

## Gérer la saison touristique en période de Coronavirus

Compte tenu de la période de confinement qui intervient à la veille du début de la saison touristique pour beaucoup d'organismes de tourisme, de très nombreuses embauches de salariés en contrat à durée déterminée étaient déjà intervenues.

S'il a déjà été rappelé dans la fiche sociale relative à l'activité partielle que les salariés en contrat à durée déterminée (quel que soit le motif de recours) sont éligibles au dispositif de l'activité partielle, il nous est apparu nécessaire d'étudier les différentes solutions qui ont pu être envisagées pour gérer ces recrutements antérieurs à la période de confinement.

Dans ce cadre, les éléments suivants seront abordés :

- Le devenir de la promesse d'embauche en période de Covid-19 ;
- Le devenir de la période d'essai en période de Covid-19 ;
- La rupture anticipée du CDD en période de Covid-19;

### 1. Sur le devenir de la promesse d'embauche en période de Covid-19

A titre liminaire, il convient de rappeler que la promesse unilatérale de contrat est le contrat par lequel, l'employeur (le promettant) accorde au candidat (le bénéficiaire), le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail précisant l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction et pour la conclusion duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. ([Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.103](#) [Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20.104](#)).

S'agissant de la rétractation de l'employeur, plusieurs situations peuvent se présenter.

La proposition d'embauche qui ne précise pas l'un des éléments identifiés comme essentiels (à savoir l'emploi proposé, la rémunération et date d'embauche) ne peut pas être considérée comme une offre de contrat ni une promesse de contrat au sens de la jurisprudence. La rétractation de l'employeur est alors possible sans que celui-ci n'ait à verser d'indemnisation au salarié. ([Cass. soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.782](#)).

En revanche, la promesse d'embauche (précisant les éléments essentiels de la relation contractuelle) valant contrat de travail, elle, engage l'employeur dès lors qu'elle a été émise. La jurisprudence antérieure aux arrêts du 21 septembre 2017 qui considérait qu'en cas de rétractation de la promesse d'embauche sans motif légitime, la rupture par l'employeur s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ouvrant droit au profit du salarié à des indemnités au titre de la rupture abusive et à une indemnité compensatrice de préavis devrait continuer à s'appliquer ([Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.951](#)).

Ainsi, dès lors qu'il a été adressé aux candidats retenus la confirmation de leur embauche, ainsi que la date de début de contrat, la durée du temps de travail, l'emploi proposé et la rémunération, il y a promesse d'embauche valant contrat, et ce même si aucun contrat n'a été signé.

L'absence de contrat pouvant entraîner une requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, nous vous invitons à faire signer le CDD au salarié dans les meilleurs délais.

## 2. Le devenir de la période d'essai en période de Covid-19

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'au terme de l'article 11 de la Convention collective des Organismes de tourisme, la durée de la période d'essai pour un salarié embauché en contrat à durée indéterminée est fixée à :

- 2 mois pour un employé ;
- 3 mois pour les techniciens et agents de maîtrise ;
- 4 mois pour un cadre.

La période d'essai n'est pas renouvelable.

Pour un salarié embauché en contrat à durée déterminée, l'article L 1242-10 du Code du travail prévoit que la période d'essai ne peut excéder une durée calculée à raison d'un jour par semaine, dans la limite de deux semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est au plus égale à six mois et d'un mois dans les autres cas.

Pour rappel, la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent.

Enfin, il convient de préciser que toute période d'essai peut faire l'objet d'une prolongation, c'est-à-dire que l'on peut retarder la fin de la période d'essai de plusieurs jours ou de plusieurs semaines en cas de suspension du contrat de travail pendant l'exécution de l'essai.

Le recours à l'activité partielle entraînant la suspension du contrat de travail, il convient de préciser le devenir du contrat de travail en cas de période d'activité partielle pendant la période d'essai :

- si l'activité partielle correspond à une fermeture temporaire de la structure (activité partielle à 100%), alors la période d'essai est complètement suspendue et sera prolongée du temps restant dès la reprise d'activité ;

- si l'activité partielle correspond à une simple réduction de l'horaire, alors il semble que la période d'essai continue à être mise en œuvre puisque l'employeur peut évaluer le salarié pendant son temps de présence, et la période d'essai ne pourra donc pas être prolongée.

Toutefois, il convient tout de même d'être vigilant même dans cette dernière hypothèse de mise en œuvre de la période d'essai, car nous vous rappelons que la période d'essai ne peut être rompue par l'employeur que pour un motif inhérent au salarié.

Or, même si l'employeur n'a pas à justifier des motifs de la rupture de la période d'essai, il apparaît qu'en cas de contentieux ultérieur, une période d'essai rompue pendant la période d'état sanitaire d'urgence a de fortes chances d'être considérée comme liée à la situation du coronavirus et donc d'être jugée abusive. Le salarié pourra alors prétendre à des dommages-intérêts.

### 3. La rupture anticipée du CDD en période de Covid-19

Pour rappel, la rupture anticipée du CDD est celle intervenant :

- Avant le terme initialement fixé (pour un contrat conclu de date à date) ;
- Avant la fin de la période initiale ou avant la réalisation de son objet (pour un contrat conclu sans date de fin).

La Convention Collective des organismes de tourisme énonce à l'article 12 intitulé « Contrat de travail à durée déterminée » que « Les règles régissant ce contrat sont fixées par les dispositions légales et réglementaires en vigueur ». Il sera nécessaire de se référer exclusivement au cadre légal régit par le code du travail.

La loi autorise la rupture anticipée d'un CDD avant l'échéance du terme uniquement (C. trav., art. L. 1243-1 et L. 1243-2) :

- s'il y a accord des parties ;
- en cas de faute grave ;
- en cas de force majeure ;
- en cas d'inaptitude constatée par le médecin du travail ;
- si le salarié justifie d'une embauche sous contrat à durée indéterminée.

En l'espèce, nous nous intéresserons à deux cas de rupture anticipée, celle d'un commun accord des parties et celle pour cas de force majeure.

#### ➤ La rupture anticipée du CDD pour cas de force majeure liée au Covid-19

Le Gouvernement a très vite qualifié l'épidémie du Covid-19 comme un cas de force majeur, notamment dans le cadre des marchés publics.

Il convient cependant d'avoir conscience que la notion est beaucoup plus restrictive en droit du travail.

En effet, dans un souci de protection du salarié, la jurisprudence s'est toujours montrée réticente à reconnaître le caractère de la force majeure et à étendre son champ d'application.

Dans un premier temps, la force majeure se définissait comme un événement imprévisible, irrésistible, étranger à la personne qui l'invoque, entraînant une impossibilité absolue d'exécuter le contrat.

Par trois arrêts du 12 février 2003, la Cour de cassation a redéfini cette notion en vue de restreindre encore son champ d'application.

Désormais la force majeure « s'entend comme de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ». Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 01-40.916

Pour l'application de la notion de force majeure, les juges apprécient au cas par cas la réalité et la gravité des motifs invoqués et si les circonstances rendent impossible la continuation du contrat.

A ce stade, il convient de préciser que lors d'une épidémie précédente, les juges ont décidé que la force majeure ne peut être retenue lorsque l'épidémie préexiste au contrat (TGI Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, n° 08/02114).

Cette jurisprudence découle du fait que le critère d'imprévisibilité n'est pas rempli dans cette situation.

Ainsi, le risque d'épidémie du coronavirus étant connu depuis la fin du mois de janvier, ce caractère d'imprévisibilité pourrait une nouvelle fois manquer en cas de contentieux sur une rupture anticipée d'un CDD pour cas de force majeure.

Le confinement pourrait tout de même jouer en faveur de la reconnaissance de la force majeure par les juges, mais il convient de bien comprendre que la notion de force majeure reste une notion délicate et très limitée par les juges.

En tout état de cause, il convient de préciser que la rupture anticipée du CDD semble avoir un coût pour l'employeur puisque l'article L 1243-4 du Code du travail dispose que 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.

L'administration a précisé que, selon le droit des assurances, le sinistre est défini comme étant la réalisation du risque prévu au contrat de nature à entraîner la garantie de l'assureur. Elle en déduit que les dispositions de l'article L. 1243-4 du code du travail auront vocation à s'appliquer pour tout événement relevant de la force majeure (Circ. DRT n° 2002-08, 2 mai 2002).

Là encore, cette application très extensive de l'administration de la notion de « sinistre » est discutable et il l'employeur recourant à la rupture anticipée du CDD pour force majeure en raison de la situation actuelle, pourrait s'exonérer du versement de cette indemnité.

Toutefois, en cas de contentieux ultérieur, cette solution pourrait être jugée abusive et l'employeur pourrait être condamné à verser cette indemnité.

En conséquence, bien que la solution de la rupture anticipée du CDD pour cas de force majeure puisse apparaître comme opportune pour les employeurs, elle nous paraît toutefois à éviter compte tenu des incertitudes qu'elles présentent non seulement sur la qualification du Covid-19 comme un cas de force majeure en droit du travail, que sur l'exonération du versement de l'indemnité prévue par l'article L 1243-4 du Code du travail.

#### ➤ **Sur la rupture anticipée par un commun accord des parties**

Les parties à un contrat à durée déterminée peuvent, d'un commun accord, décider de mettre fin à leurs relations contractuelles avant l'arrivée du terme.

La rupture anticipée par accord des parties doit en tout état de cause s'appuyer sur un écrit organisant les modalités de rupture pour prévenir un litige né ou à naître.

En l'absence de précision dans le code du travail de la forme que doit revêtir cet accord, l'administration a indiqué qu'un écrit signé par les parties s'imposait, cet écrit pouvant prendre la forme d'un simple écrit qui met fin immédiatement au contrat ou celle d'un avenant qui en réduit la durée ([Circ. DRT n° 92-14, 29 août 1992 : BO trav. n° 92/21](#)).

La jurisprudence a confirmé la position de l'administration en admettant que l'accord de rupture anticipée puisse prendre la forme d'un avenant au CDD initial modifiant le terme de celui-ci. Selon elle, cet avenant peut avancer la date de fin de CDD (en l'espèce de 6 mois) dès lors que le consentement du salarié n'a pas été vicié du fait d'une erreur, d'un dol ou d'une violence au moment de la signature de l'avenant ([Cass. soc., 16 déc. 2015, n° 14-21.360](#)).

Conséquences financières :

- La rupture anticipée d'un commun accord des parties n'ouvre pas droit aux dommages et intérêts prévus par la loi en cas de rupture abusive, sauf volonté contraire des parties ;
- L'indemnité compensatrice de congés payés est due.

Ainsi, la rupture anticipée du CDD pour accord des parties est envisageable, même en période de Covid-19, mais il convient de formaliser cette rupture par un écrit signé par les deux parties.

Notre équipe se tient évidemment à votre disposition pour toute information complémentaire.