



# **DROIT SOCIAL**

## **FASCICULE DE COURS**

*Cindy DIAZ*

# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION : LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL.....</b>	<b>5</b>
<b>SECTION 1 : LA TYPOLOGIE DES SOURCES REGISSANT LE DROIT DU TRAVAIL.....</b>	<b>5</b>
<i>Paragraphe 1 : Les normes internationales du travail .....</i>	6
<i>Paragraphe 2 : Les normes européennes du travail .....</i>	6
A) Les normes élaborées par le Conseil de l'Europe : .....	6
B) Les normes élaborées dans le cadre de l'Union Européenne : .....	7
<i>Paragraphe 3 : Les normes nationales du travail.....</i>	7
A) Le bloc de constitutionnalité : .....	7
B) Les lois et le Code du travail : .....	7
C) La jurisprudence : .....	8
<i>Paragraphe 4 : Les sources infra-nationales/autonomes.....</i>	8
A) Les usages professionnels : .....	8
B) Le règlement intérieur : .....	8
C) Les conventions collectives : .....	9
D) Les autres règles autonomes : .....	9
<b>SECTION 2 : L'ARTICULATION DES DIFFERENTES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL .....</b>	<b>9</b>
<i>Paragraphe 1 : L'ordre public absolu .....</i>	10
<i>Paragraphe 2 : L'ordre public social.....</i>	10
<i>Paragraphe 3 : L'ordre public dérogatoire .....</i>	10
A) Le principe de suppléativité : .....	11
B) Le principe de proximité : .....	11
C) Des mécanismes de substitution : .....	12
<b>PARTIE 1 : LA QUALIFICATION DE LA RELATION DE TRAVAIL SALARIEE ET DU CONTRAT DE TRAVAIL .....</b>	<b>12</b>
<b>TITRE 1 : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL .....</b>	<b>13</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES TROIS CRITERES CONSACRES DU CONTRAT DE TRAVAIL .....</b>	<b>13</b>
<b>SECTION 1 : LA DEFINITION DES CRITERES JURISPRUDENTIELS DU CONTRAT DE TRAVAIL .....</b>	<b>13</b>
<i>Paragraphe 1 : Une prestation de travail.....</i>	14
A) Une vision large de la condition de réalisation d'une prestation de travail: .....	14
B) Les prestations empêchant la qualification de contrat de travail : .....	15
<i>Paragraphe 2 : Une rémunération, contrepartie de la prestation de travail effectuée.....</i>	15
A) Le contenu de la définition de la subordination : .....	16
B) Applications jurisprudentielles du principe de lien de subordination : .....	16
<b>SECTION 2 : L'INDISPONIBILITE DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL .....</b>	<b>17</b>
<b>CHAPITRE 2 : LES PRESOMPTIONS DE SALARIAT ET DE NON-SALARIAT PREVUES PAR LA LOI.....</b>	<b>18</b>
<i>Paragraphe 1 : Les présomptions de salariat.....</i>	18
<i>Paragraphe 2 : Les présomptions de non salariat .....</i>	18
<b>CHAPITRE 3 : LE CAS PARTICULIER DU CO EMPLOI .....</b>	<b>19</b>
<b>SECTION 1 : LES CRITERES DETERMINANTS DU CO EMPLOI.....</b>	<b>19</b>
<i>Paragraphe 1 : Co emploi et lien de subordination juridique, quand la mise à disposition va trop loin.....</i>	19
<i>Paragraphe 2 : Le co emploi au sein d'un groupe .....</i>	20
A) L'ancien critère de la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction : .....	20
B) Un co emploi désormais défini par le critère unique de l'immixtion permanente : .....	21
<b>SECTION 2 : LES CONSEQUENCES DE LA RECONNAISSANCE DE CO EMPLOI.....</b>	<b>22</b>

<b>TITRE 2 : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....</b>	<b>23</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE RECRUTEMENT, UN PROCESSUS STRICTEMENT ENCADRE .....</b>	<b>24</b>
<i>Paragraphe 1 : La réglementation applicable aux opérations de recrutement.....</i>	<i>24</i>
A)Les obligations de l'employeur lors que processus d'embauche :.....	24
1)Les obligations relatives aux techniques d'informations utilisées : .....	24
a) Le principe de pertinence : .....	24
b) Le principe de transparence : .....	25
c) Le principe de finalité : .....	25
2)Une obligation de non-discrimination :.....	25
B)Les informations pouvant être fournies par le candidat :.....	25
1)Les informations fournies spontanément par le candidat : .....	26
2)Les informations fournies à la demande de l'employeur :.....	26
<i>Paragraphe 2 : Les limitations au recrutement discrétionnaire de l'employeur.....</i>	<i>26</i>
<b>CHAPITRE 2 : LA PROMESSE D'EMBAUCHE .....</b>	<b>27</b>
<i>Paragraphe 1 : Le régime juridique de la promesse d'embauche avant le revirement de jurisprudence .....</i>	<i>27</i>
<i>Paragraphe 2 : Le nouveau régime juridique de la promesse d'embauche.....</i>	<i>27</i>
A)Les principes contractuels civilistes applicables à la promesse d'embauche :.....	28
B)Les nouvelles définitions d'offre et de promesse d'embauche : .....	28
C)Les conséquences juridiques de la rétraction d'une offre et d'une promesse d'embauche :.....	29
1)Pour l'offre de contrat de travail :.....	29
2)Pour la promesse unilatérale de contrat de travail :.....	29
<b>CHAPITRE 3 : L'ETABLISSEMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL.....</b>	<b>30</b>
<b>TITRE 3 : LA PERIODE D'ESSAI.....</b>	<b>32</b>
<b>CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA PERIODE D'ESSAI .....</b>	<b>32</b>
<b>SECTION 1 : L'EXISTENCE EFFECTIVE DE LA PERIODE D'ESSAI .....</b>	<b>32</b>
<b>SECTION 2 : LA DUREE DE LA PERIODE D'ESSAI .....</b>	<b>34</b>
<i>Paragraphe 1 : La durée de la période d'essai dans le cadre d'un CDI .....</i>	<i>34</i>
<i>Paragraphe 2 : La durée de la période d'essai dans le cadre d'un CDD.....</i>	<i>34</i>
<b>SECTION 3 : LE RENOUVELLEMENT DE LA PERIODE D'ESSAI .....</b>	<b>34</b>
<b>SECTION 4 : LA RUPTURE DE LA PERIODE D'ESSAI .....</b>	<b>35</b>
<i>Paragraphe 1 : La liberté dans la rupture de la période d'essai .....</i>	<i>35</i>
A)Une rupture justifiée par une cause inhérente à la personne du salarié ou du poste :.....	35
B)La rupture doit être notifiée avant la fin de la période d'essai :.....	36
1)Le délai de prévenance en cas de rupture par l'employeur : .....	37
2)Le délai de prévenance en cas de rupture par le salarié : .....	37
3)Les sanctions du défaut de respect du délai de prévenance :.....	37
<b>TITRE 4 : LES CONTRATS DE TRAVAIL ATYPIQUES .....</b>	<b>38</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE.....</b>	<b>39</b>
<i>Paragraphe 1 : Les conditions de forme du CDD .....</i>	<i>39</i>
<i>Paragraphe 2 : Les différents cas de recours au CDD.....</i>	<i>40</i>
A)Les principes directeurs et interdictions inhérents au CDD : .....	40
B)Les motifs de recours au CDD : .....	41
1) Le remplacement d'un salarié absent : .....	41
2)L'accroissement temporaire d'activité : .....	43
a) Le cas général d'accroissement temporaire d'activité : .....	43
b) Les cas spéciaux d'accroissement d'activité :.....	43
3)Les emplois à caractère saisonnier par nature : .....	44
4)Le CDD d'usage :.....	44
5)Les CDD conclus dans le cadre d'incitations publiques à l'embauche : .....	45
<i>Paragraphe 3 : La durée du CDD .....</i>	<i>45</i>
A)Le terme du CDD :.....	45
B)La durée du CDD : .....	46

C)Le renouvellement du CDD : .....	46
D)Le délai de carence entre deux CDD : .....	47
1)La conclusion de CDD successifs sur un même poste : .....	47
2)La conclusion de CDD successifs avec un même salarié sur des postes différents : .....	47
<i>Paragraphe 4 : La rupture du CDD</i> .....	48
A) Les cas de rupture du CDD : .....	48
B) Les sanctions d'une rupture de CDD irrégulière : .....	49
<i>Paragraphe 5 : La requalification du CDD en CDI</i> .....	49
<b>CHAPITRE 2 : LE CONTRAT DE TRAVAIL TEMPORAIRE</b> .....	<b>52</b>
A) Le contrat de mise à disposition : .....	52
B) Le contrat de mission : .....	52
C) Le régime juridique du contrat de travail intérimaire : .....	52
<b>CHAPITRE 3 : LE CONTRAT DE CHANTIER OU D'OPERATION</b> .....	<b>53</b>
<b>TITRE 5 : LES CLAUSES DU CONTRAT DE TRAVAIL</b> .....	<b>54</b>
<i>Paragraphe 1 : La clause de non concurrence</i> .....	54
A)Le régime juridique de la clause de non concurrence : .....	54
1)La définition de la clause de non concurrence : .....	54
2)Le régime juridique : .....	55
a) Les conditions de validité de la clause : .....	55
b) Moment du versement de la contrepartie : .....	56
c) Le sort d'une clause illicite : .....	56
3)La renonciation à la clause par l'employeur : .....	57
4)La violation de la clause de non concurrence : .....	57
a) La violation de la clause par le salarié : .....	57
b) La violation de la clause par l'employeur : .....	57
<i>Paragraphe 2 : La clause de dédit-formation</i> .....	58
<i>Paragraphe 3 : La clause de garantie d'emploi</i> : .....	58

# INTRODUCTION : LES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL

Le droit du travail est l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations entre employeur privé et salariés titulaires d'un contrat de travail, à l'occasion de l'exécution du travail (source : code.travail.gouv.fr).

Ces règles sont édictées à différents niveaux (Section 1), dont certains connaissent également des sous-niveaux d'édition de règles (Section 2).

## **SECTION 1 : LA TYPOLOGIE DES SOURCES REGISSANT LE DROIT DU TRAVAIL**

Il existe des sources internationales (§1), européennes (§2), nationales (§3) et infra-nationales (§4).

### **Paragraphe 1 : Les normes internationales du travail**

Elles ont une double ambition :

- imposer des minimas sociaux dans le domaine du droit du travail ;
- assurer le respect des règles de concurrence dans le domaine économique avec comme but sous-jacent la lutte contre le phénomène du « dumping social ».

Ces normes se composent pour l'essentiel de normes élaborées dans le cadre de l'OIT.

L'OIT (Organisation Internationale du Travail) est une organisation spécialisée de l'ONU. Créée en 1919, la raison d'être de l'OIT est « *de remédier aux conditions de travail impliquant l'injustice, la misère et les privations* ». A ce titre, elle dispose d'un pouvoir normatif se présentant sous deux formes :

- Les conventions : juridiquement, ce sont des traités internationaux ouverts à la ratification des Etats membres. Par la ratification, les conventions deviennent ensuite applicables au sein de l'Etat membre signataire et peuvent de ce fait, être directement invocables devant les juridictions nationales ;
- Les recommandations : elles constituent l'expression de la doctrine de l'OIT et sont dépourvues de force juridique contraignante.

En théorie, elle peut également recevoir et traiter les plaintes dénonçant le non-respect des conventions adoptées. Cependant dans les faits, elle ne dispose pas d'un réel pouvoir de sanctions et les condamnations éventuellement prononcées sont seulement symboliques.

### **Paragraphe 2 : Les normes européennes du travail**

#### **A) Les normes élaborées par le Conseil de l'Europe :**

Organisation internationale créée en 1949, il regroupe actuellement 47 Etats membres.

Deux conventions adoptées par le Conseil de l'Europe intéressent le droit du travail :

- La Charte sociale européenne, adoptée en 1961 et révisée pour la dernière fois en 1996 : elle consacre de nombreux droits sociaux (réduction du temps de travail, droit de grève, rémunération égale, interdiction du travail forcé etc.).

La Charte n'est pas, en principe, directement invocable devant les juges nationaux mais un assouplissement ces dernières années a été constaté et, la Cour de cassation admet progressivement un effet direct à certaines des dispositions contenues dans la Charte (Cass. Soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et n°09-60429).

- La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) qui intéresse le droit du travail sous deux aspects : la prohibition du travail forcé et la garantie de la liberté syndicale. Ses dispositions sont invocables devant les juridictions nationales.

### **B) Les normes élaborées dans le cadre de l'Union Européenne :**

L'UE n'a pas de compétence générale en la matière qui relève de la souveraineté nationale de chaque Etat. Les règles de droit du travail adoptées par le biais de directives ne produisent donc d'effet direct que si elles sont transposées par chaque Etat membre au sein de leur ordre juridique interne.

L'UE consacre malgré tout de nombreux droits sociaux fondamentaux dans le cadre de nombreuses chartes, au premier rang desquelles : la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne de 2000.

### **Paragraphe 3 : Les normes nationales du travail**

Trois catégories : le bloc de constitutionnalité (A), les diverses lois et le Code du travail (B) et la jurisprudence (C).

#### **C) Le bloc de constitutionnalité :**

Les principes ainsi proclamés ne sont pas dénués de portée juridique puisqu'ils peuvent directement être invoqués par le salarié justiciable devant les juges.

##### ➤ La DDHC de 1789 :

Elle n'a jamais eu pour objet de contenir des dispositions exclusives au droit du travail mais, en raison de sa portée générale, des dispositions intéressent au moins indirectement le droit du travail. Est visé notamment le principe de la liberté personnelle du salarié et le principe corrélatif de la liberté d'entreprise et de choisir son collaborateur, déduit de l'article 4. Ou encore, le principe d'égalité salariale mais avec des exceptions dans l'hypothèse où ces différences seraient justifiées par une raison objective.

##### ➤ Le Préambule de la Constitution de 1946 :

Il consacre un grand nombre de principes sociaux, à l'instar du droit de grève, le droit à la négociation collective et le droit à la participation, le droit à la protection de la santé, au repos et aux loisirs.

##### ➤ La Constitution de 1958 :

Elle ne contient aucune disposition au droit du travail, hormis l'article 34 qui précise la compétence du législateur pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la Sécurité sociale.

#### **D) Les lois et le Code du travail :**

Compétence découlant de l'article 34 de la Constitution de 1958 précité.

L'élaboration d'une loi en matière de droit du travail répond à des conditions particulières de consultation. En effet tout projet de loi de réforme du droit du travail, sauf urgence, doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales représentatives des salariés et des employeurs, au niveau national et interprofessionnel (art. L1 du Code du travail).

Toutes les lois qui concernent la matière ne sont pas incorporées dans le Code du travail.

#### **E) La jurisprudence :**

Depuis longtemps, le juge social ne s'est plus contenté d'être seulement la bouche de la loi (Montesquieu) : il fait, au contraire, très souvent preuve d'audace dans l'application du droit du travail, modifiant radicalement le sens d'une disposition. Il fait même parfois œuvre de création.

#### **Paragraphe 4 : Les sources infra-nationales/autonomes**

Plusieurs typologies de sources interviennent comme dérogations ou particularismes aux règles générales nationales.

#### **F) Les usages professionnels :**

L'usage est une règle qui trouve sa source dans une pratique créée à l'initiative de l'employeur ou des salariés et qui a été acceptée par l'autre partie (une simple tolérance ne suffit pas).

Il peut s'agir d'un usage professionnel ou local, d'entreprise etc.

En matière professionnelle, ces usages ne sont pas contra legem mais visent plutôt à accorder des droits supplémentaires aux salariés concernés (versement d'une prime, calcul plus avantageux pour la détermination d'un droit etc.).

3 caractères président à la qualification d'une pratique en tant qu'usage :

- La généralité : la pratique vise indifféremment l'ensemble des salariés d'une entreprise ou une catégorie objective de salariés ;
  - La constance : la pratique est régulièrement appliquée dans le temps ;
  - La fixité : la pratique s'applique dans le temps de la même manière.
- ➔ In fine, sa caractérisation résulte du pouvoir souverain des juges du fond.

**Statut juridique de l'usage** : son application et son respect sont obligatoires. Il ne peut cesser que par sa dénonciation ou par la conclusion d'un accord collectif et non pas par la seule décision de ne plus l'appliquer pour l'avenir.

### **G) Le règlement intérieur :**

L'employeur est titulaire d'un pouvoir de direction qui s'exerce sur les biens, ainsi qu'un pouvoir de direction économique, à l'égard des personnes. Ce pouvoir implique la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire (imposer des normes générales et abstraites applicables au sein de l'entreprise) et disciplinaire (prononcer de sanctions en cas de non-respect de ces normes internes).

Ce pouvoir réglementaire va se traduire par le règlement intérieur.

**Le règlement intérieur est donc l'acte juridique par lequel l'employeur fixe les règles générales et permanentes applicables au fonctionnement de l'entreprise.**

Le pouvoir réglementaire de l'employeur **ne peut s'exercer que dans les limites fixées par l'art. L1311-1 et suivants du Code du Travail.**

- ⇒ L'élaboration d'un règlement intérieur est **obligatoire à partir dans les entreprises ou établissements employant 50 salariés et plus** (en-dessous, il s'agit d'une faculté laissée à l'employeur).
- ⇒ Le règlement intérieur **fixe les obligations en matière de santé et de sécurité et de discipline**, comprenant exclusivement (**art. L1321-1 du Code du travail**) :
  - les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement ;
  - les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;
  - les règles générales et permanentes relatives à la discipline et notamment, la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

Les dispositions adoptées par ce biais ne sont applicables que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux lois, règlements et conventions collectives applicables, qu'elles sont dépourvues de toute discrimination et qu'elles n'apportent pas aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché (cf l'Affaire Baby loup).

### **H) Les conventions collectives :**

Originalité dans le paysage normé français, les conventions collectives sont des actes propres au droit du travail, qui déterminent un certain nombre de règles particulières applicables à une branche professionnelle, une profession voire même une entreprise ou un établissement.

Elles sont conclues par les organisations syndicales représentatives des salariés et des employeurs et ont une force contraignante à l'égard de l'employeur, tenu de les mettre en œuvre sauf exceptions.

### **I) Les autres règles autonomes :**

- L'engagement unilatéral de l'employeur :

Il nait d'une manifestation de volonté de l'employeur et peut prendre un grand nombre de forme (note de service, accord atypique conclu avec les salariés ou les membres du CSE, etc.).



➤ Le contrat de travail individuel :

Le contrat de travail reste un contrat soumis à la libre négociation contractuelle : employeur et salarié peuvent donc convenir de clauses particulières applicables à leur seule relation, soit au moment de la conclusion du contrat soit sous la forme d'avenants tout au long de l'exécution de la relation contractuelle de travail.

## **SECTION 2 : L'ARTICULATION DES DIFFERENTES SOURCES DU DROIT DU TRAVAIL**

La diversité des sources en droit du travail multiplie le risque de contradiction face à une situation où au moins deux sources sont susceptibles de s'appliquer.

Le principe de la hiérarchie des normes est censé résoudre ces éventuels conflits : la norme supérieure l'emportant sur la norme inférieure (§1). Mais la difficulté apparaît lorsque la loi entre en concours avec les normes qui lui sont inférieures (contrat de travail, convention collective, usage etc.).

De nouveau, une spécificité propre au droit du travail intervient : la création d'ordres publics inédits, social (§2) et dérogatoire (§3).

### **Paragraphe 1 : L'ordre public absolu**

Les règles légales du droit du travail qui appartiennent à l'ordre public absolu obéissent à l'art. 6 du Code civil : il est impossible d'y déroger par une convention ou tout autre source normative inférieure, elles sont intangibles. En ce sens, l'article 2251-1 du Code du travail précise qu'une convention ou un accord collectif ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent les caractères d'OP.

➔ Il n'est pas possible d'y déroger ni dans un sens favorable, ni dans un sens défavorable.

Cette même règle est valable également pour le contrat de travail et l'usage, qui ne peuvent donc aller à l'encontre d'une loi relevant de cet ordre.

### **Paragraphe 2 : L'ordre public social**

Il est caractérisé par l'application du *principe de faveur*, permettant la possibilité de déroger au principe strict de hiérarchie des normes. Ce principe consiste en l'application de la règle la plus favorable au salarié même si cette dernière est inférieure normativement parlant (contrat de travail, convention collective, usage).

En général cet ordre public social détermine un socle légal minimum.

La Cour de cassation a reconnu ce principe en tant que **principe fondamental du droit du travail (Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44292)**.

Il est ainsi à même de résoudre les conflits entre :

- Loi et convention collective ;
- Convention collective et contrat de travail ;
- Différentes conventions collectives ;
- Engagements unilatéraux ou usage et contrat de travail ;
- Engagements unilatéraux ou usage et convention collective.

→ La norme la plus favorable au salarié tendra à s'appliquer.

### **Paragraphe 3 : L'ordre public dérogatoire**

Depuis 1982, il existe des lois pour lesquelles il est possible de déroger dans un sens défavorable au salarié, la loi n'ayant qu'un caractère supplétif aux dispositions conventionnelles pouvant être adoptées (il s'agit d'accord collectif dérogatoire).

La consécration de cet ordre a donné lieu à l'essor de deux mécanismes.

#### **J) Le principe de supplétivité :**

Certaines dispositions législatives précisent qu'elles ne trouveront à s'appliquer « *qu'à défaut d'accord* » : elles ne seront donc applicables que si les partenaires sociaux ne se sont pas prononcés sur la question.

Cette supplétivité a par exemple été prévue dans le domaine du temps de travail ou des attributions du CSE.

#### **K) Le principe de proximité :**

3 applications.

L'article L2253-1 du Code du travail répertorie 13 matières pour lesquelles la convention de branche a la primauté quant à la définition des conditions d'emploi et de travail des salariés :

- Salaires minima ;
- Classifications professionnelles ;
- Mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;
- Mutualisation des fonds de 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 temporaire ;
- Mesures relatives au CDI de chantier ;
- Egalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- Conditions et durée 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 de l'article L1224-1 du code du travail ne sont pas réunies (transfert d'entreprise) ;
- Les cas de mises à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice ;
- La rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

L'article L2253-2 du Code du travail prévoit la primauté de la branche sur un accord collectif inférieur, dans certains domaines, à condition qu'elle le mentionne expressément.

Les domaines visés sont les suivants :

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

En dehors des thèmes limitativement énumérés supra, l'article L2253-3 du Code du travail dispose que les stipulations de la convention collective d'entreprise prévalent sur celles ayant le même objet prévu par la convention collective de branche.

#### **L) Des mécanismes de substitution :**

La loi du 8 août 2016 consacre la possibilité pour un accord de groupe de prévoir des clauses permettant à ce dernier de se substituer aux clauses de la convention collective d'entreprise ou d'établissement ayant le même objet.

## **PARTIE I**

### **LA QUALIFICATION DE LA RELATION DE TRAVAIL SALARIEE ET DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Le droit du travail a vocation à régir uniquement les relations individuelles et collectives issues d'une forme de travail particulière : le travail subordonné issu d'un contrat.

Les règles du droit du travail sont donc applicables aux employeurs de droit privé, à leurs salariés ainsi qu'au personnel des personnes publiques employées dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel (art. L1111-1 du Code du travail).

Déterminer les critères permettant de qualifier le contrat de travail est essentiel compte tenu des enjeux en découlant :

- L'existence avérée d'un contrat de travail permettra au salarié de bénéficier de l'ensemble des règles considérées comme protectrices face à un rapport de force inégal avec l'employeur (limitation du temps de travail, repos hebdomadaire, rémunération minimale garantie, indemnisation des congés-payés, encadrement de la rupture du contrat de travail, etc.), ainsi que d'être affilié au régime général de la Sécurité sociale et de l'assurance chômage ;
- L'employeur sera tenu à certaines obligations sociales : respect des dispositions juridiques diverses applicables à la relation contractuelle, paiement des cotisations sociales et déclarations sociales afférentes.

Ces critères vont ainsi permettre de distinguer le salarié, titulaire d'un contrat de travail, des travailleurs indépendants, artisans, commerçants et professions libérales qui en sont dépourvus.

#### **TITRE 1 : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Il est donc nécessaire et, au-delà, indispensable de pouvoir qualifier le contrat de travail. Cependant la loi n'a jamais défini le contrat de travail : c'est donc la jurisprudence qui a dégagé les critères opérants (Chapitre 1). La loi n'intervenant qu'à la marge pour exclure ou au contraire, inclure dans le salariat, certaines situations (Chapitre 2).

#### **CHAPITRE 1 : LES TROIS CRITERES CONSACRES DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Le développement des critères du contrat de travail demeure encore aujourd'hui, essentiellement prétorien (Section 1). Au-delà, cette qualification est indisponible pour les parties et ne saurait par conséquent souffrir de ce que ces dernières auraient pu convenir (Section 2).

## **SECTION 1 : LA DEFINITION DES CRITERES JURISPRUDENTIELS DU CONTRAT DE TRAVAIL**

La jurisprudence définit le contrat de travail comme « la **convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération** » (Cass. Soc., 22 juillet 1954).

Le contrat de travail se caractérise donc par la réunion de 3 critères cumulatifs :

- Une prestation de travail (§1) ;
- Une rémunération (§2) ;
- Un lien de subordination (§3).

*Pense pas bête : la jurisprudence à ce sujet est à retrouver sous l'article L1221-1 du Code du travail.*

Sur qui repose la charge de la preuve ?

Il s'agit d'une simple application de l'article 1353 du Code civil : c'est au demandeur de supporter la charge de la preuve de la réalité des critères du contrat de travail, donc à la personne qui se prétend salarié.

### **Paragraphe 1 : Une prestation de travail**

L'exécution d'une prestation de travail peut être de toute nature (A), exclusions faites de certaines activités réalisées dans des cadres particuliers (B).

#### **M) Une vision large de la condition de réalisation d'une prestation de travail:**

Cela suppose qu'une personne exerce une activité en vue de la production, au profit d'une autre personne, d'un bien ou d'un service.

Cette activité peut être une **activité** manuelle, intellectuelle ou encore divertissante/ludique. L'essentiel c'est que cette dernière soit **réalisée en faveur d'une tierce personne qui en tire profit**.

Les juges ont dû préciser leur position dans certaines situations jusqu'alors inédites.

##### ➤ Dans le domaine du sport :

Concernant les joueurs considérés comme étant « amateurs », la Cour de cassation a considéré que le fait de participer à des entraînements et des matchs de sport collectif ou individuel doit être assimilé à une prestation de travail dès lors qu'elle présente une finalité lucrative pour le joueur : ce dernier percevait des sommes en contrepartie du temps passé dans les entraînements et matches (Cass. Soc., 28 avril 2011, n°10-15573).

##### ➤ Les participants à des télé-réalités :

La prestation de ces participants de ce type de programmes se matérialise par la participation, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement habituel de leur vie personnelle, à des activités imposées et à exprimer des réactions lors d'interviews.

Les juges ont considéré que la prestation des participants à ce type d'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant une valeur économique (Cass. Soc., 4 avril 2012, n° 10-28818 à n°10-28830). Il s'agissait en l'espèce de l'émission de télé « L'île de la tentation ».

Même conclusion pour les participants à l'émission « Pékin express » (Cass. Soc. 4 février 2015, n°13-25621) ou à Mister France (Cass. Soc., 25 juin 2013, n°12-13968) : la prestation des candidats sert à fabriquer un programme audiovisuel à valeur économique.

Contrairement à ce qu'affirmaient les producteurs, il ne s'agissait donc pas seulement d'un simple enregistrement de leur vie quotidienne.

#### **N) Les prestations empêchant la qualification de contrat de travail :**

- Lorsque la prestation de travail est fournie au titre de l'entraide familiale ou amicale (présomption simple pouvant être renversée si la preuve des 3 critères est rapportée) ;
- Lorsque la prestation de travail est un aspect de la participation à une vie communautaire (ex : pour un compagnon Emmaüs qui récupérait et réparait certains objets, Cass. Soc., 9 mai 2001, n° 98-46158) ;
- Lorsque la formation est réalisée dans le cadre d'une formation (Cass. Soc., 17 octobre 2000, n° 98-40986) ;
- Les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail (art. L717-3 du CPP) ;
- La participation d'un demandeur d'emploi à des actions d'évaluation prescrite par l'ANPE (ex-Pôle Emploi), constitue une situation excluante de la qualification d'un contrat de travail (Cass. Soc., 18 juillet 2001, n°99-42525) ;
- La prestation de travail d'un stagiaire est exclue de la qualification sauf si ce dernier accomplit des tâches normales relevant d'un emploi permanent dans l'entreprise (Cass. Soc., 19 décembre 2007, n°06-45139) ;
- Le fait de réaliser son activité dans une structure religieuse empêche la qualification de contrat de travail (Cass. Soc., 20 janvier 2010, n°08-42207), peu importe que l'activité soit normalement mercantile (cas d'une religieuse infirmière : Cass. Ass. Plen. 8 janvier 1993, n°87-20036). Déduction similaire pour les ministres de culte (Cass. Soc., 12 juillet 2005, n° 03-43354).

#### **Paragraphe 2 : Une rémunération, contrepartie de la prestation de travail effectuée**

La rémunération n'a pas être obligatoirement financière : il s'agit de **toute contrepartie largement entendue**, même faible.

Elle peut même consister en un non-versement d'un salaire : la jurisprudence a en effet considéré que **l'absence de versement d'une rémunération n'empêche pas la qualification du contrat de travail**, dès lors que la prestation de travail est réalisée à titre onéreux (chauffeur de taxi qui percevait le prix des courses effectuées directement par les clients, Cass. Soc, 19 décembre 2000, n° 98-40572).

Dans le cadre du bénévolat : le remboursement éventuel des frais engagés par le bénévole n'implique par l'existence d'un contrat de travail, sauf à ce que le bénévole perçoive une contrepartie (financière ou en nature) aussi minime soit-elle, qui serait alors assimilée à une rémunération.

### Paragraphe 3 : Le lien de subordination

Critère essentiel à la qualification du contrat de travail puisque ce lien n'existe dans aucune autre forme de relation de travail.

#### A) Le contenu de la définition de la subordination :

Depuis le très célèbre arrêt « Société Générale », le lien de subordination est « **caractérisé par l'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** » (Cass. Soc., 13 novembre 1996, n°94-13187).

Le lien de subordination suppose donc l'observation de 3 pouvoirs au sein des mains de l'employeur :

- Un **pouvoir de direction**, pouvant être caractérisé par la formulation d'instructions, d'ordres et/ou de règles internes à suivre pour celui qui fournit la prestation de travail ;
- Un **pouvoir de contrôle** de la part de l'employeur qui surveille l'activité du salarié et qui l'astreint à rendre des comptes sur l'avancée de ses réalisations ;
- Un **pouvoir de sanction** : le salarié pouvant être sanctionné en cas de mauvaise réalisation volontaire de sa prestation de travail.

La réunion de ces 3 pouvoirs peut être plus facilement démontrable lorsque la personne exécute sa prestation de travail dans le cadre d'un **service organisé** par l'employeur, c'est-à-dire dans des locaux ou lieux déterminés par un tiers, à l'aide d'un matériel qui ne lui appartient pas et suivant des horaires et des sujétions plus ou moins imposées.

⇒ pour des exemples de jurisprudences, voir sous l'article L1221-1 du Code du travail, sous « intégration dans un service organisé ».

#### A) Applications jurisprudentielles du principe de lien de subordination :

➤ Pour un joueur « amateur » de rugby :

Ce joueur était tenu, sous peine de sanctions, de se conformer au règlement interne du club et à la charte des droits et des devoirs du joueur, de participer aux entraînements et rencontres sportives organisées, de s'astreindre à une certaine hygiène de vie. Il percevait en outre une participation aux frais de logement et des « défraiements », qui étaient en réalité des sommes perçues en contrepartie du temps passé dans les entraînements et matches, que les juges ont finalement requalifiés en rémunération.

➔ Caractérisation des critères de prestation de travail (participation aux entraînements et matches), de rémunération et du lien de subordination juridique, l'existence des 3 pouvoirs de direction (respect des règles internes édictées par le club), de contrôle (vérification de sa présence aux rendez-vous sportifs fixés) et de sanction étant démontrée (Cass. Soc., 28 avril 2011, n°10-15573).

➤ Pour les participants à des télé-réalités :

**Arrêt « Koh-Lanta », Cass. Soc., 25 juin 2013, n°12-13968** : Il s'agissait de savoir s'il existait un contrat de travail entre la société de télévision TF1 et les participants. Les juges ont d'abord constaté l'existence d'un règlement duquel ils ont déduit l'existence d'une autorité conférée aux producteurs qui disposaient d'un pouvoir de sanction.

De plus le candidat s'engageait à participer aux jeux pendant toute la durée étant nécessaire à la production. Il était mentionné qu'il acceptait expressément d'être filmé à tout moment, qu'il s'engageait à participer à toutes les interviews et témoignages et à y répondre de bonne foi, à participer loyalement à tous les jeux, à voter pour éliminer un ou plusieurs candidats etc.

**Arrêt « l'Île de la Tentation », Civ. 1<sup>e</sup>, 24 avril 2013** : Les juges ont ici retenu une série d'indices pour justifier l'existence d'un lien de subordination juridique : existence d'une « bible » (règlement intérieur) prévoyant le déroulement des journées et la succession d'activités filmées imposées, existence d'interviews dirigées de telle sorte que l'interviewé était conduit à dire ce qui était attendu par la production, ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, les heures de réveil et de couché étaient fixées par la production, tout comme le choix des vêtements, obligation de vivre sur le site, impossibilité de se livrer à des occupations personnelles, toute infraction aux obligations contractuelles pouvait être sanctionnée par le renvoi de l'émission et existence de sanctions notamment pécuniaires en cas de départ en cours de tournage.

**Arrêt « Mister France », Cass. Soc., 25 juin 2013, n°12-13968** : parmi les indices positifs de la subordination il y avait l'obligation de se conformer aux directives des producteurs pour les choix de restauration, obligation de répondre aux questions du présentateur, obligation d'être filmé et d'effectuer les chorégraphies choisies par le producteur. Les juges ont de nouveau considéré qu'il s'agissait d'un état de subordination juridique.

**Arrêt « Take Eat Easy », Cass. Soc. 28 novembre 2018, n°17-20079** : livreur à vélo exerçant en qualité d'autoentrepreneur qui était inscrit sur la plateforme. Il a été rapporté que les documents contractuels remis au livreur présentaient un système de bonus en fonction du temps d'attente au restaurant, d'un autre lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers, des pénalités en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles, de déconnexion ou d'absence de réponse pendant le shift, de cumul de retards importants, de refus de faire une livraison, de circulation sans casque, de connexion en dehors de la zone de livraison sans inscription etc. Le cumul de trois pénalités entraînait une convocation « pour discuter de la situation et de sa motivation à continuer à travailler » avec la plateforme. 4 pénalités et c'était la désactivation du compte.

Les juges ont considéré que ce système de pénalités était évocateur du pouvoir de sanction mobilisable par l'employeur et qu'il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle (système de géolocalisation), caractérisant un lien de subordination.

**Arrêt « Uber », Cass. Soc., 4 mars 2020, n°19-13316** : selon le même schéma de fonctionnement mais, cette fois-ci, avec un chauffeur VTC travaillant pour la plateforme en tant qu'autoentrepreneur, la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un lien de subordination, après avoir largement détaillé le faisceau d'indices relatif aux pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction détenus par la plateforme en ligne rapporté par le chauffeur VT.



## **SECTION 2 : L'INDISPONIBILITE DE LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE TRAVAIL**

La requalification d'une relation en contrat de travail demeure de la compétence souveraine du **juge**, dans ce cadre « **il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée** » (art.12 du Code de Procédure Civile).

De ce principe, en a été déduit :

- Un **principe de réalité** : l'existence d'une relation de travail subordonnée dépend des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle considérée ;
- Le fait que « la volonté des parties est impuissante à soustraire un salarié au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail » (**Ass. Plen., 4 mars 1983, n° 81-15290 et n°81-1164**).  
Ce principe découle de l'article 6 du Code civil qui consacre le caractère d'ordre public du droit du travail.
- Un **principe d'indisponibilité** de la qualification : l'existence et la caractérisation d'une relation de travail « 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 exercées l'activité des travailleurs » (**Cass. Soc, 19 décembre 2000, n° 98-40572**).  
  
⇒ La volonté des parties ne saurait donc faire échec à la requalification d'une situation en relation de travail subordonnée, soumise à l'existence d'un contrat de travail et à l'application du droit du travail, dès lors que les 3 conditions de prestation de travail, de rémunération et de lien de subordination effectif sont avérées.

## **CHAPITRE 2 : LES PRESOMPTIONS DE SALARIAT ET DE NON-SALARIAT PREVUES PAR LA LOI**

Le législateur a édicté deux sortes de présomptions : de salariat (§1) et de non-salariat (§2).

### **Paragraphe 1 : Les présomptions de salariat**

La qualification de contrat de travail est admise, peu importe que les conditions posées à sa caractérisation ne soient pas vérifiées. Les catégories de personnes visées sont les suivantes :

- Les VRP (art. L7313-1 du Code du travail) ;
- Les journalistes professionnels (art. L7121-1 et suivants du Code du travail) ;
- Les mannequins (art. L7123-3 du Code du travail).

C'est une **présomption irréfragable** qui ne peut jamais être remise en cause.

## **Paragraphe 2 : Les présomptions de non-salariat**

Ces présomptions concernant les personnes physiques (**art. L8221-6 du Code du travail**) :

- Immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ;
- Immatriculées au registre de transport routier de personnes exerçant une activité de transport scolaire ou de transport à la demande ;
- Les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés.

Ces personnes sont donc présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre pour lequel elles réalisent la prestation demandée. Cependant, c'est une **présomption simple** qui peut être renversée, à charge pour la personne demandant la requalification de prouver les éléments constitutifs du contrat de travail.

A titre d'exemple, les juges ont admis que la qualité d'autoentrepreneur n'exclut pas la qualification de contrat de travail (**Cass. Crim., 15 décembre 2015, n°14-85638 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juillet. 2016, n° 15-16110**).

## **CHAPITRE 3 : LE CAS PARTICULIER DU CO EMPLOI**

Situation « anormale » du droit du travail, le co emploi est un mécanisme né de la jurisprudence permettant de reconnaître l'existence d'une situation où un salarié est, dans les faits, sous la subordination juridique de plusieurs employeurs, alors même que son contrat de travail ne désigne qu'un seul employeur.

Cette situation doit demeurer exceptionnelle, « caractérisée lorsqu'il existe un tel état d'imbrication entre l'employeur déclaré et un tiers au contrat de travail » (Pierre Bailly, ancien conseiller-doyen à la Cour de cassation).

Les critères permettant de caractériser le co emploi sont divers, selon la situation juridique des entreprises désignées co employeurs (Section 1). La reconnaissance d'une telle situation n'est pas sans conséquences pour les employeurs désignés co employeurs (Section 2).

### **SECTION 1 : LES CRITERES DETERMINANTS DU CO EMPLOI**

Critères selon que la situation de co emploi résulte, au départ, d'une simple mise à disposition de salarié entre deux entreprises (§1) ou se déploie dans le cadre d'un groupe (§2).

## **Paragraphe 1 : Co emploi et lien de subordination juridique, quand la mise à disposition va trop loin**

Un salarié est en principe lié à un seul et unique employeur dans le cadre d'un contrat de travail.

A l'occasion de l'exécution du contrat de travail, le salarié peut être mis à la disposition d'une autre entreprise par le biais d'un contrat de mise à disposition (*contrat tripartite : employeur – salarié – entreprise utilisatrice*) déterminant les conditions de mise en œuvre de cette mise à disposition.

En parallèle et parce que le contrat de travail perdure, un avenant est rédigé. L'entreprise d'origine conserve le statut d'employeur et les prérogatives afférentes. A la fin de la mise à disposition, le salarié dispose d'un droit à la réintégration dans son poste et son entreprise d'origine.

L'entreprise utilisatrice se voit, quant à elle, transférer le pouvoir de direction pour la durée de la mise à disposition.

Cependant, il peut arriver que l'entreprise utilisatrice s'arroge la possibilité d'aller au-delà du pouvoir de direction qui lui est délégué temporairement, traitant le salarié comme s'il était l'un des siens, en décidant par exemple :

- De faire usage de son pouvoir disciplinaire à son encontre (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juillet 1997, n°94-45102 ; Cass. Soc., 30 juin 2010, n°09-67496) ;
- Fixer les dates de congés du salarié (Cass. Soc., 15 mars 2006, n°04-45518).

Dans ces hypothèses, le salarié peut faire connaître l'existence d'un véritable lien de subordination avec l'entreprise utilisatrice et partant, faire requalifier le contrat de mise à disposition en contrat de travail (Cass. Soc., 4 avril 1990, n°86-44229).

Une situation de co emploi a également été admise hors convention de mise à disposition :

- Lorsque la mise en commun d'un certain nombre de moyens humains (sans être dans le cadre d'un groupe) a conduit à dégager la notion d'employeurs conjoints pour deux sociétés exerçant leur pouvoir de direction conjointement sur le salarié (Cass. Soc., 22 janvier 1992, n°87-44284) ;
- Pour le travailleur dépourvu du contrat de travail, qui a fait reconnaître l'existence d'un lien de subordination juridique entre lui et deux sociétés différentes (Cass. Soc., 13 juin 2006, n°04-43878).

## **Paragraphe 2 : Le co emploi au sein d'un groupe**

Il arrive que la société-mère d'un groupe s'implique plus que de mesure dans la gestion de ses filiales.

Une situation de co emploi peut alors être reconnue, sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un lien de subordination individuel, entre plusieurs salariés de filiales et la société-mère de ce même groupe (Cass. Soc., 28 septembre 2011, n°10-12278), qui acquière de ce fait la qualité d'employeur conjoint ou co employeur.

Les conditions d'admission du co emploi au sein d'un groupe ont évolué dans le temps, au fil de la jurisprudence sociale. D'abord fondé sur le critère de la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction (A), les juges l'ont récemment abandonné au profit de celui de la perte d'autonomie par immixtion permanente et anormale de la société-mère (B).

#### **A) L'ancien critère de la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction :**

Dans l'**arrêt Molex** du 2 juillet 2014, la Cour de cassation jugeait qu' « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (**Cass. Soc., 2 juillet 2014, n°13-15208** : *en l'espèce, refus reconnaissance de cette triple confusion*).

- **Confusion d'intérêts : les deux sociétés poursuivent un même objectif ;**
- **Confusion d'activités : les activités sont inséparables les unes des autres ;**
- **Confusion de direction : la société employeur n'a pas d'autonomie directionnelle sur ses salariés.**

En application de ces critères, une situation de co emploi n'a pas été admise malgré :

- L'existence de dirigeants communs, un siège situé au même endroit, la nécessité pour l'employeur de tenir compte des décisions arrêtées au niveau du groupe, les concours financiers qu'une société holding peut être amenée à consentir, notamment pour aider au financement de mesures sociales (arrêt Molex précité) ;
- Des services commerciaux et administratifs communs, ainsi que des conventions de trésorerie ou de compensation (Cass. Soc., 9 octobre 2019, n° 17-28150) ;
- Des conventions d'assistance technique et de gestion de trésorerie (Cass. Soc., 24 juin 2018, n° 16-18621) ;
- Une étroite collaboration entre les sociétés du même groupe à la faveur d'une convention d'assistance rémunérée (Cass. Soc., 7 mars 2017, n° 15-16865) ;
- Des engagements pris pour garantir les obligations de la filiale (Cass. Soc., 6 juillet 2016, n° 14-27266).

A contrario, un état de co emploi pouvait résulter du pouvoir d'action permanent exercé par le DRH du groupe au détriment du dirigeant de la filiale, de l'immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de cette filiale, du contrôle des activités administratives, contractuelles et financières par une autre entité, ces éléments établissant que l'employeur était totalement soumis à une direction commune et ne disposait plus d'aucun pouvoir propre dans la conduite des affaires (Cass. Soc., 6 juin 2016, n° 15-15481).

L'emploi délicat de cette triple confusion a conduit les juges à exclure la reconnaissance des situations de co emploi depuis leur consécration (à l'exception du dernier arrêt précité) !

Un recadrement des critères de qualification du co emploi dans un groupe était donc nécessaire.

### **A) Un co emploi désormais défini par le critère unique de l'immixtion permanente :**

La chambre sociale retient désormais que c'est la perte d'autonomie d'action de la filiale, qui ne dispose pas du pouvoir réel de conduire ses affaires dans le domaine de la gestion économique et sociale, qui est déterminante dans la caractérisation d'une immixtion permanente anormale de la société-mère (critère constitutif du co emploi).

Dorénavant, « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être qualifiée de co employeur du personnel employé par une autre que s'il existe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une **immixtion permanente de cette société** dans la gestion économique et sociale de la société employeur, **conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière** ».

**Cass. Soc., 25 novembre 2020, n°1813.769**

La note explicative diffusée par la chambre sociale sur le site public de la Cour de cassation insiste sur ce point et retient que seule la perte totale d'autonomie d'action d'un employeur qui se trouve privé du pouvoir de conduire ses affaires peut permettre de reconnaître la qualité d'employeur conjoint à celui qui est à l'origine de cette situation anormale (souvent, la société mère).

En l'espèce, il s'agissait d'une société reprise en 2010 par un groupe japonais, société qui avait licencié ses salariés pour motif économique en 2012. Les salariés contesté leur licenciement en mettant en cause leur employeur ainsi que la société-mère en qualité de co-employeur.

La Cour d'appel avait admis la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction en constatant de nombreuses interventions anormales de la société-mère dans la gestion des contrats, des contentieux du personnel, des fournitures et des marchandises de la filiale et des interférences dans la gestion des ressources humaines et de la trésorerie. Appliquant le critère inédit de l'immixtion permanente, la Cour de cassation n'a pas constaté la réunion des conditions du co emploi : l'immixtion de la société-mère n'étant pas permanente, la filiale ayant conservé une certaine autonomie d'action dans les faits.

⇒ C'est donc désormais l'immixtion permanente d'une société entraînant une perte complète de l'autonomie et de la capacité d'action de la filiale qui permet de caractériser un état de co emploi.

## **SECTION 2 : LES CONSEQUENCES DE LA RECONNAISSANCE DE CO EMPLOI**

La reconnaissance d'une situation de co emploi a pour objet de sanctionner des relations anormales entre deux sociétés, afin que la société qui s'immisce de manière anormale dans la direction d'une autre société assume les responsabilités attachées au statut d'employeur.

La conséquence non négligeable de cette requalification c'est l'application des dispositions du droit du travail et notamment les obligations incombant à l'employeur, au second employeur ainsi désigné co employeur.

Elle permet donc d'offrir aux salariés un autre débiteur d'obligations potentiellement plus solvable, favorisant de ce fait leur éventuelle indemnisation en cas de non-respect de la procédure de licenciement.

Par exemple, dans le cas d'un licenciement économique, les co employeurs doivent chacun supporter les conséquences d'un tel licenciement, notamment celles pouvant affecter la validité de ce dernier (mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou respect de l'obligation de reclassement).

Dans le cadre d'une mise à disposition requalifiée en co emploi, l'éventuelle fin de mise à disposition aurait dû être en réalité une procédure de licenciement dont les formalités n'auront nécessairement pas été respectés.

Cela pourra donner lieu à un contentieux prud'homal afin de faire reconnaître la rupture en licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et, par conséquent, obtenir les indemnités afférentes au non-respect de la procédure de licenciement, détaillée aux articles L1232-2 à L1232-6 (étapes) et L1235-2 (motivation de lettre de licenciement) du Code du travail.

Raisonnement analogue pour une demande d'heures supplémentaires à l'entreprise co employeur : le salarié pourra demander le paiement de ses heures et obtenir, le cas échéant, le versement d'une indemnité pour travail dissimulé (6 mois de salaires).

*Et si la question d'existence du contrat de travail tombe à l'examen ?*

**1- Rappel du rôle du juge dans la requalification (art. 12 CPC) + principe d'indisponibilité et principe de réalité applicable en la matière**

**2- Vérifier que la situation ne relève pas des présomptions de salariat ou de non-salariat**

**3 (optionnel)- En cas de situation apparente de co emploi :**

- En dehors d'un groupe : déterminer si existence d'un lien de subordination selon la définition classique ;
- En présence d'un groupe : déterminer si le critère de l'immixtion permanente entraînant une perte complète de l'autonomie et de la capacité d'action de la filiale est caractérisé.

**4- Application des critères de qualification du contrat de travail : critères prétoriens cumulatifs :**

- Une prestation de travail : de toute nature, à l'exception des activités culturelles ou d'insertion/formation ;
- Une rémunération : peu importe la forme ou l'importance ;
- Un lien de subordination : faisceau d'indices démontrant que l'employeur exerce les pouvoirs de direction, de contrôle et disciplinaire (le + important).

**5- Conclusion : existence ou non d'un contrat de travail et préciser les conséquences d'une telle requalification :**

- Application du droit du travail ;
- Compétence du CPH (art. L1411-1 du Code du travail).

## **TITRE 2 : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Lorsqu'est évoquée la formation du contrat de travail, trois étapes sont à distinguer :

- Le processus de recrutement, qui répond à des exigences strictes (Chapitre 1) ;
- L'éventuelle rédaction d'une promesse d'embauche, dont le régime juridique a été revu récemment (Chapitre 2) ;
- L'établissement du contrat de travail, qui peut prendre plusieurs formes (Chapitre 3).

### **CHAPITRE 1 : LE RECRUTEMENT, UN PROCESSUS STRICTEMENT ENCADRE**

Les opérations de recrutement sont largement règlementées quant aux moyens d'obtenir les informations pertinentes à l'embauche (§1) mais aussi en raison de certaines limitations à la possibilité de recrutement discrétionnaire offerte à l'employeur (§2).

#### **Paragraphe 1 : La réglementation applicable aux opérations de recrutement**

Le contrat de travail est un contrat conclu intuitu personae (en considération de la personne) et cela emporte deux conséquences :

- D'une part, la personne du candidat est déterminante du consentement de l'employeur de sorte que ce dernier est autorisé à invoquer, le cas échéant, la nullité du contrat pour erreur sur la personne ;
- Ce caractère intuitu personae justifie les investigations menées préalablement à l'embauche : l'employeur a même un devoir de se renseigner sur les candidats pressentis (**Cass. Soc., 3 juillet 1990, n°81-40349** : après l'embauche, une société apprend que le directeur général salarié a déposé le bilan d'une société qu'il dirigeait antérieurement, la société invoque la nullité du contrat de travail mais refus par la Cour de cassation faute pour la société de s'être renseignée sur les antécédents du salarié qui avait pourtant bien indiqué au moment de l'entretien avoir été PDG d'une société dont le nom avait été mentionné sur son CV).

Si l'employeur a des obligations quant aux techniques de recrutement utilisées (A), le candidat est également astreint à une obligation de loyauté (B).

#### **A) Les obligations de l'employeur lors que processus d'embauche :**

Trois grandes obligations relatives aux techniques d'informations pouvant être utilisées (1) et une relative au respect de la personne du candidat (2).

##### **1) Les obligations relatives aux techniques d'informations utilisées :**

Le recrutement doit être conforme aux principes de pertinence (a), de transparence (b) et de finalité (c).

### **a) Le principe de pertinence :**

Inscrit à l'**article L1221-8 du Code du travail** : « les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie » (alinéa 3).

Le candidat doit donc être informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'aides au recrutement utilisées (tests techniques, graphologie, etc.). Les résultats obtenus doivent rester confidentiels et être portés à la connaissance du candidat si ce dernier en émet le souhait.

Le recours à des méthodes reposant sur la numérologie, l'astrologie ou la morphopsychologie n'est pas envisageable, à défaut de pertinence scientifique.

### **b) Le principe de transparence :**

Aucune information concernant personnellement le candidat ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance (**art. L1222-8 al.1 du Code du travail**). Même chose pour les modalités de collecte de ses informations (art. L1222-9 du Code du travail).

Il s'agit par exemple d'informer le candidat de la prise de référence auprès d'anciens employeurs.

Deux remarques :

- La loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 accord aux candidats à l'embauche un droit d'accès à l'ensemble des documents établis à l'occasion de son embauche ;
- L'employeur doit informer le CSE des techniques de recrutement utilisées afin de permettre un contrôle de la part de ce dernier. Obligation préalable à la mise en œuvre de ces techniques. A défaut, l'employeur s'expose aux peines du délit d'entrave.

### **c) Le principe de finalité :**

L'employeur doit respecter une stricte corrélation entre les informations demandées et les exigences du poste à pourvoir (**art. L1221-6 du Code du travail**). La prise de ces informations n'a pour but que d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi, ses aptitudes professionnelles, ses facultés d'adaptation, ses potentialités à évoluer ou encore les éléments de sa personnalité en rapport avec les exigences du poste (autonomie, collaboratif, sens des responsabilités, etc.).

A ce titre, l'employeur peut donc demander ou poser des questions sur la formation universitaire ou professionnelle du candidat, ses diplômes ou ses antécédents professionnels.

## **2) Une obligation de non-discrimination :**

Obligation découlant de l'**article L1132-1 du Code du travail** : il est interdit d'écarter une personne d'une procédure de recrutement pour un motif illicite listé (état de santé du salarié, ses antécédents judiciaires sauf emplois spécifiques notamment ceux liés à la sécurité, sa religion, son appartenance ou non à un syndicat, etc.).

Il ne pourra être reproché au candidat de ne pas répondre à toutes les questions relatives aux thèmes énoncés à l'article L1132-1 du Code du travail ou qui n'ont aucun lien nécessaire avec l'emploi proposé.

L'attitude discriminatoire traduite par un refus d'embauche tombe sous le coup de l'article 225-2-5° du Code pénal (3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende).



Cependant il ne sera pas possible pour le candidat évincé pour motif discriminatoire de réintégrer le processus de recrutement ou le poste en question.

### **A) Les informations pouvant être fournies par le candidat :**

Le candidat n'est pas tenu d'une obligation générale de renseignement à l'égard du recruteur : le silence d'un candidat ne peut lui être imputé à faute puisque le recruteur a le devoir de se renseigner.

Il convient de distinguer selon que les informations sont fournies spontanément par le candidat (1) ou données à la demande de l'employeur (2).

#### **1) Les informations fournies spontanément par le candidat :**

Conformément au droit commun, le fait de fournir des informations inexactes est en principe constitutif d'un dol (Cass. Soc., 17 octobre 1995, n°94-41239 : candidat qui avait produit un CV mensonger en faisant état de 2 diplômes imaginaires).

Pour autant, la jurisprudence se montre moins exigeante à l'égard du candidat et distingue selon que l'information inexacte a eu un rôle déterminant dans le recrutement :

- Si l'information a un rôle essentiel et déterminant dans le recrutement du candidat et qu'il apparaît au moment de la prise de fonction que le salarié n'a pas les compétences effectives pour occuper le poste la part du salarié, les juges admettent qu'il s'agit d'un dol et valide l'éventuel licenciement ayant eu lieu ;
  - Si le mensonge n'a eu aucune incidence sur les réelles compétences du candidat embauché et ne cause aucun préjudice à l'employeur, alors le dol n'est pas constitué et l'éventuel licenciement sera injustifié pour nullité du contrat de travail (**Cass. Soc., 30 mars 1999, n°96-42912**).
- ⇒ La fourniture de renseignements inexacts par le candidat lors de l'embauche n'est un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si cela constitue un dol.
- ⇒ La fourniture d'informations inexactes ne constitue pas en soi un dol.

#### **2) Les informations fournies à la demande de l'employeur :**

Le candidat bénéficie d'un droit de non révélation d'informations qui peut se traduire par la fourniture d'informations inexactes.

Ce droit de non révélation est consacré spécifiquement dans le Code du travail au bénéfice de la femme enceinte : la femme qui ne révèle pas son état de grossesse ne peut se voir reprocher aucune faute (art. L1225-5 du Code du travail).

Il concerne plus généralement l'ensemble des informations relatives à la vie privée du salarié listées à l'article L1132-1 du Code du travail.

## **Paragraphe 2 : Les limitations au recrutement discrétionnaire de l'employeur**

Par principe l'employeur dispose d'une liberté totale dans le choix de ses collaborateurs, qui découle du principe de la liberté d'entreprise reconnue constitutionnellement (**Cons. Constit., 20 juillet 1988, n°88-224**). En théorie donc, l'employeur est libre de choisir le candidat qu'il souhaite.

Pour autant cette liberté souffre de deux exceptions :

- A raison d'interdiction d'emplois : qui se fondent principalement sur la nationalité, l'âge (interdiction d'embauche des mineurs de moins de 16 ans sauf exceptions ; emplois interdits pour tout mineur : emploi dans un débit de boissons), le sexe (interdiction d'employer une femme enceinte dans les 6 semaines suivant son accouchement) ou la nature du contrat (interdiction d'embaucher sous CDD pour effectuer des travaux particulièrement dangereux) ;
- A raison de l'existence de règles de priorités d'emplois : elles concernent essentiellement les personnes handicapées (quota d'embauche à respecter dans chaque entreprise) ou les salariés licenciés pour motif économique qui dispose d'une priorité de réembauchage en cas de poste vacant pendant les 12 mois suivants leur licenciement économique.

## **CHAPITRE 2 : LA PROMESSE D'EMBAUCHE**

Le régime de la promesse d'embauche a été profondément remanié par un arrêt du 21 septembre 2017.

*Pense pas bête : la jurisprudence relative à la promesse d'embauche se trouve sous l'article L 1221-1 du Code du travail.*

### **Paragraphe 1 : Le régime juridique de la promesse d'embauche avant le revirement de jurisprudence**

Avant 2017, la promesse d'embauche s'entendait d'une offre écrite, ferme et définitive adressée par l'employeur au candidat par laquelle il s'engageait à embaucher le salarié. Trois éléments devaient être précisés dans l'écrit : l'emploi occupé, la date d'entrée en fonction et le lieu de travail.

Dès lors que ces deux éléments étaient vérifiés, la promesse d'embauche valait contrat de travail et la rupture ne pouvait passer que par un licenciement ou autre mode de rupture du contrat admise en droit du travail. Ainsi la jurisprudence considérait que si le candidat avait accepté la promesse mais que l'employeur se rétractait postérieurement à cette acceptation, il s'agissait d'une rupture du contrat de travail. Il était en outre admis que la rupture de cette promesse causait nécessairement un préjudice au candidat qui pouvait alors prétendre à l'indemnisation de ce dernier (Cass. Soc., 12 mai 2003, n°01-42068).

### **Paragraphe 2 : Le nouveau régime juridique de la promesse d'embauche**

Ce revirement est en lien avec l'ordonnance du 10 février 2016 (n°2016-131) dont les dispositions relatives à la définition de l'offre et de la promesse de contrat trouvent à s'appliquer en matière sociale (A). L'application de ces principes a entraîné une nouvelle définition des termes d'offre et de promesse d'embauche (B). Les conséquences de ce revirement sont importantes en cas de rupture de la promesse (C).

## A) Les principes contractuels civilistes applicables à la promesse d'embauche :

Les nouveaux articles du Code civil qui s'appliquent sont les suivants :

- Article 1113 : qui définit le contrat comme étant « formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager » ;
- Article 1114 : qui précise que « 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 » ;
- Article 1124 : qui définit la promesse d'embauche comme « 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 » ;
- Article 1115 : l'offre peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ;
- Article 1116 : l'offre peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable » ;
- Article 1117 : l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable ;
- Article 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 » ;
- Article 1120 : le silence ne vaut pas acceptation ;
- Article 1121 : le contrat est conclu dès que l'acceptation de l'offre parvient à l'offrant.

### A) Les nouvelles définitions d'offre et de promesse d'embauche :

L'offre s'entend désormais d'un 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.

→ c'est un acte qui comprend les éléments essentiels du futur contrat de travail + le consentement clair et explicite de l'employeur quant à la formation du contrat présenté, qui n'attend, pour être formé, que l'accord du candidat.

La promesse d'embauche nouvelle version est un acte contenant les mêmes éléments concernant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction, à la différence qu'elle laisse un droit d'opter

ou non pour la conclusion du contrat de travail pour le bénéficiaire de cette promesse : il manque donc le consentement du candidat pour que l'engagement soit pleinement valide et formé.

**Arrêt : Cass. Soc., 21 septembre 2017, n°16-20103**

**A) Les conséquences juridiques de la rétraction d'une offre et d'une promesse d'embauche :**

L'on parle désormais d'offre de contrat de travail et de promesse unilatérale de contrat de travail.

**1) Pour l'offre de contrat de travail :**

En vertu de l'article 1113 du Code civil, dès que le candidat accepte l'offre, le contrat est formé, même si l'entrée en fonction est différée.

La rétractation d'une offre d'emploi par l'employeur avant que le salarié n'ait répondu et donné son consentement ou qu'elle soit atteinte de caducité, engage la responsabilité extracontractuelle de l'employeur et ouvre droit pour le candidat à formuler une demande de dommages et intérêts en raison du préjudice subi résultant de cette rupture (art. 1116 al.3 du Code civil).

Pour autant cette rétraction empêche la conclusion du contrat de travail (art. 1116 al. 2 du Code civil).

**2) Pour la promesse unilatérale de contrat de travail :**

Premièrement, lorsque le consentement du bénéficiaire a été donné et que l'employeur se rétracte par la suite, le contrat demeure malgré tout formé et cette rétractation doit être qualifiée de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Deuxièmement, même si l'employeur se rétracte pendant le délai alors que le bénéficiaire n'a pas encore levé l'option, le contrat est formé : la révocation n'empêche pas la formation du contrat de travail promis. Et en théorie, un éventuel contrat de travail conclu avec une tierce personne pendant le délai d'option doit être requalifié de nul, à condition que le tiers ait eu connaissance de cette promesse d'embauche (art. 1124-3 du Code civil).

Troisièmement, si l'employeur se rétracte après le délai d'option laissé au candidat : la rétractation est licite et n'emporte aucune conséquence juridique (art. 1122 du Code civil).

## Tableau récapitulatif du régime de l'offre et de la promesse d'embauche

	Avant revirement	Après revirement
<b>Définition/qualification de la promesse d'embauche</b>	Critères : emploi occupé, lieu de travail et date d'entrée en fonction	Mêmes critères + rajout de rémunération prévue dans le travail proposé. Nouveauté importante : Il s'agit de la promesse d'embauche si l'employeur ait marqué sa volonté de s'engager de façon claire et exacte et que le salarié accepte la promesse.
<b>Régime de la promesse d'embauche</b>	→ si les critères de la promesse étaient vérifiées : le contrat était formé et la rétractation de l'employeur = rupture du contrat de travail donc il y aurait dû avoir application des règles du licenciement.  → indemnisation du préjudice, la rupture causant nécessairement un préjudice réparable pour le candidat	Le contrat de travail est formé et la rétractation est assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.  Le contrat conclu avec un tiers (sauf connaissance par le tiers).
<b>Définition/qualification de l'offre d'embauche</b>	Comme pour la promesse d'embauche + droit d'opter laissé au bénéficiaire de l'offre.	Proposition d'engagement sans force contraignante reprenant les éléments essentiels du contrat de travail (rémunération, poste et date d'entrée) + elle précise de façon exacte l'engagement que l'employeur n'entend être obligé par le candidat que si celui-ci accepte la proposition.
<b>Régime de l'offre d'embauche</b>	Aucun engagement de la responsabilité de l'employeur en cas de rétractation.	→ si rétractation avant délai raisonnable : engagement reste licite et la rétractation empêche la formation du contrat.  → si rétractation après le délai raisonnable : rétractation licite.

### **CHAPITRE 3 : L'ETABLISSEMENT DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Aux termes de l'article L1221-1 du Code du travail, le contrat de travail répond au principe du consensualisme selon lequel, les parties peuvent librement convenir de la forme qu'il aura.

**Par principe, le contrat verbal est donc admis et pleinement valable** pour permettre de caractériser une relation de travail salariée.

Mais même si l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat de travail, une directive européenne du 14 octobre 1991 fait obligation d'informer par écrit le salarié des éléments essentiels de son embauche, à savoir : identité des parties, lieu de travail, classification professionnelle, convention collective applicable, rémunération. L'employeur a un délai de 2 mois pour satisfaire à cette obligation.

L'écrit reste malgré tout fortement conseillé et même nécessaire à titre probatoire.

Pour autant, le principe souffre de principes où l'exigence d'un contrat de travail écrit est indispensable à sa validité :

- Le contrat de travail verbal n'est valable que s'il s'agit du CDI à temps complet : dès lors qu'il s'agit d'un temps partiel, le contrat de travail doit obligatoirement être écrit et comporter certaines mentions obligatoires ;
- Les contrats dits « atypiques » (CDD et contrat intérimaire) doivent être écrits et comporter certaines mentions obligatoires.

(cf infra sur la rédaction et le contenu obligatoire propres à ces deux types de contrats).

Faute d'écrit, les contrats de travail à temps partiel et l'ensemble des contrats atypiques sont réputés avoir été conclus pour une durée indéterminée (art. L1242-12 du Code du travail) et à temps complet (art. L3123-14 du Code du travail).

De plus, l'embauche doit s'accompagner de l'accomplissement de certaines formalités :

- La Déclaration Unique à l'Embauche ou DUE, prévue à l'article L1221-10 du Code du travail ;
- L'inscription du salarié sur le registre du personnel (art. L1221-13 du Code du travail).

*Et si la question de la qualification d'une promesse ou d'une offre d'embauche tombe à l'examen ?*

### **1- La qualification de l'acte écrit proposé au candidat**

D'abord :

- définition de la promesse d'embauche (art. 1124 du Code civil) ;
- définition de l'offre d'emploi (art. 1114 du Code civil).

Ensuite, rappel de la jurisprudence antérieure (définitions et régimes).

Puis, revirement de jurisprudence :

- évolution du droit des obligations par ordonnance du 10.02.2016 → conduit à apprécier différemment, mais en lien avec cette évolution, la portée des offres et des promesses d'embauche de contrat de travail ;
- nouvelles définitions des promesses unilatérales et offres de contrats de travail.

In fine, compétence du CPH pour apprécier la demande de qualification de l'acte proposé.

### **2- Régime juridique de l'acte :**

- explication du régime juridique de l'acte proposé en l'espèce au candidat.

**B)**

## **TITRE 3 : LA PERIODE D'ESSAI**

L'article L1221-20 du Code du travail indique le but de la période d'essai : « elle 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 ».

Elle précède l'embauche définitive du salarié.

⇒ Il s'agit d'une période au cours de laquelle les parties apprécient mutuellement la pertinence de se lier dans une relation contractuelle salariale, elle peut être **rompue unilatéralement sans aucune formalité ni justification** par chacune des parties.

⇒ Régime juridique : articles L1221-19 à L1221-26 du Code du travail.

Des conditions de validité président à la mise en œuvre d'une période d'essai (Chapitre 1), au même titre qu'une éventuelle rupture par l'une des parties (Chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA PERIODE D'ESSAI**

Conditions relatives à son existence (Section 1), à sa durée (Section 2), à son éventuel renouvellement (Section 3) et sa rupture (Section 4).

### **SECTION 1 : L'EXISTENCE EFFECTIVE DE LA PERIODE D'ESSAI**

**La période d'essai ne se présume pas** : afin de produire ses effets, elle doit être expressément stipulée dans la lettre d'engagement (promesse ou offre d'embauche) ou le contrat de travail (**art. L1221-23 du Code du travail**).

A défaut de mention expresse, le salarié est présumé réputé embauché sans période d'essai. Ainsi en cas de contrat verbal, il ne peut y avoir de période d'essai. Dès lors, toute rupture devra suivre les règles de ruptures du contrat de travail et à défaut, la rupture s'analysera en licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les conséquences pécuniaires que cela suppose (indemnité de licenciement, indemnité compensatrice de préavis, dommages et intérêts)

La période d'essai commence impérativement au commencement de la relation de travail : il n'est pas possible d'en différer le début (**Cass. Soc., 25 février 1997, n°93-44923**).

De la même manière, si les capacités professionnelles du salarié ont déjà pu être appréciées auparavant, il ne sera pas possible de prévoir une deuxième période d'essai. C'est le cas :

- Lors d'une succession de contrats :
  - o Si le salarié occupe les mêmes fonctions que lors du précédent contrat : aucune nouvelle période d'essai possible ;
  - o Si le salarié change de fonctions : pas de période d'essai mais possibilité de prévoir une période probatoire après accord exprès du salarié pour sa mise en place (Cass. Soc., 16 mai 2012, n°10-10623).  
Cette période probatoire est envisageable lorsque le salarié change de poste dans l'entreprise, elle va permettre d'apprécier ses capacités à exercer ses nouvelles fonctions. En cas de période probatoire non concluante, le salarié est replacé dans ses anciennes fonctions : il n'y a donc aucune rupture du contrat de travail (Cass. Soc., 30 mars 2005, n°02-46103).  
Contrairement à la période d'essai, aucune disposition n'encadre sa durée. ;
- Lors d'une succession stage/contrat (art. L1221-24 du Code du travail) :
  - o En cas de changement de fonctions au moment de la conclusion du contrat de travail : une période d'essai peut être stipulée mais la période de stage réduit la durée de la période d'essai envisagée, sans que la réduction ne soit de plus de la moitié de la durée de la période d'essai ;
  - o Si l'emploi est en correspondance avec les activités auparavant confiées dans le cadre du stage : déduction intégrale de la période de stage sur la durée de la période d'essai ;
- Lors d'une succession CDD/CDI : la durée du ou des CDD doit être déduire de la période d'essai stipulée dans le cadre du CDI (Cass. Soc., 9 octobre 2013, n°12-12113) ;
- Lors d'une succession de CDD : la jurisprudence a pu considérer que dans le cas d'un salarié embauché à plusieurs reprises en CDD pour exercer les mêmes fonctions, la clause prévoyant une énième période d'essai était abusive, compte tenu de son ancienneté dans l'entreprise et de ses aptitudes que l'employeur connaissait (Cass. Soc., 7 mars 2000, n°98-40198).

Enfin, la période d'essai a un but bien particulier (appréciation du poste/appréciation des compétences professionnelles du salarié). De ce fait, une absence justifiée du salarié, peu important la raison : maladie – maternité – congés, reporte d'autant la fin de la période d'essai (*pour la prise de congés : Cass. Soc., 31 janvier 2018, n°16-11598 ; pour la prise de jours de récupération : Cass. Soc., 11 septembre 2019, n°17-21976*).



## **SECTION 2 : LA DUREE DE LA PERIODE D'ESSAI**

La durée de la période d'essai sera différente selon que le contrat de travail est à durée indéterminée (§1) ou à durée déterminée (§2).

### **Paragraphe 1 : La durée de la période d'essai dans le cadre d'un CDI**

Depuis la loi du 25 juin 2008, la durée maximale de la période d'essai est fixée par le Code du travail, en fonction de la catégorie de l'emploi occupé (**art. L1221-19 du Code du travail**) :

- 2 mois pour les ouvriers et employés ;
- 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- 4 mois pour les cadres.

Durées qui peuvent être renouvelées, pour une durée maximale doublée pour chaque catégorie de salariés (sous certaines conditions, *cf infra – Section 3 : Renouvellement de la période d'essai*).

Néanmoins, comme indiqué il s'agit de durées légales. Par conséquent (art. L1221-22 du Code du travail) :

- Des durées plus courtes sont admises et résultent de la simple négociation contractuelle au moment de la conclusion du contrat de travail ;
- Des durées plus longues sont possibles si elles sont fixées par des accords de branches conclus après la loi du 25 juin 2008 : d'éventuelles durées plus longues prévues par des accords antérieurs à cette date ne peuvent être appliquées.

### **Paragraphe 2 : La durée de la période d'essai dans le cadre d'un CDD**

Durée prévue en fonction de la durée du contrat à **l'article L1242-10 du Code du travail** :

- Pour un CDD de moins de 6 mois : un jour / semaine dans la limite de deux semaines ;
- Pour un CDD d'au moins 6 mois : un jour / semaine dans limite d'un mois.

*Cas particulier* : dans le cadre d'un CDD à *terme imprécis* (la fin n'est pas déterminée, notamment dans les cas de remplacement en cas de maladie/maternité), la période d'essai est calculée en fonction de la durée minimale qui doit être prévue et mentionnée au contrat.

## **SECTION 3 : LE RENOUVELLEMENT DE LA PERIODE D'ESSAI**

Tout comme l'existence de la période d'essai, son renouvellement ne se présume pas : il doit être **expressément stipulé** dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (**art. L1221-23 du Code du travail**).

La période d'essai peut être renouvelée une seule fois, sous réserve que :

- Un accord de branche étendu prévoit la possibilité d'un renouvellement (art. L1221-21 du Code du travail) : à défaut, la clause du contrat de travail qui prévoit le renouvellement est nulle ;
- Le contrat de travail prévoit expressément la possibilité de renouvellement ;

- Le salarié ait donné son accord exprès et non équivoque au renouvellement (Cass. Soc., 10 janvier 2001, n°97-45164) ;
  - Le renouvellement soit proposé avant la fin de la période d'essai initiale : s'il est proposé même un jour après la fin de la période d'essai initiale, le contrat de travail est devenu définitif (Cass. Soc., 29 novembre 2000, n°99-40174) ;
  - Le renouvellement ne soit pas abusif : il doit être justifié par la nécessité de continuer à apprécier les aptitudes professionnelles du salarié.
- ⇒ Faute d'avoir vérifié et respecté ces conditions : renouvellement impossible et depuis la fin de la première période, le contrat est devenu définitif. En cas de rupture, c'est les règles du licenciement qui auraient donc dû s'appliquer : la rupture pourra de ce fait être requalifiée judiciairement en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En tout état de cause, dans le cadre d'un CDI, la **durée totale de la période d'essai (renouvellement compris) ne peut être supérieure**, sauf négociation contractuelle ou accord de branche particulier, à :

- 4 mois pour les ouvriers et employés ;
- 6 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens ;
- 8 mois pour les cadres.

#### **SECTION 4 : LA RUPTURE DE LA PERIODE D'ESSAI**

En théorie la rupture de la période d'essai est libre (§1), pour autant la partie à l'origine de la rupture est astreinte au respect d'un délai de prévenance (§2).

##### **Paragraphe 1 : La liberté dans la rupture de la période d'essai**

Cette liberté reste encadrée par deux principes : elle doit être justifiée par une cause propre à la personne du salarié ou du poste (A) et intervenir avant la fin de la durée prévue contractuellement (B).

##### **A) Une rupture justifiée par une cause inhérente à la personne du salarié ou du poste :**


La période d'essai étant destinée à apprécier le poste pour le salarié, et les aptitudes professionnelles de ce dernier pour l'employeur, sa rupture ne doit être fondée que sur l'insatisfaction quant au poste exercé ou de l'incompétence professionnelle du salarié.

⇒ Le droit de résiliation unilatérale concerne les deux parties.

Ainsi, la résiliation de la période d'essai intervenue pour un motif non inhérent à la personne du salarié est abusive (**Cass. Soc., 20 novembre 2007, n° 06-41212**) et peut donner lieu à une action en réparation.

La rupture de la période d'essai peut également être qualifiée d'abusives lorsque, par exemple, le salarié n'a pas pu exercer sa profession correctement en lui permettant de donner la preuve de ses aptitudes et de sa capacité (Cass. Soc., 11 janvier 2012, n°10-14868) ou parce qu'elle a fait suite à une réclamation du salarié au sujet de sa rémunération (Cass. Soc., 10 décembre 2008, n°07-42445).

Les parties n'ont pas à motiver leur décision de mettre fin à la période d'essai ni même à respecter un certain formalisme (hormis le délai de prévenance) : la rupture peut être verbale (Cass. Soc., 25 mai 1989, n°85-43903).

 En cas de rupture de période d'essai d'un salarié protégé, l'employeur doit solliciter l'autorisation de l'inspecteur du travail.

Une rupture valable du contrat de travail au cours de la période d'essai ou à son terme, ne donne droit à aucune indemnisation.

A NOTER :

La rupture de la période d'essai ne constitue pas une rupture au sens d'un mode de rupture du contrat de travail (démission, licenciement, rupture conventionnelle).

**Les dispositions qui encadrent la rupture du contrat de travail, protectrices du salarié** (procédure de licenciement, indemnité de licenciement, indemnité de préavis, nécessité d'un motif réel et sérieux, etc.), **n'ont donc pas vocation à s'appliquer** pendant la période d'essai (article L1231-1, alinéa 2 du Code de du travail pour le CDI ; article L1242-11 pour le CDD).

Exceptions faites :


- en cas de rupture de période d'essai par l'employeur alors même qu'aucune période d'essai n'a été prévue dans son contrat de travail → le contrat étant définitivement formé, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

- si la rupture du contrat de travail est dû à un motif disciplinaire, l'employeur est contraint de suivre la procédure disciplinaire (**Cass. Soc., 10 mars 2004, n° 01-44.750**).

Toute rupture fondée sur l'un des cas de discriminations énoncés à l'article L1132-1 du Code du travail est discriminatoire et peut conduire à la nullité de la rupture et donner lieu à indemnisation en réparation du préjudice subi.

#### **A) La rupture doit être notifiée avant la fin de la période d'essai :**

Jusqu'en 2008, la rupture du contrat de travail pendant la période d'essai pouvait intervenir à tout moment sans préavis. Depuis, **l'article L1221-25 du Code du travail** précise que les parties sont tenues de respecter un délai de prévenance pour les périodes d'essai d'au moins une semaine.

 La période d'essai, renouvellement compris, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

Le délai de prévenance est différent selon que la rupture est à l'initiative de l'employeur (1) ou du salarié (2). Le non-respect du délai de prévenance présente plusieurs conséquences (3).

### **1) Le délai de prévenance en cas de rupture par l'employeur :**

Si l'employeur prend l'initiative de la rupture, il doit informer le salarié de son choix dans un délai qui ne peut être inférieur à :

- 24 heures en deçà de 8 jours de présence ;
- 48 heures entre 8 jours et 1 mois de présence ;
- 2 semaines après 1 mois de présence ;
- 1 mois après 3 mois de présence.

### **2) Le délai de prévenance en cas de rupture par le salarié :**

Peu importe la durée de la période d'essai, lorsque le salarié est à l'initiative de la rupture de la période d'essai, ce dernier doit respecter un délai de prévenance de **48 heures, ramené à 24 heures si la durée de présence dans l'entreprise est inférieure à 8 jours (art. L1221-26 du Code du travail)**.

### **3) Les sanctions du défaut de respect du délai de prévenance :**

La rupture du contrat de travail avant l'échéance du terme de la période d'essai ne s'analyse pas en un licenciement, même si l'employeur n'a pas respecté le délai de prévenance auquel il était astreint (**Cass. Soc., 23 janvier 2013, n°11-23428**) : la période d'essai ne pouvant être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance.

L'inapplication du délai de prévenance est sanctionnée par le versement d'une indemnité compensatrice au profit du salarié, sauf si ce dernier a commis une faute grave (**art. L1221-25 al.2 du Code du travail**). 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.

Si l'employeur a rompu l'essai avant son terme mais qu'il a laissé le salarié exécuter son préavis au-delà de la durée maximale de la période d'essai prévue, le contrat perdure et le salarié est alors réputé être embauché en CDI (**Cass. Soc., 5 novembre 2014, n° 13-18114**). Ce contrat ne pourra être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement.

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).

*Et si la question de la période d'essai tombe à l'examen ?*

**1- Qualification : période d'essai ou période probatoire ?**

**2 (si période d'essai) - Vérification des conditions de validité de la période d'essai**

- prévue dans le contrat de travail (art. L1221-23 du Code du travail) ;
- elle respecte la durée légale applicable selon la catégorie professionnelle du salarié (art. L1221-19 du Code du travail) et du type de contrat (CDD : art. L1242-10 du Code du travail).

**3- Si la question est en lien avec la possibilité de renouvellement : vérifier que :**

- renouvellement prévu dans le contrat de travail ;
- renouvellement prévu par accord de branche ;
- renouvellement expressément accepté par le salarié ;
- la durée totale, renouvellement compris, ne dépasse pas la durée légale prévue, sauf exceptions (négociation contractuelle sur une durée plus courte ou accord de branche postérieur au 25.06.2008 prévoyant une durée plus longue) ;
- renouvellement proposé avant la fin de la période d'essai initiale ;
- renouvellement non abusif.

→ à défaut du respect de ces conditions : renouvellement impossible ainsi, à la fin de la première période le contrat est devenu définitif (+ rappel des conséquences en cas de rupture qui doit être assimilée à un licenciement sans cause réelle et sérieuse).

**4- Si la question porte sur la rupture de la période d'essai : vérifier que :**

- rupture non abusive : justifiée par des motifs inhérents à la personne du salarié ou à la nature du poste occupé ;
- respect du délai de prévenance (si employeur : art. L1221-25 / si salarié : art. L1221-26), à défaut : indemnité compensatrice ;
- si rupture à l'initiative de l'employeur : s'assurer qu'il a prévenu le salarié avant la fin (sinon requalification en CDI).

## **TITRE 4 : LES CONTRATS DE TRAVAIL ATYPIQUES**

Même si le principe en droit français est le recours au CDI, des formes dites « atypiques » de contrats ont progressivement vu le jour et présentent des caractéristiques et des régimes juridiques différents de celui du CDI.

Outre le CDD, contrat de droit commun de ces contrats (Chapitre 1), le contrat de travail temporaire est également envisageable (Chapitre 2) ainsi que le contrat de chantier ou d'opération (Chapitre 3).

## **CHAPITRE 1 : LE CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE**

Le régime juridique du CDD est fixé aux **articles L2141-1 à L1248-11 du Code du travail** et régit sa forme (§1), les cas de recours (§2), sa durée (§3) et sa rupture (§4).

La réglementation sur le CDD est assortie d'une sanction inédite en cas de non-respect : la requalification du CDD en CDI (§5).

### **Paragraphe 1 : Les conditions de forme du CDD**

Le principe est fixé à l'**article L1242-12 du Code du travail** : le CDD doit être **établi par écrit, à défaut l'absence d'écrit est sanctionnée par la requalification en CDI**.

Il s'agit d'une présomption légale irréfragable qui ne peut donc être jamais renversée, même si l'employeur rapporte la preuve de l'existence d'un contrat verbal. Seul le salarié peut se prévaloir et demander une telle requalification.

Le contrat doit être transmis dans les 2 jours ouvrables du début du travail. Le non-respect de ce délai de transmission n'entraîne plus, à lui seul, la requalification du CDD en CDI : depuis une ordonnance du 22 septembre 2017, le salarié pourra prétendre au versement d'une indemnité au maximum égale à 1 mois de salaire, à la charge de l'employeur (**art. L1245-1 du Code du travail**).

Des mentions obligatoires doivent aussi être renseignées dans le corps du contrat de travail, leur absence pouvant également entraîner la requalification du contrat.

Mentions obligatoires entraînant la requalification	Mentions obligatoires n'entraînant pas la requalification
<ul style="list-style-type: none"><li>- Définition précise du motif de recours au CDD (<b>Cass. Soc., 23 octobre 2001, n°99-44574</b>), dont la preuve de la réalité revient à l'employeur. L'énonciation du motif fixe les limites du litige en cas de contentieux ;</li><li>- S'il s'agit d'un CDD pour remplacement : nom et qualification du salarié remplacé (<b>Cass. Soc., 1<sup>er</sup> juin 1999, n°96-43617</b>).</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Date de fin du contrat ou durée minimale si CDD à terme imprécis ;</li><li>- Poste de travail occupé ;</li><li>- Intitulé de la convention collective applicable ;</li><li>- Durée de la période d'essai (si prévue) ;</li><li>- La rémunération et ses différentes composantes ;</li><li>- Nom et adresse des caisses de prévoyance.</li></ul>

La requalification du CDD en CDI entraîne des conséquences :

- Pécuniaires :
  - o une indemnité de requalification (1 mois de salaire) ;
  - o en cas de licenciement entre temps : indemnité de licenciement ;

- Quant à la reconstitution de la carrière depuis le premier jour de son embauche, étant précisé que pour le salarié resté à disposition de l'employeur entre 2 CDD, il peut obtenir le paiement de ces périodes non travaillées (Cass. Soc., 9 décembre 2009, n°08-41737). En effet la reconstitution de la carrière se fera à partir de la première embauche (*voir jurisprudence sous article L1245-1 du Code du travail*), la preuve de cette disposition permanente à l'égard de l'employeur incombe au salarié (Cass. Soc. 16 septembre 2015, n°14-16277).

## Paragraphe 2 : Les différents cas de recours au CDD

Le recours au CDD est encadré par des principes directeurs ainsi que des interdictions (A) et des cas de recours strictement limités (B).

### A) Les principes directeurs et interdictions inhérents au CDD :

- 4 grands principes directeurs.

**Premier principe : le CDD ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (art. L1242-1 du Code du travail).**

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

- ➔ Voir sous l'article pour des illustrations d'emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

**Deuxième principe : le CDD n'est conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire (art. L1242-2 du Code du travail),** à l'exception des CDD conclus dans le cadre des politiques liées à l'emploi prévus à l'article L1242-3 du Code du travail.

**Troisième principe : Chaque CDD doit recourir à un seul et unique motif (un motif = un contrat),** il n'est pas possible d'avoir recours au CDD afin de couvrir plusieurs motifs de recours.

La sanction encourue dans ce cas est celle de la requalification en CDI.

**Quatrième principe : C'est sur l'employeur que repose la preuve de la réalité du motif énoncé dans le CDD (Soc. Cass., 15 septembre 2010, n° 09-40473).**

- Et une triple interdiction :

- Un CDD ne peut pas être conclu à la suite d'un licenciement pour motif économique au titre d'un accroissement temporaire d'activité, dans les 6 mois suivants (art. L1242-5 du Code du travail). Interdiction qui concerne les postes qui ont été concernés par le licenciement ;
- Il ne peut être conclu pour remplacer un salarié dont le contrat est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail (art. L1242-6 du Code du travail) ;
- Il ne peut pas être conclu pour effectuer des travaux particulièrement dangereux, dont la liste est fournie à l'article D4154-1 du Code du travail.

## **A) Les motifs de recours au CDD :**

L'article L1242-2 du Code du travail énumère limitativement les cas de recours au CDD (pour les plus utilisés et fréquents) : le remplacement d'un salarié absent (1), l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (2), pour des emplois à caractère saisonnier (3), pour les emplois où il n'est pas d'usage de recourir au CDI (4) et pour ceux relatifs aux incitations publiques de lutte contre le chômage (5).

### **1) 1) Le remplacement d'un salarié absent :**

Les cas de remplacement du salarié concernent (art. L1242-2 1° du Code du travail) :

- Son absence pour maladie, maternité, accident du travail ;
- Son passage provisoire à temps partiel ;
- La suspension de son contrat de travail ;
- Son départ définitif, le CDD intervenant précédemment à la suppression de son poste ;
- L'attente de son entrée en service effective lorsqu'il est déjà recruté en CDI (Cass. Soc., 9 mars 2005, n° 03-40386).

La possibilité de recourir à un CDD de remplacement en cas de d'absence temporaire d'un salarié s'entend aussi bien de son absence de l'entreprise que de l'absence sur son poste de travail (Cass. Soc., 13 juillet 2010, n° 09-40600).

Ainsi l'employeur peut faire le choix de ne pas affecter le salarié embauché en CDD sur le poste du salarié absent et le placer plutôt sur le poste du salarié qui va être amené à occuper le poste de l'absent pendant toute la durée de son absence (Cass. Soc., 15 octobre 2002, n°00-40623).

Les juges estiment qu'un seul CDD ne peut pas être conclu pour le remplacement de plusieurs salariés absents concomitamment ou successivement, même si contrat prévoit les différents salariés qui seront amenés à être remplacés (Cass. Soc., 28 juin 2006, n° 04-43053). De même si le salarié est recruté en CDD pour palier à toute absence dans l'entreprise (Cass. Soc., 24 février 1998, n°95-41420).

➔ La sanction est, comme depuis le début : la requalification du CDD en CDI.

Cependant, la jurisprudence récente est venue nuancer cet état de fait.

Dans un arrêt du 14 février 2018, la chambre sociale a considéré que le recours répété à des CDD de remplacement avec le même salarié, ne doit plus automatiquement conduire à la requalification en CDI : il est possible de procéder à des contrats successifs de remplacement avec le même salarié, sans en déduire que cette succession équivaut nécessairement à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il reste malgré tout indispensable de respecter le formalisme inhérent au CDD, que l'employeur soit en mesure de justifier du motif de recours de chaque CDD et que ces différents CDD n'aient pas vocation à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.



Une nouvelle orientation est précisée et les juges du fond, désormais saisis d'une demande de requalification, doivent procéder avec minutie à l'analyse des circonstances objectives qui ont conduits à la conclusion du/des CDD, en prenant notamment en considération la nature des emplois successifs occupés et la structure des effectifs.

Ils ne pourront conclure à la requalification qu'à la condition de démontrer, dans leur décision :

- des éléments ayant permis d'écarter l'existence d'une cause objective de recours au CDD ;
- que la réalité du CDD était de répondre à un besoin structurel de main d'œuvre et de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

**Cass. Soc., 14 février 2018, n°16-17966** (salariée embauchée en tant qu'agent de service depuis plus de 3 ans et demi et après plus d'une centaine de CDD avait demandé la requalification en CDI).

*« Le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».*

⇒ En d'autres termes, une entreprise ayant un effectif important doit nécessairement procéder fréquemment à des remplacements temporaires, si bien que le recours récurrent à des CDD de remplacement pour un même salarié ne signifie pas pour autant que les contrats sont abusifs.

## 2)

ACTU :

L'article 53 de la loi Avenir Professionnel du 5 septembre 2018 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.

Onze secteurs listés dans le décret du 18 décembre 2019 :

- 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.

Cette expérimentation a une durée limitée : seulement pendant 2 ans à partir de la parution du décret au JO (faite le 19 décembre 2019).

### **3) L'accroissement temporaire d'activité :**

Le recours au CDD dans ce cadre-là repose sur des règles générales (a) et particulières pour certains cas spéciaux d'accroissement d'activité (b).

#### **a) Le cas général d'accroissement temporaire d'activité :**

Il s'agit d'un accroissement temporaire **de l'activité normale** de l'entreprise.

L'accroissement ne doit être que temporaire et non durable. Mais cet accroissement peut être cyclique est revenir chaque année au même moment (ex : période de soldes) : il n'est pas nécessaire que cet accroissement soit exceptionnel.

La preuve de l'accroissement temporaire d'activité incombe à l'employeur (Cass. Soc., 1<sup>er</sup> février 2000, n°97-44952).

**Durée max : 18 mois.**

#### **b) Les cas spéciaux d'accroissement d'activité :**

##### ➤ La survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation :

Cette commande doit nécessiter la mise en œuvre de moyens exorbitants comparés à ceux normalement utilisés par l'entreprise.

Par exception à la règle selon laquelle aucune embauche en CDD pour accroissement temporaire d'activité ne peut intervenir dans les 6 mois suivants un licenciement économique, l'article L1242-5 du Code du travail admet la possibilité de procéder à une embauche en CDD pour ce motif si :

- Le contrat a une durée maximale de 3 mois ;
- L'accroissement est lié à une commande exceptionnelle à l'exportation.

Dans cette hypothèse, l'employeur reste malgré tout tenu de respecter la priorité de réembauchage des salariés précédemment licenciés économiquement prévue à l'article L1233-45 du Code du travail.

**Durée max : 24 mois.**

##### ➤ L'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable :

Elle correspond à l'hypothèse où l'entreprise accomplit une tâche ponctuelle qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise.

**Durée max : 18 mois.**

##### ➤ Les travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité :

Travaux nécessités notamment compte tenu du danger pour les personnes.

**Durée max : 9 mois.**

#### **4) Les emplois à caractère saisonnier par nature :**


Le travail saisonnier est celui qui dépend du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs, se répétant automatiquement chaque année (ex : saison des sports d'hiver, les vendanges, la collecte de certains fruits et légumes, activité touristique estivale, etc.).

Un emploi sera saisonnier s'il concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs (Cass. Soc., 12 octobre 1999, n°97-40915).

Les contrats de travail conclus pour la durée d'une année scolaire ou universitaire ne peuvent pas être assimilés à des emplois saisonniers (Cass. Soc., 16 janvier 1992, n°89-41325).

⇒ Les variations d'activité doivent être régulières, prévisibles, cycliques et le caractère saisonnier de l'activité doit être indépendant de la volonté des employeurs ou des salariés.

En outre, **le salarié embauché doit occuper un poste relevant de la saisonnalité de l'activité** : si son activité au sein de l'entreprise n'est pas saisonnière, mais correspond à l'activité normale annuelle de l'entité, il ne sera pas possible de conclure un CDD saisonnier avec elle.


 Contrairement au CDD conclu pour un remplacement, la conclusion de CDD successifs avec le même salarié afin de pourvoir un emploi saisonnier n'est assortie d'aucune limite au-delà de laquelle s'instaure une relation de travail globale à durée indéterminée (Cass. Soc., 15 octobre 2002, n°00-41759).

Le salarié embauché en CDD saisonnier bénéficie d'ailleurs d'une clause de reconduction de son contrat, chaque année dès lors que :

- Le saisonnier a effectué au moins 2 saisons consécutives dans l'entreprise ;
- L'employeur dispose d'un emploi saisonnier à pourvoir et compatible avec la qualification du salarié.

Cette possibilité doit être prévue par la convention collective applicable.

Il ne s'agit pas d'une obligation d'emploi mais d'une simple faculté qui sera proposée au salarié, libre à lui d'accepter ou non la proposition faite dans ce cadre.

 A l'issue du contrat et contrairement au CDD « classique », le salarié ne perçoit pas d'indemnité de fin de contrat équivalente à 10% de son salaire brut.

#### **5) Le CDD d'usage :**

Il existe pour des secteurs d'activités et des emplois pour lesquels il est d'usage de ne pas recourir au CDI. La liste est fixée à l'**article D1242-1 du Code du travail**, elle peut être élargie par décret ou accord collectif étendu.

Pour autant, le recours à ce type de contrat ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat de travail comportant la définition précise du motif (Cass. Soc., 15 mars 2017, n°15-14141).

Les secteurs d'activités correspondent à l'activité principale de l'entreprise (Cass. Soc., 27 septembre 2006, n° 04-47663).

2 conditions sont à observer pour pouvoir valablement recourir au CDD d'usage :

- L'activité principale de l'entreprise doit relever de l'un des secteurs cités, et non pas seulement l'activité du salarié ;
- L'emploi doit avoir un caractère qui est, par nature, temporaire : il ne doit pas correspondre à l'activité permanente de l'entreprise (ex : il ne sera pas possible de recourir à ce type de CDD pour l'embauche d'une femme de ménage dans un hôtel car si l'activité de l'établissement relève effectivement des activités concernées, les tâches confiées à la salariée ne sont pas, par nature, temporaires).

La conclusion de CDD successifs avec le même salarié est possible, sous couvert d'être justifiée par des raisons objectives tenant à l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné (Cass. Soc., 23 janvier 2008, n° 06-43040).

Le juge saisi d'une éventuelle demande de requalification en CDI doit donc rechercher :

- ➔ Si l'usage de procéder par CDD existe dans tout le secteur d'activité ;
- ➔ Si cet usage de ne pas recourir au CDI s'applique bien à l'emploi litigieux.

#### **6) Les CDD conclus dans le cadre d'incitations publiques à l'embauche :**

Possibilité prévue à l'article L1242-3 du Code du travail.

Ces contrats sont destinés à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi (ex : les senior) ou à aider l'insertion des jeunes sans diplôme.

Ils peuvent prévoir des conditions de mise en œuvre et des durées différentes de celles prévues pour les autres types de CDD.

### **Paragraphe 3 : La durée du CDD**

Le CDD comporte toujours un terme, qu'il soit certain ou incertain au moment de la conclusion du contrat (A) et une durée maximale qui varie selon sa nature (B). Le renouvellement du CDD est toujours possible sous certaines conditions (C). Enfin, la conclusion d'un nouveau CDD peut parfois être astreinte au respect d'un délai de carence (D).

#### **A) Le terme du CDD :**

Le terme du CDD peut être :

- Précis : fixé à une date déjà connue au moment de la conclusion du contrat de travail et mentionnée sur ce dernier ;
- Imprécis : la fin du contrat est alors liée à un événement futur certain dont la date est, au moment de la rédaction du contrat, inconnue (ex : retour d'un salarié en arrêt maladie ou en congé maternité, l'entrée en service du salarié recruté en CDI, etc.).

**Dans le cas d'un CDD à terme imprécis, une durée minimale doit malgré tout être prévue et mentionnée au contrat de travail (art. L1242-7 al.2 du Code de travail)** à défaut de quoi il doit être requalifié en CDI (Cass. Soc., 29 octobre 1996, n° 92-44837).

Exemple : salarié embauché dans le cadre du remplacement d'un salarié en arrêt maladie qui va potentiellement se prolonger. Le contrat de travail devra alors mentionner comme date de fin de contrat, par exemple, la date de fin du premier arrêt de travail.

*« Le présent contrat de travail est conclu pendant toute la période d'absence de M..... et jusqu'au retour de ce dernier. Il débutera le 3 janvier 2022.*

*La durée minimale du contrat sera de 14 jours, jusqu'au 16 janvier 2022 ».*

#### **A) La durée du CDD :**

Revue par les ordonnances du 22 septembre 2017, **la durée des CDD peut désormais être fixée par convention ou accord de branche étendue**, sans que cette durée n'ait pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (**art. L1242-8 du Code du travail**).

Ce n'est qu'à **défaut** de stipulations conventionnelles en ce sens que la loi fixe à **18 mois** la durée maximale d'un CDD.

Cependant, il existe de nombreuses exceptions à cette durée :

- Pour les contrats conclus dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI ou pour la réalisation de travaux urgents de sécurité, la durée maximale est de 9 mois (art. L1248-1 du Code du travail) ;
- Pour les CDD conclus à l'étranger, conclus dans le cadre du départ définitif précédant la suppression d'un poste de travail ou conclus à la suite d'une commande exceptionnelle à l'exportation : la durée maximale est de 24 mois (art. L1248-1 du Code du travail) ;
- Dans l'hypothèse du remplacement d'un salarié, lorsque le CDD est à terme imprécis, il n'y a pas de durée maximale : le contrat de travail prendra fin au moment du retour du salarié remplacé.

#### **A) Le renouvellement du CDD :**

Depuis l'ordonnance précitée du 22 septembre 2017, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellement possibles pour un CDD, sans que ces possibilités de renouvellement n'aient pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (**art. L1243-13 du Code du travail**).

**A défaut de fixation par la branche**, la loi prévoit un maximum de **2 renouvellements possibles** du contrat, **dans la limite de la durée maximale du contrat** (**art. L1243-13-1 du Code du travail**). Les durées maximales du contrat ne pourront donc pas être dépassées par le jeu des renouvellements éventuels.

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

Les CDD à terme imprécis, compte tenu de leur durée incertaine, ne peuvent pas être renouvelés.

### **A) Le délai de carence entre deux CDD :**

La conclusion d'un nouveau CDD n'est possible qu'à la suite du respect du délai de carence applicable, différent selon qu'il s'agit d'embaucher un salarié sur le même poste (1) ou d'embaucher le même salarié sur un poste différent (2). Délai de carence applicable sauf exceptions (3).

Les ordonnances du 22 septembre 2017 offre la possibilité à la branche de fixer ce délai de carence (art. L1244-3 al.2 du Code du travail), voire même de le supprimer (art. L1244-4 du Code du travail). Si les branches se saisissent de cette question, il est donc possible de conclure un nouveau CDD sans avoir à appliquer ce délai de carence ou d'en appliquer des plus longs.

#### **1) La conclusion de CDD successifs sur un même poste :**

Dans cette hypothèse, l'employeur ne pourra recourir à un nouveau CDD pour pourvoir le poste en question qu'en respectant un délai de carence (**art. L1244-3-1 du Code du travail**) :

- Du tiers de la durée du CDD venu à expiration si la durée totale du contrat, incluant le cas échéant son/ses renouvellement(s), est de 14 jours ou plus ;
- De la moitié de la durée du CDD venu à expiration si sa durée totale est inférieure à 14 jours.

Les jours à décompter pour apprécier le délai de carence sont les jours d'ouverture de l'entreprise.

Par exception, ces délais de carence n'ont pas vocation à s'appliquer dans le cadre d'un CDD conclu :

- Pour remplacement d'un salarié absent ;
- Travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ;
- CDD saisonnier ;
- CDD d'usage ;
- Si le salarié refuse le renouvellement de son contrat, pour la durée du contrat non renouvelé ;
- Si le salarié est à l'initiative d'une rupture anticipée du contrat ;
- Pour le remplacement des personnes visées au 4° et 5° de l'article L1242-2 du Code du travail.

#### **2) La conclusion de CDD successifs avec un même salarié sur des postes différents :**

Les seules possibilités offertes à l'employeur de conclure avec un même salarié plusieurs contrats sont strictement limitées et ne concernent que les contrats conclus (**art. L1244-1 du Code du travail**) :

- En remplacement d'un salarié absent ;
- En remplacement d'un salarié dont le contrat est suspendu (maternité, maladie, etc.) ;
- En raison du caractère saisonnier de l'activité ou pour les emplois pour lesquels il est d'usage de recourir au CDD uniquement.

Dans les autres cas de recours au CDD, il ne sera pas possible d'embaucher le même salarié à des postes différents sans avoir à respecter le délai de carence.

## Paragraphe 4 : La rupture du CDD

Un CDD peut prendre fin de plusieurs manières strictement limitées (A). Toute rupture de CDD en dehors de ces cas autorisés est de nature à engendrer des sanctions (B).

### B) A) Les cas de rupture du CDD :

Les CDD cessent de plein droit à l'échéance de leur terme, sans formalisme spécifique (art. L1243-6 du Code du travail). En revanche, si la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme, le CDD devient CDI (art. L1243-11 du Code du travail). Cette requalification pourra être demandée par le salarié ou l'employeur voire être relevée d'office par le juge.

La suspension du CDD n'empêche pas l'échéance du terme du contrat (art. L1243-6 du Code du travail).

La rupture avant l'arrivée du terme reste malgré tout envisageable dans certains cas limitativement énumérés (**art. L1243-1 et L1243-2 du Code du travail**) :

- **L'accord commun des parties** ;
- **La force majeure** ;
- **La faute grave** = qui rend impossible le maintien du salarié même pendant la période de préavis (motif invocable respectivement par les deux parties) ;
- **L'inaptitude professionnelle** constatée par le médecin du travail (invocable par l'employeur) ;
- **La conclusion d'un CDI** par le salarié en CDD (invocable par le salarié).

Concernant plus particulièrement la faute grave, si elle est invoquée par l'employeur, il devra respecter la procédure disciplinaire. Ce dernier devra agir dans un délai restreint après avoir eu connaissance des faits compte tenu de la définition de la faute grave (elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise).

En cas de contestation et si le juge requalifie la faute grave en seulement une cause réelle et sérieuse de rupture, l'employeur sera tenu de verser au salarié un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçu jusqu'au terme du contrat + indemnité de fin de contrat.

En tout état de cause, on ne parle pas de licenciement ni de démission mais de rupture du CDD pour faute grave.

Les dispositions relatives aux cas de rupture anticipée du CDD sont d'ordre public (Cass. Soc., 16 décembre 1998, n° 95-45341 n°96-40177 et n°96-41312) : il n'est pas possible d'y déroger et toute clause contraire est nulle.

A l'échéance du terme du CDD ou en cas de rupture anticipée autorisée du contrat, le salarié percevra l'indemnité dite de précarité, égale à 10% de la rémunération totale brute versée au salarié (**art. L1243-8 du Code du travail**).

Elle ne sera pas due (art. L1243-10 du Code du travail) :

- Si le salarié refuse un CDI pour occuper le même emploi ou un emploi similaire ;
- Si le salarié rompt le CDD de manière anticipée sans motif ;
- En cas de rupture anticipée pour faute grave du salarié ou en cas de force majeure ;
- En cas de rupture du CDD au cours de la période d'essai ;
- En cas de CDD saisonnier ou d'usage.

### C) B) Les sanctions d'une rupture de CDD irrégulière :

Sanctions aux articles L1243-3 à L1243-5 du Code du travail.

- En cas de rupture anticipée illicite par le salarié : paiement de dommages et intérêts en fonction du préjudice subi par l'employeur (art. L1243-3 du Code civil) ;
- En cas de rupture anticipée illicite de l'employeur : versement d'une indemnité au moins égale à l'ensemble des salaires que le salarié aurait dû percevoir jusqu'au terme de son contrat + indemnités de fin de contrat normalement dues à l'échéance du terme (art. L1243-4 du Code du travail).

### Paragraphe 5 : La requalification du CDD en CDI

Lorsque le CDD est conclu en dehors des situations autorisées par la loi pour avoir recours à ce type de contrat ou en violation des interdictions et limitations prévues par la loi ou les conventions collectives de branche, la sanction d'un tel non-respect est la requalification du CDD en CDI.

L'ensemble des textes dont la violation est sanctionnée par la requalification sont visées à **l'article L1245-1 du Code du travail**.

Cette **requalification suppose que le contrat litigieux est fictivement conclu à durée indéterminée depuis le jour de la première** embauche (Cass. Soc., 23 mars 2016, n°14-22250), de sorte que le salarié est en droit d'obtenir la reconstitution de sa carrière ainsi que la régularisation de sa rémunération pour les périodes éventuelles de pause entre chaque contrat (Cass. Soc., 9 décembre 2009, n°08-41737).

Le **délai de prescription** en demande de requalification est de **2 ans** à compter :


- lorsqu'elle est fondée sur le motif de recours : 2 ans à compter du terme du CDD ou, en cas de CDD successifs, du terme du dernier contrat (Cass. Soc., 29 janvier 2020, n°18-15359) ;
- lorsqu'elle est fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification : 2 ans à compter de la conclusion du contrat.

Lorsque le CPH est saisi d'une telle demande de requalification, la question est directement portée devant le bureau de jugement qui doit statuer dans un délai d'un mois suivant sa saisie.

Lorsque la requalification est admise, les juges prononcent une **indemnité dite de requalification**, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure à **1 mois de salaire (art. L1245-1 al.3 du Code du travail)**. **En sus des éventuelles indemnités** découlant de **l'application des règles relatives à la rupture du CDI** qui n'ont pas été observés au moment de la rupture du contrat (art. L1245-2 al.2 du Code civil) soit notamment : l'indemnité de licenciement, l'indemnité compensatrice de préavis, etc.

En outre, lorsque le salarié justifie d'un préjudice direct et certain lié à la rupture abusive de son contrat à durée déterminée par l'employeur, il peut se voir allouer une somme supérieure au montant fixé par le Code du travail qui constitue un minimum (Cass. Soc., 3 juillet 2019, n°18-12306 : en l'espèce réparation de la perte de gains ou « préjudice économique » à la suite de la résiliation anticipée du contrat d'enregistrements d'albums respectivement à hauteur de 210.000 € pour l'un et 180.000 € pour les deux autres salariés du groupe).



 **Seul le salarié peut se prévaloir de la requalification** et demander cette requalification car cette sanction a été édictée dans un souci de protection de ce dernier (Cass. Soc., 16 juillet 1987, n° 85-45258).

A cette première sanction, s'ajoute une sanction pénale dans le cas où un CDD a en réalité pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise : amende de 3 750 € (art. L1248-1 du Code du travail).

## Tableau récapitulatif des CDD

Cas de recours		Limitations spécifiques	Durée maximale légale, renouvellements compris	Indemnité de précarité en fin de contrat
Remplacement d'un salarié	Absence ou suspension temporaire du contrat de travail	Interdiction pour remplacement de salariés grévistes	18 mois <sup>(1)</sup> ou retour du remplacé <sup>(2)</sup>	oui
	Avant suppression d'un poste en cas de départ définitif de son titulaire	Consultation CSE s'il existe	24 mois	oui
	Relais après départ définitif d'un salarié sous CDI dans l'attente d'un nouveau titulaire déjà recruté sur CDI		9 mois <sup>(1)</sup> ou entrée en service du salarié recruté	oui
	Remplacement du chef d'entreprise non salarié		18 mois	oui
Accroissement temporaire d'activité	Commande exceptionnelle à l'exportation (entreprise principale et sous-traitants)	Minimum de durée du contrat : 6 mois	24 mois	oui
	Travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité	Interdiction, dans les établissements ayant procédé à un licenciement économique dans les 6 mois précédents, pour les types de poste concernés par ce licenciement, exception faite des contrats n'excédant pas 3 mois avec consultation préalable du CSE (DP à défaut)	9 mois	oui
	Exécution d'une tâche occasionnelle non durable		18 mois	oui
	Autre accroissement temporaire d'activité		18 mois	oui
Travaux temporaires par nature	Emplois saisonniers		6/8 mois <sup>(3)</sup> ou fin de la saison	non
	Emplois temporaires « d'usage »	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Activité principale de l'entreprise relève d'un des secteurs prévus à l'art. D1242-1.</li> <li>- Emploi a un caractère par nature temporaire</li> </ul>	18 mois <sup>(1)</sup> ou fin déterminée par l'usage <sup>(2)</sup>	non
Contrat à objet défini	Recrutement d'un ingénieur ou d'un cadre pour une mission déterminée	Minimum de durée du contrat : 18 mois	36 mois	oui

<sup>(1)</sup> Si contrat avec terme précis.

<sup>(2)</sup> Si contrat avec terme imprécis : une durée minimale doit être prévue dans le contrat et pas de renouvellement possible.

<sup>(3)</sup> 6 mois pour les saisonniers étrangers, 8 mois pour les autres.

<sup>(4)</sup> Contrat conclu à compter du 1er janvier 2019

## **CHAPITRE 2 : LE CONTRAT DE TRAVAIL TEMPORAIRE**

En principe, la relation de travail est bilatérale, pour autant il existe une exception : le contrat de travail temporaire, qui donne naissance à une relation de travail tripartite composée de 2 contrats : un contrat de mise à disposition (A) et un contrat de mission (B).

Ce type de contrat obéit à un régime juridique particulier (C).

Ce contrat suppose qu'un salarié, embauché par une entreprise de travail temporaire, le met à disposition d'une entreprise utilisatrice pour une durée limitée, le temps d'une mission précise.

Le régime du contrat de travail temporaire est fixé aux **articles L1251-1 à L1251-63 du Code du travail**.

### **D) A) Le contrat de mise à disposition :**

Il a pour parties l'entreprise de travail temporaire, définie comme toute « personne physique ou morale dont l'activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d'utilisateur, des salariés qu'elle embauche en fonction d'une qualification convenue et qu'elle rémunère à cet effet » (art. L1251-1 du Code du travail) et l'entreprise utilisatrice.

L'objet de ce premier contrat est celui de la fourniture de main-d'œuvre à but lucratif.

L'entreprise de travail temporaire est tenue à l'égard de l'entreprise utilisatrice d'une obligation de moyens. Quant à l'entreprise utilisatrice, elle est responsable des conditions d'exécutions du travail et possède la qualité de commettant (au sens de l'art. 1242 al.5 du Code civil) durant toute la durée de la mission.

Ce contrat emporte une dissociation de la qualité d'employeur : l'entreprise de travail temporaire est débitrice de la créance salariale tandis que l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions de réalisation de travail (civilement et pénalement).

### **E) B) Le contrat de mission :**

Contrat qui unit l'entreprise de travail temporaire et le salarié intérimaire.

### **F) Le régime juridique du contrat de travail intérimaire :**

Le recours à ce type de contrat est conditionné à l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas prévus par la loi (similaires à ceux du CDD).

Il est frappé des mêmes interdictions que le CDD, notamment : l'emploi d'un salarié intérimaire ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité permanente et normale de l'entreprise utilisatrice ; respect du délai de carence etc.

Tout comme le CDD, il doit être écrit et comporter les mêmes mentions obligatoires.

La convention ou un accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice peut fixer la durée totale du contrat de mission. A défaut de stipulation conventionnelle, la durée du contrat de mission ne peut excéder 18 mois (art. L1251-12-1 du Code civil). Mais dans les mêmes hypothèses que pour le CDD, le contrat de mission peut être de 9 ou 24 mois.

La convention ou l'accord peut également fixer le nombre de renouvellements. A Défaut de stipulation conventionnelle, le contrat de mission peut être renouvelé 2 fois (art. L1251-35 du Code civil).

⇒ C'est le même régime juridique que celui du CDD, en tout point.

Le non-respect du régime juridique applicable est donc sanctionné par la requalification du contrat de travail intérimaire en CDI. Cette requalification aura lieu à l'égard non pas de l'entreprise de travail temporaire mais de l'entreprise utilisatrice.

Depuis le 6 mars 2014, il existe le CDI intérimaire : le salarié est recruté en CDI pour réaliser des missions successives. Ce CDI va comporter des périodes d'inter-missions qui seront assimilées à du temps de travail effectif et donc, rémunérées.

### **CHAPITRE 3 : LE CONTRAT DE CHANTIER OU D'OPERATION**

Ce type de contrat peut être conclu :

- Par une convention ou accord collectif de branche étendu qui fixe alors les conditions dans lesquelles il sera possible de recourir à ce type de contrat, pour la durée d'un chantier ou d'une opération.  
Le texte conventionnel doit alors fixer un certain nombre d'informations listées à l'article L1223-9 du Code civil (taille des entreprises, activités concernées, contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement, etc.) ;
- A défaut, dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1<sup>er</sup> janvier 2017 (art. L1223-8 du Code du travail) ;


Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce contrat est conclu pour une durée indéterminée (art. L1223-8 du Code du travail) pour la durée d'un chantier ou d'une opération.

Si l'employeur souhaite procéder à la rupture de ce contrat, il devra nécessairement procéder à un licenciement. Ainsi, n'étant pas un CDD, il sera possible de procéder à la rupture anticipée de ce contrat sans se limiter aux motifs de rupture anticipée du CDD.

## **TITRE 5 : LES CLAUSES DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Le contrat de travail n'est pas un contrat d'adhésion : soumis à la négociation contractuelle, il est possible d'y insérer des clauses qui ne seront applicables que dans le cadre de cette relation de travail.

La plus populaire est la clause de non concurrence (§1) qui ne devient effective qu'après la rupture du contrat de travail. Il existe également les clauses de dédit-formation (§2) et de garantie d'emploi (§3).

 A titre liminaire et avant d'envisager la mise en œuvre de telles clauses, il convient toujours d'appliquer le contrôle de proportionnalité afin de « vérifier si cette clause est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché » (art. L 1121-1 du Code du travail).

*Pense pas bête : jurisprudence sous l'article L1221-1 du Code du travail.*

### **Paragraphe 1 : La clause de non concurrence**

Après avoir étudié la définition et le régime juridique de cette clause (A), il conviendra d'étudier les conséquences en cas de violation (B).


#### **G) Le régime juridique de la clause de non concurrence :**

Il convient de voir la définition (1), les conditions de validité (2) et les possibilités de renoncement (3) de la clause de non concurrence.

##### **1) La définition de la clause de non concurrence :**

La clause de non concurrence a pour objet d'interdire à un salarié d'exercer une activité concurrente ou de travailler pour une entreprise concurrente, après la rupture du contrat de travail. L'activité concurrente est appréciée par rapport à l'activité réelle de l'entreprise et non au regard de la définition statutaire de son objet (Cass. Soc., 18 décembre 1997, n°94-45548).

Le but premier de cette clause est d'éviter la concurrence déloyale ou préjudiciable post-contractuelle à l'entreprise.

 A ne pas confondre avec la clause d'exclusivité qui est une clause effective pendant la durée du contrat de travail : le salarié s'engage à ne travailler que pour l'employeur.

La mise en œuvre d'une telle clause doit respecter les conditions de l'article L1121-1 du Code du travail et ne doit pas être rédigée en des termes trop généraux et imprécis, sans limitation quant au champ d'application et proportionnée.

Cette clause a **vocation à s'appliquer quel que soit la forme de la rupture** : rupture de la période d'essai (*cette possibilité doit alors être explicitement spécifiée par la clause de non-concurrence* : Cass. Soc., 25 février 1997, n°94-45381), démission, licenciement, terme d'un CDD, etc.

Elle est applicable même si le salarié est dans l'impossibilité de travailler après la rupture de son contrat de travail : inaptitude, départ à la retraite (Cass. Soc., 24 septembre 2008, n°07-40098).

La seule hypothèse où la clause de non-concurrence n'a pas lieu d'être appliquée à la suite de la rupture du contrat de travail est celle faisant suite au décès du salarié (Cass. Soc., 29 octobre 2008, n°07-43093).

**Date d'effet de la clause : au jour du départ effectif du salarié (Cass. Soc., 15 juillet 1998, n°96-40866).** Si le salarié exécute le préavis, la clause prendra alors effet le lendemain du dernier jour du préavis effectué.

## **2) Le régime juridique :**

### **a) Les conditions de validité de la clause :**

La validité de la clause de non concurrence est soumise à la **réunion de 4 conditions** (Cass. Soc., 10 juillet 2002, n°99-4334) :

- Elle doit porter atteinte aux intérêts légitimes de l'entreprise :

L'entreprise doit encourir un risque réel de préjudice si le salarié venait à leur faire concurrence.

De ce fait, la validité de cette première condition suppose que les fonctions du salarié, sa position hiérarchique, son savoir-faire, sa relation client, etc. soient analysés.

Les juges ont ainsi considéré que la clause de non concurrence d'un salarié laveur de vitres n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise compte tenu de ses fonctions (Cass. Soc., 14 mai 1992, n°89-45300). Même chose pour la clause imposée par un concessionnaire automobile à son employeur magasinier (Cass. Soc., 18 décembre 1997, n°95-43409).

A été en revanche considéré comme constituant une protection légitime des intérêts de l'entreprise, la clause de non concurrence interdisant à un garçon de café d'exercer sa profession pour une durée limitée, dans la seule ville où il travaillait (Cass. Soc., 2 décembre 1997, n°95-43672).

- Elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace :

Condition appréciée au cas par cas, eu égard de l'activité de l'entreprise et des fonctions du salarié.

Est valable la clause d'une durée de deux ans et limitée au département de la Seine et aux départements dans lesquels la société était implantée au moment du départ du salarié, car n'en résultait pas une impossibilité absolue d'exercer dans les entreprises non concurrentes (Cass. Soc., 31 mars 1981).

Est illicite la clause interdisant à un ingénieur commercial, pendant 1 an, toute activité sur le territoire national en raison de sa généralité et son étendue géographique (Cass. Soc., 27 février 1996). De même pour une clause contraignant le salarié à s'expatrier pour retrouver un emploi conforme à sa formation et son expérience (Cass. Soc., 28 octobre 1997, n°94-43792).

- Elle doit être limitée quant à la nature des activités concurrentes interdites :

La mise en œuvre de la clause ne doit pas être de nature à empêcher totalement le salarié de travailler.

⇒ Ces deux **conditions de limitation dans le temps, l'espace et quant à la nature des activités concurrentes interdites, ne doivent pas mettre le salarié dans l'impossibilité d'exercer une activité.**

- Elle doit comporter une obligation de contrepartie financière :

La contrepartie financière est destinée à venir compenser le préjudice subi pour le salarié en raison de la limitation de sa liberté de travail. Son montant doit donc être proportionnel au préjudice démontré et aux revenus antérieurs du salarié.

La jurisprudence admet que le caractère dérisoire du montant de la contrepartie équivaut à une absence de contrepartie (Cass. Soc., 15 novembre 2006, n°04-46721).

En outre, il n'est pas possible de minorer le montant de la contrepartie en fonction du mode ou des circonstances de la rupture (Cass. Soc., 25 janvier 2012, n°10-11590). Auquel cas, la clause de non concurrence est réputée non écrite en ce qui concerne les dispositions minorées du montant de la contrepartie (Cass. Soc., 8 avril 2010, n°08-43056).

De même, **les conditions d'ouverture de l'obligation de non concurrence et celles de son indemnisation ne peuvent être dissociées** en fonction du type de rupture ou de la personne à l'initiative de la rupture (Cass. Soc., 28 juin 2006, n°05-40990).

#### **b) Moment du versement de la contrepartie :**

Le versement de la contrepartie ne peut avoir lieu **qu'après la rupture effective du contrat de travail (Cass. Soc., 15 juillet 1988, n°96-40866)**. Elle doit être versée en tout état de cause : même si le salarié a directement retrouvé un emploi à la suite de la rupture.

Dans le cas d'un éventuel paiement de cette contrepartie pendant la période d'exécution du contrat de travail, rendant la clause de non concurrence nulle, les sommes perçues s'analysent en un complément de salaire qui ne pourra donner lieu à restitution des sommes par le salarié (Cass. Soc., 17 novembre 2010, n°09-42389).

La contrepartie financière, ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, sera soumise aux cotisations de sécurité sociale (Cass. Soc., 19 octobre 2005, n°03-46592).


#### **c) Le sort d'une clause illicite :**

**Deux possibilités :**

- **Nullité de la clause illicite ;**
- **Révision des dispositions illicites par le juge.**

En présence d'une clause de non concurrence qui ne remplit pas les conditions de validité, la sanction de principe est celle de la nullité de cette clause. La clause sera donc réputée n'avoir jamais existé et le salarié sera délié du respect de l'obligation de non concurrence à compter du jugement prononçant la nullité. Les montants de contrepartie perçus pendant toute la période précédant l'annulation seront malgré tout conservés par le salarié.

Si la nullité est prononcée par le juge, la clause sera réputée n'avoir jamais existé, quant bien même elle serait indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Elle sera donc inopposable au salarié.

 Le respect par le salarié d'une clause de non concurrence illicite peut être consécutif d'un préjudice au bénéfice de ce dernier, dont l'existence et l'évaluation du préjudice relève du pouvoir souverain des juges du fond (Cass. Soc., 25 mai 2016, n°14-20578).

Cette action en nullité ne peut être exercée que par le salarié concerné par l'application de la clause (Cass. Soc., 3 mai 1989, n°86-41452).

Pour autant, le juge peut décider de réviser cette clause et restreindre l'application en en limitant les effets dans le temps, l'espace ou les activités concernées (Cass. Soc., 18 septembre 2002, n°00-42904).

### **3) La renonciation à la clause par l'employeur :**

Elle n'est possible que sous certaines conditions :


- la possibilité de renonciation doit être expressément prévue et autorisée par la clause elle-même (Cass. Soc., 17 février 1993, n°89-43658) ;
- la renonciation doit être expresse et notifiée individuellement au salarié, elle peut être notifiée dans la lettre de licenciement ;
- elle a pour point de départ la date d'envoi de la lettre mettant fin au contrat de travail et, au plus tard, à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise (Cass. Soc., 30 mars 2011, n°11-21150).

En cas de prise d'acte du salarié, le délai commence à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de cette prise d'acte ;

En cas de résiliation judiciaire, la rupture du contrat de travail intervient à la date du jugement : ce sera le point de départ du délai de renonciation ;

En cas de rupture conventionnelle, le point de départ du délai de renonciation est fixé à la date de rupture fixée par la convention.

La renonciation doit résulter d'une volonté claire et non équivoque.

 **L'employeur ne peut pas renoncer à la mise en œuvre de la clause de non concurrence en cours d'exécution du contrat de travail (Cass. Soc., 11 mars 2015, n°13-22257).**

### **4) La violation de la clause de non concurrence :**

Il peut s'agir d'une violation de la part du salarié (1) ou de l'employeur (2).

#### **5) a) La violation de la clause par le salarié :**

La preuve de faits d'acte de concurrence déloyale commis par le salarié est à démontrer par l'employeur (Cass. Soc., 13 mai 2003, n°01-41646).

Plusieurs conséquences en cas de violation avérée :

- Il perd son droit à la contrepartie financière initialement prévue dès le moment où il viole la clause : ainsi s'il commet des actes de concurrence déloyale dès le début de la rupture, il devra rembourser les montants perçus ;
- Il pourra être condamné à verser des dommages et intérêts à son ancien employeur voire, être contraint de cesser son activité concurrente.

#### **6) b) La violation de la clause par l'employeur :**

L'employeur qui ne verse pas l'indemnité mensuelle cause nécessairement un préjudice à l'ancien salarié qui pourra demander le versement de dommages et intérêts (Cass. Soc., 3 octobre 1991, n°89-43375).



En tout état de cause, la violation de la clause de non concurrence y met fin : il ne sera plus possible de prétendre au versement de la contrepartie financière et le salarié sera libéré de son obligation de non concurrence.

## **Paragraphe 2 : La clause de dédit-formation**

Elle fait suite à l'investissement réalisé par l'employeur dans la formation du salarié, au-delà de son obligation légale, lequel va alors s'engager par avenant au contrat de travail à rester pendant une certaine durée au sein de l'entreprise ou à défaut, de rembourser les frais engagés.

Cette clause peut être assimilée à une entrave à la liberté du travail, d'où le fait que la jurisprudence encadre la licéité de cette clause au respect de 3 conditions :

- Des **frais réels de la part de l'employeur doivent avoir été engagés** pour justifier que la contrepartie soit une période de fidélité absolue de la part du salarié ;
- Le montant de l'indemnité versée par le salarié en cas de départ prématuré doit être proportionnée aux frais de formation engagés par l'employeur.  
Etant précisé que le salarié n'aura pas à rembourser les salaires perçus durant sa formation ;
- La clause ne doit pas avoir pour effet de priver le salarié de son droit à démissionner.

## **Paragraphe 3 : La clause de garantie d'emploi :**

Il s'agit d'un engagement par lequel l'employeur s'engage à ne pas rompre le contrat de travail du salarié pendant une durée minimale, sauf démission, faute grave, force majeure ou d'un commun accord. Ex : clause garantissant au salarié la stabilité de son emploi pendant 5 ans, sauf en cas de faute grave ou de force majeure.


Sa validité est conditionnée à deux conditions :

- La clause doit prévoir une durée limitée ;
- La clause ne doit pas modifier la nature du contrat (CDI ou CDD).

Cette garantie demeure applicable en cas de plan de sauvegarde économique dans le cadre d'une procédure de licenciement économique : elle se cumule donc à l'aide au reclassement prévue dans un tel cas de figure (Cass. Soc., 9 octobre 2012, n° 10-28785). Les juges considèrent en effet, logiquement, que le PSE ne peut priver un salarié des droits qu'il tient d'une convention antérieurement conclue.

Dans le cadre d'une inaptitude, l'hypothèse ne faisant pas partie des exceptions admises, la garantie d'emploi joue pleinement ses effets lorsque cette inaptitude trouve son origine dans la situation de harcèlement moral dont le salarié a été victime (Cass. Soc., 15 avril 2015, n°13-21306).

La violation de cette clause oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'à l'expiration de la garantie (Cass. Soc., 27 octobre 1998, n°95-43308).

 Le licenciement prononcé en violation de cette clause ne prive pas nécessairement le licenciement de cause réelle et sérieuse (Cass. Soc., 21 décembre 2006) : il appartient au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement (Cass. Soc., 13 novembre 2008).