

BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL



SOMMAIRE

Article 1 : *Le dispositif des emplois francs et emplois francs + Page 1*

Article 2 : *Le contrat de travail temporaire: le cas particulier du contrat à durée indéterminée intérimaire Page 4*

Article 3 : *Mobilisation emploi: une mobilisation exceptionnelle pour l'emploi Page 6*

Article 4 : *L'exigence du caractère par nature temporaire de l'emploi : le nouveau rappel du juge judiciaire sur l'usage du CDD d'usage (Cour de cassation chambre sociale, 14 octobre 2020 n°18-26.834)..... Page 8*

Article 5 : *Les conséquences de l'omission de mention des périodes de travail dans le contrat de travail intermittent (Cass. Soc., 30 septembre 2020 arrêt n°844 (18-24.90918-24.910 ; 18-24.912) Page 10*

Actualités Master II Droit de l'Entreprise - parcours Droit Social

A notre tour maintenant de vous parler de l'actualité juridique en droit social par le biais de cette revue.

Mais, nous ne saurions faire l'impasse sur cette crise sanitaire qui devient de plus en plus lourde et préoccupante surtout pour le monde universitaire.

En effet, les cours via zoom sont une réelle alternative mais présente ses limites compte tenu du lien social fortement affecté, la fatigue oculaire, le sentiment d'abandon, l'incertitude quant à la date du retour à la normale.

Tous ces éléments ne facilitent pas le quotidien d'un étudiant, mais il est impératif de tenir bon, de cultiver l'entraide, l'échange, la solidarité, afin de garder intacte cette passion pour le droit qui doit rester inébranlable et cela peu importe les obstacles.

Cette crise secoue également le monde du travail aussi bien au niveau des nouvelles mesures gouvernementales pour les entreprises, que pour nous étudiants en M2 avec des stages en suspens.

Quoiqu'il advienne, cette dernière année de Master nous aide à prendre les choses du bon côté et à essayer de profiter des bons moments que l'on peut encore s'offrir via la cam !

Les articles ci-dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335- 3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

Le dispositif des emplois francs et emplois francs +

En France métropolitaine il existe près de 1300 « quartiers prioritaires de la politique de la ville » et 200 à l'outre-mer. Ces quartiers ont été redéfinis par le Décret n° 2015-1138 du 14 septembre 2015 et sont considérés comme des zones défavorisées, spécialement dû au fait de l'insécurité qui y règne parfois, du manque d'accès à l'éducation, aux soins, mais surtout à l'emploi. C'est pour cela que la Loi n° 2014-173 du 21 février 2014 a décidé de mettre en place « la politique de la ville » qui doit permettre d'intervenir et de remédier à ce problème.

En effet, trop souvent les personnes issues de ces zones ne réussissent pas à trouver d'emploi alors qu'elles sont dotées du même niveau et des mêmes compétences qu'un autre candidat. Pourtant, l'article L.1132-1 du Code du travail interdit toute discrimination à l'embauche et notamment toute discrimination liée au lieu de résidence, on ne peut donc pas écarter une personne d'une procédure de recrutement pour cette raison.

Même si il est difficile d'identifier ce genre de discrimination, dans la pratique, des études établies par le Gouvernement sur certaines entreprises, démontrent que les personnes issues de ces quartiers, recevaient moins de réponses (négatives ou positives) que d'autres candidats issus de zones « neutres ».

C'est donc pour palier à cela, qu'il a été décidé de mettre en place un contrat aidé que l'on appelle « emploi franc » depuis avril 2018.

Le dispositif d'emploi franc, permet d'accorder une aide financière à un employeur qui décide d'embaucher une personne issue d'un quartier prioritaire de la politique de la ville. Cette aide peut être accordée à toutes les entreprises privées, associations ou employeurs publics. Pour cela, il faut embaucher la personne en CDI ou en CDD pour 6 mois minimum, il faut aussi que cette personne soit inscrite à Pôle emploi ou suivie par une mission locale. En revanche, cette personne ne doit pas avoir fait partie de l'entreprise dans les 6 mois précédent son embauche, et dans ce même délai il ne doit pas non plus y avoir eu de licenciement pour motif économique sur le poste et l'employeur ne devra pas bénéficier d'une autre aide d'insertion à l'emploi pour cette même personne.

Si tous ces éléments sont remplis, l'employeur peut alors embaucher la personne quelque soit son âge, son diplôme, sa rémunération, son temps de travail et percevoir alors une aide de 5000 euros par an pour un CDI ou de 2500 euros par an pour un CDD de 6 mois minimum, si cette personne est issue d'un quartier prioritaire de la politique de la ville. Le montant de l'aide dépendra de la durée et du temps de travail, et sera versée par Pôle emploi tous les 6 mois.

Le salarié devra fournir un justificatif de domicile, ainsi qu'une attestation d'éligibilité que le salarié pourra obtenir auprès de Pôle emploi ou la mission locale.

Aujourd'hui, du fait de la crise sanitaire bon nombre d'employeurs ne se trouvent plus en position d'embaucher et lorsqu'ils peuvent le faire, ils deviennent encore plus sélectifs qu'auparavant. De plus, le dispositif d'emploi franc devant prendre fin le 31 décembre 2020, il a alors été décidé par le Décret n°2020-1278 du 21 octobre 2020 de le prolonger d'un an et d'augmenter le montant de l'aide pour un contrat conclu entre le 15 octobre 2020 et le 31 janvier 2021, si cette personne a moins de 26 ans. L'aide issue de ce dispositif d'« emploi franc + » sera alors de 7000 euros pour un CDI la première année, puis de 5000 euros les années suivantes. Pour un CDD de 6 mois minimum, l'aide sera alors de 5 500 euros la première année puis de 2 500 euros les autres années. Les autres règles restent inchangées.

Néanmoins, il convient de se demander si ce dispositif est aussi efficace qu'il le paraît. Le Ministère du travail ayant annoncé la conclusion d'environ 16 000 contrats d'aides au dispositif emploi franc en 2019, mais il était cependant impossible de démontrer l'efficacité de ce dispositif, du fait d'un volume d'embauche trop faible par rapport à ce qui est nécessaire pour établir une étude. Mais aussi car le dispositif n'était pas encore généralisé à tous les quartiers prioritaires de la politique de la ville, alors qu'il l'est désormais. Toutefois, on remarque que beaucoup d'employeurs n'ont pas connaissance de ce dispositif, et qu'il n'est donc pas le premier à être utilisé par les recruteurs.

Un grand nombre d'habitants des zones prioritaires se trouvent encore être sans emploi, malgré la volonté du Gouvernement de réduire ces inégalités. Il s'agira alors de voir dans les mois à venir, si les nouvelles mesures adoptées seront plus efficaces et si elles perdureront dans le temps, en dépit du contexte actuel qui risque de creuser encore plus de disparités.

Lucille SZYROKI

Sources juridiques:

- *Décret n° 2015-1138 du 14 septembre 2015*
- *Loi n° 2014-173 du 21 février 2014*
- *Article L. 1132-1 du Code du travail*
- *Travail-emploi.gouv.fr - Rapport discrimination dans le recrutement des grandes entreprises*
- *Travail-emploi.gouv.fr - Embaucher une personne en emploi franc*
- *Décret n° 2020-1278 du 21 octobre 2020*
- *Travail-emploi.gouv.fr - Rapport d'évaluation sur l'expérimentation des emplois*

Le contrat de travail temporaire : le cas particulier du contrat à durée indéterminée intérimaire

Par un accord en date du 10 juillet 2020 relatif aux mesures urgentes et structurelle permettant la reprise de l'emploi intérimaire et la sécurisation des parcours pour faire face aux conséquences économiques et sociale de l'épidémie de « Covid-19 », les partenaires sociaux ont la volonté de vouloir assouplir les règles du contrat de travail temporaire ainsi que du contrat à durée indéterminée intérimaire dit aussi CDI-I dans la limite de l'état d'urgence sanitaire. En effet, cet accord a le projet de « *favoriser les opportunités d'emploi en sécurisant les besoins de renfort temporaire au sein des entreprises.* »

Tout d'abord, l'article L1251-1 du code du travail vient définir ce qu'est un contrat de travail temporaire en disposant : « *Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission.* ». Le travail temporaire est considéré comme étant un contrat dit précaire. En ce sens, il n'a donc pas pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente d'une entreprise (*article L1251-5 du code du travail*).

L'une des particularités du recours au travail temporaire résulte de la pluralité des relations contractuelles. Il existe d'une part une relation contractuelle entre l'agence d'intérim et l'entreprise utilisatrice, et d'autre part une relation entre l'intérimaire avec l'agence d'intérim. Le caractère précaire du contrat de travail temporaire permet d'y avoir recours que dans des cas spécifiques avec une tâche précise prévu au sein du contrat de mission comme par exemple : en cas d'un remplacement d'un salarié en cas d'absence, accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, etc. Quel que soit le motif du recours, il doit y être mentionné au sein du contrat de manière claire et être limité dans le temps.

Un contrat déroge toutefois au régime du contrat de travail temporaire par un accord portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés conclu dans la branche du travail temporaire en date du 10 juillet 2013. Cet accord met en place, de manière expérimentale, un contrat à durée indéterminée intérimaire ayant pour objet de favoriser le travail temporaire, notamment avec l'idée de différentes missions successives allant jusque 36 mois. Toutefois, le Conseil d'État vient annuler l'accord d'extension au motif que cela porte atteinte « *aux règles régissant la durée du contrat de mission temporaire qui sont d'ordre public absolu* ».

La loi Rebsamen intègre ce contrat de manière législative au même titre que l'accord jusqu'en date du 31 décembre 2018 avant l'entrée en vigueur de la Loi avenir professionnel du 5 septembre 2018 qui permet d'intégrer le CDI-I au sein du code du travail aux articles L1251-58-1 à L1251-58-8.

L'article L1251-58-1 définit le contrat à durée indéterminée intérimaire comme étant : « Une entreprise de travail temporaire peut conclure avec le salarié un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions successives ». Au sein du contrat doit y être figuré les éléments essentiels, notamment le statut de l'intérimaire, son temps de travail, les missions à effectuer, la rémunération minimale garantie. En contrepartie, l'intérimaire est dans l'obligation d'accepter les missions

Les articles ci-dessus sont protégés par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives au droit d'auteur. Toute copie, plagiat est illégale. Article L335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. Ces articles sont la propriété de leurs auteurs, étudiants du Master II et leur responsabilité. « Les propos tenus sont propres à leurs auteurs et n'engagent pas l'équipe pédagogique du Master PGRDS, l'UFR ou l'UPJV.

correspondant à son contrat de travail.

En concluant un CDI-I, l'intérimaire a donc les avantages d'un CDI de droit commun, notamment en ce qui concerne les congés payés, ainsi que la prise en considération de l'ancienneté tout au long de la relation contractuelle.

Il est question de « *missions successives* » selon le code du travail, dans le sens où il est possible d'être en mission jusque 36 mois. C'est la principale dérogation au contrat de travail temporaire qui renvoie habituellement à une période n'excédant pas 18 mois de travail, dans le cas où aucune convention ou accord de branche ne dispose concernant la durée maximal du contrat.

Toutefois, l'accord conclu en juillet 2020, revient sur cette période dans le contexte de la crise sanitaire actuelle. En ce sens, les partenaires sociaux ont le souhait de prolonger les durées de missions jusque 36 mois pour tout contrat temporaire et cela durant 6 mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Le code du travail vient établir les différentes périodes encourus par l'intérimaire, à savoir : la période où l'intérimaire se trouve en mission auprès de l'entreprise utilisatrice et la période dite par la pratique « d'intermission » (*période dans laquelle l'intérimaire n'a pas de mission*) où il doit rester disponible afin que son employeur puisse lui confier d'autre mission en fonction de la demande.

L'un des autres avantages du CDI-I est la possibilité de percevoir un salaire durant la période « *d'intermission* », en fonction du SMIC minimal prévu au sein de son contrat. En effet, cette période est considéré comme étant du temps de travail effectif. Par ailleurs, il est utile de rappeler que dans ce type de contrat, l'intérimaire n'est pas couvert par l'assurance chômage. Il est alors possible de constater que ce contrat revêt un caractère durable qui apporte une sécurité de l'emploi pour les personnes ayant conclu un CDI-I, notamment au vu du contexte actuelle. D'autant plus que l'intérimaire en CDI-I est prioritaire en cas de demande par l'entreprise utilisatrice de recourir à la main d'oeuvre extérieur.

D'après les statistiques, le CDI-I représente 90 000 signatures depuis sa mise en place. L'observatoire de l'intérim et du recrutement ont procédé à une étude durant le second semestre de 2019 avec le souhait de démontrer le bilan du recours au CDI-I. L'étude démontre une satisfaction des intérimaires ayant recours à ce type de contrat et confirme une voie d'accès à l'emploi durable notamment pour les plus jeunes. L'étude démontre aussi que pour ces derniers, ayant le plus de difficulté de décrocher un CDI, le recours au CDI-I est le premier contrat conclu, leurs permettant ainsi de construire une expérience professionnelle variée dû aux diverses missions ou encore une stabilité financière. Le CDI-I, au vu des résultats, s'inscrit alors dans la volonté prévue par la loi de 2018 comme donnant « *l'accès à l'emploi durable* ».

Imane KALIFA

Sources juridiques:

- **LégiFrance** - *Accord en date du 10 juillet 2020 relatif aux mesures urgentes et structurelle (...) pour faire face aux conséquences économiques et sociale de l'épidémie de « Covid-19 »*
- **LégiFrance** - *Accord portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés / Loi avenir professionnel, Ln°2018-771 du 5 septembre 2018*
- *Conseil d'Etat, 28 novembre 2018 n°379677*
- **Site internet Prism'Emploi** - *Etude de l'observatoire de l'intérim et du recrutement sur le CDI intérimaire*

Mobilisation Emploi: une mobilisation exceptionnelle pour l'emploi.

« A situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles », cet adage a de nouveau été confirmé par les mesures prises par le Président de la République Mr Macron pour faire face à cette crise de COVID-19 sans précédent.

En effet, préserver au mieux la santé publique, en évitant le K.O économique, médico-social, tel est le défi de taille que doit relever le gouvernement, compte tenu des conséquences immédiates d'un confinement qui assomme toute une économie.

On comprend d'ores et déjà que face à pareille crise sanitaire, on ne peut être pas empêcher le flirt avec la catastrophe économique, mais plutôt d'éviter la collision.

C'est dans cette logique que semble se ranger le Chef de l'Etat en prenant la décision de maintenir la continuité de certains secteurs d'activité considérés comme « essentiels à la vie de la nation ».

Au delà du discours, la mobilisation générale sur le front économique a été lancée par le Ministère du Travail, en collaboration avec Pôle Emploi **le 2 Avril 2020**, via la création de la plateforme #Mobilisation Emploi (www.mobilisationemploi.gouv.fr).

L'idée étant de permettre aux entreprises appartenant aux secteurs dits « essentiels » pour la population, avec un besoin de renfort en main-d'œuvre, d'assurer leur activité et la continuité économique du pays.

La plate-forme entend répondre aux attentes de deux publics : d'un côté, les demandeurs d'emploi, et de l'autre, les entreprises qui sont en attente de renforts, en raison de la baisse de leurs effectifs (arrêt maladie ou pour garde d'enfants pendant la crise sanitaire) mais aussi pour répondre à leur réorganisation interne en vue de produire plus.

Néanmoins, il faut noter que le confinement a conduit à une catégorisation spécifique des secteurs avec leurs besoins.

Ainsi, en pôle position on a:

* Santé et action sociale: 30% de l'offre (aides soignants, auxiliaires de vie, infirmiers, etc)., **Commerce: 25% des offres** (employés de rayon et de commerce détail, responsable point de vente, etc.); **Industrie agroalimentaire et agriculture: 15%** des offres; **Secteurs des transports, des télécommunications, et de l'énergie: 30%** restants.

Qui peut recourir à cette plateforme?

Le ministère du travail a précisé les modalités de recours à cette plateforme le 24 mars 2020.

Il faut noter de prime abord que cette plate-forme s'adresse à tous les demandeurs d'emploi, inscrits ou non à Pôle Emploi, et aux salariés au chômage partiel, intéressés par des emplois rapidement disponibles dans des entreprises en forte activité actuellement.

Néanmoins, une exigence particulière est à noter côté entreprise pour déposer une offre d'emploi, car il est **indispensable** qu'elle soit reconnue comme « essentielle à la vie de la nation ».

Dans ce sens, une liste a été dressée par le ministère du travail, répertoriant ainsi les secteurs essentiels.

Ainsi, dans cette liste figurent entre autres, le secteur de l'agroalimentaire, pharmaceutique, commerce de gros d'animaux vivants, commerce de gros de cuirs et de peaux, le transport, la logistique, l'agriculture, commerce de tabac, services funéraires, etc.

Si le caractère essentiel est incontestable pour certains secteurs car étant indispensables à notre vie quotidienne, d'autres ne requièrent pas forcément l'unanimité. En effet, **il n'existe aucune définition du caractère essentiel** aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence.

On peut ainsi comprendre la subjectivité de ce caractère essentiel qui peut varier d'une personne à une autre si on se remémore les propos d'un coiffeur: «on ouvre les tabacs et on ferme les salons de coiffure alors qu'un coup de ciseaux fait moins de mal qu'une cigarette. Tout le monde a besoin d'un coiffeur alors qu'on ne peut pas en dire autant concernant la cigarette ».

Comment ça marche?

Cette période de pandémie a conduit à la mise en place de conditions sanitaires strictes (gestes barrières, masques, gel hydroalcoolique, etc.), le pari du ministère du travail est ainsi de répondre aux besoins en recrutement des entreprises dans de nombreux secteurs, tout en veillant à assurer la santé et la sécurité des salariés.

Ainsi, « A chaque offre déposée : un conseiller Pôle emploi appelle systématiquement l'employeur pour vérifier le respect des consignes sanitaires et caractériser le besoin et compétences attendues. Le recruteur s'engage formellement à respecter les consignes sanitaires », précise le ministère du Travail dans un communiqué.

Il est important aussi de noter que, cette plateforme vise à faciliter l'accès à l'embauche sans création de compte nécessaire pour les candidats afin d'accéder aux offres et aux coordonnées des recruteurs. Après enquête auprès de deux agences pôle emploi d'Amiens et du Val-de-Loire, un sentiment de soulagement pour les demandeurs d'emploi est souvent revenu, puisqu'*« ils traitent directement avec les entreprises et généralement ils sont tout de suite pris »*.

Quelle efficacité?

Pendant le confinement, 29 000 offres d'emplois ont ainsi été publiées, avec 210 000 mises en relation effectuées et plus de 18 000 recrutements dans les secteurs de la santé, de l'aide à domicile, de l'agriculture, de l'agro-alimentaire, des transports, de la logistique, de l'énergie et des télécommunications, identifiés comme prioritaires durant la période de confinement.

Lors de sa création, la plateforme « Mobilisation Emploi » avait pour durée de vie le confinement. Néanmoins, « le succès fulgurant rencontré par cette plateforme a poussé le ministère du travail à prolonger sa durée de vie d'un été supplémentaire » selon les services du ministère. En effet, au sortir du confinement, la plateforme #Mobilisation emploi se voit confier une nouvelle mission: permettre d'accompagner la reprise d'activité dans de nombreux secteurs en garantissant une large visibilité aux offres d'emploi saisonniers. Dès lors, la plateforme met son exigence de « secteur essentiel » de côté et vole au secours d'autres secteurs notamment, la branche hôtel-café-restaurant avec un message fort mis en avant: *« contrairement aux idées reçues, les emplois saisonniers d'été ne sont pas réservés aux jeunes et aux étudiants. Ils concernent toutes les personnes cherchant un emploi saisonnier »*. D'après notre interlocuteur au ministère du travail *« ce message était important pour encourager la population à franchir le pas en cette période où on en a le plus besoin et à bannir cette idée selon laquelle c'est pour les plus jeunes »*.

Quel avenir?

A la surprise générale, le site (www.mobilisationemploi.gouv.fr) a été fermé par le gouvernement aux **alentours du 15 Novembre 2020**.

La raison à cette fermeture est la satisfaction du but visé et d'une activité bien reprise, *« cette plateforme n'avait pas vocation à se pérenniser surtout que l'économie a bien repris, donc on a laissé Pôle Emploi reprendre la main avec les besoins des différents secteurs »*, toujours d'après notre source.

Néanmoins, au moment où nous avons recueilli ces informations, le pays avait plus ou moins retrouvé un semblant de stabilité au point que le confinement semblait banni à tout jamais de tous les esprits et rendez-vous était désormais pris avec nos bonnes vieilles habitudes.

Malheureusement, cet espoir fût foudroyé par la ténacité de ce virus qui nous replonge dans un avenir ténébreux.

Ainsi donc, il est étonnant de ne plus revoir ce disponible dont le gouvernement se vantait les mérites. Peut-on se dire que les leçons du premier confinement ont été bien assimilées, de sorte que l'assistance à ces entreprises ne soit plus nécessaire?

Ce qui est certain est que la stabilité économique est loin de faire la paix avec ses jours heureux.

Jean Pascal DIOUF

Sources juridiques:

- Pôle emploi Amiens & Mont-de-Marsan
- Interview Ministère du Travail;
www.mobilisationemploi.gouv.fr

L'exigence du caractère par nature temporaire de l'emploi : le nouveau rappel du juge judiciaire sur l'usage du CDD d'usage (Cour de cassation chambre sociale, 14 octobre 2020 n° 18-26.834)

Le droit français s'efforce de garantir une stabilité de l'emploi, tel est le but affirmé par l'article L.1221-2 alinéa 1er du Code du travail qui dispose que: " Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail." Cependant, en matière de droit du travail est autorisé le recours au contrat à durée déterminée qui constitue une exception, mais également le recours au contrat à durée déterminée d'usage qui constitue pour ainsi dire une exception à l'exception.

Le CDD d'usage aussi connu sous le nom de contrat d'extra est une particularité dans l'environnement des CDD français. En effet, le recours au CDD d'usage est possible dans certains secteurs d'activité, définis soit par décret, soit par accord collectif étendu ou par une convention de sorte de pourvoir des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée déterminée du fait de l'existence d'un caractère par nature temporaire de ces emplois.

Toutefois, si le recours au CDD d'usage affiche une grande flexibilité du point de vue de l'employeur, ce contrat de travail peut être source de grande précarité pour le salarié, surtout en cette période particulière de pandémie de Covid-19.

Par conséquent le recours au CDD d'usage est donc rigoureusement encadré par des règles, mais fait également l'objet de sanctions sévères en cas de violation de ces règles.

L'article D.1242-1 du Code du travail répertorie 15 secteurs d'activité dans lesquels un contrat d'usage peut être conclu tel que l'enseignement, le déménagement, la réparation navale...

Mais pour recourir à ce genre spécifique de contrat, sa validité est subordonnée à plusieurs exigences. Dans un premier temps, il faut que l'employeur exerce à titre principal une activité qui relève du champ d'application de l'article D.1242-1 du Code du travail ou par un accord collectif étendu ou par une convention. Deuxièmement, il doit exister un usage constant dans le secteur d'activité de ne pas recourir au CDI pour pourvoir le type d'emploi visé.

Et troisièmement, il faut que l'emploi occupé présente un caractère par nature temporaire.

Mais qu'entend-on exactement par le caractère par nature temporaire de l'emploi ?

Durant plusieurs années, la nature temporaire de l'emploi a suscité de réelles difficultés en la matière.

En effet, dans le début des années 2000, les juges de la Cour de cassation ont considéré que l'unique mission des juges du fond était de chercher si pour l'emploi visé, il était véritablement d'usage constant de recourir à un contrat à durée déterminée, ce qui excluait alors la prise en compte du caractère par nature temporaire de la loi telle que voulu par le législateur. Il aura fallu attendre l'année 2008 et plus particulièrement deux arrêts rendus le 23 janvier 2008 par la chambre sociale de la Cour de cassation pour qu'un revirement s'opère et que la jurisprudence s'aligne enfin à l'esprit du texte. Dans ces arrêts, les juges de la Cour de cassation ont considéré que même s'il existe un usage constant de recourir au CDD d'extra dans un secteur d'activité délimité, il est indispensable de contrôler que le recours à l'usage de ces contrats spécifiques est motivé par des raisons objectives qui démontrent l'existence d'éléments concrets permettant de déterminer le caractère par nature temporaire de l'emploi.

Cette exigence de ce caractère par nature temporaire de l'emploi a été rappelée récemment par la Haute juridiction dans un arrêt rendu le 14 octobre 2020.

En l'espèce, une société ayant pour objet d'activités la restauration, mais également l'organisation de dîners spectacles avait employé un salarié en qualité de trancheur dans le cadre de CDD d'extras au nombre total de 489 contrats conclus durant la période d'octobre 2004 à décembre 2010.

Le 22 août 2011, le salarié avait saisi le Conseil des prud'hommes afin de demander la requalification de ses CDD en CDI. Le défendeur quant à lui invoquait avant tout le mode de fonctionnement de son entreprise pour justifier du caractère par nature temporaire de l'emploi.

L'employeur arguait notamment que la programmation de ses dîners spectacles était aléatoire, ce qui empêchait toute planification, la programmation étant subordonnée à un nombre minimal de réservations fermes.

Mais les arguments invoqués par l'employeur n'ont pas tenu devant les juges de la Cour d'appel qui ont été approuvés par les juges de la Cour de cassation, ces derniers ayant donné gain de cause par conséquent au salarié.

Les juges ont considéré : " qu'à l'exception du grillardin, du responsable du bar et du caissier, l'ensemble des salariés de salle, dont M.R, étaient employés dans le cadre de CDD d'extras, que l'employeur reconnaissait ouvrir son restaurant, en dehors de la période d'été, une à deux fois par semaine."

Même si l'activité de l'employeur dépendait du nombre de réservations, elle présentait tout de même un caractère répétitif et régulier, l'emploi du salarié étant alors indispensable à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Dès lors l'employeur ne pouvait donc pas recourir au CDD d'usage puisque l'emploi n'affichait pas de caractère par nature temporaire, dès lors les juges ont alors prononcé la requalification des CDD d'usage successifs en CDI.

Le CDD d'usage étant utilisé particulièrement dans le secteur de l'hôtellerie et de la restauration, cet arrêt rendu par la Cour de cassation s'inscrit dans le cadre d'une continuité jurisprudentielle. Car en effet en cas de contentieux, il appartient alors à l'employeur d'apporter des éléments concrets pour établir le caractère par nature temporaire de l'emploi, qui fera l'objet d'un contrôle minutieux des juges concernant tous les éléments de l'activité de l'employeur.

Et en cas de non-existence d'éléments concrets pouvant établir le caractère par nature temporaire de l'emploi, cela entraînera la requalification de la relation de travail noué avec le salarié en CDI.

Pour conclure, même s'il aura fallu des années pour que la jurisprudence se conforme au texte tel que voulu par le législateur, ce dernier s'efforce de limiter la précarité que peut provoquer le recours au CDD d'usage. Dernièrement, la loi de finances pour 2020 avait prévu que pour chaque CDD d'usage conclu à partir du 1er janvier 2020, les employeurs devaient s'acquitter d'une taxe forfaitaire de 10 €, et cela afin de limiter le recours aux contrats d'un jour et de quelques jours et donc d'inciter les employeurs à recourir à des CDD plus longs ou des CDI. Mais le législateur dans une troisième loi de finances rectificative pour 2020 a du finalement se résoudre à appliquer cette disposition initiale pleine de bonne volonté, en supprimant cette taxe à compter du 1er juillet 2020 car les secteurs ayant le plus recours aux CDD d'usage ont subi les effets les plus terribles de la crise sanitaire tels que les hôtels, les restaurants, les cafés et l'événementiel.

Seul l'avenir nous dira si le législateur reviendra sur sa volonté initiale telle que voulue dans la loi de finances pour 2020.

Jules CAUVIN

Sources juridiques:

- *Cass.soc, 26 nov 2003, n°01-44.26*
- *Cass.soc, 23 janv 2008, n°06-44.197 et n°06-43.040*
- *Cass.soc, 14 octobre 2020, n°18-26.834*
- *Code du travail Dalloz, 2020-2021, 84ème édition*
- *Précis Dalloz « Droit du travail » de Gilles Auzero, Dirk Baugard et Emmanuel Dockès, 34ème édition*
- *Mémento Social 2020, Editions Francis Lefebvre*

Les conséquences de l'omission de mention des périodes de travail dans le contrat de travail intermittent

Cass. Soc., 30 septembre 2020 arrêt n°844 (18-24.909 ; 18-24.910 ; 18-24.912)

Le contrat de travail intermittent, est un contrat à durée indéterminée qui a pour objet de pourvoir des emplois permanents qui, par nature, alternent des périodes travaillées et des périodes non travaillées (art. L3123-34 c. trav.). Il doit être prévu par une convention ou un accord collectif, conclu par écrit et doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires notamment les périodes de travail et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes. Le non-respect de ces règles fait présumer une requalification des relations de travail en contrat de travail à temps complet. Toutefois, la jurisprudence rappelle que, dans certains cas, cette présomption peut être renversée par l'employeur.

Qu'en est-il de l'omission des périodes travaillées et non travaillées dans le contrat de travail intermittent ?

La cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt de la chambre sociale du 30 septembre 2020. En l'espèce, des salariés engagés par une société, avaient ensuite chacun signé un contrat de chargé d'enquête intermittent à garantie annuelle. Le 12 juillet 2012, les salariés avaient saisi les juges du fond de plusieurs demandes dont une en requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée à temps complet. Pour requalifier le contrat, les juges du fond invoquaient l'absence dans le contrat de la durée hebdomadaire ou mensuelle, ainsi que de la répartition du temps de travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois, en s'appuyant sur les dispositions de l'article L.3123-14 ancien (art.L.3123-6 en vigueur). Les juges du fond estimaient également que conformément à l'article L.3123-31 ancien, le contrat de travail intermittent doit prévoir les périodes travaillées et les périodes non travaillées, faute de quoi la requalification s'impose.

Dans cet arrêt la cour de cassation précise deux points fondamentaux :

En premier lieu, elle opère une distinction entre l'obligation d'indiquer les périodes de travail dans le contrat de travail intermittent et celle consistant à préciser la durée de travail ainsi que sa répartition dans le contrat à temps partiel. Se basant sur l'article L 3123-33 ancien du code du travail (art. L 3123-34 en vigueur), la haute juridiction rappelle donc que, contrairement au contrat de travail à temps partiel, le contrat de travail intermittent doit indiquer notamment les périodes travaillées et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes. En revanche, les dispositions selon lesquelles le contrat de travail doit préciser la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail prévue et la répartition de la durée de travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, ne concernent que le travail à temps partiel, et non le contrat de travail intermittent (art. L3123-14 anc.).

Ainsi, l'obligation de mentionner, dans le contrat de travail intermittent, les périodes de travail et la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes n'impose pas à l'employeur de déterminer le détail du volume horaire hebdomadaire ou mensuel de travail et de répartir ses heures de travail entre les jours de la semaine et les semaines du mois. L'employeur est uniquement tenu d'indiquer à quelle période le salarié travaille et quelle est la ventilation des heures dans les périodes de travail, de sorte que ce dernier ne soit pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il doit travailler, et qu'il ne soit pas tenu d'être constamment à la disposition de son employeur. La haute juridiction a conclu que le contrat ne pouvait donc pas être requalifié sur ce fondement.

En second lieu, la cour de cassation réfute la requalification du contrat et affirme que le contrat de travail de chargé d'enquête intermittent à garantie annuelle n'a pas à mentionner les périodes de travail.

Pour ce faire, elle distingue le contrat intermittent conclu pour pouvoir des activités qui permettent de fixer avec précision les périodes travaillées de celui conclu pour des activités qui ne le permettent pas. Ce raisonnement de la haute juridiction se justifie par le fait que la nature de certaines activités ne permet pas de fixer avec précision les périodes de travail et de répartir les heures de travail à l'intérieur de ces périodes. Tant est si bien que le code du travail (art. L212-4-9 et L3123-35 ancien, devenus art. L3123-38 en vigueur) dispose que dans ce cas, une convention ou un accord collectif détermine les adaptations nécessaires.

La cour de cassation rappelle d'abord l'exigence de mentionner les périodes travaillées et celles non travaillées. Dans les cas où la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision ces périodes, la convention collective ou l'accord étendu détermine les adaptations nécessaires. Ensuite, analysant l'accord collectif applicable à l'entreprise, la haute juridiction relève que pour le contrat de travail intermittent des chargés d'enquête, la nature des activités ne permet pas de prévoir avec précision les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes. Alors, l'employeur n'est pas tenu de mentionner les périodes de travail dans le contrat de travail. En revanche, l'employeur doit prévoir dans un écrit les dispositions conventionnelles prévoyant des garanties au bénéfice du salarié notamment sa qualification, les éléments de sa rémunération, le délai de prévenance de 3 jours, ainsi que la possibilité pour le salarié de refuser les enquêtes ne respectant pas le délai de prévenance sans que son refus soit fautif.

Cet arrêt apporte un éclairage sur les conséquences de l'absence dans le contrat de travail intermittent des périodes de travail. Le contrat de travail intermittent doit faire mention des périodes d'activité du salarié. Cette exigence ne se confond pas à celle qui consiste à préciser, dans le contrat à temps partiel, la durée hebdomadaire ou mensuelle de travail et sa répartition entre les jours de la semaine et les semaines du mois. En l'absence de cette mention, la relation de travail est présumée à temps complet. La requalification est automatique (Cass. Soc., 25 mai 2016, 15-12.332). Cependant, lorsque la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision les périodes travaillées et celles non travaillées, l'accord collectif détermine des adaptations nécessaires notamment un délai de prévenance qui doit être mentionné dans le contrat de travail. Dans ce cas, la requalification n'est pas automatique. L'omission des périodes de travail, ou l'absence du délai de prévenance conventionnelle ne crée alors qu'une présomption simple de travail à temps complet que l'employeur peut renverser en apportant la preuve que le salarié n'était pas obligé de rester en permanence à la disposition de l'entreprise (Cass. Soc., 3 juin 2020, 18-24.045).

La haute juridiction rappelle par ailleurs, que malgré les similitudes, le contrat de travail intermittent est à distinguer du contrat de travail à temps partiel. Il en résulte que l'exigence de mention des périodes de travail, érigée en condition substantielle, découle de la spécificité même de l'objet du contrat intermittent, qui en justifie la sanction de requalification de plein droit. Il sied de souligner que cet arrêt a été rendu sur le fondement des articles du code du travail antérieurs à la loi n°2016-1088 du 8 août 2016. Toutefois ces dispositions ayant été reprises par les nouveaux articles du code du travail (art. L3123-33 et s.) cette solution reste applicable.

Yan Charel EHOKAPOKO

Sources juridiques:

- *Articles du code du travail avant la loi n°2016-1088 du 8 août 2016*
- *L3123-14 ; L3123-32 ; L3123-33 ; L3123-35 ; L212-4-8 ; L212-4-9 ; L212-4-8 ; L212-4-9 ; L212-4-8 ; L212-4-9*
- *Cass. Soc., 30 sept. 2020, 18-24.909*
- *Cass. Soc., 3 juin 2020, 18-24.045*
- *Cass. Soc., 25 mai 2016, 15-12.332*
- *Convention nationale "Syntec" et annexe relative aux enquêteurs (IDCC 1486)*