

## TITRE II : LA CONCLUSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Un contrat de travail ne peut être conclu qu'à l'issue d'un processus de recrutement lequel est strictement encadré (**Chapitre I**). Passé ce processus, l'élaboration dudit contrat est soumise à plusieurs conditions de validité (**Chapitre II**).

### CHAPITRE I : LE RECRUTEMENT

La conclusion d'un contrat de travail suppose le plus souvent une phase de recrutement, encadrée par la loi (**I**) et peut parfois nécessiter la conclusion d'une promesse d'embauche (**II**).

#### **I. La procédure de recrutement**

La procédure de recrutement est soumise à plusieurs exigences visant à éviter toutes formes de dérives, notamment les discriminations à l'embauche. L'employeur se trouve alors soumis à quatre obligations :

- **Une obligation de transparence (article L1221-8 alinéa 1 du Code du travail)** : le candidat doit être informé préalablement des méthodes qui vont être utilisées ainsi que de la manière dont la collecte des informations va être faite (exemple : prise de référence auprès de l'ancien employeur, examen graphologique de la lettre de motivation manuscrite).
- **Une obligation de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation** (article L1221-8 alinéa 3 du Code du travail) : ceci empêche les techniques telles que la sorcellerie ou la numérologie.
- **Une obligation de finalité (article 1221-6 du Code du travail)** : les informations demandées doivent être en rapport direct avec l'emploi sollicité. Il doit exister un **lien direct et nécessaire avec l'emploi**.
- **Une obligation de non-discrimination (article L1132-1 du Code du travail)** : il est interdit d'écarter une personne d'une procédure de recrutement pour un motif illicite.

Concrètement, lors d'un entretien, un employeur peut demander le nom, prénom, la date de naissance, les coordonnées et la nationalité du salarié. Concernant la nationalité, l'employeur est en droit de la demander, mais il ne pourra pas écarter le candidat de la procédure de recrutement en raison de celle-ci (principe de non-discrimination), il ne pourra pas non plus lui demander sa date d'entrée en France ou sa date de naturalisation.

Il est interdit de demander des informations relatives à :

- **L'état de santé** du salarié : il peut uniquement prendre en compte l'aptitude physique du salarié au poste de travail qui doit être vérifiée par un médecin du travail (**article L1132-1 du Code du travail**).
- **Les antécédents judiciaires** du salarié (**Soc. 25 avril 1990**) : sauf emplois spécifiques pour lesquels il est admis que l'employeur demande la production du casier judiciaire (exemples : agents de sécurité, emploi impliquant un maniement de fonds).
- La religion du candidat (article L1132-1 du Code du travail).
- L'appartenance du salarié à un syndicat (article 2141-5 du Code du travail) ou à un parti politique.

Concernant les mensonges du candidat lors de l'embauche, la jurisprudence distingue :

- Si l'information inexacte a eu un rôle déterminant dans le recrutement de celui-ci, les juges admettent son licenciement (**Soc. 17 octobre 1995**).
- En revanche, si le mensonge n'a eu aucune incidence sur les réelles compétences du salarié et ne cause aucun préjudice à l'employeur, le licenciement est exclu (**Soc. 30 mars 1999**).

## À NOTER :

*Le RGPD est entré en vigueur depuis le 25 mai 2018 (Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données). Bien que le RGPD soit directement applicable, la loi du 6 janvier 1978 a été modifiée par une loi du 20 juin 2018 (loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles). Ces règles modifient le régime de la protection des données à caractère personnel des salariés et, plus largement aussi, des candidats à l'embauche. Toute personne, tel qu'un candidat à un emploi, doit être informée du traitement de ses données personnelles de façon claire et précise. Cette information porte notamment sur les modalités du traitement et ses finalités, un rappel de ses droits sur ses données, et si les données feront l'objet d'un transfert à une autre entité juridique. Les données personnelles ne peuvent être conservées que pour la durée nécessaire à l'exécution de leur contrat de travail, et/ou au respect d'obligations légales (fiscales ou sociales par exemple), et/ou à l'accomplissement de l'objectif qui était poursuivi lors de leur collecte, à savoir par exemple, procéder à la sélection des candidats et au recrutement d'un salarié (RGPD, art. 5).*

## II. La promesse d'embauche

Il convient d'identifier la nature du régime de la promesse d'embauche avant le revirement de jurisprudence de 2017 (A) et après (B).

### A. Le régime de la promesse d'embauche avant le revirement de jurisprudence de 2017

La promesse d'embauche est une offre écrite, ferme et définitive adressée par l'employeur au candidat par laquelle il s'engage à embaucher le salarié. Pour être qualifiée de promesse d'embauche, la Chambre sociale de la Cour de cassation impose que deux éléments soient précisés dans l'écrit (**Soc. 15 décembre 2010**) :

- l'emploi occupé ;
- la date d'entrée en fonction.

Si ces deux conditions sont réunies, il s'agira d'une **promesse d'embauche qui vaut contrat de travail** et donc engage les parties.

À défaut, il s'agit d'une simple offre d'emploi qui n'engage pas l'entreprise en cas de rétractation.

Dès lors que la promesse d'embauche remplit les conditions, elle s'impose à l'employeur. Ainsi si le salarié a accepté la promesse et que l'employeur se rétracte, il s'agira d'une rupture du contrat de travail. Si tel est le cas, ce sont les règles du licenciement qui s'appliqueront. Le salarié pourra alors prétendre à la réparation du préjudice subi, au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et le cas échéant, des congés payés y afférant (**Soc. 7 novembre 2007**).

Par ailleurs, si le salarié n'a pas accepté la promesse d'embauche, et que l'employeur se rétracte, alors le salarié pourra prétendre à l'indemnisation de son préjudice (**Soc. 6 février 2001**). La jurisprudence considère à cet égard que la rupture cause nécessairement un préjudice (**Soc. 6 mai 2002**).

### B. Le régime juridique de la promesse d'embauche depuis le revirement de jurisprudence

La Cour de cassation a affirmé en 2017 que « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, conduit à apprécier différemment, dans les relations de travail, la portée des offres et promesses de contrat de travail » (**Soc. 21 septembre 2017**).

En effet, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil :

- 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 1114 du Code civil**) ;
- définit la **promesse de contrat** 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 1124 du Code civil**).

La Cour de cassation, prenant prétexte de l'ordonnance réformant le droit des obligations, a précisé ensuite les définitions qu'elle entend donner à l'offre et à la promesse unilatérale de contrat de travail :

- Selon la Cour, « l'acte par lequel un employeur propose un engagement précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et exprime la volonté de son auteur 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 ; que la rétractation de l'offre avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable, fait obstacle à la conclusion du contrat de travail et engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ».
- **La promesse unilatérale de contrat de travail** est, selon la Cour, « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ; que la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat de travail promis ».

Dans un arrêt rendu le **26 septembre 2018 (Soc. 26 septembre 2018 n°17-18560)**, la Cour confirme cette position et casse un arrêt d'appel qui avait identifié une promesse d'embauche valant contrat de travail. La Cour d'appel avait retenu que les conditions essentielles relatives à l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction étaient définies, que l'offre était précise et complète, caractérisant une promesse d'embauche créatrice de droits. Rappelant que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, la Cour de cassation relève qu'il n'y avait pas ici d'élément ferme relatif à la rémunération dans la mesure où « les pourparlers sur la détermination de la partie variable de la rémunération s'étaient poursuivis de sorte que la proposition ne valait pas contrat de travail ». Il faut donc bien vérifier que les conditions essentielles relatives à l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction étaient définies et non encore en cours de pourparlers !

#### → **Quels sont les enjeux de la distinction entre offre et promesse de contrat de travail ?**

- i) En présence d'une promesse unilatérale de contrat de travail
- Tout d'abord, lorsque le consentement du bénéficiaire a été donné et que le promettant se rétracte par la suite, le contrat de travail est formé : le promettant devient donc l'employeur et sa rétractation doit alors être qualifiée de licenciement (sans cause réelle et sérieuse en l'absence de lettre de licenciement).
  - Ensuite, lorsque le promettant se rétracte pendant le délai d'option et que le bénéficiaire n'a pas encore levé l'option : selon l'article 1124 al 2 du Code civil, « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». La solution est nouvelle depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Le bénéficiaire peut saisir le Conseil de prud'hommes afin de faire constater le contrat de travail et pour que soit demandé à l'employeur de l'exécuter (peu probable), ou pour faire constater sa rupture par l'employeur.

Notons que si l'employeur a embauché quelqu'un d'autre pendant du délai d'option, selon l'article 1124 al 3 du Code civil, « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

- Enfin, si le promettant se rétracte après expiration du délai d'option (ou après un délai raisonnable) : cette rétractation est licite.

ii) En présence d'une simple offre

L'article 1116 prévoit que l'offre « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable. La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat. Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

iii) En présence d'une invitation à entrer en pourparlers

La rupture des pourparlers est en principe libre (à moins que cette rupture ne soit abusive, auquel cas, elle donnera lieu à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle).

## CHAPITRE II : LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE TRAVAIL

Aux termes de l'**article L1221-1 du Code du travail**, le contrat de travail est un contrat dont la forme est libre, le principe applicable est le **consensualisme**.

Le contrat verbal est en principe valable. Cependant, cette absence de formalisme est applicable uniquement en cas de contrat de travail à durée indéterminée à temps complet.

Ceci implique que les règles sur la formation du contrat s'appliquent : un consentement libre et non vicié, une capacité à contracter, et un contenu licite et certain (art 1128 du Code civil).

**Attention** : un formalisme est parfois exigé pour la conclusion du contrat de travail :

Ce formalisme peut conditionner la qualification juridique du contrat de travail ; dès lors qu'il s'agit d'un contrat spécial (CDD ou contrat de travail intérimaire) ou d'un contrat à temps partiel (CDD ou CDI), un contrat écrit est exigé et certaines formes sont requises. À défaut d'écrit, les contrats sont réputés avoir été conclus pour une durée indéterminée et à temps plein. En effet, le CDD non écrit est réputé conclu pour une durée indéterminée (**article L1242-12 du Code du travail**). De plus, le contrat de travail à temps partiel est un contrat écrit, à défaut il est réputé être un CDI à temps complet (**article L3123-14 du Code du travail**).

En outre, lors de l'embauche d'un salarié, plusieurs formalités doivent être remplies par l'employeur telles que l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche (**article L1221-10 du Code du travail**) ou encore l'inscription du salarié sur le registre du personnel (**article L1221-13 du Code du travail**).

## TITRE III : LA PÉRIODE D'ESSAI

L'article L1221-20 du Code du travail dispose que : « la période d'essai permet à l'employeur et au salarié 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 ».

Il s'agit d'une période au cours de laquelle le **contrat de travail peut être rompu unilatéralement par chacune des parties sans formalité**. Elle permet aux parties d'apprécier la justesse de leur choix. Il n'y aura période d'essai uniquement s'il y a l'accomplissement d'un travail dans un rapport de subordination et qu'il y a une faculté de résiliation réciproque. L'essai est donc le commencement du contrat.

Le régime juridique de la période d'essai est fixé aux **articles L1221-19 à L1221-26 du Code du travail**.

La période d'essai doit répondre à certaines conditions (**Chapitre I**), sa durée est limitée (**Chapitre II**), son renouvellement est soumis à des conditions (**Chapitre III**), enfin la rupture de la période d'essai est gouvernée par un principe de liberté sous réserve de l'abus (**Chapitre IV**).

### CHAPITRE I : IDENTIFICATION DE LA PÉRIODE D'ESSAI

→ **D'une part, la période d'essai ne se présume pas, elle doit être expressément prévue dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement** (article 1221-23 du Code du travail).

Ainsi, la période d'essai ne peut résulter des seules stipulations de la convention collective, elle doit nécessairement être indiquée expressément dans le contrat de travail ou dans la lettre d'engagement. En outre, en l'absence de toute disposition expresse prévoyant une période d'essai, alors le salarié est réputé embauché sans période d'essai.

La période d'essai doit débiter au commencement de la relation de travail entre l'employeur et le salarié, les parties ne peuvent en différer l'application.

→ **D'autre part, la période d'essai doit être distinguée de la période probatoire.**

La période d'essai permet à un employeur, au début de la relation de travail, d'évaluer les aptitudes professionnelles d'un salarié. En revanche, au cours de la relation de travail, les parties ne peuvent pas insérer de période d'essai : cette période doit être qualifiée de période probatoire (**Soc. 30 mars 2005**).

À la suite d'une modification des fonctions du salarié, la période probatoire permet à l'employeur d'apprécier la capacité qu'a le salarié à exercer ses nouvelles fonctions. Elle diffère de la période d'essai et les dispositions légales de la période d'essai ne s'appliquent pas à la période probatoire. Il est d'ailleurs illicite de proposer une période d'essai pour un changement de poste.

La validité de la période probatoire est subordonnée à deux conditions :

- Le salarié doit être investi de nouvelles fonctions ;
- **Le salarié doit avoir donné son accord exprès (Soc. 16 mai 2012** : « il résulte de l'article 1134 du Code civil que si au cours de l'exécution du contrat de travail l'employeur peut assortir sa décision d'affectation d'un salarié à un nouveau poste de travail emportant modification du contrat de travail d'une période probatoire une telle condition requiert l'accord exprès du salarié ».).

En revanche, lorsque le salarié est embauché successivement par des sociétés d'un même groupe, personnes morales distinctes, le second contrat peut comporter une période d'essai, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires ou situation de coemploi (Soc. 20 octobre 2010, n° 08-40822). Dans ces dernières hypothèses (dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires ou situation de coemploi), la période d'essai sera requalifiée en période probatoire.

Il n'existe pas de durée légale maximale à la période probatoire. Cependant, une durée trop longue pourrait être sanctionnée par les juges.

Le caractère non concluant de la période probatoire ne peut jamais conduire à la rupture du contrat de travail. Elle a pour effet automatique de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures (Soc. 30 mars 2005, précité).

La rupture de la période probatoire (à la différence de la période d'essai) n'entraîne pas la rupture du contrat de travail, mais a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures.

**Remarque** : En cas de succession d'un stage et d'un contrat : dans ce cas une période d'essai est possible sachant que la période de stage réduit la durée de l'essai, mais ne peut réduire cette durée de plus de la moitié (article L1221-24 du Code du travail). Exemple : une personne effectue un stage pendant deux mois dans une entreprise. À l'issue de son stage, elle est embauchée en tant qu'employée, la durée légale de la période d'essai est donc de deux mois. La période de stage de deux mois s'impute sur la période d'essai, mais elle ne peut la réduire de plus de la moitié, donc : la période d'essai pourra être d'une durée d'un mois.

## CHAPITRE II : LA DURÉE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

Il convient de distinguer la période d'essai prévue dans un contrat à durée indéterminée (I), de celle prévue dans un contrat à durée déterminée (II).

### I. Pour les contrats de travail à durée indéterminée

La loi du 25 juin 2008 est venue réglementer la durée des périodes d'essai qui, antérieurement, n'était réglementée que par les conventions collectives. Désormais, aux termes de l'article L1221-19 du Code du travail, les durées maximales sont les suivantes :

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

Ces durées initiales peuvent être doublées, renouvellement inclus, si une convention collective de branche étendue le prévoit (article L1221-21 du Code du travail).

Il s'agit de durées maximales. Néanmoins, il convient de préciser que :

- Les durées plus courtes sont admises par accord collectif conclu après l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008, soit à partir du 27 juin 2008 (article 1221-22 du Code du travail). Seuls les accords de branche conclus après le 27 juin 2008, ou encore le contrat de travail, peuvent fixer des durées de période d'essai plus courtes que les dispositions légales.
- Les durées plus longues sont possibles dès lors qu'elles ont été fixées par des accords de branches conclus avant la loi du 25 juin 2008.
- Les accords de branche conclus avant le 27 juin 2008 (date de publication de la loi du 25 juin 2008), et qui fixent des durées d'essai plus courtes que les dispositions légales, ne sont plus applicables à partir du 30 juin 2009. La Cour de cassation considère que dans ce cas, que « *les durées maximales de la période d'essai prévues aux articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du Code du travail se sont substituées aux durées plus courtes, renouvellement compris, résultant des conventions collectives de branche conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008* » (Soc. 31 mars 2016, n°14-29184).

## II. Pour les contrats de travail à durée déterminée

L'article L1242-10 du Code du travail prévoit des durées maximales de période d'essai en fonction de la durée du contrat de travail à durée déterminée :

- Un jour par semaine dans la limite de deux semaines pour tout CDD d'une durée inférieure à 6 mois (exemple : pour un CDD de 3 mois, soit 12 semaines, la période d'essai pourra avoir une durée maximale de 12 jours).
- Un jour par semaine dans la limite d'un mois pour tout CDD d'une durée supérieure à 6 mois.

**À NOTER** : Dans les cas de CDD à terme imprécis, la période d'essai est calculée en fonction de la durée minimale du contrat. Exemple : un salarié est embauché en CDD pour remplacer un salarié en congé maladie dont on ne connaît pas la date de retour. Le CDD est donc conclu à terme imprécis, il cessera lorsque le salarié remplacé réintègrera ses fonctions. Cependant, dans un tel cas, le CDD doit comporter une période minimale, période pendant laquelle le CDD du salarié embauché ne sera pas rompu quand bien même le salarié remplacé reviendrait dans l'entreprise. Par conséquent, si la période minimale est de 2 mois, la durée de la période d'essai sera alors calculée à partir de ces 2 mois.

## III. Les évènements affectant la durée de la période d'essai

Dès lors que le salarié est absent durant la période d'essai, celle-ci est prolongée du nombre de jours d'absence. Ainsi, la période d'essai sera prolongée en cas de prise de congés payés, de congés sans solde, d'arrêts maladie ou encore d'accident du travail.

## CHAPITRE III : LE RENOUVELLEMENT DE LA PÉRIODE D'ESSAI

La période d'essai peut être renouvelée une seule fois, sous réserve que deux conditions cumulatives soient réunies :

- si un accord de branche étendu le prévoit, et
- si le contrat de travail le prévoit expressément.

De plus trois autres conditions doivent être réunies :

- il faut un accord exprès et sans réserve du salarié ;
- le renouvellement doit être proposé avant la fin de la période d'essai initiale ; et
- le renouvellement ne doit pas être abusif, c'est-à-dire qu'il doit être justifié par la nécessité pour l'employeur de tester à nouveau les aptitudes du salarié.

Concernant la durée du renouvellement, celle-ci ne doit pas être supérieure au double de la période initiale soit :

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

## CHAPITRE IV : LA RUPTURE DE LA PÉRIODE D'ESSAI

En principe, la rupture de la période d'essai est libre (I), cependant la rupture suppose le respect d'un délai de prévenance (II).

### I. Le principe de la liberté de rupture

Selon l'article 1231-1 du Code du travail, en cas de rupture avant le terme de la période d'essai, les règles relatives à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ne sont pas applicables.

L'employeur peut donc rompre le contrat de travail sans avoir à appliquer le droit du licenciement :

- il n'a donc pas à mettre en œuvre la procédure de licenciement (pas de convocation à un entretien préalable, pas de notification d'une lettre énonçant le motif de la rupture) ;
- la rupture ne doit pas être justifiée par une cause réelle et sérieuse.

### II. Le contrôle du motif de la rupture

L'employeur n'a pas l'obligation de motiver sa décision de rompre (Soc. 20 octobre 2010). Cela ne veut pas dire que la rupture est discrétionnaire : il doit être en mesure de se justifier, en cas de contestation judiciaire, sur le motif de la rupture :

- La rupture ne doit pas se faire dans des **circonstances vexatoires**, portant atteinte à la dignité (ex : rupture orale devant tout le monde ; Soc. 5 déc. 2001).
- La rupture doit être **en lien avec les aptitudes professionnelles** (les compétences) du salarié.

Est donc abusive une rupture survenue seulement une semaine après le début du contrat alors que le salarié, âgé de 45 ans, venait de démissionner de son emploi précédent, qu'il effectuait un stage d'adaptation aux techniques de la société et qu'il n'avait pas encore été mis en mesure d'exercer ses fonctions (Soc. 5 mai 2004). En outre, il est de jurisprudence constante qu'est fautive la rupture intervenue sans que le salarié ait pu normalement exercer sa profession et qu'il ait été mis en situation de donner la preuve de sa capacité (Soc. 22 novembre 1995). Il en va de même pour l'employeur qui n'a pas été en mesure d'apprécier les qualités professionnelles du salarié compte tenu de la durée pendant laquelle il a exercé ses fonctions par rapport à celle des stages de formation (Soc. 15 mai 2008, n° 07-42.289).

De plus, la période d'essai étant destinée à permettre d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, la rupture pour un motif non inhérent à la personne du salarié est abusive et ouvre droit à l'intéressé à des dommages-intérêts (Soc. 20 novembre 2007), comme par exemple, en cas de rupture intervenue en raison d'un refus de modification du contrat de travail pour un motif économique (Soc. 10 décembre 2008).

La rupture abusive de la période d'essai ouvre droit à des dommages et intérêts.

- **La rupture est parfois nulle lorsqu'elle viole un texte qui prévoit la nullité.** Il en est ainsi en cas de rupture discriminatoire de la période d'essai (Soc. 16 février 2005) ou en cas de rupture prononcée en violation des règles relatives aux salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (Soc. 25 janvier 2006).
- Si la rupture de la période d'essai n'est soumise à aucune procédure, il en va autrement dans certains cas :
  - Si le motif de la rupture est un motif disciplinaire. Dans un tel cas, l'employeur doit suivre la procédure disciplinaire (**Soc. 10 mars 2004**).
  - Pour les salariés protégés (membres du CSE, délégués syndicaux, etc.), l'employeur doit obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail.

### III. Le respect du délai de prévenance

Si la rupture de la période d'essai est libre, le Code du travail prévoit tout de même un délai de prévenance imposé aux parties (**article 1221-25 du Code du travail**).

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

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

Lorsque la rupture de la période d'essai est à l'initiative du salarié, celui-ci doit respecter un délai de prévenance de 48h (**article L1221-26 du Code du travail**).

À défaut de respecter ces délais, dès lors que l'employeur informe tardivement le salarié de la rupture de sa période d'essai, la jurisprudence considère que la période d'essai prend fin à son échéance prévue et que le non-respect du délai de prévenance est sanctionné par une indemnité compensatrice (**Soc. 5 novembre 2014**, n°13-18114 ; **Soc. 16 septembre 2015**, n°1416713). La rupture tardive ne peut s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse comme il avait pu en être question dans certains arrêts.

Cette règle a été codifiée à l'**article L1221-25 du Code du travail** : « *lorsque le délai de prévenance n'a pas été respecté, son inexécution ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. Cette indemnité est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise* ».

→ **Exemple :**

Un salarié est en période d'essai pour une durée de 4 mois, l'employeur doit respecter un délai de prévenance d'un mois, il informe le salarié de la rupture seulement 2 semaines avant l'échéance. Conséquence : le salarié va effectuer ces deux dernières semaines, il quittera l'entreprise à l'échéance, l'employeur devra lui verser une indemnité compensatrice correspondant à deux semaines pour le délai de prévenance non respecté.

Enfin, précisons que si la période d'essai est terminée et que le salarié est toujours en poste, alors le contrat de travail ne pourra être rompu que par un licenciement. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation considère que la poursuite de la relation de travail au-delà du terme de l'essai donne naissance à un nouveau contrat de travail à durée indéterminée qui ne peut être rompu à l'initiative de l'employeur que par un licenciement (**Soc. 5 novembre 2014**).

**SYNTHÈSE : Dans un cas pratique :**

Première étape : Est-ce une période d'essai ou une période probatoire ?

Deuxième étape : S'il s'agit d'une période d'essai, il faut vérifier :

- Qu'elle soit prévue dans le contrat de travail (**article 1221-23 du Code du travail**),
- Qu'elle respecte la durée légale (**article 1221-25 du Code du travail**).

Troisième étape : S'il s'agit d'un renouvellement, il faut vérifier :

- Que le renouvellement était prévu dans le contrat,
- Que le renouvellement était prévu par un accord de branche,
- Que le renouvellement a expressément été accepté par le salarié,
- Que la durée totale, renouvellement compris, respecte la durée totale imposée légalement.

Quatrième étape : S'il s'agit d'une rupture de la période d'essai, il faut vérifier :

- Que la rupture ne soit pas abusive (qu'elle soit motivée pour des motifs inhérents au salarié uniquement),
- Que l'employeur a prévenu le salarié avant la fin de celle-ci (à défaut : CDI),
- Que l'employeur respecte le délai de prévenance, à défaut : paiement d'une indemnité compensatrice correspondant à la durée non effectuée.

## TITRE IV : LES CONTRATS SPÉCIAUX

Le Code du travail réserve des dispositions particulières aux contrats spéciaux tels que le contrat de travail à durée déterminée (**Chapitre I**) et le contrat de travail temporaire (**Chapitre II**).

### CHAPITRE I : LE CONTRAT DE TRAVAIL À DURÉE DÉTERMINÉE

Si le principe en droit français est le contrat de travail à durée indéterminée, le législateur a prévu la possibilité de recourir au contrat à durée déterminée (CDD) dans des cas précis et dont le régime juridique est encadré puisqu'il n'est possible que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas limitativement prévus par la loi.

Le régime juridique du CDD est fixé aux articles L1241-1 à L1248-11 du Code du travail.

#### **I. Les conditions de forme**

**L'article L1242-12 du Code du travail** exige que le CDD soit établi par écrit, à défaut le CDD peut être requalifié en CDI. De plus, **l'alinéa 2 du même article** impose des mentions dont l'omission de certaines d'entre elles entraîne la requalification de plein droit du CDD en CDI aux termes de **l'article L1245-1 du Code du travail**.

**TABLEAU RÉCAPITULATIF DES MENTIONS OBLIGATOIRES**

Mentions obligatoires entraînant la requalification du CDD en CDI	Mentions obligatoires n'entraînant pas la requalification du CDD en CDI (aucune sanction n'est prévue)
<ul style="list-style-type: none"><li>- La définition précise du motif (<b>Soc. 5 décembre 1989</b>) dont il appartient à l'employeur de prouver la réalité (<b>Soc. 15 septembre 2010</b>)</li><li>- Le nom et la qualification du salarié remplacé s'il s'agit du remplacement d'un salarié (<b>Soc. 30 avril 2003</b>)</li></ul> <p><b>Exemple :</b> la catégorie « personnel navigant commercial » comporte plusieurs qualifications telles qu'hôtesse et steward, chef de cabine, chef de cabine principal dont les fonctions et rémunérations sont différentes : dès lors, la seule mention de la catégorie de « personnel navigant commercial » dont relevait le salarié remplacé ne permettait pas au salarié engagé de connaître la qualification du salarié remplacé en sorte que les contrats à durée déterminée conclus pour ce motif étaient irréguliers (<b>Soc. 20 janv. 2021, n° 19-21-535</b>).</p>	<ul style="list-style-type: none"><li>- La date de fin de contrat ou la durée minimale pour les contrats à terme incertain</li><li>- Le poste de travail occupé par le salarié</li><li>- L'intitulé de la convention collective applicable (<b>Soc. 26 octobre 1999</b>)</li><li>- La durée de la période d'essai le cas échéant</li><li>- La rémunération (<b>Soc. 16 février 2011</b>)</li><li>- Le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire (<b>Soc. 28 février 2001</b>)</li></ul>

Il est à préciser que la requalification ne peut être ici demandée que par le salarié, et ce, devant le Conseil de prud'hommes. La demande de requalification est directement portée devant le bureau de jugement et le Conseil de prud'hommes doit statuer dans le délai d'un mois suivant sa saisine.

En cas de requalification d'un CDD en CDI, cela ouvre droit pour le salarié :

- à une **indemnité de requalification** correspondant à un mois de salaire, et
- à l'indemnité de licenciement le cas échéant.

De plus, le salarié peut obtenir la régularisation et la reconstitution de sa carrière depuis le premier jour de son embauche. Cela signifie que le salarié peut obtenir le paiement des périodes non travaillées entre deux CDD à condition qu'il soit resté à la disposition de l'employeur. La charge de la preuve est facilitée pour le salarié car il est présumé occuper un CDI depuis le premier jour.

La charge de la preuve de l'absence de mise à disposition repose sur l'employeur (**Soc. 6 novembre 2013**).

## II. Les cas de recours au CDD

### • **Principes directeurs**

Il faut avant tout conserver trois grandes règles à l'esprit :

- Règle n°1 : le recours au CDD, quel qu'en soit le motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (**article L1242-1 du Code du travail**). La Cour de cassation juge régulièrement que l'employeur ne peut recruter des salariés en CDD « *pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre* » (Soc. 11 octobre 2006).
- Règle n°2 : un CDD ne peut être conclu que pour **l'exécution d'une tâche précise et temporaire** (**article L1242-2 du Code du travail**). Exceptions : **article L1242-3 du Code du travail** : les CDD spéciaux liés aux politiques de l'emploi.
- Règle n°3 : c'est à l'employeur d'apporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat.

### A. Motifs de recours

L'**article L1242-2 du Code du travail** énumère limitativement les cas de recours au CDD.

#### 1. Remplacement

Il peut s'agir du remplacement d'un salarié en cas :

- D'absence ;
- De passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur ;
- De suspension de son contrat de travail ;
- De départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité social et économique, s'il existe ;
- D'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer.

Notons qu'il est aussi possible de conclure un CDD pour remplacement d'un chef d'entreprise ou d'exploitation agricole.

Le recours au CDD dans le cadre du remplacement d'un salarié peut s'effectuer dans 2 hypothèses distinctes :

- le salarié a été affecté temporairement sur un autre poste de l'entreprise, ou
- le salarié est absent de l'entreprise (maladie, congés payés, congé maternité).

Il convient de préciser que l'employeur n'est pas tenu d'affecter le salarié en CDD sur le même poste que celui occupé par l'absent (**Soc. 22 novembre 1995**). Il peut effectivement y avoir un *remplacement en cascade* : une personne remplace une autre qui elle-même est remplacée par une personne embauchée en CDD.

En revanche il y a des cas où le recours au CDD est illégal et donc entraînera la requalification en CDI :

- i) Si l'absence du salarié remplacé n'est pas temporaire (violation de la règle n°1).
- ii) Si le salarié est recruté sous CDD pour pourvoir à toute absence dans l'entreprise (**Soc. 24 février 1998**, violation de la règle n°1).
- iii) Lorsque plusieurs salariés absents sont remplacés par un salarié dans le cadre d'un seul CDD (**Soc. 11 juillet 2012**). **À chaque contrat doit correspondre un seul motif : « un motif, un contrat »**. On ne peut pas avoir recours au CDD dans le but de couvrir plusieurs motifs de recours (exemple : **Soc. 23 janvier 2008** : un CDD avait été conclu à la fois pour remplacer un salarié absent, et pour faire face à un surcroît d'activité. Les 2 motifs sont licites, cependant les 2 recours sont impossibles, la sanction étant la requalification en CDI). La Cour de cassation considère en effet avec constance que le CDD « *ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence* » (Soc. 28 juin 2006, n° 04-40455). Cependant, la loi du 5 septembre 2018 a prévu une expérimentation, à titre dérogatoire, autorisant la conclusion d'un seul CDD ou un seul contrat de travail temporaire pour remplacer plusieurs salariés dans les secteurs définis par décret (L. n° 2018-771, art. 53).

**Actualité : Décret n° 2019-1388 du 18 déc. 2019 :**

Depuis le 20 décembre 2019, toutes les entreprises relevant des secteurs visés par le décret (sanitaire, social et médico-social, propreté et nettoyage, tourisme en zone de montagne, commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, restauration collective, sport, transport routier, industries alimentaires, services à la personne...) peuvent avoir recours à cette faculté. Naturellement, il ne peut s'agir de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente.

**Attention** : la Cour de cassation a jugé en 2018 que le recours multiple à des CDD de remplacement, avec le même salarié, ne conduit plus automatiquement le juge à requalifier la relation de travail en une durée indéterminée. Si le recours au CDD, quel qu'en soit le motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, la Cour de cassation a récemment atténué la portée de cette règle en admettant le recours à de multiples CDD de remplacement. Habituellement, la Chambre sociale avait tendance à requalifier le recours multiple de CDD en relation de travail indéterminée (Soc. 26 janv. 2005, n° 02-45.342 ; Soc. 13 nov. 2008, n° 06-40.060). Dans un récent arrêt, la Cour de cassation paraît remettre en cause cette ancienne position conformément à la jurisprudence européenne.

En effet, dans un arrêt rendu par la Cour de justice (**CJUE 26 janv. 2012, aff. C-586/10, Küçük (Mme) c/ Land Nordrhein-Westfalen**), la CJUE avait précisé, en interprétant la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 figurant en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999, que le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée, n'implique pas l'existence d'un abus. Le besoin temporaire en personnel même fréquent qui est nécessaire en raison, notamment, de l'indisponibilité d'employés bénéficiant de congés maladie, de congés de maternité ou de congés parentaux ou autres, est ainsi susceptible de constituer une raison objective de recours au CDD au sens de la clause 5 de l'accord-cadre européen. Dès lors, le fait de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu d'un CDI n'implique pas l'absence d'une raison objective ni l'existence d'un abus. Lors de l'appréciation de cette raison objective, le juge doit prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur. D'ailleurs, dans une entreprise disposant d'un effectif important, il peut paraître inévitable, comme le relève la Cour de justice, que des remplacements temporaires soient fréquemment nécessaires en raison, notamment, de l'indisponibilité d'employés bénéficiant de congés maladie, de congés maternité ou de congés parentaux ou autres.

Dans un important arrêt rendu le **14 février 2018**, il s'agissait d'une salariée engagée en qualité d'agent de service en CDD par une association, du 17 juin au 30 juin 2010, afin de pourvoir au remplacement d'une personne en congé maladie. Après deux contrats de remplacement conclus du 8 au 29 juillet 2010 puis du 1<sup>er</sup> au 29 août 2010, elle a été embauchée du 26 avril 2011 au 27 février 2014 en concluant au total 104 contrats de travail. Contestant la multiplicité du recours aux CDD, la salariée a saisi une juridiction prud'homale tendant à obtenir la requalification de ces derniers en un contrat à durée indéterminée. La Cour d'appel de Limoges retient l'argumentation de la salariée en considérant que dès lors que les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois ans constituent un équivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel de l'employeur, c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a procédé à la requalification de ces contrats. Mais la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel à l'aune des dispositions européennes susvisées. Précisément, elle considère que « 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 » (**Soc. 14 février 2018, n°16-17.966 P+B**).

### 1. Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise

Il est possible de recourir au CDD pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, dont il faut préciser les règles générales (a) puis particulières (b).

#### a) Le cas général

Le législateur autorise les employeurs à recourir au CDD pour faire face à un accroissement de l'activité de l'entreprise. Il doit s'agir d'un accroissement temporaire de l'activité normale de l'entreprise. Dans un premier temps, la Chambre sociale de la Cour de cassation considérait qu'il ne doit pas nécessairement s'agir d'un accroissement exceptionnel, mais celui-ci ne doit pas être durable (**Soc. 21 janvier 2004**). **L'accroissement doit donc être temporaire et non durable**. Puis, la Cour a adopté une interprétation plus restrictive dans un arrêt rendu le 10 décembre 2008 à propos d'un CDD conclu dans un musée pour des expositions temporaires. Dans cette affaire, les expositions étaient certes temporaires, mais elles intervenaient régulièrement à la même fréquence, chaque année, sur les mêmes périodes annuelles, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique. Donc selon la Haute juridiction, si ces expositions étaient temporaires et intermittentes, elles constituaient pour l'employeur une activité permanente et non occasionnelle (**Soc. 10 déc. 2008, n°06-46349**).

Il convient de préciser que pour ce cas de recours, **l'article 1242-5 du Code du travail** apporte une exception au principe selon lequel il ne peut y avoir d'embauche en CDD dans les 6 mois suivants un licenciement économique, puisqu'il prévoit que s'il y a eu, sur le poste à pourvoir, un licenciement économique au cours des six derniers mois :

- le recours au CDD reste possible si ce contrat à une durée maximale de 3 mois ; et
- le recours au CDD reste possible s'il est lié à une commande exceptionnelle à l'exportation.

L'accroissement temporaire d'activité peut prendre quatre formes différentes.

#### b) Les cas spéciaux

Le recours au CDD est possible dans quatre cas relevant de l'accroissement temporaire d'activité.

##### i) La survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation

Une telle commande doit nécessiter la **mise en œuvre de moyens exorbitants**, de ceux habituellement utilisés par l'entreprise. Dans ce cas, la **durée maximale** pour ces contrats est portée à **24 mois** au lieu de 18 mois.

##### ii) L'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable

L'entreprise doit accomplir une tâche ponctuelle qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise, mais qui peut se reproduire.

iii) Les travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité

L'entreprise doit être confrontée à la nécessité de réaliser des travaux urgents, car il y a un danger pour les personnes. Ces conditions s'additionnent. La **durée maximale** est alors de **9 mois**.

iv) Le surcroît temporaire d'activité

Cela correspond à une **augmentation temporaire de l'activité d'une entreprise (exemple : pendant les soldes)**. L'entreprise a une activité pérenne, constante, tout au long de l'année, mais ponctuellement cette activité connaît des pics. **Lorsque ces pics apparaissent, ils constituent un surcroît temporaire d'activité qui justifie donc le recours au CDD.**

La jurisprudence accepte que ces pics de production puissent être cycliques. Ils n'ont pas forcément à avoir un caractère exceptionnel. En revanche **ces pics de production doivent être soumis à un aléa, à une imprévisibilité.**

Ici la durée maximale du CDD est de 18 mois.

- **Emplois saisonniers**

Un emploi saisonnier est un emploi « *dont les tâches sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité à peu près fixe, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs* ».

Le travail à caractère saisonnier est celui qui dépend du rythme des saisons ou aussi des modes de vie collectifs (on consomme plus tel produit à un moment de l'année) et qui se répète automatiquement chaque année (exemple : les vendanges).

Ce caractère cyclique, saisonnier, ne doit pas dépendre de la volonté de l'employeur.

Dès lors que le caractère saisonnier est réel, des CDD saisonniers peuvent se succéder pendant plusieurs années. Il n'existe aucune limite au-delà de laquelle s'instaurerait entre les parties une relation à durée indéterminée (**Soc. 26 oct 2011**).

**REMARQUE :**

Dans une récente affaire, un salarié employé en qualité de chauffeur d'engin de damage sur un domaine skiable, suivant une succession de CDD saisonniers depuis 1978, a, après plusieurs dizaines d'années, reçu notification de la non-reconduction de son dernier contrat pour motif réel et sérieux. Cette circonstance l'a conduit à saisir les juridictions prud'homales d'une demande en requalification de ses contrats en contrat à durée indéterminée (CDI), dont la rupture devait s'analyser en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La Cour d'appel fit droit à sa demande, au motif que les renouvellements successifs intervenus sur le fondement d'une clause de reconduction de la convention collective nationale des remontées mécaniques et domaines skiabiles du 15 mai 1968 devaient s'analyser en un ensemble à durée déterminée, dont la rupture est soumise à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse et équivalent de la part de l'employeur à un licenciement. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au visa de l'article L. 1244-2, alinéa 2, du Code du travail. Elle juge qu'une convention ou un accord collectif peut prévoir une clause de reconduction selon laquelle tout employeur ayant occupé un salarié dans un emploi à caractère saisonnier doit lui proposer, sauf motif réel et sérieux, un emploi de même nature, pour la même saison de l'année suivante. Après avoir constaté que la convention applicable au salarié prévoyait une telle clause de reconduction, les hauts magistrats ont conclu qu'une telle reconduction ne pouvait avoir pour effet d'entraîner la requalification de la succession de CDD saisonniers en un CDI, dont la rupture s'analyserait en un licenciement. Le régime du licenciement ne s'applique pas en présence d'une telle clause de reconduction (Soc. 20 novembre 2019, n° 18-14.118).

- **CDD d'usage**

Ce sont les « *emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ».

**Il y a 3 conditions cumulatives à respecter :**

- **L'activité principale de l'entreprise doit relever de l'un de ces secteurs d'activités posés par un texte réglementaire.** Le Code du travail énumère des secteurs d'activité dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI, mais au CDD (article D1242-1 du Code du travail : exploitations forestières, réparation navale, déménagement, l'hôtellerie et la restauration, les centres de loisirs et de vacances ; le sport professionnel, les spectacles, l'action culturelle, l'audiovisuel, la production cinématographique, l'édition phonographique, l'enseignement, etc.). Ces secteurs d'activité peuvent également être définis par décret ou par convention collective étendue. Les secteurs d'activité concernés sont ceux correspondant à l'activité principale de l'entreprise (Soc. 27 septembre 2006).
- Il faut un **usage professionnel constant pour l'emploi en cause de ne pas recourir au CDI** dans le secteur d'activité.
- L'emploi doit avoir un **caractère par nature temporaire**

Cet examen *in concreto* qui implique de vérifier que l'emploi est temporaire compte tenu de l'activité de l'entreprise, avait été supprimé par la Cour (4 arrêts Soc. 26 nov 2003) avant d'être rétabli en 2008 (Soc. 23 janvier 2008, n°06-43040 et n° 06-44197). Le secteur d'activité pris en compte est celui de l'entreprise et non pas l'activité à laquelle est affecté le salarié. La condition du caractère temporaire est une condition cumulative.

→ **Exemple :**

Dans le secteur de l'hôtellerie, on ne peut pas recruter en CDD une femme de ménage puisque si l'activité principale relève bien d'un des secteurs concernés, le poste de femme de ménage est un emploi stable et non temporaire, l'une des conditions fait défaut.

- **CDD à objet défini**

Il s'agit d'un CDD conclu pour le recrutement d'ingénieurs et de cadres, au sens des conventions collectives, en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou, à défaut, un accord d'entreprise le prévoit et qu'il définit :

- Les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée ;
- Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauche et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel ;
- Les conditions dans lesquelles les salariés sous contrat à durée déterminée à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en contrat à durée indéterminée dans l'entreprise.

Ce contrat prend fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, après un délai de prévenance au moins égal à deux mois. En outre, il peut, en outre, être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, dix-huit mois après sa conclusion puis à la date anniversaire de sa conclusion (art L. 1243-1). Il n'est pas précisé le sens à donner au « motif réel et sérieux » (faut-il s'inspirer du droit du licenciement ?).

La Cour de cassation a jugé qu'en dehors des cas de rupture anticipée pour un motif réel et sérieux dans les conditions prévues par l'article 6 susvisé, ou pour l'une des autres causes prévues par l'article L. 1243-1 du

Code du travail, est abusive la rupture du contrat de travail à durée déterminée pour objet défini lorsqu'elle intervient avant la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu (**Soc., 4 mars 2020, n° 19-10130, FS-P+B**).

- **CDD conclu au titre de la politique de l'emploi (L1242-3 CT)**

#### B. Interdictions de recours

S'il existe certaines situations dans lesquelles les recours à des CDD sont autorisés, il en est d'autres qui sont strictement interdites par la loi :

- Le CDD pour remplacer un salarié gréviste (**article L1242-6 du Code du travail**).
- Dans l'hypothèse de travaux dangereux définis par arrêté ministériel (**article L1242-6 du Code du travail**).
- En cas de licenciement économique. **Lorsqu'il y a eu un licenciement économique dans les 6 mois précédents**, sur le poste au titre duquel l'entreprise envisage de recruter un CDD (**article L1242-5 du Code du travail**). Cette interdiction fait l'objet d'assouplissements en cas de CDD pour accroissement temporaire d'activité.

### III. La durée du CDD

Le CDD doit comporter un terme (A), celui-ci devant avoir une durée limitée (B), le renouvellement étant possible, mais réglementé (C).

#### A. Le terme

Le CDD doit avoir un terme précis. Cependant il est admis que le terme soit imprécis, la cessation du contrat étant alors liée à un évènement futur certain dont la date est pour l'instant inconnue. Dans ce dernier cas, le CDD doit prévoir une durée minimale. Il peut y avoir CDD à terme imprécis dans les cas suivants :

- le remplacement d'un salarié (**Soc. 9 juin 1988**) ;
- en l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté en CDI ;
- en cas de CDD saisonnier ou d'usage.

→ **Exemple** : Un salarié est embauché en CDD pour remplacer un salarié en congé maladie dont on ne connaît pas la date de retour. Le CDD est alors à terme imprécis, il cessera au retour du salarié remplacé. Cependant, le CDD devra comporter une durée minimale pendant laquelle le salarié embauché ne pourra voir son contrat rompu, quand bien même le salarié en congé aurait réintégré ses fonctions.

#### **Un employeur doit-il mettre fin par écrit à un CDD conclu pour remplacer un salarié absent ?**

La Cour de cassation a apporté une réponse négative en 2019 (Soc. 18 septembre 2019, n° 18-12446). Conclu dans le cadre du remplacement d'un salarié absent (art. L. 1242-2), le contrat de travail à durée déterminée peut, dans ce cas, ne pas comporter un terme précis (art. L. 1242-7). En présence d'un terme imprécis, le contrat de travail doit comporter une durée minimale et précise qu'il « a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée ». Ainsi que le laisse entendre cette disposition, le terme du CDD n'est pas seulement constitué par le retour du salarié absent au sein de l'entreprise. Le contrat doit également s'achever lorsqu'il est acquis que ce même salarié ne reviendra pas dans l'entreprise. Mais l'employeur doit-il mettre fin au CDD par courrier ? La Cour de cassation juge que « *si, en application de l'article L. 1242-7 du Code du travail, le contrat à durée déterminée conclu pour remplacer un salarié absent a pour terme la fin de l'absence de ce salarié, il n'est pas exigé que l'employeur y mette fin par écrit* ». La Chambre sociale ajoute « *qu'ayant relevé qu'il n'était pas discuté que l'absence de la salariée remplacée avait définitivement pris fin le 10 décembre 2014 et retenu souverainement que Mme Z... avait été informée par un appel téléphonique à cette même date de la fin de son contrat à durée déterminée, la Cour d'appel, qui a constaté que l'intéressée, bien qu'informée de la fin de son contrat, avait travaillé le jour suivant de son propre chef, a pu en déduire, sans se déterminer par des motifs inopérants, que la demande de requalification de la relation contractuelle en contrat à durée*

*indéterminée devait être rejetée* ». Ainsi, le CDD cesse de plein droit lors de la survenance du terme, c'est-à-dire, en l'occurrence et au regard du motif du recours au CDD, au moment où il est acquis que le salarié remplacé ne reviendra pas dans l'entreprise.

## B. La durée

Depuis l'**ordonnance du 22 septembre 2017**, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du contrat de travail à durée déterminée. Cette durée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (**Article L1242-8**). Cette règle ne s'applique pas au CDD de mission et aux CDD conclus au titre de la politique de l'emploi.

À défaut de stipulation dans la convention ou l'accord de branche conclu en application de l'article L. 1242-8, la durée totale du contrat de travail à durée déterminée ne peut excéder **18 mois (article L1242-8-1 du Code du travail)**.

Cependant, beaucoup d'exceptions existent selon le type de recours (**article L1242-8-1 du Code du travail**).

- Cette durée est réduite à **9 mois** lorsque le contrat est conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée ou lorsque son objet consiste en la réalisation des travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité.
- Cette durée maximum est de **24 mois** :
  - lorsque le contrat est exécuté à l'étranger ;
  - lorsque le contrat est conclu dans le cadre du départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail ;
  - lorsque survient dans l'entreprise, qu'il s'agisse de celle de l'entrepreneur principal ou de celle d'un sous-traitant, une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement. Dans ce cas, la durée initiale du contrat ne peut être inférieure à six mois et l'employeur doit procéder, préalablement aux recrutements envisagés, à la consultation du comité social et économique, s'il existe.

## C. Le renouvellement

Depuis l'**ordonnance du 22 septembre 2017**, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de travail à durée déterminée. Ce nombre ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (**article L1243-13**).

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

À défaut de stipulation dans la convention ou l'accord de branche, depuis la **loi Rebsamen du 17 août 2015**, le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable **deux fois** pour une durée déterminée.

Les durées maximales imposées ne pourront pas être dépassées par l'effet des renouvellements.

## D. Le délai de carence

La conclusion de CDD successifs sans interruption, avec le même salarié, est possible uniquement dans les cas de remplacements ou d'emploi saisonnier. Dans les autres cas, un nouveau CDD pourra être conclu avec le même salarié après un certain délai : le délai de carence.

### 1) La conclusion de CDD successifs sur le même poste de travail

En principe l'employeur doit respecter un délai de carence entre les contrats (**article L1244-3-1 du Code du travail**), ce délai de carence est égal à :

- pour les CDD d'une durée inférieure à 14 jours : la moitié de la durée du contrat (exemple : une personne a été embauchée en CDD pour 10 jours sur un poste, l'employeur ne pourra réembaucher un salarié sur le même poste, qu'après un délai de 5 jours) ;
- pour les CDD d'une durée supérieure à 14 jours : au tiers de la durée du contrat (exemple : une personne a été embauchée en CDD pour 1 mois sur un poste, l'employeur ne pourra réembaucher un salarié sur le même poste, qu'après un délai de 10 jours).

Exceptions : Conformément à l'**article L1244-4 du Code du travail** cette règle du délai de carence ne s'applique pas notamment en cas de :

- remplacement d'un salarié absent ;
- exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ;
- CDD saisonnier ;
- CDD d'usage.

Attention, depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, une convention ou un accord de branche étendu peut fixer les modalités de calcul de ce délai de carence (article L1244-3). De plus, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable (art. L. 1244-4).

### 2) La conclusion de CDD successifs sur des postes différents avec le même salarié

En principe, l'employeur ne peut pas conclure avec un même salarié, plusieurs contrats, quand bien même chaque contrat aurait un motif différent.

Cependant, cette règle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de contrats pour remplacer un salarié absent, pour effectuer un travail saisonnier ou pour occuper des emplois pour lesquels il est d'usage de recourir au CDD (**article L1244-1 du Code du travail**). Dans ces cas, l'employeur peut réembaucher le même salarié en CDD.

## **IV. La rupture du CDD**

Le cas de rupture classique du CDD est l'arrivée à son terme (**article L1243-5 du Code du travail**).

La rupture **avant terme** n'est possible que dans certains cas limitativement énumérés aux **articles L1243-1 et L1243-2 du Code du travail** :

- **l'accord commun des parties** (rupture amiable de droit commun et non par rupture conventionnelle homologuée) ;
- la force majeure ;
- **la faute grave** : étant précisé que le refus par le salarié d'un changement de ses conditions de travail n'est pas constitutif en lui-même d'une faute grave ;
- l'inaptitude constatée par le médecin du travail ;
- la conclusion d'un CDI dans une autre entreprise.

Les dispositions relatives à la rupture anticipée du CDD sont d'ordre public, il n'est pas possible d'y déroger (**Soc. 16 décembre 1998**). Par conséquent, toute clause contraire est nulle.

Toute rupture anticipée du CDD, qui n'entre pas dans les cas autorisés, est sanctionnée, les sanctions sont prévues aux **articles L1243-3 à L1243-5 du Code du travail** :

- En cas de rupture anticipée illicite par le salarié : il devra payer des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi.

- En cas de rupture anticipée illicite par l'employeur : l'employeur devra verser des indemnités au moins égales à l'ensemble des salaires que le salarié aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat ainsi que les indemnités de fin de contrat classiques dues à la survenance du terme.

Selon l'article L1243-4 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L. 1243-8* ». Mais **ce montant n'est qu'un minimum**. Comment alors évaluer le préjudice subi par ces salariés ?

Dans une affaire (**Soc. 3 juillet 2019, n°18-12306**), les membres du groupe Superbus, ont conclu un contrat d'exclusivité le 17 novembre 2011 avec la société Universal Music France (la société) pour l'enregistrement en studio de phonogrammes permettant la réalisation de trois albums fermes dont seul le premier a été réalisé. Ils ont également conclu un contrat de travail à durée déterminée. Mais le 11 mai 2015, la société leur a notifié la résiliation anticipée de leur contrat de travail, empêchant ainsi l'enregistrement d'albums. Il s'agissait donc d'une rupture anticipée illicite de CDD. Les salariés demandent la condamnation de la société Universal à réparer la perte d'une chance. La Cour d'appel fait droit à leur demande, et alloue à chaque salarié une somme en réparation de son préjudice économique, constitué de la perte de chance de percevoir des redevances sur les albums LP6 et LP7, calculé sur la base des ventes de l'album LP5. L'employeur fait valoir, dans les moyens de son pourvoi, qu'en matière de responsabilité contractuelle, les dommages et intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention et que, s'agissant de la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée, le préjudice indemnisable ne peut comprendre que ce qui aurait été dû par le cocontractant fautif si le contrat avait été exécuté. La Cour d'appel aurait, selon le pourvoi, alloué à chacun des salariés une indemnité excédant son préjudice, a violé l'article 1231-1 du Code civil (ancien article 1147 du même Code), l'article L. 1243-4 du Code du travail et le principe de réparation intégrale. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Si elle précise que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a, sans procéder à une évaluation forfaitaire, fixé le montant du préjudice soumis à réparation, la Cour de cassation contrôle cependant les critères retenus par les juges du fond pour l'appréciation du préjudice. Elle approuve ainsi les juges du fond d'avoir relevé que la rupture illicite des contrats à durée déterminée avait empêché la réalisation de deux des albums faisant l'objet des contrats, et que les salariés justifiaient d'un préjudice direct et certain résultant de la perte d'une chance de percevoir les gains liés à la vente et à l'exploitation de ces œuvres, préjudice qui constitue une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

Dans les cas de rupture autorisée, le salarié percevra l'**indemnité de précarité** qui doit être égale à 10% de la rémunération totale brute versée au salarié. Cependant, il y a certains cas dans lesquels l'indemnité de précarité n'est pas due au salarié :

- si le salarié refuse un CDI pour occuper le même emploi ou un emploi similaire ;
- si le salarié rompt le CDD de manière anticipée ;
- 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 CDD d'usage.

## V. **La requalification du CDD**

Deux cas de requalification doivent être distingués (selon une distinction doctrinale éclairante !).

### A. **La « requalification sanction »**

Lorsqu'un CDD a été conclu en dehors des situations autorisées par la loi ou en violation des interdictions légales, il est réputé à durée indéterminée. Dans ce cas, l'article L. 1245-1 établit une liste de textes sanctionnés par la requalification (absence de motif de recours, violation d'une interdiction de recours, absence d'écrit, etc.) :

Article L. 1245-1 al. 1<sup>er</sup> : « Est réputé à durée indéterminée tout contrat de travail conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1242-1 à L. 1242-4, L. 1242-6, L. 1242-7, L. 1242-8-1, L. 1242-12, alinéa premier, L. 1243-11, alinéa premier, L. 1243-13-1, L. 1244-3-1 et L. 1244-4-1, et des stipulations des conventions ou accords de branche conclus en application des articles L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4 ».

Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017, la méconnaissance de l'obligation de transmission du contrat de mission au salarié dans le délai fixé par l'article L. 1242-13 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée. Elle ouvre droit, pour le salarié, à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (**article L. 1245-1**).

Lorsque le Conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans un délai d'un mois suivant sa saisine.

Lorsque le Conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire. Cette disposition s'applique sans préjudice de l'application des dispositions du titre III du présent livre relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée (**article L1245-2**).

L'employeur ne peut invoquer la méconnaissance de ces dispositions pour obtenir la requalification ; ainsi, l'article L. 1245-2 al. 2 ne mentionne que le salarié comme demandeur ; « requalification sanction » ; et selon la Cour de cassation, les dispositions sur le CDD sont édictées « dans un souci de protection du salarié qui peut seul se prévaloir de leur inobservation » (Soc. 16 juill 1987 Bull. civ. V n°481, *Huguenot*). De plus le juge ne peut en principe requalifier d'office un CDD (Soc. 30 oct 2002).

#### **Zoom : la prescription de l'action en requalification d'un CDD en CDI**

Selon l'article L. 1471-1 du Code du travail, toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit.

Dans une récente affaire, pour dire prescrite la demande en requalification des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée jusqu'au 6 juillet 2012 et rejeter les demandes en découlant, la Cour d'appel retient que la loi du 14 juin 2013 institue un délai de deux ans, pour toutes les demandes indemnitaires relatives à l'exécution ou la rupture des contrats de travail. Elle relève que le terme du dernier contrat date du 4 octobre 2013 et la saisine du Conseil de prud'hommes du 7 juillet 2014, que le salarié ne peut donc solliciter la requalification des contrats conclus à une date antérieure au 7 juillet 2012.

L'arrêt est censuré par la Cour de cassation (**Soc. 29 janvier 2020, n° 18-15.359, FS-P+B+I**) : celle-ci affirme que l'action en requalification d'un contrat à durée déterminée ou de contrats à durée déterminée successifs en un contrat à durée indéterminée s'analyse en une action portant sur l'exécution du contrat de travail, et non à une action portant sur la rupture du contrat de travail (qui elle, est soumise au délai de prescription d'un an). En application de l'article L. 1245-1 du même Code, par l'effet de la requalification des contrats à durée déterminée, le salarié est réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de son engagement par un contrat à durée déterminée irrégulier. Il en résulte que le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée énoncé au contrat a pour point de départ le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat et que le salarié est en droit, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier.

En outre, concernant le point de départ du délai de prescription de cette action, la Cour de cassation opère une distinction selon le fondement de celle-ci :

- lorsque l'action est fondée sur l'absence d'une mention au contrat, le point de départ de l'action est la date de conclusion du contrat à durée déterminée (Soc., 3 mai 2018, n° 16-26.437, Bull. 2018, V).

- lorsque l'action est fondée sur le motif du recours au contrat à durée déterminée indiqué sur le contrat (comme dans le présent arrêt) le point de départ du délai de prescription est le terme du contrat ou, en cas de succession de contrats à durée déterminée, le terme du dernier contrat (V. déjà en matière de travail temporaire, la Cour de cassation a déjà retenu que le point de départ de l'action du salarié temporaire tendant à faire valoir auprès de l'entreprise utilisatrice les droits correspondant à un contrat de travail à durée indéterminée ne courait qu'à compter du terme du dernier contrat de mission, Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 10-26.387, Bull. 2012, V, n° 189). Dès lors, lorsque la demande en requalification est reconnue fondée, le salarié est en droit de se prévaloir d'une ancienneté remontant au premier contrat irrégulier (Soc., 6 novembre 2013, n° 12-15.953, Bull. 2013, V, n° 259 ; Soc., 3 mai 2016, pourvoi n° 15-12.256, Bull. 2016, V, n° 81).

### B. La « qualification-interprétation »

Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée (**article L.1243-11** du Code du travail). Ici, la requalification n'a pas pour but de sanctionner l'employeur. Il s'agit plutôt d'interpréter la volonté des parties (on parle de qualification-interprétation).

Ici, la requalification peut être demandée aussi bien par l'employeur que par le salarié (Soc. 13 décembre 2007, n°06-44004). De plus, même le juge peut d'office le relever cette qualification.

Le salarié ne perçoit pas d'indemnité de requalification de l'art L1245-2 dans cette hypothèse.

L'indemnité de requalification, à laquelle est tenu l'employeur lorsque le juge fait droit à la demande de requalification au motif d'une irrégularité du contrat à durée déterminée initial ou de ceux qui lui ont fait suite, n'est pas due lorsque le contrat à durée déterminée devient un contrat à durée indéterminée du seul fait de la poursuite de la relation contractuelle de travail après l'échéance de son terme.

Il en est ainsi, dans une récente affaire, lorsqu'un CDD est devenu CDI « automatiquement » du fait de l'absence de saisine de l'inspecteur du travail avant le terme du contrat à durée déterminée conclu avec un salarié investi d'un mandat représentatif (Soc. 5 juin 2019, n° 17-24193).