

# Les contrats atypiques

par Jacques Toutain, Conseiller prud'homme, CFDT, Nanterre

## PLAN

1. Contenu et délai d'établissement du contrat
2. Succession des contrats
3. CDD de remplacement
  - 3.1 A terme précis
  - 3.2 A terme imprécis ou incertain
  - 3.3 Remplacement dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté sous CDI
4. Quelles indemnités sont dues ?  
Quels sont les cumuls ?
5. Contrats aidés, de qualification ou de professionnalisation

Le Code du travail pourrait considérer que nous sommes ici hors sujet. En effet les articles L. 122-3-13 et L. 124-7-1 sur la demande de requalification d'un CDD ou d'une mission d'intérim en CDI sont clairs : «... l'affaire est portée directement devant le Bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine ». Il s'agit d'une procédure accélérée permettant aux salariés, encore en poste, de tenter d'obtenir leur requalification avant la fin de leur mission (1). Notons que l'accès direct au Bureau de jugement reste possible pour les salariés qui ont terminé leur mission (2). Toutefois se dispenser de cette audience initiale est une faculté, puisque diriger sa demande de requalification en Bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes est admis (3).

La population en contrat précaire est importante puisqu'elle représente 14 à 15 % des salariés. Et il va falloir leur prêter une oreille attentive en audience initiale en leur faisant raconter notamment la flexibilité de leur statut, c'est un moment essentiel. Si le demandeur vient à l'audience avec des faits établis (« J'ai signé cinq CDD d'usage mais en réalité j'occupe un poste de permanent »), n'y a-t-il pas moyen de préjuger et d'ordonner ne serait-ce que le versement de l'indemnité de licenciement ?

Nous vous proposons d'analyser quelques arrêts de 2004-2005 susceptibles de guider nos comportements durant l'audience initiale.

## 1. Contenu et délai d'établissement du contrat

L'article L. 122-3-1 en son dernier alinéa précise que «Le contrat de travail doit être transmis au salarié, au plus tard dans les deux jours suivant l'embauche». Quelle est la sanction prévue ? «Le CDD doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours suivant l'embauche (...) sa transmission tardive pour signature équivaut à une absence d'écrit qui entraîne requalification de la relation de travail en CDI » (4). Dans cette affaire, la date d'effet est le 22 novembre alors que l'employeur transmet le contrat pour signature le 26 décembre. Et il y a Noël entre deux... Il semblerait

que ce soit binaire ; le retard n'a pas à être apprécié par les juges du fond.

Rappelons que le CDD de remplacement qui ne comporte pas le nom (5) ou qui ne mentionne pas la qualification (6) du salarié remplacé, entraîne requalification de la relation de travail en CDI en sachant que la Chambre sociale de la Cour de cassation rejette une application littérale de l'article L. 122-3-13 du Code du travail en son dernier alinéa en écrivant que le salarié qui voit son contrat transformé automatiquement en CDI, ne peut prétendre à l'indemnité de requalification prévue à l'article précité, « hors les cas où sa demande en requalification s'appuie sur une irrégularité du contrat à durée déterminée initial ou de ceux qui lui ont fait suite » (6 bis).

(1) P. Waquet "Les pouvoirs de requalification du juge" Dr. Ouv. 1997 p. 122 in actes du colloque du SAF de décembre 1996.

(2) Cass. soc., 7 octobre 1998, BC V n° 410, Sté Merloni Électroménager.

(3) Cass. soc., 4 février 2003, n° 00-43558 P, Sté Boiron Méditerranée ; 19 décembre 2000, École française de vente.

(4) Cass. soc., 17 juin 2005, n° 03-42596 FS-PB, Sté des remontées mécaniques de Combloux.

(5) Cass. soc., 6 mai 1997, n° 94-41940 P, Sté Serita Informatique, aux droits de laquelle vient la Sté Alcatel Titn Answare, Dr. Ouv. 1998 p. 31.

(6) Cass. soc., 26 octobre 1999, n° 97-40894 P, Sté CERP Rhin-Rhône.

(6 bis) Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-48264 FS-PBRI, Sté mutuelle Somutec et n° 04-45411 FS-PBRI, Herbodeau c/Saturnin.

## 2. Succession des contrats

Le non-respect du délai de carence entre deux contrats précaires peut-il avoir une incidence sur la requalification ?

S'il s'agit d'un CDD, l'article L. 122-3-13, en son premier alinéa, prévoit expressément la requalification alors qu'en matière de mission d'intérim, la position actuelle de la Cour de cassation est de ne pas requalifier, en cas de violation du délai de carence (7). L'entreprise utilisatrice s'expose toutefois à une sanction pénale selon les dispositions de l'article L. 152-2 du Code du travail (amende de 3 750 €).

Quelle est l'incidence d'un délai entre deux contrats, seul le premier relevant de la législation sur les contrats précaires ?

L'indemnité de précarité n'est pas due si un CDI vient succéder à la mission d'intérim. Pour que ce soit le cas : « lorsque la prise d'effet du contrat n'est pas concomitante avec sa signature, cette prise d'effet doit intervenir dans un délai raisonnable » (8) ce qui a été le cas pour une fin de mission le 22 décembre 2000, le CDI ayant été signé la veille mais avec pour prise d'effet le 8 janvier 2001 (période de Noël).

## 3. CDD de remplacement

### 3.1. A terme précis

L'entreprise peut-elle toujours utiliser des CDD pour remplacer des salariés absents ? Il s'agit, dans une affaire (9), d'une receveuse de péage qui a travaillé durant deux ans sur 104 CDD de remplacement. Tous les contrats mentionnent, bien sûr, les noms et qualifications des salariés remplacés et le chef de district considère qu'il s'agit d'un « mode normal de gestion de sa main d'œuvre ». La Cour de cassation décide que « la possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des CDD successifs de remplacement ne peut avoir pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Mais dans cette affaire, il ne s'agit pas de remplacer des caissiers partis en congés payés ou de remédier à quelconque RTT. Ce sont des

absences chroniques. A besoin permanent de personnel la réponse est remplacement permanent : « L'employeur ne peut recourir de façon systématique aux CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre ». La Cour de cassation nous indique une limite. Un autre critère opérant aussi : « le nombre de CDD de remplacement au péage était important comparativement à l'effectif de l'entreprise ».

### 3.2. A terme imprécis ou incertain

S'il ne comporte pas de terme précis, le contrat doit faire mention d'une durée minimale, condition nécessaire pour ne pas être requalifié (10). Et si le CDD a été conclu, en raison du remplacement d'une salariée absente pour congé de maternité, il a pour terme la fin de l'absence de cette salariée qui peut aller jusqu'à l'issue du ou des congés parentaux d'éducation (11).

### 3.3. Remplacement dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté sous CDI

La première mention nécessaire du contrat pour ne pas se faire requalifier est de connaître le nom et la qualification du salarié recruté (12). En effet, le futur titulaire du poste doit être recruté avant la signature du CDD (13).

## 4. Quelles indemnités sont dues ? Quels sont les cumuls ?

Quel que soit le nombre de CDD (14) ou de missions d'intérim (15), le salarié n'a droit qu'à une seule indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur au dernier salaire mensuel perçu avant la saisine de la juridiction (16). L'appréciation du juge est souveraine, à condition de respecter le plancher d'un mois. Et le salarié ne peut prétendre qu'aux indemnités de rupture au titre d'un seul contrat (17).

En cas de missions d'intérim, selon que le salarié dirige son action contre l'entreprise de travail temporaire ou contre l'entreprise utilisatrice, il n'obtiendra pas les mêmes condamnations. Pour pouvoir cumuler l'indemnité de précarité et l'indemnité de préavis, le salarié doit intenter son action contre l'entreprise

(7) Cass. soc., 23 février 2005, n° 02-44098 FS-PBRI, Sté Manpower, Dr. Ouv. 2005 p. 543, troisième espèce, n. N. Bizot.

(8) Cass. soc., 8 décembre 2004, n° 01-46877 FS-PB, Sté EPI Travail temporaire.

(9) Cass. soc., 26 janvier 2005, n° 02-45342 FS-PBRI, Sté Autoroutes du Sud de la France, Dr. Ouv. 2005 p. 396 (rect. p. 435) n. A. de Senga.

(10) Cass. soc., 11 décembre 2002, n° 01-40100, Sucrierie coopérative de Bazancourt.

(11) Cass. soc., 9 mars 2005, n° 02-44927 FS-PBRI, Sté GSF Pluton c/Beauvais.

(12) Cass. soc., 10 juillet 2001, n° 99-44925, Caisse d'épargne de Bourgogne.

(13) Cass. soc., 9 mars 2005, n° 03-40386 FS-PB, Boulesnane c/Sté Alpha Net, Dr. Ouv. 2005 p. 479.

(14) Cass. soc., 25 mai 2005, n° 03-43146 FS-PBRI, Sté Héli-Ouest, Dr. Ouv. 2005 p. 542, deuxième espèce, n. N. Bizot.

(15) Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-45410 FS-PBRI, Lopès c/Sté Matrax, Dr. Ouv. 2005 p. 545, cinquième espèce, n. N. Bizot ; 13 avril 2005, n° 03-44996 FS-PBRI, AGS CGEA d'Orléans Sté Adecco.

(16) Cass. soc., 17 juin 2005, n° 03-44900 FS-PBRI, Sté CCV.

(17) Cass. soc., 25 mai 2005, Sté Héli-Ouest, prec.

utilisatrice (18). Contre l'entreprise de travail temporaire, il n'obtiendra que son indemnité de préavis.

Cumul des indemnités de précarité et de requalification : « *L'indemnité de précarité, qui compense pour le salarié la situation dans laquelle il est placé du fait de son CDD, lorsqu'elle est perçue par ce dernier à l'issue du contrat, lui reste acquise nonobstant une requalification ultérieure en CDI* » (19). « *L'indemnité de précarité, qui est destinée à compenser la précarité de la situation du salarié intérimaire, lui reste acquise nonobstant la requalification du contrat de travail temporaire en CDI* » (20).

## 5. Contrats aidés, de qualification ou de professionnalisation

La forme écrite pour ces contrats est aussi obligatoire au risque d'une requalification en CDI (21) et le non-respect des obligations relatives à la formation et à l'orientation professionnelle est sanctionné par une requalification en CDI (22). La durée d'un premier contrat emploi consolidé à durée déterminée est obligatoirement fixée à 12 mois sur le contrat, faute de quoi ce dernier pourrait être requalifié en CDI (23).

Les jeunes titulaires de contrats de qualification (ou de professionnalisation) doivent pouvoir bénéficier de l'ensemble des dispositions applicables aux autres salariés, dans la mesure où elles ne sont incompatibles avec leur situation. La durée du travail du salarié sous contrat de qualification incluant le temps passé en formation, les déplacements pendant le temps de formation doivent être indemnisés selon les dispositions applicables à l'ensemble des salariés de l'entreprise (24) afin d'écartier toute discrimination.

Les associations intermédiaires étant régies par les dispositions de l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, la violation des articles L. 124-1, L. 124-3 et L. 124-4 du Code du travail n'est pas susceptible d'entraîner la requalification des contrats de travail temporaires en CDI (25).

L'absence de convention entre l'Etat et une association intermédiaire, qui, aux termes de l'article L. 322-4-16-3 du Code du travail, a pour objet d'embaucher des personnes, afin de faciliter leur insertion professionnelle en les mettant à titre onéreux à la disposition de personnes physiques ou de personnes morales, ne peut avoir pour effet de dispenser les bénéficiaires des travaux ou des prestations, de leur paiement à l'association (26).

L'audience initiale est aussi l'occasion de réunir le plus possible d'informations quitte à ordonner des mesures d'instruction : En matière de contrats précaires, l'article L. 432-4-1 du Code du travail, issu notamment de la loi de modernisation sociale de 2002, est toujours en vigueur. Il oblige l'employeur à fournir de l'information au Comité d'entreprise qui a la faculté d'alerter l'inspecteur du travail qui va écrire un rapport et faire établir à l'employeur un plan de résorption de la précarité. Convenons que tout cela est propice à produire beaucoup de textes notamment des procès-verbaux de comité susceptibles d'éclairer les conseillers prud'hommes.

Dans la pratique, que voit-on ? Le salarié introduit directement en Bureau de jugement, en disant « *je gagne du temps* ». A l'audience, son conseil vient demander un renvoi pour manque de diligence d'une ou des deux parties, demande souvent effectuée par télécopie la veille ou le matin même de l'audience ! Au lieu de gagner du temps en faisant mettre en état par un Bureau de jugement, le demandeur perd un an ou deux notamment à Nanterre.

Imaginons qu'il y ait un soucis d'heures supplémentaires, l'obtention des pièces détenues par l'employeur peut s'effectuer à l'aide des articles 138, 139 et 142 du NCPC, voire demander des mesures d'instruction. Et en cas de départage, le délai de la procédure ne s'allonge pas puisque la date du Bureau de jugement sera fixée normalement, l'audience de départage se situant entre les deux. Il reste à traiter un autre type de contrat, le CNE, ce qui va être fait par M<sup>es</sup> Bouaziz.

**Jacques Toutain**

(18) Cass. soc., 30 mars 2005, *Lopès c/Sté Matrax*, prec.

(19) Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-42667 F-PB, *Sté FAC Entreprises*, Dr. Ouv. 2005 p. 542, première espèce, n. N. Bizot.

(20) Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-41967 FS-PBRI, *Sté de travail temporaire Adia c/Geslain*, Dr. Ouv. 2005 p. 543, quatrième espèce, n. N. Bizot.

(21) Cass. soc., 30 novembre 2004, n° 02-42284 FS-P, *Commune de Rasiguères*.

(22) Cass. soc., 30 novembre 2004 FS-PBRI, Bull. V n° 305, *centre de loisirs éducatifs de Digoïn*, Dr. Ouv. 2006 p. 36.

(23) Cass. soc., 30 novembre 2004, n° 02-44083 FS-PB, *OPAC du Rhône*.

(24) Cass. soc., 8 mars 2005, n° 03-41392 F-PB, *Sté Acerel*.

(25) Cass. soc., 23 février 2005 FS-PBRI, *association Intermaide 07*.

(26) Cass. soc., 30 mars 2005, n° 03-12057 FS-PB, *association ASEC*.