

## PERMANENCE ET TRANSFORMATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL UNE LEÇON DE DARWINISME JURIDIQUE ?

III – L'hybridation des espèces contractuelles

### Les contrats à durée déterminée ou de mission : contrats à terme ?

(Réflexions sur le terme dans les contrats de travail à durée limitée)

par Jean MOULY, Professeur émérite à l'Université de Limoges (OMIJ)

#### PLAN

##### I. La prévisibilité du terme

- A. Le contrat de travail unique
- B. Les contrats de travail successifs

##### II. L'effectivité du terme

- A. La rupture anticipée : quelques assouplissements au bénéfice du salarié
- B. La rupture anticipée : la résurgence partielle du droit du licenciement au bénéfice de l'employeur

Les contrats de travail à durée déterminée (CDD), ainsi que les contrats d'intérim, permettent, en principe, aux entreprises de faire accomplir par des salariés des missions temporaires grâce à des contrats limités dans le temps. Certes, il a été jugé qu'une convention collective ne pouvait, même dans les secteurs où le CDD est d'usage, interdire l'utilisation du CDI (1). En pratique, cependant, il est rare que les employeurs aient recours à de tels contrats lorsqu'ils ne disposent que d'une tâche non durable à pourvoir, même si ces contrats temporaires les obligent, le plus souvent, à verser une indemnité de précarité ou de fin de contrat. Ces contrats leur évitent, en effet, le risque d'une action en licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'indemnité de fin de contrat jouant en quelque sorte le rôle d'une assurance contre une telle condamnation. On notera, néanmoins, que, récemment, le législateur a décidé que l'intérim n'était plus nécessairement incompatible avec le CDI (2), alors que, jusqu'à présent, le contrat intérimaire était obligatoirement à durée déterminée. Ce n'est pas cependant sur ce terrain que l'auteur de cette contribution s'aventurera. Afin d'éviter tout recoupement avec d'autres interventions, il préférera se concentrer sur les particularités du terme dans le contrat de travail, qui l'ont longtemps distingué du contrat à durée déterminée de droit commun.

Les CDD sont des contrats comportant un terme extinctif (3), dont l'arrivée entraîne de plein droit la disparition du contrat pour l'avenir, cette extinction automatique excluant l'application du droit du licenciement. Par ailleurs, ces contrats ont vocation à aller jusqu'au terme stipulé ; ils ne comportent pas de droit de résiliation unilatérale, *exit* donc, là encore, l'application du droit du licenciement (4). Dans les années soixante, on a pu croire à la disparition des contrats de travail temporaires (5) ; c'est pourtant l'inverse qui allait se produire, puisque, au prétexte de réglementation et de protection du salarié, le législateur, en 1972

pour l'intérim, puis en 1979 pour les CDD, a définitivement consacré cette forme de contrats. Certes, les CDI restent encore en France très majoritaires dans les entreprises ; on sait cependant que les embauches se font aujourd'hui massivement par contrats temporaires (6). Pire encore, ces contrats sont souvent des contrats de courte, voire de très courte durée, ces travailleurs précaires n'étant pas sans rappeler alors les journaliers du XIX<sup>e</sup> siècle.

Ce phénomène n'a pas été endigué par la réglementation de 1982 imposant des cas limitatifs de recours et interdisant de « *pourvoir durablement par CDD un emploi lié à l'activité normale et perma-*

(1) Cass. Soc. 2 avril 2014, n° 11-25.442, Bull. n° 96, Dr. Soc. 2014, 576, obs. J. Mouly ; RDT 2014, 416, obs. D. Jacotot.

(2) Loi du 17 août 2015, reprenant un accord du 10 juillet 2013, étendu par un arrêté du 22 février 2014 ; S. Tournaux, Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par ... la loi, Dr. Soc. 2018, 816.

(3) Sur cette notion, cf. M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, PUF, Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., Tome 1, p. 174.

(4) Cf. D. Corrigan-Carsin, Rép. Trav. Dalloz, Contrat de travail à durée déterminée, n°s 341 et s.

(5) Cf. F. Saramito, Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée ? Dr. Ouvr. 1982, 403.

(6) Plus de 80 % des embauches se font aujourd'hui par CDD. Cf. Pourquoi les employeurs choisissent-ils d'embaucher par CDD plutôt qu'en CDI, DARES 2017, n° 070. Ces contrats sont même souvent de très courte durée, cf. G. Cette et F. Petit, Les contrats de travail courts : définition, diversité, usages abusifs et modalités de réduction, Dr. Soc. 2018, 816.

nente de l'entreprise » (7). Il faut néanmoins constater que, depuis quelques années, et notamment en matière de formation, se sont multipliés des contrats spéciaux, dont le régime est quelque peu différent de celui du CDD de droit commun. Surtout, on a vu apparaître des contrats hybrides, mêlant règles du CDD et règles du CDI. On se rappelle, par exemple, le « contrat nouvelles embauches » qui, tout en demeurant un contrat à durée indéterminée, prévoyait que la rupture, dans les deux premières années, donnait lieu à une indemnité de fin de contrat, comme dans un CDD classique (8). Surtout, la loi du 25 juin 2008 a instauré un contrat à objet défini, qui cesse à l'arrivée du terme stipulé ou par la réalisation de l'objet du contrat, comme un contrat à durée déterminée, mais peut être rompu à certaines dates de manière unilatérale, pour un motif réel et sérieux, comme un véritable CDI. On assiste ainsi à un véritable mélange des genres. En tout cas, le CDD se trouve déstabilisé, pour ne pas dire parfois défiguré. Les règles du CDI contaminent progressivement le régime des contrats temporaires.

On se souvient que, il y a déjà plusieurs décennies, la doctrine travailliste et, notamment G.-H. Camerlynck (9), avaient mis en évidence l'« allergie » du droit du travail au terme incertain. Il est, en effet, évident que, lorsque le CDD n'indique pas au salarié de manière précise la date d'expiration de son contrat, la situation du travailleur se rapproche de celle du salarié en CDI, puisqu'il n'est plus alors en mesure de savoir à quelle date son contrat prendra fin. La jurisprudence avait donc tendance à requalifier ces contrats en CDI, surtout lorsque, comme dans les contrats de chantiers,

l'arrivée du terme était en partie dépendante de la volonté de l'employeur. Certes, la loi actuelle rappelle bien que, dans les CDD, « le terme doit être fixé avec précision dès sa conclusion » (10). La règle ainsi énoncée comporte cependant de nombreuses exceptions, si bien que l'allergie du CDD au terme incertain a perdu beaucoup de sa vigueur en droit du travail. Il est même assez fréquent que, en matière de CDD, le salarié ne soit pas assuré de connaître de manière précise la date d'expiration de son contrat (11), comme le salarié en CDI, sans avoir cependant les mêmes compensations. On s'interrogera donc, dans un premier temps, sur la *prévisibilité du terme* dans les contrats à durée limitée (I).

Par ailleurs, le CDD a également vocation, comme on l'a vu, à se poursuivre jusqu'à l'échéance du terme stipulé, les parties ne disposant pas ici d'une faculté de résiliation unilatérale comme dans les CDI. L'affirmation est particulièrement exacte en droit du travail, où la jurisprudence a opéré un véritable verrouillage du contrat temporaire, notamment en écartant la faculté de résiliation judiciaire à l'initiative de l'employeur, qui existe en droit commun (12). La séparation entre le CDD et le CDI est donc apparemment bien établie. Pourtant, cette séparation n'est pas toujours aussi nette qu'il pourrait y paraître, des facultés de résiliation unilatérales étant organisées, qui ébranlent quelque peu la distinction entre les deux catégories de contrats et consacrent la résurgence du droit du licenciement dans les contrats temporaires de travail. C'est alors *l'effectivité du terme* qui est en cause (II).

## I. La prévisibilité du terme

Quoique, en imposant au CDD « un terme fixé avec précision dès sa conclusion », l'article L.1242-7 du Code du travail paraisse rejeter la notion de terme incertain et consacrer ainsi l'opinion de Camerlynck, cette disposition comporte néanmoins, à son second alinéa, une série d'exceptions qui, dans une large mesure, le vident malheureusement d'une partie de sa substance. Ce phénomène s'observe d'abord dans l'hypothèse du contrat de travail unique (A), mais plus encore en cas de contrats multiples successifs (B).

### A. Le contrat de travail unique

Pour respecter le principe de précision du terme édicté par l'article L.1242-7, al. 1<sup>er</sup>, l'employeur doit fixer, directement ou indirectement, la date exacte d'extinction du contrat. À défaut, le contrat de travail à durée limitée est requalifié en CDI. Cela étant, ces règles seraient-elles respectées, il n'en résulte pas pour autant que le salarié bénéficiaire d'un tel contrat soit en mesure de connaître avec précision

(7) Art. L. 1242-1, C. trav.

(8) Ancien art. L. 1236-1, C. trav.

(9) G.-H. Camerlynck, L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de *dies incertus*, Mélanges A. Brun, 1974, Librairie économique et sociale.

(10) Art. L.1242-7, C. trav.

(11) Cf. déjà G. Poulain, Réalité du terme et volonté des parties dans le contrat à durée déterminée, Dr. Soc. 1980, n° spéc., sept-oct, p.54.

(12) Cass. Soc. 15 juin 1999, n°98-44.295, D. 1999, 623, n. C. Radé.

la date exacte d'expiration de celui-ci. En effet, le contrat de travail à durée limitée peut être renouvelé deux fois et pour une durée maximale, en principe, de dix-huit mois, mais qui peut être portée, dans certaines hypothèses, à vingt-quatre mois. D'autre part, et contrairement à la solution initiale de 1982, ces renouvellements peuvent intervenir sans que le salarié ait été informé, *ab initio*, par une clause du contrat que son CDD était susceptible de renouvellement. Il apparaît ainsi que, même dans les CDD dits à terme certain, les salariés ne connaissent pas nécessairement la date exacte d'échéance de leurs contrats. La situation s'est encore aggravée avec l'ordonnance *Macron* n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui transforme la règle précédemment énoncée en règle subsidiaire, seulement applicable à défaut d'accord collectif étendu, lequel peut augmenter le nombre de renouvellements possibles et la durée maximale du contrat prorogé (13). Même dans les CDD dont la date d'expiration est, en principe, fixée avec précision, il paraît donc bien difficile de parler de contrats à terme certain, dont l'échéance est connue d'avance par le salarié. De toute façon, le principe de la stipulation d'un terme fixé avec précision dès l'origine n'est pas un principe général en matière de CDD.

L'alinéa 2 de l'article L. 1242-7 du Code du travail prévoit, en effet, que dans des hypothèses, très fréquentes en pratique, le contrat peut ne pas comporter de terme précis. Il s'agit essentiellement des CDD de remplacement de salariés absents ou dont le contrat est suspendu ou encore de CDD par nature, tels les contrats saisonniers ou les contrats d'usage, ou enfin de contrat conclus dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par CDI. En fin de compte, et mise à part l'hypothèse d'accroissement temporaire d'activité, ces cas d'ouverture autorisant le CDD à terme incertain apparaissent majoritaires, renversant ainsi le principe du terme fixé avec précision. Il convient encore d'ajouter que, pour ces contrats à terme incertain, les durées maximales prévues par la loi ou, désormais, les accords de branche étendus ne s'appliquent pas (14). Ainsi, non seulement les travailleurs précaires titulaires de tels contrats sont dans la plus totale incertitude quant à la date d'expiration de leur contrat, mais cette incertitude peut se prolonger durablement. Si l'on ajoute encore que la Cour de cassation, en cas de contrat de remplacement d'une salariée enceinte, juge que le

terme du contrat n'est pas la fin du congé de maternité, mais, le cas échéant, celle du congé parental éventuellement pris par la mère (15), l'on peut légitimement s'interroger sur ce qu'il reste de cette fameuse allergie du droit du travail au terme incertain mise en avant par la doctrine classique.

Il est vrai que le dernier alinéa de l'article L. 1242-7 pose un tempérament à la faculté de stipuler un terme incertain, puisque, lorsque l'employeur en fait usage, il doit néanmoins stipuler une durée minimale au contrat. Il apparaît ainsi que, malgré l'imprécision du terme, le salarié semble bénéficier d'une garantie minimale d'emploi, ce qui limiterait ainsi l'incertitude dans laquelle il est censé se trouver. Aucune règle n'est cependant édictée pour fixer ce minimum et rien n'interdit à l'employeur de retenir une date proche du début d'exécution pour fixer le « terme » minimum, la garantie du salarié devenant alors problématique. La circonstance que la durée de l'essai soit calculée sur cette garantie minimale ne devrait pas non plus avoir un impact important. De surcroît, et surtout, la Cour de cassation décide qu'en ce qui concerne les contrats à terme incertain, l'indemnité de rupture anticipée, due éventuellement par l'employeur, doit être « évaluée en fonction de la durée prévisible du contrat » (16) et non pas du « terme minimum » stipulé. Autrement dit, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse fixer une durée minimale sans rapport avec la durée prévisible du contrat, de manière parfaitement arbitraire, ce qui rend dès lors illusoire la garantie d'emploi instaurée par la loi. Cette obligation de durée minimale n'est qu'un leurre, sous la réserve de la théorie de la fraude, dont le contentieux ne porte malheureusement pas trace.

Plus encore, certains CDD à terme incertain de type particulier peuvent ne pas comporter de « terme » minimum. Ainsi, s'agissant du contrat de vendanges, si l'article L. 718-5 du Code rural prévoit bien que ce contrat « précise la durée pour laquelle il a été conclu », il ajoute néanmoins qu'« à défaut, il est conclu pour une durée qui court jusqu'à la fin des vendanges ». Dès lors, le salarié se trouve titulaire d'un CDD à terme incertain, sans qu'une durée minimale ait été réellement stipulée. D'autres contrats de type particulier comportent un terme « alternatif ». Ainsi, le contrat à objet défini, conclu normalement pour une durée précise, peut néanmoins cesser avant la

(13) Art. L. 1243-13, C. trav. Cf. S. Tournaux, CDD, contrat de mission, contrat de chantier, *Dr. Soc.* 2018, 37, spéc., p. 38, n° 4.

(14) Pour le contrat d'usage, *Cass. Soc.* 28 octobre 1997, n° 95-43.101, D. 1998, 126, n. J. Mouly ; pour le contrat de remplacement, *Cass. Soc.* 26 octobre 1999, n° 97-42.255, *Bull. V.*, n° 399, *Dr. Soc.* 2000, 341, n. C. Roy-Loustaunau.

(15) *Cass. Soc.* 9 mars 2005, n° 02-44927, *Bull. V.*, n° 81.

(16) *Cass. Soc.* 13 mai 1992, n° 89-40.044, *RJS* 1992, 327, n° 721 ; *Cass. Soc.* 13 décembre 2006, n° 05-41.232, *Bull. V.*, n° 372, *Dr. Soc.* 2007, 645, obs. C. Roy-Loustaunau. Cette durée est toutefois souverainement appréciée par les juges du fond.

survenue de ce terme par la réalisation de son objet, le terme stipulé ne faisant plus alors office de terme certain, mais de terme « *maximum* », catégorie que l'on avait crue disparue du droit du travail.

Cela étant, l'échéance des relations contractuelles est encore plus incertaine lorsque l'on se trouve en présence d'une succession de contrats à durée limitée.

## B. Les contrats de travail successifs

Afin d'éviter les abus, le Code du travail réglemente de manière stricte cette hypothèse de CDD successifs. En principe, entre deux CDD ou deux contrats d'intérim sur un même poste, le chef d'entreprise doit respecter un délai de carence égal au moins au tiers de la mission précédente (17) ; cette solution a malheureusement été vidée en partie de son contenu par l'ordonnance *Macron* n° 2017-1387, qui autorise un accord de branche étendu à écarter ce délai d'intermission (18). Cela étant, la règle légale imposant un tel délai n'est, de toute façon, pas générale et comporte elle aussi des exceptions importantes, en particulier pour les CDD d'usage ou saisonniers.

Ceux-ci peuvent, en effet, être conclus les uns à la suite des autres, y compris avec le même salarié, sans qu'aucun délai de carence n'ait à être respecté. De surcroît, ces suites de contrats ne sont soumises à aucune limitation de durée, les durées maximales n'étant pas applicables à ces catégories de contrats. En réalité, cette pratique des contrats de travail successifs est extrêmement répandue ; même si, pour chaque convention, un terme précis est stipulé, le salarié pouvant toujours compter sur la conclusion d'un nouveau contrat, il ne connaît pas, à la vérité, la date exacte à laquelle les relations de travail prendront fin, comme s'il était titulaire d'un CDI, et cela, sans bénéficier de la moindre indemnité de fin de contrat. En réalité, la seule limite à ces suites indéfinies de CDD provient de l'article L. 1242-1 du Code du travail qui dispose que, « *quel que soit son motif* », le CDD ne doit pas avoir « *pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

Et pourtant, une jurisprudence de 2003 avait rayé d'un trait de plume cette condition en décidant que, pour cette catégorie de contrats, « *l'office du*

*juge saisi d'une demande de requalification [...] est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné [...], il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat, l'existence de l'usage [devant] être vérifiée au niveau du secteur d'activité* » (19). La conclusion de CDD d'usage successifs était ainsi pleinement libérée et ouverte à tous les abus. Paradoxalement, c'est le droit de l'Union, souvent présenté comme un droit plus « libéral » que social, qui, grâce à une directive du 28 juin 1999 (20), mettant en œuvre un accord-cadre du 18 mars 1999 et destiné à prévenir les abus en matière de CDD successifs, a obligé la Cour de cassation à revenir sur sa jurisprudence de 2003 et à retrouver la voie de l'orthodoxie juridique, en exigeant que « *les contrats successifs soient justifiés par des raisons objectives qui s'entendent d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné* » (21). Dans un arrêt du 24 juin 2015 (22), relatif à la requalification d'une suite de 189 CDD de remplacement en CDI, la Cour est même revenue à sa formule classique interdisant de « *pourvoir durablement par CDD un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». Retour donc à la case départ. Les suites de CDD d'usage avec le même salarié, rendant incertain le terme des relations, sont certes toujours possibles ; en revanche, les abus des employeurs peuvent à nouveau être sanctionnés, comme avant 2003.

Quant aux CDD de remplacement, ils font également partie de ces contrats que l'on peut conclure de façon successive, avec un même employeur, sans avoir à respecter ni de délai de carence, ni de limite de temps (23). Ils exposent donc les salariés aux mêmes risques et aux mêmes inconvénients que les contrats d'usage ou saisonniers. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence n'avait jamais admis qu'une entreprise ayant en permanence des emplois de même qualification disponibles en raison de l'absence de certains salariés, quelle que soit la raison de ces absences, ait recours à des CDD pour pourvoir ces emplois (24). Une telle situation fait apparaître un « *besoin structurel* » de main-d'œuvre auquel il ne peut être fait face que par des CDI. Pourtant, s'inspirant d'une jurisprudence de la CJUE (25), la Cour de cassation a rendu récemment un arrêt inquiétant par lequel elle décide que « *le seul*

(17) Art. L.1244-3, C. trav.

(18) Art. L. 1244-4-1, C. trav.

(19) Cass. Soc. 26 novembre 2003, n° 01-44.381, Bull. V, n° 298, Dr. Soc. 629, n. C. Roy-Loustaunau, RJS 1/2004, chron. P. Bailly.

(20) N°1999/70/CE.

(21) Cass. Soc. 3 janvier 2008, n° 06-44.197, Bull. V, n° 18, RDT 2008, 171, n. G. Auzero, JCP 2008, II, 10050, n. D. Jacotot.

(22) Cass. Soc. 24 juin 2015, n° 13-26.631 P, D. 2015, 1445. Cf. notre article, Les suites de contrats temporaires : une jurisprudence contrastée, Dr. Soc. 2015, 726.

(23) Art. L.1244-1, C. trav.

(24) Cass. Soc. 4 décembre 1996, n° 93-41.891 P, D. 1997, 460, n. J. Mouly ; cf. Limoges 8 février 1993, D. 1993, 431, n. J. Mouly.

(25) CJUE 26 janvier 2012, aff. 586/10 ; RJS 4/12, n. J-P Lhernould, p. 263

*fait pour l'employeur [...] de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser [...] un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (26). Avec cet arrêt, le besoin structurel de main-d'œuvre interdisant le recours aux CDD de remplacement paraît beaucoup plus difficile à caractériser, la Cour acceptant de prendre en compte les besoins de flexibilité des entreprises pour gérer les absences de leurs salariés en CDI. Pourtant, et indépendamment de la taille de l'entreprise, « on cherchera[it] en vain les raisons pour lesquelles un employeur choisirait de recourir, des années durant, de manière continue, à de*

*multiples CDD de remplacement, sans avoir un besoin structurel de main-d'œuvre » (27).*

Ces quelques observations montrent que le principe de l'article L. 1242-7 du Code du travail, selon « *lequel le contrat de travail à durée déterminée comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion* », doit être fortement relativisé. Le contrat à durée déterminée est souvent aujourd'hui un contrat à durée indéterminable. En tout cas, la prévisibilité du terme dans les CDD est une garantie qui est loin d'être acquise aux travailleurs. Elle l'est d'autant moins qu'il existe également des possibilités de résiliation anticipée unilatérales des CDD qui fragilisent le terme stipulé. C'est alors la question de l'effectivité du terme qui est en cause

## II. L'effectivité du terme

En raison du terme stipulé, le contrat à durée déterminée a vocation à se poursuivre jusqu'à la réalisation de celui-ci, sans que les parties aient la possibilité de le résilier de manière unilatérale et anticipée. Les parties ont seulement la faculté de le rompre par anticipation d'un commun accord. Toutefois, l'article L. 1243-1 du Code du travail prévoit également que le contrat peut être résilié unilatéralement avant l'échéance en cas de faute grave ou de force majeure et même, depuis la loi du 17 mai 2011, « *en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail* », cette dernière hypothèse étant, en réalité, réservée à l'employeur.

Une étude plus approfondie montre cependant qu'il existe d'autres possibilités de rupture unilatérale anticipée, même si elles demeurent limitées. On peut constater, en effet, en ce domaine, un certain nombre d'assouplissements au profit du salarié (A). De son côté, l'employeur, soit de façon générale, soit dans certains types particuliers de CDD, peut également mettre fin de façon anticipée au contrat, ces ruptures étant alors en partie soumises au droit du licenciement. On assiste ainsi à une résurgence partielle du droit du licenciement en matière de rupture du CDD, cette fois au profit de l'employeur (B).

### A. La rupture anticipée : quelques assouplissements au bénéfice du salarié

Comme l'employeur, le salarié ne peut rompre le CDD de manière unilatérale et anticipée qu'en cas de faute grave ou de force majeure. Il n'est cependant pas possible, en l'occurrence, de faire abstraction des sanctions fulminées par la loi lorsque le salarié rompt le contrat en dehors des cas autorisés. En effet, si l'employeur, dans une telle hypothèse, encourt une sanction forfaitaire, qui peut parfois être lourde (28), le salarié n'est, au contraire, sanctionné qu'à hauteur du préjudice subi par l'employeur (29), préjudice souvent faible, hormis pour certains emplois rares ou qualifiés. On pourrait même affirmer que, à défaut de preuve par l'employeur d'un préjudice, le salarié retrouve en fait un droit de résiliation unilatérale de son CDD. Il n'existe donc pas, malgré les apparences, de symétrie véritable entre la situation du salarié et celle de l'employeur (30).

De toute façon, le schéma de l'article L. 1243-1 du Code du travail se trouve expressément rompu par l'article L. 1243-2 de ce même code, qui dispose que, « *par dérogation aux dispositions de l'article [précédent], le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié lorsque celui-ci justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée* ». Le salarié doit

(26) Cass. Soc. 4 février 2018, n° 16-17.966, RDT 2018, 286, obs. D. Baugard, RJS 4/2018, 371, chron. J.-J. Perrin, Dr. Soc. 2018, 364, chron. 364.

(27) Cf. J.-J. Perrin, chron. préc.

(28) Art. L.1243-4, C. trav.

(29) Art. L.1243-3, C. trav.

(30) Pour autant, la Cour de cassation, saisie d'une QPC, a considéré qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, rupture d'égalité entre les parties, « *le salarié et l'employeur n'étant pas placés dans la même situation au regard des conséquences indemnitaires de la rupture* », Cass. Soc. 8 février 2017, n° 16-40.246, RDT 2017, 198, obs. S. Tournaux, Dr. Soc. 2017, 272.



seulement respecter un préavis au bénéfice de l'employeur, mais qui ne peut en aucun cas dépasser deux semaines. Cette solution, tout à l'avantage du salarié, se comprend aisément. Elle est la conséquence de la préférence accordée par le législateur au CDI sur le CDD. Le salarié doit pouvoir sortir de l'exception que constitue le CDD pour aller vers la norme, représentée par le CDI. Encore convient-il de tempérer cette justification, le code permettant parfois au salarié de sortir d'un CDD pour aller vers un autre contrat temporaire considéré comme plus avantageux, malgré la stipulation d'un terme. Ainsi, le contrat d'accompagnement dans l'emploi peut-il être rompu avant l'échéance par le salarié, non seulement s'il justifie d'une embauche par CDI, mais également de la conclusion un CDD d'une durée d'au moins six mois (31). Il y a là un assouplissement notable de la rigidité du CDD au profit du salarié.

Enfin, il convient, pour terminer, de rappeler que la Cour de cassation qualifie l'article L. 1243-1 de disposition d'ordre public social, ce qui n'est pas sans conséquence pour ce qui est de la rupture anticipée du CDD par le salarié (32). En effet, il arrive que les parties prévoient que chacune d'elles pourra mettre un terme au contrat de manière anticipée à des échéances fixes ou lors de la réalisation de certains événements dont elles n'ont pas la maîtrise. Ces clauses peuvent évidemment être considérées comme nulles, du moins lorsqu'elles dérogent *in pejus* à l'article L.1243-1 du Code du travail, mais cet article étant une disposition d'ordre public social, cette nullité est une nullité relative que seul le travailleur, partie faible protégée, peut invoquer. Il en résulte que, si le salarié décide d'exercer le droit de résiliation unilatérale qui lui est ainsi conféré, l'employeur ne peut s'y opposer, puisqu'il n'est pas autorisé à se prévaloir de la nullité de la clause ainsi mise en œuvre (33). En revanche, la réciproque n'est pas vraie, puisque le salarié peut, quant à lui, soulever cette nullité, si bien que ces clauses, apparemment bilatérales, constituent de véritables pièges pour les employeurs (34).

Pour autant, il faut se garder de croire que le caractère d'ordre public social bénéficie fréquemment au salarié, en lui offrant des possibilités de sorties du

CDD fermées à l'employeur. Les clauses libératoires ou résolutoires, limitées à certains secteurs, tel le sport professionnel, dont les contrats sont d'ailleurs régis désormais par le Code du sport et non le Code du travail, sont pratiquement inexistantes dans les CDD de droit commun. En réalité, et malgré les quelques assouplissements que l'on a pu relever ici ou là, le salarié se trouve globalement moins bien traité que d'autres parties faibles dans les contrats à durée déterminée. Une comparaison avec le bail d'habitation est, sur ce point, édifiante. La loi du 6 août 1989, à son article 1<sup>er</sup>, prévoit, en effet, qu'un tel contrat est d'une durée de trois ou six ans selon la qualité du bailleur, sans que celui-ci puisse rompre le contrat avant le terme prévu, alors que le preneur, lui, « peut résilier le contrat de location à tout moment » (35), sous la seule réserve de respecter un préavis de trois mois, parfois même réduit à un mois. En somme, le contrat de bail reste à durée déterminée pour le propriétaire, tout en devenant à durée indéterminée pour le locataire. Rien de tel, au contraire, pour le contrat de travail qui, malgré quelques assouplissements, demeure bien un véritable CDD pour le salarié. En revanche, le droit des CDI réapparaît au bénéfice des employeurs.

## **B. La rupture anticipée : la résurgence partielle du droit du licenciement au bénéfice de l'employeur**

Comme le salarié, et hormis la résiliation amiable, l'employeur ne peut, en principe, rompre un CDD de manière anticipée qu'en cas de faute grave ou de force majeure, d'autant que ces notions sont entendues de façon particulièrement étroite par la jurisprudence (36). On assiste pourtant, depuis quelques années, à un desserrement de cet étai légal et jurisprudentiel par la réintroduction d'une dose de droit du licenciement dans le CDD.

Un des exemples les plus emblématiques de pénétration du CDD par le CDI résulte de la loi du 17 mai 2011 (37), qui permet, en effet, à l'employeur de rompre le CDD en cas d'inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail, comme s'il exerçait un véritable droit de résiliation unilatérale dès lorsqu'il n'est pas en mesure de reclasser le

(31) Art. L.5134-28, C. trav.

(32) Cf. sur ces points, G. Auzero, La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée, Dr. Soc. 2001. 17. De nombreux arrêts relèvent, en effet, que le salarié ne peut renoncer par avance aux dispositions d'ordre public de l'article L. 1243-1 (Cass. Soc. 27 mai 1992, n° 89-41.704, JCP E 1992, II, 379, 1<sup>ère</sup> esp., n. J. Mouly ; Cass. Soc. 16 décembre 1998, n° 95-45.341, Dr. Soc. 1999, 285, n. C. Roy- Loustanaou).

(33) Si nullité il y a, car on peut considérer, on l'a vu, que cette stipulation déroge à la loi en faveur du salarié, cf. Cass. Soc. 10 février 2016, n° 15-16.132, JCP S 2016, 1135, n. D. Jacotot,

LPA 10 août 2017, 12, n. Rabut ; D 2017, Pan 677, obs. N. Bourzat-Alaphilippe.

(34) Cass. Soc. 5 juillet 1995, D. 1996, 280, n. J. Mouly.

(35) Art. 12.

(36) Cass. Soc. 12 février 2003, n° 99-42.985, Dr. Soc. 2003, 388, obs. A. Cristau.

(37) Cf. notre étude, J. Mouly, Rupture anticipée du CDD pour inaptitude physique : une nouvelle immixtion des règles du CDI dans le CDD, JCP S 2011, n° 45, 1487.

salarié (38). Cette solution a opportunément permis de mettre fin aux disparités du droit positif selon que les inaptitudes étaient ou non d'origine professionnelle, seules les premières permettant à l'employeur de mettre fin au contrat par résiliation judiciaire (39). En revanche, pour créer ce nouveau droit de rompre, ouvert au seul employeur, le législateur s'est malheureusement contenté de faire une sorte de « copier-coller » avec le droit du licenciement, en ignorant la spécificité du CDD.

En effet, la loi prévoit que la rupture du contrat prononcée en cas d'inaptitude ouvre droit pour le salarié à une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 du Code du travail, soit... l'indemnité légale de licenciement. On eût mieux compris que le montant de cette indemnité fût un pourcentage des salaires restant à courir jusqu'à l'échéance du contrat, comme le proposait d'ailleurs le Cercle de prospective sociale (40). En réalité, dans le nouveau dispositif, il ne reste plus grand-chose du terme stipulé par les parties. La parenté avec le licenciement se confirme encore si l'on observe que, comme dans le CDI, l'indemnité est doublée en cas d'inaptitude d'origine professionnelle et que, à défaut pour l'employeur de résilier le contrat dans le mois de la constatation médicale de l'inaptitude, il doit à nouveau verser les salaires au travailleur (41). En tout cas, cette introduction du droit de licenciement dans le CDD autorise l'employeur à sortir du contrat à frais réduits, aggravant la flexibilité dans un contrat pourtant déjà précaire. Cette flexibilité est encore à l'œuvre dans certains CDD de type particulier, dont le plus connu est le contrat à objet défini, créé par la loi du 25 juin 2008 et pérennisé par la loi du 20 décembre 2014.

Réservé aux ingénieurs et cadres et prévu par un accord collectif de branche étendu ou d'entreprise, ce contrat est conclu en vue d'une mission précise pour une durée minimale de dix-huit mois et maximale de trente-six mois. Cette longue durée explique que le législateur ait entendu déroger aux règles habituelles de rupture du CDD, puisque la loi prévoit, pour ce type de contrats, que chaque partie

peut rompre la convention unilatéralement au bout de dix-huit ou vingt-quatre mois pour un « motif réel et sérieux ». Quoiqu'à durée déterminée, ce contrat comporte ainsi une faculté de résiliation unilatérale qui s'apparente fortement à un licenciement. On ne peut ici que souscrire à l'opinion doctrinale considérant que ce contrat à objet défini « cumule [les] éléments de précarité propre aux contrats à durée déterminée et indéterminée » (42). On pourrait faire d'ailleurs les mêmes observations pour un autre contrat, moins connu, le contrat adultes-relais prévu à l'article L. 5134-104 du Code du travail, sauf que, de manière plus logique, l'existence d'un motif réel et sérieux n'est pas exigé pour le salarié qui quitte l'entreprise.

Quoi qu'il en soit, ces nouveaux types de contrats hybrides n'ont rien à voir avec ceux d'antan, résultant de suites de CDD requalifiées en ensembles à durée indéterminée et qui permettaient aux salariés de cumuler les avantages du CDD et du CDI. Ainsi, une rupture en cours de contrat permettait au salarié de bénéficier tout à la fois de l'indemnité de rupture anticipée et de l'indemnité de licenciement (43). Rien de tel avec les contrats hybrides d'aujourd'hui, dont on a vu, au contraire, qu'ils cumulent plutôt, au détriment des salariés, les inconvénients des deux grandes catégories de contrats. L'hybridation des contrats se traduit plutôt actuellement par une flexibilisation accrue des CDD au bénéfice de l'employeur.

En réalité, ce mélange des genres se retrouve aujourd'hui dans un nombre croissant de contrats, même si, comme un auteur l'a souligné, la « question cardinale du terme » fait obstacle à une fusion intégrale des deux modèles (44). Ainsi, le contrat d'apprentissage qui, depuis la loi du 5 mars 2014, peut indifféremment être à durée déterminée ou indéterminée, obéit néanmoins à des règles similaires pour la période de formation, les règles de rupture étant plutôt inspirées, en l'occurrence, de celles du CDD, avec des facultés de résiliation unilatérale limitées. Cela n'a pas empêché le législateur (45) de disposer que cette « rupture prend la forme d'un licenciement », qui doit en respecter notamment les règles procédu-

(38) De ce point de vue, le droit de résiliation naît davantage de l'impossibilité de reclassement que de l'inaptitude elle-même.

(39) La Cour de cassation ayant jugé, à partir de 1990, que la rupture pour inaptitude était toujours imputable à l'employeur, quelle que soit son origine (Cass. Soc. 29 novembre 1990, n° 87-45.243, D. 1991, 339, n. N. Decoopman, Dr. Soc. 1991, 109, obs. J. Savatier), il aurait fallu que cette faculté de résiliation judiciaire soit étendue à l'inaptitude non liée au travail, ce à quoi la Cour s'était refusée (Cass. avis 29 avril 1992, n° 00-20.003, JCP G 2002, II, 10142, n. J. Mouly, Dr. Soc. 2002, 771, obs. J. Savatier).

(40) Cf. Le Cercle de prospective sociale veut réformer le droit de l'inaptitude : Semaine sociale Lamy, n° 1486, p. 4. Le législateur

s'est plutôt inspiré du rapport établi en 2007 par le Haut Conseiller H. Gosselin sur l'inaptitude physique au travail.

(41) Art. L. 1226-21, C. trav.

(42) G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, Droit du travail, préc., n° 248.

(43) G. Poulain, Les tendances récentes de la jurisprudence en matière de détermination du la durée des contrats de travail, in Mélanges G.-H. Camerlynck, Dalloz 1978, p. 63.

(44) S. Tournaux, préc., Dr. Soc. 2018, 37, n° 2.

(45) Art. 16 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 ; art. L. 6222-18, C. trav.

rales. Les frontières entre le CDD et le CDI se brouillent et deviennent poreuses, ne serait-ce que parce qu'un même type de contrats peut être indifféremment à durée déterminée ou indéterminée (46). Sans compter que des contrats, comme le contrat de chantier (47), présentés comme des CDI, tiennent souvent le rôle de CDD puisque, grâce à la pré-constitution d'une cause réelle et sérieuse de rupture, ils peuvent, eux aussi, prendre fin sans risque pour l'employeur. Certains auteurs, comme B. Teyssié, n'hésitent pas d'ailleurs à parler à leur propos de CDD déguisés.

En définitive, à la question initialement posée de savoir si le CDD ou le contrat de travail temporaire avaient encore un terme, on ne peut qu'apporter une réponse positive. En revanche, en raison du caractère souvent imprévisible de ce terme, et surtout parce

qu'il n'empêche plus nécessairement des résiliations anticipées par l'employeur s'apparentant à des licenciements, ce terme n'a plus grand-chose à voir avec celui des CDD de jadis. La contamination du contrat de travail à terme par le droit du licenciement est en cours et se réalise le plus souvent au bénéfice de l'employeur, grâce à une flexibilité accrue des règles du CDD. Ainsi, à côté de la précarisation de l'emploi, justement dénoncée, par la multiplication des CDD, doit-on constater également aujourd'hui une précarisation du CDD lui-même, faute pour le salarié d'être assuré de garder son emploi jusqu'au terme stipulé, terme que d'ailleurs souvent il ne connaît pas lui-même.

**Jean Mouly**

(46) Art. L. 6222-7 pour le contrat d'apprentissage ; art. L. 5134-103 pour les contrats adultes-relais.

(47) D. Baugard, Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrats de mission et contrats de chantier, *Dr. Ouvr.* 2018, 1 ; F. Bousez, CDD à durée indéterminable et CDI d'opération à durée limitée ?, *JCP S* 2017, 1316. Cf. aussi S. Tourmaux, *préc.*, *Dr. Soc.* 2018, p. 39, qui souligne qu'il s'agit curieusement d'un CDI soumis à un cas de recours comme... un CDD.