

SELARL CABINET LETERME
AVOCATS
Plaine des Vaux n°2
Rue Jacqueline Auriol – BP 10236
37500 CHINON
☎ 02.47.98.55.00 ☎ 02.47.98.55.05
avocats@cabinetleterme.com

I. Les Principes généraux du contrat à durée déterminée

L'Article L.1221-2 du Code du Travail stipule que toute embauche réalisée pour faire face à l'activité normale et permanente de l'entreprise doit s'effectuer sauf exception dans le cadre d'un CDI.

L'Article L.1242-1 du Code du Travail précise que le contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise quel que soit son motif.

Enfin l'Article L.1242-2 précise aussi que le CDD ne peut être conclu que pour l'exécution *d'une tâche précise et temporaire*.

Le CDD reste donc une exception.

La loi (L.1242-2 du Code du Travail) comporte une liste limitative de cas permettant les recours au CDD qui s'organise autour de plusieurs pôles.

Les premiers sont justifiés par **des circonstances exceptionnelles** comme l'accroissement temporaire de l'activité, **une commande exceptionnelle à l'exportation**, des **travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité**.

Le second type de circonstances autorisant les CDD est lié à un besoin ponctuel de formation professionnelle par exemple des mesures d'insertion professionnelle des personnes sans emploi, l'acquisition d'un complément de formation professionnelle.

Les troisièmes circonstances dans lesquelles le recours au CDD est autorisé correspondent à des situations usuelles où le CDD apparaît naturellement le plus adapté comme par exemple la *vacance temporaire d'un poste de travail* (salarié absent dont le contrat est suspendu, départ définitif précédent la suppression de son poste de travail, attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par CDI, remplacement du chef d'entreprise).

Il s'y ajoute les emplois à caractère saisonnier, les emplois pour lesquels les usages propres à certaines branches professionnelles excluent le recours au CDI.

Il est à préciser que la possibilité donnée à l'employeur de conclure un CDD pour un accroissement temporaire d'activité n'implique pas pour l'employeur l'obligation d'affecter le salarié à la tâche directement liée à ce surcroît d'activité (cassation sociale 18 février 2003 Bull.Civ.5 n°57).

Dès lors que l'accroissement temporaire d'activité est constaté cela suffit pour justifier le recours au CDD.

Le salarié embauché en CDD peut donc être affecté à un poste qui n'a pas de lien direct avec le surcroît d'activité et l'employeur peut très bien demander au salarié dans le cadre de son pouvoir de direction de l'entreprise, d'effectuer des travaux liés aux tâches courantes.

Le contrôle des tribunaux va alors s'exercer sur la question de savoir si ce glissement du salarié s'effectue au sein même de l'activité affectée par le surcroît de travail.

Relève de la notion d'accroissement temporaire d'activité visée à l'Article L.1242-2 du Code du Travail, l'exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et qui ne soit pas durable et qui ne relève pas de l'activité normale de l'entreprise.

Cela vise des tâches ponctuelles qui ne relèvent donc pas de l'activité principale de l'entreprise mais qui peuvent se reproduire. Comme par exemple les travaux d'informatisation d'un service, les actions de formation d'une catégorie de salarié, les missions confiées à un audit ou à un expert-comptable, les travaux de traduction liés à une opération ponctuelle à l'exportation, des travaux exceptionnels de maçonnerie ou de peinture à réaliser dans les locaux.

En revanche un chantier de démolition d'une année dans une entreprise dont c'est l'activité durable et normale ne constitue pas une tâche occasionnelle et ne permet donc pas l'embauche d'un salarié en CDD.

La situation visée par la commande exceptionnelle à l'exportation vise le marché auquel il n'est pas possible de faire face en utilisant le potentiel humain habituel de l'entreprise. Les moyens de l'entreprise doivent donc être soit insuffisants en nombre, soit inadaptés compte tenu des qualifications requises. L'accroissement provoqué par la commande doit se prolonger sur au moins six mois.

Le cas du remplacement du salarié absent : l'entreprise peut conclure un contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié en cas d'absence ou de suspension de son contrat de travail (Article L.1242-2 1). **Le salarié doit donc alors être embauché pour remplacer quelqu'un de déterminé et le nom et la qualification de la personne remplacée doivent obligatoirement être mentionnés dans le contrat de travail.**

Conçu pour faire face à des absences inopinées, le CDD de remplacement ne doit pas devenir un instrument de gestion destiné à pallier un sous-effectif permanent dans l'entreprise. La permanence du besoin de remplacement sur des postes identiques est donc révélatrice d'une sous-évaluation du volume des emplois permanents de l'entreprise. Lorsque la situation temporaire devient définitive notamment à la suite de la rupture du contrat du salarié remplacé, le contrat à durée déterminée perd son objet et l'employeur est tenu de conserver le remplaçant tant que le contrat conclu avec le salarié remplacé n'a pas été rompu.

La personne remplacée peut être un salarié en CDI ou en CDD. Il est donc permis d'embaucher un employé en CDD pour remplacer un employé en CDD...

Enfin si le contrat est conclu à temps partiel, la durée minimale hebdomadaire de 24 heures par semaine n'est pas applicable.

Attention la Cour de Cassation a exclu la possibilité pour un employeur de conclure des CDD avec un salarié pour le remplacement de plusieurs salariés et cela même si ces derniers sont successivement absents. Chacune des absences constituent à elles seules un cas de recours au CDD.

II. Les CDD conclus en raison du caractère par nature temporaire de l'emploi concerné.

Le caractère temporaire de l'emploi doit résulter d'abord **d'un usage**.

La circulaire n°18-90 du 30 octobre 1990 précise que cet usage doit être ancien, bien établi et par conséquent admis comme tel dans la profession. Il ne peut donc pas résulter d'une simple décision ou d'une pratique mise en place par l'employeur.

Par exemple il est d'usage **dans les spectacles** de conclure des contrats à durée déterminée avec les acteurs, en revanche ce n'est pas le cas pour les ouvreuses qui sont recrutées habituellement sous CDI.

Les secteurs d'activité visés par les contrats d'usage concernent essentiellement les exploitations forestières, la réparation navale, le déménagement, l'hôtellerie-restauration, les centres de loisirs et de vacances, le sport professionnel, les spectacles, l'enseignement, le bâtiment, les activités foraines.

Toutefois le seul fait de rentrer dans l'une de ces catégories ne suffit pas à légitimer le recours au CDD et par exemple un journaliste professionnel participant régulièrement aux conférences de rédaction ne peut pas être embauché en CDD, de même la danseuse employée pendant sept ans pour paraître dans le corps du ballet produit sur le cabaret le LIDO n'entre pas dans le cadre du CDD.

La technicienne vidéo qui pendant neuf ans à enchaîner 589 CDD est évidemment en situation illégale.

Par 4 Arrêts prononcés en formation plénière le 26 novembre 2003 la Cour de Cassation a opéré un revirement quant à la requalification des CDD d'usage en CDI. Elle a décidé que la validité du CDD d'usage n'est plus aujourd'hui subordonnée qu'à deux conditions.

- a) Le rattachement de l'activité principale de l'entreprise à un des secteurs visés par le Décret
- b) L'existence d'un usage constant dans un secteur d'activité.

III. Le contrat saisonnier

L'Article L.1242-2-3 du Code du Travail autorise le CDD pour pallier à des emplois à caractère saisonnier et on observera qu'à la différence du contrat d'usage le recours au contrat saisonnier n'est pas limité à des secteurs d'activité.

La Loi du 8 août 2016 définit l'emploi saisonnier comme *l'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*.

Certaines conventions collectives donnent une définition précise de la saison par exemple la convention collective des entreprises du négoce, de l'industrie des produits du sol et des engrais du 2 juillet 1980 définit *la durée de la saison à environ deux mois qui se renouvellent chaque année aux mêmes époques, c'est-à-dire lors de la saison de la collecte des céréales*.

On comprend donc que pour être considérée comme saisonnière l'activité doit varier en fonction du rythme des saisons et non pas en fonction de la volonté de l'employeur.

L'appartenance à un secteur soumis au rythme des saisons comme le secteur agricole par exemple ne suffit pas en soit à démontrer que les tâches qui sont confiées au salarié relèvent du contrat saisonnier et par exemple l'embauche de personnel pour les vendanges en CDD est autorisée alors que l'entretien des chais et du matériel agricole relève d'un CDI puisque nous sommes là dans un emploi normal et durable.

On peut considérer que les emplois saisonniers correspondent donc à des CDD déterminés en **fonction de cycles**.

A ne pas confondre avec le travail occasionnel destiné à couvrir un besoin momentané de main d'œuvre ou un surcroît temporaire d'activité ou des activités intermittentes.

IV. La durée du CDD

Quel que soit le motif du recours au contrat CDD, il peut toujours être conclu **de date à date** et donc avec à priori un terme précis.

Notamment par exemple pour un accroissement temporaire d'activité ou à la suite du départ définitif d'un salarié pour une période précédant la suppression de son poste. On ne peut donc pas conclure un contrat pour une tâche donnée se terminant *au plus tard le ...*

Cela ne consiste pas en un terme précis et la requalification en CDI s'impose à partir du moment où aucune durée minimale n'est indiquée.

Le CDD conclu de date à date ne peut pas dépasser renouvellement inclus **un total de 18 mois** (Article L.1242-8) et cette durée maximale englobe les périodes de suspension du contrat de travail. Il ne peut avoir que **deux renouvellements du CDD** conclu de date à date et par exemple un contrat conclu au départ pour deux mois peut donc être renouvelé pour 16 mois soit un total de 18 mois.

L'employeur peut donc proposer au salarié un ou deux renouvellements même en l'absence de toutes clauses du contrat.

Chaque renouvellement doit néanmoins faire l'objet d'un avenant au contrat initial puisqu'à défaut de signature de l'avenant, le CDD est requalifié en CDI.

En revanche, le refus de renouveler le CDD n'a pas à être motivé par l'employeur.

Le CDD peut être conclu sans terme précis lorsqu'il s'agit du remplacement d'un salarié absent de son poste dont le contrat est donc suspendu même si la durée de l'absence est précisément connue.

Les activités saisonnières entrent dans les CDD sans terme précis de même que les contrats d'usage.

Le CDD à terme incertain est souvent utilisé pour le remplacement d'un salarié absent. Conclu pour une durée minimale correspondant à la durée connue et prévisible de l'absence, il a pour terme la fin de l'absence du titulaire du poste. Ce CDD prend fin avec le retour du salarié absent ou bien avec la rupture de son contrat de travail.

Le terme incertain présente l'intérêt d'offrir une plus grande souplesse toutefois il incombe à l'employeur de prouver l'événement constitutif du terme et sa date.

On comprend donc que le CDD doit nécessairement être établi **par écrit** (Article L.1242-12 du Code du Travail).

Le CDD doit comporter l'indication précise du motif pour lequel il a été conclu.

Le recours au CDD d'usage (spectacle par exemple) ne dispense pas l'employeur d'établir un contrat écrit qui comporte la définition précise de son motif. En revanche un surcroît d'activité suffit à établir l'existence d'un motif précis même si le surcroît d'activité en question n'est pas caractérisé au moment de la signature du CDD.

Un CDD ne peut comporter qu'un seul motif. Par exemple un CDD conclu pour remplacer pendant six mois une salariée en congé maternité puis à nouveau 6 autres mois pour faire face à un surcroît d'activité a été conclu pour deux motifs distincts et doit être requalifié en CDI.

Evidemment le CDD doit comporter le nom et la qualification du salarié remplacé s'il s'agit d'un contrat de remplacement, la date d'échéance du terme du contrat, la durée minimale, la désignation du poste occupé et la durée de la période d'essai.

Le CDD doit être transmis pour signature du salarié au plus tard dans les deux jours ouvrables qui suivent son embauche. Il s'ensuit que le jour de l'embauche ne compte pas dans le délai ni le dimanche qui n'est pas un jour ouvrable.

A noter que les employeurs ayant procédé à un licenciement économique dans les 12 mois qui précèdent le recours au CDD doivent demander alors une autorisation administrative avant toute embauche lorsque la durée du CDD est envisagée comme supérieure à un mois.

Enfin comme pour toute embauche l'employeur doit fournir au salarié un document sur lequel sont reproduites les informations contenues obligatoirement dans la déclaration préalable d'embauche qui est transmise à l'URSSAF.

Et le CDD doit être inscrit sur le registre du personnel.

La période d'essai en CDD

Sur la période d'essai, l'Article L.1242-10 du Code du Travail autorise à prévoir une période d'essai pendant laquelle chacun peut rompre le contrat à tout moment sans avoir à justifier d'un juste motif. Encore faut-il que le contrat de travail ait fait l'objet d'un commencement d'exécution au moment de la notification de la rupture.

La durée de la période d'essai doit être obligatoirement mentionnée sur le contrat à défaut le CDD est réputé conclu immédiatement et sans période d'essai. Outre que la référence dans le contrat à la convention collective prévoyant une période d'essai ne suffit pas à rapporter la preuve qu'elle fut effectivement convenue.

L'Article L.1242-10 du Code du Travail prévoit les durées maximums de période d'essai : lorsque le CDD est de six mois la période d'essai est fixée à un jour par semaine et ne peut donc pas dépasser deux semaines.

Lorsque le CDD est supérieur à six mois, la période d'essai **est plafonnée de toute façon à un mois.**

Les limites de la durée de la période d'essai sont d'ordre public et il ne peut donc jamais y être dérogé quelle que soit la particularité du poste occupé ou les dispositions de la convention collective applicable dans l'entreprise. Il en résulte qu'il n'est pas possible même avec l'accord du salarié de prolonger ou de renouveler la période d'essai du CDD dès lors que cela aurait pour effet de dépasser la durée maximale prévue par la Loi.

Il faut noter que le non-respect de la durée maximale n'a pas comme conséquence la transformation du CDD en CDI. Il rend seulement inopposable au salarié la rupture anticipée de son contrat. Ainsi les durées maximales de période d'essai exprimées en semaine se comprennent comme une semaine civile et la durée exprimée en mois s'entend en mois calendaire et donc par exemple une durée d'un mois sur un contrat signé le 10 novembre expire le 9 décembre au soir.

L'Article L.1221-25 du Code du Travail prévoit **un délai de prévenance** stipulant une période en cas de la rupture de la période d'essai.

La rupture anticipée du CDD est celle qui arrive avant le terme initialement fixée quand il s'agit d'un contrat conclu de date à date ou bien avant la fin de la période minimale ou encore avant la réalisation de son objet hors période minimale quand il s'agit d'un contrat à terme incertain.

En application de l'Article L.1243-1 du Code du Travail le CDD ne peut être rompu avant son échéance normale que dans les cas suivants :

- Avec l'accord des parties,
- Pour faute grave,
- Cas de force majeure,
- L'embauche extérieure du salarié pour un CDI,
- L'inaptitude déclarée par le médecin du travail.

En cas de rupture anticipée aux torts de l'employeur l'indemnité due est au moins égale à la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'au terme de son contrat. C'est une réparation forfaitaire minimale, incompressible et indépendante du préjudice subi. Pour obtenir des dommages et intérêts, il faut que le salarié rapporte la preuve d'un préjudice moral distinct.

Les dommages et intérêts ne peuvent pas se cumuler avec les indemnités de chômage servis par POLE EMPLOI.

Indemnité de précarité : les salariés recrutés en CDD ont droit à une indemnité destinée à compenser la précarité de leur situation qui est en principe versée à la fin du contrat (Article L.1243-8). Cette indemnité est égale à 10 % de la rémunération globale brute du salarié. Elle peut toutefois être limitée à 6% sous certaines conditions.

L'indemnité de fin de contrat **n'est pas due lorsque le contrat se transforme en CDI** ni lorsque le CDD a été conclu dans le cadre d'un emploi saisonnier ou d'un contrat d'usage.

L'indemnité de fin de contrat n'est pas due lorsque la rupture intervient pendant la période d'essai ; ni en cas de faute grave ni lorsque le salarié justifie être embauché ailleurs en CDI ni lorsque le contrat est conclu avec un jeune pendant la période des vacances scolaires ou universitaires.

Enfin le salarié recruté en CDD a droit à une indemnité compensatrice de congés payés qui correspond au solde des congés acquis à la date de la rupture.