

Bulletin social des étudiants en Master II PGRDS

(Prévention et gestion des risques en droit social)

N°26
Novembre
2017

Sommaire

-  Article n°1 : L'honnêteté dans un CV n'est pas automatique.....2
-  Article n°2 : L'aide à l'embauche luttant contre la discrimination : un nouvel avenir pour les emplois francs ?.....3
-  Article n°3 : La déclaration préalable à l'embauche, un élément nécessaire et suffisant pour créer l'apparence d'un contrat de travail4
-  Article n°4 : Clause d'indivisibilité, CDD et respect de l'ordre public.....5
-  Article n°5 : Vers un encadrement du travail détaché ?6

Ce début du mois de novembre 2017 est marqué par l'apparition des premiers projets de décret d'application des ordonnances Macron entrées en vigueur le 24 septembre 2017, avec notamment ceux très attendus (mais à la fois redoutés) portant sur la composition de la future instance unique de représentation du personnel qui est le CSE. En effet, la Direction Générale du Travail a envoyé aux partenaires sociaux aux fins de consultation les premiers projets de décret le 26 octobre 2017. Un projet concerne la composition ainsi que le nombre d'heure de délégation attribué à chacun de ses membres en fonction de l'entreprise, un autre texte précise l'application du dispositif de limitation du nombre de mandats successifs. Ces textes entreraient en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Du côté jurisprudentiel, la Cour de Cassation maintient le contrat d'une personne ayant menti sur son CV et sur la valeur de la DPAE (Arrêts du 9 juin 2017), ou encore sur l'invalidité des clauses d'indivisibilité dans les CDD (Arrêt du 5 juillet 2017). Du côté européen, un accord portant sur la révision de la directive 96/71 sur le travail détaché a été conclu le 24 octobre dernier. Dans un communiqué de presse, ce 8 novembre 2017, Muriel Pénicaud, Ministre du travail nous a annoncé une accélération de la mise en œuvre des emplois francs par le biais d'une expérimentation.

Ces thématiques sont ici abordées
dans votre bulletin de novembre
2017.

L'honnêteté dans un CV n'est pas automatique

Comme le dit Loysel « En mariage trompe qui peut ». Peut-on en dire de même pour le contrat de travail ?

Bien que le droit français met en exergue la bonne foi pour tout lien contractuel, la Cour de cassation « autorise » à quelques exceptions, un droit au silence, voire au mensonge de la part des futurs salariés qui sont de plus en plus nombreux à embellir leur présentation et les CV « truqués, enjolivés, ou mensongers seraient devenus « monnaie courante ». D'après une étude du cabinet de conseil en recrutement de Florian Mantione, 75% des CV seraient trompeurs, 33% des candidats s'attribueraient de faux diplômes, ou encore que 64% mentent sur la durée de précédents postes.

Si certaines approximations sur le CV sont de nature à rompre la confiance de l'employeur envers son salarié, elles ne sont pas suffisantes à rompre le contrat de travail et la négligence de l'employeur ne peut être invoquée. C'est pourquoi l'employeur n'est pas sans savoir qu'il a l'obligation de s'informer sur la qualification et les compétences du candidat afin de déterminer s'il dispose réellement des compétences requises pour occuper le poste auquel il postule. La Cour de cassation pose le principe que les manœuvres frauduleuses du salarié ne sauraient être retenues à son encontre dès lors que l'employeur aurait lui-même commis une faute en négligeant de vérifier au préalable si les informations étaient avérées, soit auprès du candidat lui-même, soit de l'ancien employeur.

Dans certains cas, les juges écartent le mensonge s'ils estiment que celui-ci n'est pas un élément essentiel de l'embauche (CA Paris 9/06/09, n°07-5656) et affirment que le licenciement ne se justifie pas s'il apparaît que même si le salarié n'a pas les diplômes requis, il en développe les compétences et que la qualité de travail est jugée satisfaisante. En l'espèce, un employeur s'était rendu compte 3 ans plus tard que le salarié avait donné des informations inexactes sur ses diplômes au moment de son recrutement, les juges ont estimé que celui-ci avait acquis de l'ancienneté et fait ses preuves, par conséquent, le licenciement pour manque de loyauté n'était pas justifié (Cass. Soc, 30 mars 1999, n°96-42.912).

Plus récemment, la Cour de cassation rappelle dans son arrêt du 9 juin 2017 (n°16-15.244) que l'employeur doit vérifier que le candidat possède le diplôme requis avant de l'embaucher, au risque de ne plus pouvoir le licencier, ni demander la nullité du contrat. En l'espèce, un pharmacien titulaire d'une officine embauche un salarié en CDD pour assurer son remplacement. Par la suite il découvre qu'elle ne possédait pas les diplômes de pharmacien, ni inscrite sur le tableau de l'ordre. Or ces conditions sont requises par la réglementation (art. R.4235-15 code de santé publique). Pour les juges, l'employeur ne peut se prévaloir de sa négligence, ainsi le contrat de la salariée est valable.

Néanmoins, comme le dit Maître Etienne PUJOL « Dissimuler ou mentir sur ses compétences est à double tranchant. Attention à l'effet boomerang [...] Bien que la notion de mensonge n'existe pas dans le code du travail, la loyauté et la bonne foi constituent les piliers du code civil et dans l'exécution du contrat de travail, ainsi dès lors que la confiance entre les deux parties est brisée, cela peut constituer un motif de licenciement ».

Les juges prononcent la nullité d'un contrat de travail pour dol si les manœuvres frauduleuses du salarié ont eu une influence déterminante pour l'employeur, sur la décision d'embaucher. Il s'agit là du fait de se prévaloir à tort d'un titre, de faire état d'une technicité particulière pour obtenir un emploi qui exige strictement ce titre ou ce savoir-faire (Cass. soc., 14/06/07, no 06-41.637). Ainsi la Cour justifie le licenciement d'une biologiste dès lors qu'elle est incapable de produire à son employeur son doctorat et les certificats exigés pour assurer les gardes de biologie (Cass. soc., 13 avr. 1999, no 96-44.217).

Afin de pallier aux fraudes le gouvernement souhaite mettre en place un système numérique d'authentification des CV au niveau national. De plus les avancées technologiques et les réseaux sociaux (LinkedIn, Facebook, Twitter) sont « une mine d'or » qui regorge d'informations personnelles et professionnelles sur les futurs candidats qui peuvent être potentiellement embauchés. En effet, 91% des recruteurs sont actifs sur les réseaux et 70% d'entre eux prévoient d'augmenter leur budget social média.

Xheni BAKIU

L'aide à l'embauche luttant contre la discrimination : Un nouvel avenir pour l'emploi franc ?

« Permettons à chacun, quel que soit son diplôme, son âge, son parcours et son lieu d'habitation d'accéder à l'emploi sans subir les discriminations territoriales. Apportons une réponse en expérimentant les emplois francs dans les QPV ».

** Source : @murielpenicaud – Twitter*

Ce Mercredi 8 Novembre dernier, la ministre du travail Muriel Pénicaud, a remis au goût du jour la notion « d'emploi franc » dans un communiqué de presse.

En effet, rappelons brièvement qu'il existe en droit du travail un principe de liberté à l'embauche consistant pour l'employeur à choisir librement son futur salarié.

A cet égard, des dispositions légales prohibent toute forme de discrimination. Or, la pratique professionnelle a souvent révélé de nombreux abus relatifs à l'égalité des chances entre les différents candidats à un emploi. Le lieu de résidence dévoilerait alors un critère de fiabilité professionnelle pour les employeurs, donnant la possibilité au candidat d'augmenter ou non ses chances d'atteindre le stade de l'entretien d'embauche.

Ainsi, la loi n° 2014-173 du 21 Février 2014 relative à la programmation pour la ville et la cohésion sociale, et l'article 70 de la loi n° 2017-256 du 28 Février 2017, viennent renforcer l'article L 1132-1 du Code du travail. Ce dernier prévoit notamment qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, et qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, « en raison de son lieu de résidence ».

En ce sens, l'article 214 de la loi n°2017-86 du 27 Janvier 2017 prévoit spécialement pour les entreprises d'au moins 300 salariés et pour les entreprises spécialisées dans le recrutement, une formation sur la non-discrimination à l'embauche à effectuer au moins une fois tous les cinq ans par les employés chargés des missions de recrutement.

Tandis que le Gouvernement Hollande avait expérimenté en 2013 et 2014 une aide économique en faveur des employeurs embauchant des candidats de « quartiers prioritaires » par le biais de « l'emploi franc » qui correspondait au versement d'une prime de 5 000 euros (la première moitié versée à la fin de la période d'essai et la seconde au dixième mois suivant l'embauche).

Celle-ci n'était accordée qu'aux employeurs privés du secteur marchand ainsi qu'aux groupements d'employeur favorisant l'insertion de salariés en difficultés. En outre, les salariés pour en bénéficier devaient être âgés de moins de 30 ans, être à la recherche d'un emploi depuis au moins six mois au cours des douze derniers mois et habiter dans un quartier dit sensible depuis au moins six mois.

Dans ces conditions, et face à son inefficacité significative (environ 1/10ème des contrats espérés signés), le dispositif de l'emploi franc a été supprimé en 2015.

Pourtant, lors de sa campagne présidentielle, Emmanuel Macron avait pris l'engagement de relancer le dispositif des emplois francs.

Dans cette lignée, le président de la République a néanmoins tiré des enseignements de l'échec de l'ancien gouvernement en augmentant la prime à l'embauche. Elle est donc désormais de 15 000 euros (versés en trois fois sur les premières années) pour une embauche en CDI et de 5 000 euros (versés en deux fois sur les deux premières années) pour une embauche en CDD de plus de six mois.

Par conséquent, la mise en œuvre des emplois francs n'attendra pas 2020 et une nouvelle expérimentation débutera en Avril 2018 dans certains quartiers prioritaires de la politique de la ville (« QPV »).

La volonté d'une mise en œuvre rapide du dispositif de l'emploi franc permettant d'insérer le salarié directement dans les contrats de droit commun, évitera sans doute au salarié bénéficiaire, de s'inscrire dans une situation de précarité durable visée par les contrats aidés.

Cependant, même si cette expérimentation semble être la bienvenue, encore faut-il qu'elle ne soit pas précipitée dans un contexte législatif en pleine refonte...

Elodie DUFOUR

La déclaration préalable à l'embauche, un élément nécessaire et suffisant pour créer l'apparence d'un contrat de travail

Contrat de travail, entre apparence et réalité. La Cour de cassation a tranché à de nombreuses reprises et de manière plus vive encore ces dernières années comme en témoigne cette affaire du 9 juin 2017 s'agissant de la force probante d'une déclaration préalable à l'embauche.

En l'espèce, (soc. 9 juin 2017 pourvoi n°16-14.358), un salarié, intentait une action en justice contre son employeur placé en liquidation judiciaire, afin que le juge prud'homal lui reconnaisse la qualité de salarié et constate que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail emportait les effets d'un licenciement nul. Les juges du fond avaient refusé de constater que les deux parties se trouvaient dans une relation contractuelle de travail au motif que la déclaration préalable à l'embauche produite par l'intéressé était insuffisante pour établir une telle relation.

La Cour de cassation dans sa lignée jurisprudentielle (notamment, soc. 5 décembre 2012, pourvoi n°11-22.769 et soc. 30 avril 2014 pourvoi n°12-35.219), censure cette argumentation et estime que la production par l'intéressé de ladite déclaration préalable suffisait à créer l'apparence d'un contrat de travail.

Nonobstant le fait que la Cour de cassation ait déjà établi l'apparence du contrat de travail auparavant, la singularité de cette affaire réside dans le fait que les hauts magistrats n'hésitent plus à viser expressément l'article 1315 (dans sa rédaction applicable à l'affaire) relatif au régime général de la preuve tout en visant l'article L 1221-1 du Code du travail. L'employeur n'aura en l'espèce d'autre choix que d'établir le caractère fictif dudit contrat de travail apparent comme l'avait déjà souligné la Cour de cassation (soc. 30 avril 2014, précité).

Ainsi, la Cour de cassation rappelle dans cette affaire (soc. 9 juin 2017) que le lien de subordination, indispensable à la qualification d'une relation de travail, ne peut pas être établi par n'importe quel moyen.

En effet, le juge du droit a-t-il déclaré cinq jours plus tard (soc. 14 juin 2017 pourvoi n° 15-26.675) que la production de bulletins de paie par le gérant d'une société n'est pas un élément suffisant pour créer l'apparence d'un contrat de travail.

Or ici, l'affaire est comme en 2012, inédite puisque seule la déclaration préalable à l'embauche a suffi pour emporter la conviction des hauts magistrats, lesquels estimaient que cet unique élément permettait d'établir un contrat de travail apparent.

Même si ladite déclaration crée au profit de l'intéressé une forte présomption de salariat, il semble opportun de rappeler que cette déclaration ne vaut pas contrat de travail et qu'un écrit devra être rédigé afin de régulariser une situation jugée en droit comme étant instable.

Tel ne semblait pas être utile en l'espèce puisque la société avait été placée en liquidation judiciaire, la relation de travail n'était pas destinée à rester pérenne et l'Assurance de Garantie des Salaires (AGS) restait seule compétente pour régler les salaires de l'intéressé eu égard au superprivilège dont il était bénéficiaire de par l'apparence de son contrat de travail.

Pour mémoire, la déclaration préalable à l'embauche est régie par les articles L.1221-10 et suivants et R.1221-1 et suivants du Code du travail. Elle doit être établie au plus tôt huit jours avant l'embauche projetée et contenir les mentions obligatoires tenant à l'identité de chaque partie, la date et l'heure de l'embauche, la durée d'une éventuelle période d'essai ainsi que la nature de la relation de travail nouée entre les parties.

Eu égard à ces éléments factuels, il est permis d'émettre l'interrogation suivante : Les autres clauses du contrat de travail sont-elles néanmoins dénuées de tout intérêt ?

Une réponse par l'affirmative à cette question ne semble pas judicieuse dans la mesure où la déclaration préalable à l'embauche ne crée qu'une apparence de contrat de travail.

C'est sans doute dans cet objectif de régularisation des situations de travail instables que la jurisprudence ne souhaite pas admettre qu'une simple déclaration préalable à l'embauche puisse valoir contrat de travail. Cette hypothèse n'a pas encore été ni traduite ni même validée en jurisprudence.

Vers un encadrement du travail détaché ?

“Dans une Union où tous sont égaux, il ne peut y avoir de travailleurs de seconde classe. Dès lors que vous effectuez le même travail au même endroit, vous devriez percevoir le même salaire.”

Apparaît nettement la volonté ici, du président de la Commission Européenne, Claude Juncker, de réformer la question du détachement lors de son Discours sur l'état de l'Union le 13 septembre 2017 dernier.

Effectivement, un travailleur détaché est un travailleur qui est envoyé par son employeur pour travailler temporairement dans un autre pays afin d'y fournir un service transfrontalier. L'utilisation du détachement de travailleurs est en constante augmentation depuis quelques années dans de nombreux domaines tels que : les transports routiers, BTP et l'industrie. Le nombre de détachements a augmenté de 41 % entre 2010 et 2015.

La France est le deuxième pays d'accueil derrière l'Allemagne et devant la Belgique. Les trois premières nationalités concernées par les détachements en France sont les Polonais, les Portugais et les Espagnols.

La directive 96/71 du 16 décembre 1996 a établi un ensemble minimal de garanties sociales dans l'intérêt des travailleurs. Elle installe un cadre réglementaire afin d'assurer « un noyau dur » de conditions de travail dans l'état membre d'accueil (article 3 paragraphe 1 de la directive).

Elle encadre notamment les périodes maximales de travail, les périodes minimales de repos ainsi que les taux de salaire minimal.

Toutefois, cette directive datant d'avant l'entrée dans l'Union Européenne des pays de l'Est, apparaît insuffisante pour les travailleurs locaux. Celle-ci est même accusée de favoriser la fraude, le dumping social ainsi que la concurrence déloyale.

La directive d'exécution du 14 mai 2015 a été la première étape d'une révision de la directive 96/71.

Elle fut le fruit d'un compromis au Conseil entre les états défavorables aux dispositions en vigueur, permettant quelques avancées en ses articles 4 et 11.

La Commission Européenne a effectué une première proposition de révision le 6 mars 2016, devant aboutir à un accord en juin 2017, ce qui n'a finalement pas été le cas.

Rappelons qu'Emmanuel Macron a fait de l'encadrement de la durée du détachement, une de ses promesses de campagne.

En effet le lundi 23 octobre 2017, les ministres européens du travail et des affaires sociales se sont réunis au Luxembourg afin de convenir d'un accord sur la révision de la directive.

Cet accord, qualifié « d'ambitieux » mais pour le moment ambigu d'après le ministre Hongrois, encadre désormais la durée du détachement à 12 mois pouvant être étendue à 18 mois sur demande motivée des entreprises auprès de l'État d'accueil.

Souhaitant un « salaire égal à travail égal », l'exécutif européen impose également que toutes les règles applicables aux locaux sur la rémunération le soient également aux travailleurs détachés afin d'éviter toute concurrence déloyale. Est ici visée la main d'œuvre « low cost ».

Cet accord de compromis ne s'appliquera pas au domaine du transport routier. Ce domaine fera a priori l'objet d'un accord spécifique l'année prochaine. La période d'entrée en vigueur de la directive fut également négociée : à compter de 4 ans après l'adoption définitive du texte final par l'Union soit 2022 si celui-ci est adopté avant la fin de l'année.

Quid du problème du statut des travailleurs détachés auprès de la Sécurité Sociale ? Ou de la mise en place d'une plate-forme de l'Union Européenne proposée dès 2014 ?

Peut-on parler d'accord majeur si on écarte son application au domaine ayant le plus besoin d'être encadré sur cette thématique ?

Cette limitation symbolique des 12 mois portée par notre Président apparaît insuffisante eu égard aux abus en la matière et aux exemptions déjà prévues par l'accord.

Le temps ainsi que le texte de l'accord modifié devant paraître prochainement nous permettrons d'en savoir plus sur l'effectivité de cet accord de consensus.

Clause d'indivisibilité, CDD et respect de l'ordre public

Grâce au principe de la liberté contractuelle, il est possible d'insérer une multitude de clause au sein d'un contrat de travail. Cependant, il est indispensable de respecter l'ordre public auquel nul contrat ne peut déroger dans un sens défavorable.

C'est ce que rappelle la chambre sociale de la cour de cassation dans son arrêt du 5 juillet 2017 (16-17690). La cour a jugé la présence d'une clause d'indivisibilité dans un contrat de travail à durée indéterminée contraire à l'ordre public et plus précisément à l'article L1243-1 du code du travail.

La clause d'indivisibilité a pour effet de lier deux contrats (« contrats de couple »). Ainsi, la rupture du premier contrat de travail entraînera, ipso facto, la rupture du second.

Pour être valable, la clause doit être justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché, ce sera au juge d'apprécier que la rupture du premier contrat rend impossible la poursuite du second (Chambre Sociale, 12 juillet 2005).

Dans la mesure où la clause d'indivisibilité porte atteinte aux règles du licenciement, les stipulations contractuelles peuvent être discutées devant le juge qui doit opérer un contrôle de proportionnalité sur la clause d'indivisibilité.

Dans ce cas, le licenciement de l'un des deux salariés, à condition qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse peut justifier le licenciement du second salarié (Chambre sociale, 09/06/2004).

Dans l'arrêt de la chambre sociale du 5 juillet 2017, un contrat de travail saisonnier est conclu entre deux salariés conjoints, et la société Le temps d'un service. Une clause d'indivisibilité est insérée dans les deux contrats ayant pour conséquence d'unir les sorts des deux salariés.

Le 6 juin 2013, le contrat de travail de l'épouse est rompu d'un commun accord avant l'échéance du terme, ce qui entraîne la rupture du second contrat. Le salarié saisit la juridiction prud'homale. Cette dernière valide la clause d'indivisibilité.

Par la suite, la cour d'appel déboute le salarié et n'impute pas la rupture à l'employeur. Elle retient que les deux contrats sont bien liés par une clause d'indivisibilité, que la rupture du premier contrat résulte d'un commun accord entre la salariée et l'employeur et que c'est à juste titre, au regard des preuves rapportées, que la rupture anticipée du contrat de travail du salarié n'est pas imputable à l'employeur.

La cour de cassation censure la cour d'appel en rappelant une règle fondamentale. En effet les dispositions de l'article L1243-1 du code du travail sont d'ordre public, on ne peut y déroger dans un sens moins favorable.

Ainsi, « Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail. »

En l'espèce, il résulte de la volonté de la salariée de rompre son contrat de travail à durée déterminée. Son époux ne partageant pas cette volonté, une rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée ne peut lui être imposée.

La chambre sociale encadre mais admet l'insertion d'une telle clause dans un contrat de travail à durée indéterminée, nous pouvons nous demander si elle ne cherche pas ici à protéger les salariés dans la situation moins confortable qu'est le contrat à durée déterminée.