

**1° CONTRAT A DURÉE DÉTERMINÉE – Cas de recours – Attente de l'entrée en fonction d'un salarié recruté pour une durée indéterminée – Caractère préalable du recrutement sous CDI.**

**2° CONTRAT A TEMPS PARTIEL – Défaut d'écrit – Présomption de temps plein – Charge de la preuve contraire.**

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 9 mars 2005

B. contre Alpha Net

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

**Vu l'article L. 122-1-1,1 du Code du travail ;**

Attendu que M. B. a été engagé, en qualité d'agent d'entretien, par la société Alpha Net suivant deux contrats de travail à durée déterminée à temps partiel conclus successivement le 1<sup>er</sup> juillet 1992 puis le 1<sup>er</sup> octobre 1992 ; qu'à compter du 2 janvier 1993, il a été engagé selon un contrat à durée indéterminée et à temps partiel ; que le 1<sup>er</sup> juillet 1993, il a été engagé à temps complet ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée, ainsi que la condamnation de l'employeur au paiement d'indemnités de rupture ;

Attendu que pour rejeter la demande en requalification du contrat de travail à durée déterminée du 1<sup>er</sup> octobre 1992, la Cour d'appel a retenu que si le salarié faisait valoir que le contrat avait pour objet de remplacer un salarié démissionnaire ce qui était interdit, il résultait des dispositions de l'article L. 122-1-1,1 du Code du travail qu'un contrat de travail à durée déterminée pouvait être conclu en cas de remplacement d'un salarié pour le cas d'un départ définitif dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ;

Attendu, cependant, que l'article L. 122-1-1.1 du Code du travail, qui permet notamment d'engager un salarié par contrat à durée déterminée pour remplacer un salarié ayant quitté définitivement l'entreprise en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer, suppose que le poste considéré soit pourvu par un titulaire déjà recruté mais momentanément indisponible et n'autorise en aucun cas l'employeur à recourir à un contrat à durée déterminée afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise dans l'attente du recrutement du titulaire du poste ;

#### Note.

1° L'arrêt rapporté (P+B) précise tout d'abord la portée qu'il convient d'accorder à l'art. L 122-1-1.1° qui dispose "Le contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas suivants : 1° Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur, de suspension de son contrat de travail, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ayant fait l'objet d'une saisine du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe, ou en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer". La référence à la période "d'attente de l'entrée en service effective" du nouveau titulaire pouvait donner lieu à une interprétation laxiste ouvrant un cas de recours au CDD pendant la période de recrutement ; l'incertitude de délimitation de ladite période ne

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher si un salarié avait été effectivement recruté par un contrat de travail à durée indéterminée pour remplacer le salarié démissionnaire et si le contrat de travail à durée déterminée du 1<sup>er</sup> octobre 1992 était justifié par l'attente de l'entrée en service de l'intéressé, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le second moyen :

**Vu l'article 1315 du Code civil, ensemble l'article L. 212-4-3 du Code du travail ;**

Attendu que pour rejeter la demande de requalification en contrat à temps complet du contrat en date du 2 janvier 1993, la Cour d'appel a retenu que M. B. ne prétendait pas qu'il devait se tenir en permanence à la disposition de l'employeur ni que les plannings de la société Alpha Net ne lui permettaient pas de prévoir son emploi du temps pour la semaine à venir ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence de contrat de travail écrit fait présumer que l'emploi est à temps complet, et que c'est à l'employeur qui conteste cette présomption qu'il incombe de rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de son employeur, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

**PAR CES MOTIFS :**

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande en requalification du contrat à durée déterminée du 1<sup>er</sup> octobre 1992 en contrat de travail à durée indéterminée, et la demande en requalification du contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel en contrat à temps complet, l'arrêt rendu.

(M. Sargos, prés. – Mme Martinel, rapp. – M. Maynial, av. gén. – SCP Roger et Sevaux, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, av.)

permettant pas de retenir une telle solution, la Cour de cassation pose comme condition de validité du CDD le recrutement préalable du titulaire par CDI, la date d'entrée en fonction étant alors différée dans le temps (1).

2° Les règles spécifiques relatives au contrat à temps partiel (2) imposent l'existence d'un écrit détaillant notamment la répartition de la durée du travail et les modalités permettant d'affecter celle-ci. En l'absence d'*instrumentum*, le travail est présumé à temps complet (3) et l'arrêt de cassation ci-dessus rappelle avec vigueur aux juges du fond le sens d'une présomption (4) ; c'est en effet au défendeur, c.a.d. à l'employeur, qu'il revient de "*rapporter la preuve, d'une part, qu'il s'agissait d'un emploi à temps partiel, d'autre part, que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de son employeur*" (arrêt ci-dessus) (5).

(1) A. Martinel "L'action en requalification des contrats de travail précaires", RJS 2005 p. 575 spéc. 577.

(2) L. 212-4-3 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 22<sup>e</sup> éd., 2004, Précis Dalloz § 303 s.

(3) Cass. Soc. 29 sept. 2004, P+B, Dr. Ouv. 2005 p.14 ; Soc. 29 janv. 1997, arrêt n° 38 in J. Pélissier et a., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2004.

(4) P. Moussy "Variations sur la requalification" Dr. Ouv. 2000 p. 319.

(5) Plus généralement E. Fraise "La preuve devant le juge prud'homal", RPDS 2005 p. 7.