

**SYNDICAT PROFESSIONNEL – Discrimination – Intérimaire – Refus d'une entreprise utilisatrice de renouveler la mission – Infraction à l'article 225-2 C. Pén. (oui).**

COUR DE CASSATION (Ch. Crim.) 2 septembre 2003 - **Sté Steelcase Strafor**

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 111-4, 225-1, 225-2, 225-4 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale ;

*En ce que l'arrêt attaqué a déclaré la société Steelcase Strafor coupable de discrimination syndicale par refus d'embauche et l'a condamnée à payer des dommages et intérêts aux parties civiles ;*

*Aux motifs qu'il résultait de la procédure que Francis Thomas, employé de la société de travail intérimaire Adecco,*

*effectuait régulièrement depuis 1989 des missions au service de la société Steelcase Strafor en qualité de cariste ; que, depuis mars 1998, il détenait plusieurs mandats représentatifs et syndicaux au sein de la société Adecco, étant délégué du personnel, délégué syndical, élu du CHSCT, administrateur au sein de plusieurs caisses de retraites ; que, pour l'exercice des mandats précités, Francis Thomas était indisponible quelques jours par mois ; que la société Steelcase Strafor avait connaissance de l'existence des mandats syndicaux détenus*

par Francis Thomas sans néanmoins en connaître le contenu exact ; que la société Adecco désignait de manière constante un autre de ses salariés pour remplacer Francis Thomas auprès de la société utilisatrice lors de ses absences ; que, le 18 décembre 1998, la société Steelcase Strafor informait Francis Thomas qu'elle refusait de signer avec son employeur un nouveau contrat de mise à disposition en raison de ses absences répétées en faisant valoir que celles-ci désorganisaient le bon fonctionnement du service auquel il était affecté, étant notamment dans l'obligation de procéder à une nouvelle formation pour le travail à accomplir du remplaçant qui était souvent différent ; qu'aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, les personnes morales étaient responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ; qu'il était établi que la décision de ne pas contracter avec la société Adecco pour une nouvelle mission au bénéfice de Francis Thomas avait été prise par Luc Fuchs, responsable de l'exploitation logistique de la société Steelcase Strafor ; que ce refus avait été confirmé par courrier en date du 21 avril 1999 adressé à l'inspecteur du travail par le directeur des ressources humaines de la société poursuivie ; que les personnes précitées, pourvues de la compétence, de l'autorité et de moyens nécessaires ayant implicitement une délégation de pouvoirs de la part de la personne morale qu'était la société poursuivie, avaient de ce fait, la qualité de représentants de celle-ci et engageaient dès lors la responsabilité pénale de leur employeur dès lors qu'ils avaient agi pour son compte ; que le refus de renouveler une mission de travail avec un salarié d'une entreprise de travail temporaire équivalait à un refus d'embauche ; qu'il était établi que les absences de Francis Thomas étaient exclusivement liées à l'exercice de ses fonctions syndicales, ce dont la prévenue avait une parfaite connaissance ; que la société Steelcase Strafor était mal venue à faire valoir que son refus de renouveler la mission de travail en question était justifié par les absences répétées de Francis Thomas et par la nécessité de former, lors de celles-ci, une autre personne, dès lors d'une part, qu'il s'agirait que la société de travail intérimaire, de manière constante, l'informait préalablement de ces absences et mettait à sa disposition un autre salarié, et, d'autre part, que compte tenu de l'emploi de cariste exercé, la formation au poste de travail du remplaçant n'était nullement contraignante ; que, dès lors, c'était justement par des motifs que la Cour adoptait que le premier juge avait relevé que c'était en toute connaissance de cause, en raison d'absences motivées par l'activité syndicale de Francis Thomas que la prévenue avait refusé la mise à sa disposition à l'avenir de ce dernier par la société de travail intérimaire Adecco ;

Alors que, d'une part, l'article 225-2 du Code pénal incrimine la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher un salarié à raison de ses activités syndicales ; que le refus d'une

société utilisatrice de main-d'œuvre de signer avec une société de travail temporaire un contrat de mise à disposition d'un salarié n'entre pas dans le champ d'application stricte de ce texte, et qu'ainsi la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

"Alors que, d'autre part, le refus par une société utilisatrice de renouveler une mission de travail temporaire à un salarié d'une entreprise de travail temporaire, dont les absences répétées, fussent-elles motivées par son activité syndicale au sein de l'entreprise de travail temporaire, perturbent son fonctionnement, ne caractérise pas une discrimination à raison des activités syndicales de l'intéressé, et qu'en statuant ainsi la Cour d'appel a violé les textes susvisés" ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'invoquant les absences trop fréquentes de l'intéressé et la désorganisation du service qui en résultait, la société Steelcase Strafor a refusé de renouveler la mission de Francis Thomas, salarié intérimaire, qui avait été mis à sa disposition par la société Adecco, entreprise de travail temporaire au sein de laquelle il exerçait les fonctions de délégué syndical ; qu'à la suite de ces faits, la société Steelcase Strafor a été citée devant le Tribunal correctionnel, du chef de discrimination syndicale, sur le fondement des articles 225-1, 225-2, 3 et 225-4 du Code pénal ;

Attendu que, pour retenir la culpabilité de la prévenue, la Cour d'appel, après avoir énoncé que le refus, par la société utilisatrice, de confier une mission au salarié intérimaire équivalait à un refus d'embauche au sens de l'article 225-2, 3 du Code pénal, ajoute que ce refus a été inspiré par des motifs discriminatoires dès lors que les absences reprochées à l'intéressé étaient liées à ses activités syndicales ; que les juges précisent que, lors des précédentes missions effectuées pour son compte par le salarié, la société Steelcase Strafor avait été systématiquement prévenue de ces absences par la société Adecco qui avait assuré sans difficulté le remplacement de Francis Thomas, employé comme cariste ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, qui caractérisent l'infraction en tous ses éléments constitutifs, la Cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'en effet, le refus, par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par l'article L. 124-3 du Code du travail constitue un refus d'embauche au sens de l'article 225-2, 3 du Code pénal dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat ;

Rejette le pourvoi.

(M. Cotte, prés. - M. Desportes, rapp. - M. Mouton, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M<sup>e</sup> Delvolvé, av.)

## NOTE.

Toutes les différences de traitement qui sont opérées entre les personnes physiques à raison notamment de leurs activités syndicales font l'objet d'une incrimination pénale (1). Les discriminations ainsi définies sont susceptibles d'être sanctionnées lorsqu'elles conduisent à prendre en compte l'activité syndicale pour refuser d'embaucher un candidat (2). Tel fut par exemple le cas d'un employeur qui se référait à "l'appartenance à un syndicat ou à l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne l'embauchage" (3). Si le régime juridique relatif aux discriminations à l'embauche répond bien aux caractéristiques d'une relation entre un candidat à l'emploi et un employeur (4) ou toute autre personne (5), il est plus difficilement transposable aux formes triangulaires de

(1) Art 225-1 du Code pénal.

(2) Art 225-2-3° du Code pénal.

(3) Cass. Soc., 13 mai 1969, Bull. Civ. V, n° 314 ; à rapprocher en matière de refus de renouvellement de CDD Cass. Soc., 4 juin 1969, Bull. civ. V, n° 378 Dr. Ouv. 1970 p. 52.

(4) Nombreux sont les textes internationaux (Pacte sur les droits civils et politiques, conventions n° 97 et 111 de l'OIT, déclaration internationale des droits de l'Homme), européens

(Directive communautaire du 23 septembre 2002 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes) ou français (L.122-45, L.412-2 du Code du travail) qui prohibent les discriminations à l'embauche.

(5) Le cercle des personnes susceptibles d'être responsables est plus large dans l'article 225-2 du Code pénal que dans les incriminations visées par le Code du travail.

travail surtout lorsqu'il s'agit de l'appliquer à l'utilisateur qui n'est pas lié par un contrat de travail aux travailleurs mis à disposition. La chambre criminelle de la Cour de cassation a pourtant, dans un arrêt en date du 2 septembre 2003, confirmé la condamnation pour discrimination à l'embauche d'une entreprise utilisatrice qui refusait de renouveler le contrat de mise à disposition d'un travailleur temporaire.

Un salarié, employé d'une société de travail temporaire, effectuait régulièrement depuis 1989 des missions auprès d'un utilisateur en qualité de cariste. Pour l'exercice des divers mandats représentatifs et syndicaux détenus au sein de l'entreprise de travail temporaire depuis mars 1998, il devait quitter son poste de travail quelques jours par mois au cours desquels il était systématiquement remplacé par un autre travailleur temporaire. Or, le 18 décembre 1998, le contrat de mise à disposition ne fut pas renouvelé au motif que ces absences répétées désorganisaient le bon fonctionnement du service en obligeant notamment l'utilisateur à former successivement ses divers remplaçants. La Cour d'appel de Colmar a, le 30 mai 2002, confirmé la condamnation de l'utilisateur pour discrimination syndicale par refus d'embauche, le non-renouvellement du contrat de mise à disposition ne pouvant être justifié par les nombreuses absences et la nécessité de mettre en œuvre des actions de formation dès lors d'une part que l'entrepreneur de travail temporaire l'en informait préalablement, lui déléguait un autre salarié et d'autre part que les compétences professionnelles requises pour l'exercice de la fonction de cariste ne demandait pas une formation très contraignante.

En considérant que l'absence de renouvellement du contrat de mise à disposition constituait bien un refus d'embauche au sens de l'article 225-2-3° du Code pénal faute de permettre à l'entrepreneur de travail temporaire de conclure un contrat de travail, la Cour de cassation a élargi le périmètre de ce texte pour le rendre applicable aux relations triangulaires de travail (I). Cette solution, qui peut être contestée au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, est toutefois remarquable dans le sens où elle se fonde sur une approche globale de cette formule de travail en reconnaissant l'existence d'un pôle patronal unique composé d'un employeur de droit (l'entrepreneur de travail temporaire) et d'un employeur de fait (l'utilisateur) (II).

## **I. Les discriminations à l'embauche à l'épreuve des relations triangulaires de travail**

Est sanctionnée par l'article 225-2-3° du Code pénal, toute discrimination qui conduit à prendre en compte l'activité syndicale pour refuser d'embaucher une personne physique. De l'étude des éléments constitutifs de ce délit et notamment de la notion d'embauche (A), il ressort qu'elle est de la compétence exclusive de l'entreprise de travail temporaire et non de l'utilisateur (B).

### **A. La notion d'embauche**

L'article 111-4 du Code pénal dispose que "*la loi pénale est d'interprétation stricte*". Le juge répressif n'est pas autorisé à aller au-delà de la loi pour créer des incriminations nouvelles, sanctionner des faits ou des comportements non prévus par un texte. Or, l'article 225-2-3° du Code pénal vise, comme élément matériel de cette infraction, l'embauche qui implique l'existence d'un contrat de travail. La procédure de recrutement s'achève par l'échange des consentements qui donne naissance à la relation de travail. Le contrat de travail n'est conclu qu'à partir du moment où la volonté de l'employeur et celle du candidat à l'emploi se sont rencontrées. Les juges ont d'ailleurs déjà eu l'occasion d'appréhender strictement, voire de manière restrictive, la notion d'embauche en refusant d'appliquer l'article 225-2 du Code pénal à un stagiaire (6). La question est alors de savoir si les rapports qui unissent l'utilisateur et le travailleur mis à disposition ne sont pas comparables à une embauche. L'étude des différentes dispositions relatives au travail temporaire invite à donner une réponse négative, dans la mesure où les seuls rapports contractualisés sont ceux qui lient d'une part l'utilisateur à l'entrepreneur de travail temporaire et d'autre part l'entrepreneur de travail temporaire au travailleur temporaire. Le contrat de mise à disposition, véritable convention de prestation de service, ne peut être assimilé à une embauche qui relève, aux termes du Code du travail, des prérogatives exclusives de l'entrepreneur de travail temporaire.

### **B. Une embauche réalisée par l'entrepreneur de travail temporaire**

L'article L.124-1 du Code du travail dispose que l'entrepreneur de travail temporaire est une personne physique ou morale dont l'activité est de mettre à disposition des salariés qu'elle "*embauche et rémunère à cet effet*" (7). L'article L.124-4 du Code du travail vient préciser la nature de ces rapports en mentionnant que doit être établi par écrit "*le contrat de travail liant l'entreprise de travail temporaire à chacun des salariés mis à disposition*", alors qu'aux termes de l'article L.124-3 du Code du travail, l'utilisateur est lié à l'entrepreneur de travail temporaire par un contrat de mise à disposition. La lecture combinée de ces articles montre bien qu'aucun lien juridique direct n'unit l'utilisateur au travailleur temporaire (8). Cette affirmation est renforcée par l'interdiction qui est faite d'insérer dans

(6) Cour d'appel Montpellier, 17 février 2000, *Droit pénal*, novembre 2000, n° 125, 2<sup>e</sup> arrêt, observations Michel Véron. La loi du 16 novembre 2001 a complété l'article 225-2 du Code pénal (5°) pour sanctionner les discriminations opérées dans le cadre d'une demande de stage (v. comm. de cette loi par M. Richevaux, *Dr. Ouv.* 2002 p. 290 spec. p. 307).

(7) Cass. Soc., 18 juin 1986, Bull. Civ. V, n° 313. L'entreprise de travail temporaire, seul employeur du salarié intérimaire victime d'un accident du travail, demeure tenue des conséquences de la faute inexcusable invoquée à l'encontre de la société utilisatrice.

(8) Cass. Soc., 19 juin 2002, observations Claude Roy-Loustaunau, *Droit social*, n° 11, novembre 2002, p. 994 à 996.

le contrat de mise à disposition toute clause empêchant “l'embauchage par l'utilisateur du salarié temporaire à l'issue de sa mission” (9). Légalement, il ne peut donc être considéré comme un contrat de travail. Mais cette absence de contrat de travail, appelé aussi contrat de mission, ne signifie pas pour autant que l'utilisateur et le travailleur temporaire ne sont pas soumis à un ensemble de droits et d'obligations. La particularité du travail temporaire réside dans le fait que certaines prérogatives traditionnellement reconnues à l'employeur sont exercées par l'utilisateur. Cet éclatement implique d'appréhender dans son ensemble la relation triangulaire de travail. La Cour de cassation a vraisemblablement tenu compte de cette dimension pour en déduire que l'absence de renouvellement du contrat de mise à disposition empêchait l'entrepreneur de travail temporaire d'embaucher l'intéressé.

## II. La reconnaissance d'un pôle patronal unique composé d'un employeur de droit et d'un employeur de fait

Bien que la détermination de la qualité d'employeur ne soulève aucune difficulté, certaines dispositions, et en particulier l'article L.124-4-6 alinéa 1 du Code du travail, organisent une redistribution des pouvoirs entre les différents acteurs en disposant que “pendant la durée de la mission, l'utilisateur est responsable des conditions d'exécution du travail (...)” (A). Cet éclatement des prérogatives confère à la proposition de mission transmise par l'utilisateur un rôle central dans la constitution des rapports de travail en apparaissant comme le fait générateur de l'embauche du travailleur temporaire (B).

### A. Des conditions d'exécution du travail contrôlées par l'utilisateur

Le droit positif consacre ce transfert de prérogatives en confiant à l'utilisateur la responsabilité des conditions d'exécution du travail telles que notamment la durée du travail, le travail de nuit, le repos hebdomadaire et les jours fériés, l'hygiène et la sécurité, le travail des femmes et en lui imposant de garantir l'accès des travailleurs temporaires aux moyens de transport collectifs et aux installations collectives (10). Il doit aussi, entre autres, organiser une surveillance médicale spécialisée lorsque l'activité exercée par le salarié temporaire le nécessite (11) et une formation pratique et appropriée en matière de sécurité (12). De ces quelques exemples de substitution de l'employeur de fait à l'employeur de droit, il ressort que la Cour de cassation a légitimement fondé sa décision en considérant que l'absence de renouvellement du contrat de mise à disposition, pour un motif discriminatoire souverainement apprécié par les juges du fond (13), faisait bien directement obstacle à l'embauche de l'intéressé par l'entrepreneur de travail temporaire. Le contrat de travail, né de l'acceptation de la mission, est aussi implicitement conclu avec l'utilisateur qui peut fixer les critères de recrutement ou proposer ses propres candidats à l'emploi. L'embauche est directement subordonnée à l'existence d'une mission, qui constituera toujours le point de départ de la relation triangulaire de travail, et à la validation du profil du travailleur temporaire par l'utilisateur.

### B. Une embauche subordonnée à l'existence d'une mission

Bien que les rapports entre les différentes parties doivent être contractualisés dans les deux jours ouvrables suivant la mise à disposition (14), l'acte d'embauche n'est envisageable qu'à partir du moment où l'utilisateur formule une demande qui peut être comparée à une offre d'emploi (15). La prestation de travail, objet du contrat de mission, est liée à l'existence d'une tâche précise à accomplir chez l'utilisateur. Mais tout refus du candidat à l'emploi par l'utilisateur, que le motif invoqué soit légitime ou non, a pour conséquence de rendre impossible la conclusion du contrat de mission. L'échange des consentements, qui est censé donner naissance à cette relation de travail, est subordonné à un fait relevant, pour sa réalisation, d'un tiers au contrat. Sans être assimilable à une condition suspensive, la formation du contrat de mission reste soumise à la survenance d'un événement extérieur. La solution dégagée par la Cour de cassation est dictée par cette situation d'interdépendance juridique. Si cette approche globale est applicable à l'hypothèse d'un non-renouvellement, elle ne serait pas justifiée pour une rupture du contrat de mise à disposition qui ne constitue pas une cause de résiliation du contrat de mission. Face à un utilisateur qui prendrait en considération l'activité syndicale pour interrompre le contrat de mise à disposition (16),

(9) Article L.124-3 *in fine* du Code du travail. L'article L.124-4 alinéa 3 du Code du travail, exact pendant de l'article L.124-3 du Code du travail, dispose que le contrat de travail “mentionne que l'embauche du salarié par l'utilisateur à l'issue de la mission n'est pas interdite”.

(10) Article L.124-4-7 du Code du travail.

(11) Article L.124-4-6 alinéa 4 du Code du travail.

(12) Article L.231-3-1 alinéa 1 du Code du travail.

(13) La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que le délit est constitué même si la prise en compte du fait syndical n'apparaît pas comme le motif exclusif des mesures arrêtées. Cass. Crim., 14 juin 2000, Bull. Crim. n° 226, observations Jean Mouly, *Droit social*, n° 11, novembre 2000, p. 1035 et

suivantes, RPDS 2001 p. 249 en annexe à M. Carles “L'action juridique contre les discriminations syndicales” *in* n° spec. *La lutte contre les discriminations syndicales*; Marie-Thérèse Lanquetin, Un tournant en matière de preuve des discriminations, *Droit social*, n° 6, juin 2000, p. 589 à 593.

(14) En pratique, le contrat de mise à disposition (article L.124-3 du Code du travail) et le contrat de travail (article L.124-4 du Code du travail) sont établis simultanément.

(15) L'article 225-2-5° du Code pénal sanctionne les discriminations opérées dans le cadre d'une offre d'emploi.

(16) Dans cette hypothèse, l'utilisateur opère une discrimination qui pourrait consister, aux termes de l'article 225-2-3°, “à sanctionner une personne”.

le travailleur temporaire serait protégé par son contrat de mission que l'employeur est tenu d'exécuter jusqu'à son terme.

Si les discriminations opérées par l'entrepreneur de travail temporaire en violation de l'article L.412-2 (17) du Code du travail sont susceptibles d'être pénalement sanctionnées sur la base de l'article L.481-3 du Code du travail, l'utilisateur pouvait avoir l'impression de jouir d'une relative impunité faute d'apparaître comme le véritable employeur. La Cour de cassation a adopté une approche globale de la relation de travail temporaire pour retenir que la conclusion du contrat de mission, synonyme d'embauche, était subordonnée au consentement de l'utilisateur. Le schéma retenu présente également l'avantage de s'appliquer à tous les motifs de discrimination à l'embauche, et en particulier ceux liés à l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée qui sont parfois mis en avant par les utilisateurs pour dresser le profil de leur "candidat idéal" ainsi que d'entrer éventuellement dans le champ des articles L.122-45 et L.412-2 du Code du Travail. Cette analyse est d'ailleurs en conformité avec le reste de la jurisprudence de la Cour de cassation et notamment de la Chambre sociale qui, pour des opérations illicites de prêt de main d'œuvre, confère la qualité d'employeur à l'entreprise bénéficiaire du personnel mis à disposition (18). Il en est de même lorsque l'utilisateur continue à avoir recours à un travailleur temporaire en fin de mission sans lui avoir proposé, avant le terme initialement prévu, un avenant signifiant le renouvellement (19). Au-delà des problèmes de discrimination, cet arrêt rappelle aussi indirectement les difficultés rencontrées pour obtenir le respect du fait syndical notamment lorsqu'il est amené à se développer dans le cadre des formules triangulaires de travail.

**Romain Marié**

*Maître de conférences à l'IUT de Nancy 2, Membre de l'équipe de recherches Droit et changement social, UMR CNRS 6028, université de Nantes*

(17) Sur le principe de non discrimination en droit social, voir le n° spécial de Droit Ouvrier, mai 2001, p. 185 à 236.

(18) Cass. Soc., 22 janvier 1992, Bull. Civ. V, n° 23. Cet arrêt fait référence à la notion d'employeur conjoint : "Mais attendu qu'ayant relevé que la société Flunch, qui avait initialement engagé le salarié, avait, après sa nomination par la société Restor Evry à un poste de sa cafétéria, adressé successivement une mise en garde et trois avertissements à l'intéressé et l'avait licencié en

énonçant à l'appui de cette décision des griefs déjà invoqués lors de ces sanctions, la Cour d'appel a fait ressortir que la société Flunch avait exercé son autorité sur M. Mazurier pendant toute la durée des relations contractuelles, ce dont il résultait, que les deux sociétés avaient la qualité d'employeur conjoint du salarié, dans le cadre du même contrat de travail".

(19) Cass. Soc., 3 octobre 2000, observations Claude Roy-Loustaunau, *Droit social*, n°1, janvier 2001, p. 82 à 83.

## RPDS n° 708 Avril 2004

Au sommaire :

- La retraite des fonctionnaires après la loi du 21 août 2003.
- L'exercice du droit de grève dans le secteur privé (deuxième partie).
- La mise à pied conservatoire ne suspend pas le mandat d'un représentant du personnel
- L'actualité juridique (sommaires de jurisprudence).

Pour les lecteurs non abonnés à la RPDS,

ce numéro peut être commandé à :

NSA La Vie Ouvrière, BP n° 27, 75560 PARIS cedex 12

(Prix : 5,49 € + 2,59 € par envoi)

Abonnement : 56,41 €/an

