Prof. univ. dr. OVIDIU ŢINCA

Université d'Oradea – Roumanie

Certains changements dans le droit roumain du travail dans de contexte du modèle social européen. Commentaires rélatifs au travail interimaire

En 2003, Le Parlement Roumain a adopté le nouveau Code du travail qui a transposé, pour la plupart, l`acquis communautaire en matière de droit du travail. L'ancien Code du travail était en concordance avec une économie centralisée, étatiste, mais il garantissait pour chaque travailleur le droit de se faire embaucher, il est vrai, avec un salaire modique.

Depuis son adoption, le nouveau Code roumain du travail a subi plusieurs modifications importantes, en concordance avec les dispositions européennes, notamment en ce qui concerne:

- la forme écrite en roumain du contrat de travail (le contrat de travail reste un contrat consensuel, la sanction en cas de violation de la règle étant l`amende contraventionnelle pour l`employeur;
- l`obligation de l`employeur d`informer le travailleur sur les conditions applicables au contrat du travail;
- la clause de non-concurrence;
- les motifs de licenciement et notamment la procédure de licenciement collectif;
- le contrat à durée déterminée;
- le contrat à temps partiel;
- le travail supplémentaire;
- la santé et la sécurité du travail;
- la responsabilité patrimoniale du salarié et de l`employeur (y compris la responsabilité morale de celui-ci) etc. Il y a encore d`autres matières que la doctrine se propose de mettre en accord avec la réalité sociale du pays.

Dans le contexte de la crise économique actuelle, la Roumanie a subi une grave récession (7,3% l`année passée), fait qui a conduit à de nombreux mouvements sociaux parmi les travailleurs (manifestations, grèves d`avertissement, grèves des employés budgétaires).

Le taux du chômage a grimpé à 8% pendant le premier trimestre, le budget de retraite n`est pas soutenable et la nouvelle loi des salariés budgétaires a diminué le niveau des

salaires. À présent, dans le Parlement, les débats concernant le nouveau projet présenté par le Gouvernement pour la réforme de la retraite sont très vifs et chargés d`émotivité (passionnés).

Dans ces conditions, il est impérieusement nécessaire d`adapter la législation roumaine du travail à la tendance du marché du travail, afin de la rendre moins rigide, plus flexible L'une des modalités de répondre aux demandes du model social européen serait la transposition adéquate de la directive 2008/104 dans la législation roumaine.

La directive 2008/104/C.E. du Parlement Européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire[1] a pour objet d'assurer „un cadre de protection pour les travailleurs intérimaires, un cadre qui soit non-discriminatoire, transparent et proportionnel, tout en respectant la diversités des marchés du travail et des relations entre les partenaires sociaux"[2]. Ce cadre de protection minimale est réclamé par la très grande diversité des situations juridiques, des statuts et des conditions de travail de ces travailleurs intérimaires.

Vu la date limite (le 5 décembre 2011) jusqu'à laquelle les Etats membres ont l'obligation de mettre en oeuvre les dispositions de la directive 2008/104 dans leur législation interne, ainsi que les dispositions des articles 87 à 100 du Code roumain du travail concernant le travail par entreprise de travail intérimaire et ceux de l`Arrêt du Gouvernement no. 938 du 10 juin 2004 concernant les conditions de création et de fonctionnement, ainsi que la procédure d'autorisation de l'entreprise de travail intérimaire, on pourrait avancer quelques commentaires relatifs à la concordance de la législation roumaine avec les dispositions de la directive européenne en cause.

1. Conformément à l'article 1er , alinéa 1er de la directive 2008/104, les dispositions de celle-ci s'appliquent „aux travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire et qui sont mis à la disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire sous leur contrôle et leur direction". (n.s. O.Ţ.). Il en résulte, évidemment, que les parties du contrat de travail intérimaire sont le travailleur et l' entreprise de travail intérimaire (en sa qualité d'employeur), tandis que l'entreprise utilisatrice est celle en faveur de laquelle la travailleur exerce le travail auquel il s'est fait embaucher. On a remarqué, en fait, qu'il s'agit d'une relation „triangulaire de travail" qui se dessine[3], relation soutenue par la disposition finale de l'article 1er alinéa 1er de la

[1] Journal officiel de l'Union Européenne L 327 du 5 décembre 2008

[2] v. le motif 12 de l'exposé des motifs de la directive 2008/104

[3] François Gaudu, Raymonde Vatinet, *Traité des contrats. Les contrats du travail,* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 105-106; Raluca Dimitriu, *Contractul individual de muncă, Prezent şi perspective*, Bucureşti, Editura Tribuna economică, 2005, p. 44.

directive 2008/104 qui fait la précision que l'entreprise utilisatrice exerce le contrôle et la direction de l'activité du salarié qui s'est mis à sa disposition.

En dépit du fait que l'entreprise utilisatrice exerce, dans l'intervalle de prestation du travail, le pouvoir de contrôle de l'activité du salarié intérimaire qui est mis à sa disposition, elle ne possède à l'égard de celui-ci l'intégralité du pouvoir dont dispose l'employeur à l'égard d'un salarié avec lequel il a conclu un contrat individuel de travail[4]. À titre d'exemple, l'employeur n'a pas le droit d'appliquer des sanctions disciplinaires au salarié mis à sa disposition, même si celui-ci a commis une infraction disciplinaire dans l'intervalle où il exerce son activité dans l'entreprise utilisatrice. Mais, en fait, il faut retenir que le travailleur intérimaire déploie son activité dans l'éntreprise de l'employeur comme s'il avait la qualité de salarié permanent de celui-ci, tout en remplaçant, dans certains cas, un salarié de ladite entreprise[5].

D'ailleurs, la directive 2008/104 établit quelques obligations pour l'entreprise utilisatrice à l'égard du salarié intérimaire, à savoir son obligation de faire connaître à ses travailleurs les postes vacants dans l'entreprise aux fins de leur assurer l'opportunité d'accéder à un travail permanent dans ladite entreprise. Les travailleurs intérimaires sont assimilés aux travailleurs permanents pour le calcul du seuil au-dessus duquel les instances représentatives des travailleurs doivent être constituées, „de la même manière que le sont ou le seraient des travailleurs employés directement, pour la même durée, par l'entreprise utilisatrice"[6]. En matière de protection du travail, l'entreprise utilisatrice est responsable, conformément à l'article 2 de la directive 91/383/CEE du 25 juin 1991, d'assurer les conditions d'exécution de la mission dans l'intervalle prévu.

La définition donnée à „l'entreprise utilisatrice" conformént à l'article 3, alinéa 1er , lettre d, prévoit que c'est „pour laquelle et sous le contrôle et la direction de laquelle (n.s.-O.Ţ.) un travailleur intérimaire travaille de manière temporaire". Cela suppose des responsabilités de la part de cette entreprise afin d'assurer la mise en place du principe d'égalité du traitement en ce qui concerne le travailleur intérimaire. D'ailleurs, l'article 1er, alinéa 2, de la directive 2008/104 stipule que les dispositions y comprises sont applicables „aux entreprises publiques et privées qui sont des entreprises de travail intérimaire ou des entreprises utilisatrices exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif" (n.s.-O.Ţ.).

[4] Ovidiu Ţinca, *Poziţia angajatorului în raport cu salariatul său în cadrul contractului individual de munca* : „Revista română de dreptul muncii" nr.2/2004, p.48-56

[5] Emmanuel Dockés, *Droit du travail*, 2e edition, Dalloz, 2007, p.333

[6] Art.7 alinéa 2 de la directive 2008/104

Ainsi, même si entre l′entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire il n′est pas conclu un contrat de travail, la première reçoit le droit de conduire et de contrôler l′activité de celui qui déploie un travail intérimaire. Ce droit de l′entreprise utilisatrice découle des dispositions expresses de la directive 2008/104 (article 1er, alinéa1 er , lettre d) ainsi que de la législation nationale (article 87, alinéa 4, du Code du travail qui se rapporte au fait que le travailleur intérimaire est mis par l′agent du travail intérimaire à la disposition de l′utilisateur, ce qui signifie qu′il exécute les ordres de celui-là). Bien que l′entreprise bénéficiaire ne soit pas partie du contrat individuel de travail du travailleur intérimaire, elle dispose, durant la mission, du droit de conduire et de contrôler l′activité de celui-ci, droit acquis par la disposition comprise dans la partie légale du contrat de travail intérimaire.

Par ailleurs, lors de la conclusion du contrat de travail intérimaire, le travailleur donne son accord afin d′exercer un travail durant la mission, au bénéfice de l′entreprise qui va conduire et contrôler son activité. En ce sens, l′article 3, alinéa 1er, lettre c de la directive 2008/104 qui définit le travailleur intérimaire stipule que celui-ci „est mis à la disposition d′une entreprise utilisatrice en vue d′y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction de ladite entreprise”. À son tour, l′article 87, alinéa 2 du Code du travail établit que le salarié intérimaire est mis à la disposition de l′utilisateur à une durée nécessaire en vue d′accomplir sa mission. On pourrait redire que, dans le cas du contrat de travail intérimaire conclu pour plusieurs missions (v. article 94, alinéa 1er du Code du travail), étant donné que les entreprises utilisatrices sont diverses,

l′employeur (l′entreprise) serait dans la situation de violer les dispositions légales au sujet de la transformation du lieu de travail du salarié intérimaire. L′article 41 du Code du travail introduit la règle selon laquelle le contrat individuel de travail ne peut pas être modifié que par l′accord des partenaires et le lieu de travail figure parmi les éléments du contrat dont la modification nécessite un accord, (art.41, alinéa 3, lettre b).

Mais il faut retenir aussi que le salarié, lors de la conclusion du contrat de travail intérimaire, a exprimé déjà son accord de travailler dans des entreprises utilisatrices différentes, c′est-à-dire dans des lieux divers.

De plus, l′article 94, alinéa 3 du Code du travail prévoit que, dans le cas de plusieurs missions, les parties du contrat concluent un acte additionnel où l′on précise, outre les éléments généraux, des renseignements auxquels s′oblige l′employeur (l′entreprise de travail intérimaire), les conditions dans lesquelles la mission va se déployer, l′identité et le siège de l′utilisateur, ainsi que les modalités de rémunération du salarié intérimaire. Il en résulte que la spécificité du contrat de travail intérimaire consiste dans l′exercice du travail au bénéfice d′un

utilisateur qui ne soit pas partie dudit contrat. Le contrat de travail intérimaire est un contrat particulier qui a comme objectif, entre autres, de contribuer „effectivement à la création de nouveaux emplois ainsi qu'au développement de nouvelles formes flexibles de travail". Dans ce sens, dans l'exposé des motifs de la directive 2008/104 on parle „de nouvelles formes d'organisation du travail et d'une plus grande diversité des modalités contractuelles, combinant mieux la flexibilité et la sécurité".

2. Les objectifs de la directive 2008/104, énoncés dans l'article 2 de celle-ci, sont: a) l'assurance de la protection des travailleurs intérimaires par le respect du principe de l'égalité de traitement, b) la reconnaissance des entreprises de travail intérimaire dans leur qualité d'employeurs, c) l'établissement d'un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire en vue de contribuer à la création d'emplois et au développement de formes souples de travail.

En ce qui concerne à l'application du principe de l'égalité du traitement, l'article 5 de la directive 2008/104 établit la règle générale d'après laquelle les travailleurs intérimaires ont, pendant la durée de leur mission, les conditions essentielles de travail et d'emploi qui sont „au moins celles dont ils seraient les bénéficiaires s'ils étaient recrutés directement par l'entreprise utilisatrice"[7]. Quant à la protection des femmes enceintes et des mères qui allaitent, ainsi qu'à la protection des enfants et des jeunes, quant à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et contre la discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle – doivent être respectées les règles en vigueur dans l'entreprise utilisatrice.

L'article 5, alinéa 1er, paragraphe 2, lettre b de la directive 2008/104 concerne l`interdiction de la discrimination déterminée uniquement pour les motifs énoncés dans les directives communautaires en matière, tandis que l'article 5, alinéa 2 du Code du travail interdit la discrimination déterminée par d'autres motifs, à savoir: l'appartenance nationale, l'option politique, l'origine sociale etc. Cela signifie que le salarié intérimaire, pendant la durée de sa mission, réjouit des spécifications plus détaillées relatives au combat contre la discrimination de la législation roumaine et du contrat collectif de travail applicable. C'est qu'il réjouit des dispositions dont il serait le bénéficiaire s'il avait conclu un contrat individuel de travail avec le bénéficiaire. Ces dispositions concernant la lutte contre la discrimination doivent être appliquées non seulement à l'employeur / entreprise de travail intérimaire (quant à ses relations avec les salariés intérimaires et aux relations d'entre eux), mais aussi à

[7] Article 5 de la directive 2008/104 (le principe d'égalité de traitement)

l′utilisateur des salariés intérimaires (quant à ses relations avec ceux-ci et aux relations de ceux-ci avec leurs propres salariés).

Pour ce qui est de la rémunération du travailleur intérimaire, l′article 5, alinéa 2 de la directive 2008/104 contient une précision importante: les Etats membres ont la possibilité, après consultation des partenaires sociaux, de pouvoir être dérogé au principe d′égalité du traitement au cas des travailleurs intérimaires qui sont les bénéficiaires des contrats de travail à durée indéterminée dans les périodes qui séparent deux missions de travail intérimaire. Cela signifie que, dans le cas d′un tel contrat de travail, on peut négocier une clause conformément à laquelle la rémunération de la personne en cause soit plus réduite dans les périodes d′entre les missions. Par ailleurs, il est possible que le niveau des salaires des travailleurs intérimaires varie durant les missions qu′ils exécutent, par rapport aux salaires dont ils auraient bénéficié „s′ils étaient récrutés directement par ladite entreprise pour y occuper le même poste". (article 5, alinéa 1-er de la directive 2008/104). Le niveau du salaire va être établi, pour chaque mission, dans un acte additionnel au contrat de travail intérimaire dont l′élaboration est obligatoire conformément à l′article 94, alinéa 3 du Code du travail.

3. Le point 15 de l′exposé des motifs de la directive 2008/104 fait savoir une règle générale dans les relations de travail, selon laquelle „le contrat de travail à durée indéterminée représente la forme générale d′un rapport de travail". Il s′ensuit que, le contrat de travail intérimaire à durée indéterminée, grâce à sa spécificité (dans les périodes d′entre les missions le travailleur n′exerce pas son travail) „peut prévoir la possibilité de déroger aux règles applicables dans l′entreprise utilisatrice[8]. Quand même, ces dérogations doivent respecter la „protection générale dont bénéficient les travailleurs intérimaires".

Il en résulte qu′un contrat de travail intérimaire peut être conclu à durée indéterminée comme dit l′article 5, alinéa 2 de la directive 2008/104 („lors que les travailleurs intérimaires qui ont conclu un contrat de travail à durée indéterminée avec un agent de travail intérimaire..") ou à durée déterminée. L′article 94, alinéa 1 du Code du travail établit qu′un contrat de travail intérimaire „peut être conclu aussi pour plusieurs missions à condition de respecter le terme prévu par l′article 89, alinéa 2 (qui prévoit une période maximale de 18 mois de la mission). L′article 14, alinéa 3 de l′Arrêt du Gouvernement no. 938/2004 prévoit aussi qu′un contrat de travail intérimaire „peut être conclu pour plusieurs missions de travail intérimaire, sans que la durée de celui-ci ne dépasse 18 mois" .

[8] Voir le point 15 de l′exposé de motifs de la directive 2008/104

On peut constater une contradiction flagrante avec les dispositions de la directive 2008/104. En ce sens, les dispositions du Code du travail, ainsi que celles de l′Arrêt du Gouvernement no. 938/2004 qui sont semblables, ne prévoient pas la possibilité de conclure un contrat de travail intérimaire à durée indéterminée. Dans la conception du Code du travail et de l′ Arrêt du Gouvernement no. 938/2004, le contrat de travail intérimaire contient une clause essentielle: la durée limitée du contrat durant une ou plusieurs missions ne peut pas dépasser au total 18 mois. Le caractère déterminé dans le temps du contrat du travail intérimaire a été souligné aussi par la doctrine[9] qui souligne quelques similitudes d′entre celui-ci et le contrat à durée déterminée.

Il est quand même nécessaire de faire la différence entre le caractère déterminé dans le temps de la mission ou des missions et le caractère indéterminé du contrat de travail intérimaire. L′article 94, alinéa 1- er du Code du travail doit être rédigé dans le sens que seule la mission est limitée à un certain terme maximal et non pas la durée du contrat de travail intérimaire. Il s′ensuit que les legislations des Etats membres peuvent prévoir des dérogations à l′application à l′égard des travailleurs intérimaires des conditions essentielles d′engagement et de travail (v. article 5, alinéa 1er de la directive 2008/104) dans les périodes d′entre les missions. Le fait que l′article 89 du Code du travail restreint la période de la mission témoigne de sa préoccupation pour la prévention de l′usage abusif du contrat de travail intérimaire au bénéfice du même utilisateur qui, conformément à l′article 88 du Code du travail peut faire appel aux agents de travail intérimaire uniquement pour l′exécution d′une mission de travail intérimaire précise et ayant un caractère intérimaire.

Le contrat de travail intérimaire peut être conclu à durée déterminée, cas où il peut couvrir une ou plusieurs missions, mais uniquement au terme convenu à la conclusion du contrat. Dans une telle situation, on pourrait poser la question si l'employeur, agent de travail intérimaire, est mis à respecter les prévisions de l'art 81 du Code du travail qui établit d'une manière limitative les cas où celui-ci peut conclure un contrat individuel de travail à durée déterminée.

Pour répondre à cette question, il serait nécessaire de souligner quelques dispositions insérées dans la directive 2008/104. Ainsi, dans l'article 3, alinéa 2, paragraphe 2 de cet acte législatif on précise expressément que „les travailleurs ayant un contrat à durée déterminée" qui ne doivent pas être exclus des Etats membres du champ d'application de la directive

[9] Magda Volonciu, in: Alexandru Athanasiu, Magda Volonciu, Luminița Dima, Oana Cazan, *Codul muncii, Comentariu pe articole*, vol. 1, Art.1-107 Ed. C.H.Beck, 2007, p.497 La même oppinion est soutenue par Ion Traian Ştefănescu, *Tratat de dreptul muncii,* Walters Kluwer, România, 2007, p.416, Alexandru Țiclea, *Tratat de dreptul muncii,* Universul juridic, Bucuresti, 2007, p.596

2008/104 dans le cas où ils se trouvent dans des rapports de travail avec une entreprise de travail intérimaire". Il s'ensuit que, les travailleurs ayant un contrat de travail intérimaire à durée indéterminée, ainsi que les titulaires d'un contrat de travail intérimaire à durée déterminée entrent dans la sphère d'application de la directive 2008/104. Mais dans l'article 3, alinéa 2, paragraphe 1-er de la directive 2008/104 il existe une précision importante, à savoir: la présente directive ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition du contrat de travail.

Par conséquent, on pourrait envisager la situation de conclure un contrat individuel de travail à durée déterminée par une entreprise de travail intérimaire uniquement dans les cas limitatifs établis par l'article 81 du Code du travail qui réglemente le contrat à durée déterminée. Mais au cas du contrat de travail intérimaire, le salarié ne travaille pas au bénéfice de l'employeur (entreprise de travail intérimaire), mais au bénéfice de l'utilisateur. C'est pour cela que l'employeur (entreprise de travail intérimaire) n'est pas lié aux dispositions de l'article 81 du Code du travail qui établit les cas où l'employeur, en sa qualité de partie du contrat de travail à durée déterminée et de bénéficiaire du travail du salarié, peut recourir à un contrat de travail à durée déterminée. Si la directive 2008/104 n'exclut pas la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée de sa sphère de réglementation, cela signifie qu'un tel contrat doit avoir comme finalité la réalisation de l'effet utile de la directive qui consiste dans „ le développement de formes souples de travail".

En tant que modalité (espèce) à part du contrat individuel de travail, le contrat de travail intérimaire ne s'identifie pas dans tous ses éléments essentiels avec ceux de l'ordinaire contrat individuel de travail à durée indéterminée ou avec ceux du contrat individuel de travail à durée déterminée.

Habituellement, le contrat de travail intérimaire à durée déterminée devrait se superposer durant une ou plusieurs missions établies à la date de la conclusion du contrat, mais sans dépasser la durée maximale admise par la loi pour un contrat individuel de travail à durée déterminée. C' est au législateur national que revient la mise en ordre de cet aspect, tenant compte de la règlementation de l'article 4, alinéa 1-er de la directive 2008/104 qui oblige les Etats membres de revoir les interdictions et les restrictions concernant le recours au travail intérimaire en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché du travail et d'empêcher les abus. Parmi les restrictions qui puissent affecter le recours au travail intérimaire il faut mentionner non seulement celles qui concernent l'utilisateur, mais aussi celles relatives à la possibilité de l'entreprise de conclure des contrats de travail à durée déterminée.

L'article 93, alinéa 1-er du Code du travail établit la règle de la conclusion du contrat de travail intérimaire durant une mission, règle reprise par l'article 14, alinéa 2 de l' Arrêt du Gouvernement no. 938/2004, de telle sorte que la durée du contrat coïncide avec la durée de la mission. Mais, un contrat de travail à durée déterminée peut inclure plusieurs missions, sans dépasser, pour autant, 18 mois (v. Article 14, alinéa 3, de l'Arrêt du Gouvernement no. 938 / 2004).

A vrai dire, on a remarqué[10] le fait que le terme maximum du contrat de travail intérimaire à durée déterminée (18 mois) est réduit par rapport au terme maximum de 24 mois permis par l'Article 82, alinéa 1-er Code du travail, dans le cas du contrat individuel de travail à durée déterminée.

4. Au sujet de la rupture (cessation) du contrat de travail intérimaire on applique les dispositions du Code de travail en matière. La règlementation de l' article 94, alinéa 4 du Code du travail (respectivement de l'article 14, alinéa 5 de l'Arrêt du Gouvernement no. 938/2004) conformément à la quelle le contrat de travail intérimaire cesse à la fin de la dernière mission, ne s'applique que dans le cas du contrat de travail intérimaire à durée déterminée.

L'article 99 du Code du travail établit que l'entreprise de travail intérimaire est obligée de respecter les réglementations légales relatives au licenciement pour des motifs qui ne tiennent de la personne du salarié, autres que ceux disciplinaires. Le texte de l'article 99 ne se rapporte pas au licenciement du salarié intérimaire pour d'autres motifs qui tiennent de la personne de celui-ci, ce qui pourrait conduire à la conclusion erronée que le salarié intérimaire ne peut pas être licencié dans le cas ou il serait dans une des situations énumérées dans l'article 61 lettres b-e du Code du travail.

L'article 20, alinéa 1-er de l'Arrêt de Gouvernement décide que „Les contrats de mise à la disposition et de travail intérimaire qui se trouvent en exécution au moment du retrait de l`autorisation de fonctionnement (de l'entreprise de travail intérimaire – n. n. O.Ţ.) se déroulent jusqu' à l'expiration du terme pour lequel ont été conclus, tout en respectant les dispositions de l'article 95, de la loi no. 53/2003, sans nuire aux droits contractuels des salariés intérimaires ou des utilisateurs”. A son tour, l article 95, alinéa 5 du Code du travail prévoit que dans le cas ou l'entreprise de travail intérimaire ne fait pas le paiement des salaires au terme de 15 jours depuis la date où il est devenu échéant et exigible, c'est à l'utilisateur que revient cette obligation, en se subrogeant, pour les sommes payées, aux droits du salarié intérimaire contre l'agent de travail intérimaire.

[10] Magda Volonciu, *op. cit.*, p. 94.

Mais dans le cas du retrait de l' autorisation de fonctionnement, pour d'autres motifs que la faillite ou la liquidation, l'entreprise de travail intérimaire perd sa qualité d'employeur en raison du fait qu'il n'accomplit plus la condition de l'autorisation. D'autre part, comme l'utilisateur ne se constitue pas en partie du contrat de travail intérimaire, par conséquent, le paiement des sommes dues au salarié par l'ex-entreprise de travail intérimaire ne lui revient pas en sa qualité d'employeur.

L'article 95, alinéa 6, établit un cas de subrogation légale afin d' assurer au salarié le paiement de la contrevaleur du travail déployé. La solution en serait plus simple et le salarié en cause serait mieux protégé si, dans une telle situation, le contrat du travail était transféré[11], par l'effet de la loi, à l'utilisateur (qui est le bénéficiaire, en fait, du travail du salarié) durant une mission, après quoi, il serait nul de droit. Cette solution serait à l'avantage du salarié car, en raison du contrat de travail intérimaire, celui ci bénéficie aussi d'autres droits (outre le salaire) qu'il pourrait mettre à profit dans le cas du retrait de l'autorisation de fonctionnement de l'entreprise de travail intérimaire.

En l'absence d'une partie du contrat de travail (l'employeur) celui-ci ne peut continuer (à titre d'exemple, une période de 12 mois du terme limite de 18 mois permis par l'article 89, alinéa 2 du Code du travail après la suspension de l'autorisation de fonctionnement).

Le contrat de travail est un contrat intuitu personae et, au cas où une partie ne remplit pas les conditions demandées par la loi, il n'est pas légal qu'un tel contrat continue (dans le cas où l`on a annulé au salarié l'autorisation nécessaire, l'article 56, lettre h du Code du travail prévoit la rupture de droit du contrat individuel de travail). En l'occurrence, il faut mentionner que l'article 19, alinéa 4 de l'Arrêt du Gouvernement no. 938/2004 prévoit que l'entreprise de travail intérimaire dont l'autorisation de fonctionnement a été suspendue ne peut solliciter une nouvelle autorisation qu' après une période d'une année depuis la date de sa suspension.

Or, il est inconcevable que, par exemple, durant une année le contrat de travail intérimaire continue uniquement grâce à l'activité du salarié et l'application de l'article 65 du Code du travail (la rupture du contrat individuel de travail déterminée par l'annulation du lieu de travail occupé par le salarié) est dans le désavantage du salarié qui, en fait, continue à travailler au bénéfice de l'utilisateur.

Il faut mentionner que, selon l'article 20, alinéa 2 de l'Arrêt du Gouvernement 938 / 2004, dans le cas de la suspension de l'autorisation de fonctionnement de l'entreprise de

[11] Un tel transfert du contrat de travail a lieu, par l'effet de la loi, dans le cas du transfert de l'entreprise prévu par l'article 169 et 170 du Code du travail.

travail intérimaire, l'impôt par revenu et les différentes contributions légales dues par le salarié intérimaire seront payés par l'utilisateur qui exerce une action directe contre l'entreprise de travail intérimaire. Mais le texte respectif ne concerne pas le salarié qui travaille. Cela signifie que le salarié est obligé de recourir chaque fois (mensuellement) à l'article 95, alinéa 5 du Code du travail, en accomplissant une procédure lourde.

5. Conformément à l'article 98, alinéa 1-er du Code du travail, après l`achèvement de la mission, le salarié intérimaire peut conclure avec l'utilisateur un contrat individuel de travail.

En reprenant cette disposition, l'article 22, alinéa 3 de l'Arrêt du Gouvernement no. 938/2004 ajoute une disposition qui viole le principe de la liberté du travail: „Un tel contrat d'entre l'utilisateur et le salarié intérimaire qui travaille au bénéfice du premier peut être conclu aussi pendant la mission, avec l'accord exprès de l'agent de travail intérimaire (n. n. O.Ţ.).

Si cette disposition était applicable, cela signifie que le salarié intérimaire serait tenu à respecter le terme de la mission, en dépit du fait qu'il a présenté sa démission.

Le contrat de travail intérimaire peut cesser légalement par la démission du salarié intérimaire, autrement on pourrait violer l'article 3 du Code du travail conformément auquel personne ne peut être obligé de travailler dans un certain lieu de travail.

Outre cela, on ne peut pas admettre qu'à la conclusion d'un contrat individuel de travail, en l'espèce, d'un contrat de travail intérimaire, qu'il soit nécessaire et qu'il constitue une condition de la validité de ce contrat, le consentement d'une autre personne (l'agent de travail intérimaire) à côte du celui des deux personnes qui sont les parties du contrat individuel de travail nouvellement conclu et qui ont pleine capacité d'exercice pour conclure un tel acte juridique. C'est une chose élémentaire que, dans le droit roumain du travail, le contrat individuel du travail (à durée indéterminée ou à durée déterminée) soit conclu entre deux parties (l'employeur et la personne qui exerce le travail – le salarié) par l'accord des volontés de ceux-ci sans l'intervention de la volonté d'une autre personne (fait exception le cas du mineur âge de 15 à 16 ans).

Par conséquent, „l'accord exprès de l'agent de travail intérimaire" prévu par l'article 22, alinéa 3 de l'Arrêt du Gouvernement no. 938/2004 ne peut pas constituer une condition de validité du contrat individuel de travail conclu entre l'utilisateur devenu employeur et l'ancien salarié intérimaire, mais, tout au plus, si c'est le cas, une modalité d'expression de l'accord de l'agent de travail intérimaire à la rupture du contrat de travail intérimaire par l'accord des parties (l'article 55, lettre b – du Code du travail). Au moment de la conclusion du contrat individuel de travail entre le nouvel employeur (ancien utilisateur) et le salarié (ancien salarié

intérimaire), la mission a cessé avant le terme établi d'avance, par la rupture du contrat de travail intérimaire (que ce soit par l'accord des parties ou par la démission du salarié intérimaire).

Cela signifie que le nouveau contrat individuel de travail n'est pas conclu durant la mission et ne nécessite „l'accord exprès de l'agent de travail intérimaire".

6. „ Le travailleur intérimaire est définit par l'article 3, alinéa 1, lettre c, de la directive 2008/104 – comme étant le travailleur qui a conclu avec l'entreprise de travail intérimaire un contrat „dans le but d'être mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice ou vue d'y travailler de maniére temporaire (n. n. O.Ţ.) sous le contrôle et la direction de ladite entreprise".

Par conséquent, la notion de travailleur intérimaire tient du droit européen, étant donnée d'une particularité essentielle: l'exercice du travail au bénéfice de l'utilisateur.

Mais la notion de „travailleur" dans le sens de la directive 2008/104 tient du droit national de chaque État membre, vu le fait que la même directive stipule dans l article 3, alinéa 2, paragraphe 1 – que celle-ci „Ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition de la rémunération du contrat ou de la relation de travail ou du travailleur".

Il en résulte que les précisions de la Directive 2008/104 s'appliquent au travailleur définit par la législation de chaque État membre (qui peut être différente) dans le cas ou celui-ci conclut un contrat de travail intérimaire et acquiert le statut de travailleur intérimaire, selon l article 3, alinéa 1-er, lettre c de la directive en cause. Cela signifie que la notion de travailleur intérimaire définie par le droit européen est liée à la notion nationale de travailleur pour chaque État membre de l'Union Européenne.

La Cour de Justice de L'Union Européenne a établit que la notion de travailleur dans le sens communautaire (du droit de l'Union Européenne) même lorsqu'elle relève d'un concept établi par un règlement européen, peut être interprétée uniquement par cette juridiction, en vue d'assurer une application uniforme de cette notion[12].

Mais la Cour de Justice[13] a précisé que „la notion de travailleur dans le droit communautaire n'est pas univoque, elle peut varier en fonction du domaine d'application envisagé". Se rapportant à l'article 39 TCE (à présent l'article 45 TFUE) qui établit le principe

[12] Pierre Rodière, *Droit social de l'Union Européenne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2008, p. 220; Octavian Manolache, *Tratat de drept comunitar*, editia a V-a, Editura C.H. Beck, 2006, p. 269; Andrei Popescu, *Dreptul international si european al muncii*, editia a 2-a, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 378 - 381;

[13] voir le point 31 de l'arrêt du 12 mai 1998, dans la cause C-85/96, Maria Martinez Sala, *Recueil de jurisprudence de la Cour de Justice*, I, p. 2691.

de la libre circulation des travailleurs, la Cour de Justice a précisé que les éléments essentiels de la notion communautaire de travailleur[14] doivent être définis en s'appuyant sur des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en ce qui concerne les droits et les obligations des personnes en cause. Or, la caractéristique essentielle de la relation de travail est que la personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des travaux en contrepartie desquels elle touche une rémunération[15].

L'instance de Luxembourg a attiré l'attention relativement à l'application des dispositions du Traité CE (à présent le Traite FUE) et de quelques autres dispositions stipulées par les réglements et les directives au sujet de la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union Européenne, les termes de travailleur et d'activité salariée ne peuvent pas été définis par rapport à la législation des Etats membres, mais qu'ils ont une acception communautaire. A l'opposé, „les règles communautaires seraient compromises, car le contenu de ces termes pourrait être établi et modifié d'une manière unilatérale, sans le contrôle des institutions de la Communauté, par les législations nationales, qui auraient ainsi la possibilité de renvoyer d'une manière abusive certaines catégories de personnes du bénéfice du traité[16]. Par conséquent, la conclusion légitime qui s'en dégage est que, dans le cas où une personne exerce une activité salariée et que cette activité a un caractère économique, étant réelle et effective, cette personne-là est un travailleur au sens du droit européen[17].

En vue d'établir la notion de travailleur communautaire peu importe la nature juridique de la relation de travail[18]. (si cela relève du droit public ou du droit privé) ou si elle s'appuie sur un contrat de travail ou si elle correspond à un stage. Peu importe aussi, si l'activité de la personne en cause est permanente ou intérimaire, si elle a un caractère occasionnel ou saisonnier, ou si elle est à durée permanente ou partielle[19]. Il en est de même pour la notion de travailleur intérimaire, telle qu'elle est définie par l'article 3, alinéa 1-er, lettre c de la directive 2008/104, qui relève toujours du droit européen. Ainsi, la Cour de Justice a maintes fois souligné dans le cadre d'une jurisprudence constante, que la notion de travailleur (au sens de l'article 39 C.E. , à présent 45 TFUE) a un sens communautaire (européen) et ne doit pas être interprétée d'une manière restrictive”[20].

---

[14] l'arrêt du 23 mars 1982, dans la cause 53/81, Levin, *Recueil...*, p. 1035.
[15] Le point 17 de l'arrêt du 3 juillet 1986, dans la cause 66/85, Lawrie-Blum, *Recueil...*, p. 2121.
[16] Le point 11 des considérations de l'arrêt Levin, cit. supra.
[17] Pierre Rodière, *op. cit.*, p. 222.
[18] l'arrêt du 13 mars 1989 dans les causes 389 et 390/87, Echtenach, *Recueil*…p. 755.
[19] l'arrêt du 26 février 1992, dans la cause C-3/90,Bernini, *Recueil*…p. 1098.
[20] l'arrêt du 4 juin 2009, dans les causes C-22/09 et C-22/08, A. Vatsouras, publié dans le Journal officiel de l'Union Européenne, série C, no. 180, du 1 août, 2009, p. 14.

Pour conclure, la notion de travailleur intérimaire définie par l'article 3, alinéa 1-er, lettre c, de la directive 2008/104, se relève du droit de l`Union. En échange, conformément à l 'article 3, alinéa 2, paragraphe 1-er de la directive 2008/104, la sphère de la notion de travailleur, au sujet de l'application des dispositions de cet acte normatif, est définie par le droit national de chaque Etat membre.

7. Au sujet du travailleur intérimaire qui est titulaire d'un contrat de travail intérimaire à durée indéterminée, on pourrait se demander si celui-ci est obligé, dans l'intervalle entre deux missions, de travailler au bénéfice de l'entreprise de travail intérimaire (son employeur) ? La réponse doit tenir compte des définitions données par la directive 2008/104 à l'entreprise de travail intérimaire (article3, alinéa 1-er, lettre b, et au travailleur intérimaire (article 3, alinéa 1-er, lettre c).

L'entreprise de travail intérimaire conclut avec le travailleur intérimaire un contrat „en vue de le mettre à la disposition des entreprises utilisatrices pour y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction desdites entreprises”. A son tour, le travailleur intérimaire conclut un contrat de travail „dans le but d'être mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction de ladite entreprise”.

Il en résulté que le salarié intérimaire conclut son contrat pour exercer son travail au bénéfice d'une toute autre personne que son employeur et que l'entreprise de travail intérimaire ne l'embauche afin de bénéficier directement de son travail, mais, pour le mettre à la disposition de l'utilisateur[21].

C'est dans ce sens qu'il faut interpréter aussi la disposition de l'article 5, alinéa 2 de la directive 2008/104 conformément à laquelle les Etats membres, après consultation des partenaires sociaux, peuvent prévoir qu'il peut être dérogé au principe de la non–discrimination des travailleurs intérimaires quant à leur rémunération, au cas où ceux-ci ont conclu un contrat de travail à durée indéterminée, dans l'intervalle d'entre deux missions de travail intérimaire.

L'article 94, alinéa 2 du Code du travail établit que : „entre deux missions, le salarié intérimaire se trouve à la disposition de l'entreprise de travail intérimaire”- ce qui signifie que le salarié en question a l'obligation de passer à l'exécution d'une nouvelle mission à la demande de l'entreprise de travail intérimaire.

[21] Voir L'article L 1251-2 du Code français du travail

Dans le contrat de travail intérimaire conclu en vue de plusieurs mission on stipule que le salarié intérimaire déploiera son travail chez des utilisateurs différents, mais non pas au bénéfice de l'entreprise de travail intérimaire dont l'activité, conformément à l'article 87, alinéa 3, du Code du travail consiste „à mettre à la disposition de l'utilisateur du personnel qualifié et /ou non qualifié qu'il embauche et le paie dans ce but".

8. Dans le cadre du contrat de travail intérimaire l'entreprise de travail intérimaire a la qualité d'employeur, la directive 2008/104, l'article 3, alinéa 1-er, lettre b, précisant que celui-ci conclut des contrats de travail ou noue des relations de travail avec des travailleurs intérimaires, tandis que l'article 87, alinéa 3 du Code du travail établit que l'entreprise de travail intérimaire „embauche et paie" celui avec lequel a conclu le contrat.

Mais l'article 87, alinéa 3, du Code du travail, ainsi que l'article 2, alinéa 1-er de l'Arrêt du Gouvernement no. 938/2004, restreignent la qualité d'employeur dans le contrat de travail intérimaire uniquement aux sociétés commerciales, tandis que l'article 3, alinéa 1-er, de la directive 2008/104 définit l'entreprise de travail intérimaire comme étant „toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats de travail …"

Dans l'article 4, alinéa 4, de la directive 2008/104, on souligne que les législations nationales peuvent établir des exigences „en matière d'enregistrement, d'agrément, de certification, de garantie financière ou de contrôle des entreprises de travail intérimaire". Conformément à l'article 14, alinéa 1-er du Code du travail, l'employeur peut être toute personne physique ou toute personne juridique, tandis que l'alinéa 3, du même article 14, fait la précision que la personne physique acquiert la qualité d'employeur au moment où elle acquiert la capacité d'exercice. Il faut remarquer le fait que les dispositions du Code du travail qui concernent le contrat individuel de travail à durée déterminée (les articles 80 a 86), le contrat de travail à temps partiel (les articles 101 a 104) ainsi que le contrat d'apprentissage (les articles 205, 207 et 213) tous des contrats de travail particuliers par rapport au contrat individuel de travail à durée indéterminée (qui constitue la forme générale du rapport de travail) ne privent pas la personne physique de sa qualité d'employeur.

Dans le cas du contrat de travail intérimaire qui représente aussi une forme particulière du contrat de travail, la personne physique perd sa qualité d'employeur, sans motif objectif invoqué qui justifie cette restriction.

9. Conformément a l'article 93, alinéa 1-er du Code du travail, le contrat de travail intérimaire est conclu par écrit. Dans la doctrine, on a souligné, d'une part, que la demande

écrite du contrat de travail intérimaire est ad probationem [22], mais, d'autre part, que la forme écrite de ce contrat est une condition ad validitatem[23].

Il est quand même nécessaire a retenir quelques aspects importants. La disposition de l'article 16, alinéa 2 du Code du travail constitue la règle générale applicable a tous les contrats de travail et confirme le principe conformément auquel le contrat de travail a durée indéterminée représente la forme générale de relations de travail dans l'Union Européenne, forme consacrée par la jurisprudence constante de la Cour de Justice et mentionnée au point 15 de l'exposé des motifs de la directive 2008/104. D'ailleurs, dans l'article 5, alinéa 2, (le principe d'égalité de traitement) de la directive 2008/104, sont concernés expressément „les travailleurs intérimaires qui ont conclu un contrat de travail a durée indéterminée". Il s'ensuit que c'est en faveur du salarié intérimaire de présumer que, dans le cas où l'on n'a pas respecté la forme écrite du contrat de travail intérimaire, ledit contrat a été conclu a durée indéterminée, tout en conservant son caractère spécial de contrat de travail intérimaire[24].

Mais un contrat de travail intérimaire non-écrit ne peut pas être pris en considération en tant que contrat ordinaire de travail à durée indéterminée, du fait que l'entreprise de travail intérimaire conclut, en principe, en raison de l′objet de son activité, des contrats de travail intérimaire, tandis que le salarié travaille chez l′utilisateur. Même dans le cas où l′on n′a pas respecté la forme écrite du contrat, on ne peut pas faire abstraction du fait que le salarié travaille chez l′utilisateur.

Dans le cas où la forme écrite du contrat de travail intérimaire constituait une condition ad validitatem, on pourrait aboutir à une situation défavorable pour le salarié intérimaire qui n′avait pas conclu par écrit son contrat, étant donné que ledit contrat serait frappé de nullité. Or, la directive 2008/104 ne tente que d′assurer la protection de travailleurs intérimaires (y compris la garantie d′un emploi).

Voilà pourquoi une disposition légale expresse qui présume que, dans le cas où l′on ne respecte pas la forme écrite du contrat de travail intérimaire, on a conclu un contrat de travail intérimaire à durée indéterminée, serait au bénéfice du salarié intérimaire, comme le précise aussi la disposition de l′article 98, alinéa 3 du Code du travail. Celle-ci présume que,

[22] Voir en ce sens, Raluca Dimitriu, *op.cit*, p. 46; Ion Traian Stefanescu, *op. cit*., p. 419.

[23] Voir Vasile Popa, Ondina Pana, *Dreptul muncii comparat*, Ed.Lumina lex, Bucuresti, p. 103; Alexandru Ambrozie, Stefan Naubauer, *Organizarea muncii prin agent de munca temporara conform noului Cod al muncii*, in *Revista romana de dreptul muncii*, nr. 1/2003, p. 95-96; Magda Volonciu, *Codul muncii. Comentarii pe articole*, op. cit.p. 496.

[24] Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'article 102, alinéa 2 du Code du travail souligne que dans le cas où dans le contrat individuel à temps partiel ne sont pas insérés les éléments établis par la loi pour qu'il soit qualifié de la sorte, on considère qu′il a été conclu à plein temps.

dans le cas où, après l′achèvement de la mission, l′utilisateur continue à bénéficier du travail du salarié, „on suppose qu′ entre ledit salarié intérimaire et l′utilisateur est intervenu un contrat individuel de travail à durée indéterminée". Or l′un des objectifs énoncés dans l′article 2 de la directive 2008/104 est justement d'assurer la protection des travailleurs intérimaires.

(Version française par Constanţa Niţă)