

Les limites du remplacement par contrat à durée déterminée des salariés temporairement absents

par *Maryam GOLESTANIAN, Docteur en droit*

Dans les relations de travail, aussi bien le salarié que l'employeur s'intéressent aux absences temporaires des salariés mais chacun pour des raisons différentes. Le salarié se demande comment il sera remplacé, dans un esprit de conservation de son emploi, alors que l'employeur désire avant tout maintenir son entreprise en état de fonctionnement opérationnel.

L'employeur peut assurer la bonne marche de son entreprise par l'embauche de remplaçants sous contrat à durée déterminée (1). Néanmoins le contrat à durée déterminée est strictement réglementé et ne peut être utilisé que dans des cas spécifiques. Il convient donc de savoir dans quelle mesure l'employeur peut avoir recours à un contrat à durée déterminée de remplacement.

En règle générale, on peut distinguer les cas ordinaires d'absence du salarié (I) des cas où l'absence du salarié est le corollaire d'une grève (II).

I.

Les cas ordinaires d'absence du salarié

Par les cas ordinaires d'absence du salarié, l'on vise premièrement les absences d'ordre général (A), et en second lieu les raisons particulières d'absence (B).

A) Les absences d'ordre général

Par les absences d'ordre général, l'on entend les congés de toutes sortes. Par exemple, les congés payés, divers congés en raison des événements familiaux (congé de maternité, congé parental d'éducation), congé pour création d'entreprise, congé de formation, congé sabbatique, de même que les congés consécutifs à une maladie ou à un accident (2).

Ainsi le remplacement par contrat à durée déterminée permet de pallier l'absence du salarié et d'assurer la continuité du poste de travail. Il peut s'agir du remplacement d'un salarié sous contrat à durée déterminée ou même à durée indéterminée (3).

Il n'est pas toujours aisé de savoir si nous sommes en présence d'un cas de remplacement pour absence. Ainsi, lors d'une affaire du 21 mars 2000 (4), il s'agissait, entre autres, de savoir si des contrats conclus pour remplacer des travailleurs temporaires en vue de pallier les aménagements du terme de leur mission dans le cadre de l'art. L. 124-2-5 du Code du Travail pouvaient être considérés comme des contrats à durée déterminée de remplacement pour motif d'absence. En effet, le terme des missions des travailleurs temporaires peut être avancé ou retardé sous certaines conditions (5). Cependant, en cas d'avancement du terme de la mission, les journées non travaillées de ce fait ne peuvent être compensées par le recours à un salarié sous contrat à durée déterminée. En l'espèce, un salarié avait été engagé par contrat à durée déterminée en qualité d'ouvrier de fabrication par une société de fromagerie pour remplacer successivement onze salariés pendant leurs absences respectives. Un nouveau contrat à durée déterminée a

(1) Voir art. L. 122-1-1-1° du Code du Trav.

(2) Voir circ. DRT n° 18-90 du 30 oct. 1990, Recueil Lamy Droit du Travail, circulaires et autres textes, tome 4. Par ailleurs, en cas de départ pour accomplir le service national, cette absence peut donner lieu à la conclusion d'un contrat à durée déterminée.

(3) 1-1-1-1 de la circ. DRT n° 18 - 90 du 30 oct. 1990, op. cit. n°2.

(4) Cass. 21 mars 2000, RJS 5/2000 p. 355 n° 506 ; Sem. Soc. Lamy n° 978 du 25 avril 2000, p. 14, BS 5/2000 p. 257 n° 474.

(5) Voir art. L. 124-2-4 et L. 124-2-5 du Code du Trav.

été conclu pour le remplacement successif de 15 salariés. La Cour d'Appel a relevé que ces contrats ne pouvaient être considérés comme des contrats à durée déterminée de remplacement pour absence. La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel en précisant que les cas de remplacement pour absence par contrat à durée déterminée avaient été strictement énumérés par l'art. L. 122-1-1-1° du Code du Travail et qu'il ne s'agissait pas de l'un de ces cas en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit de simples absences du poste, c'est-à-dire les cas où le salarié est toujours présent dans l'entreprise mais absent de son poste, le recours à un contrat à durée déterminée est permis. En effet, un employeur a le droit de recruter un salarié par contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié présent dans l'entreprise mais absent temporairement de son poste de travail à la suite d'une affectation temporaire sur un autre poste ou d'une mutation provisoire ou alors d'une promotion précédée d'une période d'adaptation (6). Dans certaines hypothèses, par exemple en cas de maladie, il peut arriver que le remplaçant lui-même soit absent. Dans ce cas, il est possible d'embaucher à nouveau pour combler cette nouvelle absence par le biais d'un contrat à durée déterminée (7).

En ce qui concerne le passage momentané d'un salarié d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel, cette situation ne peut justifier l'utilisation d'un contrat à durée déterminée (8). En effet, l'administration ne devrait pas accepter le recours à un contrat à durée déterminée dans ces cas puisqu'il ne s'agit pas là d'une absence (9).

L'employeur peut lui-même avoir recours à un contrat à durée déterminée afin d'être remplacé en cas d'absence. Il s'agit le plus souvent des cas de maladie (10).

Une question qui peut se poser est de savoir si les remplacements en chaîne ou cascade sont admis. L'administration considère qu'il est possible de remplacer un salarié absent de son poste par un autre salarié, et ainsi de suite, et le dernier de la chaîne par un titulaire d'un contrat à durée déterminée (11). La jurisprudence va dans le même sens (12). Ainsi lors d'une affaire du 22 novembre 1995, Mme Seys a été engagée en novembre 1990 par un contrat à durée

déterminée pour assurer le remplacement d'une salariée qui elle-même remplaçait une autre salariée en congé maternité. Le contrat a pris fin au retour de cette dernière en mars 1991 et Mme Seys a allégué que le remplacement en cascade était interdit et qu'elle devait être payée en dommages et intérêts pour rupture abusive. La Cour de Cassation n'a pas accepté cet argument. De cette façon elle a cautionné le remplacement en cascade. Selon la Haute Juridiction "la possibilité donnée à l'employeur de conclure un contrat à durée déterminée dans les cas prévus à l'article L. 122-1-1-1° du Code de Travail ne comporte pas pour lui l'obligation d'affecter le salarié recruté en remplacement au poste même occupé par la personne absente".

Par cet arrêt, la Cour de Cassation a autorisé les remplacements en cascade, et elle a précisé que l'employeur pouvait affecter le salarié recruté par contrat à durée déterminée de remplacement à un autre poste que celui occupé par la personne absente. Ainsi, la Haute Juridiction a interprété de façon large les dispositions de l'article L. 122-1-1-1° du Code du Travail qui ne mentionnent pas le remplacement en cascade et la possibilité de l'affectation du remplaçant à un autre poste que celui de la personne absente. L'intérêt de cet arrêt consiste en ce qu'il permet à l'employeur d'organiser son entreprise de façon optimale en affectant au poste du salarié remplacé la personne qui paraît la plus apte à effectuer le travail du salarié absent. Néanmoins, cette facilité de meilleure organisation du travail ne doit pas avoir pour effet de permettre à l'employeur de tester d'autres salariés à la place du salarié absent en vue de le priver de son travail dès le premier désaccord.

L'employeur peut assurer successivement le remplacement de plusieurs salariés absents avec un même salarié en étant lié par autant de contrats successifs qu'il y a de salariés à remplacer (13). C'est ainsi que lors d'une affaire du 13 décembre 1995 (14) où il s'agissait de la conclusion de plusieurs contrats à durée déterminée avec un même salarié pour le remplacement de divers salariés absents sur une période de plus de trois ans, la Cour de Cassation a considéré que la conclusion de ces contrats à durée déterminée successifs et autonomes n'avait pas pour effet de créer une relation de travail à durée indéterminée.

(6) I-1 de la circ. n° 92 - 14 du 29 août 1992, Recueil Lamy Droit du Travail, circulaires et autres textes, tome 4.

(7) Voir 1-1-1-3 de la circ. n° 18 - 90 du 30 oct. 1990, op. cit. n° 2.

(8) Voir Francis Saramito, Le contrat à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990, Dr. Ouv. juillet-août 1991 p. 240.

(9) Voir la position de l'administration dans 1.1.1.2 de la circ. du 30 oct. 1990, op. cit. n° 2.

(10) 1-1-1-1 de la circ. du 30 oct. 1990, op. cit. n° 2.

(11) 1-1-1-3 de *ibid.*

(12) Cass. 22 nov. 1995, RJS 1/1996 n° 7 p. 13, Bull. Civ. V n° 308 p. 221, Dr. Soc. 1996 p. 194 obs. Jean Savatier, JCP E 1996, II, p. 80 n° 799 note Claude Roy-Loustaunau, voir également Cass. 16 juillet 1997, RJS 10/1997 p. 663 n° 1073.

(13) Voir art. L. 122-3-10 al. 2, art. L. 122-3-11 du Code du Trav. et circ. du 30 oct. 1990, op. cit. n° 2.

(14) Cass. 13 déc. 1995, RJS 3/1996 p. 150 n° 253.

Néanmoins, la Cour de Cassation rappelle que cette possibilité ne peut avoir pour effet de faire occuper par le remplaçant recruté par plusieurs contrats à durée déterminée un emploi permanent de l'entreprise (15). En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui avait travaillé dans une entreprise suivant cinq contrats à durée déterminée successifs ayant pour objet le remplacement des salariés absents. La Cour Suprême a constaté que l'emploi occupé par le salarié, qui était maintenu dans les mêmes tâches, était lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Par conséquent, il ne pouvait s'agir de contrats à durée déterminée et les contrats ont été requalifiés en contrats à durée indéterminée.

Toutefois, la Cour de Cassation considère que la conclusion de contrats à durée déterminée successifs sans interruption avec le même salarié n'est licite qu'à la condition que ces contrats soient autonomes (c'est-à-dire distincts les uns des autres) et qu'ils mentionnent le nom de chaque salarié remplacé (16).

La jurisprudence a par ailleurs admis la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée successifs pour le remplacement d'un même salarié et pour la même absence. En effet, la Cour de Cassation a décidé "que l'article L.122-3-11 du Code du Travail ne limite pas la possibilité de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs dans l'hypothèse visée à l'article L. 122-1-1 du même code aux seuls cas de nouvelles absences du salarié ou de remplacements successifs de plusieurs salariés absents" (17).

Il est également possible de conclure plusieurs contrats à durée déterminée pour pourvoir au remplacement d'un même salarié qui prolonge son absence (18). Tel est par exemple le cas d'un congé maladie succédant à un congé parental.

Par ailleurs, le remplacement peut être à titre partiel. Il s'agit notamment des situations dans lesquelles l'entreprise confie uniquement une partie des tâches assumées par le titulaire du poste au remplaçant. Le rem-

placement peut alors être effectué par un salarié de qualification inférieure (19).

Dans d'autres cas, un salarié recruté sous contrat à durée déterminée à temps complet pourrait remplacer deux salariés à temps partiel simultanément absents (20). Mais un contrat à durée déterminée ne peut être utilisé pour exécuter le complément de travail de plusieurs salariés employés de façon permanente à temps partiel (21).

C'est ainsi que lors d'une affaire du 12 juillet 1999 (22), la Cour de Cassation a interprété à la lettre l'article L. 122-1-1-1° du Code du Travail. En l'occurrence, il s'agissait d'un salarié recruté par plusieurs contrats à durée déterminée successifs de janvier 1992 à janvier 1994, en vue dans un premier temps d'assurer la compensation des temps partiels de plusieurs salariés puis de remplacer une salariée absente pour congé parental d'éducation. A l'issue de son premier contrat, le salarié a saisi le Conseil de Prud'hommes afin d'obtenir la requalification de sa relation contractuelle en contrat à durée indéterminée. La Cour d'Appel n'a pas fait droit à sa demande. Mais la Juridiction Suprême a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel en considérant que "le salarié avait été embauché à l'origine pour exécuter le complément de travail de plusieurs employés de façon permanente à temps partiel, et non en remplacement d'un salarié absent, ce dont il résultait qu'il ne pouvait relever du cas prévu l'article L. 122-1-1-1° du Code du Travail". Cette décision va dans le bon sens puisqu'il évite de recourir systématiquement aux contrats à durée déterminée là où l'employeur aurait dû embaucher par contrat à durée indéterminée.

Le recours à un contrat à durée déterminée suppose l'existence de certaines mentions (23). Plus particulièrement, l'alinéa 2 de l'article L.122-3-1 du Code du Travail dispose que le nom et la qualification du salarié remplacé doivent être mentionnés dans le cadre des contrats à durée déterminée de remplacement. La jurisprudence interprète cette disposition de façon stricte et requalifie le contrat à durée déterminée en

(15) Cass.16 juillet 1997, in Sem. Soc. Lamy n° 854 du 22 sept. 1997, p. 13, CSB 1997 n° 94 A 50, Bull. Civ. V p. 196 n° 270, D. 1997 IR p. 187, RJS 10/1997 p. 663 n° 1073 ; Cass. 4 déc. 1996, Bull. Civ. V p. 297 n° 414, RJS 1/1997 p.23 n° 13, D. 1997, jurisp. p. 460 note Mouly, CSB 1997 n° 88 A 14 ; TGI de Nanterre, 22 mars 1989, Dr. Ouv. juillet-août 1991 p. 267 ; cf. Dominique Jourdan, le contrat à durée déterminée: un contrat réservé aux emplois non permanents, Trav. et Prot. Soc. n° 4 avril 1997 p. 6.

(16) Cass. 12 mars 1987, Bull. Civ. V p. 90 n° 142 ; Cass. 13 janv. 1991, Bull. Civ. V p. 26 n° 42, voir également Cass. 13 déc. 1995, op. cit. n° 14.

(17) Cass. 26 févr. 1991, Sem. Soc. Lamy du 22 avr. 1991 p. 8, Bull. Civ. V p. 60 n° 96.

(18) Voir Dictionnaire permanent Social, Contrat à durée déterminée, p. 1184, n° 18.

(19) I-4) de la circ. du 29 août 1992, op. cit. n° 6.

(20) Lamy Social 2000, n° 668 f) p. 305.

(21) Cass. 12 juillet 1999, Jurisdata n° 002952, Trav. et Prot. Soc. du 11 nov. 1999 p. 9, JSL n° 45 du 5 nov. 1999 p. 24 n° 45-17, RJS 10/1999 p. 765 n° 1232, D. 1999 IR p. 204.

(22) Ibid.

(23) Etre établi par écrit et comporter la définition précise de son motif, la date d'échéance du terme et le cas échéant, une clause de renouvellement lorsqu'il comporte un terme précis, la durée minimale pour laquelle il est conclu lorsqu'il ne comporte pas de terme précis, la désignation du poste du travail, l'intitulé de la convention collective applicable, la durée de la période d'essai éventuellement prévue, le montant de la rémunération et de ses différentes composantes, le nom et l'adresse de la caisse de retraite complémentaire ; voir art. L. 122-3-1 du Code du trav.

contrat à durée indéterminée en l'absence de ces mentions. C'est ainsi qu'elle considère que l'employeur ne peut écarter la présomption légale que le contrat est à durée indéterminée en apportant la preuve de la connaissance qu'avait le salarié du nom de la personne remplacée (24). De cette façon, elle considère qu'il s'agit d'une présomption légale irréfutable. Or, la lecture de l'article L. 122-3-1 alinéa 2 du Code du Travail pourrait faire douter de ce qu'il voulait instaurer en la matière une présomption irréfutable. En effet, contrairement à l'article L. 122-3-1 alinéa 1^{er} où le législateur considère clairement que l'absence d'un écrit ou de la définition précise du motif du contrat a pour effet de changer sa nature en contrat à durée indéterminée, l'alinéa 2 du même article ne prévoit aucune sanction en cas d'omission du nom ou de la qualification. Cependant, la décision de la Cour de Cassation doit être saluée en ce qu'elle contraint les employeurs à respecter la loi.

Même si le remplacement par contrat à durée déterminée en cas d'absence des salariés est accepté, l'employeur ne doit pas abuser de cette possibilité. Ainsi, la conclusion avec le même salarié, de 94 contrats à durée déterminée successifs pour le remplacement du personnel absent n'a pas été permis (25). De même, la conclusion d'un contrat à durée déterminée pour remplacer divers membres du personnel titulaire se trouvant en congé annuel ou en congé maladie n'a pas été autorisé (26). En l'espèce, il s'agissait d'un contrat qui avait été conclu dans le cadre général du remplacement du personnel titulaire qui se trouve en congé annuel ou de maladie. Un tel contrat ne permet pas au salarié de savoir à quel moment il prendra fin. Lorsque l'entreprise a besoin en permanence de remplaçants pour pourvoir globalement ses emplois momentanément vacants, il ne faut pas avoir recours à un ou plusieurs contrats à durée déterminée. Dans ces cas, la création d'un poste à durée indéterminée paraît plus justifiée.

S'agissant d' absences d'ordre général, le contrat à durée déterminée arrive à son terme à la fin de l'ab-

sence. Si le contrat a un terme précis, sa durée ne peut dépasser dix-huit mois. Dans le cas d'un contrat à durée déterminée à terme imprécis, pour remplacement d'un salarié absent, le départ en retraite du titulaire du poste met fin au contrat de remplacement (27). Mais un contrat à durée déterminée à terme imprécis conclu avec un remplaçant est toujours en vigueur quand bien même le salarié remplacé aurait été placé en invalidité tant qu'il n'a pas été licencié (28).

Ayant examiné la diversité des absences d'ordre général, l'on étudiera les absences pour raisons particulières dans le développement suivant.

B) Les absences pour raisons particulières

Dans le cadre d'absences pour raisons particulières, nous étudierons tout d'abord le remplacement avant le départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail (1), avant d'examiner le remplacement en cas d'attente de l'entrée en service du nouveau titulaire du poste (2).

1) Le remplacement avant le départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail

Le Code du Travail permet l'utilisation d'un contrat à durée déterminée lorsqu'il s'agit de remplacer un salarié avant son départ définitif précédant la suppression définitive de son poste de travail (29). La suppression du poste de travail doit être due à des arrêts d'activité ou des changements de technique de production ou de matériels devant, dans un délai maximum de vingt-quatre mois, aboutir à des suppressions d'emploi dans l'entreprise (30).

Le salarié concerné par la suppression de son poste va quitter l'entreprise ou son poste avant que cette suppression soit effective. Quoi qu'il en soit, il faudra s'assurer du départ définitif du premier salarié avant

(24) Cass. 6 mai 1997, Dr. Ouv. 1998 p. 31, RJS 6/1997 p. 437 n° 664 2ème espèce, Bull. Civ. V p. 117 n° 160, Sem. Soc. Lamy, n° 840 du 20 mai 1997 p.7, Dr. Soc. 1997 p. 924 obs. Roy-Loustaunau p. 922 ; confirmation de jurisprudence, CPH Lyon (dep.) 28-6-96, Dr. Ouv. 96 p. 244 obs. AdS ; Cass. 1er juin 1999, Dr. Ouv. 1999 p. 289 n. P. Darves-Bornoz, Bull. Civ. V p. 180 n° 249, RJS 7/1999 p. 554 n° 898 ; Cass. 26 oct. 1999, RJS 12/1999 p. 842 n° 1444, JSL n° 48 du 21 déc. 1999 p. 11 n° 48-3 obs. Deniau et Seguin. Par l'arrêt du 26 oct. 1999, la Cour de cassation a complété et confirmé son arrêt du 6 mai 1997. Alors que dans l'affaire du 6 mai 1997, le nom et la qualification du salarié manquaient, dans l'arrêt du 26 oct. 1999, le contrat comportait le nom du salarié absent sans sa qualification. Cependant la solution va dans le même sens, la Haute Juridiction considère, qu'il existe une présomption irréfra-

 gable que le contrat est à durée indéterminée même s'il manque uniquement la qualification du salarié absent.

(25) Cass. 4 déc. 1996, voir op.cit. n° 14, pour la Cour d'Appel, voir Limoges, 8 févr. 1993, D. 1993, jurisp. p. 431 note Mouly, voir également Cass. 7 mars 1990, Bull. Civ. V p. 57 n° 96.
 (26) Cass. 24 févr. 1998, Bull. Civ. V p. 71 n° 98, RJS 4/1998 p. 266 n° 421, Dr. Soc. 1998 p. 608 obs. Roy-Loustaunau.
 (27) Cass. 17 déc. 1997, JSL n° 7 du 3 févr. 1998 p. 17.
 (28) Cass. 17 déc. 1991, Bull. Civ. V p. 364 n° 586, RJS 2/1992 p. 95 n° 122 ; Cass. 16 févr. 1994, RJS 4/1994 p. 252 n° 380.
 (29) Art. L. 122-1-1-1° du Code du Trav.
 (30) Accord national interprofessionnel du 24 mars 1990, pour le texte de cet accord, voir Feuillet de Documentation Sociale, Francis Lefebvre, NVIII 17100.

de le remplacer par contrat à durée déterminée. Le premier salarié peut avoir quitté l'entreprise ou alors à notre avis il peut même s'agir d'une mutation définitive dans l'entreprise. Ce qui importe est que le poste concerné soit définitivement libéré.

Avant d'embaucher par contrat à durée déterminée, le comité d'entreprise devra être consulté (31). Cette consultation portera sur la mesure de réorganisation qui devra aboutir à terme à la suppression du poste de travail (32) et sur la décision de recourir à un salarié sous contrat à durée déterminée. A défaut de comité d'entreprise, les délégués du personnel doivent être consultés (33). Si l'entreprise n'a pas de représentation du personnel, le recours au contrat à durée déterminée est quand même possible (34).

Le contrat conclu dans ce cadre particulier de remplacement, ne peut en aucun cas excéder vingt-quatre mois renouvellement inclus. Cette durée dépasse celle autorisée pour la dernière catégorie de contrats à durée déterminée de remplacement que l'on étudiera dans le développement suivant.

2) Le remplacement en cas d'attente de l'entrée en service du nouveau titulaire du poste

Une troisième série de cas où un contrat à durée déterminée est autorisé dans le cadre du remplacement est lorsqu'il s'agit du remplacement d'un salarié en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer (35).

Le remplacement a pour but d'occuper le poste dans l'attente d'un salarié qui sera embauché sous contrat à durée indéterminée. En vertu de l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990, il n'est pas nécessaire que ce dernier ait été définitivement recruté, il suffit qu'il ait été tout simplement pressenti (36). Néanmoins, il serait plus raisonnable de s'en tenir aux termes employés par l'article L. 122-1-1-1° du Code du Travail qui envisage le remplacement d'un "salarié recruté" dans l'attente de son entrée en

service effective (37). En effet, il convient de limiter tant que possible le travail précaire.

Parfois le nouveau titulaire du poste aura fait l'objet d'une mutation interne (38). Les raisons de sa non-disponibilité peuvent être multiples. Celui-ci bien que recruté pourra avoir un préavis à exécuter auprès de son ancien employeur. Ou alors il peut s'agir d'une formation particulière à effectuer avant l'entrée en poste. Il pourrait même s'agir d'un service national à terminer par un candidat pressenti mais non encore embauché. Quelle que soit la raison de l'attente de l'arrivée du nouveau titulaire du poste, il paraît clair qu'un contrat à durée déterminée est approprié afin de pallier cette carence temporaire.

Quant à l'ancien salarié, il doit avoir quitté son poste définitivement (39). Ce départ peut résulter d'une démission, d'un licenciement ou d'un départ à la retraite. Il peut même s'agir d'une mutation définitive à l'intérieur de l'entreprise (40).

Ce cas de recours aux contrats à durée déterminée peut être utilisé dans l'hypothèse de la création d'un nouveau poste. *"Le fait qu'un poste de travail qui vient d'être créé n'ait, pour cette raison, jamais pu avoir été occupé par un salarié n'interdit pas de recourir à ce motif dans la mesure où, dans cette hypothèse, il s'agit bien encore comme la loi l'exige d'attendre l'entrée en service effective d'un salarié embauché par contrat à durée déterminée"* (41).

En définitive, il s'agit le plus souvent d'assurer la relève dans l'attente de l'arrivée du nouveau titulaire du poste.

Dans ces cas, le contrat à durée déterminée ne peut être utilisé pendant une période supérieure à neuf mois (42). Contrairement aux absences ordinaires du salarié, en cas d'absence résultant d'une grève, il n'est pas autorisé d'avoir recours à un contrat à durée déterminée ainsi qu'il sera expliqué dans le développement suivant.

(31) Voir art. 6 de l'accord interprofessionnel du 24 mars 1990 et 1-1-2 de la circ. du 30 oct. 1990 ; op. cit. 30 et 2.

(32) Voir art. L. 432-1 du Code du Trav.

(33) Si l'employeur ne respecte pas cette obligation, il s'expose à des sanctions pénales à savoir 25 000 francs d'amende et / ou un emprisonnement d'un an.

(34) Marie-Françoise Clavel-Fauquenot et Natacha Marignier, Contrat à durée déterminée, Liaisons Sociales, numéros spéciaux 1999 II, supplément au numéro 13010 du 15 oct. 1999 p. 12.

(35) Voir art. L. 122-1-1-1° du Code du Trav.

(36) Art. 2.2 de l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990, op. cit. n° 30.

(37) En ce sens, notamment, Francis Saramito, op. cit. n° 8 p. 240 et Henry Blaise : Les contrats précaires après la loi du 12 juillet 1990, Dr. Soc. 1991 p. 11.

(38) I-2 de la circ. du 29 août 1992, op. cit. n° 6.

(39) 1-1-3 de la circ. du 30 oct. 1990, op. cit. n° 2.

(40) ibid.

(41) I-3 de la circ. du 29 août 1992, op. cit. n° 6.

(42) Voir art. 2 de l'accord interprofessionnel du 24 mars 1990, op. cit. n° 30.

II.

Les cas où l'absence des salariés est le corollaire d'une grève

Si le Code du Travail permet d'avoir recours à un contrat à durée déterminée en cas d'absence du salarié, il interdit néanmoins le recours à un contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail (43).

Cette mesure vise à protéger le droit de grève des salariés. S'il en était autrement l'employeur pourrait temporairement remplacer les salariés grévistes par d'autres personnes employées sous contrat à durée déterminée. De cette façon, la grève n'aurait aucune répercussion sur la marche générale de l'entreprise et l'employeur pourrait imposer son point de vue aux salariés.

Cependant, les magistrats veillent à ce que l'employeur ne puisse pas recruter des salariés sous contrat à durée déterminée pour remplacer le personnel gréviste. C'est ainsi que la Haute Juridiction a eu l'occasion de connaître d'une affaire où La Poste avait embauché des agents sous contrat à durée déterminée pour remplacer le personnel gréviste (44). La Cour Suprême a alors confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel qui n'avait pas autorisé La Poste à recourir à du personnel sous contrat à durée déterminée pour remplacer les agents grévistes. Elle a ajouté que les dispositions de l'article L. 122-3-1° du Code du Travail qui interdisent le recours à un contrat à durée déterminée en cas de remplacement des salariés lors d'un conflit collectif étaient d'ordre public. Précisons également que la violation des dispositions de l'article L. 122-3-1° du Code du Travail est pénalement sanctionnée (45).

Le 21 octobre 1999 (46), le Tribunal de Grande Instance d'Ajaccio a également eu l'occasion de rappeler à La Poste qu'il n'est pas possible de remplacer un salarié gréviste par un salarié embauché sous contrat à durée déterminée. En l'espèce, La Poste avait embauché une salariée par contrat à durée déterminée pour remplacer un facteur malade. Cependant, il s'agissait en réalité de remplacer un facteur gréviste. Le président du Tribunal de Grande

Instance d'Ajaccio, statuant en référé, a immédiatement ordonné l'arrêt de l'affectation de l'agent recruté par contrat à durée déterminée aux tournées de distribution du courrier habituellement confiées aux préposés grévistes. Ultérieurement, le Conseil de Prud'hommes d'Ajaccio a converti le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (47).

Certains employeurs essaient de tourner moins frontalement la prohibition légale de recours à un contrat à durée déterminée pour remplacer le personnel gréviste. Ainsi, un employeur qui ne voulait pas respecter la prohibition légale, a utilisé une technique audacieuse pour arriver à ses fins. Il a tout simplement déplacé du personnel travaillant sur l'un de ses autres sites sur celui où il y avait la grève. Le délégué syndical de la société a alors empêché l'entrée sur le site du personnel non-gréviste déplacé. Par la suite, l'employeur a saisi le juge des référés afin de faire ordonner l'entrée par la force des salariés venus d'un autre site. Pour se justifier l'employeur invoquait l'atteinte à la liberté du travail et à l'exercice par un entrepreneur de son industrie. Néanmoins, le juge des référés a, à juste titre, refusé d'accepter ces arguments (48). En effet, en poussant jusqu'au bout cette pratique, l'employeur aurait été obligé d'embaucher sous contrat à durée déterminée pour remplacer les travailleurs permanents déplacés. Ainsi, l'employeur voulait faire indirectement ce qu'il ne pouvait faire directement. Mais le juge des référés a très bien repéré le subterfuge.

Une autre technique employée consiste à recourir à des personnes bénévoles pour combler le manque des grévistes. Ainsi, lors d'une affaire du 11 janvier 2000 (49), il s'agissait d'un mouvement de grève de chauffeurs routiers chargés de collecter le lait auprès des producteurs, une partie de ces derniers s'étant substitués "bénévolement" aux grévistes. Les grévistes ont alors agi devant les tribunaux pour atteinte au droit de grève. Néanmoins la Cour de Cassation n'a pas été sensible à leurs arguments et elle a considéré que le recours aux prétendus bénévoles ne caractérisait pas un trouble manifestement illicite.

(43) Voir art. L. 122-3-1° du Code du Trav. L'expression conflit collectif est plus large que celle de grève, voir à ce sujet, Francis Saramito, *op. cit.* n° 8, en l'espèce p. 242.

(44) Cass. 19 mars 1998, RJS 8-9/1998 p. 683 n° 1081 même arrêt mais publié avec une date différente, 19 mai 1998, Dr. Ouv. 1999 p. 77 n. M. Miné, Dr. Soc. 1998 p. 848 note Xavier Prétot. Pour la première instance voir TGI Agen, 5 févr. 1997, Dr. Ouv. de mars 1997 p. 143 note Michel Miné. Voir en général au sujet des pratiques systématiques des contrats à durée déterminée de La Poste, Patrice Lion, "La Poste : un usage excessif et illégal des CDD", Dr. Ouv. juin 2000 p. 232.

(45) Art. L. 152-1-4 du Code du Trav. prévoit dans ces cas une amende de 25 000 F et, en cas de récidive, une amende de 50 000 F et un emprisonnement de 6 mois, TGI (corr.) Paris 24-1-97, Dr. Ouv. 1999 p. 78 n. M. Miné.

(46) TGI d'Ajaccio, 21 oct. 1999, Dr. Ouv. août 2000 p. 345.

(47) Cons. de Prud'hom. d'Ajaccio, 12 nov. 1999, Dr. Ouv. août 2000 p. 346.

(48) TGI de Dunkerque, ordonnance de référé, 23 juin 1998, in RPDS mai 1999, n° 649 p. 160, Cf. Hedy Sellami, "Le remplacement des grévistes dans les entreprises privées", RPDS mai 1999 n° 649 p. 151.

(49) Cass. 11 janv. 2000, in Sem. Soc. Lamy n° 968 du 14 févr. 2000 p. 11, RJS 2/2000 p.135 n° 203, Dr. Ouv. juin 2000 p. 252 note critique Arnaud de Senga, RPDS sept. 2000 p. 292 comm. Hedy Sellami. L'employeur a également la possibilité de recourir à la sous-traitance pour remplacer les grévistes, voir Cass. 15 févr. 1979, Bull. Civ. V p. 101 n° 143. Y. Saint-Jours "La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la sous-traitance", Dr. Ouv. 98 p. 257.

D'autre part, l'employeur pourrait être tenté de conclure des contrats à durée déterminée avec le personnel des sociétés de surveillance ou de gardiennage en vue de remplacer les grévistes. Néanmoins, cette pratique est illégale puisque les entreprises qui exercent ce type d'activité n'ont pas le droit d'intervenir dans le déroulement d'un conflit collectif du travail ou d'événements s'y rapportant (50).

Le recours à des salariés sous contrat à durée déterminée reste possible si ceux-ci ont été embauchés antérieurement au conflit et s'ils demeurent lors de ce conflit affectés sur des postes correspondants à la qualification professionnelle prévue au contrat de travail initial (51).

Une question qui peut se poser est celle de savoir si l'interdiction d'avoir recours à un contrat à durée déterminée en cas de grève concerne également la grève des salariés uniques. En effet, dans les entreprises ayant un seul salarié, la cessation du travail de ce salarié donne-t-il le droit à l'employeur de le remplacer par contrat à durée déterminée ? Si l'on se réfère à la lettre de l'article L. 122-3 du Code du Travail, il ne vise que les conflits collectifs du travail. Néanmoins, il est plus équitable de ne pas exclure les

salariés uniques de son champ d'application. En décider autrement reviendrait à traiter différemment les salariés travaillant dans les structures mono salariales et les autres salariés (52).

Une autre question d'intérêt est celle de savoir si un salarié gréviste qui tombe malade peut être remplacé par contrat à durée déterminée. Nous ne le pensons pas puisque le salarié gréviste qui tombe malade au cours de la grève continue en principe à être considéré comme gréviste (53). Il en serait autrement si le salarié concerné se désolidarisait de la grève (54).

En ce qui concerne le remplacement des salariés non-grévistes, ceci n'a pas été interdit par la loi. Il convient donc de limiter la portée de l'interdiction à son véritable champ d'application. Ainsi seuls sont concernés par l'interdiction les remplacements de salariés grévistes par contrat à durée déterminée pendant la durée de la grève. Mais cela ne peut en aucun cas conduire à des remplacements en cascade entre grévistes et non-grévistes, ces derniers risquant finalement d'être eux-mêmes remplacés par des salariés sous CDD (55).

Maryam Golestanian.

(50) Voir art. 4 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 réglementant les activités privées de surveillance, de gardiennage et de transfert de fonds, J.O. du 13 juillet 1983 p. 2155 disposant : "Il est interdit aux entreprises [...] et à leur personnel de s'immiscer ou d'intervenir à quelque moment et sous quelque forme que ce soit dans le déroulement d'un conflit du travail ou d'événements s'y rapportant. Il leur est également interdit de se livrer à une surveillance relative aux opinions politiques, religieuses et syndicales et de constituer des fichiers dans ce but" ; ces dispositions sont assorties de sanctions pénales.

(51) En ce sens, Cass. 2 déc. 1980, *in* Dictionnaire permanent social, contrat à durée déterminée, p. 1184.

(52) Soc. 13 nov. 1996 Dr. Ouv. 1997 p. 143 n. F. Saramito.

(53) Voir Philip Marin et Valérie Defache, Incidences de la maladie sur le contrat de travail, supplément à la Sem. Soc. Lamy n° 985 du 13 juin 2000 p. 13.

(54) Voir Cass. 20 févr. 1980, Bull. Civ. V p. 122 n° 161 ; un salarié malade avant le début d'une grève totale et guéri seulement après la reprise du travail a droit à la totalité des compléments de salaire prévus par la convention collective de la métallurgie applicable à l'entreprise.

(55) cf. note 48.