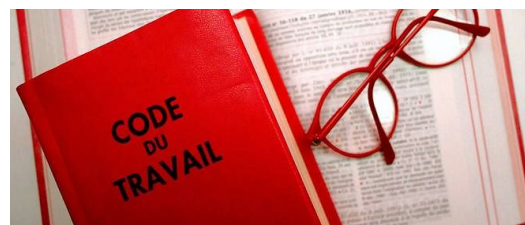


# BULLETIN DES ETUDIANTS EN MASTER 2

## DROIT DE L'ENTREPRISE - PARCOURS DROIT SOCIAL



### SOMMAIRE

**Article 1 :** *Le « CDI Senior » : Une réforme prometteuse ou un contrat déguisé ?*.....Page 2

**Article 2 :** *Le sort de l'indemnité de précarité en cas de refus de conclure un CDI au terme d'un CDD*.....Page 5

**Article 3 :** *L'atteinte à la liberté du travail : les délais de prescription un atout majeur dans la contestation de la clause de non-concurrence*.....Page 7

**Article 4 :** *Risque de requalification du CDD en CDI : un contrôle renforcé des motifs de recours au contrat à durée déterminée*.....Page 10

### Actualités Master II Droit de l'Entreprise – parcours Droit Social

Dernière année universitaire pour nous juristes en Master II Droit Social !

Rythmée par de la pratique, avec des stages et des alternances, mais également par de la théorie, cette dernière année sur les bancs de la faculté s'annonce capitale pour notre lancement dans la vie active et nous permettra de concrétiser des objectifs de carrière.

Une annonce était tout particulièrement attendue en ce mois d'octobre. En effet, le récent changement de Gouvernement a suscité des interrogations en matière de droit du travail.

Par une déclaration ce 1<sup>er</sup> octobre 2024 devant l'Assemblée nationale, le Premier ministre, Michel Barnier, a dévoilé son programme social. Parmi les éléments évoqués on notera la potentielle augmentation du SMIC de 2% dès le 1<sup>er</sup> novembre 2024 ou encore une renégociation éventuelle en matière de retraite et d'emploi des seniors. Ce dernier sujet fera notamment l'objet d'un de nos articles afin de comprendre quels sont les enjeux sous le prisme de l'embauche.

Pour cette nouvelle revue, nous aborderons également des sujets d'actualité en matière d'embauche tirés de la jurisprudence. En effet, nous reviendrons sur la question du droit à l'indemnité de précarité, l'atteinte à la liberté du travail ou bien encore le risque de requalification du CDD en CDI.

**Bonne lecture !**

## Le « *CDI Senior* » : Une réforme prometteuse ou un contrat déguisé ?

A la suite de sa déclaration de politique générale, le Premier ministre Michel Barnier a confié de nouveau aux partenaires sociaux la responsabilité de relancer les négociations sur deux sujets particulièrement sensibles : l'indemnisation du chômage et l'emploi des seniors.

Patronat et syndicats ont ainsi entamé, le 22 octobre 2024, un nouveau cycle de discussions, avec pour objectif de parvenir à un accord d'ici mi-novembre. Dans l'attente de leur conclusion, il est pertinent d'examiner les perspectives et les enjeux actuels de l'emploi des seniors sous l'angle du droit de l'embauche.

Bien que le taux d'activité des seniors atteigne son niveau le plus élevé depuis 50 ans, une récente étude de l'INSEE révèle qu'il demeure inférieur à la moyenne observée dans l'Union européenne. En 2023, le taux d'activité des 55-64 ans en France s'élevait à 61,7%, comparé à 67% au sein de l'Union européenne à 76,4% en Allemagne. Face au vieillissement de la population active et aux récentes réformes des retraites, l'instauration d'un contrat spécifique pour les travailleurs expérimentés est l'une des solutions envisagées pour encourager leur maintien dans l'emploi.

Le « contrat à durée indéterminée senior » (« *CDI senior* »), également appelé « contrat de valorisation de l'expérience », actuellement en discussion, vise à inciter les salariés proches de la retraite à prolonger leur activité professionnelle, tout en répondant aux besoins des entreprises en matière de compétences.

Ce contrat offrirait aux travailleurs de plus de 57 ans la possibilité de prolonger leur activité professionnelle tout en bénéficiant de la sécurité apportée par le cadre protecteur du CDI, notamment en matière de stabilité d'emploi et d'avantages sociaux. L'objectif est d'encourager les entreprises à recruter des seniors en leur proposant des avantages fiscaux ou des exonérations de charges. Ces mesures visent à compenser les coûts potentiellement plus élevés associés à l'embauche de travailleurs expérimentés, comme des salaires souvent plus importants ou des frais de santé accrus.

Le fil conducteur de ce contrat serait de permettre au salarié de bénéficier d'aménagement du temps et des conditions de travail pendant toute la durée du contrat qui prendrait fin dès que l'employé atteint le seuil pour bénéficier d'une retraite à taux plein, et non plus à l'âge butoir actuel de 70 ans. L'employeur aurait alors la possibilité de mettre unilatéralement le salarié à la retraite, sans que ce dernier ne puisse s'y opposer, tout en s'engageant à ne pas rompre le contrat avec l'obtention de ce taux plein.

Bien que cette mesure n'ait pas encore été officiellement adoptée, elle soulève de nombreuses questions juridiques, notamment en ce qui concerne sa compatibilité avec le principe d'égalité de traitement, le risque de discrimination fondée sur l'âge, ainsi que les garanties de protection des salariés. En effet, en introduisant des conditions potentiellement moins protectrices que celles du CDI classique, le « *CDI senior* » pourrait être perçu comme une forme de discrimination déguisée, entrant en conflit avec les principes fondamentaux du droit du travail.

La Constitution française ainsi que l'article L. 1132-1 du Code du travail et les directives européennes (notamment la Directive 2000/78/CE) interdisent toute discrimination à l'embauche fondée sur l'âge prônant ainsi l'égalité de traitement. Des différences peuvent toutefois être admises à condition d'être « objectivement et raisonnablement justifiées » par un objectif légitime, et d'être proportionnées à cet objectif.

En vertu des principes d'égalité de traitement et d'uniformité des droits, les salariés en CDI doivent bénéficier de conditions comparables notamment en matière de protection contre le licenciement et d'évolution de carrière. Bien que l'objectif affiché soit légitime, à savoir l'intégration des travailleurs plus âgés, la mise en œuvre de ce contrat en créant des règles spécifiques pour l'embauche des seniors, risque de rompre cette égalité.

Si le « *CDI senior* » prévoit des droits amoindris en matière de licenciement, de préavis ou d'accès aux formations continues, il pourrait créer une « sous-catégorie » de salariés en CDI. Cette approche pourrait alors fragiliser l'argumentaire juridique puisque ce contrat distingue les travailleurs uniquement en fonction de leur âge, sans qu'il soit toujours possible de justifier de cette différenciation de manière proportionnée et objective, transformant ainsi le « *CDI senior* » en une forme de discrimination indirecte. Ce type de segmentation du marché du travail pourrait être perçu comme contraire au principe d'égalité de traitement.

En créant un contrat de travail spécifiquement pour les seniors, le « *CDI senior* » pourrait accentuer les préjugés et les stéréotypes dont les travailleurs âgés sont déjà victimes, en véhiculant l'idée qu'ils nécessitent un statut particulier pour être embauchés.

De plus, le « *CDI senior* », s'il autorise des modalités de rupture assouplies, pourrait en réalité s'apparenter davantage à un contrat à durée déterminée (CDD) qu'à un CDI. Une facilitation des conditions de licenciement pour les seniors reviendrait à les priver des garanties de stabilité et de continuité inhérentes au CDI, créant une situation de précarité déguisée. En outre, on peut légitimement se questionner si cela pourrait entraîner une requalification potentielle en CDD par les juges qui veillent à ce que la nature de l'emploi respecte le modèle de droit commun.

Dans cette même optique, le « *CDI senior* », qui est censé être un contrat à durée indéterminée, peut-il vraiment l'être, étant donné qu'un âge de fin de contrat serait fixé, ce qui lui conférerait ainsi une échéance déterminée ?

Il en résulte que si le « *CDI senior* » est perçu comme une « voie de contournement » aux droits associés au CDI classique, cela pourrait entraîner des sanctions pour les entreprises qui en abusent, les exposant à des amendes et à un contrôle renforcé de leurs pratiques de recrutement.

Ce nouveau type de contrat vise des objectifs louables tant pour les salariés que pour les employeurs, tels que la valorisation de l'expérience, la réduction du chômage des seniors, un accompagnement vers la retraite, ainsi qu'un encouragement à la diversité au sein des entreprises, tout en répondant aux besoins de celles-ci. Cependant pour qu'il puisse être considéré comme conforme aux règles du droit de l'embauche, il serait nécessaire de démontrer que :

- ☐ Ce dispositif répond à un objectif légitime clairement défini : l'insertion durable des seniors.
- ☐ Il est proportionné et ne crée pas une situation de précarité pour les salariés concernés.
- ☐ Il comporte des protections équivalentes à celles du CDI classique, afin de ne pas pénaliser les seniors en termes de droits ou de conditions de travail.

**Camille CHIAMPI**

**Sources :**

- (1) Article L. 1132-1 du Code du travail
- (2) Article 1<sup>er</sup> de la Constitution
- (3) Article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen
- (4) Directive 2000/78/CE
- (5) Insee : Emploi, chômage, revenus du travail paru le 22/08/2024

## Le sort de l'indemnité de précarité en cas de refus de conclure un CDI au terme d'un CDD

Un employeur a la possibilité de proposer à un salarié de conclure un contrat à durée indéterminée (CDI) à la suite de son contrat à durée déterminée (CDD). L'article L.1243-8 du code du travail (1) précise que lorsque l'employeur ne propose pas la conclusion d'un CDI au salarié au terme de son CDD, ce dernier perçoit une indemnité de fin de contrat égale à 10% de sa totale brute afin de compenser la précarité de sa situation. C'est ce que l'on appelle l'indemnité de précarité.

Toutefois, il existe plusieurs exceptions au versement de cette indemnité. Ainsi, l'article L.1243-10 du code du travail (2) précise notamment qu'elle n'est pas due " 3° Lorsque le salarié refuse d'accepter la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente".

Dans un arrêt inédit rendu le 3 juillet 2024 (3), la Cour de cassation s'est prononcée au sujet du versement de cette indemnité dans le cadre de l'exception citée au 3° de l'article ci-dessus visant les cas de refus d'un salarié de conclure un CDI au terme de son CDD pour un poste et une rémunération équivalents.

En l'espèce, une salariée avait conclu un CDD avec une société dont le terme était prévu le 29 août 2021. Le 14 juin 2021, l'entreprise lui proposait de conclure un avenant à son CDD afin de le transformer en CDI, mais elle avait refusé cette offre. Le 31 janvier 2022, elle saisit la juridiction prud'homale en paiement, notamment, de l'indemnité de précarité qu'elle n'avait pas perçue au terme de son CDD.

En effet, la salariée estimait que l'indemnité lui était due malgré l'exception de l'article L.1243-10 au motif que la proposition de conclusion d'un CDI était survenue après que la salariée ait affirmé son souhait de ne pas poursuivre la relation de travail après la fin de son CDD. Les juges du fonds, dans une décision du 19 décembre 2022 avaient suivi le raisonnement de la salariée et condamné la société à lui verser la prime de précarité qu'elle aurait dû percevoir au terme de son CDD.

Dès lors, la société s'est pourvue en cassation. Elle fait grief au jugement de statuer comme elle l'a fait alors que l'article L.1243-10 dispose que l'employeur n'est pas tenu de verser l'indemnité de précarité lorsque le salarié en CDD refuse de conclure un CDI pour un poste identique ou similaire et une rémunération au moins équivalente, ce qui était bien le cas en l'espèce et n'était pas contesté par les parties.

L'indemnité de précarité est-elle due lorsque le salarié a refusé une proposition de transformation de son CDD en CDI après qu'il ait affirmé son souhait de ne pas poursuivre la relation de travail au terme de son contrat ?

Dans un arrêt de cassation rendu au visa de l'article L.1243-10 du code du travail, la Cour de cassation censure la décision des juges du fonds et fait droit à la société. En effet, elle retient que la société avait proposé à la salariée de transformer son CDD en CDI avant le terme de son CDI et que par conséquent la disposition de l'article L.1243-10 portant sur l'exception du versement de l'indemnité de précarité en cas de refus de conclure un CDI au terme du CDD pour un poste similaire et une rémunération au moins équivalente s'appliquait au litige. Dès lors, elle estime que l'employeur n'avait pas à verser l'indemnité de précarité à la salariée.

Deux choses importantes sont à retenir de cet arrêt. Tout d'abord, le fait qu'un salarié exprime son souhait de ne pas poursuivre la relation de travail après la fin de son CDD avant que l'employeur ne lui propose de transformer son CDD en CDI est indifférent concernant le versement de l'indemnité.

Ceci s'explique par le second point notable de cette solution : la cour considère que la condition déterminante dans le versement ou non de l'indemnité de précarité est la chronologie des événements. De fait, pour prendre sa décision, elle s'assure que la proposition de transformation a bien eu lieu avant le terme du CDD. Aussi, ce qui compte c'est le moment de la formulation de la proposition de transformation faite par l'employeur. Il faut que cette proposition ait lieu avant l'échéance du CDD pour que l'employeur soit affranchi du versement de l'indemnité de précarité.

Cette position de la Cour de cassation n'est pas surprenante car elle se place dans la continuité d'un arrêt qu'elle avait rendu le 3 décembre 1997 (4). En effet, elle avait affirmé que l'employeur ne démontrait pas avoir proposé à la salariée de transformer son CDD en CDI avant la date de fin de celui-ci et que le CDI établi ensuite entre eux portait une date postérieure au terme du CDD. Par conséquent, l'indemnité de précarité n'était pas due.

Si l'on suit un raisonnement à contrario, cela signifie que si l'employeur peut démontrer qu'il avait formulé une proposition de transformation avant la date d'échéance du CDD, alors il n'est pas tenu de verser l'indemnité de précarité. C'est précisément ce qu'affirme la chambre sociale dans sa décision du 3 juillet 2024, confirmant ainsi sa position passée.

Cette solution qui paraît assez logique semble se placer en faveur de l'employeur. En effet, à l'avenir un employeur qui a connaissance du fait qu'un salarié en CDD n'a pas l'intention de poursuivre sa relation de travail au terme de celui-ci peut être tenté de lui proposer de conclure un CDI afin de s'affranchir du paiement de l'indemnité de précarité, alors même qu'il n'avait pas l'intention de l'envisager jusqu'alors.

Cela offre la possibilité aux employeurs d'utiliser cette règle pour éviter le paiement de l'indemnité de précarité simplement en respectant la condition d'antériorité de la proposition de transformation par rapport au terme du CDD lorsqu'il sait que le salarié va la refuser. Évidemment rien n'oblige le salarié à l'en avertir, ni ne l'empêche de changer d'avis et, finalement, d'accepter la proposition.

Elise ALA VOINE

#### Sources :

- (1) Article L. 1243-8 du Code du travail
- (2) Article L. 1243-10 du Code du travail
- (3) Cass. Ch. Soc. 3 juillet 2024, n°23-12.340
- (4) Cass. Ch. Soc. 3 décembre 1997, n°95-45.093



## L'atteinte à la liberté du travail : les délais de prescription un atout majeur dans la contestation de la clause de non-concurrence

La liberté du travail sujet sur lequel de nombreuses discordes émergent et qui demeure toujours un sujet sensible reste avant tout un principe fondamental protégé par **l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (1)**. En effet, cette dernière a pour habitude d'être confrontée aux clauses contractuelles restreignant son champ d'application telles que les clauses de non-concurrence.

Ces clauses limitent la possibilité pour un salarié de travailler chez un concurrent après la rupture de son contrat, mais elles ne sont valides que si elles respectent plusieurs critères notamment la protection des intérêts légitimes de l'employeur visant une activité précise, la proportionnalité dans la durée, la limitation géographique et le versement d'une contrepartie financière. Cela soulève la question centrale de la prescription et l'application des clauses de non-concurrence.

En effet, ressort de ce sujet, une problématique bien plus complexe : ***Comment s'articulent les délais de prescription lors de la contestation de l'exécution d'une clause de non-concurrence sans porter atteinte à la liberté du travail ?***

Des précisions quant à l'application de ces délais de prescription ont notamment été mis en exergue dans un arrêt récent de la Cour de cassation réunie en chambre sociale ce **2 octobre 2024 (2)**. Dans cette affaire, un salarié ayant démissionné en 2014 ayant pris effet le 26 février 2015 conteste la validité des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation de son contrat de travail. Après une tentative de conciliation échouée, il saisit le Conseil de prud'hommes en 2018 ayant pour intérêt l'obtention de dommages-intérêts. Il souhaite d'une part, la nullité de la clause de non-concurrence, et à défaut, le paiement de la contrepartie financière prévue.

La Cour d'Appel de Rennes, le 24 novembre 2022, rejette l'ensemble des demandes avec pour motif la prescription des diverses demandes du salarié. Dès lors, ce dernier forme un pourvoi en cassation, ayant pour conséquence la cassation de la décision rendue par la Cour d'Appel. En effet, concernant la demande de dommages-intérêts pour clause illicite, la Cour de cassation confirme que la prescription biennale court à partir de la mise en œuvre de la clause lors de la rupture du contrat et non à la stipulation de la clause au titre de **l'article L. 1471-1 du Code du travail (3)**. Toutefois, l'action était dans le cas d'espèce prescrite.

Quant au paiement de la contrepartie financière, la prescription est triennale car la somme était conforme à la nature d'un salaire au titre de **l'article L. 3245-1 du Code du travail (4)**. Dès lors, le délai devait commencer à courir à compter du moment où la créance était exigible. C'est ainsi que la prescription ne pouvait être acquise dans le cas d'espèce. Enfin, quant à la non-application de la clause et l'atteinte à la liberté du travail, la Cour de cassation précise que le délai de prescription devait commencer à courir à l'expiration de clause de non-concurrence soit au 26 février 2017 et non à la date de rupture du contrat conformément à **l'article L. 1471-1 du Code du travail**. Par conséquent, cette demande ne pouvait être également prescrite.

Au travers de ces précisions soulevées par la Cour de cassation dans cette décision s'organisent néanmoins diverses analyses. D'une part, quant à l'indemnité compensatrice de salaire, cette notion avait déjà été mise en exergue dans un **arrêt du 24 novembre 2022 (5)**. Cette jurisprudence constante soulève la différence entre la prescription biennale pour les dommages-intérêts pour atteinte à la liberté du travail et de l'autre la prescription triennale au travers de la créance salariale issue de la contrepartie.

D'autre part, elle évoque également la notion de délai de prescription dans divers autres arrêts tel que celui du **27 octobre 2022 (6)**. Dans cet arrêt, la Cour avait rappelé une fois de plus que les délais de prescriptions étaient des éléments cruciaux pour les droits des salariés.

Cette distinction clarifie pour les salariés, les délais de prescription selon la nature de leurs demandes ayant pour conséquence un renforcement de la lisibilité de leurs droits. Néanmoins, la complexité de ces délais peut parfois être mis à mal limitant l'accès des salariés non accompagnés juridiquement à la contestation de leur clause de non-concurrence. Au travers de ces différentes énonciations des juridictions se dégage une volonté de clarifier et simplifier l'accès à la justice pour que les salariés puissent faire valoir leurs droits à temps.

Dans un second temps, la Cour souligne le point de départ des délais de prescription soit à la mise en œuvre de la clause de non-concurrence, soit à la date d'exigibilité de la créance. Dans un **arrêt du 7 mars 2007 (7)**, elle avait déjà indiqué que ce délai commence dès que le salarié prend connaissance de la violation. Au travers de cette précision, elle offre le temps nécessaire au salarié pour évaluer l'impact que pourrait causer cette clause sur sa liberté professionnelle avant d'en contester la validité ou d'en réclamer l'application.

Cependant, ce sujet peut parfois soulever des limites à son exercice, en effet, ***quand une clause commence-t-elle à restreindre la liberté professionnelle du salarié ?*** A cet égard, cette question peut parfois être soumise à des incertitudes quant à son application entraînant une insécurité juridique pour les salariés et parfois même pour les employeurs. De même, bien que la contrepartie financière soit obligatoire, celle-ci ne suffit pas toujours à compenser l'entrave que peut entraîner celle-ci dans la liberté du travail du salarié. Plus précisément, dans certains secteurs où les opportunités professionnelles restent limitées, ce type de clause peut nuire à la carrière d'un salarié même en cas de contrepartie financière.

Par cette lisibilité accrue offerte par la Cour quant à la distinction des délais de prescription s'organise une meilleure compréhension des droits des salariés en matière d'embauche et de mobilité professionnelle. A cet égard, dès l'embauche, le salarié peut désormais prendre le recul nécessaire en cas de contestation d'une clause de non-concurrence que ce soit pour demander la nullité de la clause abusive ou encore le versement de la contrepartie financière. Au travers de cet aspect, se dégage un équilibre entre la liberté d'entreprise de l'employeur et la protection de la liberté du travail du salarié, surtout dans les secteurs où la mobilité peut être freinée par la présence de ce type de clauses.

Enfin, côté employeur, cette clarification des délais de prescription renforce une vigilance accrue quant à la rédaction et à la justification des clauses de non-concurrence. En effet, le cadre juridique imposée par la Cour et par les délais de prescription incite les employeurs à limiter l'usage de ce type de clauses et à veiller à la conformité de celles-ci, entraînant un impact direct sur les stratégies d'embauches pour éviter tous risques juridique.

A l'avenir, tant les salariés que les employeurs devront porter une attention particulière au point de départ et à la durée de la prescription de ce type de clause pour permettre une meilleure compréhension des droits et obligations de chacun.

**Eléonore JULIEN-CARAGUEL**



**Sources :**

(1) Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)

(2) Cass. Soc., 2 octobre 2024, n°23-12.844 – Prescription et clause de non-concurrence des précisions jurisprudentielles par Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian (11 octobre 2024 – Lexbase)

(3) Article L. 1471-1 du Code du travail

(4) Article L. 3245-1 du Code du travail

(5) CA, Rennes, 24 novembre 2022, n°19/06482

(6) CA, Angers, 27 octobre 2022, n°20/00113

(7) Cass. Soc., 7 mars 2007, n°05-45.511

## Risque de requalification du CDD en CDI : un contrôle renforcé des motifs de recours au contrat à durée déterminée

L'époque où le CDI n'était qu'un contrat précaire face au CDD est bel et bien révolue. Aujourd'hui en droit du travail, le CDI est la norme tandis que le CDD est l'exception. Preuve en est, par une jurisprudence bien établie, qu'une mauvaise utilisation d'un CDD emporte requalification en CDI. Une nouvelle fois, la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirme le sort d'un contrat conclu pour les besoins de l'activité normale et permanente de l'entreprise (*Cass. Soc. 18 septembre 2024, n°23-16.782*).

Sous la plume du législateur, le CDD est défini de deux façons. La première est négative car elle tend à définir le CDD comme un contrat de travail qui ne peut avoir pour seule finalité de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La seconde définition est positive puisqu'elle réserve au CDD l'exécution d'une tâche précise et non durable notamment lors d'un accroissement temporaire d'activité (*articles L. 1242-1 et L. 1242-2 C. trav.*).

La mission confiée au salarié était-elle précise et temporaire dans l'arrêt du 18 septembre 2024 ? Dans les faits, l'intéressé avait été embauché en qualité de médecin gériatre par une célèbre fondation. Plusieurs CDD avaient été conclus avec ce salarié, puis renouvelés, entre 2014 et 2016 au motif d'un accroissement temporaire d'activité lié à l'ouverture d'une nouvelle unité au sein de la structure. Le dernier contrat en date avait été rompu en janvier 2016. Souhaitant contester cette rupture, le salarié saisit le Conseil de prud'hommes.

Devant la Cour de cassation, le salarié fait grief à l'arrêt de la Cour d'appel de le débouter de ses demandes de requalification de ses deux derniers CDD en CDI.

La chambre sociale de la Cour de cassation se veut claire et explicite. A l'appui des dispositions du Code du travail relatives au CDD, la Haute juridiction considère que « le surcroît d'activité entraîné par l'ouverture d'une nouvelle unité, qui s'intégrait dans le cadre de l'activité normale et permanente de l'association, n'était pas temporaire ». Dès lors, « la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ».

Cette requalification était-elle justifiée ? Il semblerait que oui puisque la solution n'est pas nouvelle en la matière. En effet, la Cour de cassation avait jugé en octobre 2023 que puisqu'aucune preuve n'avait été rapportée par un employeur permettant de justifier un accroissement temporaire d'activité, il pouvait en être déduit que les contrats avaient pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et devaient donc être requalifiés en CDI (*Cass. Soc. 11-10-2023, n°22-15.726*).

Force est de constater que le motif de recours au CDD est strictement contrôlé par les juges. Il en est donc ainsi très logiquement lorsque l'employeur décide de recourir au CDD en cas de surcroît d'activité temporaire.

Par accroissement temporaire d'activité il faut entendre « une augmentation temporaire de l'activité habituelle de l'entreprise » (*circulaire du 30 octobre 1990*). En d'autres termes, ce surcroît d'activité ne doit pas nécessairement être « exceptionnel » mais doit être inhabituel et limité dans le temps.

## **L'embauche d'un salarié en CDD est-elle doublement contrôlée en cas d'accroissement temporaire d'activité ?**

Au premier abord, il est légitime de penser que la Cour de cassation n'opère qu'un simple contrôle du motif de recours au CDD. En réalité, la Haute juridiction étaye une jurisprudence limitative du recours au CDD pour accroissement temporaire d'activité. En effet, il y a des situations dans lesquelles la Cour de cassation n'admet pas la validité d'un CDD car elle considère que le surcroît d'activité n'est pas établi. Dès lors, le développement d'une nouvelle activité, par exemple, ne permet pas nécessairement d'établir un accroissement temporaire d'activité car on ne peut prédire à l'avance si l'activité sera durable ou non (*Cass. Soc. 29 octobre 2014, n°12-27.396*).

Dans l'arrêt de 2024, les juges du fond avaient considéré que la création d'une nouvelle unité au sein de la structure justifiait le surcroît d'activité et donc légitimait la conclusion d'un CDD. La Cour de cassation ne conteste pas en tant que tel ce surcroît d'activité mais conteste en revanche son caractère temporaire. On en déduit que le contrat était, dès l'embauche du salarié, irrégulier car le motif de recours au CDD était tout simplement infondé.

En réalité, la solution apportée par l'arrêt du 18 septembre 2024 implique pour l'employeur de motiver en deux temps son embauche pour une durée déterminée. En effet, l'employeur doit, d'une part, justifier le recours au CDD conformément aux motifs de recours autorisés limitativement par la Loi. D'autre part, l'employeur doit se projeter dans le devenir du contrat, au moment même de l'embauche, afin d'affirmer que le surcroît d'activité sera bel et bien temporaire.

### **Le CDD est-il finalement encore attractif pour l'employeur ?**

Il est évident que la Cour de cassation n'a pas pour unique volonté de faire disparaître définitivement, dans un devenir proche ou lointain, le CDD. Le présent arrêt pourrait légitimement être défendeur en énonçant que les magistrats n'ont fait que renouveler leur jurisprudence tendant à renforcer le contrôle des cas de recours au CDD, le rendant davantage précaire par rapport au CDI. De plus, renforcer ce contrôle à l'égard des choix contractuels de l'employeur renvoi à corriger, une nouvelle fois, le déséquilibre contractuel qui existe en droit du travail. En effet, l'employeur doit nécessairement informer le salarié des raisons pour lesquelles il souhaite l'embaucher pour une durée déterminée. Enfin, cette requalification, qui s'assimile à une sanction pour l'employeur, ne fait qu'accroître le caractère « créateur d'emplois » du CDI.

Dans le présent arrêt, les magistrats du 5 Quai de l'Horloge à Paris laissent sous-entendre que la création de cette nouvelle unité au sein de l'association aurait dû avoir pour unique vocation de créer un emploi stable contribuant à l'activité normale et permanente de la structure.

Thématique source de contentieux, le recours au CDD pour accroissement temporaire d'activité fera encore parler de lui à l'avenir...

**Liza GREGORUTTI**

#### **Sources :**

- (1) Articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du Code du travail
- (2) Circulaire DRT 90-18 du 30 octobre 1990 : BOMT n°90-24
- (3) Cass. Soc., 18 septembre 2024, n°23-16.782
- (4) Cass. Soc., 11 octobre 2023, n°22-15.726
- (5) Cass. Soc., 29 octobre 2014, n°12-27.396
- (6) Pascal Lokiec – Droit du travail – 2<sup>ème</sup> édition mise à jour
- (7) Dalloz.fr – Contrat de travail à durée déterminée – Cécile HABLLOT – Juin 2024