

Cours de droit social
(W. MILLET et P. FOURNIER)

MODULE III – LE CONTRAT DE TRAVAIL

Une entreprise pourrait être tentée de faire passer des personnes qui travaillent pour elle pour des travailleurs indépendants afin de les rémunérer sous le salaire minimum, d'éviter les charges sociales ou encore de recourir à une main d'œuvre non-soumise aux durées maximums du travail. On parle alors de « faux-indépendants ».

A l'inverse, un travailleur indépendant, un dirigeant d'entreprise, pourraient également être tentés de créer une apparence de salariat afin de bénéficier des droits découlant de l'existence d'un contrat de travail (chômage par exemple), alors qu'ils ne sont pas subordonnés à aucune structure.

Pour ces raisons, la jurisprudence considère que la qualification de contrat de travail est indisponible, c'est-à-dire qu'elle n'appartient pas aux parties au contrat. Dans un arrêt Labbane du 19 décembre 2000, la Cour de cassation a ainsi confirmé que *« l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »*.

Par conséquent, la dénomination du contrat n'exerce aucune influence sur sa qualification (contrat de prestation de service ou de location par exemple). De même, la volonté des parties n'exerce aucune influence : elles ne peuvent décider d'un commun accord de se soustraire au droit du travail. En cas de contentieux, le juge va restituer sa véritable qualification à la relation de travail en se référant uniquement aux conditions concrètes dans lesquelles est exercée l'activité, c'est-à-dire en vérifiant la présence des éléments constitutifs du contrat de travail, lesquels ont été forgés par la jurisprudence.

I. Les éléments constitutifs du contrat de travail

Le code du travail se réfère sans arrêt au contrat de travail, mais pour autant ne le définit jamais. Pour la jurisprudence, il y a contrat de travail lorsqu'une personne *« s'engage à travailler pour le compte d'une*

autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération ». Le contrat de travail est donc constitué de 3 éléments : l'existence d'une prestation de travail (A), en contrepartie d'un salaire (B), sous la subordination d'un employeur (C).

A. L'existence d'une prestation de travail pour le compte d'autrui

L'existence du contrat de travail suppose la volonté de la part de la personne qui travaille d'accomplir une activité professionnelle. Cette « volonté d'accomplir une activité professionnelle », c'est-à-dire de participer effectivement à l'activité d'une entreprise, permet de distinguer le contrat de travail de l'entraide. Les juges vont aussi vérifier si l'activité est exercée personnellement. Une personne titulaire d'un contrat de travail doit accomplir elle-même la prestation sans pouvoir demander à d'autres personnes d'aller travailler à sa place.

La Cour de cassation n'est pas exigeante sur la nature de l'activité à accomplir : Elles peuvent être de nature intellectuelle, manuelle, artistique, physique, peu importe.

Il y a toutefois une interdiction : la cause du contrat de travail doit être licite. (*Soc. 8 janv. 1964 : « Une femme de chambre, employée dans une maison de tolérance, ne peut se prévaloir de son contrat dont la cause est illicite et contraire aux bonnes mœurs pour agir en paiement des salaires »*). Par exemple, un contrat de travail consistant à transporter de la drogue serait bien entendu nul.

B. L'existence d'une rémunération

Dans la mesure où il s'agit obligatoirement d'un contrat conclu à titre onéreux, le contrat de travail suppose le versement par l'employeur ou par l'entremise d'un tiers d'une rémunération en espèces (virement bancaire, chèque, espèces) ou en nature (logement, nourriture, avantages divers). Il existe de très nombreux modes de rémunération : elle peut être à l'heure, à la journée, au mois, fixe ou variable, le plus souvent au temps et parfois à la tâche ou à la commission.

A défaut de rémunération, y compris en nature, l'activité est bénévole (contrat de bénévolat).

En revanche, le montant de cette rémunération importe peu. Une somme même modique permet de retenir la qualification de « contrat de travail ». Par exemple, une employée de maison nourrie et logée par son employeur mais ne touchant pas de salaire mensuel pourrait facilement obtenir une requalification en contrat de travail, et donc le droit à un salaire minimum, malgré la faiblesse des contreparties en nature qu'elle reçoit.

Seuls les remboursements de frais n'autorisent pas à parler de rémunération.

C. L'existence d'un lien de subordination

Le critère du lien juridique de subordination est le plus utilisé par les tribunaux pour déterminer si une personne est titulaire d'un contrat de travail. Selon la Cour de cassation (*Jurisprudence Société Générale, Cass. soc., 13 nov. 1996*), le lien de subordination se caractérise par « *l'existence 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* ». L'employeur dispose en effet d'un pouvoir de direction de son entreprise lui permettant d'affecter des salariés à des emplois déterminés et de leur donner des ordres lorsqu'ils sont licites. Son autorité est aussi caractérisée par un pouvoir disciplinaire, c'est-à-dire la faculté de contrôler le travail du salarié et de sanctionner celui qui a commis une faute.

Lorsqu'il est difficile d'établir qu'une personne est placée sous l'autorité d'un employeur (enseignant-chercheur, médecin, personnels ayant une grande liberté technique), les juges recherchent des indices de subordination au travers de **l'intégration des salariés dans un service organisé**, c'est-à-dire lorsque les conditions d'exécution de leur travail sont organisées par l'employeur. Le juge vérifie alors si l'employeur impose des contraintes relatives au lieu d'exécution du travail, des impératifs horaires et s'il fournit du matériel au salarié (faisceau d'indice).

Divers exemples de requalification en contrat de travail :

- sur la base d'un faisceau d'indices, a pu être considéré comme salarié une personne ayant conclu un « contrat d'agent commercial » car la société « *la soumettait à un contrôle journalier, lui imposant en outre une présence à des réunions régulières, une participation à des journées portes-ouvertes et une permanence les samedi après-midi à l'agence* » (*Soc 27 sept. 2006, Sté AVI Vosges immobilier*).
- a pu être requalifié en contrat de travail la situation du médecin dispensant des soins à des patients dans les locaux d'une clinique qui lui mettait à disposition tout le matériel médical et l'astreignait à des sujétions horaires.
- On citera aussi la question de la téléréalité. Dans un arrêt du 3 juin 2009, les participants à l'émission « *L'île de la tentation* », parce que soumis à des contraintes de réalisation, de mises en scènes, imposées par le producteur de l'émission, ont été qualifiés de salariés (*Soc. 3 juin 2009, n°08-40.981*).

- Plus récemment, la Cour de cassation (*Soc., 28 nov. 2018, no 17-20079, FP-PBRI*) a requalifié en salariat la relation qui unissait un coursier à vélo immatriculé comme autoentrepreneur à la plateforme TAKE EAT EASY mettant en relation des restaurateurs et des clients. En effet, la Cour a relevé que l'application de la société « *était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel [...] de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci* » et que la société « *disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier* », ce dont il « *résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination* ».

Finalement, les juges mettent en balance d'une part les indices d'indépendance, et d'autre part les indices de sanctions et contraintes pour se prononcer. La répartition des risques de l'activité peut aussi constituer un indice de subordination : le travailleur indépendant assume les risques de son activité, contrairement au salarié qui ne perçoit pas directement les fruits de son travail.

Afin de protéger certaines catégories de personnes pour lesquelles il est difficile de prouver le lien de subordination, pour ne pas dire impossible, le législateur a organisé des présomptions d'existence d'un contrat de travail lorsque certaines conditions légales propres à la profession sont réunies. C'est par exemple le cas des mannequins (*Art. L. 7123-1 du code du travail*), des VRP (*Art. L. 7313-3 du code du travail*) ou encore des travailleurs à domicile (*Art. L. 7412-1 du code du travail*).

Contrairement au salarié, le travailleur indépendant ne dispose pas de contrat de travail. Par ailleurs, il n'existe aucun lien de subordination permanent entre le travailleur indépendant et l'entreprise pour laquelle il exécute sa mission. Il existe d'ailleurs une **présomption de non-salariat, c'est-à-dire une présomption d'activité indépendante**, au profit de personnes officiellement déclarées auprès des services publics en qualité de « travailleur indépendant ». Le code du travail à l'article L. 8221-6 précise d'ailleurs que sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail :

- les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés (RCS), au répertoire des métiers (RM), au registre des agents commerciaux ou auprès de l'Urssaf en tant que travailleurs indépendants,
- les personnes physiques inscrites au registre des entreprises de transport routier de personnes qui effectuent du transport scolaire ou du transport à la demande,
- les dirigeants des personnes morales immatriculées au RCS et leurs salariés

Dans le même ordre d'idée **le Code de la sécurité sociale** (art. L. 311-11) pose le principe de non-assujettissement au régime général de la sécurité sociale (régime des salariés et assimilés-salariés) des artisans, commerçants, agents commerciaux, professions libérales et dirigeants de sociétés régulièrement immatriculés.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable puisque *l'alinéa 2 de l'article L. 8221-6 du Code du travail* dispose que l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes précitées ont en réalité fourni des prestations à un donneur d'ordre « *dans des conditions les plaçant dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci* ».

C'est à celui qui demande la requalification de la relation de travail en relation salariale (l'URSSAF, l'inspection du travail ou le travailleur concerné) d'apporter la preuve de l'existence du lien de subordination, et non au donneur d'ordre ou maître d'ouvrage de prouver l'absence de ce lien.

II. Le contenu et les formes du contrat de travail

Le contrat de travail, et tout particulièrement le contrat à durée indéterminée (CDI) à temps plein, ne fait pas obligatoirement l'objet d'un contrat écrit. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter, et ce quelle que soit la forme empruntée (contrat oral, téléphone, texto, mail, lettre d'engagement, etc.).

Toutefois en pratique, ce principe de liberté de la forme souffre de limitations importantes. D'une part, la loi impose un contrat écrit et certaines mentions obligatoires pour certains contrats spéciaux (contrats à durée déterminée, contrat d'intérim, contrat à temps partiel, etc.). D'autre part, le formalisme entourant le recouvrement des charges sociales ou le fait de porter à la connaissance du salarié les caractéristiques principales de la relation de travail rendent l'écrit incontournable. Aussi, en pratique et notamment pour prévenir tout conflit, la signature d'un contrat est toujours préférable.

1. Le contrat de travail à durée indéterminée (CDI)

Dans un souci de protection des travailleurs, le CDI est le principe en droit français. Le code du travail le qualifie de « forme normale et générale de la relation de travail » (*Art. L. 1221-2 du code du travail*). Il s'agit du contrat de travail conclu sans limitation de durée. Cela veut dire qu'un contrat de travail a vocation à durer jusqu'à ce que l'une ou l'autre des parties décident de le rompre en respectant les règles de la période d'essai, du licenciement, de la démission ou encore de la retraite. Un CDI peut donc durer 40 ans et même plus, il n'y a aucune limitation prévue. Comme le CDI est la norme en droit du travail, cela

signifie qu'à chaque fois qu'un contrat de travail est conclu sans précision particulière, il s'agit forcément d'un CDI.

a. Le contenu du CDI

Le contenu d'un CDI est libre (sauf mentions conventionnelles obligatoires). Toutefois, sous l'influence du droit communautaire (*directive du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions essentielles applicables au contrat ou à la relation de travail*), il est d'usage de préciser un certain nombre d'éléments :

- l'identité et l'adresse des parties,
- la fonction et la qualification professionnelle,
- le lieu de travail,
- la durée du contrat,
- les horaires du travail,
- la convention collective applicable,
- la rémunération (salaire et primes)
- les congés payés,
- la durée de la période d'essai,
- les délais de préavis en cas de rupture du contrat,
- Divers clauses facultatives (clause de non-concurrence, clauses d'objectifs, clauses de mobilité géographique, des clauses d'exclusivité, des clauses de délit-formation, etc.)

b. Focus sur quelques clauses particulières

b1. La période d'essai

Il s'agit d'une période de probation permettant à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience. C'est aussi l'occasion pour le salarié d'apprécier si les fonctions qu'il occupe lui conviennent. Chacun teste l'autre. L'existence d'une période d'essai (et son renouvellement) ne se présume pas et doit être explicitement stipulée dans le contrat de travail pour être opposable au salarié. Par conséquent, l'absence de période d'essai dans le contrat de travail rend sa conclusion immédiate à titre indéterminée.

Point de départ de l'essai : En pratique il arrive fréquemment que l'employeur envoie le salarié fraîchement recruté en formation avant qu'il n'intègre son poste de travail. La jurisprudence considère alors que la période d'essai commence dès l'envoi en formation, c'est-à-dire dès le moment quand le

salarié est à la disposition de l'employeur (*Soc. 25 février 1997*). Cela permet d'éviter d'accroître la précarité pour le salarié.

Le code du travail et la jurisprudence prévoient aussi des dispositions spéciales dans les cas où l'employeur a déjà pu apprécier les capacités professionnelles du salarié lors d'une précédente relation de travail :

- Lorsque, au terme d'un CDD, la relation de travail se poursuit en CDI sur le même poste, le nouveau contrat peut prévoir une nouvelle période d'essai. Dans ce cas, la durée du ou des CDD précédents est déduite de la période d'essai prévue dans le CDI. En revanche, lorsque le CDI succède à un CDD sur un emploi différent, alors l'employeur peut réintroduire une période d'essai « complète ».
- En cas d'embauche dans l'entreprise dans les 3 mois suivants l'issue d'un stage de fin d'étude, la période d'essai est réduite de la durée du stage, sans toutefois pouvoir réduire l'essai de plus de moitié. Lorsque l'embauche est effectuée dans un emploi en correspondance avec les activités qui avaient été confiées au stagiaire alors la durée du stage est intégralement réduite de l'essai.
- Si le salarié change de poste (c'est-à-dire que ses fonctions évoluent pendant le contrat), l'employeur pourra introduire une période probatoire (et non une nouvelle période d'essai), c'est-à-dire la possibilité de réintégrer le salarié dans ses anciennes fonctions au lieu de rompre le contrat de travail.

Durée de l'essai : Il dure, au maximum 2 mois pour les ouvriers et employés, 3 mois pour les agents de maîtrise et les techniciens, et 4 mois pour les cadres. Le décompte s'effectue en jour calendaires et non pas en jours travaillés (*Soc. 28 avril 2011*).

L'employeur peut renouveler la période d'essai, une seule fois*, s'il estime qu'il n'a pas pu correctement apprécier les qualités du salarié, à condition d'être prévu par le contrat de travail et autorisé par un accord de branche étendu. Renouvellement inclus, la durée de l'essai ne peut alors pas dépasser 4 mois pour les ouvriers et employés, 6 mois pour les agents de maîtrise et 8 mois pour les cadres. Le contrat de travail peut aussi raccourcir la période d'essai par rapport aux durées légales. En revanche, les périodes plus longues sont interdites, à quelques exceptions près. Enfin, en cas de maladie, de congés ou de fermeture de l'entreprise pendant la période d'essai, son terme est reporté automatiquement, sans formalité particulière de l'employeur.

*A noter : Par exception, le nouvel article L. 2253-1, 10° du code du travail, issu de l'une des ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017, autorise les conventions de branche à prévoir un second renouvellement de l'essai.

Rupture de la période d'essai : L'employeur est libre de rompre la période d'essai sans respecter les règles du licenciement, autant que le salarié peut prendre l'initiative de la rupture sans respecter les règles relatives à la démission. Toutefois, afin d'éviter les ruptures trop brutales, le code du travail a prévu des délais de prévenance.

Lorsque la rupture est à l'initiative de l'employeur, le préavis est de :

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

La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prorogée du fait de la durée du délai de prévenance. Les durées maximales de la période d'essai sont donc trompeuses car l'employeur doit prendre la précaution d'anticiper le délai de prévenance. Par exemple, si le contrat de travail prévoit un essai de 4 mois, l'employeur est contraint de rompre le contrat au plus tard à la fin du 3^{ème} mois pour respecter le préavis d'un mois.

Le non-respect du délai de prévenance, c'est dire la rupture tardive de l'essai, ouvre droit au salarié à une indemnité compensatrice d'un montant égal au salaire qu'il aurait perçu s'il avait accompli son travail jusqu'au terme du préavis.

Lorsque l'essai est rompu par le salarié, le préavis n'est alors que de 24 heures jusqu'à 8 jours de présence dans l'entreprise, et de 48 heures au-delà.

Au cours de l'essai, l'employeur est libre de rompre le contrat sans se justifier. Toutefois, il existe quelques exceptions au principe de libre rupture. En effet, un employeur ne peut pas rompre l'essai si le salarié est victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La rupture prononcée serait nulle sauf si le salarié a commis une faute grave ou si l'entreprise est dans l'impossibilité de maintenir son contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie (*Art. L. 1226-9 du code du travail*). De même, **la période d'essai ne saurait être rompue pour un motif discriminatoire** (*Art. L. 1132-1 du code du travail*).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'employeur ou le salarié ne peuvent pas non plus rompre abusivement une période d'essai. Si l'abus est démontré alors son initiateur sera condamné à verser des dommages intérêts à l'autre partie. L'employeur risque la rupture abusive lorsque sont constatées des incohérences dans ses décisions, lorsqu'il réagit avec une légèreté blâmable ou une intention de nuire (l'employeur propose un renouvellement de la période mais la rompt le lendemain, félicite sans cesse le salarié mais rompt la période, etc.). D'une manière générale, la jurisprudence considère que l'abus

est caractérisé lorsque la rupture intervient « pour un motif non inhérent à la personne du salarié » (*Soc. 20 novembre 2007, Cofiroute*), c'est-à-dire un motif sans rapport avec l'appréciation des qualités professionnelles du salarié tel qu'un motif économique.

Exemple de l'affaire Dior : une salariée mannequin qui, peu de temps avant un défilé de mode, décide de rompre alors que de nombreux modèles avaient été réalisés pour être porté par elle commet une rupture abusive.

Si la période d'essai est concluante alors le contrat de travail devient définitif dès lors que l'on arrive à la fin de la période d'essai. Si l'employeur veut rompre le contrat ultérieurement il devra respecter les règles du licenciement. Si le salarié veut le rompre, il devra respecter les règles de la démission ou les autres règles de ruptures à son initiative.

b2. La clause de non-concurrence

Cette clause vise à limiter la liberté du salarié d'exercer après son départ de l'entreprise des fonctions équivalentes à son compte ou chez un concurrent. Elle est valable à condition d'être écrite dans le contrat de travail (ou prévue par la convention collective), et d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Pour autant elle ne doit pas empêcher le salarié de trouver un emploi ailleurs.

La clause doit être limitée dans le temps, dans l'espace, viser une activité spécifique, et prévoir une contrepartie financière raisonnable pour le salarié (versée en capital ou en rente, en pratique entre un quart et 2/3 du salaire). La violation de la clause par l'une des parties libère l'autre partie de son engagement.

b3. La clause de mobilité géographique

Cette clause prévoit que le salarié accepte à l'avance que son lieu de travail puisse être modifié. La clause peut être proposée à l'occasion de l'embauche ou par voie d'avenant après le début de la relation de travail sur accord du salarié. La clause doit définir de façon précise sa zone géographique d'application. Elle ne peut être mise en œuvre que si elle répond à un besoin objectif de l'entreprise, c'est-à-dire dictée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. La mutation s'impose alors au salarié sauf :

- Si la mutation modifie un élément essentiel du contrat de travail (baisse de la rémunération, passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit, etc.) ;
- Si le salarié est prévenu dans un délai trop court (qui varie selon les circonstances)

- Si la mutation porte atteinte à la vie personnelle et familiale du salarié (modification des heures de travail incompatibles avec les obligations familiales)

b4. La clause de dédit-formation

Cette clause oblige le salarié à rester au service de son employeur pendant une certaine durée après avoir bénéficié d'une formation coûteuse financée par l'entreprise. En cas de départ anticipé, le salarié doit alors rembourser les frais de formation engagés par l'employeur. Trois conditions sont indispensables pour la rendre opposable au salarié :

- La formation doit être exclusivement financée par l'employeur et supérieure aux dépenses imposées par la loi ;
- La clause doit être inscrite au contrat de travail initial (ou faire l'objet d'un avenant signé par le salarié avant le début de la formation) et préciser le montant du remboursement et son délai de validité ;
- Le montant à rembourser doit correspondre aux frais de formation réellement engagés par l'employeur.

En pratique sa durée varie entre 2 et 5 ans selon le type de formation, sa durée et son coût.

A savoir : le salarié en contrat d'alternance n'est pas concerné par la clause. Et la clause ne s'applique que si la rupture du contrat de travail intervient à l'initiative du salarié.

2. Le contrat de travail à durée déterminée (CDD)

Le recours au CDD est souvent un enjeu de la politique de l'emploi pour les différents gouvernements qui se succèdent. Pour cette raison, il fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur depuis une vingtaine d'années. Un CDD ne doit pas avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Un CDD ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire. A défaut, il sera requalifié de CDI. Le CDD est donc un contrat d'exception (le CDI étant la norme). Il ne peut être conclu que dans des hypothèses limitées de recours, listées par la loi. Il est obligatoirement conclu par écrit, et comporte certaines mentions obligatoires dont le motif de recours.

a. Les interdictions de recours au CDD

Aucun CDD ne peut être conclu pour remplacer un salarié gréviste. En effet, il s'agit d'éviter que l'employeur ne recrute des remplaçants pour faire échec à un conflit collectif du travail. Il s'agit donc de protéger le droit de grève. Aussi, aucun CDD ne peut être conclu pour effectuer des travaux dangereux

(listés par arrêtés ministériels, exemple désamiantage). L'idée est ici de protéger les salariés précaires afin d'éviter qu'ils ne subissent les conséquences des travaux dangereux alors qu'ils ont quitté l'entreprise.

b. Les hypothèses de recours autorisé

Un CDD peut être conclu pour **remplacer un salarié ou un non-salarié** dans les situations suivantes :

- salariés absent temporairement par exemple parce qu'il a été envoyé en mission ou qu'il se trouve en formation,
- salariés dont le contrat de travail est suspendu (maladie, maternité, congés payés, congé parental, etc.).

A savoir : La Cour de cassation admet également depuis 1995 des remplacements en cascade : lorsque l'employeur remplace par CDD un salarié permanent de l'entreprise lui-même affecté sur le poste d'un absent.

- salariés passé provisoirement à temps partiel (congé parental, congé pour créer ou reprendre une entreprise, etc.),
- salariés ayant quitté définitivement l'entreprise et dans l'attente de la suppression du poste,
- remplacer un chef d'entreprise, une personne exerçant une activité libérale ou un chef d'exploitation agricole. Le conjoint absent peut également être remplacé lorsqu'il participe activement à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation ;
- pourvoir un poste dans l'attente de l'arrivée d'un salarié recruté en CDI.

Par ailleurs un salarié peut être conclu en cas **d'accroissement temporaire d'activité** de l'entreprise c'est-à-dire quand il y a une surcharge de travail qui ne correspond pas à l'activité habituelle de l'entreprise, et lorsque cette surcharge de travail ne peut être assumée par le personnel en poste. A ce titre, il peut s'agir d'un accroissement ponctuel (inventaire occasionnel) ou récurrent (fêtes de fin d'année par exemple).

À noter : *en cas de contestation, l'employeur doit prouver la réalité de l'accroissement temporaire d'activité. Le juge apprécie au cas par cas le bien-fondé de l'embauche et peut considérer qu'il s'agit d'une activité normale et permanente de l'entreprise.*

Le recours au CDD est également possible pour certaines activités qui par nature, sont saisonnières, c'est-à-dire des emplois 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 ». Tel est le cas dans certains secteurs, notamment le tourisme (activités commerciales en stations de ski ou stations balnéaires par exemple), ou l'agriculture et l'industrie agroalimentaire (récoltes par exemple). Il faut que l'interruption dans l'année soit suffisamment longue pour ne pas être confondues avec de simples congés annuels.

Le recours au CDD est possible pour des emplois où il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité et du caractère temporaire de ces emplois (liste réglementaire d'activités telles que l'hôtellerie, la restauration, l'enseignement, l'action culturelle, etc.)

c. La durée du CDD

Par principe, le contrat doit comporter **un terme précis fixé à une date donnée** dès le stade de sa conclusion. Le salarié doit connaître avec précision la durée de son engagement. Par exception, certains contrats peuvent être à terme imprécis, notamment lorsqu'ils sont conclus pour remplacer un salarié absent ou lorsqu'il s'agit de contrats saisonniers. Le terme du contrat est alors conditionné à la réalisation d'un événement dont la date de survenance reste incertaine (le retour de l'absent, l'achèvement de la tâche). Le CDD doit alors être conclu pour une durée minimale.

Pour le CDD dont le terme est précis (accroissement temporaire d'activité), **il ne peut excéder 18 mois, renouvellement inclus**. Par exception, sa durée est réduite à 9 mois lorsqu'il a été conclu dans l'attente du recrutement d'un salarié en CDI ou lorsque son objet consiste en la réalisation de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité. Dans d'autres situations, sa durée maximale est allongée à 24 mois (lorsque le contrat est exécuté à l'étranger, conclu dans le cadre du départ définitif d'un salarié précédent la suppression de son poste de travail ou en cas de commande exceptionnelle à l'exportation nécessitant la mise en œuvre de moyens sortant de l'ordinaire).

Le CDD peut –être renouvelé 2 fois sans avoir pour effet de dépasser la limite de durée autorisée. Le salarié doit alors donner son accord par voie d'avenant au contrat avant son terme. Le renouvellement consiste à repousser le terme du contrat. Il ne faut pas confondre le renouvellement avec la succession de CDD, consistant en la conclusion d'un nouveau contrat.

A noter : Depuis **l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 (article 22 et 23)**, une convention collective ou un accord de branche étendu peut allonger la durée maximale de 18 mois et/ou le nombre maximal de renouvellements possibles, sous réserve « *de ne pas avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

En principe, la succession de plusieurs CDD sur un même poste de travail est interdite. L'employeur doit respecter un délai de carence entre 2 contrats, égal à la moitié de la durée du premier contrat (renouvellement inclus) si celle-ci est inférieure à 14 jours. A défaut la carence est égale au tiers de la durée du 1^{er} contrat. Les jours pris en compte pour apprécier le délai de carence sont les jours d'ouverture de l'entreprise. Ces dispositions étant supplétives, elles n'ont vocation à s'appliquer qu'en l'absence d'autres modalités de calcul fixées par une convention ou un accord de branche étendu.

De plus, les délais de carence ne s'appliquent pas en cas de remplacement d'un salarié absent ni lorsqu'il s'agit de CDD saisonniers. La succession de CDD avec le même salarié sur des postes différents est aussi interdite sauf si les CDD sont conclus pour remplacer un salarié absent ou pour effectuer un travail saisonnier.

Le CDD peut comporter une période d'essai. Si le CDD n'excède pas 6 mois, la période d'essai est égale à 1 jour par semaine travaillée sans pouvoir excéder deux semaines. Si le CDD excède 6 mois, la règle de calcul est identique et la période d'essai plafonne à 1 mois. En cas de succession de contrat de travail sur le même poste (c'est-à-dire dans les mêmes fonctions), l'employeur ne pourra pas réintroduire de période d'essai puisqu'il a déjà pu apprécier les capacités professionnelles du salarié (peu importe que les contrats soient conclus avec ou sans interruption)

A noter : il existe également des CDD spéciaux, le plus souvent aidés ou soutenu par l'Etat (contrat de vendanges, contrat unique d'insertion (permettant à l'employeur de recruter des personnes en difficultés comme des chômeurs de longue durée, moyennant une aide financière de l'Etat), CDD senior (pour faciliter le retour à l'emploi des séniors et leur ouvrir des droits supplémentaires avant de liquider leur retraite), etc., et qui relèvent d'une réglementation spécifique.

3. Le contrat de travail temporaire

Le contrat de travail temporaire (CTT) consiste à opérer un prêt de main d'œuvre salariée à une entreprise utilisatrice des services du salarié et ce, dans un but lucratif. Dans un tel cas, c'est l'entreprise de travail temporaire (ETT) qui est juridiquement l'employeur. L'entreprise auprès de laquelle est envoyé le salarié, est baptisée « l'entreprise utilisatrice », laquelle a également des obligations vis-à-vis du salarié, comme la fourniture des équipements de protection individuelle, etc.

Le salarié prêté est quant à lui qualifié de « travailleur temporaire ». Le contrat conclu entre une ETT et un travailleur temporaire est un contrat de travail qui porte le nom de contrat de mission. Ce contrat de mission est nécessairement à durée déterminée (à l'exception du CDI intérimaire) car il est conclu pour une mission, c'est-à-dire une tâche précise. Dans la relation entre l'ETT et l'entreprise utilisatrice, est conclu un contrat de mise à disposition.

Le contrat de mission ne peut être conclu que dans certaines situations limitativement énumérées par la loi, notamment le remplacement d'un salarié absent, un accroissement temporaire d'activité, un emploi à caractère saisonnier, ou encore à des fins d'insertion sociale lorsqu'il s'agit de « *favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières* ». En tout état

de cause, il ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice. Cela signifie que l'entreprise ne peut pas recourir à l'intérim de façon systématique pour faire face à ses besoins structurels de main d'œuvre. Le CTT ne peut pas non plus être utilisé :

- dans les 6 mois suivant un licenciement pour motif économique (sauf exception),
- pour remplacer un salarié en grève,
- pour effectuer certains travaux dangereux (exposant le salarié à des agents chimiques dangereux : amiante, cadmium, phosphore, etc.),
- pour remplacer un médecin du travail.

La durée du contrat de mission, les possibilités de renouvellement ou l'instauration d'une période d'essai sont encadrées par la loi et sont peu ou prou une reproduction des dispositions applicables au CDD. Sur le plan formel, l'exigence d'un contrat écrit est indispensable, assorti de mentions obligatoires telles que la qualification professionnelle du salarié, sa rémunération, la mention selon laquelle l'embauche par l'entreprise utilisatrice à l'issue du contrat de mission est possible, etc.

À savoir : *Lorsque les exigences formelles ne sont pas respectées, le salarié est fondé à demander une requalification en CDI avec l'ETT. L'action contre l'ETT n'empêche pas d'agir également en requalification auprès de l'entreprise utilisatrice lorsque les motifs de recours légaux n'ont pas été respectés.*

Bien que l'entreprise utilisatrice ne soit pas liée directement par contrat avec le salarié, celle-ci détient certaines prérogatives. Il existe alors un partage, une répartition des prérogatives entre l'ETT et l'entreprise utilisatrice. C'est ainsi que l'utilisateur dispose d'un pouvoir de direction lui permettant de diriger le salarié dans l'exécution du travail. L'utilisateur est aussi responsable des conditions de travail du salarié (règles relatives au temps de travail, à l'hygiène et la sécurité, etc.) (*Art. L. 1251-21 du code du travail*) et doit permettre à celui-ci d'accéder à tous les avantages collectifs dans les mêmes conditions que ses propres salariés (restauration collectives, transports, etc.). En revanche, le pouvoir disciplinaire reste à la main de l'ETT.

En dehors de l'intérim, les entreprises peuvent opérer des opérations de prêt de main d'œuvre ou de portage salarial entre elles ; mais toutes ces situations doivent se faire sans but lucratif et en dehors de toute situation de marchandage (infraction visant à sanctionner un prêt de main d'œuvre organisé pour priver le salarié de certains de ses droits).