



**Demande d'avis n° N 1370006**

**Séance du 21 octobre 2013**

**Juridiction : Conseil de prud'hommes de Tours**

**Rapporteur : Mme Emmanuelle Wurtz, conseiller référendaire à la chambre sociale**

## **RAPPORT**

La Cour de cassation est saisie d'une demande d'avis sur la question suivante :

**La procédure de rupture d'un contrat de travail à durée déterminée pour inaptitude du salarié, constatée par le médecin du travail, telle que prévue par l'article L. 1243-1 du code du travail, doit- elle donner lieu à une convocation à un entretien préalable ?**

1 Faits et procédure à l'origine de la demande d'avis :

Mme X... a été engagée en qualité d'employée de collectivité le 13 mars 2007 par l'association Village Vacances La Saulaie, suivant un contrat «d'avenir» de 24 mois, et pour une durée de 26 heures par semaine. Le contrat a été renouvelé le 25 février 2009 pour une durée de 36 mois <sup>1</sup>. Le 22 septembre 2011, lors d'une visite périodique, le médecin du travail a déclaré l'intéressée temporairement inapte. Lors de la seconde visite médicale du 7 octobre 2011, elle a été déclarée inapte à son poste, mais apte à un poste sans port ni manipulation de charges, ni station debout prolongée. Le contrat ayant été rompu par lettre du 2 novembre 2011, avant le terme, pour inaptitude et impossibilité de reclassement, la salariée a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, le 16 janvier 2012.

---

<sup>1</sup>1 «Le contrat d'avenir a été abrogé, à compter du 1er janvier 2010, par la loi no 2008-1249 du 1er décembre 2008. Il était régi par les articles L. 322-4-10 et suivants, devenus L. 5134-35 et suivants du code du travail. Destiné à favoriser l'insertion sociale de personnes bénéficiaires d'allocations de solidarité et visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits (C. trav. art. L. 5134-38), le contrat d'avenir s'adressait au secteur non marchand (collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public, organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public, associations...).Le contrat de travail était un contrat à durée déterminée conclu en application de l'article L. 1242-3 du code du travail (contrats dits aidés) pour une durée de deux ans(C. trav. art. L. 5131-41 et s.)» Extrait du rapport de Mme le conseiller Goasguen sous le pourvoi n° 12-17.285

Par jugement du 8 janvier 2013 (non versé au dossier mais auquel il est fait référence dans le jugement du 12 juillet 2013), le conseil de prud'hommes a statué sur une partie des demandes et a ordonné la réouverture des débats afin de recueillir les observations du ministère public et des parties sur une éventuelle saisine de la Cour de cassation pour avis, s'agissant de la demande portant sur l'indemnité pour non respect de la procédure de «licenciement».

Par jugement du 12 juillet 2013, le conseil de prud'hommes a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis sur la question précitée.

## 2 Recevabilité de la demande d'avis :

### 2.1 Au regard des règles de forme :

Selon l'article 1031-1 du code de procédure civile :

*«Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet [...]».*

Selon l'article 1031-2 du code de procédure civile :

*«La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour».*

En l'espèce, il ressort de la note d'audience du 8 novembre 2012 que le conseil de prud'hommes a été invité, par le conseil de la salariée, à saisir la Cour de cassation d'une «question préjudicielle» sur la nécessité ou non de convoquer la salariée à un entretien préalable à une rupture du contrat de travail à durée déterminée qui serait fondée sur son inaptitude au poste. La même note d'audience indique que le conseil de l'employeur ne s'y est pas opposé. Il ressort du jugement prononcé le 12 juillet 2013 qu'un premier jugement a été rendu le 8 janvier 2013 (non produit au dossier), lequel a ordonné une réouverture des débats au 10 avril 2013 pour entendre le ministère public et les parties en leurs observations et conclusions sur «la question préjudicielle» posée conformément à l'article L.1031-1 du code de procédure civile. Sont produits l'avis du ministère public reçu le 9 avril 2013 au secrétariat-greffe et les conclusions de l'employeur déposées le 10 avril 2013. Le 26 avril 2013, le conseil de prud'hommes a ordonné une nouvelle réouverture des débats en raison d'une reformulation de la question, à la demande de l'employeur. Sont produits un nouvel avis du ministère public reçu le 5 juin 2013 et la note d'audience du même jour précisant que les parties ont présenté leurs observations oralement.

Par jugement du 12 juillet 2013, le conseil de prud'hommes de Tours a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes précités. Cette décision a été notifiée aux parties et la date de transmission du dossier à la Cour de cassation portée à leur connaissance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 13 juillet 2013. Le Ministère public près la juridiction, le premier président de la cour d'appel et le procureur général ont été également avisés de la demande d'avis, par courrier daté du 12 juillet 2013, adressé par télécopie (mentionnant une date de réception manifestement erronée du 1er janvier 2002).

Les conditions de forme prévues par les articles L.1031-1 et L.1031-2 du code de procédure civile paraissent remplies.

## 2.2 Au regard des règles de fond :

Aux termes de l'article L.441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit, nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

### 2.2.1 Une question de droit :

Il ne peut y avoir lieu à avis que si la question posée est de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce<sup>2</sup>. Aussi, une question mélangée de fait ou supposant «*l'examen de situations concrètes nécessairement soumises à un débat contradictoire devant les juges du fond*» n'entre-t-elle pas dans les prévisions de la loi<sup>3</sup>.

En l'occurrence, la question posée à la Cour ne suppose pas l'examen des éléments de fait de l'espèce et présente un lien avec la solution du litige, dès lors que l'indemnité pour non respect de la procédure de licenciement ne peut être attribuée que si un entretien préalable avait vocation à être effectué, ce qui fait l'objet du débat.

### 2.2.2. une question nouvelle :

Une question de droit peut être nouvelle soit parce qu'elle concerne l'application d'un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation<sup>4</sup>.

La Cour de cassation n'a jamais statué et, à ce jour, n'est saisie d'aucun pourvoi portant sur la question de la portée de l'article L. 1243-1 du code du travail, tel qu'issu de l'article 49 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Pour l'application de cette condition à une demande émanant d'un conseil de prud'hommes, voir Avis du 1er décembre 2003, n° 00-00.000, Bull. 2003, Avis n° 2 ; Avis du 5 décembre 2011, n° 11-00.006, Bull. 2011, Avis, n° 8 ; ou encore, dans un autre domaine : Avis du 12 décembre 2011, n° 11-00.007, Bull. 2011, Avis n° 9

<sup>3</sup> Avis du 11 mars 1994, n° 09-40.003, Bull. 1994, Avis, n° 9

<sup>4</sup> F. Zenati, " La saisine pour avis de la Cour de cassation ", Chronique -XLIX, Dalloz 1992, p.247

### 2.2.3 une question se posant dans de nombreux litiges :

Eu égard au volume d'affaires traité par les conseils de prud'hommes, à l'importance croissante du recours aux contrats à durée déterminée <sup>6</sup> et à l'incidence des problèmes de santé sur le maintien dans l'emploi <sup>7</sup>, la question de la rupture du contrat à durée déterminée pour inaptitude est susceptible de se présenter dans de nombreux litiges.

### 2.2.4 une question posant une difficulté sérieuse :

La question est sérieuse dès lors qu'elle commande la solution du litige <sup>8</sup> et qu'elle donne ou pourrait donner lieu à plusieurs solutions divergentes d'égale pertinence de la part des juridictions du fond. Ainsi, selon la formule de J. et L. Boré, «*Il faut que la question posée puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond*» <sup>9</sup>.

Mais une question n'est pas sérieuse lorsqu'elle dépend d'une opération de qualification qui relève de l'office du juge <sup>10</sup>, lorsque la réponse va de soi <sup>11</sup> ou encore lorsque la réponse résulte de la lecture et de la combinaison des textes en cause dont les conditions d'élaboration et d'application ne suscitent aucune interrogation <sup>12</sup>.

En l'espèce, les textes susceptibles d'être appliqués dans les litiges liés à la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée sont les suivants :

#### Article L.1243-1 du code du travail :

---

<sup>5</sup> Le SDER n'a identifié aucun pourvoi en cours devant la chambre sociale de la Cour de cassation portant sur la rupture d'un CDD pour inaptitude

<sup>6</sup> Selon les indicateurs de la Dares parus en septembre 2013, la part des CDD dans les embauches a atteint 82.4% au premier trimestre 2013, ce qui constitue le niveau le plus haut de ces dix dernières années. Cf. [http://www.emploi.gouv.fr/files/études-publications/mouvements\\_main-doeuvre\\_trimestre1\\_2013.pdf](http://www.emploi.gouv.fr/files/études-publications/mouvements_main-doeuvre_trimestre1_2013.pdf)

<sup>7</sup> «Pour l'ensemble des salariés déclarés inaptes, le niveau de maintien dans l'emploi demeure très bas», relève Eric Berger dans «Santé et travail» n° 074, avril 2011, disponible en ligne [http://www.Santé-et-travail.fr/statistiques--les-chiffres-inquiétants-de-l-inaptitude\\_fr\\_art\\_1084\\_53826](http://www.Santé-et-travail.fr/statistiques--les-chiffres-inquiétants-de-l-inaptitude_fr_art_1084_53826).

<sup>8</sup> Avis du 23 avril 2007, n° 07-00.008 ; Avis du 20 octobre 2000, n° 02-00.014

<sup>9</sup> J et L. Boré , La cassation en matière civile, Dalloz Action, 2009-2010, n° 24.33

<sup>10</sup> Avis du 4 mai 2010, n° 10-00.001

<sup>11</sup> Avis du 29 janvier 2007, n°07-00.003

<sup>12</sup> Avis du 26 septembre 2006, n°06-00.010

«Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'incapacité constatée par le médecin du travail».

Article L.1243-2 al 1 du code du travail :

«Par dérogation aux dispositions de l'article L.1243-1, le contrat 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».

Article L.1243-4 du code du travail :

«La rupture anticipée du contrat à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'incapacité constatée par le médecin du travail ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat prévue à l'article L.1243-8. Toutefois, lorsque le contrat de travail est rompu avant l'échéance du terme en raison d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié a également droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. Cette indemnité est à la charge de l'employeur».

Article L.1242-14 du code du travail :

«Les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée, s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail».

Article L.1226-20 al.1 du code du travail :

«Lorsque le salarié est titulaire d'un contrat à durée déterminée, les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article L.1226-12 et des articles L.1226-14 à L.1226-15, relatives aux conditions de licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ne sont pas applicables».

Article L.1226-12 al 3 :

«S'il prononce le licenciement (pour incapacité), l'employeur respecte la procédure applicable au licenciement pour motif personnel prévue au chapitre II du titre III»

Il résulte de la combinaison de ces textes que la procédure propre au licenciement ne s'applique pas pour le contrat à durée déterminée quel que soit le motif de rupture. Si l'on s'en tient à cette lecture stricte des textes, la convocation du salarié à un entretien préalable à la rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée, pour incapacité au poste, est donc exclue, ce qui rend la question non sérieuse.

Toutefois, en considération du caractère hybride des nouvelles dispositions issues de la loi du 17 mai 2011, lesquelles empruntent à la fois au régime du contrat à durée déterminée et à celui du contrat à durée indéterminée d'une part et eu égard à la jurisprudence de la Cour de

cassation qui exige une convocation à un entretien préalable en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée pour faute grave, d'autre part, la question posée pour avis peut donner lieu à des solutions divergentes des juridictions du fond et recouvrer son caractère sérieux.

Par ailleurs, les normes européennes, en particulier le principe d'égalité de traitement des salariés, sont susceptibles d'être invoquées dans les litiges.

Il est donc utile d'examiner plus précisément la question.

### 3 Eléments de réponse à la question posée :

#### 3.1. La réforme et ses objectifs :

Pour mémoire, l'inaptitude du salarié à son poste de travail ou encore à tout emploi dans l'entreprise est constatée par le médecin du travail conformément aux exigences posées à l'article R.4624-31 du code du travail. Elle s'entend de l'inaptitude physique, mentale ou psychique du salarié. Elle ouvre droit au reclassement professionnel ou si son impossibilité est démontrée par l'employeur, permet le licenciement du salarié déclaré inapte. Elle doit être distinguée, d'une part, de l'invalidité qui renvoie au droit de la sécurité sociale et ouvre droit à des prestations de l'assuré-salarié et, d'autre part, de l'insuffisance professionnelle qui est sans lien avec l'état de santé du salarié et doit être analysée au regard des compétences «métier» et des prestations exigées du salarié dans le contrat de travail.

Le législateur a organisé le traitement des situations d'inaptitude à l'emploi pour les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée, depuis la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992. Il aura fallu attendre la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, soit presque vingt ans et ce, malgré plusieurs invitations de la Cour de cassation dans ses rapports annuels à combler le vide juridique <sup>13</sup>, pour que soit introduite une procédure de rupture anticipée du contrat à durée déterminée à tous les cas d'inaptitude de salariés titulaires d'un tel contrat, que celle-ci soit ou non consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

En effet, avant cette loi, seule l'inaptitude d'origine professionnelle pouvait, en application de l'ancien article L.1226-20 du code du travail, faire l'objet d'une demande de résiliation judiciaire du contrat à durée déterminée.<sup>14</sup> En présence de l'impossibilité démontrée du reclassement ou face à un refus du salarié du poste proposé à titre de reclassement et conforme aux prescriptions du médecin du travail, l'employeur était donc en droit de saisir la juridiction prud'homale aux fins de résiliation du contrat de travail avant son terme. C'était néanmoins une procédure lourde avec un recours au juge nécessaire et réservée aux seules inaptitudes consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Rapports 2002 et 2005, 2007

<sup>14</sup> Avis du 29 avril 2002, n° 0020003, JCP G 2002, II, 10142, note J. Mouly ; Dr soc. 2002, p 771; obs. J. Savatier ; RJS 2002, n° 966.

<sup>15</sup> Soc. 23 mars 1999, Bull. V n° 136

En outre, l'inaptitude physique du salarié à son emploi, quelle que soit son origine, ne pouvait davantage constituer un cas de force majeure justifiant la rupture anticipée du contrat à durée déterminée<sup>16</sup>.

Depuis la loi du 17 mai 2011, l'article L.1243-1 du code du travail autorise désormais la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, en cas d'inaptitude à l'emploi constatée par le médecin du travail.

Les salariés déclarés inaptes bénéficient du même droit au reclassement que les salariés en contrat à durée indéterminée<sup>17</sup>, les articles L.1226-2 et L.1226-10 du code du travail ne distinguant pas les obligations de l'employeur sur ce point, selon la nature du contrat.

La rupture anticipée du contrat ouvre également 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 et ce, sans condition d'ancienneté (Art. L.1226-4-3 du CT).

Enfin, l'obligation de l'employeur de reprendre le paiement des salaires à défaut de reclassement ou de rupture du contrat à l'issue d'un délai d'un mois à compter de l'avis médical d'inaptitude, s'applique désormais aux salariés employés en contrat à durée déterminée (Art L.1226-4-2 et L.1226-20, al 3 du CT).

Si bien qu'inséré dans les dispositions générales sur la rupture des contrats à durée déterminée prévues à l'article L.1243-1 du code du travail, on observe que ce nouveau mode de rupture et ses conséquences juridiques empruntent tant au régime des contrats à durée déterminée qu'à celui des contrats à durée indéterminée.<sup>18</sup>

Est- ce que la nature hybride de ce dispositif justifie pour autant la nécessité, en cas de rupture anticipée, d'une convocation à un entretien préalable ? Qu'en est-il des autres cas de rupture anticipée de contrat à durée déterminée ?

### 3-2 La jurisprudence de la chambre sociale avant la réforme :

La jurisprudence de la chambre sociale admet depuis 1987<sup>19</sup> que lorsque la rupture du contrat à durée déterminée est motivée par une faute grave, s'agissant d'un motif disciplinaire, l'employeur doit convoquer à un entretien préalable conformément à l'article

---

<sup>16</sup> Soc. 23 mars 1999, précité ; Soc. 12 juillet 1999, Bull. V, n° 344 ; Soc. 28 mars 2006, n° 04-41.266

<sup>17</sup> Soc. 8 juin 2005, n° 03-44.913

<sup>18</sup> Rupture anticipée du cdd. pour inaptitude physique : une nouvelle immixtion des règles du cdi. La Semaine juridique Social, n° 45, 8 novembre 2011, 1497 Etude de J. Mouly

<sup>19</sup> Soc. 5 mars 1987 ; Soc. 20 novembre 1991, Bull. V n° 509 ; Soc. 26 février 1992, Bull. V n° 127 ; Soc. 10 mars 2004, Bull. V n° 80

L.1332-1 et L.1332-2 du code du travail. Dans ce cas de figure, l'entretien préalable a pour finalité de permettre au salarié de présenter sa défense et l'employeur de préciser ses griefs.

Cette jurisprudence de la chambre sociale, propre à la rupture disciplinaire, n'a pas été étendue aux autres motifs de rupture anticipée du contrat à durée déterminée que sont la force majeure, la rupture d'un commun accord ou la rupture à l'initiative du salarié lorsqu'il justifie de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée.

Pour quelles raisons ?

S'agissant de la force majeure, très rarement retenue, il convient de rappeler que c'est une cause de rupture immédiate, voire brutale, liée à son caractère imprévisible, irrésistible et extérieur à la volonté de l'employeur, ce qui la rend totalement incompatible avec une procédure de convocation à entretien préalable.

S'agissant de la rupture d'un commun accord, contrairement à l'actuelle rupture conventionnelle du contrat à durée indéterminée, prévue aux articles L.1237-11 et suivants du code du travail, qui exige un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister, le législateur n'a fixé aucun formalisme pour le contrat à durée déterminée, le consentement des parties étant dans ces conditions présumé libre et éclairé.

Enfin, s'agissant de la rupture anticipée en raison de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, le salarié étant à l'initiative de la rupture, sa convocation à un entretien préalable, faite dans son seul intérêt, devient sans objet.

La question se pose donc de façon tout à fait nouvelle avec l'introduction de ce nouveau motif de rupture anticipée.

Les juges pourraient-ils étendre la jurisprudence sur la faute grave à la rupture pour inaptitude, en considérant l'entretien préalable comme une garantie de fond permettant au salarié d'exercer ses droits de la défense ?

### 3.3 L'entretien préalable et les droits de la défense :

Aux termes de l'article L.1332-2 du code du travail, lorsque l'employeur envisage de prendre une sanction, il convoque le salarié en lui précisant l'objet de la convocation, sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une sanction de même nature, n'ayant pas d'incidence, immédiate ou non, sur la présence dans l'entreprise, la fonction, la carrière ou la rémunération du salarié. Lors de son audition, le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Au cours de l'entretien, l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié.

Ce qui justifie la convocation à un entretien préalable est donc le caractère disciplinaire de la sanction envisagée, le salarié devant être averti pour pouvoir présenter une défense de nature à permettre à l'employeur de prendre une décision éclairée.

*«Depuis longtemps reconnus comme un principe fondamental à caractère constitutionnel, les droits de la défense regroupent " tout ce qui contribue à un procès équitable au sens de*



*l'article 6-1 de la CEDH " . Se diffusant hors de la sphère du procès, le respect de ces droits touche des " procédures sans procès ", notamment en droit du travail quand l'employeur entend prendre une décision qui affecte les intérêts des salariés et qui s'impose à eux. Dès lors, il est apparu nécessaire de soumettre les décisions patronales à une procédure interne respectueuse du principe du contradictoire, ce qui a été fait suite à l'adoption de la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 relative au licenciement, et de la loi n° 82-689 du 4 août 1982, en matière de sanction disciplinaire. Ces droits de la défense font même l'objet d'une consécration internationale puisque l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT dispose qu'"un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées»<sup>20</sup>.*

Par deux arrêts du 9 janvier 2013, la Cour de cassation affirme en outre que la disposition d'une convention collective qui «*institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi, constitue une garantie de fond*» dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.<sup>21</sup>

Doit- on considérer que ces droits de la défense doivent être garantis quelle que soit la nature de la rupture et son contexte procédural ?

La chambre sociale a rappelé à ce titre, dans un arrêt publié <sup>22</sup>, que l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT ne visant que les licenciements pour des motifs liés à la conduite ou au travail du salarié ne trouve pas à s'appliquer à la rupture du contrat de travail d'un étranger en raison de sa situation irrégulière.

Il convient néanmoins d'observer que le législateur a prévu la convocation à un entretien préalable pour tout licenciement prononcé pour motif personnel, qu'il soit de nature disciplinaire ou non, et qu'il renvoie à cette procédure de droit commun également pour le licenciement pour inaptitude (L.1226-12 al 3 du code du travail).

Pour mémoire, conformément à l'article L.1232-2 du code du travail, l'employeur doit convoquer le salarié par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge ; l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation de la lettre recommandée ou la remise en mains propres de la lettre de convocation ; cette lettre doit indiquer l'objet de la convocation et préciser que le salarié peut être assisté par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, en l'absence d'institutions représentatives du personnel, par un conseiller extérieur à l'entreprise ; la convocation doit préciser la date, l'heure et le lieu de l'entretien (Art. R1232-1); au cours de l'entretien préalable, l'employeur doit indiquer les motifs de la décision envisagée et recueillir les explications du salarié (Art. L.1232-3). En cas de manquement de l'employeur et lorsque le salarié compte moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise, ou qu'il

<sup>20</sup> Les critères de la notion de "garantie de fond".La Semaine Juridique Social n° 38, 17 septembre 2013, 1356. Etude C. Varin

<sup>21</sup> Soc. 9 janvier 2013, n° 11-25.646 ; Soc. 16 janvier 2013, n° 11-22.584

<sup>22</sup> Soc. 29 janvier 2008, n° 06-44.983, Bull. V n° 27

travaille dans une entreprise occupant habituellement moins de onze salariés, celui-ci peut obtenir des dommages et intérêts appréciés souverainement par les juges, en fonction du préjudice subi (Art.L.1235-5). Si l'intéressé a plus de deux ans d'ancienneté et qu'il travaille dans une entreprise de onze salariés et plus, l'article L.1235-2 du code du travail prévoit que « le juge impose à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ».

Au delà du pur exercice des droits de la défense, l'entretien préalable peut être considéré comme un temps d'échange entre l'employeur et le salarié et de recueil d'informations, qui ne doit pas, néanmoins, se transformer en enquête, ou dégénérer en mise en accusation.<sup>23</sup> Selon certains auteurs, l'étape de l'entretien préalable participe, en quelque sorte, à une «*procéduralisation*» ou «*processualisation*» des rapports entre employeur et salarié qui conduit à introduire un «*débat loyal et contradictoire au sein même du processus unilatéral de prise de décision*»<sup>24</sup>. L'idée directrice est d'introduire des critères similaires à ceux qui caractérisent le procès équitable.

Comment justifier dans ces conditions que le salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée et dont le contrat est rompu pour inaptitude échappe à ce droit commun et ne bénéficie pas d'un entretien préalable, ne serait-ce que pour évoquer sa situation, voire échanger avec l'employeur sur ses possibilités de reclassement ?

On peut faire une réponse purement technique, liée à la durée souvent très limitée des contrats à durée déterminée conclus, pour la plupart, pour quelques jours seulement<sup>25</sup>, ce qui rend en pratique impossible une convocation respectant le délai de cinq jours entre celle-ci et l'entretien, prévu par l'article L.1232-2 du code du travail. Il convient de rappeler, cependant, que le constat d'inaptitude ne peut intervenir qu'à l'issue d'un double examen médical par le médecin du travail, espacé de deux semaines, ce qui exclut par définition, qu'un contrat à durée déterminée de moins de quinze jours puisse être rompu pour cause d'inaptitude.

On peut aussi, en guise de réponse, rappeler les termes mêmes de l'article L.1242-14 du code du travail et tenter de déterminer quelle a été l'intention du législateur en adoptant cette exception au droit commun du licenciement :

*«Les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail»*

<sup>23</sup> Soc. 25 mars 2010, n° 07-43.383, inédit

<sup>24</sup> Tiennot Grumbach et Evelyne Serverin "Réflexions sur la substantialisation des droits de la défense et du principe du contradictoire dans les procédures préalables aux décisions de l'employeur "

<sup>25</sup> Voir statistiques de l'Acoss produites en annexe

A l'examen de l'ensemble des travaux parlementaires ayant eu lieu à l'occasion de la rédaction de cet article et des précédents articles portant sur le même objet, il ressort que les modalités de rupture du contrat à durée déterminée et le principe d'une dérogation au droit commun du licenciement n'ont pas fait l'objet de véritables débats polémiques ni de contre-propositions, y compris lors de la grande loi n° 79-11 du 3 janvier 1979<sup>26</sup>. L'exclusion, pour les contrats à durée déterminée, des dispositions propres à la procédure de licenciement est donc une constante historique, non contestée, les parlementaires s'étant davantage attachés aux conditions d'exécution du contrat de travail et aux garanties de fond dues à l'ensemble des salariés, sans distinction de la nature du contrat de travail.

Il faut néanmoins s'interroger sur le point de savoir si la différence, ainsi instituée, entre les deux modes de rupture pour inaptitude pourrait être critiquée, au regard du principe général d'égalité de traitement ?

### 3.4 Le droit européen et le principe d'égalité de traitement :

#### 3.4.1 L'accord cadre et la directive européenne :

Parmi les principes généraux de droit social de l'Union Européenne, applicables à tous les travailleurs, salariés ou non, on peut citer, notamment, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

La directive européenne du 28 juin 1999 faisant suite à l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu par les partenaires sociaux européens, le 18 mars 1999, traite de l'égalité de traitement entre les travailleurs titulaires d'un contrat à durée indéterminée et ceux titulaires d'un contrat à durée déterminée et tend à limiter les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs.

Le préambule de l'accord-cadre rappelle son objectif, à savoir «*l'énoncé de principes généraux et de prescriptions minimales relatifs au travail à durée déterminée*» propres à assurer un «*meilleur équilibre entre la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs*». La clause 4.1 de l'accord-cadre interdit, s'agissant des conditions d'emploi, de traiter les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables, au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives. Il se borne donc à interdire la différenciation des droits en matière de conditions de travail exclusivement, sans qu'aucune définition de cette notion ne soit d'ailleurs précisée, son contenu et son interprétation étant laissée aux Etats membres et aux partenaires sociaux nationaux.

#### 3.4.2 La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

La Cour de Luxembourg rappelle, pour sa part, que la notion de raisons objectives doit résulter «*d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs*

---

<sup>26</sup> Note de synthèse sur les travaux parlementaires du SDER

*et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet »<sup>27</sup>.*

Tant pour la Cour de justice de l'Union que pour la Cour de cassation, le seul statut des salariés ne constitue pas une raison objective<sup>28</sup>. Dans son arrêt du 22 décembre 2010<sup>29</sup>, la CJUE rappelle en effet «*qu'une différence de traitement en ce qui concerne les conditions d'emploi entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée ne saurait être justifiée par un critère qui, de manière générale et abstraite, se réfère à la durée même de l'emploi* ».

La Cour précise que « *Le principe de non discrimination exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. Pour apprécier si les personnes intéressées exercent un travail identique ou similaire au sens de l'accord-cadre, il convient conformément aux clauses 3.2 et 4.1, de rechercher si compte tenu de l'ensemble des facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail, ces personnes peuvent être considérées comme se trouvant dans une situation comparables* ».<sup>30</sup>

Il est jugé néanmoins que la promotion de l'emploi<sup>31</sup> ou plus généralement la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre sont admises pour justifier une différence de traitement entre les salariés<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> CJUE, 13 septembre 2007, n° C-307/05, Del Cerro Alonso ; Soc. 22 décembre 2010, n° C-444/09, Gavieiro

<sup>28</sup> Soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894 et n° 05-42.895 ; JCP S 2007, 1909, note J.-F. Cesaro

<sup>29</sup> CJUE 22 décembre 2010, aff. C-444/09 et C-456/09, Gavieiro

<sup>30</sup> CJUE 8 septembre 2011, aff. C-177/10, Rosado Santana

<sup>31</sup> CJCE, 2e ch., 18 janv. 2007, aff. C-385/05 : JCP S 2007, 1082, note B. Gauriau

<sup>32</sup> CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, JCP S 2009, 1188, note J. Cavallini

### 3.5 L'égalité de traitement en droit interne :

Il s'évince des termes de l'article L.1242-14 du code du travail que *«le principe de la parité interdit que la nature du contrat soit génératrice d'un traitement inégalitaire et ait une incidence sur les droits des salariés et leur statut social, qu'il s'agisse des avantages sociaux proprement dits (activités sociales et culturelles, cantines, transports ...) ou des règles régissant l'horaire de travail, les congés et les jours fériés, la rémunération, les primes et indemnités, la discipline, l'indemnisation complémentaire en cas de maladie (...) [toutefois] le principe égalitaire n'implique pas une assimilation totale des statuts (...) c'est ainsi qu'il ne s'étend pas aux dispositions régissant la rupture du contrat de travail»*.<sup>33</sup>

Selon le principe *«à travail égal, salaire égal»*, l'employeur est donc tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés placés dans une situation identique, la seule différence de statut juridique (CDD/CDI) ne permettant nullement de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale<sup>34</sup>. La Cour de cassation rappelle cependant *«qu'au regard du principe d'égalité de traitement, la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, sauf s'il est démontré, par des justifications dont le juge contrôle la réalité et la pertinence, que la différence de rémunération résulte de l'application de règles de droit public »* ;<sup>35</sup>

Il ressort de l'ensemble de ces éléments, qu'il s'agisse du droit européen ou du droit interne, que le principe d'égalité de traitement s'attache exclusivement aux conditions d'emploi et n'affecte nullement la procédure de rupture qui fait l'objet d'un régime juridique autonome.

### 4- Conclusion :

Si la doctrine admet qu'aucune condition de forme de la rupture n'est fixée par le législateur pour la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, liée à une inaptitude au poste, certains auteurs conseillent néanmoins de notifier la rupture par lettre recommandée avec accusé de réception en justifiant de l'impossibilité de reclasser le salarié<sup>36</sup>, voire de convoquer à un entretien préalable au motif qu' *«il est plus confortable, pour des raisons de preuve, de se calquer sur le [formalisme] du licenciement, sans pour autant en respecter les délais»*<sup>37</sup>.

Si elle la jugeait sérieuse, la Cour de cassation devra, sur cette question de la convocation à un entretien préalable, donner son avis, non seulement au regard des éléments juridiques ci-dessus précisés mais aussi, à la lumière des données statistiques et économiques, produites en annexe.

<sup>33</sup> Répertoire Droit du travail, septembre 2012, Corrignan-Carsin

<sup>34</sup> Soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894 et n° 05-42.895 Bull. civ. 2007, V, n° 75 ; RJS 2007, n° 848 ; Dr. soc. 2007, p. 896, obs. Ch. Radé ; JCP S 2007, 1909, note J.-F. Cesaro

<sup>35</sup> Soc., 16 févr. 2012, n° 10-21.864 à n° 10-21.868 ; JCP S 2012, 1147, note J. Daniel

<sup>36</sup> Répertoire Droit travail, septembre 2012 ( précité ) ;

<sup>37</sup> Les cahiers du DRH 2012, n° 185, par Marie Hautefort.

Documents annexés :

Bibliographie du SDER (Damien Pons)

ACOSSTAT (décembre 2012)

Santé&Travail n° 083-juillet 2013