



DOC CGT - ANNEXE 4

ARTICLE 21 DE LA LOI DU 3 AOUT 2009

RECOURS A L'INTERIM

L'utilisation de travailleurs intérimaires pour répondre aux besoins temporaires d'une administration était jusqu'en aout dernier proscrit par le conseil d'Etat en application « du principe général selon lequel l'exécution du service public administratif est confié à des agents publics » (CE 18 janvier 1977, CFDT contre ministère des PTT). Depuis cette jurisprudence les tribunaux administratifs ont, à de nombreuses reprises, réaffirmé que le recrutement direct ou indirect de salariés de droit privé par une administration portait atteinte aux compétences du juge administratif et donc aux principes constitutionnels de dualité des juridictions.

Malgré cette jurisprudence constante des EPA, notamment dans le secteur hospitalier, on fait parfois appel à des sociétés d'intérim pour répondre à des besoins occasionnels voire même dans certains cas à des besoins permanents. Cet état de fait a servi de principal argument au gouvernement pour justifier l'article 21 de la loi de mobilité. Sur le fond du sujet, rien ne justifiait une telle mesure car les administrations disposaient déjà de possibilités très étendues de recours à des emplois précaires pour accomplir des missions ponctuelles. En effet les conditions de recrutement sous CDD sont notoirement moins encadrées en droit public qu'en droit privé (vacation, CDD de trois ans, impossibilité de requalification contentieuse en CDI pour la majeure partie des cas, absence de sanction pénale en cas d'utilisation abusive, non paiement d'une prime de précarité...).

Il ne fait donc aucun doute que c'est la pression des entreprises d'intérim demandeuses depuis des années de l'ouverture de ce nouveau marché juteux, qui est à l'origine de cet article 21.

Par ailleurs, l'intérêt de cette mesure pour l'Etat et les collectivités territoriales se trouve, non pas dans des économies budgétaires (un marché d'intérim est 2 fois plus coûteux qu'un recrutement de CDD), mais dans l'abandon de leurs responsabilités d'employeur. Au lieu d'engager un nouveau plan de titularisation, il leur est possible de se débarrasser du problème en renvoyant la gestion de dizaines de milliers d'agents précaires à des entreprises privés qui sont connues pour se comporter comme des parfaits exploités.

Toutefois, le législateur en ouvrant la possibilité de recours à l'intérim aux administrations, a du tenir compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat et c'est pourquoi il a prévu que ce serait le Tribunal administratif et non les juges de droit commun qui aurait à examiner les litiges entre le salarié intérimaire et l'administration utilisatrice.

Il n'a également pas pu être fait abstraction de la Directive européenne 2008/104 du 19 novembre 2008 relative au travail temporaire ni à la jurisprudence de la cour européenne de justice sur l'égalité de traitement entre travailleur. C'est pourquoi les règles applicables dans la Fonction publique ne dérogent que partiellement aux règles de droit commun la plupart des dispositions prévues par le code du travail (livre II, titre IV, chapitre Ier) s'appliquant désormais au cas de l'intérim par une administration.

I – CAS DE RECOURS

Les administrations peuvent faire appel à des entreprises intérimaires dans 4 cas limitatifs.

I – 1. Remplacement d'un salarié absent : congés maladie, congés parental, passage provisoire à temps partiel, participation à des activités de service national. Ces conditions peuvent être contestées de façon objective même si la notion de « passage provisoire » retenue par le temps partiel est sujette à interprétation.

Dans ce cas de figure, le contrat d'intérim peut être d'une durée maximale (renouvellement inclus) de 18 mois portée à 24 mois pour les missions à l'étranger. Outre les clauses habituelles, les marchés de service et les contrats de travail devront faire figurer le nom et la nature de l'emploi de l'agent absent. Pour faire obstacle aux abus, il est possible d'imposer à l'administration le 6eme alinéa de l'article 3 de la loi 84-16 qui dispose toujours que les remplacements de fonctionnaires doivent être assurés par d'autres fonctionnaires « dans la mesure où ils correspondent à un besoin prévisible et constant ».

Tel est le cas notamment des congés maladie longue durée, des temps partiels annuels ou des congés annuels....

I - 2. Vacances temporaire d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu. Dans ce cas de figure le contrat, renouvellements inclus, est d'une durée maximale de 9 mois s'il s'agit d'attendre la venue d'un agent déjà nommé et d'une durée de 12 mois si le poste n'est pas encore pourvu. De toute évidence les abus risquent d'être nombreux. Il conviendra d'être particulièrement vigilant sur les déclarations de vacances de poste et sur la conclusion de nouveau contrat au-delà de la durée de 12 mois. Les durées maximales prévues doivent en effet s'appliquer aux emplois en question et non aux contrats des salariés ou à la durée des marchés.

I-3. Accroissement temporaire d'activité

Comme pour le 1/1 la durée maximale de la mission d'intérim (renouvellement compris) est fixée à 18 mois en France et 24 mois pour l'étranger.

La notion d'accroissement temporaire d'activité n'existait pas jusqu'ici dans la fonction publique et il s'agit donc là d'une extension des cas de recours à l'emploi précaire. S'agissant d'une disposition inscrite dans le code du travail, elle renvoie explicitement à la directive issue de l'accord national interprofessionnel du 22 mars 1990 transcrit dans le droit positif par la loi du 12 juillet 1990. Sans rentrer dans le détail de l'abondante jurisprudence, on peut rappeler que l'accroissement temporaire d'activité correspond à des « augmentations accidentelles ou cycliques de la charge de travail » qui ne peuvent « être absorbées par les effectifs habituels ».

Cette notion est particulièrement floue et les juges de droit commun ont ainsi estimé que pouvait constituer un accroissement temporaire d'activité un surcroît de travail lié à la rentrée scolaire, une surcharge dans les services comptables au moment du bilan, l'accroissement monétaire lié à des retards accumulés etc....

Dès l'adoption de la loi du 3 août 2009, le pôle emploi (EPA) a fait appel, sur ce motif, à des entreprises d'intérim. Toutefois les juges considèrent de façon constante qu'une activité doit être « inhabituelle et précisément limitée dans le temps » pour être qualifiée d'accroissement temporaire.

Par ailleurs au titre de l'accord interprofessionnel de 1990, entrent dans la catégorie de l'accroissement temporaire d'activité, les tâches occasionnelles c'est-à-dire celles qui ne correspondent pas à l'activité normale d'une entreprise, tout comme les commandes exceptionnelles à l'étranger et les travaux urgents nécessitent des mesures de sécurité.

I-4. Besoin occasionnel ou saisonnier

Comme pour le 1/1 et le 1/3, les contrats de mission ne peuvent (renouvellement inclus) dépasser 18 mois en France et 24 mois à l'étranger.

Cette notion figurerait déjà à l'article 6 – 2^{ème} alinéa de la loi 84/16. Comme il vient d'être dit, le besoin occasionnel est inclus dans l'accroissement temporaire d'activité et son rajout au 4^{ème} de l'article L1251-60 du code du travail est redondant avec le 3^{ème}.

Concernant le travail saisonnier, le règlement CEE 1408/71 le définit comme un travail qui dépend du rythme de saison et qui se répète automatiquement chaque année. La Cour de cassation a, sur ce principe, jugé que, pour entrer dans cette qualification, une activité devait se répéter régulièrement en fonction du rythme des saisons et non en fonction de la seule volonté de l'employeur. Ainsi un accroissement périodique de production alors qu'une société fabrique des produits en toutes saisons ne constitue pas une activité saisonnière.

I-5. Interdiction

Tous recours à l'intérim, hors des cas ci-dessus, est illégal et le législateur a insisté sur le caractère délictueux d'un tel recours lorsqu'il s'agit :

- De pourvoir durablement un poste permanent ;
- De remplacer directement ou indirectement un salarié gréviste ;
- De faire appel à un médecin du travail en intérim ;
- De postes interdits aux intérimaires ;
- D'un poste ayant fait l'objet d'un licenciement pour motif économique avant un délai de 6 mois, lorsque la mission a pour raison l'accroissement temporaire de l'activité (le recours au travail temporaire reste cependant possible lorsque la mission ne dépasse pas 3 mois).

La capacité à faire respecter ces conditions limitatives de recours à l'intérim constitue un enjeu majeur pour le mouvement syndical. Il s'agit en effet de dissuader les gestionnaires de recourir à cette forme moderne d'esclavage en leur démontrant les risques personnels qu'ils encourent (cf. sanctions pénales) du fait de caractère non sécurisé du point de vue juridique de l'emploi d'intérimaire.

II – CONDITION D'UTILISATION

Le contrat de mise à disposition rédigé par l'entreprise de travail temporaire, sur la base des informations transmises par l'administration, doit être conclu dans le délai de deux jours ouvrables suivant la mise à disposition du salarié intérimaire.

Le contrat de mise à disposition établi pour chaque salarié comporte : (article L.1251-43 du code du travail)

1° Le motif pour lequel est fait appel au salarié temporaire. Cette mention est assortie de justifications précises dont, notamment, dans les cas de remplacement prévus aux 1°, 4° et 5° de l'article L.1251-6, le nom et la qualification de la personne remplacée ou à remplacer ;

2° Le terme de la mission ;

3° Le cas échéant, la clause prévoyant la possibilité de modifier le terme de la mission dans les conditions prévues aux articles L.1251-30 et L. 1251-31. Cette disposition s'applique également à l'avenant prévoyant le renouvellement du contrat de mise à disposition ;

4° les caractéristiques particulières du poste de travail à pourvoir et, notamment si celui-ci figure sur la liste des postes présentant des risques particuliers pour la santé ou la sécurité des salariés prévue à l'article L.4154-2, la qualification professionnelle exigée, le lieu de la mission et l'horaire ;

5° la nature des équipements de protection individuelle que le salarié utilise. Il précise, le cas échéant, si ceux-ci sont fournis par l'entreprise de travail temporaire ;

6° le montant de la rémunération avec ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaire que percevrait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification professionnelle équivalente occupant le même poste de travail.

L'administration utilisatrice doit en outre s'assurer que l'entreprise de travail temporaire :

- Dispose d'une garantie financière ;
- Est en règle au regard du recouvrement de ses cotisations sociales.

Par ailleurs, s'agissant d'un marché public de prestation de service, l'administration utilisatrice doit s'assurer que l'entreprise de travail est en conformité avec la législation concernant les instances représentatives du personnel.

Le contrat de mise à disposition et le marché de service qui le précède constitue des documents administratifs communicables au titre de la loi 1978. Les organisations syndicales peuvent donc y avoir accès à l'exception des éléments relatifs à la protection de la concurrence (secret industriel, prix du marché...).

III – Information et consultation des représentants du personnel

Sur ce sujet la loi du 3 août n'a prévu aucune dérogation par rapport au droit général du travail et les dispositions de la directive CEE 2008/104 du 19 novembre 2008 comme celles du code du travail s'appliquent donc de plein droit.

L'article 8 de la directive impose que « l'entreprise utilisatrice doit fournir des informations appropriées sur le recours des travailleurs intérimaires en son sein lors de la transmission d'informations sur la situation de l'emploi dans l'entreprise aux instances représentatives des travailleurs instituées conformément à la législation communautaire et nationale ».

Au titre du code du travail les représentants du personnel doivent être consultés préalablement à tout recours à l'intérim dans les cas suivants :

- Remplacement d'un agent dont le départ définitif précède la suppression de poste,
- Recours pour une durée inférieure à 3 mois pour une tâche correspondant au poste supprimé pour motif économique dans les 6 mois qui précède,
- Recours à un intérimaire pour une commande à l'exportation d'une durée supérieure à 6 mois.

Par ailleurs, l'utilisateur doit porter la liste des travailleurs intérimaires sur un registre du personnel accessible aux représentants syndicaux et à l'inspection du travail. Cette liste doit être affichée sur les lieux de travail des intérimaires et ces derniers sont pris en compte dans les effectifs de l'utilisateur au prorata du temps passé ce tant pour le calcul des droits syndicaux que pour les seuils requis pour les élections professionnelles.

Pour la fonction publique ces dispositions sont d'application directe même si les textes sur les CTP les CHS ou les sections syndicales ne prévoient pas actuellement de disposition concernant l'intérim.

Les inspecteurs et contrôleurs du travail ont un droit d'entrée dans tout établissement où sont employés des intérimaires. Ils sont habilités à se faire présenter tout document permettant de vérifier la régularité de l'emploi du personnel intérimaire.

IV – SANCTION

Concernant les sanctions prévues en cas de recours abusif à l'intérim, les dispositions du code du travail n'ont pas non plus été modifiées par la loi du 3 août 2009.

Par ailleurs, dans une affaire de prêts de main d'œuvre illicite, la cour de cassation a eu l'occasion de rappeler qu'en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'utilisateur, peu importe que ce dernier soit agent de l'administration. Autrement dit, les gestionnaires administratifs ayant recours de manière abusive à l'intérim pourront voir leur responsabilité personnelle être engagée du point de vue pénale.

IV-1. Sanction pénale

Le fait d'avoir recours à la main-d'œuvre temporaire dans des situations autres que celles énoncées par la loi ou sans avoir conclu un contrat de mise à disposition conforme aux prescriptions légales est pénalement sanctionné d'une amende de 3 750 euros et en cas de récidive d'une amende de 7 500 euros et (ou) d'une emprisonnement de 6 mois (c. trav., art. L. 1254-1). Le tribunal peut ordonner l'affichage et la publication du jugement (c. trav., art. L. 1254-12).

La sanction s'attache au fait :

- D'avoir recouru à un salarié temporaire pour une mission n'entrant pas dans la définition donnée par la loi ;
- De n'avoir pas respecté la durée maximale ;
- D'avoir méconnu l'interdiction se rapportant aux conflits collectifs et aux travaux soumis à une surveillance médicale spéciale ;
- De ne pas avoir respecté les prescriptions de l'article L. 1251-9) restreignant le recours au travail temporaire en cas de suppression de poste pour motif économique ;
- De ne pas avoir respecté le délai de carence prévu par l'article L 1251-36, en cas de missions successives ;
- De n'avoir pas conclu dans le délai prévu à l'article L.1251-42 un contrat écrit de mise à disposition ;
- D'avoir omis de communiquer dans le contrat de mise à disposition, l'ensemble des éléments de rémunération conformément au 6^{ème} de l'article.

Les mentions volontairement inexacts des contrats de mise à disposition, résultant des 1° à 5° de l'article L 1251-43, ne sont plus des délits, mais des infractions qui pourront faire l'objet de poursuites contraventionnelles.

IV-2 Sanction civile

L'utilisateur qui a recours à un travailleur temporaire en violation caractérisée des articles L 1251-5 à 1251-7, L 1251-10 à L 1251-12 (cas légal d'utilisation de l'intérim), L 1251-30 et L1251-35 (durée maximale de la mission) peut se voir opposer par le salarié les droits attachés à un contrat à durée indéterminée prenant effet au premier jour de la mission.

Par ailleurs, l'article L 1251-62, introduit par la loi du 3 août 2009, prévoit que si l'administration continue d'employer un salarié intérimaire après la fin de sa mission sans avoir conclu avec lui de contrat ou sans nouveau contrat de mise à disposition ce dernier est réputé sous contrat à durée déterminée de 3 ans auprès de l'utilisateur. Cette disposition est restrictive par rapport au droit général qui dispose qu'un contrat non écrit est réputé à durée indéterminée.

IV-3. Capacité à agir des organisations syndicales

L'article L1253-16 du code du travail précise que :

Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise utilisatrice ou dans le groupement peuvent exercer en justice les actions civiles nées en vertu des dispositions du présent chapitre en faveur des salariés du groupement.

Elles peuvent exercer ces actions sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé pourvu que celui-ci ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat.