

CRFPA 2020

FASCICULE DE COURS

DROIT DU SOCIAL



CAP'BARREAU

Prépa CRFPA



CAP'BARREAU - Etablissement d'Enseignement Supérieur Privé du groupe CPCM-JURIDICAS

106 Bd Saint Germain 75006 PARIS - Tel : 01.43.26.36.39

www.capbarreau.com - contact@capbarreau.com

NB : Les thèmes évoqués ci-après n'ont pas vocation à l'exhaustivité (ne sont pas évoqués les salariés protégés...). Ils sont dictés notamment par l'actualité ou encore parce qu'ils sont parfois peu évoqués dans les manuels. La lecture d'un manuel (à jour des ordonnances du 22 septembre 2017) est indispensable (exemple J. E. RAY Droit du travail, Droit Vivant ; F. Duquesne, Droit du travail...) voir encore des ouvrages spécialisés sur les ordonnances Macron (F. Taquet, Le droit du travail après les ordonnances Macron, éd. GERESO, Liaisons sociales, les Thématiques, Ordonnances Macron...). La lecture de manuels de référence en droit du travail (même s'ils ne sont pas à jour) est également recommandée (Précis Dalloz, ouvrage d'Antoine Mazeaud, de Pierre-Yves Verkindt...) En cela, les thèmes évoqués ci-après doivent être complémentaires de la lecture d'un manuel.

Les thèmes abordés sont les suivants :

Thème 1 : Les sources du droit du travail

Thème 2 : La période d'essai

Thème 3 : La promesse d'embauche

Thème n°4 : Le recrutement du salarié

Thème n°5 : Le contrat de travail

Thème n° 6 : Les contrats « atypiques »

Thème n°7 : La convention de forfait en jours

Thème n°8 : La modification du contrat

Thème n°9 : Les clauses du contrat de travail

Thème n°10 : sur les chausse-trappes du licenciement et la procédure disciplinaire

Thème n°11 : L'indemnité de licenciement

Thème n°12 : Le licenciement sans cause réelle et sérieuse

Thème n°13 : Le licenciement nul

Thème n°14 : La lettre de licenciement

Thème n°15 : Le licenciement pour inaptitude

Thème n°16 : L'obligation de sécurité

Thème n°17 : Le télétravail

Thème n°18 : La démission

Thème n°19 : Le Licenciement économique

Thème n°20 : La Rupture conventionnelle

Thème n°21 : La prise d'acte

Thème n°22 : Le transfert d'entreprise

Thème n°23 : La dénonciation d'un accord d'entreprise

Thème n°24 : La validité de l'accord d'entreprise

Thème n°25 : La grève

Thème n°26 : le CSE (le Comité Social Economique)

Thème n°27 : La faute inexcusable

Thème n°28 : Le salarié détaché et les règles applicables aux salariés transnationaux

Thème n°29 : Accidents du travail et maladies professionnelles

Thème n°30 : Régime général de sécurité sociale : Principes de base

Thème 1 : Les sources du droit du travail

NB : Quelques brèves observations sur ce thème.

Ne seront pas abordées les sources européennes et internationales.

Rappel : Certaines conventions de l'OIT sont d'application directe en droit interne (Cass. Soc. 29 mars 2006, s'alignant sur CE 19 oct. 2005). Voir également Cass. Soc. 26 mars 2013, la Chambre sociale censure une période d'essai d'un an au titre de la convention n°158 de l'OIT et de ses dispositions impératives sur la « durée raisonnable » de l'essai.

L'usage et sa dénonciation seront évoqués infra.

Il sera insisté uniquement sur la nouvelle architecture conventionnelle, issue de la réforme du 22 septembre 2017, thème d'une brûlante actualité.

Ordre public absolu : Comparable à un « feu rouge » selon J. E. RAY. Il reste marginal. Il n'est pas possible d'y déroger ni dans un sens favorable, ni dans un sens défavorable (exemple : compétence des conseils de prud'hommes, de l'inspecteur du travail...). Idem seuil de 10% pour les élections professionnelles fixé par la loi du 20 août 2008.

Ordre public social : La source inférieure doit être plus favorable au salarié que la norme supérieure (exemple du SMIC, les normes inférieures doivent prévoir des minima salariaux égaux ou supérieurs). Arrêt fondateur : CE 22 mars 1973, mais pas de valeur constitutionnelle (CC 20 mars 1997).

Ordre public en régression. Seul le contrat de travail reste entièrement soumis à l'ordre public social. De même, que les 13 matières relevant exclusivement de la convention de branche depuis l'ordonnance n°1 du 22 septembre 2017 (art. L 2253-1 du Code du travail : salaires minima, classifications, renouvellement de la période d'essai ou du CDD...). Sur ces 13 sujets, les stipulations de la convention de branche prévalent sur l'accord d'entreprise conclu antérieurement ou postérieurement, « *sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes* ».

La négociation collective dérogatoire (instaurée par les lois de 1982 et 2004).

Application du principe de proximité. La loi du 20 août 2008 avait déjà retenu le principe de primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord d'entreprise dans trois domaines relevant de la durée du travail.

La loi du 8 août 2016 en a fait le principe avec une dizaine de thèmes relatifs au temps de travail et temps, de repos, chaque article étant composé de trois paragraphes :

- 1) Ordre public (auquel il n'est pas possible de déroger in pejus)
- 2) Champ de la négociation collective (ouvert à la négociation collective, exemple un accord d'entreprise peut prévoir un taux de majoration des heures supplémentaires de celui figurant dans la loi dans la limite de 10% ((art. L 3121-33 du Code du travail).
- 3) Dispositions supplétives (fixées par la loi), « *A défaut d'accord...* ».

Les ordonnances du 22 septembre 2017 définissent trois blocs.

Bloc 1 : le nouvel ordre public conventionnel (ou « professionnel » car lié à un secteur économique)

Suprématie de la branche. Article L 2253-1, la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés dans 13 matières suivantes (salaires minima, classifications, mutualisation des fonds de financement du paritarisme, mutualisation des fonds de la formation professionnelle, garanties collectives complémentaires, mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail de travail temporaires, mesures relatives au CDI de chantier, égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, conditions et durées de renouvellement de la période d'essai, modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre les deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L 1224-1 ne sont pas réunies, les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice, la rémunération minimale du salarié porté ainsi que le montant de l'indemnité d'apport d'affaire).

Autorité relative de la branche puisque dans ces 13 domaines, « les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche... sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ». Des « garanties » pas forcément des « droits », qui sont « au moins équivalentes » pas équivalentes tout court.

Bloc 2 : La branche conserve sa supériorité (article L 2253-2)

La branche conserve sa supériorité seulement si elle le dit expressément :

- 1) Prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels ;
- 2) L'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travaux handicapés ;
- 3) L'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;
- 4) Les primes pour les travaux dangereux ou insalubres.

Bloc 3 : Primauté de l'accord d'entreprise et supplétivité de la convention de branche (art. L 2253-3).

En dehors des thèmes limitativement énumérés supra, les stipulations de la convention d'entreprise prévalent sur celles ayant le même objet prévu par la convention de branche.

Thème 2 : La Période d'essai

NB : Thème qui soulève des questions fréquentes, retouché à la marge par les ordonnances du 22 septembre 2017.

I. Définition de l'essai

Article L 1221-19-1 du Code du travail, « *la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ».

L'essai ne peut être rompu par l'employeur que pour des motifs inhérents à la personne du salarié.

Attention pas de rupture de la période d'essai pour motif économique (« *rupture de la période d'essai du fait de la fermeture d'un hôtel pour absence de neige est abusive, car non inhérente à la personne du salarié* » (Cass. Soc. 15 déc. 2010, n°09-42.273 cf : également Cass. Soc. 15 déc. 2016, n°15-21.596).

Article L 1221-21 du Code du travail dispose « *la période d'essai ne se présume pas. Elle est expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail* ».

Le principe et la durée de la période d'essai doivent figurer dans le contrat.

S'il n'y pas de contrat de travail écrit, il ne peut donc pas y avoir de période d'essai.

De même, le simple renvoi à la convention collective mentionnant une durée de période d'essai n'est pas non plus suffisant.

Attention : pas de licenciement en matière de période d'essai mais rupture de période d'essai.

- La période d'essai doit être distinguée de la période probatoire.

La période d'essai est donc notifiée en début de contrat, la période probatoire l'est en cours de contrat dans le cadre d'un changement de poste.

Concernant la période probatoire, « *en présence de deux contrats de travail successif entre les mêmes parties, la période d'essai stipulée dans le second contrat conclu à l'occasion d'un changement de fonctions du salarié ne peut être qu'une période probatoire, dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures* » (Cass. Soc. 30 mars 2005, n°03-41.797).

II. Durée de l'essai

La période d'essai ne se présume pas, elle doit donc être expressément stipulée dans le contrat de travail comme indiqué supra.

Le point de départ est le commencement de l'exécution du contrat (et non de la tâche). Ce point de départ ne peut pas être différé par les parties même pendant les premiers mois, le salarié n'est pas affecté au poste prévu dans son contrat de travail.

La date de la rupture de la période d'essai constitue le jour où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, donc le jour de l'envoi de la lettre notifiant la rupture.

La période d'essai servant à apprécier les compétences professionnelles du salarié, son absence justifiée (maladie...) reporte d'autant la fin de l'essai.

La fin de la période d'essai n'est donc pas celle qui était initialement mentionnée dans le contrat de travail. Dans ces conditions, la rupture ne sera pas considérée comme abusive.

Ainsi, la prise de congés payés en cours de période d'essai prolonge celle-ci d'autant (Cass. Soc. 31 janv. 2018, n°16-11.598).

Voir également, Cass. Soc. 11 septembre 2019, n°17-21.976 : La prise de jours de récupération du temps de travail par le salarié prolonge la période d'essai, sans que cette prolongation soit limitée aux jours ouvrables inclus dans la période de suspension du contrat.

L'article L 1221-19 du Code du travail mentionne un maximum de durée de période d'essai pour chaque catégorie professionnelle :

« le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est deux mois pour les ouvriers et les employés ; pour les agents de maîtrise et les techniciens de trois mois ; pour les cadres de quatre mois ».

Cette durée maximale est celle qui est appliquée dans la très grande majorité des cas (la Cour de cassation avait pu juger « déraisonnable » une période d'essai d'une durée de 12 mois sur le fondement de l'article 158 de la convention de l'OIT, Cass. Soc 4 juin 2009, n°08-41.359).

➤ Concernant le renouvellement de la période d'essai, il doit :

- avoir été prévu expressément dans le contrat de travail (L 1221-23 du Code du travail) ;
- avoir été prévu par un accord de branche étendu (art. L 1221-21 du Code du travail). Cet accord fixe les conditions et les durées de ce renouvellement dans le respect des durées maximales citées. ci-après.

- le renouvellement de la période d'essai doit être proposé et accepté par le salarié avant la fin de la période d'essai initiale. Son accord exprès doit donc être obtenu.

Attention : la seule signature du salarié sur la lettre remise en main propre prolongeant la période d'essai ne vaut pas accord du salarié à son renouvellement (Cass. Soc. 8 juill. 2015, n°14-11.762).

En revanche, l'apposition par le salarié de sa signature et de la mention « lu et approuvé » sur la lettre notifiant le renouvellement de sa période d'essai vaut accord excès de sa part à ce renouvellement (Cass. Soc. 21 janv. 2015, n°13-23.018).

Un seul renouvellement était autorisé par accord de branche étendu conformément à l'article L 1221-20 du Code du travail et étendu par le Ministre du Travail.

En l'absence d'un tel accord un renouvellement était donc illicite :

« La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement.

La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ;

2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;

3° Huit mois pour les cadres. »

Avec l'article L 2253-1 du Code du travail (10°), l'ordonnance du 22 septembre 2017 a autorisé les conventions de branche et elles seules à prévoir des stipulations différentes pour « les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai », notamment de prévoir deux renouvellements.

Toutefois, il conviendra de veiller à ce que la durée totale de cette période d'essai ne heurte pas les dispositions de la convention n°158 de l'OIT, une convention de branche prévoyant trois renouvellements de trois mois serait jugée excessive au regard de la jurisprudence précitée (Cass. Soc. 4 juin 2009).

III. Rupture de l'essai

Elle ne constitue ni une démission ni un licenciement.

La contestation judiciaire survient principalement dans trois hypothèses :

- Contestation du motif de la rupture par le salarié. Cette hypothèse est rare en pratique au regard de sa faible et des faibles gains qu'il est susceptible d'obtenir

Le motif invoqué par l'employeur doit toutefois reposer sur des faits établis de manière irréfutable. Tel n'est pas le cas lorsque la rupture est fondée sur de simples soupçons d'un vol dont l'auteur n'est pas identifié (Cass. Soc. 23 nov. 2005, n°03-46.668).

- mise en œuvre de la rupture qui est abusive (« *si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus* », rupture faisant à une réclamation du salarié au sujet de sa rémunération (Cass. Soc. 10 déc. 2008, n°007-42.445) ; période d'essai avait été détournée de son objet et avait servi à pouvoir un poste provisoire, ce que l'employeur savait dès l'origine (Cass. Soc. 31 oct. 2007, n°06-44.029) ou encore lorsque l'essai est rompu en raison d'un refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail ce qui est son droit le plus strict.

Attention également à la rupture trop rapide de la période d'essai. Il convient en effet de laisser un minimum de temps au salarié pour permettre d'apprécier les compétences professionnelles du salarié. A défaut, on peut douter que les raisons de la rupture soient liées à sa valeur professionnelle qui n'a pu être réellement appréciée. Une rupture dans ces conditions est abusive et l'employeur se verra reprocher d'avoir agi avec une légèreté blâmable. Peut également constituer un abus de droit le fait pour un employeur de rompre une période d'essai d'une durée d'un mois au bout de deux jours (Cass. Soc. 11 janv. 2012, n°10-14.868, les juges ont alloué 8.000 € à un agent de sécurité pour deux jours de travail !).

- hypothèse également où le salarié conteste la rupture de sa période d'essai alors qu'aucune période d'essai n'a été prévue dans son contrat de travail. Condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse mais gain limité pour le salarié (1 mois maximum de dommages-intérêts au titre de l'article L 1235-3 du Code du travail + une indemnité compensatrice de préavis + une indemnité de licenciement si le salarié dispose de plus de 8 mois d'ancienneté (art. L 1234-9 du Code du travail).

Délai de Prévenance : L'article L 1221-25 du Code du travail prévoit un délai de prévenance la rupture de la période d'essai selon les modalités suivantes :

« 1° *Vingt-quatre heures en deçà de huit jours de présence ;*

2° *Quarante-huit heures entre huit jours et un mois de présence ;*

3° *Deux semaines après un mois de présence ;*

4° *Un mois après trois mois de présence.* »

Délai de prévenance de 48 heures pour le salarié, ramené à 24 heures si la durée dans l'entreprise est inférieure à 8 jours (L 1221-26 du Code du travail).

Attention : « *la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance* » (art. L 1221-25 al. 2).

Cela signifie que l'observation du délai de prévenance ne peut pas aboutir à ce que le salarié exécute sa prestation de travail au-delà de la période d'essai convenue. A défaut, le contrat de travail devient à durée déterminée et ne peut être rompu par l'employeur qu'en licenciant le salarié (Cass. Soc. 5 nov. 2014, n°13-18.114).

Rien n'interdit toutefois à l'employeur de notifier la rupture de la période d'essai alors que le délai de prévenance ne sera pas expiré au terme de cette dernière, mais pour autant que le salarié soit dispensé de travailler au-delà de cette date (Cass. Soc. 16 sept. 2015, n°14-16.713).

Lorsque le délai de prévenance d'une rupture de la période d'essai n'est pas respecté, son inexécution ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave à une indemnité compensatrice.

Cette indemnité est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise (art L 1221-25 du Code du travail alinéa qui entérine la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Soc. 23 janvier 2013 n°11623.428).

- En cas de faute disciplinaire invoquée par l'employeur, il doit impérativement respecter la procédure disciplinaire (convocation + entretien + notification motivée de la rupture), mais pas la procédure de licenciement.

La procédure relative aux salariés protégés doit également être respectée si le salarié bénéficie d'un statut protecteur exceptionnel et exorbitant de du droit commun (rare en pratique).

Dans cette hypothèse, la rupture ne pourra intervenir qu'après autorisation expresse de l'inspecteur du travail, qui examinera notamment si elle n'est pas discriminatoire.

- Toute rupture d'essai fondée sur l'un des cas de discrimination énoncés à l'article L 1132-1 du Code du travail (notamment grosse ou maladie...) est discriminatoire.

Cet article est applicable à la rupture de la période d'essai comme a pu le juger la Cour de cassation (Cass. Soc. 16 fév. 2005, n°02-43.402).

La sanction est lourde puisque la nullité de la rupture de la période d'essai peut être retenue, à savoir réintégration (rare en pratique) ou indemnisation modifiée par l'ordonnance du 22 septembre 2017.

Le délai de prescription comme pour toute rupture est de 12 mois (article L 1471-1 du Code du travail), depuis les ordonnances du 22 septembre 2017.

Thème n°3 : La promesse d'embauche

NB : Thème évoqué puisqu'il comporte une actualité importante avec le revirement de jurisprudence de septembre dernier évoqué infra et dans le fascicule d'actualité (Cass. soc., 21 sept. 2017, no 16-20.103).

Tout recrutement est généralement précédé d'un certain nombre d'échanges. Le recruteur définit un poste, indique habituellement le lieu où il sera exécuté, parfois la fourchette de salaires auquel il correspond. Les candidats répondent pour postuler à l'emploi. Des entretiens ont lieu, au cours desquels on entre de plus en plus dans le détail. Mais, à partir d'un certain moment, ce qui n'était que pourparlers, change de nature pour devenir une promesse d'embauche créatrice de droits et de devoirs.

La distinction entre l'offre d'emploi et la promesse unilatérale du contrat de travail doit se faire à la lumière des articles 1113 à 1124 du Code civil, tels qu'ils résultent de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016. Ces dispositions anéantissent la jurisprudence antérieure qui peut malgré tout servir encore à déterminer les « éléments essentiels » du contrat promis.

a) Principes du Code civil s'appliquant à la promesse d'embauche

Les articles du Code civil qui intéressent la promesse d'embauche sont les suivants :

— C. civ., art. 1113 : « Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

« Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur » ;

— C. civ., art. 1114 : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. À défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation » ;

— C. civ., art. 1115 : « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire » ;

— civ., art. 1116 : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

« Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat » ;

— C. civ., art. 1117 : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable.

« Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur » ;

— C. civ., art. 1118 : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.

« Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

« L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle » ;

— C. civ., art. 1120 : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières » ;

— C. civ., art. 1121 : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue » ;

— C. civ., art. 1122 : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement » ;

— C. civ., art. 1124 : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

« Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

Les neuf premiers articles cités font partie de la sous-section 1 du chapitre « Formation du contrat ». Cette section est intitulée « L'offre et l'acceptation ». Le dernier figure dans la sous-section 2, « Le pacte de préférence et la promesse unilatérale ».

b) Conséquences de ces principes

1. Abandon de l'ancienne jurisprudence

Après avoir tâtonné, la Cour de cassation a progressivement abandonné la thèse selon laquelle la promesse d'embauche était un avant-contrat dont la rupture fautive par l'employeur ouvrait droit à des dommages-intérêts (premier arrêt, Cass. soc., 17 mars 1971, no 70-40.062, dernier arrêt ; Cass. soc., 12 mai 2003, no 01-42.068). Elle avait par la suite décidé que cette dernière était assimilée à un contrat de travail dès son émission, à condition que la proposition écrite soit suffisamment précise : indication du poste de travail proposé, du salaire, du lieu de travail et de la date d'entrée en fonction (Cass. soc., 15 mars 2010, no 08-42.951). Même si l'élément de rémunération faisait défaut, la promesse d'embauche valant contrat de travail était constituée (Cass. soc., 21 sept. 2005, no 03-45.312). En bref, il suffisait que les éléments essentiels du contrat figurent dans le document pour qu'il soit assimilé à un contrat de travail.

Cette jurisprudence ne peut plus perdurer, puisque l'offre, telle qu'elle est définie par l'article 1113 du Code civil, comprend les éléments essentiels du futur contrat. Or, la rétractation de l'offre avant l'expiration, soit du délai fixé par son auteur (l'employeur), soit dans un délai raisonnable, « empêche la conclusion du contrat » (C. civ., art. 1116) et se solde par l'engagement de sa responsabilité extracontractuelle (même article). On en revient donc à la conception de l'avant contrat.

La Cour de cassation s'est donc résolue à rectifier sa jurisprudence : « Attendu que l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail ; ... » (Cass. soc., 21 sept. 2017, no 16-20.103).

2. Critères de distinction entre l'offre d'emploi et la promesse unilatérale de contrat de travail

L'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation, constitue une offre de contrat de travail qui peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Tant que les éléments essentiels du contrat ne sont pas précisés et tant que l'intention de l'employeur de s'engager si le salarié consent, il n'y a pas d'offre d'emploi mais simplement une invitation à entrer en négociation (C. civ., art. 1114).

La rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par l'employeur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur.

Reste la possibilité pour le salarié de faire reconnaître une promesse unilatérale de contrat de travail, conformément à l'article 1124 du Code civil.

Il y faut deux éléments :

— les éléments essentiels du contrat qui, selon la doctrine dégagée pour la modification du contrat de travail, sont le poste proposé et le salaire auxquels, s'agissant d'une promesse d'embauche, on peut ajouter la date d'entrée en fonctions (Cass. soc., 13 mars 1974, no 72-40.796 ; Cass. soc., 21 mars 2017, précité) ;

— « le droit d'opter pour la conclusion du contrat » en lui laissant un délai de réponse. La révocation, par l'employeur, de la proposition pendant le délai de réponse imparti au salarié « n'empêche pas la formation du contrat promis ».

Moyennant la réunion de ces deux conditions, la promesse unilatérale vaut contrat de travail.

Par conséquent, l'existence d'un délai de réponse ne suffit pas à caractériser la promesse unilatérale de contrat de travail, puisque la fixation d'un délai est une possibilité reconnue à l'auteur de l'offre d'emploi par l'article 1116 du Code civil. Il sera donc facile aux employeurs de se placer dans la situation de la simple offre d'emploi. Seuls les candidats en position de force pourront exiger une promesse unilatérale de contrat en demandant à leur futur employeur soit d'inscrire sur le document « Promesse unilatérale de contrat », soit d'employer les termes « *vous avez le droit d'opter pour la conclusion du contrat* »

3. Acceptation du salarié

Dès que le salarié a accepté l'offre, le contrat est formé, même si l'entrée en fonction est différée (C. civ., art. 1113).

a) Rétractation d'une offre d'emploi

La rétractation d'une offre d'emploi, avant que le salarié n'ait répondu et avant qu'elle ne soit atteinte de caducité, permet d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'employeur, c'est-à-dire qu'elle ouvre droit, pour le salarié, à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.

Ces dommages-intérêts ne sont ni soumis à un plancher, ni plafonnés.

L'offre est caduque à l'expiration du délai éventuellement fixé par l'employeur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1117).

b) Rétractation d'une promesse unilatérale de contrat de travail

1. Promesse de contrat à durée indéterminée

La rupture d'une promesse unilatérale de contrat de travail équivaut à un licenciement (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 95-45.331). Le salarié peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis (Cass. soc., 4 déc. 2001, no 99-43.324).

Le plus souvent, l'indemnité de licenciement n'a pas lieu d'être, puisque le salarié n'a pas l'ancienneté requise pour en bénéficier (pour mémoire, l'ancienneté a été abaissée à 8 mois pour en bénéficier depuis les ordonnances du 22 septembre 2017). Mais il n'en est pas toujours ainsi. En effet, dans l'arrêt du 2 février 1999, la société s'était engagée à reprendre l'ancienneté totale du salarié dans la profession du BTP, soit 27 ans (Cass. soc., 2 févr. 1999, précité).

À l'époque où elle estimait que la promesse d'embauche valait contrat de travail, la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait non seulement d'un licenciement, mais également d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 déc. 2010, no 08-42.951).

À la lumière de l'ordonnance no 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, il sera peut-être possible d'éviter la condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en motivant convenablement la rétractation de la promesse unilatérale.

Si tel n'est pas le cas, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse sera évaluée en fonction du préjudice subi et plafonnée à un mois de salaire brut (C. trav., art. L. 1235-3).

Comme on le constate, le montant sera limité et n'incitera pas le salarié en cas de violation à agir devant le Conseil de prud'hommes.

2. Promesse de contrat à durée déterminée

La Cour de cassation considère que la rupture d'un CDD par l'employeur, avant tout commencement d'exécution, est régie par les règles de l' article L. 1243-1 du Code du travail . Le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée de son contrat (Cass. soc., 12 mars 2002, no 99-44.222, Bull. civ. V, no 86 ; Cass. soc., 26 sept. 2002, no 00-42.581, Bull. civ. V, no 281). La Haute Juridiction souligne en effet que l'employeur qui, faute de commencement d'exécution du contrat, n'a pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, ne peut pas se prévaloir d'une rupture en cours de période d'essai (Cass. soc., 16 oct. 2002, no 00-46.378).

En revanche, la promesse d'embauche ne fait pas obstacle à ce que le contrat, en l'espèce un CDD, prévoie une période d'essai. Même si la promesse d'embauche n'en faisait pas mention, les tribunaux font prévaloir le contrat de travail définitif (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13.14-258).

c) Rétractation d'un contrat formé avant l'entrée en fonctions

Les effets de la rétractation sont les mêmes que ceux d'une rétractation de promesse unilatérale de contrat.

a) Rétractation d'une offre d'emploi

La rétractation d'une offre d'emploi, avant que le salarié n'ait répondu et avant qu'elle ne soit atteinte de caducité, engage la responsabilité extracontractuelle de l'employeur, c'est-à-dire qu'elle ouvre droit, pour le salarié, à des dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.

Ces dommages-intérêts ne sont ni soumis à un plancher, ni plafonnés.

L'offre est caduque à l'expiration du délai éventuellement fixé par l'employeur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable (C. civ., art. 1117).

b) Rétractation d'une promesse unilatérale de contrat de travail

1. Promesse de contrat à durée indéterminée

La rupture d'une promesse unilatérale de contrat de travail équivaut à un licenciement (Cass. soc., 2 févr. 1999, no 95-45.331). Le salarié peut prétendre au paiement d'une indemnité de préavis (Cass. soc., 4 déc. 2001, no 99-43.324).

Remarques : Le plus souvent, l'indemnité de licenciement n'a pas lieu d'être, puisque le salarié n'a pas l'ancienneté requise pour en bénéficier. Mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, dans l'arrêt du 2 février 1999, la société s'était engagée à reprendre l'ancienneté totale du salarié dans la profession du BTP, soit 27 ans (Cass. soc., 2 févr. 1999, précité).

À l'époque où elle estimait que la promesse d'embauche valait contrat de travail, la Cour de cassation avait estimé qu'il s'agissait non seulement d'un licenciement, mais également d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 déc. 2010, no 08-42.951).

Remarques : À la lumière de l'ordonnance no 2017-1387 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, il sera peut-être possible d'éviter la condamnation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en motivant convenablement la rétractation de la promesse unilatérale.

Si tel n'est pas le cas, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse sera évaluée en fonction du préjudice subi et plafonnée à un mois de salaire brut (C. trav., art. L. 1235-3).

2. Promesse de contrat à durée déterminée

La Cour de cassation considère que la rupture d'un CDD par l'employeur, avant tout commencement d'exécution, est régie par les règles de l'article L. 1243-1 du Code du travail . Le salarié est donc en droit d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée de son contrat (Cass. soc., 12 mars 2002, no 99-44.222, Bull. civ. V, no 86 ; Cass. soc., 26 sept. 2002, no 00-42.581, Bull. civ. V, no 281). La Haute Juridiction souligne en effet que l'employeur qui, faute de commencement d'exécution du contrat, n'a pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié, ne peut pas se prévaloir d'une rupture en cours de période d'essai (Cass. soc., 16 oct. 2002, no 00-46.378).

En revanche, la promesse d'embauche ne fait pas obstacle à ce que le contrat, en l'espèce un CDD, prévoie une période d'essai. Même si la promesse d'embauche n'en faisait pas mention, les tribunaux font prévaloir le contrat de travail définitif (Cass. soc., 12 juin 2014, no 13.14-258).

c) Rétractation d'un contrat formé avant l'entrée en fonctions

Les effets de la rétractation sont les mêmes que ceux d'une rétractation de promesse unilatérale de contrat.

Le litige né de la non-exécution d'une promesse d'embauche est de la compétence de la juridiction prud'homale (Cass. soc., 9 oct. 1968, no 67-40.370, Bull. civ. V, p. 351). Ainsi, s'agissant d'un employeur qui avait conclu avec l'ANPE (ex : Pôle-Emploi) une convention de stage d'accès à l'entreprise, et qui s'était engagé à embaucher le stagiaire s'il atteignait le niveau requis, la Cour de cassation a retenu que le différend suscité par la méconnaissance de cette promesse d'embauche était relatif à la formation d'un contrat de travail. Dès lors, il relevait de la compétence du conseil de prud'hommes (Cass. soc., 5 avr. 2005, no 02-45.636, Bull. civ. V, no 123).

Thème n°4 : Le recrutement du salarié

NB : Thème qui soulève régulièrement des questions dans les cas pratiques concernant l'application de l'article L 1222-6 du Code du travail et les questions qui peuvent être posées par l'employeur lors du recrutement.

L'entretien d'embauche a pour objet d'évaluer l'aptitude du salarié à occuper l'emploi proposé. Par conséquent, les questions posées doivent avoir un lien direct et nécessaire avec cet emploi. Le salarié n'a pas à répondre à des questions portant sur sa vie privée, telles notamment la profession de son conjoint, ses loisirs..., même si en pratique il sera difficile de prouver qu'une telle question a été posée... La non réponse à une telle question, bien que la demande soit illégale, pourrait également être mal perçue par le recruteur...

Information du salarié des techniques de recrutement utilisées. Le salarié doit être informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aides au recrutement utilisées (tests, graphologie, etc.), étant précisé que celles-ci doivent être pertinentes par rapport aux moyens poursuivis. Le recours à des méthodes reposant sur la numérologie, l'astrologie ou la morphopsychologie pourrait, à ce titre, être contesté par un candidat faute pour ces pratiques d'être validées scientifiquement.

Remarque : les résultats obtenus doivent rester confidentiels et être portés à la connaissance du candidat s'il en émet le souhait (Circ. DRT n° 93-10, 15 mars 1993 ; Délib. Cnil n° 02-017, 21 mars 2002).

Par ailleurs, aucune information concernant personnellement le candidat ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance.

Exemple :

il n'est pas possible d'enregistrer ou de filmer un candidat à son insu.

La loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, JO 7 janv.) impose à l'employeur, en matière de questionnaire d'embauche, d'informer le candidat du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des informations et de l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

ATTENTION : l'employeur doit informer le comité social et économique des techniques de recrutement préalablement à leur utilisation (C. trav., art. L. 2312-38).

Informations demandées au candidat. Les informations demandées doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles et le salarié doit y répondre de bonne foi. Toutes les questions posées doivent donc permettre d'apprécier la compétence du candidat, ses facultés d'adaptation, ses potentialités à évoluer, les éléments de sa personnalité en rapport avec les exigences du poste (goût du travail en équipe, autonomie, sens des responsabilités, etc.). L'employeur peut ainsi poser des questions concernant :

- – la formation, les diplômes (une photocopie peut être demandée), les notes obtenues. En revanche, il ne peut demander le dossier scolaire du candidat car il comporte des appréciations personnelles ;
- – les antécédents professionnels (il peut demander les certificats de travail) ;
- – l'existence d'une clause de non-concurrence.

Remarque : la vie privée ne concerne pas l'employeur. Le salarié n'a donc pas à répondre (voire n'est pas tenu de dire la vérité) à des questions portant sur son état de santé, la profession de ses parents, de son conjoint, un état de grossesse, ses loisirs, etc.

CV mensonger et action de l'employeur. L'employeur peut être tenté de demander la nullité du contrat de travail pour dol (C. civ., art. 1130 ; C. civ., art. 1131). Le dol consiste à recourir à des manœuvres frauduleuses afin d'amener l'un des contractants à s'engager. Mais le dol n'est pas facilement retenu par la jurisprudence. En effet, il convient de :

- – prouver l'existence d'une manœuvre frauduleuse du salarié : la plupart du temps il s'agit d'allégations mensongères sur la formation, les diplômes, l'expérience ;
- – mais surtout, démontrer que l'employeur n'aurait pas embauché le salarié sans ces manœuvres. Le seul fait de présenter son CV sous un jour flatteur en usant de mentions imprécises ou susceptibles d'une interprétation erronée n'est pas, selon la Cour de cassation, une manœuvre frauduleuse permettant d'annuler le contrat.

Exemple :

Une salariée avait été engagée comme responsable d'un centre d'étude de langue dans un organisme de formation. Dans son CV, figurait la mention suivante : « *1993 : assistance de la responsable de formation de Renault dans le service formation linguistique* ». Or l'intéressée n'avait eu, en fait, qu'une expérience de quatre mois dans le cadre d'un stage. Selon les juges, la mention litigieuse était, certes, imprécise et susceptible d'une interprétation erronée, mais elle n'était pas constitutive d'une manœuvre frauduleuse (Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.565). Concrètement, il n'y avait pas réellement mensonge : la salariée avait bien eu une expérience professionnelle chez Renault.

Si les allégations du candidat sont mensongères et ont joué un rôle déterminant dans l'embauche, le contrat de travail peut être annulé.

Exemple :

Afin de se faire embaucher dans une école privée, un candidat avait prétendu avoir suivi une formation dans une école de commerce et être titulaire d'un DESS obtenu à Dauphine. Ces fausses affirmations ayant joué un rôle déterminant dans le recrutement, le contrat de travail a été annulé. Par ailleurs, le salarié a été condamné à verser des dommages et intérêts à l'employeur, car l'histoire avait été rapportée dans la presse et avait causé un préjudice à l'école (Cass. soc., 17 oct. 1995, n° 94-41.239).

À l'inverse, s'il n'apparaît pas que la manœuvre du salarié a été déterminante dans le choix du candidat, la nullité du contrat de travail ne sera pas prononcée.

Exemple :

Le fait que la lettre de motivation d'un candidat soumise à analyse graphologique ait été rédigée par sa femme n'a pas permis d'annuler le contrat de travail. Il aurait fallu rapporter la preuve que, si la lettre

avait été écrite par le mari, la société n'aurait pas embauché le salarié (Cass. soc., 5 oct. 1994, n° 93-43.615).

L'employeur peut aussi être tenté de licencier le salarié en raison de son manque de loyauté. Un tel licenciement ne sera toutefois justifié que s'il apparaît que la fausse affirmation du salarié a eu un rôle déterminant pour son recrutement ou alors que le salarié n'aurait pas les compétences nécessaires pour remplir ses fonctions.

Exemples :

C'est ce qui a été jugé pour une salariée qui avait donné des informations inexactes sur ses diplômes, ce dont l'employeur s'était rendu compte trois ans plus tard. Le licenciement pour faute était justifié, dans la mesure où la salariée n'avait pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles elle avait été embauchée (Cass. soc., 30 mars 1999, n° 96-42.912).

La faute grave a également été retenue à l'encontre d'un salarié ayant menti, lors du recrutement, sur l'identité de son précédent employeur, cette prétendue expérience du salarié ayant été déterminante dans la décision de l'employeur de l'embaucher (Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-21.521).

A noter : tout candidat victime d'une mesure discriminatoire (race, apparence physique, âge, etc.) peut demander des dommages et intérêts. Il doit apporter au juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. L'employeur doit alors prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et c'est au juge qu'il revient de trancher (C. trav., art. L. 1134-1 ; C. trav., art. L. 1144-1).

Thème n°5 : le contrat de travail

NB : Thème qui est connu de tous. Certains sujets dictés par l'actualité peuvent être proposés (cf : Uber, Deliveroo...), notamment des salariés qui disposent du statut d'auto-entrepreneur et qui réclament la requalification de leur contrat en contrat de travail.

Il convient donc de caractériser les trois conditions du contrat (à savoir, rémunération et prestation de travail (cf : arrêts Ile de la Tentation, Mister France, voir fascicule d'actualité) qui ne soulèvent aucune difficulté et surtout lien de subordination, cf : arrêt Société générale du 13 novembre 1996, « *exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »).

Principe d'indisponibilité de la qualification du contrat de travail.

Application du principe de réalité (cf arrêt du 19 déc. 2000, Labanne), « *existence d'une relation de travail subordonnée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ».

Article L 8221-6, II « *L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes mentionnées au I fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci.* »

La technique de la requalification permet de faire bénéficier le travailleur de l'ensemble des garanties liées à l'état de salarié : durée du travail, congés, droit du licenciement et régime protecteur de sécurité sociale.

Thème n°6 : Les contrats « atypiques »

NB : Thème qui soulève des questions récurrentes et qui est important en pratique.

Thème d'actualité avec un arrêt important qui avait été rendu le 14 février 2018, (n°16-17.966).

Deux enseignements principaux peuvent être tirés de cet arrêt :

- le recours répété à des CDD de remplacement, avec le même salarié, ne doit plus automatiquement conduire le juge à conclure à la requalification en CDI. Il est tout à fait possible de procéder à des contrats successifs de remplacement, avec le même salarié, sans en déduire automatiquement que cette succession équivaut à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente. Il est toutefois impératif comme indiqué supra de respecter le formalisme inhérent au CDD tel qu'évoqué supra, d'être en mesure de justifier du motif de recours de chaque CDD mais surtout d'être vigilant au garde-fou que constitue l'interdiction de "pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise".

- Les juges du fond sont invités à une nouvelle grille d'analyse par la Cour de cassation. Saisis d'une demande de requalification, ils doivent désormais procéder à une analyse plus précise des circonstances de la cause. Ils ne pourront désormais conclure à la requalification qu'à la condition de justifier, dans leur décision, des éléments leur ayant permis d'une part, d'écarter l'existence d'une cause objective de recours au CDD et d'autre part, de considérer que lesdits contrats avaient en réalité pour objet de répondre à un besoin structurel de main-d'œuvre et de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente.

Le CDI est le modèle de droit commun. Toutefois, le CDD représente 85% des embauches (même si 85% des salariés restent aujourd'hui sous CDI).

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont voulu rendre plus souples le recours aux CDD et CTT, sur leurs durées et leurs renouvellements réservés aux conventions de branche.

I. Des cas de recours au travail précaire limités

Rappel : Quel que soit son motif, le CDD ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (article L 1242-1 du Code du travail).

L'employeur ne peut donc recourir à un CDD pour « *faire face à un besoin structurel de main d'œuvre* ».

L'article L 1242-2 du Code du travail a fixé une liste limitative de cas de recours, chaque contrat ne pouvant viser qu'un seul motif de recours (« un motif = un contrat ») dont la réalité et la légitimité devront le cas échéant être prouvées par l'employeur.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 n'a pas modifié ces cas de recours.

- 1) Remplacement d'une personne absente nommément désignée. Le recours à un seul CDD pour remplacer plusieurs salariés absents est illégal (Cass. Soc. 9 juin 2017). Limite du caractère durable et permanente (cf : arrêt du 14 février 2018 précité).
Attention, il est impératif de mentionner la qualification du salarié remplacé (Le CDD conclu pour remplacer un salarié, de la catégorie de personnel navigant commercial dont relève le salarié remplacé ne permet pas de connaître sa qualification précise, Cass. Soc. 7 mars 2018, n°16-18.914).
- 2) Variations d'activité. Commande exceptionnelle à l'exportation, travaux urgents de sécurité, mais surtout accroissement temporaire d'activité, pas nécessaire que ce motif présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié recruté soit affecté à la réalisation même des tâches justifiant l'accroissement d'activité.
- 3) Le contrat saisonnier, définition issue de la loi du 8 août 2016, « *emplois dont les tâches sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité fixe en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* ». N'a pas de caractère saisonnier, le contrat dont « *la fabrication et la commercialisation d'une gamme d'articles de camping, en relation directe avec le tourisme, qui se concentre sur les six premiers mois de l'année, alors que l'entreprise commercialise une grande diversité de produits en toute saison* » (Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-42.776). Aucune limite au-delà de laquelle s'instaurerait une relation de travail à durée déterminée.
- 4) Emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir au CDI dans certains secteurs d'activité (hôtellerie, spectacles...). Liste fixée par décret (art. D 1242-1 du Code du travail) qui peut être modifiée par accord collectif étendu. Le juge saisi d'une éventuelle demande de requalification en CDI doit rechercher : 1) si l'usage existe dans tout le secteur d'activité 2°) si cet usage de ne pas recourir au CDI s'applique à l'emploi litigieux qui ne doit pas être lié à l'activité permanente de l'entreprise. Mais le recours au contrat d'usage ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat écrit comportant la définition précise du motif (Cass. Soc. 15 mars 2017).
- 5) Incitations publiques à l'embauche. Il s'agit des contrats d'insertion des jeunes ou des séniors ou de la réinsertion des chômeurs ou encore les « contrats séniors ».

➤ Tous les contrats précaires doivent être conclus par écrit et transmis dans les deux jours ouvrables de l'embauche pour signature du salarié en mentionnant l'objet précis du recours, et le cas échéant, le nom et la qualification de la personne remplacée (art. L 1242-13 du Code du travail pour les CDD et

A défaut d'écrit remis dans les délais, la requalification en CDI était acquise (cf : Cass. Soc. 13 mars 2013, n°11-28.687), sauf dans l'hypothèse où le salarié refuse volontairement de signer un CDD dans le délai de 48 heures (Cass. Soc. 31 janvier 2018, n°17-13.131).

La sanction était donc très lourde pour l'employeur.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a modifié cette position.

Ne pas transmettre le CDD dans les deux jours de l'embauche n'entraînera plus requalification automatique, le salarié pouvant seulement obtenir une indemnité d'un mois de salaire maximum (art. L 1245-1 du Code du travail).

La transmission tardive n'entraîne donc plus, « à elle seule » la requalification du contrat en CDI.

En revanche, l'ordonnance ne dit pas si, pour obtenir cette indemnité, le salarié devra prouver son préjudice comme cela est désormais exigé par les juges dans le contentieux où il réclame des dommages-intérêts à son employeur en raison d'une irrégularité de procédure (cf : Cass. Soc. 13 avril 2016, n°14-28.293).

II. La durée du contrat à durée déterminée

La durée des CDD a été revue par les ordonnances du 22 septembre 2017.

Un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du CDD ainsi que le nombre de ses renouvellements.

L'article L 1242-8 du Code du travail dispose que :

« Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du contrat de travail à durée déterminée. Cette durée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables au contrat de travail à durée déterminée conclu en application du 6° de l'article L. 1242-2 et de l'article L. 1242-3. »

- A défaut de convention de branche, la durée totale du CDD ne peut excéder 18 mois en tenant compte des renouvellements.

Rappel : Des CDD peuvent être conclus pour 9 mois maximum pour le contrat conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI ou pour la réalisation des travaux urgents de sécurité (art. L 1242-8-1 du Code du travail).

24 mois maximum lorsque le CDD est exécuté à l'étranger ou conclu dans le cadre du départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ou encore dans le cadre d'une commande exceptionnelle à l'exportation (art. L 1242-8-1 du Code du travail).

- Dans l'hypothèse du remplacement du salarié, lorsqu'aucune date de retour n'est prévisible, il peut être conclu un CDD à terme imprécis, sans durée maximale.

L'employeur devra impérativement mentionner une durée minimale et l'employeur devra rapporter la preuve de l'événement constitutif du terme (fin de l'arrêt de travail...).

En pratique, pour remplacer un salarié absent, l'employeur dispose de deux possibilités :

- Soit un contrat de date à date qui peut comporter certaines lourdeurs administratives ;
- Soit un CDD à terme imprécis si le CDD se prolonge ce qui constituer de prime abord une facilité mais peut soulever des difficultés si le salarié ne fait plus l'affaire.

➤ L'article L 1243-13 du Code du travail énonce :

« Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de travail à durée déterminée. Ce nombre ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Les conditions de renouvellement sont stipulées dans le contrat ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu.

Ces dispositions ne sont pas applicables au contrat de travail à durée déterminée conclu en application de l'article L. 1242-3. »

C'est donc la convention de branche qui prévoit le nombre maximal de renouvellements de CDD possibles.

A défaut d'une telle stipulation, dans la convention de branche, le CDD est renouvelable deux fois pour une durée déterminée (article L 1243-13-1 du Code du travail).

La durée, le cas échéant des deux renouvellements, ajoutée à la durée du contrat initial ne peut excéder la durée maximale prévue par la convention de branche ou à défaut par l'article L 1242-8-1.

Les conditions de renouvellement sont énoncées dans le contrat de travail du salarié ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu.

Evidemment, les CDD à terme imprécis au regard de leur durée incertain ne peuvent pas être renouvelés.

➤ Concernant le délai de carence, la nouveauté apportée par les ordonnances du 22 septembre 2017 est qu'il revient à la branche de fixer ce délai (art. L 1244-3 du Code du travail) :

« A l'expiration d'un contrat de travail à 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'un délai de carence calculé en fonction de la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements. Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer les modalités de calcul de ce délai de carence. »

La branche peut également supprimer ce délai de carence (art. L 1244-4 du Code du travail) :

« Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1244-3 n'est pas applicable ».

- A l'expiration du CDD, il ne peut être recouru au poste du salarié dont le contrat a pris fin ni à un CDD ni à un CTT avant l'expiration d'un délai de carence.

A défaut de convention collective de branche, le délai de carence est égal comme avant les ordonnances du 22 septembre 2017 (article L 1244-3-1 du Code du travail) :

- au tiers de la durée du CDD venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant son ou ses renouvellements, est de 14 jours ou plus ;

- à la moitié de la durée du CDD venu à expiration si sa durée est totale est inférieure à 14 jours.

Les jours pris en compte permettant d'apprécier le délai de carence sont les jours d'ouverture de l'entreprise.

- De même, comme avant les ordonnances du 22 septembre 2017, le délai de carence n'est pas applicable lorsque le CDD est conclu pour (article L 1244-4-1 du Code du travail) :

« 1° 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 ;

2° Lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ;

3° Lorsque le contrat de travail à durée déterminée est conclu pour pourvoir un emploi à caractère saisonnier défini au 3° de l'article L. 1242-2 ou pour lequel, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de cet emploi ;

4° Lorsque le contrat est conclu pour assurer le remplacement de l'une des personnes mentionnées aux 4° et 5° de l'article L. 1242-2 ;

5° Lorsque le contrat est conclu en application de l'article L. 1242-3 ;

6° Lorsque le salarié est à l'initiative d'une rupture anticipée du contrat ;

7° Lorsque le salarié refuse le renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé. »

III. Statut du salarié précaire

- Principe d'égalité de traitement entre CDD ou intérimaires et salariés permanents de qualifications équivalente occupant les mêmes fonctions.

Principe d'égalité de rémunération mais ce principe n'interdit pas de tenir compte de l'ancienneté du salarié remplacé.

- Précarité des situations compensée par l'octroi d'une indemnité de fin de contrat pour les CDD (L 1243-8 du Code du travail) et indemnité de précarité d'emploi (ou de fin de mission) pour les contrats de travaux temporaires (article L 1251-32 du Code du travail).

Ces indemnités sont exclues dans certaines hypothèses (CDD saisonniers, CDD d'usage...) ou encore lorsque la rupture est imputable au salarié (faute grave...) ou que le contrat précaire a été transformé en CDI par l'entreprise (article L 1243610 du Code du travail).

IV. Fin du CDD

Les contrats à date certaine prennent fin à leur terme sans formalisme spécifique.

S'agissant d'un contrat d'exception, ils ne peuvent être rompus avant l'échéance que dans cas limitatifs, en vertu de l'article L 1243-1 du Code du travail :

« Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. »

Sauf rupture anticipée d'un commun accord, ou cas de force majeure (très rare, la fermeture administrative de l'établissement dans lequel le salarié travaille ne constitue pas un cas de force majeure, Cass. Soc. 28 juin 2005, n°03-43.192), le contrat peut prendre fin en cas de faute grave (« celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, même pendant la durée du préavis ») et a fortiori de faute lourde.

Côté salarié, deux cas de rupture anticipée :

- Le salarié qui a trouvé un emploi ailleurs sous CDI peut rompre avant terme son CDD : il n'est pas fautif s'il respecte un préavis d'un jour par semaine.
- S'il établit une faute grave de l'employeur, il peut également rompre avant terme. Il a alors droit à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

- En matière de rupture pour faute grave (art. L 1243-4), l'employeur doit respecter la procédure disciplinaire.

La faute grave doit être énoncée dans la lettre de rupture.

Attention pas de licenciement en matière de CDD, ni de démission !

Nécessité d'agir dans un délai restreint suite à la constatation des fautes du salariés, puisque la faute grave rend « *impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* ».

Si rupture pour cause réelle et sérieuse, l'employeur sera tenu de verser au salarié un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, à laquelle s'ajoute l'indemnité de fin de contrat.

Il s'agit d'une réparation forfaitaire minimum qui est déconnectée de tout préjudice subi par le salarié.

Attention, l'insuffisance professionnelle n'est pas un motif de rupture du CDD avant son terme puisqu'il ne constitue pas une faute grave, alors qu'elle peut faire d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

De même, « le trouble objectif grave » (donc non disciplinaire) causé par un fait relevant de la vie privée du salarié ne constitue pas une faute grave.

Délai de prescription de la rupture du CDD est également de 12 mois (L 1471-1 du Code du travail).

V. Sanctions

- Requalification en CDI rétroactive à la date du premier CDD irrégulier selon une jurisprudence constante (Cass. Soc. 18 février 2015, n°13-23.231).

Le salarié peut également réclamer s'il démontre s'être tenu à disposition à un rappel de salaire correspondant aux indemnités perçues au titre des périodes non travaillées entre chaque contrat (les périodes intercalaires), les allocations chômage ne pouvant en être déduites (Cass. Soc. 16 mars 2016, n°15-11.396).

- Le salarié peut obtenir également une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur à un « mois de salaire » (art. L 1245-2 du Code du travail).

Le salarié perçoit une seule indemnité de requalification et non une indemnité à chaque irrégularité du CDD.

C'est au salarié de choisir s'il sollicite la requalification en CDI avec les conséquences afférentes (indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse + préavis + indemnité de licenciement) ou s'il reste sur le terrain du CDD rompu abusivement lui permettant d'obtenir a minima tous les salaires restant à courir.

Ainsi, si le salarié dispose d'une faible ancienneté et que son CDD a une durée importante, il lui est conseillé de se placer sur ce terrain.

« Le juge qui requalifie la relation contractuelle en un CDI doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement et si les motifs de rupture énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables permettant de décider si ce licenciement a une cause réelle et sérieuse » (Cass. Soc. 20 oct. 2015).

Actualité sur le thème du CDD :

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel prévoit la possibilité dans certains secteurs d'activités de conclure un seul contrat de travail à durée déterminée (CDD) avec une même personne pour le remplacement de plusieurs salariés, ce que la jurisprudence de la Cour de cassation interdit à ce jour.

Cette disposition a pour objet de réduire le nombre de CDD de courte durée dans des secteurs déterminés.

La mise en œuvre de cette disposition était conditionnée à la parution d'un décret définissant les secteurs dans lesquels ce CDD « *multi remplacements* » peut être conclu.

Ce décret a été publié au Journal Officiel le 19 décembre 2019.

Ce qu'il faut retenir

La conclusion de ce contrat unique n'est possible que **dans certains secteurs d'activités** et uniquement en cas de pluralité de **remplacements de salariés**.

Il n'est pas possible de faire un seul et même contrat en combinant plusieurs motifs tels que l'accroissement temporaire d'activité et le remplacement d'un salarié.

I. Le principe : un seul CDD par salarié remplacé

L'article L.1242-2 du Code du travail prévoit la possibilité de conclure un CDD pour le remplacement d'un salarié en cas :

- d'absence ou de suspension temporaire du contrat de travail,
- de passage provisoire à temps partiel,
- de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail,
- de l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI.

La Cour de cassation, par une jurisprudence constante, fait une application stricte de ce texte et considère qu'un CDD ne peut être conclu que pour le remplacement **d'un seul salarié**.

Il n'est donc, par principe, pas possible de conclure un unique contrat pour le remplacement successif ou simultané de plusieurs salariés.

En cas de pluralité de salariés à remplacer successivement, l'employeur est tenu de conclure autant de contrats qu'il y a de remplacements à réaliser.

A défaut, le CDD est requalifié en CDI avec toutes les conséquences indemnitaires y afférentes.

II. La nouvelle dérogation : la possibilité d'un CDD « multi remplacements »

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel dispose qu'à titre expérimental et par dérogation aux dispositions légales, un seul contrat à durée déterminée ou un seul contrat de travail temporaire peut être conclu pour remplacer plusieurs salariés dans les secteurs définis par décret.

Rappel : cette expérimentation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il est donc possible de signer avec une même personne un unique CDD pour remplacer plusieurs salariés.

Attention : cette dérogation à l'interprétation stricte de la jurisprudence ne dispense pas l'employeur de ses obligations de forme quant à la rédaction du contrat, il reste tenu de faire figurer toutes les mentions obligatoires dans le contrat de travail.

➔ Une expérimentation dans des secteurs déterminés

La conclusion d'un unique CDD pour le remplacement de plusieurs salariés n'est possible que **dans les secteurs d'activités expressément définis par décret**.

Le décret du 18 décembre 2019 vise les onze secteurs suivants :

- Sanitaire, social et médico-social ;
- Propreté et nettoyage ;
- Economie sociale et solidaire (ESS), pour les activités relevant de la radio diffusion, de l'animation, du tourisme social et familial, du sport, des foyers et services de jeunes

travailleurs, de l'aide, de l'accompagnement, des soins et services à domicile et des acteurs du lien social et familial ;

- Tourisme en zone de montagne ;
- Commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;
- Plasturgie ;
- Restauration collective ;
- Sport et équipements de loisirs ;
- Transports routiers et activités auxiliaires ;
- Industries alimentaires ;
- Services à la personne.

Pour une lecture facilitée de ces secteurs d'activités, le décret liste les IDCC qui y sont associés (cf. pièce jointe). Cela concerne donc beaucoup d'activités.



Pour les autres secteurs d'activité, la jurisprudence de la Cour de cassation est toujours applicable : il est toujours impossible de conclure un seul CDD pour remplacer plusieurs salariés. L'employeur reste tenu de faire signer autant de contrats de travail qu'il y a de salariés à remplacer.

→ Une expérimentation pour une durée déterminée

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel prévoyait qu'il serait possible de conclure ce CDD unique pendant une période déterminée de deux ans : du 1^{er} janvier 2019 au 31 décembre 2020.

Or, le décret attendu pour la mise en œuvre de cette expérimentation n'est paru au Journal Officiel que le 19 décembre 2019. Il n'est donc possible de conclure de CDD « *multi remplacements* » que **pour les embauches intervenant après le 20 décembre 2019**.

A noter : Compte tenu de la publication tardive de ce décret, le Gouvernement envisage de prolonger la période d'expérimentation jusqu'au 1^{er} janvier 2023.

Toutefois, le Parlement n'étudiera le projet de loi dans lequel cette prolongation est envisagée qu'au cours du 1^{er} semestre 2020.

Il conviendra d'attendre la publication de cette loi au Journal Officiel pour avoir la confirmation de cette prolongation.

→ La conclusion de ce CDD « *multi remplacements* » n'étant possible que pendant une durée déterminée, un tel contrat ne pourra être conclu postérieurement au terme de la période d'expérimentation. A défaut, il pourrait être requalifié en CDI au titre de l'article L.1242-2 du Code du travail et de la jurisprudence qui y est attachée.

→ Sera-t-il possible de conclure un tel CDD débutant avant la fin de la période d'expérimentation mais se terminant postérieurement à celle-ci ?

En l'état actuel des textes, nous le déconseillons.