



tripalium.com

POIYCOPIES DE COURS

Travail Précaire

La loi de modernisation sociale a introduit un certain nombre de changements dans la législation du travail précaire.

Fin 1989, le gouvernement manifestait déjà son intention de lutter contre l'accroissement des contrats dits « précaires » en déposant un projet de loi réglementant les contrats à durée déterminée et les contrats de travail temporaire. Parallèlement à cette annonce, le CNPF, la CGPME, L'UPA (Union Professionnelle et Artisanale, l'UNETT et le PROMATT (travail temporaire) du côté patronal, la CFDT, la CFTC et la CGC avaient pris l'initiative d'une négociation interprofessionnelle sur ce sujet. Un accord avait été signé le 24 mars 1990 (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1990). Cet accord subordonnait sa propre mise en application à la reprise entière et fidèle des ses dispositions dans un texte législatif. La loi du 12 juillet 1990 publiée au Journal Officiel du 14 juillet, reprenait dans ses grandes lignes l'Accord National Interprofessionnel. Après l'adoption de la loi de modernisation sociale et son application au 20 janvier 2002, une circulaire d'application précise les modifications introduites par la loi de modernisation (circulaire drt 2002/08 du 2 mai 2002).

Selon le ministère des affaires sociales, en 2001, le volume du travail temporaire correspondait à environ 600 000 équivalents emplois à temps plein alors que deux tiers des embauches sont aujourd'hui réalisées sous forme de contrats à durée déterminée. Le recours à des emplois précaires est justifié pour faire face aux situations définies par l'Accord interprofessionnel du 24 Mars 1990 et par le code du travail, comme le surcroît temporaire d'activité ou le remplacement d'un salarié absent. Cependant, il est avéré que certaines entreprises utilisent les contrats de travail précaires comme un mode permanent de gestion des effectifs, au détriment des salariés concernés, qui subissent cette précarité, et de la collectivité qui en assume le coût à travers l'indemnisation du chômage et qui doit, plus généralement, faire face à ses conséquences sur l'endettement, les conditions de logement ou l'état de santé des travailleurs concernés. C'est pourquoi la loi de modernisation sociale vise à renforcer l'encadrement du recours au travail précaire, à prévenir ces abus et à accorder aux salariés en situation précaire de nouveaux droits.

CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE DETERMINEE

Le contrat de travail à durée déterminée présente de nombreux atouts aux yeux de l'entreprise : souplesse d'utilisation, facilité de recrutement, absence de procédure de licenciement. A y regarder de plus près, ces atouts peuvent s'avérer bien encombrants : qu'en est-il de la souplesse passée la période d'essai ? le contrat de travail à durée déterminée ne pouvant être rompu avant son terme. Qu'en est-il de l'intégration du salarié au monde de l'entreprise, à sa compréhension de ses enjeux ? Le recours au contrat de travail à durée déterminée dispense-t-il vraiment de l'accueil, de l'intégration et de la formation du salarié ? Quoiqu'il en soit, selon une enquête menée par la DARES, les entreprises ayant utilisé fréquemment les contrats de travail à durée déterminée ont été moins exposées aux licenciements économiques mais ont, par contre, procédé à un plus grand nombre de licenciements individuels pour motifs personnels. Les contrats de travail à durée déterminée permettent un ajustement rapide du volume de travail et sont un moyen important de s'assurer contre les aléas conjoncturels. Ils s'accompagnent cependant d'un affaiblissement de la relation d'emploi au sein des entreprises (Premières synthèses, min. trav. N° 45).

Recours au contrat de travail à durée déterminée

Une entreprise peut recourir à des contrats de travail à durée déterminée pour : l'exécution d'une tâche précise et non durable, l'acquisition d'une formation professionnelle, un surcroît exceptionnel de travail, l'exécution de travaux urgents liés à la sécurité, le remplacement d'un salarié absent, des emplois à caractère saisonnier, des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, des contrats liés à la politique de l'emploi. On peut regrouper ces cas de recours en quatre variétés : le remplacement de salariés absents, la variation d'activités, les emplois d'usage, la formation.

Possibilités de recours

remplacement de salariés

Sont des causes de remplacement les *congés de toutes sortes* (congés payés, congés pour événements familiaux, congé de maternité, congé parental d'éducation, congé pour la création d'entreprise, congé sabbatique, etc.), des absences consécutives à la *maladie* ou à un accident, le départ pour accomplir le *service national* (même si ce dernier est un cas de rupture). Le remplacement du salarié absent peut intervenir avant le départ du salarié à remplacer du moment où il n'existe pas d'abus. L'anticipation n'est pas limitée dans le temps mais doit être proportionnée au temps nécessaire à la transmission des instructions et à la mise au courant du remplaçant. Parmi les causes de remplacement possible on peut distinguer :

› *Le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée ayant définitivement quitté* son poste de travail et ne pouvant être remplacé par un autre salarié sous contrat à durée indéterminée, en raison d'arrêts d'activités ou de changements de techniques de production ou de matériels expressément prévus

› *Le remplacement du salarié dont le départ définitif précède* la suppression de son poste. Le départ du salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée doit être définitif et ce quelque en soit le motif ; la suppression du poste doit intervenir dans un délai de 24 mois ; les représentants du personnel doivent être consultés dans toutes les entreprises qui sont tenues de mettre en place des délégués du personnel.

› *l'attente dans la limite d'une durée de 9 mois , de l'embauche définitive d'un salarié sous contrat à durée indéterminée*, lorsque le candidat pressenti pour occuper le poste à pourvoir n'est pas immédiatement disponible. Le départ du salarié à remplacer provisoirement doit être définitif, le nouveau salarié attendu doit avoir été recruté (la loi est formelle).

› *le passage momentané d'un salarié d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel* (même s'il ne s'agit pas d'une absence mais pour le fait d'assurer des heures complémentaires).

Il existe des modalités particulières de remplacement en cas d'absences successives, de remplacements en cascade, de nouvelle absence du salarié remplacé, de remplacement du remplaçant, un même salarié peut assurer successivement le remplacement de plusieurs salariés absents en étant lié par autant de contrats successifs qu'il y a de salariés à remplacer.

› Par *remplacement en cascade*, il faut entendre la possibilité de remplacer un salarié absent de son poste par un autre salarié de l'entreprise et ainsi de suite et le dernier de la chaîne par un intérimaire ou par un titulaire de contrat à durée déterminée. En cas de remplacement en cascade, *le salarié embauché ne peut demander la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée au motif que celui-ci mentionne la qualification du salarié effectivement remplacé mais pas celle du remplaçant* (cass.soc., 30 janvier 2002, N°99-46.375)

- ❑ Faut-il affecter le salarié recruté en remplacement au poste même occupé par la personne absente ? La possibilité donnée à l'employeur de conclure un contrat à durée déterminée pour le remplacement d'un salarié absent ne comporte pas pour lui l'obligation d'affecter le salarié recruté en remplacement au poste même occupé par la personne absente. L'employeur peut valablement embaucher l'intéressé par des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer des salariés de l'entreprise appelés à occuper provisoirement des postes vacants, dès lors que la cour d'appel a constaté que l'embauche du salarié trouvait sa cause dans l'absence de différents salariés dont le nom figurait sur les contrats de travail. (Cassation, chambre sociale, 25 mars 1997, n° 1406 D.)

› *En cas de nouvelle absence du salarié remplacé* faisant suite à une première absence, il peut être fait appel au même remplaçant sans qu'il soit nécessaire d'établir un nouveau contrat si le contrat initial a été conclu jusqu'au retour du salarié remplacé.

‣ *Lorsque le contrat du remplaçant vient à son tour à être suspendu, qu'une rupture anticipée se produit de son fait ou encore s'il refuse le renouvellement de son contrat, l'entreprise peut faire appel à un intérimaire ou conclure un nouveau contrat à durée déterminée.*

Le contrat à durée déterminée du remplaçant n'a plus d'objet. Si le contrat a été conclu sans fixation du terme précis il doit prendre fin (sous réserve de l'écoulement de la durée minimale), si le contrat a été conclu de date à date il doit se poursuivre jusqu'au terme prévu en dépit de la disparition de son objet.

variations d'activité

La variation d'activité s'entend de l'accroissement temporaire d'activité, de l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable, de la survenance dans l'entreprise d'une commande exceptionnelle, de travaux urgents, de travaux saisonniers.

‣ *accroissement temporaire d'activité*, l'accroissement temporaire d'activité résulte d'une augmentation temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise. Sont ainsi concernées les périodes de pointe dans les grands magasins, les périodes de fêtes de fin d'année, la rentrée des classes, l'époque des soldes, le lancement d'un nouveau produit. En revanche, l'augmentation régulière d'activité le samedi n'est pas concernée car elle se produit toute l'année. (il faut donc des contrats de travail à durée indéterminée à temps partiel ou des contrats de travail intermittent).

- ❑ Peut-on mentionner seulement « le surcroît d'activité ? »

En application de l'article L. 122-3-1 du Code du travail, le contrat à durée déterminée doit comporter la définition précise de son motif - à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. La simple mention d'un surcroît d'activité suffit-elle dans ce cas à motiver le recours au CDD ? La Cour exigeait d'habitude de l'employeur une certaine motivation : il lui revenait d'établir qu'il se trouvait dans un cas lui permettant de conclure un CDD. L'administration préconisait la même solution : « par définition précise du motif du contrat, il convient d'entendre non pas l'indication du cas qui autorise la conclusion du CDD, mais toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif mentionné dans le contrat. S'agissant d'un (...) accroissement temporaire d'activité, il appartient à l'employeur de bien indiquer les travaux ou les tâches à accomplir qui nécessitent cette embauche supplémentaire » (Circ. DRT n° 90-18, 30 oct. 1990, BO Trav. 1990, n° 24). Au contraire, de telles exigences ne sont plus requises par la Haute juridiction et l'employeur peut se contenter d'indiquer comme motif « accroissement temporaire d'activité ou surcroît d'activité » mais cela ne le dispensera pas d'être amené à prouver la réalité de l'augmentation d'activité qui doit rester temporaire. Cass. soc., 24 nov. 1998, pourvoi n° 96-41.742, arrêt n° 4871 P

‣ *exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise*, il s'agit là d'une tâche ponctuelle qui ne relève pas de l'activité principale de l'entreprise mais qui peut se reproduire (informatisation d'un service, action de formation, audit).

‣ *survenance dans l'entreprise d'une commande exceptionnelle, notamment à l'exportation, dont l'importance nécessite* la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux qu'elle utilise habituellement. La consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel est exigée.

‣ *travaux urgents*, ce sont des travaux dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents.

‣ *travaux saisonniers*, il s'agit des travaux qui sont appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise exerçant des activités obéissant aux mêmes variations. Les secteurs les plus concernés sont l'agriculture, l'agro-alimentaire et le tourisme. Les conventions prévoient le plus souvent que les contrats à durée déterminée conclus pour des travaux saisonniers peuvent comporter une clause de reconduction pour la saison suivante.

emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée

Il est d'usage dans certains secteurs d'activité de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. Ces secteurs sont énumérés dans l'article D 121-2 du code du travail. L'article L. 122-1-1 du Code du travail prévoit que les contrats à durée déterminée d'usage peuvent être conclus pour des emplois où il est d'usage constant de ne pas

recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois . Les secteurs d'activité dans lesquels peuvent être utilisé ce type de contrat dit contrat d'usage sont fixés par décret ou par convention ou accord collectif étendu.

Quels sont les secteurs d'activité dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ?

Sont concernés :

les exploitations forestières la réparation navale

le déménagement

l'hôtellerie et la restauration

les spectacles

l'action culturelle

l'audiovisuel

l'information

la production cinématographique

l'enseignement

les activités d'enquête et de sondage

l'édition phonographique

les centres de loisirs et de vacances

l'entreposage et le stockage de la viande

le sport professionnel

les bâtiments et les travaux publics pour les chantiers à l'étranger

les activités de coopération, d'assistance technique, d'ingénierie et de recherche à l'étranger

la recherche scientifique exercée dans le cadre d'une convention internationale

les salariés embauchés par des associations intermédiaires (art. L 128 du code du travail)

Attention ! Le seul fait que la liste mentionne tel secteur d'activité ne signifie pas :

1. le droit de recourir à un contrat à durée déterminée ou à un contrat de travail temporaire. Un usage constant est exigé, c'est à dire un usage ancien et bien établi .
2. que tous les emplois offerts par ce secteur donnent lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée.
Seuls les emplois de nature temporaire autorisent la conclusion de tels contrats. Ainsi, dans les théâtres, s'il est d'usage de proposer un contrat à durée déterminée aux acteurs, les ouvreuses doivent être engagées pour une durée indéterminée dans l'hôtellerie et la restauration, s'il est d'usage de faire appel aux extra dans le cadre du travail temporaire ou à durée déterminée, il en est différemment pour personnes affectées à des tâches administratives ou d'entretien présentant un caractère permanent dans le secteur de l'enseignement privé seuls les emplois qui correspondent à un enseignement limité à une fraction d'année scolaire ou à un enseignement non permanent dans l'établissement, peuvent donner lieu à la conclusion de contrats au titre des usages ; les enseignants qui sont recrutés pour toute la durée de l'année scolaire et pour dispenser un enseignement entrant chaque année dans le programme de l'établissement doivent l'être par contrat à durée indéterminée (Cour d'Appel de Paris, 2 juillet 1987 ; 28 février 1989).

Si les secteurs d'activités peuvent être déterminés, il n'en est pas de même pour les emplois permettant de recourir à ce type de contrat. Mais, le seul fait que l'entreprise appartienne à l'un des secteurs énumérés par le Code du travail n'implique pas que l'employeur puisse avoir recours au contrat d'usage pour n'importe quel emploi. Une circulaire ministérielle du 30 octobre 1990 précisait d'ailleurs que l'usage devait être ancien, bien établi et admis comme tel par la profession. aussi les juges sont-ils amenés à se prononcer au cas par cas. Secteur figurant dans la liste de l'article D. 121-2 du Code du travail, l'audiovisuel donne souvent l'occasion aux juges de se prononcer sur ces contrats.

- ❑ La lettre de non renouvellement d'un CDD d'usage peut être assimilée à une lettre de licenciement
Un professeur d'anglais se voit notifier le non renouvellement de son contrat à durée déterminée pour l'année suivante. Elle demande en conséquence la requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée. La lettre de non renouvellement constituant pour la salariée une lettre de licenciement. Si la lettre de non renouvellement était bien une lettre de licenciement, les motifs évoqués (perte d'une copie d'un étudiant , petits cours dans l'enceinte de l'établissement) pouvaient être analysés par le juge comme une cause réelle et sérieuse de licenciement " *Mais attendu que lorsque le juge requalifie des contrats à durée déterminée successifs en un contrat à durée indéterminée, il doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement au sens des articles L. 122-14-1 et L. 122-14-2 du Code du travail* " (Cass.soc., 7 mai

2003 N°00-44396)

Si la convention collective va jusqu'à définir les emplois pour lesquels il est d'usage constant de recourir au contrat à durée déterminée, cette liste n'a nécessairement qu'une valeur indicative. Elle ne sera pas opposable au juge qui devra vérifier que l'exigence première d'emploi par nature temporaire est bien remplie. La prudence commande de ne pas fixer une telle liste. *Le recours au contrat à durée déterminée doit rester limité aux cas prévus par la loi et surtout, il ne doit pas correspondre à un emploi lié à l'activité permanente de l'entreprise.* Le fait d'appartenir à un secteur d'activité visé par l'article D 121-1 du Code du travail n'autorise pas à déroger à cette règle, y compris par la voie d'une convention ou d'un accord collectif.

- ❑ Une personne engagée par une société de télévision dans le cadre de plusieurs contrats à durée déterminée, en qualité de responsable d'antenne puis de réalisatrice peut-elle obtenir la requalification de ces différents contrats en contrat à durée indéterminée ?
Pour la Cour de cassation, l'argumentation de l'employeur n'est pas recevable et les contrats devaient être requalifiés. En effet, pour l'employeur, les juges ne pouvaient requalifier les contrats en se bornant à considérer que la fonction de responsable d'antenne était une fonction liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise, sans rechercher si, dans le cas de la salariée, les contrats à durée déterminée avaient eu pour effet de pourvoir un emploi de manière durable ou non. En outre, l'employeur invoque le fait que les périodes d'exécution des contrats étaient de durées très variables et avaient été entrecoupées de périodes d'inactivité en général plus longues que les périodes d'emploi.

Pour la cour de cassation, l'article L. 122-1-1-30 du Code du travail ne permet pas de recourir aux contrats à durée déterminée, dans les secteurs où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, que pour les seuls emplois ayant un caractère par nature temporaire; que la Cour d'appel qui a constaté que l'activité de responsable d'antenne était caractérisée par la continuité du service et sa permanence, et qu'il s'agissait d'une fonction normale de l'opération de diffusion, a exactement décidé que les contrats à durée déterminée devaient être requalifiés en contrats à durée indéterminée., (Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 94-43.517P). Pour apprécier le caractère temporaire de l'emploi dans le cadre d'un contrat d'usage, il convient donc, non pas de s'attacher à l'emploi particulier de l'intéressé, mais aux caractéristiques du poste en lui-même. Dès lors que le poste se rattache à l'activité normale de l'entreprise, il ne peut faire l'objet d'un contrat à durée déterminée, n'étant pas, comme le souligne la Haute juridiction, *par nature temporaire*, et ce quelle que soit la durée de la période d'activité.

- ❑ Une salariée occupe diverses fonctions au sein d'une société de radiodiffusion dans le cadre d'une succession de contrats à durée déterminée de durée très brève. A l'expiration du dernier contrat, les relations contractuelles entre les parties prennent fin, la salariée peut-elle saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification des contrats, ainsi que le paiement d'une indemnité de rupture et de dommages intérêts pour rupture abusive alors que sa convention collective (communication et production audiovisuelles) indique qu'il est d'usage constant de recourir à des contrats à durée déterminée ?
Le contrat d'usage ne peut être conclu que pour un emploi ayant un caractère par nature temporaire, les dispositions d'une convention collective ne peuvent valablement déroger aux dispositions de l'article L. 122-1-1-30 du Code du travail. L'argumentation tirée de la courte durée des contrats ne suffit pas à établir le caractère par nature temporaire des emplois (Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 93-43.364 P). En effet, ce sont les secteurs d'activité, et non les emplois qui, selon l'article L. 122-1-1-30 du Code du travail, peuvent être définis par convention collective étendue.

emploi/formation

Des contrats à durée déterminée peuvent être conclus pour les contrats de qualification, d'adaptation, de retour à l'emploi ou lorsque l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle aux candidats effectuant un stage en vue d'accéder à un établissement d'enseignement, aux élèves ou anciens élèves d'un établissement d'enseignement effectuant un stage d'application. Il en est ainsi pour les situations suivantes :

- › contrats par lesquels l'employeur s'engage à assurer un *complément de formation professionnelle* (art. D 121-1).
- › candidats effectuant un *stage* en vue d'accéder à un établissement d'enseignement (élèves éducateurs se préparant au concours d'élèves éducateurs). Durée maximale : 24 mois.

› élèves ou anciens élèves d'un établissement d'enseignement effectuant un stage d'application dans une entreprise (les stagiaires participant à la production ont la qualité de salarié). Le stage en entreprise doit être prévu dans le cycle d'études et être lié à la scolarité ou à l'obtention d'un diplôme ou d'une spécialisation : étudiants en médecine qui acquièrent une expérience pratique en milieu hospitalier tout en préparant leur thèse. Durée maximale : 24 mois.

› étrangers venant acquérir un complément de formation professionnelle dans une entreprise française : si l'étranger n'est pas soumis au régime de l'autorisation de travail, durée maximale du contrat 24 mois *si l'étranger est soumis au régime de l'autorisation de travail*, la durée maximale du contrat est celle pour laquelle l'autorisation provisoire a été accordée. Si l'autorisation est renouvelée, la durée maximale est prolongée d'autant et le terme du contrat peut être reporté autant de fois que l'autorisation est renouvelée.

› contrat à durée déterminée conclu à l'issue d'une période *d'apprentissage*. A l'issue de son contrat d'apprentissage, le jeune apprenti peut être embauché sous contrat à durée déterminée par son ancien employeur dans les situations autorisant de manière générale la conclusion de contrat à durée déterminée .

Interdiction de recours au contrat à durée déterminée

En principe on ne saurait conclure un contrat de travail à durée déterminée pour *pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise*.

En dehors de ce cas, les interdictions de recourir au contrat à durée déterminée peuvent être *absolues* ou *relatives*.

Interdictions relatives

Il est interdit de recourir à un contrat de travail à durée déterminée à la suite d'un licenciement économique ou pour des travaux dangereux ;

Interdiction de recours au contrat de travail à durée déterminée suite à un licenciement économique

A la suite d'un licenciement économique, il est interdit pendant les *six mois* qui suivent la notification du licenciement de recourir au contrat à durée déterminée . Le point de départ de la période de six mois est la date de notification du licenciement au salarié concerné (circ .DRT N° 18/90 du 30 octobre 1990). Le respect de cette interdiction s'impose au niveau de l'établissement et non de l'entreprise. Les postes auxquels s'applique cette interdiction sont *les postes concernés par le licenciement*. Si le poste occupé précédemment par le ou les salariés ne peut être isolé, *les postes visés sont les postes nécessitant la même qualification professionnelle dans l'unité de travail* à laquelle étaient affectés le ou les salariés licenciés (atelier, chantier, bureau). Dans ce cas le point de départ du délai de 6 mois est constitué par la notification du dernier licenciement d'un salarié de cette qualification.

Cette interdiction ne joue pas dans les cas suivants : remplacement d'un salarié ou exécution de travaux temporaires par nature, contrats de moins de trois mois (accroissement temporaire d'activité), commande exceptionnelle à l'exportation . L'utilisation de ces dérogations est subordonnée à l'information et à la consultation préalable du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. La priorité de réembauchage doit être respectée.

Interdiction de recours au contrat de travail à durée déterminée pour des travaux dangereux

S'il est interdit d'embaucher des salariés en contrat de travail à durée déterminée pour des travaux dangereux , des *dérogations* sont possibles sur demande à la *Direction Départementale du Travail et de l'Emploi* qui doit se prononcer dans *le mois*.

Quels sont les travaux dangereux interdits ?

Sont interdits les travaux particulièrement dangereux qui font l'objet d'une surveillance médicale spéciale au sens de la réglementation relative à la médecine du travail et qui figurent sur une liste établie par arrêté du ministre du Travail ou du Ministre de l'agriculture. Les travaux interdits sont énumérés dans un arrêté du 8 octobre 1990. Il s'agit d'une part, des travaux comportant l'exposition des salariés aux agents suivants : fluor, chlore, brome gazeux, iode solide, phosphore, sulfure de carbone, dioxyde de manganèse, béryllium et ses sels, chlorométhane...d'autre part, des travaux exposant à l'inhalation des poussières de métaux durs, des travaux de démolition exposant aux poussières d'amiante, de la fabrication de l'auramine et du magenta ...

En l'absence d'une réponse notifiée dans le délai d'un mois suivant la demande de dérogation *l'autorisation est réputée acquise*. La demande de dérogation peut être formulée par anticipation pour un ou plusieurs postes de travail. Le maintien de l'autorisation ne peut être justifiée que par une vérification annuelle des dispositions prises dans l'entreprise pour garantir une protection efficace des salariés. Cette vérification peut avoir lieu à l'occasion de la présentation du bilan de la situation générale en matière d'hygiène, sécurité au comité d'hygiène, de sécurité et conditions de travail. Cette autorisation peut être supprimée s'il ressort de la vérification annuelle que les conditions ayant permis l'octroi de l'autorisation ne sont plus réunies.

interdiction absolue

Il ne peut en aucun cas être conclu un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail temporaire pour remplacer un salarié dont le contrat est suspendu par suite d'un *grève*. De même, on ne peut remplacer un salarié gréviste par un autre salarié de l'entreprise et faire appel pour remplacer ce dernier, à un salarié sous contrat à durée déterminée ou un intérimaire. Tout contrat conclu en méconnaissance de cette interdiction serait automatiquement requalifié en contrat à durée indéterminée (y compris pour un intérimaire auprès de l'entreprise utilisatrice).

Dans le cadre des dispositions réformant la médecine du travail, la loi de modernisation sociale ajoute aux deux cas de l'article L.124-2-3 (remplacement d'un salarié gréviste et réalisation de travaux particulièrement dangereux) une nouvelle interdiction de recours au travail temporaire pour remplacer un médecin du travail absent. Afin de mieux garantir l'indépendance des médecins du travail conduit à utiliser obligatoirement le contrat à durée déterminée pour remplacer un médecin du travail.

Formalisme du contrat de travail à durée déterminée

L'article L. 122-3-1 du Code du travail dispose dans son premier alinéa que le contrat à durée déterminée doit être établi par *écrit* ①, comporter la *définition précise de son motif* ② et des *mentions obligatoires* ③, il doit être *transmis au salarié au plus tard dans les deux jours qui suivent le jour de l'embauche*. Le non respect de cette disposition ne fait pas l'objet de sanctions spécifiques, cependant la position ministérielle est sans ambiguïté (J.O. A.N, débats, 2 juin 1990), la non remise d'un exemplaire au salarié doit entraîner la *requalification* du contrat en contrat à durée indéterminée.

Attention ! *Faute de comporter la signature de l'intéressé, le CDD invoqué par l'employeur ne peut être considéré comme ayant été établi par écrit et qu'il est réputé conclu pour une durée indéterminée* (Cass. soc., 26 oct. 1999, n 97-41.992 P).

Pour constater leur engagement mutuel les parties peuvent utiliser la formule de la lettre d'engagement (lettre de l'employeur contresignée par le salarié) ou celle du contrat. A défaut d'écrit l'art. L 122-3-1 du code du travail établit une *présomption de contrat à durée indéterminée*. Cette présomption est *irréfragable* et n'autorise pas l'employeur à apporter la preuve contraire. Le juge saisi par un salarié, dont le contrat n'a pas été établi par écrit ou dont le contrat écrit ne comporte pas de définition précise du motif, doit requalifier le contrat en contrat à durée indéterminée. En l'absence de contrat écrit l'employeur ne peut écarter la présomption légale en apportant la preuve d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée. (Cassation, chambre sociale, il mars 1997, n° 1165 D.)

Objet précis

Le contrat de travail à durée déterminée doit comporter la *définition précise de son objet* faute de quoi il est conclu pour une durée indéterminée. Par définition précise du motif, il convient d'entendre non pas l'indication du cas qui autorise la conclusion du contrat mais toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif mentionné dans le contrat. *La seule indication du cas de recours* (accroissement temporaire d'activité, par exemple) *n'est pas suffisante*, l'employeur doit préciser de façon détaillée tous les éléments permettant d'apprécier la réalité du motif invoqué (travaux et tâches à accomplir qui nécessitent une embauche supplémentaire). Si le motif du contrat n'est pas mentionné, le contrat est réputé conclu à durée indéterminée.

Mentions obligatoires

Le contrat de travail à durée déterminée *doit* notamment comporter les mentions suivantes :

❑ **Le nom et la qualification du salarié remplacé (le cas échéant)**

L'absence de la mention de la qualification du salarié remplacé permet une requalification du CDD

en CDI :« le contrat à durée déterminée ne comportait pas la qualification de la personne remplacée, contrairement aux énonciations de l'article L.122-3-1 du Code du travail susvisé, ce dont il résultait qu'il était réputé avoir été conclu pour une durée indéterminée » ; (Cass. soc., 28 oct. 1999, no 97-40.894 P+B). La cour de cassation avait déjà affirmé dans un arrêt du 6 mai 1997 que la simple omission du nom du salarié remplacé sur le contrat de travail à durée déterminée, alors que l'employeur avait communiqué ce nom par courrier, suffisait pour requalifier le contrat en contrat de travail à durée indéterminée. Aucune circonstance atténuante n'est donc admise. Il semble à la suite de ces arrêts qu'oublier une des mentions obligatoires de l'article L 122-3-1 peut suffire à entraîner une requalification en contrat de travail à durée indéterminée, la plus grande attention est donc requise quant à la rédaction des contrats de travail à durée déterminée.

- ❑ **La date d'échéance du terme** et, le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis
- ❑ **La durée minimale** pour laquelle il est conclu lorsqu'il ne comporte pas de terme précis
- ❑ **La désignation du poste de travail** en précisant, le cas échéant, que ce poste figure sur la liste des postes de travail présentant des risques particuliers pour la santé et la sécurité des salariés établie par le chef d'établissement (art. L 231-3-1)
- ❑ **L'intitulé de la convention collective applicable.** La Haute Cour refuse la requalification du contrat qui ne mentionne pas la convention collective applicable :« Et attendu, d'autre part, que l'omission de la mention de la convention collective applicable ne peut entraîner la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ; que la cour d'appel, qui a constaté que les contrats à durée déterminée satisfaisaient aux conditions édictées par les articles L.122-3-1 et L.122-1-2-III, a légalement justifié sa décision ; » (Cass. soc., 26 oct. 1999, no 97-42.255 P).
- ❑ La durée de la période d'essai éventuellement prévue
- ❑ **Le montant de la rémunération** et de ses différentes composantes, y compris, s'il en existe, les primes et accessoires de salaires
- ❑ **Le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire** ainsi que, le cas échéant, ceux de l'organisme de prévoyance. L'omission du nom et de l'adresse de la caisse de retraite complémentaire, de l'organisme de prévoyance ne semblent pas devoir pas entraîner de requalification

L'employeur peut-il se prévaloir d'une irrégularité de forme pour demander la requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée ?

Seul le salarié peut se prévaloir d'une irrégularité de forme. L'employeur ne pourrait invoquer une irrégularité dans la forme du contrat pour dire que la relation est à durée indéterminée et s'exonérer ainsi des obligations mises à sa charge par la loi sur les contrats de travail à durée déterminée.

Remarque :

Le contrat de travail à durée déterminée peut aussi prévoir des *mentions facultatives* : une période d'*essai*, les conditions de renouvellement, un *délai de prévenance*, le *lieu*, les *horaires*, les *conditions d'exécution du travail*., la *durée minimale* pour laquelle le contrat est conclu si le terme est imprécis,

Durée du contrat de travail à durée déterminée

En principe le contrat à durée déterminée doit comporter un *terme fixé* avec précision dès sa conclusion. Dans certaines hypothèses le code du travail permet la conclusion de contrats à durée déterminée *sans terme précis* mais comportant une durée minimale (remplacement d'un salarié absent, emploi saisonnier etc.). Une durée maximale est fixée pour les contrats à terme certain. *Aucune durée maximale n'est prévue pour les contrats à terme incertain* sauf pour les contrats à durée déterminée conclus dans l'attente de l'arrivée d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée. La durée maximale dans ce cas est, exceptionnellement fixée à 9 mois (art.2 Accord National interprofessionnel du 24 mars 1990)

Contrats a terme certain

Le contrat à terme précis s'impose en cas d'accroissement temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise, en cas de commande exceptionnelle à l'exportation, pour l'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie ne relevant pas de *l'activité normale de l'entreprise*, lorsqu'il est nécessaire de procéder à des travaux urgents, en cas de départ définitif du salarié précédant la suppression de son poste de travail, en cas de contrat

conclu dans le cadre de la politique de l'emploi. Aucune durée minimale n'est imposée (sauf pour les contrats dont le motif est une commande exceptionnelle à l'exportation : 6 mois minimum). *La durée maximale* du contrat de travail à durée déterminée, renouvellement compris est de : *8 mois* pour les emplois saisonniers, *9 mois* pour l'attente d'un salarié recruté sur contrat à durée indéterminée ou pour travaux urgents, *12 mois* pour les contrats de travail à durée déterminée à temps partiel modulé, *18 mois* en principe, *24 mois* pour les contrats exécutés à l'étranger quelque soit le motif, pour un départ définitif avant suppression du poste concerné ou commande exceptionnelle à l'exportation, pour les contrats à durée déterminée conclus à l'issue du contrat d'apprentissage si l'apprenti doit effectuer son service dans un délai de moins d'un an, pour les contrats de qualification.

Un salarié peut-il être embauché pour une durée maximale de 6 ans ?

Le directeur d'une carrière embauché pour une durée maximale de 6 ans le 1^{er} septembre 1982 ne peut se voir refuser l'accès de l'entreprise le 13 septembre 1988. Il est fondé à prétendre aux indemnités de rupture en dépit de la clause fixant une durée maximale d'emploi. Cass.soc. 16 février 1994, n°841

Ces contrats peuvent être renouvelés *une seule fois pour une durée pouvant dépasser la durée initiale*. Ce renouvellement doit respecter la limite légale maximale. Les conditions de renouvellement doivent être stipulées dans le contrat ou faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu. Si les possibilités de renouvellement n'ont pas été stipulées dans le contrat, elles font l'objet d'un avenant soumis au salarié préalablement au terme prévu. Le contrat prend fin à l'arrivée du terme sans que l'employeur soit obligé de respecter un délai de prévenance.

Contrats à terme incertain

Employeur et salarié sont libres d'opter pour un contrat de date à date si le terme en paraît prévisible. Inversement il est possible de conclure un contrat à terme incertain pour une absence dont la durée est connue d'avance (Cass . soc. 9 juin 1988, Mme Challain c/Mutuelle générale des P.T.T)

Dans quels cas est-il possible de conclure un contrat de travail à durée déterminée à terme incertain ?

D'après l'Art. L.122-1-1, le contrat de travail à durée déterminée peut ne pas comporter un terme précis lorsqu'il est conclu :

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, le contrat peut prendre effet avant l'absence du salarié à remplacer et prendre fin après le retour du salarié absent (jusqu'au surlendemain du retour)
2. pour des emplois à caractère saisonnier
3. pour des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée
4. lorsqu'il a pour objet l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée

Ce contrat doit prévoir une *durée minimale*, il a pour terme la fin de l'absence du salarié ou la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu. Cette durée minimale est *librement fixée par les parties*, c'est une garantie d'emploi pour le salarié. *Elle sert à déterminer la période d'essai*. Aucune *durée maximale* n'est imposée (sauf pour les emplois saisonniers : 8 mois). Ils doivent cependant garder un caractère non durable. Lorsqu'un contrat a été conclu sans terme précis pour le remplacement d'un salarié absent, les services ministériels admettent qu'il peut être rompu avant le retour du salarié remplacé lorsque l'entreprise procède à des mesures de réorganisation ayant pour effet de supprimer le besoin de remplacement, à la condition, cependant, que la durée minimale prévue au contrat soit écoulée.

La suppression du poste du salarié remplacé en CDD suffit-elle pour affirmer que le contrat a durée déterminée n'a plus d'objet, lorsqu'il est conclu pour un terme incertain ?

Pour la cour de cassation, la suppression du poste ne suffit pas. Il faut que le titulaire du poste ait, soit réintégré physiquement l'entreprise, soit l'ait définitivement quitté pour mettre fin au CDD conclu avec le remplaçant (la période minimale étant terminée) cass. soc. , 26 mars 2002, N° 00-40652)

Situation des parties pendant le contrat

essai

Le contrat de travail à durée déterminée comporte une période d'essai fixée comme suit : un jour travaillé par semaine civile dans la limite de deux semaines pour un contrat au plus de six mois , un mois dans les autres cas. Lorsque le contrat de travail est conclu pour douze semaines, le nombre théorique de jours d'essai est de douze ; mais la durée maximale réelle de l'essai sera de 10 jours si le salarié travaille cinq jours par semaine et de douze jours s'il travaille six jours par semaine. Si le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

La période d'essai doit se compter en jours travaillés quelque soit l'horaire de ces journées. Un salarié embauché sous contrat à durée déterminée pour quinze jours peut se voir imposer deux jours d'essai. S'il ne travaille que le jeudi de 7h 30 à 12 h et de 13 h à 17 H, le vendredi de 7h30 à 12h et qu'il ne travaille pas le vendredi après-midi en se conformant aux horaires pratiqués dans l'entreprise a terminé son essai le lundi matin. L'employeur ne peut donc mettre un terme à l'essai le lundi matin en prétextant que le salarié n'a travaillé qu'une journée et demie. (Cass. soc . 21/02/90, Jacquin c/ Sté MTT). Un *jour férié* inclus dans la période d'essai prolonge cette dernière mais ne peut avoir pour effet de porter à plus de deux semaines la durée de la période d'essai dans le cadre d'un contrat d'une durée inférieure à six mois. La période d'essai peut être renouvelée dans la limite de la durée maximale légale.

rémunération

Le salarié sous contrat à durée déterminée ne peut recevoir une rémunération inférieure au montant de la rémunération que percevrait dans l'entreprise qui l'occupe, après période d'essai, un salarié embauché par contrat à durée indéterminée , de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions. Le principe d'égalité de rémunération ne s'applique qu'aux éléments de rémunération qui s'attachent au poste de travail. Ainsi un salarié sous contrat à durée déterminée ne bénéficiera d'une prime d'ancienneté accordée au salarié qu'il remplace que s'il peut justifier lui même de la même ancienneté. Si une réévaluation des salaires a lieu dans l'entreprise, elle doit être répercutée dans la rémunération du salarié en cours de contrat de travail à durée déterminée. Les salariés sous contrat de travail à durée déterminée bénéficient des congés payés sans condition d'ancienneté. Le montant de l'indemnité ne peut être inférieur au dixième de la rémunération totale brute due au salarié compte tenu de l'indemnité de fin de contrat. Tout salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée peut bénéficier du paiement des jours fériés chômés dès lors que les autres salariés de l'entreprise en bénéficient (sauf conditions d'ancienneté).

droit à la formation

Les salariés en contrat de travail à durée déterminée peuvent prétendre à une formation au titre du congé individuel de formation et à une formation à la sécurité lorsqu'ils sont amenés à effectuer de travaux dangereux.

Droit au congé individuel de formation des salariés en contrat de travail à durée déterminée

Après la fin de leur contrat à durée déterminée les salariés bénéficient d'un congé individuel de formation financé par une contribution spécifique de *1% des salaires versés aux contrats à durée déterminée ayant pris fin pendant l'année civile*. Cette contribution n'est pas due pour les salariés conservés dans l'entreprise sous contrat à durée indéterminée à l'issue de leur contrat à durée déterminée. Elle n'est pas due non plus pour les contrats d'adaptation, de qualification ou les contrats conclus avec des jeunes en cours de scolarité ou d'études supérieures. Cette contribution est versée, quelque soit l'effectif, en plus des 1,2 % de la formation professionnelle continue, à des organismes habilités (OPACIF,FONGECIF) avant le 1^{er} mars de l'année suivant celle ou les contrats à durée déterminée ont pris fin.

Un contrat de travail à durée déterminée peut-il prétendre au congé individuel de formation ?

Pour prétendre au congé individuel de formation, il suffit que trois conditions soient réunies :

1° avoir travaillé 24 mois consécutifs ou non, chez un ou plusieurs employeurs, quelle qu'ai été la nature des contrats successifs au cours des cinq dernières années. 2° avoir travaillé 4 mois, consécutifs ou non, sous contrat à durée déterminée, au cours des douze derniers mois civils. 3° que le délai de franchise entre deux actions de formation soit écoulé

Ces durées sont portées à *36 mois au cours des sept dernières années dont huit mois, au cours des 24 derniers mois civils*, lorsque l'entreprise dans laquelle sont atteintes les durées de 24 et 4 mois est une

entreprise artisanale de moins de dix salariés. Le congé peut être pris à la fin du contrat à durée déterminée, sauf accord de l'employeur pour qu'il se déroule en tout ou partie avant le terme du contrat.

La formation doit être exécutée au plus tard *douze mois après la fin du contrat à durée déterminée* ayant permis d'acquérir le droit au congé. L'employeur est tenu de remettre au salarié qui quitte son entreprise un *bordereau individuel d'accès à la formation (B.I.A.F)* en même temps que son dernier salaire.

Par production d'un bordereau individualisé d'accès à la formation, le salarié peut demander sa prise en charge à l'organisme paritaire collecteur agréé dont dépend son employeur.

Qu'est ce que le Bordereau individualisé d'accès à la formation (BIAF) ?

Le BIAF est un bordereau qui comptabilise l'*ancienneté* acquise par l'intéressé au titre de son contrat. Il a pour objet la prise en compte de ses droits par l'organisme paritaire destinataire de la demande de prise en charge des dépenses afférentes à son congé individuel de formation. Ce bordereau doit indiquer : le nom et l'adresse du salarié, la raison sociale de l'entreprise , l'adresse de l'organisme paritaire dont relève l'entreprise, l'adresse des caisses de recouvrement des régimes de sécurité sociale, d'assurance chômage et de retraite complémentaire ainsi que les taux effectifs de cotisations , les conditions d'exercice du droit au congé de formation. Une copie de ce bordereau est remise par l'employeur à l'organisme paritaire auprès duquel l'employeur aura à verser la participation financière.

Cet organisme pourra refuser de prendre le congé individuel de formation en fonction des priorités, des critères et de l'échéancier qu'il a défini. Le comité d'entreprise doit être consulté chaque année sur les actions de formations accordées au bénéfice des salariés sous contrat à durée déterminée .

droit à une formation à la sécurité

Tout salarié sous contrat de travail à durée déterminée doit bénéficier d'une formation à la sécurité dans les mêmes conditions que les salariés permanents. De plus, s'il est affecté à un poste de travail inscrit sur la liste des postes de travail présentant des risques particuliers pour la santé et la sécurité des salariés non permanents, il doit recevoir une formation renforcée à la sécurité et bénéficier d'un accueil adapté. Il appartient au chef d'entreprise de dresser la liste des postes de travail présentant des risques particuliers après avis du comité d'hygiène, de sécurité et conditions de travail. Cette liste doit être transmise à l'inspection du travail. Sont habituellement reconnus dangereux et nécessitent une certaine qualification, la conduite d'engins, les travaux de maintenance, les travaux sur machines dangereuses, les travaux exposant à certains risques (travaux en hauteur, produits chimiques, bruit-185db. Sont aussi concernés les postes de caristes. *Si un salarié travaillant sur un de ces postes est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle alors qu'il n'a pas bénéficié de la formation renforcée à la sécurité, la faute inexcusable de l'employeur sera présumée.*

droits collectifs

Prise en compte dans les effectifs

Pour l'emploi des handicapés, la participation aux résultats, le droit syndical et les institutions représentatives du personnel :Les salariés sous contrat à durée déterminée sont pris en compte dans les effectifs *au prorata de leur temps de présence dans l'entreprise au cours des douze mois précédents*, sauf lorsqu'ils remplacent un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, auquel cas ils sont exclus des effectifs. Cette règle joue essentiellement pour la mise en place des délégués du personnel, du comité d'entreprise, du Comité d'Hygiène, Sécurité et Conditions de Travail et des délégués syndicaux .

Pour déterminer l'effectif à prendre en compte pour appliquer les procédures de licenciement, le règlement intérieur, le bilan social et la formation professionnelle : doivent être comptés pour *une unité* tous les salariés travaillant habituellement dans l'entreprise et liés à l'employeur par un contrat de travail à durée déterminée . La notion d'occupation habituelle est une question de fait appréciée compte tenu de l'activité normale de l'entreprise. A défaut d'un nombre précis de mois fixé par la loi , le délai à retenir est de 6 mois (rép. à QE N°14687 JO 1^{er} mars 1984).

Représentation du personnel

Les salariés sous contrat de travail à durée déterminée sont *électeurs et éligibles*. Ils bénéficient de l'exercice du droit syndical et peuvent être désignés comme délégués syndicaux ou représentants syndicaux. Elus ou désignés, ils bénéficient de la même protection que les salariés permanents.

Le *comité d'entreprise* dispose d'attributions spécifiques en matière de travail précaire. Il a la possibilité de contrôler les cas de recours aux contrats précaires et de comparer leur importance par rapport au contrat à durée indéterminée. Chaque trimestre dans les entreprises d'au moins 300 salariés et chaque semestre dans les autres, le chef d'entreprise informe le comité d'entreprise de la situation de l'emploi en retraçant l'évolution des effectifs et la qualification des salariés par sexe pour les salariés sous contrat à durée déterminée et les travailleurs temporaires. L'employeur doit préciser les motifs l'ayant amené à recourir à ces catégories de personnel. Le chef d'entreprise doit communiquer le nombre de journées de travail effectuées, au cours de chacun des trois ou six derniers mois, par les salariés sous contrat à durée déterminée et sous contrat de travail temporaire.

Il dispose de plus d'un véritable *droit d'alerte*. Lorsqu'entre deux réunions du comité d'entreprise, le nombre des salariés occupés dans l'entreprise sous contrat à durée déterminée et sous contrat de travail temporaire connaît un accroissement important par rapport à la situation existant lors de la dernière des réunions du comité d'entreprise, l'examen de cette question est inscrit de plein droit à l'ordre du jour de la prochaine réunion ordinaire du comité si la majorité des membres du comité le demande. Lors de cette réunion, le chef d'entreprise est tenu de communiquer au comité d'entreprise le nombre de salariés sous contrat à durée déterminée et sous contrat de travail temporaire, les motifs l'ayant amené à y recourir ainsi que le nombre de journées de travail effectuées par les intéressés depuis la dernière communication d'informations effectuée à ce sujet par le chef d'entreprise.

Des syndicats peuvent ils demander la requalification en justice des contrats de travail à durée déterminée ?

Les syndicats représentatifs peuvent agir en justice en faveur des salariés embauchés par contrat à durée déterminée. Ces derniers ne doivent pas s'y opposer dans un délai de quinze jours après information de la volonté syndicale par lettre recommandée avec accusé de réception. Les salariés peuvent toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment.

Suspension et modification du contrat

Le contrat de travail à durée déterminée est suspendu dans les mêmes conditions que le contrat de travail à durée indéterminée. Aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit l'insertion dans un contrat à durée déterminée d'une clause de suspension du contrat pendant la période de fermeture annuelle de l'entreprise. En cas de suspension de contrat l'entreprise peut faire appel à un autre contrat à durée déterminée. La suspension du contrat ne fait pas obstacle à l'échéance du terme. Le contrat prend fin à la date initialement prévue quelque soit la cause de suspension du contrat de travail. Le salarié doit accepter les modifications non substantielles de son contrat. En cas de modification d'un élément substantiel du contrat (rémunération, qualification, lieu et horaire éventuellement), le salarié peut refuser. En cas de refus, l'employeur doit renoncer à la modification ou prendre l'initiative de la rupture en notifiant au salarié la rupture anticipée du contrat. Si l'employeur ne prend pas l'initiative de la rupture, le salarié peut cesser le travail. La rupture sera néanmoins imputable à l'employeur même si le salarié en a pris l'initiative. S'il ne veut pas prendre le risque de cesser le travail, le salarié peut demander au juge des référés (sauf contestation sérieuse) la remise en état, c'est à dire le rétablissement des conditions de travail antérieures.

Cessation du contrat de travail à durée déterminée

Le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant le terme (rupture anticipée), au terme convenu ou être renouvelé.

Un contrat de travail à durée indéterminée ne peut être rompu avant le terme fixé. Si la rupture a lieu *avant le terme* pour les contrats à terme certain ou *avant la fin de la période minimale* ou *avant la réalisation de son objet* hors période minimale pour les contrats à terme incertain, la rupture est dite anticipée.

La loi n'autorise que quatre cas de rupture anticipée, en dehors de ces cas, la rupture avant terme du contrat à durée déterminée ouvre droit à des dommages-intérêts pour la partie lésée.

- ❑ Art L. 122-3-8 du code du travail :

Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Il peut toutefois, par dérogation aux dispositions du précédent alinéa, être rompu à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée. Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter une période de préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée totale du contrat, renouvellement inclus, si celui-ci comporte un terme précis, ou de la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis et, dans les deux cas, dans une limite maximale de deux semaines. La méconnaissance par l'employeur des dispositions prévues à l'alinéa premier ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat sans préjudice de l'indemnité prévue à l'article L. 122-3-4. La méconnaissance des dispositions prévues aux premier et deuxième alinéas par le salarié ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice.

L'énumération limitative des cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée fait obstacle à l'application de ce type de contrat des procédures de licenciement. Qu'elles soient économiques ou pour motif personnel, ces procédures ne peuvent concerner que le contrat à durée indéterminée.

Rupture sans début d'exécution

Cessation avant le commencement d'activité

Conformément à la jurisprudence qui prévaut en matière de rupture de promesse d'embauche sous contrat de travail à durée indéterminée (cass.soc., 4 décembre 2001, N°99-43.324), dès qu'un contrat à durée déterminée a été conclu, la rupture anticipée - même si le contrat n'a pas connu de début d'exécution -, à l'initiative de l'employeur, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat

Mlle Maruschka D., une actrice connue, a été engagée par contrat à durée déterminée par la société M. Production pour collaborer du 20 février 1995 au 15 mai 1995, en qualité d'artiste interprète à un film. Elle devait percevoir la somme de 900 000 francs dont 67 500 francs versés à la signature du contrat. Or, 15 jours avant le début du contrat, le 5 février 1995, la société informe Mlle Maruschka D. que le rôle serait tenu par une autre actrice et que le contrat était devenu sans objet.

Le contrat de travail étant rompu sans début de collaboration, l'actrice pouvait-elle obtenir les dommages intérêts dus en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée ?

Pour la cour de cassation, cela ne fait aucun doute. Peut importe que l'exécution du contrat ait ou non commencé !

» Mais attendu que, dès lors qu'un contrat de travail à durée déterminée a été conclu, sa rupture à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas mentionnés à l'article L 122-38, alinéa 1^{er}, du Code du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, peut importe que l'exécution du contrat ait ou non commencé ... ».

Cessation pendant le contrat

Rupture pendant l'essai

Les parties peuvent toujours mettre fin à une période d'essai sans aucune formalité ni délai. Le fait que le salarié soit en contrat à durée déterminée ne change rien. Si la période d'essai est conforme aux dispositions de l'article L. 122-3-2 du Code du travail, les parties peuvent y mettre fin à tout moment sans engager leur responsabilité.

Rupture anticipée du fait du salarié

Le salarié ne peut rompre de façon anticipée le contrat de travail à durée déterminée à l'exception d'une proposition extérieure d'embauche à durée indéterminée. Toute rupture en dehors de ce cas ouvre droit à l'employeur à la réparation du préjudice subi.

Réparation du préjudice subi par l'employeur

Si la rupture anticipée du contrat à durée déterminée incombe au salarié, l'indemnité à laquelle peut prétendre l'employeur est fixée souverainement par le juge en fonction du préjudice subi par l'entreprise (Circ. DRT no 90-18, 30 oct. 1990). C'est à l'employeur qu'il revient d'établir le préjudice. Ce dernier peut notamment être évalué sur la base des dépenses engagées pour remplacer au pied levé le salarié auteur de la rupture.

Attention !

L'employeur ne peut prétendre au remboursement des salaires restant dus jusqu' au terme du contrat (Cass. soc., 25 nov. 1998, no 96-45.554).

Embauche à durée indéterminée

La loi sur la modernisation sociale a permis de rompre le CDD à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie d'une embauche pour une durée indéterminée.

Respect d'un préavis

Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter une période de préavis dont la durée est calculée à raison *d'un jour par semaine* compte tenu de la durée totale du contrat, renouvellement inclus, si celui-ci comporte un terme précis, ou de la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis et, dans les deux cas, dans une limite maximale de deux semaines.

Afin d'éviter toute difficulté, le salarié notifie par écrit la rupture du contrat, la date de réception marque le début du préavis.

- Dans le cas où le contrat comporte un *terme précis*, la loi prévoit que le salarié doit exécuter un préavis dont la durée est fixée à un jour par semaine, compte tenu de la *durée totale du contrat, renouvellement inclus*. Il semble qu'il faille considérer, dans le silence de la loi, que la durée du renouvellement soit comprise dans le décompte de la durée totale du contrat :
 - lorsque l'exécution de la période de renouvellement a été entamée.
 - lorsqu'elle n'a pas encore été entamée, mais que sa durée effective figure explicitement au contrat.*A l'inverse, si cette durée n'est pas indiquée au contrat, elle ne se présume pas. Elle ne peut être prise en compte pour calculer le préavis.*
- Si le contrat ne comporte *pas de terme précis* (remplacement d'un salarié) la loi de modernisation sociale prévoit que la durée du contrat à prendre en compte est celle relative à la période de travail déjà effectuée. La durée du préavis ainsi calculée ne pourra excéder deux semaines, en cas de contrat à durée déterminée comme en cas de travail temporaire

Situations visées

Sont visées les situations où le salarié envisage son embauche dans une autre entreprise ou dans un autre établissement de la même entreprise. Celui-ci devra pouvoir fournir à son employeur tout justificatif de nature à établir la *réalité de l'embauche prévue*.

Une lettre d'engagement comportant une date d'embauche ou un contrat de travail peuvent constituer ces justificatifs, si le caractère indéterminé du contrat y figure.

Une simple déclaration d'intention, dépourvue de date d'embauche, et ne comportant aucun engagement du futur employeur pourrait par contre ne pas être considérée comme un justificatif suffisant.

La réalité de l'intention d'embauche s'apprécie au moment où le salarié décide de rompre le contrat. S'il s'avérait ensuite que l'embauche n'a pu se concrétiser, l'employeur qui a du faire face aux conséquences de la rupture du contrat ou de la mission ne pourrait invoquer un préjudice, sauf à démontrer que son ex salarié a délibérément usé de manœuvres dolosives destinées à provoquer la rupture du contrat.

Incidence de la rupture sur l'indemnité de fin de contrat ou de fin de mission

L'exposé des motifs, comme les différents rapports de la Commission de l'Assemblée nationale, précisent qu'il est normal *de ne pas verser la prime de précarité dans la mesure où la rupture du contrat a lieu à l'initiative du salarié*.

Rupture d'un commun accord

D'un commun accord, *à tout moment*, employeur et salarié peuvent mettre fin au contrat à durée déterminée. Les seules obligations de l'une envers l'autre sont celles dont elles décident.

Si le moment importe peu, *il convient de noter qu'un accord ne peut être convenu par avance par le biais d'une clause résolutoire*. Une clause de résiliation réciproque doit être réputée non écrite et entraîne la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée. (Cass.soc.22 décembre 1988 Cours privé François Villon et autres c/ Brami).

Il ne faut pas confondre la rupture anticipée d'un commun accord avec la transaction qui suppose un conflit et des concessions réciproques des parties.

Bien que l'écrit ne soit pas obligatoire, il sera nécessaire en cas de preuve et pourra prendre la forme d'un avenant au contrat initial.

Rupture du fait de l'employeur

L'employeur peut rompre le contrat de travail pour faute grave ou lourde du salarié .

Est une faute grave, la violation d'une de ses obligations par le salarié, si elle est d'une gravité telle qu'elle rend impossible la continuation du contrat de travail (cf. contrat à durée indéterminée). Constitue une faute grave : le refus d'exécuter ses tâches habituelles, une absence d'une heure et demie pour un maître nageur, une manœuvre maladroite et brutale d'un ouvrier grutier (risques pour l'avenir), l'altération d'une comptabilité en surchargeant et postdatant des factures de 2 à 5 mois.

Ne sont pas des fautes graves : l'attitude d'un cadre supérieur qui décide unilatéralement de prendre ses congés après en avoir averti son supérieur hiérarchique et pris des dispositions pour que son absence ne préjudice pas aux intérêts de l'entreprise. (Cass.soc.6 mars 1986, J.S 1986, NB 40), la perte de confiance consécutive au licenciement du mari de la salariée en cause, invoqué par une société n'ayant produit aucune preuve de la mauvaise qualité du travail fourni (Cass. soc . 28 avril 1986 Durand c/ Bernard), l'agression dans un lieu public au cours des congés hebdomadaires, sans lien avec l'activité du salarié (Cass . Soc. 3 décembre 1987, société Montagne de l'arc c/Bosso).

Faute imputable au salarié

Lorsque l'employeur justifie la rupture du CDD en se prévalant de fautes imputables à la salariée, la rupture présente un *caractère disciplinaire*, soumise à la procédure prévue à l'article L.122-41 du Code du travail *et non la procédure de licenciement qui est inapplicable* . La procédure applicable est la suivante :

- Mise à pied conservatoire (éventuellement)
- convocation à un entretien préalable
- notification de la rupture par lettre motivée après l'entretien

Remarque : l'entretien préalable à la rupture peut se dérouler moins de 5 jours après la remise de la lettre de convocation (Cass. soc., 25 oct. 2000, no 98-43.700)

Le non respect de cette procédure cause nécessairement un préjudice à la salariée, qu'il convient de réparer. (Cass. soc., 10 janv. 2001, n° 99-40.958 D)

Les dispositions de l'art. L 122-41 du code du travail sont applicables. L'employeur doit convoquer le salarié à un entretien préalable et lui notifier la sanction par écrit, respecter la procédure spéciale de protection pour les salariés investis d'un mandat représentatif ou syndical. *L'employeur n'est pas tenu de verser l'indemnité de fin de contrat mais doit verser l'indemnité compensatrice de congés payés (sauf faute lourde)*. L'employeur a des dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait de la rupture anticipée.

Quelles sont les conséquences d'une rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée par le salarié en dehors des cas licites ?

La rupture du salarié ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi. Il appartient à l'employeur de prouver la réalité du préjudice subi. Le juge n'est pas tenu de verser des dommages et intérêts d'un montant minimal. Une clause pénale insérée dans le contrat initial prévoyant une indemnité équivalente aux salaires à verser en cas de rupture serait illicite car sans rapport avec le préjudice subi.

Faute imputable à l'employeur

La faute grave de l'employeur (non paiement des salaires, versement d'un salaire inférieur au minimum conventionnel, comportement violent, brimades) autorise le salarié à réclamer dommages et intérêts d'un

montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat. En l'absence de contestations sérieuses, le salarié peut saisir le juge des référés ou le bureau de conciliation des prud'hommes pour obtenir une provision. L'indemnité de fin de contrat doit être versée indépendamment des dommages et intérêts pour rupture anticipée. Elle est calculée sur la base des rémunérations totales et des dommages et intérêts correspondants aux salaires non échus. Les allocations de chômage ne peuvent se cumuler avec les dommages et intérêts prévus en cas de rupture anticipée d'un CDD, ceux-ci devant être équivalents au salaire qu'aurait dû percevoir le salarié. Sont désormais assujetties intégralement les dommages- intérêts dus en cas de rupture anticipée de CDD (salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat), ceux-ci étant soumis à l'impôt sur le revenu. Il en est de même pour le surplus éventuellement versé, et compensant un préjudice autre que la perte de salaire, même s'il est exonéré d'impôt.

Un salarié doit-il rembourser les indemnités de chômage versées par les Assedic s'il a perçu , en même temps , des dommages et intérêts pour rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ?

Oui. Pour la cour de cassation , *on ne peut toucher deux revenus pour la même période*. Ainsi, M. Ecard qui avait été engagé en contrat de qualification, donc en contrat à durée déterminée, par la société Vitadex, pour un an obtint devant le Conseil de prud'hommes ce qui lui était dû selon la loi, soit des dommages et intérêts d'un montant égal aux six mois de salaire qu'il aurait dû percevoir si son contrat s'était poursuivi jusqu'au bout (C. trav., art. L. 122-3-8). Simultanément, il s'était inscrit au chômage et avait perçu des allocations. L'ASSEDIC ayant appris qu'il avait gagné son procès aux prud'hommes lui en réclama remboursement qu'il refusa au motif que la somme versée par l'employeur à l'issue du procès prud'homal avait le caractère de dommages-intérêts et non de salaires.

Le salarié se retrouve donc devant le choix suivant : réclamer des dommages et intérêts à son employeur et se priver d'allocations au titre du chômage ou réclamer ses allocations chômage et renoncer à demander une indemnisation à laquelle il peut légalement prétendre de la part de son employeur en cas de rupture anticipée (arrêt Ecard contre Assedic de Paris du 14 janvier 1997). Il faut remarquer , de plus , qu'en choisissant de réclamer des dommages et intérêts le salarié n'acquiert aucun droit à la retraite sur ces sommes puisqu'elles ont le caractère de dommages et intérêts

Rupture pour force majeure

La *force majeure*, c'est à dire la survenance d'un fait imprévisible et inévitable, ne procédant d'aucune faute ou erreur de l'une des parties au contrat et rendant définitivement ou durablement impossible son exécution, autorise la rupture anticipée du contrat de travail. La rupture pour force majeure d'un contrat de travail à durée indéterminée ou déterminée n'est en conséquence qu'exceptionnellement admise par la jurisprudence.

Les difficultés économiques, financières, la perte d'un marché ou d'un client pouvant être prévisibles ne peuvent jamais constituer un cas de force majeure.

Sont des cas de force majeure : un sinistre, un cataclysme, un ordre de l'autorité publique (imprévisible, irrésistible, insurmontable). Ne sont pas des cas de force majeure : la chute brutale des commandes résultant de la cessation d'activité du client (pas de caractère insurmontable, ce fait ne fait que rendre plus onéreuse la prestation de travail Soc.cass 30 juin 1988, société aliment naturel c/Mme Capron) , le ralentissement ou la cessation d'activité de l'entreprise pendant un certain temps (même s'ils sont dus à un cas de force majeure, ils n'en sont pas eux mêmes constitutifs, car ils représentent la réalisation d'une éventualité prévisible faisant partie des risques que doit assumer l'employeur sans que les salariés ait la moindre part (Cass .soc. 10 janvier 1990 Rosas Astroze c/ ACIM), la maladie du salarié (Cass .soc. 31 octobre 1989, Delnord c/CAF de Lyon) sauf incapacité physique totale rendant impossible la continuation du contrat de travail (Cass . soc. 4 novembre 1985, Rodriguez Veloso c/ sté Auxiliaire d'entreprise) .

Le salarié, dont le contrat à durée déterminée est rompu avant l'échéance du terme pour cause de force majeure résultant d'un *sinistre*, a droit à une *indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat*.

« Art. L. 122-3-4-1. - Le salarié dont le contrat de travail à durée déterminée est rompu avant l'échéance en raison d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal à celui qui aurait résulté de l'application de l'article L. 122-3-8. »

La suppression du poste du salarié remplacé, suite à une réorganisation du système informatique,

constitue t-elle un cas de force majeure de nature à justifier la rupture anticipée du contrat à terme imprécis conclu pour le remplacer pendant son absence ?

Pour la cour de cassation, la suppression du poste du salarié remplacé, suite à une réorganisation du système informatique, ne constitue pas un cas de force majeure de nature à justifier la rupture anticipée du contrat conclu pour le remplacer pendant son absence. Le contrat conclu sans terme précis doit se poursuivre jusqu'au retour effectif du salarié remplacé ou, au plus tard, jusqu'au surlendemain de son retour, ou, le cas échéant, jusqu'à la rupture de son contrat de travail. (Cass. soc., 26 mars 2002 no 00-40.652)

En cas de force majeure, les parties ne sont tenues à aucune des obligations qui leur incomberaient normalement. Aucune procédure n'est à respecter. Ainsi il n'y a pas de versement de l'indemnité de fin de contrat. L'indemnité de congés payés reste due. Le salarié dont le contrat est rompu du fait d'un sinistre relevant de la force majeure n'a pas droit au versement de l'indemnité de précarité.

cessation à l'arrivée du terme

Le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme. L'arrivée du terme entraîne le versement d'une indemnité de fin de contrat et d'une indemnité de congés payés .

› Indemnité de fin de contrat

Si les relations contractuelles ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, l'employeur doit verser une indemnité de fin de contrat de 10% de la rémunération totale brute due au salarié pendant la durée du contrat (6% si un accord de branche a prévu des efforts de formation en faveur des salariés en contrat à durée déterminée). Cette indemnité à la nature d'un salaire, elle doit être assujettie aux cotisations de sécurité sociale, elle entre donc dans la base de calcul des congés payés. Cette indemnité s'ajoute à la rémunération totale brute due au salarié (primes et accessoires divers compris). Elle ne peut être prise en compte pour comparer le montant de la rémunération due à un salarié embauché par contrat à durée déterminée avec celle d'un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée dans le cadre d'application de l'art. L 122-3-3).

Dans quels cas l'indemnité de fin de contrat n'est pas versée ? Cette indemnité n'est pas versée dans les cas suivants :

- rupture pendant la période d'essai
- travail saisonnier
- emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée
- contrats conclus avec des jeunes pour la durée de tout ou partie de leurs vacances scolaires ou universitaires
- en cas de refus par le salarié d'accepter la conclusion d'un contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente
- en cas de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié, à sa faute grave ou en cas de force majeure
- contrats conclus dans le cadre des mesures pour l'emploi

L'indemnité de fin de contrat est versée en même temps que le dernier salaire et doit figurer sur le bulletin de salaire correspondant.

Attention ! En vue d'améliorer la formation professionnelle des salariés sous contrat de travail à durée déterminée, une convention ou un accord collectif de branche étendu peut également prévoir de limiter ce versement à hauteur de 6, % dès lors que des contreparties sont offertes, dans cette perspective, à ces salariés, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle. Dans ce cas, la convention ou l'accord collectif de branche étendu peut prévoir les conditions dans lesquelles ces salariés peuvent suivre, en dehors du temps de travail effectif, une action de développement des compétences telle que définie à l'article L. 932-2, ainsi qu'un bilan de compétences: Ces actions sont assimilées à des actions de formation ou de bilan de compétences réalisées dans le cadre du plan de formation au titre du dixième de l'article L- 951-1 et au titre de l'article L. 952-1.

› Indemnité de congés payés

Le salarié a droit à une indemnité compensatrice de congés payés au titre du travail effectivement accompli

durant ce contrat quelque ait été sa durée dès lors que le régime de prise des congés applicables dans l'entreprise *ne lui permet pas une prise effective de ce congé*. Le montant de l'indemnité ne peut être inférieur au dixième de la rémunération totale brute due au salarié, laquelle comprend l'indemnité de fin de contrat. Cette indemnité est versée à la fin du contrat sauf si les relations se poursuivent sous forme de contrat à durée indéterminée .

;*« Attendu que la cour d'appel a relevé que M. P... avait été en congés payés du 15 avril au 25 mai 1995 et avait perçu la rémunération à laquelle il était en droit de prétendre pendant la durée de ce congé ; que, dès lors, il ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés, mais seulement, en cas d'abus de l'employeur quant à la fixation de la date des congés, à la réparation de son préjudice ; qu'il s'ensuit que le moyen manque en fait »* (Cass. soc., 4 janv. 2000, no 97-41.374 P+B). Un salarié peut donc se voir imposer – par anticipation - en cours de contrat la prise effective de congés payés.

salariés protégés

La protection instituée par la législation du travail au profit des représentants du personnel est telle, que même les salariés embauchés sous contrat à durée déterminée en bénéficient. Le terme du contrat à durée déterminée d'un représentant du personnel conclu sans terme précis en vue de remplacer un salarié absent *est nécessairement prorogé* dans l'attente de la décision de l'inspecteur du travail ou le cas échéant, en cas de recours hiérarchique, de la décision ministérielle.

- ❑ Faut-il demander l'autorisation de l'inspection du travail pour mettre fin au CDD d'un salarié candidat aux élections du personnel ?

Une salariée engagée par contrats à durée déterminée est présentée par le syndicat CFDT sur la liste de ses candidats aux élections à la délégation unique du personnel le 12 décembre 2001 soit quelques jours avant le terme de son contrat . L'employeur devait-il demander l'autorisation de l'inspection du travail pour mettre fin à son contrat ? Non, dans la mesure où la candidature était connue moins d'un mois avant le terme du contrat. " *Mais attendu qu'il résulte des articles L. 425-2 et L. 436-2 du Code du travail, que lorsque le salarié fait acte de candidature moins d'un mois avant l'expiration du contrat à durée déterminée, l'arrivée du terme de ce contrat entraîne la cessation du lien contractuel sans que l'employeur soit tenu de saisir l'inspecteur du travail, cette formalité ne lui étant imposée que lorsque le salarié est protégé avant le point de départ du délai d'un mois ; qu'il appartient seulement au salarié qui s'estime victime d'une discrimination d'établir la disparité de situation qu'il allègue et à l'employeur de s'expliquer sur les raisons de celle-ci ; d'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, le tribunal d'instance a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé "* (Cass.soc., 28 mai 2003 N°02-60006)

Si l'autorisation est refusée, le contrat à durée déterminée devient un contrat à durée indéterminée. « Mais attendu, d'abord, qu'il résulte des dispositions de l'article L.425-1 du Code du travail, que le terme du contrat à durée déterminée conclu en vertu des dispositions de l'article L.122-1-2, III du même Code est *prorogé* dans l'attente de la décision de l'inspecteur du travail ou le cas échéant, en cas de recours hiérarchique, de la décision ministérielle ; *que dans le cas où l'autorisation est refusée, le contrat à durée déterminée devient un contrat à durée indéterminée* par application de l'article L.122-3-10 ; et attendu, ensuite, que le contrat à durée déterminée ne comportant pas de terme précis, l'employeur n'avait à saisir l'autorité administrative qu'à compter du jour où le salarié remplacé faisait connaître son intention de mettre fin à son contrat de travail ; que la cour d'appel qui a constaté que le contrat à durée déterminée ne s'était poursuivi, au-delà du 4 août 1989, qu'en raison de la nécessité pour l'employeur de respecter la procédure protectrice des salariés protégés, a exactement décidé que le contrat était resté à durée déterminée ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass. soc., 20 juin 2000, no 97-41.363 P).

Renouvellement et succession de CDD

renouvellement dans le cadre de la durée maximale

Lorsque les contrats sont conclus pour un terme précis (exécution d'une tâche précise et non durable par exemple) ils peuvent être *renouvelés une seule fois pour une durée pouvant dépasser la durée initiale*. Ce renouvellement doit respecter la limite légale maximale. Les conditions de renouvellement doivent être stipulées dans le contrat ou faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu.

Si les possibilités de renouvellement n'ont pas été stipulées dans le contrat, elles font l'objet d'un avenant

soumis au salarié préalablement au terme prévu. Le maintien des relations contractuelles peut être envisagé, par exemple, lorsqu'un salarié malade est déclaré inapte par le médecin du travail et que l'on désire garder le remplaçant ou lorsqu'une tâche occasionnelle se prolonge au delà du terme. *Ce n'est donc pas la même relation contractuelle qui continue mais une nouvelle.* Les conditions de travail peuvent être différentes de celles prévues par le contrat de travail à durée déterminée sans que le salarié puisse invoquer la modification substantielle du contrat de travail. Cependant, le salarié conserve l'ancienneté acquise au terme de son contrat et la durée de son contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai (sauf si le nouvel emploi exige des compétences différentes des fonctions précédentes).

Succession de CDD

Il a été fréquemment constaté le recours à des contrats de courte durée qui permettent de faire coïncider le délai de carence avec une période de fermeture de l'entreprise. Pour éviter cette situation, la loi de modernisation sociale modifie les articles L.122-3-11 et L.124-7 pour d'une part, allonger le délai pour les contrats de courte durée et, d'autre part, calculer le délai en jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement et non plus en jours calendaires. Pour les contrats de longue durée, les règles de calcul du délai de carence ne sont pas changées.

Principe du délai de carence

A l'expiration du contrat conclu pour une durée déterminée, 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 travail temporaire *avant l'expiration d'une période égale au tiers de la durée de ce contrat*, 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 de la durée du contrat*, renouvellement inclus, si la durée de ce contrat, renouvellement inclus, est inférieure 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.

L'allongement du délai pour les contrats de courte durée

Pour rendre moins attractifs les contrats de courte durée, la loi de modernisation sociale allonge le délai de carence pour les contrats dont la durée, renouvellement inclus, n'excède pas quatorze jours. Dans une telle situation, le délai est désormais de la moitié de la durée du contrat, renouvellement inclus au lieu d'un tiers. Le délai de carence pour un contrat dont la durée est d'au moins quatorze jours reste d'un tiers de la durée totale renouvellement inclus.

Les modalités de détermination de la durée du contrat

Le principe de décompte du délai en jours d'ouverture de l'entreprise s'applique au seul décompte du délai de carence. La durée du contrat servant de base au calcul du délai de carence s'apprécie donc toujours en jours calendaires.

calcul du délai en jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement

Pour éviter que le délai de carence ne coïncide avec une période de fermeture de l'entreprise, la loi modifie les modalités de calcul du délai de carence. Ce délai précédemment calculé en jours calendaires est désormais décompté « par référence aux jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné », quelle que soit la durée des contrats. La notion de « jours d'ouverture » s'entend comme jours d'activité. Elle ne se confond pas avec les jours d'ouverture aux clients ou aux fournisseurs. Son décompte ne pose pas de difficultés lorsque les jours d'ouverture de l'établissement correspondent au temps de travail du salarié. Dans l'hypothèse où une partie de l'établissement (atelier, bureau) présenterait un nombre de jours d'activité supérieur à celui du salarié, on retiendra cette durée comme référence, dans le silence de la loi. Mais des activités annexes telles que les périodes de gardiennage ne peuvent être considérées comme des périodes d'ouverture de l'établissement. S'il s'agit d'une entreprise à établissements multiples, seront pris en référence les jours d'ouverture de l'établissement où est affecté le salarié. Le décompte des jours d'ouverture de l'établissement s'apprécie sur la période au cours de laquelle se situe le délai de carence.

Exemple:

Un contrat débuté le 4 février 2002, prolongé à compter du 4 mars, est arrivé à terme le 22 mars. Sa durée a

donc atteint (de date à date) sept semaines, soit 47 jours calendaires, le salarié étant employé du lundi au vendredi. L'un des ateliers de l'établissement fonctionne du lundi au samedi, sauf jours fériés. Le délai de carence est ici égal à un tiers de 47 = 15,66 arrondis à 16 jours. Décompté à partir du samedi 23 mars, il s'étend jusqu'au jeudi 11 avril, le lundi de Pâques étant déduit. Un nouveau contrat pourra donc être conclu à effet du 12 avril.

Le délai de carence n'est pas applicable dans les cas suivants :

- lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé.
- lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ou au titre du 3o de l'article L. 122-1-1.
- en cas de rupture anticipée due au fait du salarié,
- en cas de refus par le salarié du renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé.

Il est admis par le ministère qu'un surcroît puisse être suivi d'un remplacement sans respecter le délai du tiers temps (un délai suffisant < au délai de carence) est néanmoins requis.

Peut-on se faire succéder (sans respecter le délai de carence) deux cdd conclus pour deux motifs différents : remplacement et surcroît.

Lorsqu'au terme d'un accroissement d'activité qui a donné lieu au recours à un salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire, une entreprise a encore besoin d'un tel salarié en raison de l'absence d'un salarié permanent au sein de la même unité de travail sur un poste de même qualification, peut-elle avoir recours sans délai au contrat à durée déterminée ou à l'intérim pour effectuer ce remplacement ?

Dans une telle situation, il y a lieu d'admettre la possibilité pour l'entreprise de recourir au contrat à durée déterminée ou à l'intérim, sans respecter le délai du tiers temps.

En effet, le remplacement d'un salarié permanent dont le poste est parfaitement identifié au moment où le contrat est conclu ne s'effectue nullement sur le poste de travail dont la création et l'existence étaient la conséquence directe de l'accroissement d'activité.

Il convient toutefois de rappeler que si dans cette hypothèse, l'entreprise n'est pas tenue de respecter le délai tiers temps, elle doit cependant, si elle décide de conclure un nouveau contrat à durée déterminée avec le même salarié, respecter un « certain délai » entre les deux contrats. L'article L 122-3-10 du code du travail n'autorise en effet la succession continue de contrats à durée déterminée avec un même salarié qu'à la condition que chacun d'eux soit conclu pour les motifs de remplacement, d'usage ou de travail saisonnier. On retiendra en pratique que ce délai peut être inférieur au délai de carence et qu'il est fonction de la durée
Circulaire DRT no 92-14 du 29 août 1992 Objet : application du régime juridique du contrat de travail à durée déterminée et du travail temporaire (BO/TR 92/21)

Par même poste de travail, on entend identité de poste de travail en fonction de la nature des travaux confiés au salarié.

Qu'est-ce qu'un même poste de travail au regard des dispositions sur le délai de carence entre deux contrats précaires ?

L'identité de poste de travail s'apprécie en fonction de la nature des travaux confiés au salarié et non de la localisation géographique de leur exécution.

L'interdiction édictée par les articles L 122-3-11 et L 124-7 du code du travail ne vise pas que le poste de travail rigoureusement semblable à celui qui était précédemment occupé, c'est-à-dire le même ouvrage au même lieu. Il ne suffit pas, pour autant, de mentionner dans les différents contrats successifs des qualifications professionnelles différentes pour établir qu'il n'y a pas identité de poste de travail, ainsi que vient d'en juger la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mai 1991. *Pour éviter les fraudes, il a été précisé que la notion d'identité de poste de travail doit être appréciée*

en fonction de la nature des travaux confiés au salarié et non de la localisation géographique de leur exécution. Si le poste ne peut être isolé, il y a lieu de se référer à l'ensemble des emplois nécessitant la même qualification professionnelle dans l'unité de travail à laquelle était affecté le salarié dont le contrat a pris fin (service, bureau). La simple mention dans le contrat de qualifications professionnelles différentes ne suffit pas à établir que les salariés n'accomplissaient pas le même travail à un même poste. Il appartient donc à l'employeur d'apporter la preuve qu'à cette différence de qualification professionnelle correspondent bien des fonctions et des travaux distincts. (Cass. crim., 28 mai 1991, no 90-82.359 : Bull. crim. , no 227)

Si un salarié est amené dans le cadre de contrats successifs à effectuer le même travail dans des lieux distincts, l'employeur est tenu de respecter le délai de carence. Si un poste qu'occupait un salarié ne peut être isolé, il y a lieu de respecter le délai de carence pour pourvoir l'ensemble des emplois nécessitant la même qualification professionnelle dans l'unité de travail à laquelle est affecté le salarié (atelier, chantier).

Dans quels cas la règle du tiers temps ou du mi-temps ne joue-t-elle pas ?

La règle du tiers temps ou délai de carence ne joue pas dans les cas suivants :

- en cas de nouvelle absence du salarié remplacé,
- pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité,
- pour des emplois saisonniers, en raison des usages,
- pour les contrats conclus au titre de la politique de l'emploi,
- en cas de rupture anticipée du fait du salarié (faute grave) ou de refus du salarié du renouvellement de son contrat.

Même si le délai de carence est respecté et même si on se trouve dans une situation où la succession de contrats est permise, la jurisprudence considère que la répétition de contrats de travail à durée déterminée avec le même salarié pendant plusieurs années peut donner aux relations contractuelles le caractère de relations à durée indéterminée, lorsque l'emploi acquiert un caractère permanent, contraire aux critères du contrat de travail à durée déterminée. Il en est ainsi de l'ensemble des contrats d'une animatrice de cours d'anglais qui se sont succédé sans autre interruption que celle de la période de congés dans l'entreprise. (cass.soc. 18 février 1988, Dt ouvrier 1988 p 307).

Dans quels cas est-il possible de conclure des contrats de travail à durée déterminée successifs ?

Il est possible de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour l'un des cas suivants :

1. pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu. Un même salarié peut ainsi assurer successivement le remplacement de plusieurs salariés absents par des contrat de travail à durée déterminée successifs sans que cette succession ait pour effet de créer une relation à durée indéterminée.
2. pour des emplois à caractère saisonnier, à l'intérieur d'une même saison.
3. pour des emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée
4. pour des contrats de qualification

Excepté dans ces hypothèses, la succession immédiate avec le même salarié d'un nouveau contrat de travail à durée déterminée au terme du précédent est interdite, même sur un poste différent.

Poursuite des relations contractuelles au delà du terme

Lorsque les relations contractuelles continuent au delà du terme la requalification est automatique. Le contrat de travail à durée déterminée est *transformé* en contrat à durée indéterminée. C'est donc le même contrat qui se poursuit, les conditions de travail ne peuvent être modifiées sur un élément essentiel sans l'accord du salarié.

Un *nouveau* contrat de travail à durée indéterminée peut être proposé à l'issue du premier contrat de travail à durée déterminée. La conclusion du nouveau contrat doit respecter un certain nombre de conditions variant selon en fonction du nouveau poste selon qu'il est *identique ou différent*.

Lorsqu'un CDI fait suite immédiatement à un CDD, la durée du CDD s'impute sur la durée de la période d'essai du CDI (art. L 122-3-10 du code du travail - cass.soc., 26 février 2002, N°00-40.749).

Priorité d'emploi sur les postes permanents

La Directive 1999/70/ CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée prévoit que « les employeurs informent les travailleurs à durée déterminée des postes vacants dans l'entreprise ou l'établissement pour leur assurer la même opportunité qu'aux autres travailleurs

d'obtenir des postes permanents. Une telle information peut être fournie au moyen d'une annonce générale placée à un endroit approprié dans l'entreprise ou l'établissement. » L'article L.122-3-17 créé par l'article 130 de la loi de modernisation sociale transpose en droit national cette disposition en précisant, afin de respecter le principe d'égalité de traitement, que la disposition ne s'applique que si un dispositif d'information existe pour les salariés permanents de l'entreprise. L'entreprise où aucun dispositif d'information des salariés permanents n'existe n'est donc pas tenue de mettre en place un système d'information des seuls salariés sous contrats à durée déterminée de l'entreprise. Au-delà de la transposition de la directive précitée, l'article L.124-23 issu de l'article 131 de la loi introduit la même obligation d'information des travailleurs temporaires en mission dans l'entreprise utilisatrice. Là encore la disposition ne s'applique que si un dispositif existe pour les salariés permanents. La loi de modernisation sociale ne donne par ailleurs aucune précision quant aux modalités pratiques d'information des salariés. Dans le silence de la loi, il faut considérer que cette information peut être fournie par tout moyen garantissant à chaque salarié, permanent ou précaire, l'accès à l'information dans des conditions identiques.

sanctions

Recours abusif au contrat à durée déterminée

Le rôle du comité d'entreprise dans le contrôle de l'utilisation par l'entreprise des contrats précaires est renforcé. La loi de modernisation sociale a complété, par son article 128, l'article L.432-4-1 pour permettre au comité d'entreprise d'avertir l'inspecteur du travail dans deux cas:

- lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats à durée déterminée ou aux contrats de travail temporaire
- lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de salariés occupés dans l'entreprise sous contrats à durée déterminée ou contrats de travail temporaire.

La notion de recours abusif au travail précaire

S'agissant de la notion de recours abusif, le législateur a voulu retenir une notion plus large que celle d'infraction ou de recours illégal ou illicite aux contrats à durée déterminée ou aux contrats de travail temporaire. Il ne s'agit pas pour le comité d'entreprise de caractériser nécessairement une infraction mais bien de disposer d'une procédure d'alerte de l'inspecteur du travail dans de nouveaux cas. Cette notion de recours abusif au travail précaire est à rapprocher des termes des articles L122-1 et L124-2 du code du travail, complétés par la loi de modernisation sociale, qui interdisent la conclusion de contrats précaires afin de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. En effet, la critique principale en matière de développement de la précarité porte sur l'existence d'un pourcentage important et stable de travailleurs précaires dans certaines entreprises, au point que la contradiction entre cette pratique de gestion des effectifs et la notion de surcroît temporaire d'activité, qui est censée fonder le recours aux contrats précaires, incite à penser que l'entreprise a décidé de recourir de façon structurelle à ce mode de flexibilité externe. C'est dans ce type de cas de figure que le nouveau droit confié au comité d'entreprise prend tout son sens, en complétant utilement les dispositions répressives et préventives (article L 432-4-1 notamment) déjà prévues et renforcées par la loi de modernisation sociale. Car c'est au niveau même de l'entreprise, voire de l'établissement, que les représentants du personnel pourront apprécier le plus justement les conditions réelles d'utilisation de ce type de contrats. Le constat d'une utilisation importante et récurrente des contrats à durée déterminée et des missions d'intérim pourra ainsi conduire le comité d'entreprise à demander à l'Inspecteur du travail d'enquêter dans l'entreprise sur le recours au travail précaire.

La notion d'accroissement important du nombre de salariés précaires

La notion d'accroissement important est appréciée par référence au nombre de contrats conclus au cours des mois précédents, au cours de la même période durant les années précédentes, ou par rapport à tout autre critère que le comité d'entreprise jugera pertinent, au regard par exemple du niveau d'activité de l'entreprise, ou du caractère saisonnier de celle-ci.

Les modalités d'exercice du droit d'alerte

La décision de saisir l'inspecteur du travail résulte d'une résolution prise à la majorité des membres présents du comité, dans les conditions prévues par l'article L.434-3. La loi de modernisation sociale a prévu que les délégués du personnel peuvent exercer les attributions du comité d'entreprise, à défaut de comité d'entreprise. Sont visés ici les situations de carence de cette institution prévues par l'article L.431-3. 2.4. Les pouvoirs de

l'inspecteur du travail.

La loi nouvelle étend les compétences de l'inspecteur du travail.

Il pourra effectuer une enquête sur place, demander des précisions au chef d'entreprise ou apprécier les conditions de recours au travail précaire au vu notamment des relevés mensuels établis par les entreprises de travail temporaire ou du registre d'entrée et sortie du personnel, sans se limiter au strict constat d'éventuelles infractions pénales.

Si l'inspecteur du travail considère, au vu de son enquête, que le recours aux contrats précaires n'est pas conforme aux articles L 122-1 et L 124-2 du code du travail, il adresse à l'employeur le rapport qui établit ce constat et il lui demande d'élaborer un *plan de résorption de la précarité dans son entreprise*.

La loi n'a pas fixé les délais dans lesquels l'employeur devra établir ce plan, ni sa durée d'exécution car ces éléments dépendent naturellement de la situation particulière de chaque entreprise. 6 En tout état de cause, l'employeur devra transmettre le rapport de l'inspecteur du travail au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel avec ses éventuelles remarques et lui présenter le plan de résorption de la précarité qu'il aura élaboré. On observera qu'au terme du débat qui se déroulera avec les représentants du personnel, l'employeur restera maître du contenu du plan qu'il mettra en œuvre.

Néanmoins, le défaut d'élaboration de plan, voire son insuffisance au regard des constatations de l'inspecteur du travail seraient susceptibles de fonder une action du comité d'entreprise devant le juge. Comme le rappelle la loi, l'inspecteur du travail, ou le contrôleur du travail par application de l'article L.611-10, pourra toujours et à tout moment relever contre l'employeur les infractions qu'il constatera par procès-verbal transmis au Parquet. La nouvelle procédure instituée par l'article 128 de la loi de modernisation sociale ne saurait en effet constituer un préalable au constat d'éventuelles infractions. Elle complète le dispositif de contrôle actuel mais ne s'y substitue pas.

Action en substitution

L'article L.122-3-16 du Code du travail autorise les organisations syndicales à saisir elles-mêmes le conseil de prud'hommes d'une action en requalification des contrats, sans avoir à justifier d'un mandat du salarié. C'est ce qu'on appelle *l'action en substitution*

L'action en substitution des syndicats déroge au principe que « nul ne plaide par procureur ».

Le Code du travail prévoit cependant 11 exceptions à la règle puisqu'il autorise les syndicats à se substituer au salarié dans les actions pour inobservation d'une convention collective (C. trav., art. L. 135-4), pour tout litige relatif à un licenciement pour motif économique ou une convention de conversion (C. trav., art. L. 321-15), en matière de prêt de main-d'œuvre illicite (C. trav., art. L. 125-3-1), contre un groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 127-6), pour les actions en faveur des travailleurs étrangers (C. trav., art. L. 341-6-1), pour les différends nés à propos du travail à domicile (C. trav., art. L. 721-19), en matière d'égalité professionnelle ou de harcèlement sexuel (C. trav., art. L. 123-6), en requalification de contrats d'intérim (C. trav., art. L. 124-20) et enfin, le cas qui nous occupe, en requalification d'un CDD (C. trav., art. L. 122-3-16).

Le salarié doit être averti par lettre recommandée de *l'intention* du syndicat et dispose d'un *déla*i de 15 jours pour manifester son opposition. Il peut, par ailleurs, intervenir à tout moment au cours de l'instance pour y mettre un terme. Un décret (C. trav., art. R. 122-1) précise le contenu de la lettre, le salarié doit être informé :

- de la nature et l'objet de l'action envisagée ;
 - du fait que l'action sera menée par le syndicat ;
- de son droit d'intervenir à tout moment pour faire cesser l'instance ;
- du délai qui lui est imparti pour faire connaître « son opposition à l'action envisagée ». Ce n'est que passé ce délai que l'acceptation tacite du salarié concerné est considérée comme acquise

Peut-on demander leur avis aux salariés le jour de l'instance ?

Oui. « Et attendu que la cour d'appel a constaté que les salariés pour lesquels le syndicat maintenait son action de substitution avaient été avisés le jour de l'introduction de l'instance, dans les formes prévues aux articles précités, que l'employeur avait pu consulter toutes les lettres adressées aux salariés et qu'un délai de plus de quinze jours s'était écoulé depuis la notification aux salariés lorsque le conseil de prud'hommes s'est prononcé ; que la situation ayant donné lieu à fin de non-recevoir ayant ainsi été régularisée avant que le juge ne statue, la cour d'appel a déclaré, à bon droit, recevable, par ces seuls motifs, l'action du syndicat. »(Cass. soc., 1^{er} févr. 2000, n° 98-41.624, arrêt 667 P.)

Sanctions

En cas de non respect des règles essentielles des contrats à durée déterminée (cas de recours, durée, renouvellement, terme du contrat) sont prévues des sanctions pénales et civiles. Une amende de 3 750 euros sera exigée pour l'un des cas suivants : embauche d'un salarié par contrat à durée déterminée pour un *motif non autorisé par la loi*, pour une *durée supérieure à la durée maximale* ou en connaissance des dispositions sur la fixation du terme ou le renouvellement, embauche d'un salarié par contrat à durée déterminée en méconnaissance des dispositions sur les interdictions de recours au contrat à durée déterminée (grève, travaux dangereux), *non respect des dispositions sur le recours* au contrat à durée déterminée après un licenciement économique, *non respect du délai de carence* entre deux contrats successifs. *Le contrat à durée déterminée irrégulier peut être requalifié en contrat à durée indéterminée* si : à l'issue d'un contrat à durée déterminée, l'entreprise continue à faire travailler un salarié sans avoir conclu avec lui un nouveau contrat de travail (art.L122-3-10), le contrat n'est pas écrit ou ne comporte pas d'indication précise de son motif, le salarié est embauché en méconnaissance des dispositions relatives aux cas de recours, aux règles sur les durées, les interdictions, le délai de carence (art .L 122-3-13)

Action en requalification d'un CDD en CDI

- ❑ Faut-il passer par la phase de conciliation pour toute demande dérivant d'une demande en requalification d'un CDD en CDI ?
Une enseignante vacataire de l'AFPA est recrutée par cinq contrats à durée déterminée à temps partiel entre septembre 92 et septembre 96 pour assurer des cours d'anglais demande la requalification de ses contrats à durée indéterminée à temps plein et des rappels de salaire sans passer par la phase de conciliation . Pour l'AFPA les demandes sans aucun lien avec la requalification demandée doivent faire l'objet d'une phase préalable de conciliation, à peine de nullité de la procédure. Pour la cour de cassation, la conciliation est inutile pour toute demande qui dérive du contrat de travail. " *Mais attendu que le salarié, qui porte sa demande de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée directement devant le bureau de jugement, en application de l'article L. 122-3-13 du Code du travail, peut présenter devant cette formation toute autre demande qui dérive du contrat de travail ;* " (Cass.soc., 04/12/02 N° 00-40.255)
- ❑ Le salarié a-t-il seul le droit de demander la requalification de son CDD en CDI ?
Un ouvrier marbrier embauché en CDD est congédié verbalement à la suite d'un conflit avec le gérant de la société. Il saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir le paiement de dommages-intérêts en raison de la rupture anticipée de son contrat de travail. L'AGS intervient à l'instance afin de solliciter la requalification du contrat de travail en un contrat à durée indéterminée au regard de l'absence de motif. Pour la cour de cassation, la demande de l'AGS n'est pas recevable, car seul le salarié peut demander la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée : " *Mais attendu que les dispositions prévues par les articles L. 122-1 et suivants du Code du travail relatives au contrat à durée déterminée ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut seul se prévaloir de leur inobservation ; qu'il en résulte que l'AGS n'est pas recevable, sauf fraude qu'il lui appartient de démontrer, à demander la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée* " (Cass.soc., 04/12/02 N° 00-43.750)
- ❑ Pour obtenir l'indemnité d'un mois de salaire en cas de requalification d'un cdd en cdi , faut-il impérativement passer par le bureau de jugement ?
Selon l'article L 122-3-13, lorsque un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine. Si le tribunal fait droit à sa demande il doit accorder au salarié une indemnité d'au moins un mois de salaire. Une salariée ayant demandé et obtenu la requalification de son cdd en cdi réclame en conséquence l'indemnité d'un mois de salaire. La cour d'appel refuse au motif que la procédure était erronée puisque la salarié avait demandé la convocation de l'employeur devant le bureau de conciliation au lieu du bureau de jugement ...Décision cassée par la haute juridiction qui estime que la cour d'appel ajoute là une procédure non prévue par les textes ! " *Attendu, cependant, que l'article L. 122-3-13 du Code du travail, qui impose au juge d'accorder au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire lorsqu'il fait droit à sa demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, ne subordonne pas l'octroi de cette indemnité à la mise en oeuvre préalable de la procédure de saisine directe du bureau de jugement instituée par ce même article ; D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a ajouté à ce*

texte une condition qu'il ne comporte pas ..." (Cass.soc., 04/02/03 N°00-43558)

- ❑ Le salarié en CDD qui obtient sa requalification en CDI doit-il rendre son indemnité de précarité d'emploi ?

Mme J. a été engagée par la Société J.J. G aux termes de plusieurs contrats à durée déterminée conclus pour accroissement temporaire d'activité. Elle désire voir requalifier ses contrats en un contrat à durée indéterminée et obtenir des dommages-intérêts pour licenciement irrégulier et sans cause réelle et sérieuse . Pour l'employeur, si elle est requalifiée en cdi, elle doit alors rendre son indemnité de précarité ! L'employeur forme alors une demande reconventionnelle en restitution de l'indemnité de précarité . Peine perdue, l'indemnité doit rester acquise au salarié ! "*l'indemnité de précarité qui compense pour le salarié la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, lorsqu'elle est perçue par le salarié à l'issue du contrat, lui reste acquise nonobstant une requalification ultérieure de ce contrat en un contrat à durée indéterminée ; "* (Cass. soc., 9 mai 2001, no 1931)

LE TRAVAIL TEMPORAIRE

Il est possible de recourir au travail temporaire dans les mêmes conditions que les cas de recours au contrat de travail à durée déterminée . Le travail temporaire se caractérise par une *relation triangulaire* : salarié - entreprise de travail temporaire - entreprise utilisatrice, sanctionnée par deux contrats : un contrat de travail temporaire et un contrat de mise à disposition. Dans les *deux jours ouvrables suivant la mise à disposition du salarié temporaire un contrat entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise de travail temporaire doit être conclu.*

Recours au travail temporaire

L'entreprise utilisatrice peut faire appel à des intérimaires dans les mêmes cas de recours que pour les contrats à durée déterminée, à savoir : le *remplacement de salariés, l'attente dans la limite d'une durée de 9 mois , de l'embauche définitive d'un salarié sous contrat à durée indéterminée*, lorsque le candidat pressenti pour occuper le poste à pourvoir n'est pas immédiatement disponible, le *remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée ayant définitivement quitté son poste de travail* et ne pouvant être remplacé par un autre salarié sous contrat à durée indéterminée, en raison d'arrêts d'activités ou de changements de techniques de production ou de matériels expressément prévus , les *variations d'activités, l'accroissement temporaire d'activité, l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise*, survenance dans l'entreprise d'une *commande exceptionnelle*, notamment à l'exportation, dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux qu'elle utilise habituellement, *variations inhérentes à la nature des activités*, emplois a caractère *saisonnier*, emplois pour lesquels il est d'*usage* constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée

L'entreprise ne peut faire appel à des intérimaires pour remplacer des salariés grévistes, - pour des travaux faisant l'objet d'une surveillance médicale spéciale, pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il ne peut être fait appel à des salariés sous contrat de travail temporaire par les établissements ayant procédé à un licenciement économique dans les six mois précédant l'entrée en fonction des intéressés en vue de pourvoir des postes concernés par ledit licenciement pour les motifs suivants : accroissement temporaire d'activité et tâche occasionnelle. Il est toujours possible (en tenant compte de la priorité de réembauchage) d'employer des salariés sous contrat à durée déterminée de trois mois maximum en cas d'accroissement temporaire d'activité ou d'exécution d'une tâche occasionnelle, précisément définie et non durable, ne relevant pas de l'activité normale de l'entreprise. Les représentants du personnel doivent être informés.

L'entreprise de travail temporaire

L'entreprise de travail temporaire est une entreprise qui a pour activité exclusive de mettre à la disposition provisoire d'entreprises utilisatrices des salariés qu'elle embauche et rémunère à cet effet. Pour exercer son activité, elle doit respecter un certain nombre d'obligations : *déclaration préalable d'ouverture à l'Inspection du Travail* et au Centre des Formalités d'Entreprises, justification d'une *garantie financière* auprès d'un système d'assurance ou de caution mutuelle (en cas d'insuffisance de la caution, l'utilisateur est substitué à l'entreprise de travail temporaire pour le paiement des sommes restant dues aux salariés et aux organismes de sécurité sociale pour la durée de la mission accomplie dans l'entreprise), *adresser dans les huit premiers jours de*

chaque mois un relevé des contrats de travail conclus avec les salariés au cours du dernier mois auprès de la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi et à la section locale de l'Agence Nationale pour l'Emploi, fournir à l'Inspection du Travail, chaque trimestre, une justification du paiement des charges de sécurité sociale dues pour le trimestre précédent.

Contrat de mise à disposition

Le contrat de *mise à disposition* comporte un certain nombre de mentions obligatoires qui doivent également figurer dans le *contrat de mission* : motif du recours au travail temporaire, terme de la mission, description du poste, nature des équipements de protection individuelles que le salarié doit utiliser, rémunération (y compris les primes et accessoires que percevrait après période d'essai un salarié de qualification équivalente), nom et adresse de l'organisme garant.

Contrat de travail temporaire

Le contrat de travail conclu entre l'entrepreneur de travail temporaire et le salarié mis à la disposition de l'utilisateur doit être établi par écrit et adressé au salarié dans les deux jours ouvrables suivant cette mise à disposition. Ce contrat doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires :

Reproduction des clauses et mentions inscrites dans le contrat de mise à disposition.

- qualification du salarié
- modalités de rémunération y compris celles de l'indemnité destinée à compenser la précarité de la situation
- période d'essai éventuelle : 2 jours travaillés pour une mission d'au plus 1 mois, jours travaillés pour une mission comprise entre un et deux mois ,jours travaillés au delà
- clause de rapatriement du salarié à la charge de l'entreprise de travail temporaire si la mission s'effectue en dehors du territoire métropolitain. Cette clause devient caduque en cas de rupture du contrat à l'initiative du salarié.
- mention comme quoi l'embauche du salarié par l'utilisateur à l'issue du contrat n'est pas interdite
- le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire et de l'organisme de prévoyance dont relève l'entreprise de travail temporaire

Terme de la mission

La mission doit comporter un terme précis dès le départ et ne pas excéder, renouvellement compris, une durée maximale de : *24 mois* pour les contrats exécutés à l'étranger, *9 mois* pour l'attente d'un salarié recruté sur contrat à durée indéterminée ou pour travaux urgents, *18 mois* dans les autres cas. Si la mission ne comporte pas de terme précis, les contrats doivent être conclus pour une période minimale dont le terme est la réalisation de l'objet pour lequel ils ont été conclus.

- Le terme peut être aménagé : avancé ou reporté

Aménagement du terme pour les missions d'au moins dix jours	L'avance du terme du contrat ne peut réduire la durée initiale de la mission de plus de dix jours de travail Le report du terme du contrat ne peut avoir pour effet de porter la durée maximale d'une mission à plus de 24 mois.
Aménagement du terme pour les missions inférieures à 10 jours	Le terme peut être avancé ou reporté de deux jours
Aménagement du terme pour le remplacement d'un salarié temporairement absent	Le terme peut être reporté jusqu'au surlendemain du jour où le salarié de l'entreprise utilisatrice reprend son emploi.

- la mission peut être renouvelée

Les missions à terme précis peuvent être renouvelées une fois pour une durée au plus égale à la durée initiale. Renouvellement et durée initiale ne peuvent excéder *18 mois*.

À 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 expiration, 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* de la durée du contrat, renouvellement inclus, si la durée de ce contrat, renouvellement inclus, *est inférieure 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.*

Ce délai de carence n'est pas applicable lorsque le contrat de travail temporaire est conclu pour assurer le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé. Il en est de même lorsque le contrat de travail temporaire est conclu pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité et au titre du 3o de l'article L. 124-2-1.

Il n'est pas non plus applicable en cas de rupture anticipée du fait du salarié, et en cas de refus par le salarié du renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé.

Rupture anticipée

L'entrepreneur de travail temporaire qui rompt le contrat de travail du salarié avant le terme prévu au contrat doit proposer à celui-ci, sauf si la rupture du contrat résulte d'une faute grave du salarié ou de la force majeure, un nouveau contrat de travail prenant effet dans un délai maximum de *trois jours ouvrables*. Le nouveau contrat ne peut comporter de modifications substantielles en ce qui concerne la qualification, la rémunération, l'horaire de travail et le temps de transport.

À défaut, ou si le nouveau contrat est d'une durée inférieure à celle restant à courir du contrat précédent, l'entrepreneur de travail temporaire doit assurer au salarié une rémunération équivalente à celle qu'il aurait perçue jusqu'au terme du contrat, y compris l'indemnité « destinée à compenser la précarité de sa situation » Toutefois, *lorsque la durée restant à courir du contrat rompu est supérieure à quatre semaines, l'employeur peut proposer trois contrats successifs au plus*. La rupture du contrat de mise à disposition ne constitue pas un cas de force majeure.

La résiliation du contrat de travail à l'initiative du salarié ouvre droit à des dommages-intérêts correspondant au préjudice subi sauf si le contrat est rompu pour une embauche pour une durée indéterminée. Sauf accord des parties, le salarié est alors tenu de respecter une période de préavis dont la durée est calculée à raison d'un jour par semaine compte tenu de la durée totale du contrat, renouvellement inclus, si celui-ci comporte un terme précis, ou de la durée effectuée lorsque le contrat ne comporte pas un terme précis, sans que cette période puisse être inférieure à un jour ni supérieure à deux semaines dans les deux cas.

L'intérimaire notifie la rupture à l'entreprise de travail temporaire, qui aura la charge d'en aviser l'entreprise utilisatrice en lui précisant la date de fin du préavis.

Les dispositions relatives au décompte de la durée du préavis des intérimaires sont en effet identiques à celles relatives à la rupture des contrats à durée déterminée. Le préavis d'un intérimaire ne peut cependant jamais être inférieur à un jour. Il s'agit ici nécessairement d'un jour ouvré. Par ailleurs, la durée exprimée en jours doit s'entendre comme étant déterminée en jours ouvrés, c'est-à-dire en jours travaillés, le préavis ne présentant d'utilité que si un travail est effectué.

Statut du salarié intérimaire

Le salarié intérimaire dispose des mêmes droits que les salariés de l'entreprise utilisatrice ou il travaille. Ainsi les règles en vigueur de l'entreprise utilisatrice s'appliquent à l'intérimaire pour : la durée du travail, le travail de nuit, le repos hebdomadaire et les jours fériés, la sécurité et l'hygiène sur les lieux de travail, les conditions d'emploi des femmes et des jeunes travailleurs. Ils ont droit, en outre, aux mêmes avantages collectifs (moyens de transports, installations collectives) que les salariés de l'entreprise utilisatrice. Bien que n'étant pas salariés de l'entreprise utilisatrice ils comptent dans leurs effectifs pour déterminer les seuils d'effectifs créateurs d'obligations en matière de représentants du personnel.

› Droit à la formation

Depuis la signature de l'accord national interprofessionnel du 23 mars 1990 et du projet de loi le reprenant, l'intérimaire dispose de droits étendus en matière de formation. Ainsi pour financer *le congé individuel de formation* auquel il peut prétendre, la contribution des l'entreprise de travail temporaire est portée de 1,2% à

2% de la masse des salaires de l'année de référence. La contribution des l'entreprise de travail temporaire au financement des congés individuels de formation est portée de 0,15% à 0,30% de la masse des salaires. Les salariés intérimaires peuvent exercer leurs droits collectifs dans l'entreprise de travail temporaire. Pour les élections de représentants du personnel et pour la nomination des délégués syndicaux, ils sont inclus dans l'effectif de l'entreprise de travail temporaire s'ils justifient d'une ancienneté de trois mois au cours de la dernière année civile. Pour être élu délégué du personnel ou désigné délégué syndical il faut justifier de six mois sur les 18 derniers mois précédant l'élection.

› Rémunération

La rémunération du travailleur temporaire ne peut être inférieure à celle que percevrait après période d'essai, un salarié de l'entreprise utilisatrice de qualification équivalente occupant le même poste de travail. Lorsqu'à l'issue d'une mission le salarié sous contrat de travail temporaire ne bénéficie pas immédiatement d'un contrat à durée indéterminée avec l'entreprise dans laquelle il était détaché, il a droit à une indemnité de fin de mission qui constitue un complément de salaire. En fin de mission, le salarié intérimaire reçoit une *indemnité de précarité d'emploi* et une *indemnité de congés payés*.

› Indemnité de précarité d'emploi

L'*indemnité de précarité d'emploi* est calculée en fonction de la rémunération du salarié et de la durée de la mission. Elle est égale à 10% montant de la rémunération totale brute due au salarié pendant la durée de son contrat et s'ajoute à celle-ci. Elle est versée au salarié de l'entreprise de travail temporaire à l'issue de chaque mission effectivement accomplie, avec le dernier salaire et doit figurer sur le bulletin de salaire correspondant. Elle n'est pas due en cas de travail saisonnier, d'emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée déterminée, de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié, à sa faute grave ou en cas de force majeure.

› Indemnité de congés payés

Le montant minimum de l'indemnité compensatrice de congés payés est de 10% de la rémunération totale perçue par le salarié y compris l'indemnité de précarité d'emploi.

Sanctions

En cas de non respect des règles essentielles des contrats de travail temporaire (cas de recours, durée, renouvellement, terme du contrat) des sanctions pénales sont prévues pour l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice. *A ces sanctions pénales peuvent se rajouter des sanctions civiles.*

Recours abusif au travail temporaire

Lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire, ou lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de salariés occupés dans l'entreprise sous contrat de travail à durée déterminée et sous contrat de travail temporaire, il peut décider de saisir l'inspecteur du travail afin que celui-ci effectue les constatations qu'il estime utiles. *L'inspecteur du travail adresse à l'employeur le rapport de ses constatations.* L'employeur communique ce rapport au comité d'entreprise en même temps que sa réponse motivée aux constatations de l'inspecteur du travail dans laquelle il précise, en tant que de besoin, les moyens qu'il met en oeuvre dans le cadre d'un plan de résorption de la précarité destiné à limiter le recours à ces formes de contrats de travail.

Remarque : A défaut de comité d'entreprise, les délégués du personnel peuvent exercer les attributions conférées au comité d'entreprise.

Sanctions pénales

Il faut distinguer les sanctions pénales concernant l'entreprise de travail temporaire et celles concernant l'entreprise utilisatrice.

› Sanctions pénales pour l'entreprise de travail temporaire :

Une amende de 3 750 euros, l'interdiction d'exercer une activité d'entreprise de travail temporaire durant 2 à 10 ans, l'affichage et la publication du jugement sont requis pour toutes les infractions aux règles relatives à

l'activité des ETT, pour le défaut de contrat de mise à disposition ou de mission dans les deux jours de la mise à disposition de l'intérimaire, pour le défaut de reproduction dans le contrat de mission des mentions figurant dans le contrat de mise à disposition, pour le défaut de garantie financière ou le défaut de déclaration à la Direction départementale du travail et de l'emploi .

► Sanctions pénales pour l'entreprise utilisatrice :

Une amende de 3 750 euros, l'affichage et la publication du jugement sont requis en cas de recours à un travailleur temporaire pour une tâche durable ou pour défaut de fixation du terme ou de la durée maximale certains contrats.

Sanctions civiles

Les salariés peuvent demander des dommages et intérêts et obtenir une requalification de leur contrat. Les demandes de requalification de contrats précaires peuvent passer directement devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes. Le bureau de jugement doit statuer dans un délai écourté un mois, sa décision est exécutoire à titre provisoire. En cas de requalification l'employeur doit payer une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire

Qu'est ce que la procédure judiciaire accélérée

Toute demande de requalification doit être portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans le mois qui suit sa saisine. La décision du conseil de prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire. Si la requalification est acquise, le salarié doit obtenir une indemnité d'un mois de salaire, sans préjudice des indemnités s'ajoutant éventuellement au titre de la résiliation d'un contrat à durée indéterminée .

Les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en faveur d'un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée , sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Celui ci doit simplement avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas s'y être opposé dans un délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention.

Avantages comparés du contrat de travail temporaire et du contrat de travail à durée déterminée

Avantages comparés pour l'entreprise

Travail temporaire

contrat de travail à durée déterminée

Le contrat de travail temporaire est d'un *emploi plus souple* que le contrat de travail à durée déterminée.

1. *au niveau du recrutement* : L'entreprise évite la lourdeur d'un recrutement. L'intérimaire est rapidement opérationnel et évite la lourdeur d'un recrutement de contrat de travail à durée déterminée. L'ETT présélectionne les candidats au poste, se charge d'établir le contrat de travail et de régler les formalités.

2. *au niveau du terme* : Le terme du contrat de travail temporaire peut être aménagé à la différence du terme rigide

3. *au niveau de la rupture anticipée* : l'entreprise n'a pas à effectuer un nouveau recrutement. L'ETT remplacera le travailleur temporaire.

4. *au niveau des effectifs* : les intérimaires n'entrent pas dans le calcul des effectifs pour certains seuils.

5. *au niveau de la dotation du comité d'entreprise* : les intérimaires ne sont pas comptabilisés

6. *au niveau de la formation* : L'ETT prend à sa charge les frais de formation avec le F.A.F du travail temporaire.

Le contrat de travail à durée déterminée est d'un *coût moins élevé* que le contrat de travail temporaire

1. *Le risque de défaillance* de l'entreprise de travail temporaire n'existe pas (et pour cause !)

2. *la période d'essai* est plus longue dans un contrat de travail à durée déterminée

3. *le recrutement d'un intérimaire* coûte plus que celui d'un contrat de travail à durée déterminée (indemnité de précarité plus élevée, marge de l'entreprise de travail temporaire)

Avantages comparés pour le salarié

Travail temporaire

contrat de travail à durée déterminée

L'intérimaire est mieux protégé que le salarié en contrat de travail à durée déterminée. (indemnités, formation, droits sociaux)

Le salarié compte dans les effectifs de l'entreprise est électeur et éligible.