pas exclusive de la procédure exceptionnelle prévue à l'article L.434-3 alinéa 1^{er} du Code du travail précité qui permet une deuxième réunion du comité à l'intérieur d'un même mois lorsque la majorité de ses membres en fait la demande.

60. Est-ce que les intérimaires bénéficient des congés pour événements familiaux prévus par la loi du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation ?

L'article L.226-1 du Code du travail qui prévoit une liste d'événements familiaux pour lesquels tout salarié bénéficie sur justification d'une autorisation exceptionnelle d'absence n'entraînant pas de réduction de rémunération s'applique bien évidemment aux intérimaires, dès lors que l'événement en cause se produit pendant la mission.

Pour ce qui concerne les autres congés pour événements familiaux prévus à l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 annexé à la loi du 19 janvier 1978 : sous réserve d'avoir trois mois d'ancienneté dans l'entreprise ou l'établissement ; pour le décès du frère, de la soeur, des beaux-parents (un jour) ; pour la pré-sélection militaire (dans la limite de trois jours) ; il y a lieu d'admettre également en application du principe d'égalité de traitement, tant en matière de durée du travail que de rémunération, que les intérimaires doivent bénéficier de ces jours de congés dans les mêmes conditions que les salariés de l'entreprise utilisatrice dans laquelle ils accomplissent leur mission.

S'agissant de la condition d'ancienneté de trois mois, celle-ci doit s'apprécier eu égard au temps passé dans l'entreprise utilisatrice soit dans le cadre d'une seule et même mission, soit dans le cadre de plusieurs missions successives et continues.

61. Quels sont les différents éléments de rémunération qui doivent être intégrés dans la base de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés versée aux intérimaires ?

Le régime de l'indemnité compensatrice de congés payés versée aux intérimaires, tel qu'il est prévu à l'article L.124-4-3 du Code du travail est totalement dérogoratoire au droit commun.

D'une part, l'indemnité compensatrice de congés payés est due quelle que soit la durée de la mission, donc dès la première heure de travail ; d'autre part, elle a comme assiette la rémunération totale due au salarié, c'est-à-dire le salaire de base ainsi que tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature par l'employeur au salarié.

Cela signifie que doivent être intégrées dans la base de calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés outre l'indemnité de fin de mission, des primes et majorations diverses telles que majorations heures de nuit, majorations dimanche, majorations jours fériés, majorations heures supplémentaires, prime d'équipe, prime d'inconfort, prime de salissure, prime d'outillage,

prime d'étuve, prime de poste, prime de douche, prime jour calendaire, etc... mais aussi des primes qui sont exclues de l'assiette des congés payés en droit commun, telles que le cas échéant, treizième et quatorzième mois, prime de vacances, gratification exceptionnelle, etc...

62. Quelles sont les conditions de paiement des jours fériés aux intérimaires ?

L'article L.124-4-2 du Code du travail dans son deuxième alinéa prévoit que le paiement des jours fériés est dû aux intérimaires indépendamment de leur ancienneté, dès lors que les salariés de l'utilisateur en bénéficient.

Cela signifie notamment qu'aucune condition d'ancienneté ne peut être opposée aux intérimaires même si les salariés de l'utilisateur se voient imposer une telle condition pour bénéficier du paiement des jours fériés.

Un avis d'interprétation des partenaires sociaux en date du 4 avril 1990 et relatif aux jours fériés précise que la notion de jours fériés vise tant les jours fériés légaux que ceux reconnus comme tels au plan coutumier ou local.

63. L'indemnité de chômage intempéries qui peut être versée par un entrepreneur de travail temporaire à un intérimaire mis à la disposition d'une entreprise de bâtiment et de travaux publics doit-elle être prise en compte pour le calcul de l'indemnité de fin de mission ?

Les indemnités accordées aux travailleurs du bâtiment et des travaux publics en cas d'intempéries n'ont pas le caractère de salaire.

Elles ne doivent donc pas être prises en compte pour le calcul de l'indemnité de fin de mission qui doit être versée à l'intérimaire à l'issue du contrat de travail temporaire.

64. Quelle est la portée de l'expression «dans les mêmes conditions» à l'article L.124-4-7 du Code du travail relatif à l'égalité d'accès des intérimaires aux équipements collectifs ?

Aux termes de l'article L.124-4-7 du Code du travail, non seulement les intérimaires doivent avoir accès aux équipements collectifs de l'entreprise utilisatrice, mais cet accès doit avoir lieu dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues pour les salariés de cette entreprise.

Par «mêmes conditions», il faut entendre par exemple en matière de restauration, la possibilité donnée aux intérimaires de bénéficier au même titre que les salariés de l'entreprise utilisatrice de cartes de valeur permettant de se restaurer au meilleur prix en ne prenant pas tous les plats auxquels donne droit le ticket et pas simplement d'acquiescer ledit ticket moyennant un prix forfaitaire (en ce sens, Cass. soc. 21 novembre 1990, comité d'entreprise de la société E.F.S. c/Sté Europe Falcon Service).

65. Est-ce que toutes les oeuvres sociales, le cas échéant gérées par un comité d'entreprise, relèvent des équipements collectifs auxquels les intérimaires ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise ?

Les équipements collectifs auxquels les intérimaires ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, dans les mêmes conditions que les salariés de cette entreprise, sont ceux qui ont vocation à faciliter l'exercice de leur activité professionnelle.

Certaines oeuvres sociales, le cas échéant gérées par un comité d'entreprise, relèvent incontestablement de tels équipements ; il peut s'agir par exemple d'un restaurant ou bien encore d'une bibliothèque ou d'une salle de documentation.

En revanche, il n'en va pas de même, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, des colonies ou centres de vacances, des voyages ou bien encore de l'arbre de Noël qui sont autant d'oeuvres sociales auxquelles les intérimaires ont accès dans l'entreprise de travail temporaire.

66. L'intérimaire doit-il bénéficier de la participation aux bénéfices versée dans l'entreprise utilisatrice ?

Non. L'intérimaire bénéficie en revanche, au sein de son entreprise de travail temporaire, de la participation aux résultats telle qu'elle résulte de l'ordonnance N° 86-1134 du 21 octobre 1986, modifiée par la loi N° 90-1002 du 7 novembre 1990.

67. L'intérimaire doit-il bénéficier de l'accord d'intéressement en vigueur dans l'entreprise utilisatrice ?

Non. L'intérimaire ne saurait, au titre de l'égalité de traitement en matière de rémunération, bénéficier d'un accord d'intéressement, tel que prévu par l'ordonnance N° 86-1134 du 21 octobre 1986 modifiée par la loi N° 90-1002 du 7 novembre 1990, conclu dans une entreprise utilisatrice, les sommes attribuées aux salariés en application de l'accord d'intéressement n'ayant pas le caractère d'élément du salaire pour l'application de la législation du travail (art. 4 de l'ordonnance précitée).

68. Quels sont les droits des intérimaires lorsqu'ils sont victimes d'un accident du travail ou atteints d'une maladie professionnelle en cours de mission ?

L'accident du travail comme la maladie professionnelle sont des causes de suspension du contrat de travail temporaire. Toutefois, conformément à l'article L.124-4-8, la suspension du contrat de travail temporaire ne fait pas obstacle à l'échéance de ce contrat.

L'intérimaire dont le contrat est suspendu pour l'une de ces causes bénéficie des prestations journalières de la Sécurité Sociale, s'il en remplit les conditions, et du régime d'indemnisation complémentaire prévue par l'accord étendu du 27 mars 1986 dont la particularité est notamment de prévoir sous certaines conditions la prolongation de l'indemnisation au-delà du terme du contrat.

Par ailleurs, pour faciliter le reclassement des intérimaires victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'accord du 15 octobre 1991 sur la formation prévoit une priorité d'accès au congé individuel de formation à l'intention des intérimaires qui à la suite d'un accident du travail survenu pendant une mission sont reconnus inaptes à exercer un emploi correspondant à leur qualification.

69. Quelles sont les formalités à accomplir en cas d'accident du travail par l'entreprise de travail temporaire, l'utilisateur et le salarié ?

Aux termes du Code de la Sécurité Sociale, les obligations de l'entreprise de travail temporaire, de l'utilisateur et du salarié en cas d'accident du travail sont les suivantes :
- l'entreprise de travail temporaire doit déclarer l'accident

du travail à la caisse de Sécurité Sociale dans les 48 heures qui suivent la connaissance de l'accident ;

- l'utilisateur a une triple obligation : informer par lettre recommandée, dans les 24 heures suivant la connaissance de l'accident, l'entreprise de travail temporaire, l'inspecteur du travail et le service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie,
- le salarié a une double obligation :
- faire la déclaration de l'accident du travail à l'utilisateur par lettre recommandée dans les 24 heures s'il n'a pas déjà fait cette déclaration à l'un de ses préposés sur les lieux de l'accident ;
- informer l'entreprise de travail temporaire dans les 24 heures.

L'inobservation de ces obligations est sanctionnée pénalement. L'utilisateur qui n'observe pas ces dispositions est passible d'une amende et/ou d'un emprisonnement.

Par ailleurs, si l'entreprise de travail temporaire ne déclare pas ou déclare tardivement un accident du travail, la caisse de Sécurité Sociale peut exiger d'elle le remboursement de la totalité des dépenses occasionnées par l'accident.

70. Le règlement intérieur établi par une entreprise ou un établissement est-il applicable aux personnes qui exécutent un travail dans cette entreprise ou cet établissement en qualité de salarié d'une entreprise de travail temporaire ?

Oui, en tant qu'il fixe les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité comme en a jugé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Société Atochem rendu le 12 novembre 1990.

En revanche, un employeur ne pouvant exercer son pouvoir disciplinaire qu'à l'égard des salariés qui lui sont liés par un contrat de travail, les dispositions du règlement intérieur relatives à la nature et l'échelle des sanctions ainsi qu'à la procédure disciplinaire ne peuvent pas s'appliquer aux intérimaires (même arrêt).

V - Les sanctions civiles et pénales relatives au contrat de travail à durée déterminée et au travail temporaire

(Questions N° 74 à 76)

74. Est-ce que le changement de lieu de travail peut, à lui seul, avoir pour effet de transformer un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire en relation de travail à durée indéterminée ?

Le motif du recours au contrat à durée déterminée ou au contrat de travail temporaire s'appréciant à la date de conclusion de celui-ci, le changement du lieu de travail ne peut, à lui seul, avoir pour effet de transformer le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire en relation de travail à durée indéterminée (en ce sens, Cass. soc. 11 avril 1991, Sté CKS c/Billey).

75. Quelle est la nature juridique de l'indemnité d'un mois de salaire prévue par les articles L.122-3-13 et L.124-7-1 du Code du travail ?

Aux termes des articles L.122-3-13 et L.124-7-1 du Code du travail, lorsque le tribunal fait droit à une demande

de requalification d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée, il doit accorder au demandeur, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire, sans préjudice du versement des indemnités ou dommages-intérêts prévu par les articles L.122-6, L.122-9, L.122-14-4 ou L.122-14-5 du Code du travail.

L'indemnité prévue par les articles L.122-3-13 et L.124-7-1 précités a le caractère de dommages et intérêts et n'est donc pas soumise aux charges sociales et fiscales.

76. Quelles sont les organisations syndicales qui peuvent exercer en justice toutes actions civiles ou pénales en faveur d'un salarié sous contrat à durée déterminée ou d'un intérimaire ?

Le Code du travail dans ses articles L.122-3-16 et L.124-20 ouvre le droit d'agir en justice en lieu et place d'un salarié à toutes organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou sur le plan national.

VI - Diverses dispositions relatives au travail temporaire

(Questions N° 77 à 84)

77. Que faut-il entendre par activité exclusive au sens de l'article L.124-1 du Code du travail et dans quel cadre doit-elle s'apprécier ?

Aux termes de l'article L.124-1 du Code du travail, pour être régulière, l'activité d'entrepreneur de travail temporaire exercée par une personne physique ou morale doit être exclusive.

La règle d'exclusivité veut dire que l'activité d'entrepreneur de travail temporaire est, pour les personnes physiques ou morales qui l'exercent et à qui elle est réservée, exclusive de toute autre activité (par exemple, Cass. crim. 27 mars 1984, Ministère public c/Doreau et Leconte).

Toutefois, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (cf notamment Cass. crim. 15 février 1983, Cohen Cass. crim. 7 juin 1983 Bonnet, Cass. crim. 12 décembre 1989, Houssais) elle n'interdit pas nécessairement au représentant légal d'une société exploitant une entreprise de travail temporaire d'avoir d'autres activités que la mise à disposition d'intérimaires dès lors que ces activités interviennent dans un cadre juridique distinct et avec des moyens spécifiques ; encore faut-il qu'il n'y ait pas, sous couvert de plusieurs sociétés apparemment juridiquement distinctes, un ensemble économique de fait, confusion d'activités et imbrication totale.

Dès l'instant où il apparaît que la constitution de plusieurs sociétés n'a été qu'un artifice destiné à faire échec aux prescriptions de la loi et à la règle d'exclusivité, l'infraction à l'article L.124-1 précité est constituée.

L'obligation d'exercice de l'activité à titre exclusif ne vise donc que la personne physique ou la personne morale qui exerce une activité d'entrepreneur de travail temporaire mais non les représentants légaux de cette dernière, sauf cas de fraude, lesquels peuvent avoir d'autres occupations ; dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité du 27 mars

1984, la Cour de cassation a admis qu'une personne soit à la fois chef d'entreprise utilisant régulièrement des intérimaires et le dirigeant de la société de travail temporaire lui fournissant cette main-d'oeuvre.

Ainsi, est contraire à l'article L.124-1 du Code du travail le fait pour une entreprise de travail temporaire de s'engager à assurer la gestion administrative du personnel sous contrat à durée déterminée d'une entreprise utilisatrice cliente.

Enfin, le fait que l'activité d'entrepreneur de travail temporaire est exclusive de toute autre activité a pour corollaire le fait qu'elle est réservée aux personnes physiques ou morales qui l'exercent conformément aux dispositions législatives et réglementaires.

Or, il existe aujourd'hui certaines entreprises qui se présentent comme des sociétés de services, par exemple dans le domaine de l'informatique, dans la chaîne agro-alimentaire ou bien encore en ce qui concerne l'organisation de salons, d'expositions ou de foires, qui embauchent des salariés à temps plein en vue de leur faire effectuer dans un but lucratif des missions temporaires auprès d'entreprises qui les rémunèrent en fonction du temps passé ou de la tâche effectuée par les salariés mis à leur disposition.

De telles pratiques sont contraires aux articles L.124-1 et L.125-3 1^{er} alinéa du Code du travail, et les entreprises qui s'y adonnent s'exposent aux sanctions prévues à l'article L.152-3 du Code du travail.

Les agents des services extérieurs sont donc invités à constater et verbaliser de telles infractions.

78. Un entrepreneur de travail temporaire au sens de l'article L.124-1 du Code du travail peut-il recourir dans l'exercice de sa profession à des mandataires ?

Les articles L.124-1 et suivants du Code du travail exigent que toute activité de travail temporaire s'exerce dans le cadre exclusif d'une entreprise de travail temporaire.

Certes, le législateur n'a pas expressément interdit à l'entrepreneur de travail temporaire de se faire aider, pour l'exercice de sa profession, par des collaborateurs non salariés dits «mandataires», avec lesquels il a conclu un contrat d'agent commercial.

Il n'en reste pas moins que le recours à ce type de relation doit s'insérer strictement dans le cadre défini par la loi.

L'entrepreneur de travail temporaire est assujéti directement à l'ensemble des dispositions du Code du travail pour toutes les actions exercées pour son compte par son mandataire et en tout état de cause, l'entrepreneur de travail temporaire demeure l'unique responsable de l'exécution de l'ensemble des dispositions législatives, réglementaires conventionnelles régissant le travail temporaire sous réserve de l'article L.124-4-6 du Code du travail.

Chacun des locaux où s'exerce, au nom et pour le compte du mandant entrepreneur de travail temporaire, l'activité de travail temporaire constitue un bureau annexe au sens de l'article L.124-10 du Code du travail et doit être déclaré comme tel à l'inspection du travail.

Tout entrepreneur de travail temporaire qui recourt à des mandataires et qui ne déclare pas exercer son activité en plusieurs lieux avec l'indication de ces différentes localisations, enfreint les dispositions de l'article L.124-10

précité et s'expose aux sanctions pénales prévues à l'article L.152-2 du Code du travail.

Par ailleurs, le montant de la garantie financière de l'entreprise de travail temporaire doit bien sûr être calculé en tenant compte de l'ensemble de l'activité exercée directement ou par l'intermédiaire d'un mandataire.

Pour ce qui concerne le représentant mandataire, il appartient à celui-ci préalablement à l'exercice de toute activité, de demander son immatriculation au registre spécial des agents commerciaux dans les conditions définies par le décret N° 58-1345 du 23 décembre 1958 complété par le décret N° 68-765 du 22 août 1968 et par un arrêté du même jour. En outre, il doit exercer cette activité exclusivement de toute autre.

Dans toute situation de recours à un mandataire, l'attention des services de contrôle est appelée sur l'éventualité d'une tentative d'éluder la législation sociale protectrice des salariés : dès lors que le recours au mandataire s'effectue sans que l'indépendance de ce dernier puisse être démontrée, alors qu'elle seule caractérise la relation commerciale, le juge peut requalifier la convention passée en contrat de travail ou en contrat de VRP statutaire (Cass. soc. 27 octobre 1983).

79. Une entreprise de travail temporaire peut-elle mettre à disposition des travailleurs étrangers pour une prestation devant s'effectuer hors de France ?

Aux termes de l'article L.341-3 alinéa 3 du Code du travail «sous réserve des accords internationaux, il est interdit à une entreprise de travail temporaire de mettre à la disposition de quelque personne que ce soit des travailleurs étrangers si la prestation de service doit s'effectuer hors du territoire français».

Les accords internationaux visés par l'article L.341-3 alinéa 3 précité sont les accords communautaires et notamment le règlement N° 16-12/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté économique européenne (CEE).

Ils permettent à une entreprise de travail temporaire établie en France d'une part, de mettre à disposition un travailleur ressortissant de la CEE pour une prestation devant s'effectuer au sein de la CEE et d'autre part, comme le confirme l'arrêt Prodest rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 12 juillet 1984, de mettre à disposition un travailleur ressortissant de la CEE pour une prestation devant s'effectuer à l'extérieur de la CEE.

En revanche, il est clair que l'article L.341-3 du Code du travail exclut qu'un travailleur ressortissant d'un pays non membre de la CEE puisse être mis à disposition pour une prestation devant s'effectuer hors de France, y compris dans le pays d'origine de ce travailleur.

80. Dans quelle mesure les règles insérées dans notre Code du travail, relatives tant à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire qu'à la relation de travail temporaire sont-elles opposables à des entreprises de travail temporaire établies au sein de la Communauté économique européenne mais exerçant leur activité de mise à disposition sur notre territoire sans y disposer d'établissement ?

L'entreprise de travail temporaire implantée dans un autre Etat membre de la Communauté économique européenne doit, lorsqu'elle exerce son activité de mise à disposition

sur notre territoire sans y disposer d'établissement, respecter l'ensemble des dispositions de notre Code du travail relatives à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire.

Ainsi, l'entreprise de travail temporaire établie à l'intérieur de la communauté mais en dehors de notre territoire, qui met directement un salarié intérimaire à la disposition d'une entreprise utilisatrice française doit-elle notamment appliquer les dispositions relatives à l'activité exclusive, la déclaration administrative et la garantie financière et à la conclusion d'un contrat écrit de mise à disposition.

Toutefois l'arrêt Webb rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 17 décembre 1981 fait obligation à l'Etat membre destinataire de la mise à disposition de tenir compte «des justifications et garanties» présentées par l'entrepreneur de travail temporaire dans l'Etat où il est établi.

En effet, il ne serait pas possible, car contraire au principe de la libre prestation de service prévu par le Traité de Rome, d'imposer le respect d'une disposition de notre droit national qui ferait double emploi avec une disposition similaire du pays d'origine de l'entrepreneur de travail temporaire.

S'agissant du droit applicable à la relation de travail temporaire, il résulte tant de la jurisprudence de la Cour de cassation que de la Convention de Rome signée en 1980 et entrée en vigueur le 11 avril 1991, que la loi choisie par les parties ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur intérimaire du bénéfice des dispositions impératives du lieu d'exécution de son contrat, dès lors que celles-ci sont plus protectrices pour ce salarié.

Doivent donc s'appliquer au contrat de travail temporaire international exécuté en France, les dispositions du Code du travail telles que notamment : cas de recours, interdictions absolues ou relatives, durée, renouvellement et succession des contrats, contrat de travail temporaire écrit, égalité de rémunération, égalité d'accès aux avantages collectifs.

En l'absence d'établissement en France de l'entreprise de travail temporaire, les services de contrôle doivent examiner la situation des salariés à partir des informations recueillies auprès de l'entreprise utilisatrice pour apprécier s'il y a lieu de relever à l'encontre de celle-ci, autant qu'à l'encontre de l'entreprise d'intérim étrangère en cause, les infractions à la réglementation du travail temporaire ainsi que le délit de marchandage.

81. Dans quelle mesure les règles insérées dans notre Code du travail, relatives tant à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire qu'à la relation de travail temporaire sont-elles opposables à des entreprises de travail temporaire implantées à l'extérieur de la Communauté européenne mais exerçant leur activité de mise à disposition sur notre territoire sans y disposer d'établissement ?

Pour ce qui concerne l'opposabilité de la législation française relative à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (cf. notamment Cass. soc. 31 mai 1972 Société Expand Afrique Noire c/Demoiselle Thuillier) quelle que soit la loi choisie par les parties pour

régir le contrat de travail international, il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail, du lieu d'exécution du contrat. Cela vise notamment les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire national.

Par ailleurs, tout ce qui a trait à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire, qu'il s'agisse du principe de l'activité exclusive, de la déclaration administrative préalable, de l'obtention d'une garantie financière ou bien encore de la passation d'un contrat de mise à disposition - règles dont l'inobservation constitue une infraction pénale - relève de l'organisation et de la réglementation administrative du travail.

Par conséquent, une entreprise de travail temporaire établie en Suisse qui met directement des intérimaires à la disposition d'une entreprise utilisatrice située en France est assujettie aux différentes règles relatives à l'exercice de l'activité d'entrepreneur de travail temporaire telles qu'elles sont définies dans le Code du travail français, indépendamment de l'observation des règles de contrôle et de garantie propres à la Suisse.

S'agissant de l'opposabilité de la législation française relative à la relation de travail temporaire, il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que la loi applicable au contrat de travail qui comporte un élément d'extranéité (par exemple contrat de travail temporaire conclu avec une entreprise de travail temporaire située en Suisse et exécuté en France) est déterminée par la volonté des parties.

Toutefois les parties ne peuvent :

- se soustraire aux lois impératives du lieu d'exécution du contrat de travail,
- ni déroger à la loi du lieu d'exécution du contrat sauf si la loi pour laquelle ils ont opté est plus avantageuse pour le salarié.

En France, les principales règles régissant la relation de travail temporaire (motifs de recours, durée, renouvellement, successions, interdictions absolues ou relatives, contrat de travail temporaire écrit, égalité de rémunération, égalité d'accès aux avantages collectifs) constituent bien des règles impératives.

Dans ces conditions, l'ensemble de ces dispositions est donc opposable à une entreprise étrangère non installée dans la Communauté économique européenne qui procède à des mises à disposition directes d'intérimaires sur notre territoire auprès d'entreprises utilisatrices.

L'entreprise de travail temporaire étrangère ne peut déroger à la loi française que dans un sens plus favorable au salarié (par exemple : modalités de calcul de la rémunération en vigueur dans le pays d'origine de l'entreprise de travail temporaire plus favorables qu'en France).

En l'absence d'établissement en France d'une telle entreprise, les services de contrôle doivent examiner la situation des salariés à partir des informations recueillies auprès de l'entreprise utilisatrice pour apprécier s'il y a lieu de relever à l'encontre de celle-ci autant qu'à l'encontre de l'entreprise d'intérim en cause, les infractions à la réglementation du travail temporaire ainsi que le délit de marchandage.

82. Que doit faire un inspecteur du travail lorsqu'un greffier du registre du commerce et des sociétés refuse d'inscrire une entreprise de travail temporaire et par conséquent de lui attribuer un numéro d'employeur tant qu'il ne dispose pas de la déclaration d'ouverture dûment visée par l'inspecteur du travail ?

Lorsque les services de l'inspection du travail sont en présence d'une déclaration portant l'inscription «immatriculation en cours», le visa de l'inspecteur du travail doit être délivré à titre provisoire, en précisant que ce visa et l'autorisation d'ouverture qui en découle sont donnés sous condition suspensive de l'immatriculation définitive au registre du commerce et des sociétés ; l'entrepreneur de travail temporaire doit informer l'inspecteur du travail du caractère définitif de son immatriculation en lui adressant un extrait K BIS dès l'inscription.

83. Comment peut s'opérer dans les entreprises de travail temporaire la ratification des accords d'intéressement ou des accords de participation à la majorité des deux tiers du personnel ?

L'ordonnance modifiée du 21 octobre 1986 prévoit qu'en l'absence de comité d'entreprise ou d'organisation syndicale représentative, les accords d'intéressement ou de participation doivent être ratifiés par la majorité des deux tiers du personnel. Pour l'application de cette disposition aux intérimaires dans les entreprises de travail temporaire, il y a lieu de considérer qu'il doit y avoir ratification par la majorité des deux tiers des intérimaires en mission à la date de ratification fixée par le chef d'entreprise.

84. Quels sont les droits des salariés intérimaires en matière de paiement des salaires lorsque l'entrepreneur de travail temporaire qui les emploie est défaillant ?

Un entrepreneur de travail temporaire est regardé comme défaillant lorsqu'il n'a pas payé tout ou partie des rémunérations dues aux intérimaires et des cotisations sociales dans un délai de quinze jours suivant la réception d'une mise en demeure émanant soit d'un salarié, soit d'un organisme de Sécurité Sociale ou d'une institution sociale, ainsi que lorsqu'il fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

Dès l'expiration de ce délai de quinze jours, les salariés intérimaires qui n'ont pas été payés en tout ou partie, doivent adresser au garant de l'entreprise de travail temporaire qui les emploie une demande de paiement par lettre recommandée avec avis de réception ou par lettre remise au destinataire, dont il est délivré un récépissé.

Lorsque l'entreprise de travail temporaire fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, c'est le représentant des créanciers ou le liquidateur qui adresse au garant, dans les dix jours suivant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective et dans les mêmes formes que précédemment, un relevé visé par le juge commissaire des salaires impayés, précisant les droits de chacun des salariés et le cas échéant les sommes versées par ses soins.

Dans tous les cas, le garant doit payer les sommes dues dans les dix jours suivant la réception de la demande de paiement.

Lorsque le garant conteste l'existence, l'exigibilité ou le montant des créances salariales, le ou les salariés en cause peuvent l'assigner devant le conseil de prud'hommes.

Le garant qui a payé les sommes qui restaient dues aux salariés est alors subrogé dans les droits de ces derniers contre l'entrepreneur de travail temporaire.

Si le garant est principalement tenu au paiement des créances salariales, l'utilisateur des intérimaires non payés et l'Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salaires (AGS) peuvent intervenir à titre subsidiaire. Ainsi, en cas d'insuffisance de la caution, par exemple lorsque l'engagement de caution dont bénéficie l'entreprise de travail temporaire a pris fin pour quelque cause que ce soit en cours d'exécution des contrats de mise à disposition ou de mission, ou lorsque la conclusion de ces contrats est intervenue postérieurement à la date d'échéance de la caution, l'utilisateur est substitué à l'entrepreneur de travail temporaire pour le paiement des sommes qui restent dues pour la durée de l'utilisation des travailleurs temporaires.

Dans cette hypothèse, les salariés, le représentant des créanciers ou le liquidateur en cas de procédure collective adressent à l'utilisateur une demande de paiement des sommes restant dues par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par simple lettre moyennant un récépissé.

L'utilisateur doit alors payer les sommes dues dans les dix jours qui suivent la réception de la demande et est subrogé, à due concurrence, dans les droits des salariés contre l'entrepreneur de travail temporaire.