

A propos de l'action en requalification du travailleur intérimaire en cas d'inobservation du délai de carence par Pascal MOUSSY

Il résulte des dispositions du Code du travail relatives au travail temporaire et plus précisément de l'article L. 1251-36 qu' « *à l'expiration d'un contrat de mission, il ne peut être recouru, pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, ni à un contrat à durée déterminée, ni à un contrat de mission, avant l'expiration d'un délai de carence calculé en fonction de la durée du contrat de mission, renouvellement inclus* ».

Il est précisé que le « *délai de carence* » est égal « *au tiers de de la durée du contrat de mission venu à expiration si la durée du contrat, renouvellement inclus, est de quatorze jours ou plus* ». C'est ce qui a conduit à écrire que ce délai d'attente est soumis à la règle du « *tiers temps* ».¹

Lorsque l'entreprise utilisatrice transgresse les dispositions légales qui ont pour objet d'éviter qu'elle profite indûment des travailleurs précaires il est prévu que le juge puisse procéder à la requalification du contrat de mission en contrat de travail indéterminé avec cette entreprise utilisatrice.

Le contentieux prud'homal suscité par la transgression de la règle du « *tiers temps* » voit les avocats des entreprises utilisatrices s'opposer à la demande de requalification s'adressant à l'entreprise utilisatrice en brandissant deux arrêts de la Cour de cassation du 23 février 2005.² La Chambre sociale, sous l'auspice des dispositions telles qu'elles étaient rédigées à la veille de la recodification de 2008,³ avait procédé à l'affirmation suivante : « *Les dispositions de l'article L. 124-7 alinéa 2 du Code du travail qui sanctionnent l'inobservation par l'entreprise utilisatrice des dispositions des article L.124-2 à L. 124-2-4 du même Code par la requalification du contrat de travail temporaire en contrat à durée indéterminée ne sont pas applicables à la méconnaissance de l'article L. 124-7 alinéa 3 relatif au délai de carence* ».

¹ Voir J. LE GOFF, Droit du travail et société, tome 1, Les relations individuelles de travail, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 229).

² Cass. Soc. 23 février 2005, n° 02-40336, Bull. V, n° 70 ; Cass. Soc. 23 février 2005, n° 02-44098, Bull. V, n° 72).

³ Art. L124-7, al. 2 C. trav. : « *Lorsqu'un utilisateur a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-4, ce salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à dure indéterminée prenant effet au premier jour de la mission* ».

Art. L.124-7, al. 3 C. trav : « *A l'expiration du contrat de mission d'un salarié intérimaire, il ne peut être recouru pour pourvoir le poste à un salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée du contrat de mission venu à l'expiration, renouvellement inclus, est au moins égale à quatorze jours et avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée du contrat de mission venu à expiration, renouvellement inclus, si la durée de ce contrat, renouvellement inclus, est au moins égale à quatorze jours et avant l'expiration d'une période égale à la moitié à la durée de ce contrat, renouvellement inclus, est inférieur à quatorze jours. Pour l'appréciation du délai devant séparer les deux contrats, il est fait référence aux jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concernés* ».

Cette solution avait été à l'époque vivement désapprouvée dans les colonnes de Droit social par Claude ROY-LOUSTAUNAU : « *La chambre sociale ne nous avait pas habitués à être aussi pusillanime à l'égard des entreprises utilisatrices d'intérimaires !* »⁴

Le commentateur relevait que les arrêts de 2005 prenaient le « *contre-pied* » d'une décision plus ancienne qui avait décidé inversement que « *l'inobservation par l'entreprise utilisatrice du délai de carence prévu par le 3^{ème} alinéa de l'article L. 124-7 du Code du travail permet au salarié intérimaire de faire valoir auprès de cette entreprise utilisatrice les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission* ». ⁵

Et il ne pouvait faire part que d'une forte perplexité devant le revirement. La sanction de requalification en contrat de travail avec l'entreprise utilisatrice s'inscrivait en effet dans la pleine logique des dispositions encadrant le recours aux contrats précaires. « *L'inobservation du délai de carence se présente à l'évidence comme une « violation caractérisée des dispositions légales sur le travail précaire. Cela d'autant que l'on peut considérer qu'un tel manquement constitue tout à la fois une violation de l'interdiction de pourvoir durablement un emploi permanent dans l'entreprise utilisatrice et une infraction à la durée et aux conditions de renouvellement de la mission. Ces deux fondements, l'un visé par l'article L. 124-2, l'autre par l'article L. 124-2-2 du Code du travail, auraient suffi à asseoir la condamnation de l'utilisateur. La chambre sociale ne s'embarrasse pas d'un détour* ». ⁶

Claude ROY-LOUSTAUNAU s'est également interrogé sur la « *différence de traitement entre les salariés précaires : salarié intérimaire et salarié sous CDD ne sont pas logés à la même enseigne* ». « *Depuis les ordonnances de 1986-87 et les textes subséquents, on sait que le législateur s'efforce d'harmoniser les réglementations des deux contrats précaires. Il est donc parfaitement illogique de sanctionner l'employeur d'un salarié sous CDD qui n'a pas respecté le délai de carence entre deux contrats et refuser par ailleurs d'appliquer la même sanction à l'entreprise utilisatrice dans des circonstances identiques* ». ⁷

Le commentateur a estimé que la solution jurisprudentielle « *inique* »⁸ par laquelle la Cour de cassation a en 2005 institué cette disparité de traitement a été facilitée par

⁴ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, observations sous Cass. Soc. 23 février 2005, Dr. Soc. 2005, 685 et s.

⁵ Cass. Soc. 10 juillet 2001, n° 99-44058, Dr. Soc. 2001, 999 et s. obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU.

⁶ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, obs. préc.

⁷ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, obs. préc.

Il est vrai que, depuis l'ordonnance du 5 février 1982, les différents articles du Code du travail consacrés à la requalification qui se sont succédés (L. 122-3-14, L. 122-3-13 et, depuis la recodification, L. 1245-1 ont toujours prévu la requalification automatique en contrat de travail à durée indéterminée en cas d'inobservation du délai de carence).

⁸ Cl. ROY-LOUSTAUNAU, obs. préc.

l'absence de dispositions dans le Code du travail prévoyant de faire valoir la requalification auprès de l'entreprise utilisatrice en cas d'inobservation du délai de carence.⁹

Nous nous associons à l'indignation de Claude ROY-LOUSTAUNAU face à la discrimination opérée par les arrêts rendus le 23 février 2005 par la Chambre sociale mais nous ne partageons pas son point de vue selon lequel les textes légaux applicables au travail temporaire n'ont jamais explicitement envisagé la requalification auprès de l'entreprise utilisatrice à titre de sanction du non-respect du délai de carence.

I. Le sort de la sanction du non-respect du délai de carence à travers la succession des textes.

Le « *délai de carence* » ou « *délai d'inter-mission* » a été institué par l'ordonnance n° 82-131 du 5 février 1982 « *modifiant les dispositions du Code du travail relatives au travail temporaire* ».

L'ordonnance précise, dans l'hypothèse, où le motif du recours au travailleur intérimaire est lié à un « *surcroît exceptionnel et temporaire d'activité* », que « *des missions successives ne peuvent concerner un même poste de travail que si le délai qui s'écoule entre chacune de ses missions est au moins égal au tiers de la durée de la mission précédente* » (article L. 124-2 du Code du travail issu de l'ordonnance du 5 février 1982).

Il a été relevé, à l'époque, que « *cette disposition permet d'éviter la succession de salariés temporaires sur un poste qui est en réalité permanent* ».¹⁰

L'ordonnance du 5 février 1982, qui affirme la préoccupation de « *sanctionner le recours abusif à la main-d'œuvre temporaire* », ouvre des actions civiles aux salariés temporaires : « *l'utilisateur qui continue à faire travailler un salarié temporaire sans contrat écrit ou en violation caractérisée avec la réglementation est réputé l'avoir embauché sous contrat à durée indéterminée* ».¹¹

L'efficacité de la sanction civile mise en place par le texte de 1982 a été remarquée en ces termes : « *Les sanctions civiles de la violation des articles L. 124-2 et L. 124-2-1 ne sont pas moins redoutables que les sanctions pénales. En effet, en vertu de l'article L. 1247- al. 2, en cas de « violation caractérisée... le salarié peut faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant*

⁹ « On sait que le Code du travail est muet en matière de travail temporaire, contrairement à la réglementation du CDD qui prévoit expressément la requalification-sanction par l'article L. 122-3-13 du Code du travail » (Cl. ROY-LOUSTAUNAU, obs. préc.).

¹⁰ N. DECOOPMAN, « Le travail temporaire. (Commentaire de l'ordonnance n° 82-131 du 5 février 1982) », D. 1982, Chr. 225.

¹¹ Ordonnance du 5 février 1982, Dr. Soc. 1982, 389.

effet au premier jour de la mission ». L'origine de ce texte se trouve évidemment dans une jurisprudence très remarquée qui, peut-être par interposition de personne, permettait aux travailleurs temporaires victimes d'une violation concertée des règles sur le travail temporaire de se faire considérer comme faisant partie du personnel de l'utilisateur et de réclamer à ce dernier des avantages découlant du statut social de son entreprise ».¹²

De l'ordonnance de 1982 jusqu'à la recodification de 2008, l'opération de requalification auprès de l'entreprise utilisatrice a été régie par les dispositions de l'article L. 124-7 du Code du travail.

En 1982, le droit à la requalification auprès de l'entreprise utilisatrice, en cas de manquement à l'obligation du délai de carence par l'article L. 124-2 du Code du travail résultait d'un jeu de renvoi. Le second alinéa de l'article L. 124-7 prévoyait, d'une manière on ne peut plus explicite que la violation caractérisée des dispositions de l'article L. 124-2 permettait au salarié intérimaire de « faire valoir auprès de l'utilisateur les droits afférents à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de la mission ».

La loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 procède à une réécriture de l'article L. 124-2. Celui-ci donne la liste limitative des cas de recours aux salariés des entreprises de travail temporaire, fixe les règles relatives au terme de la mission et détermine la durée maximale de celle-ci.

Le délai de carence n'est plus mentionné dans l'article L. 124-2 et **il se retrouve mentionné dans le troisième alinéa de l'article L. 124-7, qui est l'article de référence en ce qui concerne la requalification auprès de l'entreprise utilisatrice.**

Le premier alinéa envisage la requalification auprès de l'utilisateur s'il continue à faire travailler le salarié temporaire sans avoir conclu un nouveau de contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition. Le deuxième alinéa prévoit la requalification en cas de violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4.

La rédaction du troisième alinéa se présente ainsi : « A l'expiration du contrat de mission d'un salarié intérimaire, il ne peut être recouru pour pourvoir le poste à un salarié sous contrat de travail temporaire avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée du contrat de mission venu à expiration ». Les alinéas suivants précisent quels sont les cas dans lequel le délai de carence n'est pas applicable.

¹² Y. CHALARON, « La réforme du travail temporaire », Dr. Soc. 1982, 378 et s.

Cette structure de l'article L. 124-7 perdurera, au fil des différents textes devant se succéder en matière de travail temporaire, jusqu'à l'avènement de la recodification de 2008 et du nouvel article L. 1251-40.

La recodification de 2008,¹³ présentée comme intervenant « à droit constant », n'a pas été saluée comme une œuvre de clarification. « *Il fut cependant décidé de procéder à une recodification à droit constant, ce qui condamnait le législateur à reproduire un fouillis de principes, d'exceptions aux exceptions, de redondances, de renvois maladroits, etc* ». ¹⁴

Ce constat d'une réécriture maladroite est illustrée par le changement de place du délai de carence qui a eu pour effet de le faire disparaître, « à droit constant », des dispositions consacrées à la requalification auprès de l'entreprise utilisatrice.

Le premier alinéa de l'article L. 124-7 qui envisageait la requalification auprès de l'utilisateur s'il continue à faire travailler le salarié temporaire sans avoir conclu un nouveau de contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition devient l'article L. 1251-39. Le deuxième alinéa de ce même article qui prévoyait la requalification en cas de violation caractérisée des dispositions des articles L. 124-2 à L. 124-2-4 est désormais l'article L. 1251-40.¹⁵ Ces deux articles figurent dans la sous-section relative à la « *requalification du contrat* ».

Le délai de carence, qui constitue l'objet du nouvel article L. 1251-36 du code du travail, n'est plus mentionné dans les dispositions portant sur la requalification mais dans celles de la sous-section consacrée à la « *succession de contrats* ».

Désormais, si l'on perd de vue la substance de l'ordonnance du 5 février 1982 qui a institué la sanction de la requalification auprès de l'utilisateur et l'obligation de respecter un délai de carence pour éviter la succession de travailleurs temporaires sur un poste de l'entreprise utilisatrice en réalité permanent et si se réfère uniquement à la lettre de la nouvelle rédaction des dispositions concernant le contrat de travail temporaire, on en arrive à poser le postulat [totalement contraire à l'esprit et à la lettre du texte fondateur] d'une déconnexion entre l'inobservation du délai de carence et le droit à diriger la demande de requalification en direction de l'entreprise

¹³ Mise en œuvre par l'ordonnance du 12 mars 2007, ratifiée par la loi du 21 janvier 2008, complétée par le décret du 7 mars 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2008.

¹⁴ G. AUZERO, D. BAUGARD, E. DOCKES, Précis Dalloz de Droit du travail, 31^e éd., 64.

¹⁵ « *Lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance des dispositions des articles L. 1251-5 à L. 1251-7, L. 1251-10, L. 1251-11, L. 1251-12-1, L. 1251-30 et L. 1551-35, ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission. La méconnaissance de l'obligation de transmission du contrat de mission au salarié dans le délai fixé par l'article L. 1251-17 ne saurait, à elle-seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* ».

utilisatrice. C'est ce qu'a tranquillement fait la Chambre sociale avec un arrêt du 17 novembre 2010 : « *Si la méconnaissance de l'article L. 1251-36 du code du travail par l'entreprise utilisatrice est pénalement sanctionnée, elle ne permet pas au salarié d'obtenir, sur le fondement de l'article L. 1251-40 du même code, la requalification du contrat de travail temporaire en un contrat à durée indéterminée le liant à l'entreprise utilisatrice* ». ¹⁶

II. La requalification-sanction de la succession de missions sur un poste en réalité permanent.

Il a été jugé que les dispositions de l'article L. 124-7, alinéa 2 (devenu l'article L. 1251-40) du Code du travail n'excluent pas la possibilité d'agir en requalification contre l'entreprise de travail temporaire, lorsque les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'œuvre est interdit n'ont pas été respectées. ¹⁷ Il a notamment été admis que le salarié intérimaire puisse demander que ses contrats de mission soient requalifiés en contrat de de travail à durée indéterminée avec l'entreprise de travail temporaire en cas de non-respect du délai de carence. ¹⁸

Mais il n'est pas question de lâcher la proie pour l'ombre.

C'est incontestablement l'entreprise utilisatrice qui abuse du recours aux travailleurs intérimaires lorsque se succèdent sans respecter le délai de carence des missions successives sur un même poste de travail. Ce procédé lui permet d'éviter d'embaucher sur un poste en réalité permanent un salarié envers lequel elle devrait s'acquitter des obligations dévolues à un employeur dans le cadre d'un contrat de travail indéterminée.

Nous sommes bien ici en présence d'un agissement frauduleux de la part de l'entreprise utilisatrice.

Dans une hypothèse de fraude, « *le sujet cherche à obtenir un avantage dont il aurait dû être normalement privé ou à échapper à une obligation à laquelle il était tenu* » (J. GHESTIN, G. COURBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, 4^e éd., 801).

L'existence de la fraude « *a pour effet de rendre tous les actes juridiques qui en sont entachés inopposables aux personnes auxquelles ils pourraient porter préjudice : leurs effets sont neutralisés à l'endroit de ces personnes [...]. Cette correction de la mise en œuvre de règles de droit est exprimée par la maxime « Fraus omnia*

¹⁶ Cass. Soc. 17 novembre 2010, n° 09-40694.

¹⁷ Voir Cass. Soc. 13 avril 2005, n° 03-41967, Bull. V, n° 139 ; Cass. Soc. 13 décembre 2006, n° 05-44956, Bull. V, n° 385.

¹⁸ Cass. Soc. 12 juin 2014, n° 13-16362, Bull. V, n° 145.

corrumpit » : *la fraude prive d'effet tout ce qu'elle couvre* ». (J.L. AUBERT, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 7^e éd., 222 et s.).

L'entreprise qui a profité de la succession des contrats de mission sur le même poste de travail ne saurait donc légitimement s'opposer à la requalification revendiquée par le travailleur lésé par la fraude à la règle du délai de carence.

En tout état de cause, la sanction attachée à la violation du principe général affirmé par la réglementation du travail précaire et interdisant au contrat de mission de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice, est encourue en présence de l'inobservation du délai de carence. La mise en place de cette période d'attente a été voulue pour « *éviter la succession de salariés temporaires sur un poste qui est réalité permanent* ». ¹⁹

L'actuel article L. 1251-5 du Code du travail pose le principe que « *le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice* ».

Pour ceux qui sont friands de la seule lecture de la lettre des textes, il est incontestable qu'il résulte des termes de l'article L. 1251-40 du Code du travail que **lorsqu'une entreprise utilisatrice a recours à un salarié d'une entreprise de travail temporaire en méconnaissance de l'article L. 1251-5, ce salarié peut faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondants à un contrat de travail à durée indéterminée prenant effet au premier jour de sa mission.**

La requalification du contrat de mission en contrat de travail à durée indéterminée avec l'entreprise utilisatrice permise par la méconnaissance de l'article L. 1251-5 se révèle en totale harmonie avec la philosophie du texte fondateur du 5 février 1982 qui affirmait la préoccupation de mettre en place une sanction civile efficace à l'encontre de l'entreprise ayant profité indûment du recours au travail temporaire en n'observant pas le délai de carence.

¹⁹ Voir N. DECOOPMAN , chr. préc. 225.

