

Bulletin Social des étudiants du Master II PGRDS

(Prévention et Gestion des Risques en Droit Social)

Octobre
2015

Bulletin
N°9

SOMMAIRE

<u>Article n°1</u> : Renouvellement de la période d'essai : Quid de l'accord exprès du salarié ?	2
<u>Article n°2</u> : Désanctuariser le repos dominical : un risque pour l'embauche ?	3
<u>Article n°3</u> : Les risques liés à l'embauche clandestine	4
<u>Article n°4</u> : Les antécédents judiciaires du candidat comme frein à l'embauche	5
<u>Article n°5</u> : Les nouvelles mesures gouvernementales en faveur de l'embauche au sein des TPE et PME	6
<u>Article n°6</u> : L'apport de la loi du 17 août 2015 sur la protection du salarié déclaré inapte lors de la visite médicale d'embauche	7
<u>Article n°7</u> : Vers une responsabilisation des entreprises de travail temporaire : entre lacunes législatives et audace jurisprudentielle	8

Master Prévention et Gestion des Risques en Droit Social

Créé il y a 4 ans le Master « Prévention et Gestion des Risques en Droit Social » connaît de plus en plus d'engouement. Encore unique en France, il est le seul Master à se spécialiser dans ce domaine.

Le plus de cette formation universitaire ?

Un aspect théorique enrichi d'une équipe pédagogique venant de divers horizons pour nous apporter une vision davantage basée sur la pratique. Ainsi, aux enseignements classiques s'ajoutent des mises en situations « interactives », et des séminaires menant à des compétences transversales.

Ce Master professionnalisant est aménagé de façon à permettre aux étudiants de conclure un contrat de professionnalisation, augmentant, de fait, les possibilités d'insertion sur le marché du travail. Cette forme d'alternance n'empêche cependant en rien l'opportunité de faire un stage de fin d'étude. Les débouchés du Master 2 PGRDS sont multiples : Avocature, gestion des ressources humaines ou encore consulting en droit du travail. Les profils sont très variés. Par conséquent, des juristes sachant anticiper des contentieux sociaux sont formés dans le cadre de ce Master.



Les articles ci-dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II, et sous leur responsabilité.

Depuis la loi du 25 juin 2008 portant « *modernisation du marché du travail* », il n'est plus admis de se méprendre sur les conditions de fond du renouvellement de la période d'essai. Désormais envisagé aux articles L.1221-21 et L.1221-23 du code du travail, le renouvellement de la période d'essai, pour être déterminé, doit être envisagé par un accord de branche étendu et être expressément prévu dans le contrat de travail. S'il est aisé d'appliquer cela, en pratique il n'en va pas de même concernant LA condition de forme de ce renouvellement : *l'effectivité du consentement du salarié*.

Dans un arrêt, en date du 8 juillet 2015, la chambre sociale s'est trouvée, une nouvelle fois, confrontée à ce problème. En l'espèce, à la suite de son embauche un salarié devait effectuer trois mois de période d'essai.

Conformément aux dispositions légales et conventionnelles le renouvellement de cette période d'essai fut prononcé pour une durée supplémentaire de trois mois.

Quelques semaines avant son embauche définitive, une lettre lui notifiait la rupture anticipée de sa période d'essai.

Nous ne reviendrons pas sur le fait qu'il sera démontré une rupture abusive, dans la mesure où, en dépit des bonnes compétences du salarié, des motifs économiques ont en réalité motivé la décision de l'employeur.

Cette décision récente de la Haute Juridiction met en lumière le manque de considérations objectives encadrant l'accord exprès du salarié. De facto, la jurisprudence, face au silence de la loi, tente d'imposer bon gré mal gré une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié mais sans pour autant dégager de véritables conditions de validité de ce consentement.

En tout état de cause une chose est sûre : la seule signature du salarié ne vaut pas accord pour le renouvellement. Par déduction, les auteurs et les professionnels ont alors imaginé qu'une mention écrite de la main du salarié pourrait démontrer la volonté claire de celui-ci de consentir au renouvellement de sa période d'essai. Malheureusement sans cadre légal et jurisprudentiel il est quasiment impossible d'envisager quelle sera la bonne mention qui exprimera le consentement libre et éclairé du salarié.

En l'espèce, cette mention manuscrite indiquait « *lettre remise en main propre contre décharge* ». Cette mention qui satisfaisait la cour d'appel ne manifeste pas l'expression claire et non équivoque du salarié selon la cour de cassation.

Cette décision ne nous éclaire donc pas davantage sur ce que désire la Haute Juridiction. Cependant, elle n'en reste pas moins enrichissante. Cet arrêt reflète le désir des juridictions d'avoir enfin une position claire de la part de la chambre sociale.

Cette position tant attendue est-elle susceptible de voir le jour ?

Il semblerait que cela n'arrive pas pour plusieurs raisons. Premièrement, le fer de lance de la Cour de cassation est la protection du salarié. Cette protection est encore plus mise en exergue dans le domaine de la période d'essai. Elle représente un contrepouvoir à la non motivation de la rupture par l'employeur. De plus, la Cour se doit d'être le gardien de la liberté contractuelle. En d'autres termes la volonté des parties doit être reine. Ainsi, son cœur balance et les circonstances de fait n'auront pas raison d'elle. Circonstances de fait exacerbées par la cour d'appel de Reims qui en l'espèce parle d'un « *cadre de haut niveau* » incapable de se tromper sur les effets du courrier qu'il a lui-même signé ...

Finalement, bien qu'il ne représente pas une innovation jurisprudentielle majeure, cet arrêt reflète une philosophie et un état d'esprit de la Cour de cassation, complexe et « torturé » qui doit cohabiter avec le manque d'initiative du législateur.

Le droit du travail et surtout la période d'essai sont des domaines très sensibles sur le plan politique. Malgré les bouteilles jetées à la mer par la Haute Juridiction, le législateur reste de marbre. Pourtant ne pourrait-on pas envisager des mentions manuscrites obligatoires à l'image du contrat de mission en matière de travail temporaire ?

Pauline BERTHEAU

Désanctuariser le repos dominical : un risque pour l'embauche ?

Dans un souci de protection de la santé et de la sécurité au travail, une loi de 1906 sanctuarise le dimanche comme jour de repos hebdomadaire. Ainsi, l'article L3132-3 du code du travail dispose que « dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ». Pourtant selon l'INSEE, en 2010, 6,4 millions de personnes travaillent le dimanche, soit plus d'1/4 de la population active. Ainsi le travail dominical est un dispositif purement dérogatoire.

Cependant, depuis plusieurs années, le travail dominical fait l'objet d'un débat enflammé entre les acteurs sociaux. En février 2014, après des mois de polémique, le Conseil d'Etat (CE) confirme la possibilité pour les enseignes de bricolage d'ouvrir le dimanche. Il confirmait alors deux décrets autorisant le travail dominical au sein de ces enseignes (30.12.2013 et 07.03.2014). Le CE a estimé que les enseignes de vente au détail d'articles de bricolage respectaient les conditions de procédure et de fond auxquelles la dérogation concernant le travail dominical est soumise. De facto les recours de diverses organisations syndicales ont été rejetés.

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi Macron, du 6 août 2015, élargie et instaure de nouvelles dérogations du travail dominical. Déjà soumise à plusieurs dérogations, la loi libéralise désormais davantage le travail dominical, les conditions pour en bénéficier étant rendues moins restrictives. A compter du 01 janvier 2016 le nombre d'ouvertures annuelles le dimanche passera à douze pour les zones touristiques internationales et de vente de détail en gare. Pour pallier ce repos dominical, le salarié percevra une rémunération au moins égale au double de la rémunération équivalente pour une durée identique de travail. L'employeur devra aussi garantir un repos compensateur. Les syndicats et une grande partie des politiques de gauche, détracteurs de ce dispositif, y voient une mesure antisociale néfaste pour les travailleurs. A l'inverse les partisans du travail dominical y voient plutôt un levier économique. Une question se pose toutefois quant aux risques éventuels de la désanctuarisation du repos dominical notamment en terme de discrimination à l'embauche. Les syndicats de salariés s'opposent à ce que l'on s'attaque à cet acquis social. Ils craignent que les salariés soient contraints d'accepter de travailler le dimanche contre leur gré. Lors du processus d'embauche le candidat pourrait, selon eux, être préférentiellement recruté s'il accepte de travailler le dimanche. Ainsi ce qui s'apparente à un choix se mue en une contrainte. Face à eux, le patronat et certains salariés vont dans le sens, plus libéral, de l'extension du travail dominical.

Ainsi, lors des affaires concernant les enseignes de bricolage, des groupes de salariés en faveur de ce dispositif ont créé « les Bricoleurs du dimanche », un collectif militant pour le travail dominical. Leur principale revendication étant l'obtention d'un régime dérogatoire pour leurs enseignes.

En Europe la situation des pays est très contrastée. En Irlande ou en Suède aucune restriction légale. Le Royaume Uni ou la Norvège permettent l'ouverture des magasins le dimanche, uniquement aux surfaces de moins de 280 m². Or, la loi est contournée puisqu'en Norvège les grandes surfaces cloisonnent une partie de leurs locaux afin d'ouvrir leurs magasins. En Finlande aucune restriction non plus pour les magasins de moins de 400 m² et ouverture possible de 12h à 18h pour les plus grandes surfaces. Ainsi pas d'unité européenne quant au travail dominical. En Allemagne le bilan de la politique d'assouplissement du travail dominical est mauvais puisque ni la masse salariale ni la consommation n'ont augmentées.

En France, même si le travail dominical est une réalité sur la base du volontariat, l'employeur, lors de l'entretien d'embauche, est libre de n'accepter que des salariés prêts à travailler le dimanche. Une mère de famille célibataire n'est pourtant pas aussi disponible que peut l'être un homme. Un étudiant salarié (ils sont 46% en France à travailler plus de 12h par semaine selon l'Observatoire de la Vie Etudiante) a, pour sa part, besoin du dimanche pour rattraper ses cours et se reposer, puisque entre ses cours et son contrat il n'y a pas de place pour un jour de repos...

Le volontariat peut alors s'assimiler à une forme masquée de discrimination à l'embauche. Le risque que certaines catégories de personnes, notamment les femmes, soient discriminées lors des choix d'embauche est ainsi à considérer. Le refus du travail dominical par le salarié ne constitue pas une faute, et la loi Macron interdit les discriminations à l'embauche sur ce sujet. Cependant, il sera très complexe pour un candidat ou un salarié de prouver qu'il a été victime de cette forme de discrimination. Demander à un candidat à l'embauche s'il désire être volontaire pour travailler le dimanche peut être un moyen détourné de connaître sa situation familiale. On peut s'attendre dans les années à venir, à voir fleurir des contentieux concernant le travail dominical et les discriminations à l'embauche.

Les risques liés à l'embauche clandestine

Face aux différentes vagues migratoires qui touchent l'Europe en matière d'immigration, le législateur doit régulièrement adapter la réglementation liée à l'emploi d'un étranger en France. Ceci, dans le dessein de lutter contre l'embauche clandestine.

C'est pourquoi, on retrouve la loi du 2 janvier 1973 (Loi n°73-4) relative au code du travail qui définit au sein de ce dernier l'obligation pour un étranger, d'obtenir et de présenter une autorisation administrative lui octroyant le droit d'exercer une activité professionnelle salariée. C'est l'ordonnance du 2 novembre 1945 (Ord. n°45-2658) qui prévoit cette autorisation. La loi du 2 janvier 1973 codifie ce principe à l'article L. 5221-2 du code du travail. Cette autorisation doit être obtenue au préalable. En effet, l'article L. 5521-5 du code du travail précise « un étranger ne peut exercer une activité professionnelle salariée en France sans avoir au préalable obtenu l'autorisation mentionnée à l'article L.5521-2, [...] »

Outre cette obligation d'obtention d'une autorisation administrative, l'étranger doit fournir un titre de séjour valide ou en cours de validité. En effet, le législateur ne s'est pas arrêté à la fourniture d'une autorisation administrative, la loi du 24 juillet 2006 n°2006-911 relative à l'immigration et à l'intégration impose à l'employeur de vérifier l'existence du titre autorisant l'étranger à exercer une activité salariée en France. Il incombe à l'employeur de vérifier l'existence de ce titre auprès de la préfecture ou de la Direction Départementale du Travail, de l'Emploi et de la formation professionnelle. Cette obligation est prévue à l'article L.8251-1 issu de la loi du 16 juin 2011 n°2011-672 : « 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. [...] » Ces obligations caractérisent l'embauche d'un étranger en France. Mais il incombe ensuite à l'employeur de respecter la procédure légale d'embauche d'un salarié telle que, l'inscription de la nationalité sur la déclaration préalable à l'embauche ou encore, l'inscription du salarié au registre unique du personnel.

Ainsi, il apparaît que le législateur légifère constamment sur l'embauche des étrangers dans l'objectif de lutter contre le travail dissimulé en constante augmentation, lié aux vagues migratoires telle que celles que nous connaissons actuellement.

La dernière loi relative à l'embauche des étrangers en France est la Loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui prévoit l'extension de la carte d'identification professionnelle à tous les salariés du BTP. Cette loi a pour finalité de renforcer la lutte contre la fraude au détachement. La carte d'identification professionnelle a été créée en 2006 par les partenaires sociaux de la branche professionnelle du BTP. Elle contient des données relatives à l'identification du salarié, de son employeur et de la Caisse de congés payés du BTP compétente. C'est la Caisse des congés payés qui, à la demande de l'employeur, édite cette carte au moment du détachement d'un salarié d'une entreprise étrangère de BTP en France.

Désormais, avec la Loi Macron du 6 août 2015, chaque salarié embauché par une société française de BTP mais aussi chaque salarié détaché en France par une société étrangère de BTP devra posséder une carte d'identification professionnelle. Les modalités de déclaration des salariés par l'employeur établies en France ou dans le cadre d'un détachement établies hors France sont fixées par le décret n°2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal. Les manquements sont sanctionnés par une amende administrative et les faits se prescrivent par deux ans.

Au regard de ces éléments, il est indéniable de constater la présence évidente d'une volonté, de la part du législateur, de réglementer l'embauche des étrangers. Néanmoins malgré cet investissement, nous faisons face aux limites concernant l'attribution de l'autorisation administrative. Il s'avère qu'elle peut parfois être délivrée trop aisément. C'est par exemple le cas lorsque l'étranger possède un titre de séjour ou une carte de résident (ou de séjour temporaire vie privée et familiale). L'autorisation sera alors automatiquement délivrée. Tandis que dans d'autres cas, la Direction départementale du travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle n'attribue cette autorisation qu'à la suite d'une étude approfondie, concernant l'étranger pris individuellement. Rappelons que lorsque l'autorisation concerne une zone géographique précise ou un secteur professionnel précis, comme le prévoit l'article L. 5521-7 du code du travail, il appartient au préfet d'octroyer l'autorisation ou non à l'étranger.

La question des sanctions encourues est également cruciale. Sont-elles suffisamment persuasives, ou au contraire sont-elles trop minimes ?

La loi du 26 novembre 2003, n°2003-1119 précise à l'article L.8256-2 du code du travail que, lorsque le travail dissimulé est caractérisé, la sanction encourue pour chaque salarié étranger est de 5 ans d'emprisonnement et 15 000€ d'amende ou lorsque l'infraction est commise en bande organisée de 10 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende pouvant être assortie à une peine complémentaire telle que l'interdiction de séjour sur le territoire français pendant cinq ans au maximum (pour le travailleur étranger) ou l'interdiction d'exercer (pour l'employeur).

Ainsi, le législateur est attaché à l'embauche mais ne l'est peut-être pas assez au regard du contrôle pouvant caractériser le travail dissimulé.

En effet, ce contrôle reste aujourd'hui le fruit de la délation dans 90% des contrôles.

Les antécédents judiciaires du candidat comme frein à l'embauche

En France plusieurs types de fichiers viennent collecter des informations relatives aux antécédents judiciaires des citoyens et peuvent être perçus comme des freins à l'embauche (notamment le casier judiciaire et le fichier de police).

1/ Le casier judiciaire est un fichier recensant les condamnations pénales d'un individu et mis à disposition de l'autorité publique. Il est organisé sous forme de bulletins. Nous nous intéresserons ici au bulletin n°3, qui comporte les condamnations les plus graves ainsi que les peines privatives de droit. Il est parfois exigé par l'employeur au moment de l'embauche.

À noter que ce dernier est délivré gratuitement et exclusivement à la personne concernée. Un tiers ne peut donc pas le retirer sous peine d'une amende de 7500 euros.

Le principe en droit français est que l'employeur ne devrait pas demander un extrait du casier judiciaire au candidat à l'embauche. Cependant, pour certains emplois spécifiques, l'irréprochabilité du candidat est légitimement exigée. Il sera donc possible pour l'employeur de demander au candidat la production de son Bulletin n° 3 lorsque la réglementation prohibe l'exercice de la fonction aux personnes ayant commis des délits ou des crimes.

Il semblerait donc que si la nature de la fonction ne le justifie pas, le candidat pourrait refuser de produire un extrait de son casier judiciaire à l'employeur. En réalité le candidat qui ne produit pas son Bulletin n°3 est souvent évincé de l'embauche par l'employeur.

Il faut également envisager l'hypothèse, bien réelle, de la collecte par l'employeur d'informations relatives aux antécédents judiciaires du candidat. La loi Informatique et Liberté en son article 9 vient prohiber « le traitement de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté » par l'employeur. De plus l'employeur se voit obligé d'user de méthodes loyales pour l'embauche envers le candidat.

2/ Le casier judiciaire n'est pas le seul frein à l'embauche, il existe également les fichiers de police. Le fichier de police recense tous les passages d'une personne à la gendarmerie ou au commissariat, qu'elle soit victime, coupable ou juste présumée coupable. Des individus n'ayant jamais commis d'infraction peuvent ainsi posséder sans le savoir un fichier de police. On parle depuis le décret du 04/04/2012, du « Traitement d'Antécédents Judiciaires » (TAJ). Ces fichiers informatisés ne sont heureusement pas consultables par les employeurs, mais le sont par le Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS) qui est un établissement public administratif placé sous tutelle du ministère de l'Intérieur.

Il est chargé de l'agrément, du contrôle et du conseil des professions de sécurité privées. L'article 114-1 du code de la sécurité intérieure dispose que « Les décisions administratives de recrutement (...), prévues par des dispositions législatives ou réglementaires, concernant soit les emplois publics participant à l'exercice des missions de souveraineté de l'Etat, soit les emplois publics ou privés relevant du domaine de la sécurité ou de la défense, soit les emplois privés ou activités privées réglementées (...), peuvent être précédées d'enquêtes administratives destinées à vérifier que le comportement des personnes physiques ou morales intéressées n'est pas incompatible avec l'exercice des fonctions ou des missions envisagées ». Ces métiers représentent selon la CNIL environ 1 million d'emplois en France. C'est d'ailleurs la CNIL qui est l'organe de contrôle du TAJ. Celle-ci fera état en 2013 d'un bilan alarmant : En effet elle soulignera l'inexactitude d'un grand nombre de fichiers et le défaut de contrôle quant à l'exactitude des informations. Il y a donc potentiellement des refus d'embauche fondés sur des informations erronées.

Il est possible toutefois de formuler une demande à la CNIL pour qu'elle effectue une vérification des informations de son fichier. En cas de refus d'embauche lié au TAJ, il est possible pour le candidat de faire contester le refus sur le fondement que les informations le concernant sont inexactes. D'autre part la CNIL a relevé que les délais de réponse de la CNAPS étaient longs car en cas d'inscription au TAJ, le CNAPS devait interroger la police pour obtenir des "informations complémentaires", puis prendre une décision. Le CNAPS ne pouvait alors que voir si ces personnes figuraient dans le TAJ, mais ne pouvait pas connaître le contenu du fichier. Cela rallongeait considérablement les délais de réponse.

Sous l'impulsion de Mr Cazeneuve le Décret n°2015-624 du 10/06/2015 voit le jour. Ce décret offre aux agents du CNAPS un nouvel accès plus conséquent aux informations figurant dans le traitement des antécédents judiciaires et devrait accélérer les procédures d'embauche.

Antoine DEMAZURE

**Les nouvelles mesures gouvernementales en faveur de l'embauche
au sein des TPE et PME**

Selon le gouvernement 99,8% des entreprises françaises sont des Très Petites Entreprises (TPE) ainsi que des Petites et Moyennes Entreprises (PME). Néanmoins, en 2015, 55% d'entre elles n'emploient aucun salarié. Cette situation est notamment due au contexte économique fragile et à la difficulté de se projeter dans l'avenir. En effet, selon l'INSEE 30% des TPE n'ont pas la possibilité de financer un SMIC à taux plein.

Afin de remédier à cette situation, le gouvernement a présenté le 9 juin dernier des mesures dans le cadre de son plan « tout pour l'emploi dans les TPE et les PME » ayant pour objectif de dynamiser l'emploi.

L'une des mesures phares est contenue dans le décret n°2015-806 du 3 juillet 2015. Il s'agit de la mise en place d'une aide à l'embauche d'un premier salarié. Cette mesure est entrée en vigueur dès le 6 juillet. Cette aide vient, par ailleurs, s'ajouter aux mesures prises précédemment par le gouvernement, telles que les réductions de cotisations sociales dans le cadre du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi ou du pacte de responsabilité.

Les TPE/PME n'ayant pas de salarié depuis au moins 12 mois peuvent ainsi bénéficier d'une aide d'un montant de 4000€ sur deux ans lorsqu'elles embauchent un nouveau salarié. Pour bénéficier de cette mesure, les TPE/PME doivent remplir plusieurs conditions cumulatives. Tout d'abord, les entreprises ne doivent pas faire partie d'un groupe et le salarié doit être embauché sur une durée d'au moins 12 mois que ce soit en CDD ou en CDI.

Toutefois, cette mesure n'est que temporaire, en bénéficieront seulement les entreprises ayant embauché entre le 9 juin 2015 et le 8 juin 2016. Ce court délai ne réduit pas l'impact de la mesure, au contraire, il traduit la volonté du gouvernement de diminuer le chômage de manière rapide en incitant les entrepreneurs à avoir recours à l'embauche dans un délai restreint.

Dans cette optique, pour favoriser le recours à ce mécanisme, le gouvernement a diminué les contraintes administratives en permettant aux entreprises d'obtenir l'aide au moyen d'un simple formulaire de demande et en dématérialisant l'attestation trimestrielle de présence du salarié dans l'entreprise.

Cette aide n'est pas cumulable avec la présence d'un alternant dans l'entreprise. Toutefois, le gouvernement continue de promouvoir également l'alternance et propose une aide aux entreprises de moins de 11 salariés qui embauchent un alternant de moins de 18 ans. Cette aide, prévue par le décret n°2015-773 du 29 juin 2015, s'élève à 4400€ pour la première année de contrat. Cette mesure semble positive pour les deux parties puisque l'entreprise économise sur le coût de la main d'œuvre, et l'apprenti se forme tout en augmentant ses chances d'insertion professionnelle. Contrairement à la mesure précédente, cette dernière est cumulable avec d'autres aides et n'est pas temporaire, la rendant plus attractive. L'engagement du gouvernement pour la promotion de l'alternance s'inscrit dans la durée et les chiffres semblent traduire cette politique puisqu'entre juin et août 2015, on note 6,5% d'apprentis en plus dans le domaine privé.

On assiste à une multiplication des aides pour dynamiser l'emploi au risque de rendre les mesures floues pour les entrepreneurs. Si les aides financières favorisent l'embauche, elles n'aident pas les TPE/PME à conserver le salarié sur le long terme au moyen d'un contrat qui ne serait pas précaire. Or, c'est toute la problématique des petites entreprises, réussir à se projeter. Le gouvernement commence néanmoins à entrevoir cette problématique qu'est la prévisibilité, on le voit notamment avec la volonté de plafonner les indemnités liées au contentieux prud'homal.

Hélène DECOURCELLE

**L'apport de la loi du 17 août 2015 sur la protection du salarié
déclaré inapte lors de la visite médicale d'embauche**

Un salarié est dit inapte lorsqu'il ne peut plus exercer tout ou partie de ses fonctions en raison d'une incapacité physique ou mentale constatée par la médecine du travail.

Or lorsqu'un salarié est déclaré inapte, les articles L.1226-2 et L.1226-10 du Code du travail, disposent que l'employeur doit obligatoirement lui proposer un autre emploi adapté à ses capacités, ce qui implique des recherches de reclassement de sa part.

Néanmoins, depuis la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite aussi loi « Rebsamen », cette recherche de reclassement ne sera plus automatique en cas d'inaptitude professionnelle : l'employeur pourra désormais licencier son salarié inapte sans effectuer une recherche de reclassement, mais uniquement si l'avis d'inaptitude du médecin du travail mentionne expressément que « *le maintien du salarié dans l'entreprise serait gravement préjudiciable à sa santé* ».

Ainsi que se passe-t-il en cas d'inaptitude constatée lors de la visite médicale d'embauche ?

La visite médicale d'embauche d'un salarié peut intervenir avant son embauche ou au plus tard avant l'expiration de sa période d'essai. Or un salarié en période d'essai relève de toutes les règles protectrices applicables en cas d'inaptitude.

Ainsi, le salarié déclaré inapte lors de sa visite médicale d'embauche devra bénéficier d'un deuxième examen médical (CE, 17 Juin 2009, req. n°314729) et l'employeur devra respecter toutes les formalités applicables en cas d'inaptitude à savoir la consultation éventuelle des délégués du personnel et dans certains cas des recherches de reclassement qui doivent correspondre à des démarches précises (Cass. Soc., 29 nov.2011).

Si l'employeur décide de rompre la période d'essai suite à l'avis d'inaptitude constaté par le médecin du travail, la rupture pourra alors être considérée comme discriminatoire puisque fondée sur l'état de santé du salarié et donc annulée (Cass.soc., 16 Février 2005, n°02-43.402).

Pourtant cette protection du salarié déclaré inapte lors de sa visite médicale d'embauche semble illusoire car même si, en théorie, l'employeur doit obligatoirement proposer un autre emploi à son nouveau salarié, il faut rappeler que dans cette situation, les parties se trouvent le plus souvent en situation de période d'essai.

Or, au cours de cette période, les parties sont libres de rompre le contrat de travail sans motivation, sans indemnité et sans application de la procédure de licenciement.

Bien sûr, cette liberté de rupture de la période d'essai est limitée par l'impossibilité de fonder la rupture sur un motif discriminatoire mais cet obstacle peut être contourné par l'employeur par exemple en s'abstenant de motiver sa décision.

Dans un sens, la loi du 17 août 2015 vient renforcer cette idée d'une protection illusoire puisqu'elle autorise l'employeur à ne pas proposer un nouvel emploi lorsque le salarié est déclaré inapte, et ce, que cette inaptitude soit déclarée au cours de la période d'essai ou plus tard durant la relation de travail.

Malgré tout, cette nouveauté reste positive. En effet, il ne s'agit que d'une exception qui ne s'appliquera que dans des cas extrêmement précis à savoir :

- lorsque l'avis d'inaptitude mentionnera expressément un caractère gravement préjudiciable à la santé du salarié (et non les avis mentionnant seulement « inapte à tout emploi ») ; et
- lorsque l'inaptitude sera d'origine professionnelle (et non une inaptitude pour maladie et accident non professionnel).

Sans apporter de modification concernant la protection effective au salarié déclaré inapte au cours de la période d'essai, cette nouvelle disposition a le mérite d'éviter certaines situations de blocage pour l'employeur, tout en altérant, dans un cas extrêmement précis (et rare), la protection du salarié déclaré inapte lors de la visite médicale d'embauche.

Vers une responsabilisation des entreprises de travail temporaire : entre lacunes législatives et audace jurisprudentielle

Depuis sa création, par la loi du 3 janvier 1972, le travail temporaire a connu un véritable essor, jusqu'à concerner presque deux millions de travailleurs aujourd'hui. En pratique, il donne naissance à deux contrats - l'un de mise à disposition (entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice), l'autre de mission (entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié intérimaire) - régis par le code du travail.

L'article L1251-16 du code du travail énonce les différentes mentions que doit contenir un contrat de mission, à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'œuvre est interdite et auquel cas le juge pourra procéder à une requalification de ce dernier en contrat de travail à durée indéterminée. Outre l'exigence d'un contrat écrit, le contrat de mission doit, entre autres, préciser la qualification professionnelle du salarié, le motif du recours à l'intérim, le terme de la mission, la durée de la période d'essai éventuelle, les organismes de retraite et de prévoyance, le fait que l'embauche en fin de mission n'est pas interdite...

Dans un arrêt inédit du 11 mars 2015 (n°12-27855), la chambre sociale de la Cour de cassation s'intéresse plus particulièrement à la mention relative aux « modalités de rémunération due au salarié, y compris celle de l'indemnité de fin de mission ». C'est l'article L1251-32 qui nous donne la définition de cette indemnité dite « de précarité » destinée à compenser le fait que l'intérimaire ne soit pas embauché en CDI à la fin de sa mission et égale à 10% de sa rémunération totale brute.

En l'espèce, un intérimaire demande la requalification de certains de ses contrats de mission en CDI arguant qu'aucune mention relative à l'indemnité de fin de mission n'y est inscrite. La cour d'appel de Paris, le 13 septembre 2012, infirme le jugement de première instance et procède à cette requalification, condamnant l'entreprise de travail temporaire aux indemnités subséquentes (non-respect de la procédure de licenciement, indemnités compensatrices de préavis et de congés payés sur préavis, indemnité légale de licenciement, dommages et intérêts pour licenciement abusif). La Cour de cassation s'aligne sur la décision des juges du fond. Même si l'indemnité de fin de mission a effectivement été versée au salarié, le non-respect du formalisme imposant la mention écrite de cette indemnité dans le contrat suffit à entraîner la requalification en CDI.

Cette décision s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle très stricte. Les arrêts du 21 mars 2007 (n°06-40370) et du 17 septembre 2008 (n°07-40704) traduisent également de l'intransigeance des juges concernant le formalisme du contrat de mission.

Le premier opère une requalification au motif d'une mention de qualification professionnelle incomplète, le second pour non-respect de l'exigence d'un écrit, qui est d'ordre public.

La seule réserve admise par la Cour de cassation est celle de l'intention frauduleuse du salarié, auquel cas l'inobservation du formalisme prescrit par l'article L1251-16 ne sera pas sanctionnée par une requalification. En effet, dans l'arrêt du 24 mars 2010 (n°08-45552), précisant que « la fraude corrompt tout », la Cour de cassation refuse de procéder à une requalification pour l'absence d'un écrit, le salarié ayant intentionnellement refusé de signer le contrat de mission qui lui avait été transmis dans le but d'invoquer ultérieurement l'irrégularité résultant du défaut de signature.

Cette décision récente de la cour de cassation peut sembler sévère dans le sens où l'indemnité, bien qu'il n'en soit pas fait mention dans le contrat, a bien été versée à l'intérimaire.

Pourtant, la position rigide adoptée par la Cour vis-à-vis du formalisme inhérent au contrat de mission intervient dans le but de compenser les faiblesses du dispositif répressif mis en place au niveau pénal et de limiter les comportements frauduleux des entreprises de travail temporaire qui, pour exemple, dépassent parfois le cadre légal les autorisant à effectuer des opérations de prêt de main d'œuvre à but lucratif (L8141 c.trav.).

Notons que la requalification d'un contrat de mission en CDI est d'origine purement prétorienne. Face au silence du législateur, qui ne prévoit cette requalification que pour les contrats de mise à disposition (L1251-40 c.trav.), la Cour de cassation s'est engagée dans une démarche de moralisation et de responsabilisation des entreprises de travail temporaire, trop souvent épargnées par le rejet de la responsabilité sur les entreprises utilisatrices. La chambre sociale a donc ouvert la possibilité aux salariés intérimaires de demander une requalification de leur contrat de mission en CDI (7 mars 2000/n°97-41463), tout en se limitant aux hypothèses de violation des règles de forme du contrat les liant à l'entreprise de travail temporaire (20 novembre 2001/n°99-45569).

Encore une fois, la jurisprudence se doit de combler les lacunes d'une législation sur le travail temporaire qui, n'ayant que peu évolué depuis la création de ce dispositif, n'est plus adaptée aux enjeux économiques, financiers et humains actuels.

Margot ROBIT