

Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrats de mission et « contrats de chantier »

par Dirk BAUGARD, Professeur à l'Université Paris 8-Vincennes Saint-Denis (COMUE Paris-Lumières)

PLAN

- I. Une plus grande flexibilité, mal sécurisée en matière de contrats précaires « classiques »
 - A. Les espaces ouverts à la négociation collective
 - B. La volonté d'écarter les requalifications liées à la transmission tardive des contrats précaires
- II. Le contrat de chantier ou d'opération : une liberté sécurisée pour les employeurs
 - A. Le recours au contrat de chantier ou d'opération
 - B. La rupture du contrat de chantier ou d'opération

1. Les dispositions les plus marquantes (1) issues des ordonnances du 22 septembre 2017 relèvent incontestablement, dans le domaine des relations individuelles du travail, du droit du licenciement. La réduction des délais de contestation, la « barémisation » de l'indemnisation du licenciement injustifié ou encore les modalités d'appréciation de la légitimité du licenciement pour motif économique renouvellent profondément la matière. Bien que ces règles attirent légitimement l'attention, il importe de ne pas perdre de vue qu'elles ne trouve(r)nt pas à s'appliquer à de nombreux salariés, soit parce qu'ils n'(aur)ont pas été recrutés par un contrat de travail à durée indéterminée (2), soit parce qu'ils (aur)ont été recrutés par un contrat qui facilite la justification du licenciement tout en écartant l'application des règles du licenciement économique. Tel est respectivement le cas, d'une part, des salariés recrutés par un contrat à durée déterminée ou un contrat de mission (également appelé contrat de travail temporaire) et de ceux qui ont été recrutés par un contrat dit de « chantier » et qui peuvent, désormais, être embauchés par un « contrat de chantier ou d'opération ». Or, l'objectif de conférer aux employeurs plus de flexibilité dans leur « rapport contractuel » avec leurs salariés, qui justifie les évolutions précitées du droit du licenciement, s'exprime également à travers de nouvelles règles permettant à des accords de branche étendus d'assouplir quelques règles relatives aux contrats de travail précaires et/ou de développer le recours à des contrats à durée indéterminée « conclus pour la durée d'un chantier ou d'une opération ». L'ordonnance n° 2017-1387 – cyniquement ? – dénommée « relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail » permet donc un assouplissement ou un développement conventionnel du recours à ces contrats « atypiques » de travail.

2. Ces mesures ont évidemment été rendues possibles par la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 dont l'article 3, 3° c) habilitait précisément le Gouvernement à « modifier les règles de recours à certaines formes particulières de travail ». Entre autres dispositions, cet article autorisait « en matière de contrat à durée déterminée et de contrat de travail temporaire » le Gouvernement à prévoir « la faculté d'adapter par convention ou accord collectif de branche, (...) les dispositions relatives aux motifs de recours à ces contrats, à leur durée, à leur renouvellement et à leur succession sur un même poste ou avec le même salarié ». Il habilitait également le Gouvernement à « favoris[er] et sécuris[er], par accord de branche,

dans les limites d'un cadre fixé par la loi, le recours aux contrats à durée indéterminée conclus pour la durée d'un chantier ou d'une opération ». Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi d'habilitation insistent peu sur les avantages présumés de l'adaptation par voie conventionnelle de diverses règles propres aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire (durée maximale, nombre de renouvellements, délai de carence). Un rapport invoque ainsi principalement « un contexte où les salariés peuvent être appelés à changer plusieurs fois de poste ou d'entreprise » pour justifier un possible ajustement « des règles régissant les contrats de courte durée à l'évolution des carrières, moins linéaires et

(1) Ne serait-ce que parce que, de par leur fort caractère symbolique, elles sont facilement accessibles aux non-juristes.

(2) Sous réserve d'une possible requalification du contrat qu'ils ont conclu. Ces contrats représentent aujourd'hui une partie très majoritaire des embauches. F. Bousez évoque des chiffres allant de 85 à 90 % (CDD à durée indéterminable et CDI d'opération à durée limitée, JCP S 2017, 1316).

plus individualisées qu'autrefois, et de les adapter aux besoins des différentes branches » (3). On pourrait difficilement faire plus flou. Des débats parlementaires, il ressort surtout l'argument que ces possibles assouplissements conventionnels ne devraient pas être redoutés, les partenaires sociaux n'ayant « aucun intérêt à accepter des conditions de recours aux CDD qui entraîneraient une précarisation des salariés qu'ils représentent », ce qui est pour le moins ambigu...

3. Beaucoup plus nombreux sont les éléments apportés au soutien de la prétendue nécessité qu'il y avait à favoriser et sécuriser le recours aux contrats à durée indéterminée conclus pour la durée d'un chantier par le biais d'accords de branche (étendus). Jusqu'à l'ordonnance n° 2017-1387, le Code du travail connaissait imparfaitement ce type de contrat. Bien que l'article L. 1236-8 du Code du travail, qui prenait la suite de l'article L. 321-12 créé par la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986, fût intégré dans une section intitulée « *Contrat conclu pour la durée d'un chantier* », il régissait le licenciement « *qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession* » pour le faire échapper au droit du licenciement économique sauf dispositions conventionnelles contraires, et le soumettre aux dispositions du chapitre du Code du travail consacré au licenciement pour motif personnel. L'ordonnance innove donc en créant une section intitulée « *Contrat de chantier ou d'opération* », composée des articles L. 1223-8 et L. 1223-9 du Code du travail, applicables aux contrats de travail conclus postérieurement à la publication de l'ordonnance (4). Ce sont ainsi des accords de branche étendus qui vont devoir, en principe, définir les conditions de recours à ce contrat qui – selon les termes mêmes d'un auteur peu suspect d'analyses insincères au soutien des salariés – « *s'il a, légalement, la nature d'un contrat à durée indéterminée (...) n'est, en vérité, qu'un CDD déguisé* » (5). L'article L. 1236-8 prévoit, en effet, que « *la rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse* » et n'est pas soumise au licenciement pour motif économique, de sorte que sa rupture paraît, à vrai dire, « programmée » (6).

4. S'inspirant du rapport de Virville (7), l'argument principal en faveur du développement « conven-

tionnel » de ce dernier contrat repose sur le fait que le droit du travail français aurait été partiellement inadapté à « *un environnement économique de plus en plus instable, les entreprises tend[ant] à s'organiser autour de projets qui nécessitent souvent un renfort de main-d'œuvre pour quelques mois ou pour quelques années* ». Il lui était ainsi reproché de ne pas suffisamment prendre en compte « *certaines hypothèses à mi-chemin entre la relation de travail de brève durée et la relation de travail pérenne, correspondant aux besoins permanents de l'entreprise* » (8). Bien qu'il ne doive pas – encore ? – être généralisé, le contrat de chantier permettrait, par sa flexibilité, « *de gérer le moyen terme et d'embaucher davantage en CDI* », servant ainsi « *l'intérêt général* » (9). Plus protecteur que le CDD et les contrats d'intérim, déjà consacré par plusieurs conventions collectives (bâtiment, entreprises du paysage, Syntec, notamment), il produirait, au surplus, en sa qualité de contrat à durée indéterminée, des effets positifs pour les salariés dans leur vie quotidienne en permettant « *de trouver plus facilement un logement, d'obtenir des prêts* » (10).

5. L'ordonnance n° 2017-1387 introduit donc une flexibilité accrue dans le recours à des formes de travail particulières, mais celle-ci est subordonnée à la conclusion d'accords de branche étendus. Cette condition a pu être analysée par Bernard Teyssié comme un « verrou » non dépourvu de justification, mais difficilement franchissable, sauf importantes et coûteuses « garanties » concédées par la partie patronale (11). Cette résistance des syndicats de salariés n'est toutefois pas acquise. Il faut bien constater qu'avant même l'ordonnance n° 2017-1387, des conventions collectives comportant des dispositions relatives au contrat de chantier ont été conclues dans certains secteurs d'activité. Au demeurant, certaines branches pourraient être sensibles, compte tenu de la nature singulière de leur activité, à des règles assouplissant le recours aux contrats de travail précaires plus « classiques », qui pourraient rallonger la durée d'emplois précaires. Pour toutes ces raisons, il semble légitime d'étudier, dans un premier temps, les dispositions relatives aux CDD et aux contrats de mission, pour constater que, si une plus grande flexibilité peut être instaurée en la matière par la voie négociée, celle-ci semble à plusieurs égards mal sécurisée (I). Cela pourrait, entre autres raisons,

(3) Rapport AN n° 19 de M. Laurent Pietraszewski : examen des articles.

(4) Art. 40-VIII de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017

(5) B. Teyssié, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP S 2017, 1294.

(6) C. Dechristé, Le contrat de chantier ou d'opération : le grand retour ?, RDT 2017, p. 633. On ne saurait cependant écrire, comme le fait l'auteur, qu'« à la fin du chantier ou de l'opération en question, le contrat est alors rompu » V. *infra*, n° 24.

(7) Pour un Code du travail plus efficace : rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, janv. 2004.

(8) Rapport AN n° 19 de M. Laurent Pietraszewski : examen des articles. Mais qu'en était-il alors du contrat à objet défini ?

(9) Rapport AN n° 19 de M. Laurent Pietraszewski : travaux de la commission, audition de la ministre du Travail, Mme Pénicaud.

(10) *Ibid.*

(11) B. Teyssié, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, préc.

entraîner une certaine substitution, malgré le « verrou » de la négociation de branche précitée : le contrat de chantier pourrait ainsi être « une façon de remplacer

des CDD et de l'intérim par des CDI améliorés (sic) et non l'inverse » (12), notamment parce qu'il apporte à la fois plus de liberté et de sécurité aux employeurs (11).

I. Une plus grande flexibilité, mal sécurisée en matière de contrats précaires « classiques »

6. L'ordonnance n° 2017-1387 envisage un possible assouplissement de quelques règles relatives aux contrats de travail précaires par la voie d'un accord de branche étendu. Cette liberté – encadrée, nous le verrons – reconnue aux partenaires sociaux appelle quelques remarques liminaires d'ordre général. Il faut, tout d'abord, constater que l'ordonnance n'a pas pleinement exploité l'habilitation qui résultait de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017. Alors que son article 3, 3° b) autorisait, en effet, le Gouvernement à prévoir « la faculté d'adapter, par convention ou accord collectif de branche, dans les limites d'un cadre fixé par la loi, les dispositions, en matière de contrat à durée déterminée et de contrat de travail temporaire, relatives aux motifs de recours à ces contrats, à leur durée, à leur renouvellement et à leur succession sur un même poste ou avec le même salarié », l'ordonnance n'affecte pas les dispositions légales définissant les motifs de recours (13) qui demeurent, pour l'instant, impératives. L'on relèvera ensuite que, bien que les dispositions légales soient, s'agissant de la durée maximale des contrats, du nombre de renouvellements ou des règles applicables au délai de carence en cas de succession de contrats précaires sur le même poste, désormais présentées comme ne s'appliquant qu'« à défaut de stipulation d'un accord de branche étendu » (14), le Code du travail ne retient pas en la matière le « triptyque » instauré dans le domaine de la durée du travail par la loi du 8 août 2016 (15) : ordre public, champ de la négociation collective, dispositions supplétives. Il faut, à nouveau, insister sur le fait que l'espace ouvert à la négociation collective ne l'est qu'aux conventions ou accords de branche

étendus (16), ce qui paraît écarter les risques attachés à la négociation d'entreprise dans le cadre de laquelle certains syndicats de salariés pourraient avoir une liberté relative, compte tenu de la situation objective de l'entreprise ou d'un certain « chantage à l'emploi ».

7. L'article L.2253-1 du code du travail pourrait toutefois soulever des difficultés d'interprétation à ce sujet. S'il énonce tout d'abord que la convention de branche définit les conditions d'emploi et de travail des salariés et précise « qu'elle peut en particulier définir les garanties qui leur sont applicables dans certaines matières dont « les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L. 1242-8, L. 1242-13, L. 1244-3, L. 1251-12, L. 1251-35 et L. 1251-36 du présent code » (8° de l'article), il se conclut par l'affirmation que les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, « sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes ». Faut-il en déduire que la conclusion d'un accord de branche en ce domaine permettrait à des accords d'entreprise de se prononcer valablement sur ces questions sous la seule réserve qu'ils comporteraient des garanties équivalentes, notion encore incertaine, dont il semble bien qu'elle doive s'apprécier par ensemble de garanties se rapportant au même objet (17) ? Certains le pensent, et la lettre de l'article précité pourrait fonder leur analyse (18), ce qui ne serait pas sans danger compte tenu des questionnements liés à

(12) Rapport AN n° 19 de M. Laurent Pietraszewski : travaux de la commission, audition de la ministre du Travail, Mme Pénicaut.

(13) L'ordonnance aurait ainsi pu envisager que les accords de branche se voient confier l'aptitude de déterminer une liste d'emplois dont la nature temporaire justifie qu'ils soient pourvus par contrat d'usage, ce qui aurait remis en cause une jurisprudence constante de la Cour de cassation, mais aurait toutefois soulevé la question de la compatibilité d'une telle disposition avec le droit de l'Union européenne.

(14) Les dispositions légales en cause sont donc conçues par le législateur comme supplétives (les accords de branche étendus ne sont pas envisagés comme leur dérogeant).

(15) Et dont la mise en œuvre concrète est loin de rendre plus intelligibles les dispositions en cause...

(16) S'agissant des innovations apportées au travail temporaire, il s'agit des accords de branche des entreprises utilisatrices.

(17) Projet de la loi de ratification des ordonnances voté en première lecture à l'Assemblée Nationale, 28 novembre 2017.

(18) En ce sens, G. Bélier, Négociation collective : la probable ineffectivité de la réforme, SSL sup. 13 nov. 2017, n° 1790, p. 41, spéc. 43 : « dès lors que la branche aura négocié, l'accord d'entreprise pourra déroger à condition d'apporter des garanties au moins équivalentes ». L'auteur ajoute que « si l'équivalence sur ce thème, venait à s'apprécier en termes monétaires, il y aurait lieu d'être inquiet », mais écarte ce risque. Comp. C. Nicod, Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition, RDT 2017, 657 qui écrit, d'un côté, que l'ordonnance ouvre « à la négociation de branche certaines des règles relatives aux contrats à durée déterminée et contrats de travail temporaire et les mesures relatives au contrat de chantier » et, de l'autre, que « la convention de branche fixe donc sur [les sujets visés par l'article L.2253-1] un minimum » (affirmation discutable, selon nous, car la notion de garanties équivalentes est encore mal définie), ce qui laisse supposer que les conventions d'entreprise pourraient s'emparer du sujet.

cette « équivalence des garanties » qui se distingue du « principe de faveur » (18 bis). D'autres affirment ou laissent penser que le code du travail conférerait aux seuls accords de branche étendus compétence en la matière (19). Quoi qu'il en soit, un espace de liberté est laissé à la négociation collective (A). L'ordonnance a également cherché à limiter la requalification pour cause de transmission tardive du CDD ou du contrat de mission, mais, ce faisant, n'a pas forcément garanti une pleine sécurisation (B).

A. Les espaces ouverts à la négociation collective

8. Le premier domaine au sein duquel les négociateurs des accords de branche disposent d'une certaine liberté consiste, à s'en tenir aux termes employés par les articles L. 1242-8 et L. 1251-12, dans la fixation de la « durée totale » respective des contrats à durée déterminée et des contrats de mission (20), pour les contrats de travail conclus postérieurement à la publication de ladite ordonnance, à l'exception des CDD « à objet défini » ou liés à la politique de l'emploi et de formation (21). C'est à défaut d'une telle stipulation dans une convention ou un accord de branche étendu que la durée totale du contrat de travail à durée déterminée ou du contrat de mission ne peut excéder la durée maximale légale, qui est généralement de dix-huit mois, compte tenu, le cas échéant, du ou des renouvellements. À dire vrai, les articles précités paraissent mal rédigés car les accords de branche ne fixent pas la durée desdits contrats ; ils établissent seulement leur durée maximale, renouvellements compris. La formule de « durée totale » des contrats est d'ailleurs regrettable ; certes, l'on croit comprendre que l'on vise la durée du contrat renouvellement(s) compris, mais n'était-il pas plus simple de le dire, ce que fait l'article L. 1242-8-1 relatif à la durée maximale fixée par la loi ? L'on notera enfin que cette augmentation possible de la durée de certains contrats précaires pourrait s'avérer fort coûteuse pour les employeurs en cas de rupture anticipée injustifiée d'un contrat à durée déterminée.

L'ordonnance n°2017-1387 n'a, en effet, modifié ni les causes légitimes de rupture anticipée, ni les règles d'indemnisation applicables en cas de rupture injustifiée. Le forfait d'indemnisation instauré par l'article L. 1243-4 (22) ne pourrait-il pas, lorsque la rupture illégale intervient assez tôt et que le contrat a une durée longue et conforme à un accord de branche étendu, être jugé excessif et, à ce titre, contraire à certains droits et libertés garantis par la Constitution, bien que la Cour de cassation ait récemment refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant précisément sur cet article (23) ?

9. Le deuxième espace de liberté laissé aux accords de branche porte sur la fixation du nombre maximal de renouvellements admissibles, l'ordonnance rendant le nombre légal (deux au maximum, depuis la loi du 17 août 2015) simplement supplétif. L'article L. 1243-13, tel que modifié par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, prévoit ainsi qu'« une convention ou un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de travail à durée déterminée » (24). Que les renouvellements soient ceux prévus conventionnellement ou par la loi, leurs « conditions » doivent toujours être stipulées dans le contrat ou faire l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu (25).

10. Le champ de la négociation collective en matière de délai de carence est un peu plus complexe, car l'ordonnance confère aux conventions ou accords de branche étendus la possibilité d'intervenir de deux façons. Premièrement, ces conventions et accords peuvent « fixer les modalités de [son] calcul », ce qui n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation. Il est évidemment loisible à ces accords de déterminer les règles relatives au calcul même du délai de carence, rendant ainsi supplétives les dispositions légales des nouveaux articles L. 1244-3-1 (CDD) et L. 1251-36-1 (contrats de mission), en vertu desquelles ce délai est calculé différemment selon que la durée du contrat venu à expiration – incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements – est ou non inférieure

(18 bis) Ne serait-ce que parce que la règle ne compare pas des dispositions, mais des garanties qui « peuvent » être définies par l'accord de branche... C'est dire que la notion même de garantie suscite la réflexion, notamment dans le domaine étudié.

(19) V. not. H. Mongon, La branche professionnelle renforcée ou affaiblie ?, SSL sup. 13 nov. 2017, n°1790, p.48, selon qui « quelques domaines restent la « chasse gardée » de la branche, en particulier les nouvelles flexibilités permises concernant le contrat de chantier, les CDD ou l'intérim » (souligné par l'auteur).

(20) Art. L. 1242-8, al. 1, C. trav. : « Une convention ou un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du contrat de travail à durée déterminée ». Art. L. 1252-12, al. 1, C. trav. : « La convention ou l'accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice peut fixer la durée totale du contrat de mission ».

(21) Art. L. 1242-8, C. trav.

(22) Cette rupture injustifiée « ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant 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 ».

(23) Cass. Soc. 8 févr. 2017, n°16-40.246. Sur ce point particulier, v. notre commentaire « Non-renvoi d'une QPC portant sur l'indemnisation de la rupture anticipée injustifiée d'un CDD par l'employeur », Constitutions 2017, p. 103.

(24) L'article L. 1251-35 du Code du travail pose une règle équivalente pour les contrats de travail temporaire : « La convention ou l'accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un contrat de mission ».

(25) Art. L. 1243-13, al. 2 et art. L. 1243-13-1, al.3, C. trav.

à quatorze jours. Leur est-il possible, en outre, de primer sur (et donc, concrètement, d'écarter) la règle légale en vertu de laquelle « les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné » (26) ? Pour répondre à cette question, il convient de savoir si cette dernière se rattache véritablement aux « modalités de calcul » du délai de carence, ce que semblait envisager une commentatrice autorisée au moment de son introduction par la loi de modernisation sociale (27). Une discussion pourra donc être engagée sur ce dernier point. L'ordonnance confère aux accords de branche une liberté encore plus prononcée, accordée aux conventions et accords de branche étendus : l'article L. 1244-4 du Code du travail dispose en effet, désormais, que « sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1 (28), une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1244-3 n'est pas applicable » (29). La portée concrète de cette nouvelle règle doit être relativisée, car le champ d'application légal du délai de carence, qui devient donc aujourd'hui supplétif, est en réalité déjà assez restreint. Schématiquement, dès lors que chacun des contrats se succédant (30) sont conclus pour assurer le remplacement d'un salarié temporairement absent ou d'un travailleur indépendant (lorsque cela est possible), pour pourvoir un emploi saisonnier ou dans le cadre d'un contrat d'usage, ce délai n'est pas applicable ; il trouve donc surtout à s'appliquer lorsque l'un des deux contrats au moins a été conclu au titre d'un accroissement temporaire. C'est là que la liberté ainsi octroyée présentera un intérêt, ce qui pourrait concrètement conduire à l'éviction totale par l'accord de branche du délai de carence (31).

11. Les dispositions précédemment évoquées pourraient faire naître une inquiétude légitime : aucun plafond légal ne s'imposant aux durées maximales définies par les accords de branche, ceux-ci pourraient peut-être supprimer les délais de carence... La liberté conférée dans les domaines précités aux signataires d'une convention ou d'un accord de branche étendu n'est toutefois pas sans limite. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 soutient ainsi, avec force, que « les règles définies par l'accord de branche ne peuvent en aucun cas conduire à pourvoir un emploi considéré comme permanent dans les entreprises de la branche » (32). Cette affirmation s'appuie sur plusieurs textes rédigés de façon comparable : soit les stipulations nouvellement admises ne peuvent avoir « pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (33) ; soit les libertés ainsi reconnues s'exercent « sans préjudice des dispositions » de l'article L. 1242-1 (34) ou de l'article L. 1251-5 du Code du travail (35). Cet encadrement appelle des observations de divers ordres, selon le domaine concerné.

12. En prévoyant que la durée maximale d'un contrat « précaire » fixée par une convention ou un accord de branche étendu « ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise », l'ordonnance a le mérite de souligner que cette disposition ne constitue pas une règle spéciale susceptible d'écarter la règle plus générale posée aux articles L. 1242-1 et L. 1251-5, qui semble d'ailleurs plutôt fonder un « principe directeur » (36) en la matière. Il ne sera donc pas possible de s'appuyer sur ces dispositions pour admettre la régularité de situations contrevenant à ce « principe », comme l'avait

(26) Cette règle a été introduite par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 afin de lutter contre la pratique « chez certains responsables d'entreprise de compter le week-end comme délai de carence pour faire se succéder des contrats de cinq jours occupant tous les jours ouvrables de la semaine » (Cl. Roy-Loustaunau, « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance », Dr. Soc. 2002, 304).

(27) Cl. Roy-Loustaunau, art. préc., spéc. § 11, qui présentait la règle discutée comme l'un « des deux types de mesures qui tendent à figer un peu plus les modalités de calcul du délai de carence qui doit précéder le recours à un nouveau contrat précaire » (nous soulignons).

(28) V. *infra*.

(29) Pour le travail temporaire, v. art. L. 1251-37, C. trav. : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 1251-5, la convention ou l'accord de branche étendu de l'entreprise utilisatrice peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L. 1251-36 n'est pas applicable ».

(30) Cass. Soc. 10 mai 2016, n° 04-42.076, Bull. civ. V, n° 167.

(31) L'on peut se demander si les termes retenus par l'ordonnance autorisent une telle éviction ou s'ils n'impliquent pas que le délai de carence demeure applicable dans certains cas (F. Bousez, CDD à durée indéterminable et CDI d'opération à durée limitée, JCP S

2017, 1316). Cependant, compte tenu du champ déjà limité du délai de carence, il semble difficile de soutenir que l'ordonnance impliquerait que subsistent certains « cas d'application » du délai de carence.

(32) Souligné par nous.

(33) Art. L. 1242-8 et art. L. 1251-12 (qui s'appliquent respectivement à la durée maximale conventionnelle des CDD et des contrats de mission). Art. L. 1243-13 et art. L. 1251-35 (pour le nombre maximal de renouvellements du CDD et du contrat de mission).

(34) Pour les stipulations conventionnelles établissant des modalités particulières de calcul du délai de carence ou définissant les cas dans lesquels il doit s'appliquer (articles L. 1244-3 et L. 1244-4 pour les CDD). L'article L. 1242-1 dispose qu'« un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

(35) Art. L. 1251-36 et L. 1251-37 pour les contrats de mission. L'article L. 1251-5 prévoit que « le contrat de mission, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice ».

(36) F. Bousez, art. préc.

fait la Cour de cassation en matière de succession de contrats d'usage (37) avant qu'elle ne soit « rattrapée » par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (38). Si cette borne semble la bienvenue, elle reste très imprécise, car il sera difficile pour les signataires d'éventuels accords de savoir à partir de quelle durée le recours à un contrat précaire a un tel objet ou un tel effet.

13. En tout état de cause, il faut surtout constater que le nouvel article L. 1242-8 est susceptible d'entrer concrètement en contradiction avec d'autres textes que l'article L. 1242-1 : de toute évidence, certains cas de recours aux contrats précaires sont, de par leur définition, incompatibles avec une durée contractuelle trop longue (y compris, d'ailleurs, la durée maximale légale). C'est le cas de l'emploi saisonnier, un temps défini par la Cour de cassation et aujourd'hui par la loi (39), puisque les tâches de ces emplois « sont appelées à se répéter chaque année selon une périodicité à peu près fixe ». On voit mal, également, comment un contrat conclu au titre de « l'accroissement temporaire » de l'activité pourrait être conclu de façon cohérente pour une durée supérieure à dix-huit mois, auquel cas il serait difficile de le considérer... comme temporaire (40). La question suivante pourrait donc se poser : ces contradictions potentielles avec la logique propre à certains motifs peuvent-elles entraver la liberté des partenaires sociaux, alors que les limites posées par l'ordonnance ne visent qu'une incompatibilité avec les articles L. 1242-1 et L. 1251-5 ? Au soutien d'une réponse négative, l'on pourrait faire valoir que le projet d'ordonnance imposait aux accords de branche « le respect des dispositions des articles L. 1242-1, L. 1242-2 et L. 1242-7 » (41), et que ces deux derniers articles ne figurent plus dans l'ordonnance n° 2017-1387, de sorte que les dispositions relatives à la durée maximale devraient l'emporter sur les dispositions de l'article L. 1242-2 ou L. 1251-6. Outre que cette position pourrait conduire à des résultats aberrants, une analyse opposée est plus convain-

cante : elle pourrait insister sur le fait que la définition des motifs de recours s'inscrit nécessairement dans le prolongement de l'interdiction générale posée par les articles L. 1241-1 et L. 1251-5 (42), et ce d'autant que les articles L. 1242-2 et L. 1251-6 précisent tous deux, avant de définir ces motifs admissibles, que le recours à ces formes d'emploi n'est possible que pour « l'exécution d'une tâche précise et temporaire ». Peu importerait, donc, que l'ordonnance ne vise que le respect des articles L. 1242-1 et L. 1251-5.

14. Ainsi comprise, la limite posée à l'article L. 1242-8 du Code du travail ne peut présenter d'intérêt que pour les contrats conclus au titre de cas de recours qui n'emportent pas, par eux-mêmes, de restrictions relatives à la durée totale du contrat. L'on songe alors aux contrats « de remplacement », mais pour se rappeler que la durée maximale ne s'applique qu'aux contrats conclus avec un terme précis (43). La borne étudiée ne pourrait donc concerner que le contrat précaire conclu avec un terme précis pour remplacer un salarié (ou un travailleur indépendant, lorsque cela est admis) longuement absent, ce qui est sans doute rare en pratique (44). L'on voit mal, en outre, en quoi le recours à un tel contrat aurait pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise lorsque le remplacement est effectif, et ce d'autant qu'il serait, *a priori*, régulier en cas de stipulation d'un terme imprécis, quelle qu'en soit la durée. Aussi est-on naturellement conduit à penser que les limites conventionnelles augmentées ne devraient effectivement concerner que les « contrats d'usage » conclus pour un terme précis et une durée élevée... avant de se remémorer, à nouveau, que la Cour de cassation juge, depuis 1997, que « la durée maximale de 18 mois prévue par l'article L. 122-1-2 du Code du travail est inapplicable dès l'instant que le contrat est conclu au titre du 3° de l'[ancien] article L. 122-1-1 [devenu l'article L. 1242-2] de ce Code » (45). Or, si la durée maximale légale ne leur est pas applicable, quelle est

(37) On songe ainsi à quatre arrêts du 26 novembre 2003 (4 arrêts, Bull. civ. V, n° 298) dans lesquels la Cour de cassation s'était notamment fondée sur la règle légale admettant la succession de contrats d'usage avec le même salarié pour retenir que « l'office du juge, saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit dans ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat » et ainsi tenir en échec, concrètement, la règle générale relative au recours au contrat à durée déterminée.

(38) Cass. Soc. 23 janv. 2008, Bull. civ. V, n° 16.

(39) Art. L. 1242-2 3°, C. trav.

(40) Dans un tel cas, le contrat à objet défini ou le contrat de chantier ou d'opération semble mieux indiqué.

(41) Une disposition équivalente figurait dans ce même projet pour le travail temporaire : « Dans le respect des dispositions des articles L. 1251-5, L. 1251-6 et L. 1251-11, la convention ou l'accord de branche de l'entreprise utilisatrice fixe la durée totale du contrat de mission ». V. F. Bousez, CDD à durée indéterminable et CDI d'opération à durée limitée, JCP S 2017, 1316.

(42) Autrement dit, le fait que les contrats précaires ne puissent être conclus que pour ces motifs contribue au fait qu'ils ne peuvent avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

(43) F. Bousez, J.-CL. Trav., Fasc. 2-46 : Contrat à durée déterminée. – Exécution, 2016, n° 94.

(44) Recourir à un contrat à terme précis dans un tel cas peut paraître dangereux (la rupture anticipée du contrat étant difficile), sauf à utiliser les facultés de renouvellement ouvertes par un accord de branche étendu ou, à défaut, la loi.

(45) Cass. Soc., 28 oct. 1997, n° 95-43.101, Bull. civ. V, n° 336 ; D. 1998, Jur. p. 126, n. J. Mouly.

l'utilité de la stipulation conventionnelle prévoyant son possible dépassement ? Faudrait-il revenir sur la solution prétorienne précitée, et estimer que les contrats d'usage sont, en réalité, soumis à cette durée maximale légale, ou seulement estimer que, lorsqu'un accord de branche fixe une durée maximale pour les contrats précaires, celle-ci trouve à s'appliquer à tous les contrats, y compris les contrats d'usage (46) ? Ces observations rapides tendent à montrer que l'apport réel de la règle autorisant l'instauration d'une durée maximale supérieure à la durée légale – et de la limite qui l'accompagne – pourrait être très faible.

15. Il n'en va pas forcément de même de l'augmentation conventionnelle du nombre de renouvellements, qui ne nous semble pas se heurter de façon aussi frontale aux principes qui gouvernent la régularité du recours aux contrats de travail à durée déterminée ou au travail temporaire. Cet accroissement est certainement critiquable en ce qu'il est susceptible de renforcer la précarité de la situation contractuelle des salariés, l'employeur pouvant, si un accord de branche étendu le prévoit, « fractionner » ainsi la relation contractuelle (47) et priver le salarié de la stabilité qui résulte au moins des cas limitatifs de rupture anticipée du CDD ou du contrat de mission (48). Mais est-il, par lui-même, susceptible d'avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ? L'on peut en douter, ne serait-ce que parce qu'il est acquis, en droit positif, que le motif ayant justifié le recours au contrat de travail doit subsister au moment du renouvellement pour que celui-ci soit régulier (49). En d'autres termes, c'est la durée de la relation contractuelle plus que les renouvellements qui paraît pouvoir mettre en cause le principe directeur restreignant le recours aux contrats de travail précaires.

16. En revanche, il est difficile de concevoir avec précision comment les aménagements conventionnels du délai de carence pourront intervenir « sans préjudice des articles L. 1242-1 et L. 1251-5 ». L'ordon-

nance ne pouvait toutefois pas se dispenser d'une telle précision, faute de quoi elle aurait pu être en contradiction avec la directive 1999/70/CE qui vise à mettre en œuvre un accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999. Cet accord a, en effet, deux objets, dont celui « *d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs* » (50). Plus précisément, la clause 5 dudit accord prévoit qu'« *afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, (...) quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent, d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes : des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ; la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ; le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail* ». Puisque le nombre de contrats successifs et la durée maximale de la « *relation contractuelle globale* » en résultant ne sont pas encadrés par le droit français (51), il convient de se demander si la garantie consistant dans l'application des articles L. 1242-1 et L. 1251-5 du Code du travail est vraiment équivalente à la mesure exigeant des « *raisons objectives* » au soutien de cette succession. Pour éviter toute difficulté, le mécanisme de l'interprétation conforme pourrait trouver ici à s'appliquer, le texte étudié n'étant pas, du fait de la garantie évoquée, en contradiction avec la norme européenne. La Cour de cassation pourrait ainsi exiger des juges du fond, comme elle le fait pour les contrats d'usage, de vérifier que, lorsqu'un accord de branche étendu détermine des règles relatives au délai de carence, qu'ils vérifient que « *l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi* », ce qui apparaîtrait somme toute logique (52).

(46) Cela serait d'autant plus bienvenu que la Cour de cassation semble avoir jugé, certes dans un arrêt inédit, que, lorsque les parties sont liées par un seul contrat d'usage, les juges du fond n'ont pas à établir par des raisons objective le caractère par nature temporaire de l'emploi, cette recherche étant attachée au recours de contrats à durée déterminée successifs (Cass. Soc. 5 juil. 2017, n° 16-21.725).

(47) Il est vrai que le renouvellement du contrat suppose l'accord du salarié, et que celui-ci pourrait donc refuser une énième proposition en ce sens.

(48) Pour ce dernier, v. art. L. 1251-26, C. trav.

(49) V., par ex., Cass. Soc. 1^{er} fév. 2000, n° 97-44.952, Bull. civ. V, n° 46 : « *le contrat de travail du salarié ayant été renouvelé pour une durée déterminée, la cour d'appel s'est placée à bon droit à la date du renouvellement pour apprécier le motif du recours à un contrat à durée déterminée* ».

(50) Clause 1 b de l'accord. Celui-ci a également pour objet « *d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination* ».

(51) Les durées maximales (légale ou conventionnelle) s'appliquent à un contrat, renouvellement compris.

(52) Alors que l'on pourrait estimer que, lorsque des contrats sont séparés par le délai de carence légal, le droit français considère que les contrats ne sont plus successifs au sens de l'accord cadre (clause 5.2 : Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à durée déterminée (...) sont considérés comme « successifs »), ce qui écarte l'exigence étudiée.

B. La volonté d'écarter les requalifications liées à la transmission tardive des contrats précaires

17. L'ordonnance n° 2017-1387 modifie la sanction attachée à l'obligation prévue à l'article L. 1242-13, en vertu de laquelle le contrat à durée déterminée est transmis au salarié, au plus tard, dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche. L'article L. 1245-1 du Code du travail prévoit en effet que « *la méconnaissance de l'obligation de transmission dans le délai fixé par l'article L. 1242-13 ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en contrat à durée indéterminée* » ; elle ouvre seulement droit, pour le salarié, à une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (53). Est ainsi mise en cause la solution jurisprudentielle par laquelle la Chambre sociale, estimant que la transmission tardive du contrat équivalait à une absence d'écrit, en déduisait qu'elle devait fonder la demande en requalification formée par le salarié (54). Une altération équivalente est apportée au droit du travail temporaire à l'article L. 1251-40, s'agissant de la méconnaissance de l'obligation de transmission dans le délai fixé par l'article L. 1251-17. L'on notera, à ce propos, que la Cour de cassation jugeait logiquement que cette méconnaissance n'était imputable qu'à l'entreprise de travail temporaire, employeur et, à ce titre, seul responsable de la rédaction et de la transmission du contrat de mission. La « requalification » n'affectait donc que cette dernière : du fait de ce manquement, celle-ci s'était placée en dehors du champ d'application du travail temporaire, de sorte que la relation contractuelle de travail avec le salarié « *relevait du droit commun* » (55). L'ordonnance précise bien, à ce propos, que c'est l'employeur du travailleur temporaire qui doit supporter l'indemnité ne pouvant être supérieure à un mois de salaire.

18. Pour prendre la mesure de cette innovation, il convient de préciser que si, un temps, la Cour de

cassation exigeait qu'un écrit fût établi et signé lors de l'embauche sous peine de requalification (56), de nombreux arrêts visent une transmission tardive « pour signature » (57), ce dont il doit s'induire que l'employeur peut remettre au salarié un « écrit » afin qu'il soit signé dans le délai légal de deux jours (58). Au premier abord, l'on peut penser que l'ordonnance a simplement voulu préserver les employeurs d'une sanction excessive compte tenu de la nature de la faute commise. La disposition nous paraît, toutefois, susceptible de soulever plusieurs difficultés, liées notamment aux doutes qui peuvent naître des termes retenus. Qu'a, tout d'abord, voulu dire le Gouvernement en précisant que l'absence de transmission dans les délais ne peut, *à elle seule*, justifier la requalification du contrat à durée déterminée ou du contrat de mission ? S'il avait absolument voulu protéger le comportement en « question », il lui suffisait d'énoncer que ce manquement ne pouvait entraîner la requalification, sans autre précision, si bien que l'ajout des mots « *à elle seule* » paraît compliquer les choses (59). Pour s'en convaincre, l'on peut renvoyer à la formule prétorienne selon laquelle « *le refus d'un changement des conditions de travail ne constitue pas, à lui seul, une faute grave* » : celle-ci n'écarte manifestement pas, à la lecture d'arrêts récents, la possibilité de retenir la qualification de faute grave lorsque le salarié a refusé de manière réitérée et sans raison légitime un changement des conditions de travail (60). C'est dire que le refus d'un même changement des conditions de travail paraît pouvoir caractériser une faute grave selon les circonstances, sans que cette faute qualifiée ne suppose un *autre* comportement fautif. Pourrait-on penser que, si un employeur s'oppose sans raison légitime à la demande d'un salarié sollicitant le respect de l'obligation de transmission, le contexte factuel ne serait plus celui de la *seule* méconnaissance du délai de transmission ? Cette interrogation conduit, en réalité, à questionner la notion même de transmission tardive. Il peut évidemment

(53) L'ordonnance n'est pas limpide s'agissant de l'application dans le temps de cette disposition et de son équivalent en matière de travail temporaire. L'article 40 I prévoit que les V et VI de l'article 4 sont applicables aux « licenciements prononcés postérieurement à la publication de la présente ordonnance », ce qui est évidemment curieux ; l'article 40 VIII prévoit notamment que les articles 23 et 29 s'appliquent « aux contrats de travail à compter de la publication de la présente ordonnance, quelle que soit la date à laquelle ces contrats ont été poursuivis entre les entreprises concernées », mais ces articles ne visent pas les modifications discutées et se contentent d'énumérer les nouveaux textes mentionnés respectivement aux articles L. 1245-1 et L. 1251-40. Y a-t-il là une erreur ou faut-il en déduire que ces dispositions seraient interprétatives ?

(54) V., par ex., Cass. Soc. 17 juin 2005, n° 03-42.596, Bull. civ. V, n° 203, JCP S 2006, 1016, n. F. Bousez.

(55) Cass. Soc. 19 juin 2002, n° 00-41.354, Bull. civ. V, n° 208. Cette « requalification » constitue donc plutôt une disqualification et n'ouvre pas droit à l'indemnité de requalification prévue à l'article L. 1251-41.

(56) V., par ex., Soc. 16 mai 2000, n° 97-45.758 ; Soc. 9 avril 2002, n° 99-40.422 ; Soc. 15 nov. 2005, n° 03-46.599. Le contrat transmis deux jours après l'embauche devait donc a priori être déjà signé.

(57) Soc. 17 juin 2005, n° 03-42.596, Bull. civ. V, n° 203 ; Soc. 31 mai 2006, n° 04-48.079.

(58) V., clairement en ce sens, Soc. 27 juin 2012, n° 11-13133 inédit ; Soc. 11 déc. 2013, n° 12-19408. V., néanmoins, Soc. 25 mars 2015, n° 13-26372 qui admet une requalification d'un contrat à durée déterminée pour remise tardive du contrat écrit (ce qui suppose a priori une signature) en violation de l'article L. 1242-13 du code du travail.

(59) L'on comprendrait mal que l'ordonnance ait ainsi seulement entendu préciser que, si une autre méconnaissance des règles relatives au recours au CDD de requalification visée à l'article L. 1245-1 du Code du travail venait s'ajouter à l'absence de transmission, alors cette dernière sanction pouvait être prononcée, tant cela ressort de l'évidence.

(60) V., par ex., Cass. Ass. plén. 23 oct. 2015, n° 13-25.279 ; Cass. Soc. 12 janv. 2016, n° 14-23.290.

s'agir de l'employeur qui transmet un écrit avec un ou quelques jours de retard, et qui paraissait excessivement sanctionné par une requalification automatique de ce seul chef ; il pourrait également s'agir, à l'inverse, de l'employeur qui remet le contrat écrit la veille de l'échéance du terme. Si la « remise » intervient encore plus tard, elle n'est pas tardive : on peut penser qu'il n'y a alors pas eu de contrat écrit – le contrat s'est en effet éteint – sauf à priver cette hypothèse, toujours visée par l'alinéa premier de l'article L.1242-12 du Code du travail (61), de toute consistance. Ces observations rudimentaires appellent une question qui l'est sans doute moins : s'il y a bien remise tardive lorsque *l'instrumentum a effectivement été transmis* hors délai au salarié, qu'en est-il lorsque le salarié sollicite au cours de la relation contractuelle – le contrat n'étant donc pas encore achevé – la requalification du contrat au motif qu'aucun contrat ne lui a encore été transmis, invoquant ainsi l'absence d'écrit ? L'employeur pourrait-il s'opposer à une telle prétention en adressant alors au salarié cet écrit ou, plus simplement, en arguant que le contrat n'étant pas encore achevé, il n'y a pas *d'absence d'écrit*, mais simplement une méconnaissance de l'obligation de transmission dans les délais légaux, à laquelle il pourrait remédier (ou aura remédié depuis la requête du salarié) et qui, à elle seule, ne saurait fonder une requalification ?

19. Il nous semble nécessaire, pour finir, d'envisager ces questions sous l'angle particulier de l'effectivité du droit à l'accès au juge en matière de sanction de requalification. Le contrat écrit, particulièrement en raison de la mention exigée de la définition précise du cas de recours, constitue un élément déterminant dans le cadre de la mise en œuvre de l'action en requalification : sans *instrumentum*, le salarié ignore notamment le cas de recours invoqué (62) et est donc bien en peine de pouvoir envisager sérieu-

sement l'exercice de ladite action (63). Au demeurant, s'il agit à cette fin avant de disposer du contrat écrit, quel est le cas de recours que l'employeur (ou l'entreprise utilisatrice) peut invoquer, alors que la Cour de cassation juge, depuis plusieurs années, que le motif invoqué dans l'écrit fixe à cet égard les limites du litige (64) ? Celui-ci devrait-il avoir plus de latitude que l'employeur ayant transmis le contrat et, ainsi, limité son aptitude à justifier le recours au contrat précaire ? Toujours est-il que l'action en requalification est objectivement entravée tant que l'employeur ne transmet pas le contrat écrit. L'on pourra objecter que le salarié pourra toujours agir en justice une fois cette transmission effectuée, ou faire valoir l'absence de contrat écrit si celui-ci ne l'est pas durant la relation contractuelle (65), de sorte qu'il n'aura pas été privé de son droit d'agir ou du droit d'accès au juge. Une telle objection méconnaîtrait néanmoins un nombre non négligeable de décisions de la Cour de cassation illustrant son souci de protéger l'effectivité de l'action en requalification du salarié, en lui permettant non seulement d'obtenir le retour au droit commun, mais la poursuite de la relation contractuelle avec l'employeur (ou l'entreprise utilisatrice). Cette approche est illustrée par plusieurs arrêts dans lesquels la Cour envisage clairement, selon des conditions diverses, l'annulation d'actes d'employeurs visant à empêcher cet effet le plus complet de la requalification (66). L'on peut même souligner, sans forcément adhérer à la solution (67), que la Cour régulatrice a affirmé, certes dans un arrêt inédit, que « *constitue un dommage imminent la perte de l'emploi par l'effet de la survenance du terme, durant la procédure, du contrat à durée déterminée toujours en cours au moment où le juge des référés statue, ce dommage étant de nature à priver d'effectivité le droit pour le salarié de demander la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en contrat à*

(61) « Le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. À défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée ».

(62) Il peut également douter du terme du contrat, de sa durée minimale, si les parties se sont entendues pour convenir d'un terme imprécis, etc., autant d'éléments qui laissent penser que l'absence d'écrit et une remise tardive ne sont pas vraiment équivalentes.

(63) Rapp. B. Dabosville, L'information du salarié, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, n°123, 2013, n°236, p.189 : « Les mentions figurant sur le contrat de travail n'ont, en réalité, pour seul but que de mettre le travailleur recruté en mesure de vérifier la légalité de la décision de recourir à une forme atypique d'emploi » ; v. égalit, n°243 et s., pp.193 et s.

(64) Cass. Soc. 4 déc. 1996, n°94-42.987, Bull. civ. V, n°415 : « le contrat à durée déterminée doit comporter la définition précise de son motif ; cette énonciation fixe les limites du litige au cas où la qualification du contrat se trouve contestée ».

(65) Si, conformément à ce qui vient d'être envisagé (et est redouté), les juges devaient intuitivement estimer qu'il ne peut pas y avoir d'absence d'écrit tant que le terme du contrat n'est pas échu.

(66) V. not. Cass. Soc. 21 sept. 2017, n°16-20.460 : « en l'absence de rupture du contrat de travail pour un motif illicite, il appartient au salarié de démontrer que la fin de la relation de travail intervenue par le seul effet du terme stipulé dans le contrat à durée déterminée résulte de la volonté de l'employeur de porter atteinte au droit du salarié d'obtenir en justice la requalification du contrat de travail en contrat à durée indéterminée ». V. égalit, Cass. Soc. 6 fév. 2013, n°11-11.740, Bull. civ. V, n°27, p.319.

(67) Qui n'a pas encore été « éprouvée » par un arrêt publié au Bulletin... La note explicative d'un arrêt du 21 septembre 2017 (n°16-20.270), rendu dans un contexte proche, mais néanmoins différent, nous semble témoigner d'une certaine réserve de la Chambre sociale à l'égard de la solution, puisqu'elle relève que « le juge des référés avait ordonné la poursuite du contrat de travail » et que « cette décision [était] déjà contestable au regard des pouvoirs du juge des référés, dès lors que le droit à l'emploi n'est pas une liberté fondamentale dont la violation justifierait la nullité de la rupture du contrat de travail » (nous soulignons).

durée indéterminée afin d'obtenir la poursuite de la relation contractuelle avec son employeur » (68). Dans cette dernière décision, ce n'est donc pas le droit d'obtenir la requalification qui est en cause – elle pourrait très bien être prononcée après la fin du contrat et conduire à l'application du droit du licenciement –, mais l'effectivité du droit d'obtenir la poursuite de la relation contractuelle avec l'employeur – ou l'entreprise utilisatrice – du fait de cette requalification.

20. C'est précisément cette effectivité que la règle introduite par l'ordonnance nous semble pouvoir affecter, pour une raison déjà exposée : à supposer que l'absence de remise d'un écrit pendant l'exécution du contrat ne justifie pas, par elle-même, la requalification et doive s'analyser, pendant un certain temps, comme une simple violation de l'obligation de remise de l'écrit dans le délai légal, elle pourrait concrètement repousser le moment de l'exercice de l'action

en requalification et, dès lors, priver le salarié de la possibilité d'agir à un moment où il pourrait tirer les conséquences les plus satisfaisantes de cette action. Ne pourrait-on pas y voir, du moins dans certaines circonstances, une atteinte au droit à l'accès au juge susceptible de la mettre en cause ? La mise en œuvre d'une disposition qui, de façon compréhensible, cherche à éviter des requalifications « excessives », est ainsi susceptible de soulever de réelles difficultés, peu compatibles avec un objectif de sécurisation. La mise en place de règles suivant un modèle *comparable* à celui qui sera bientôt défini pour la motivation de la lettre de licenciement (69) aurait été, selon nous, mieux adaptée : l'ordonnance aurait pu prévoir que le salarié pouvait exiger de son employeur qu'il respecte son obligation de transmission, ce dernier devant alors répondre dans un certain délai, et que l'absence de réponse dans ce délai aurait pu fonder l'action en requalification.

II. Le contrat de chantier ou d'opération : une liberté sécurisée pour les employeurs

21. Ainsi que cela a été dit en introduction, le Code du travail ne donnait pas de définition du « contrat de chantier » avant l'ordonnance n°2017-1387 : la seule disposition qui lui était consacrée portait, en effet, sur le régime applicable au licenciement pour « *le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession* » (70). L'article L.1223-8 du Code du travail innove donc en énonçant – non sans paradoxe – dans son premier alinéa que les contrats visés sont conclus « *pour la durée d'un chantier ou d'une opération* » et, dans son troisième alinéa, qu'ils le sont « *pour une durée indéterminée* ». Il serait sans doute plus juste de dire que ces contrats sont bien des CDI, en ce sens que leur rupture ne provient pas automatiquement de l'échéance d'un terme, même imprécis (71), mais des CDI particuliers parce qu'ils comportent une « *clause de rupture prédéterminée* »

dont l'employeur se prévaut généralement, sous certaines conditions, à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée (72). Des commentateurs plus réactifs ont déjà suggéré que cette qualification légale de CDI allait « *sans doute mettre fin à la jurisprudence admettant qu'un contrat de chantier, par principe à durée indéterminée peut, toutefois, être un contrat à durée déterminée dans la mesure où il y est recouru pour un des cas énumérés à l'article L.1242-2 du Code du travail* » (73). La proposition peut être discutée car, si la Cour de cassation a effectivement affirmé à plusieurs reprises que « *le contrat de travail conclu pour la durée d'un chantier est, en principe, un contrat de travail à durée indéterminée, à moins qu'il ne soit conclu dans l'un des cas énumérés à l'article L.122-1-1, devenu L.1242-2 du Code du travail* » (74), elle a censuré, dans un arrêt du 2 juin 2010 (75), une cour d'appel ayant retenu que le contrat litigieux était à durée

(68) Cass. Soc. 8 mars 2017, n°15-18.560.

(69) Mais non similaire, puisque le nouveau système mis en place par l'article L.1235-2, dans sa version à venir, permet seulement la précision des motifs *déjà exprimés* et ne devrait donc pas s'appliquer en l'absence de lettre de licenciement (ce qui n'est d'ailleurs pas sans importance en cas de requalification).

(70) Anc. art. L.1236-8, C. trav.

(71) La rupture du contrat de chantier ou d'opération n'est donc pas automatique ou « *déterminée par des conditions objectives telles que l'atteinte d'une date précise, l'achèvement d'une tâche déterminée ou la survenance d'un événement déterminé* », pour reprendre les termes de la clause 3-1 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999. Elle suppose un licenciement, ce qui le distingue par nature du contrat à durée déterminée. Ce

mécanisme a – en partie – inspiré la « *clause de durée initiale* » qui figure dans la « Proposition de Code du travail » présentée par le GR-PACT, où elle est combinée avec des éléments tirés du droit actuel des contrats de travail précaires (art. L.22-11 et s. ; Dalloz, 2017).

(72) Ce qu'exprime l'article L.1236-8 en prévoyant que « *la rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse* ».

(73) O. Rault-Dubois et S. Béal, Contrat de travail – le contrat de chantier ou d'opération : en marche !, JCP E 2017, 1537.

(74) V. not. Cass. Soc. 9 oct. 1996, n°95-40.639 ; Cass. Soc. 13 nov. 2008, n°07-40.342

(75) Cass. Soc. 2 juin 2010, n°09-41.416, Bull. civ. V, n°126.

déterminée « *sans constater que le contrat de travail mentionnait qu'il était conclu à durée déterminée dans l'un des cas énumérés par l'article L. 122-1-1 devenu L. 1242-2 du Code du travail* ». Le seul fait que le contrat de chantier ait pu objectivement relever d'un de ces cas de recours était donc inapte à conférer au contrat une telle qualification ; les parties devaient avoir expressément affirmé que leur contrat était conclu pour une durée déterminée pour que cette qualification soit retenue. À ce propos, l'article L. 1223-9 du Code du travail prévoit que l'accord de branche qui permet le recours au contrat de chantier ou d'opération (76) doit déterminer « *les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat* ». Ces dispositions conventionnelles imposeront sans doute aux employeurs d'attirer l'attention des salariés sur le fait qu'ils ont conclu un contrat à durée indéterminée de chantier ou d'opération. Cependant, l'ordonnance ne nous paraît pas interdire aux parties de choisir, pour accomplir une prestation de travail liée à l'accomplissement d'un chantier ou d'une opération, la « forme » du contrat à durée déterminée, notamment pour bénéficier de la relative stabilité qu'il assure à l'employeur (77), dès lors que cette prestation entre bien dans le cadre d'un cas des recours légaux. En effet, l'ordonnance n'impose pas que l'emploi qui peut être pourvu par contrat de chantier ou d'opération le soit. Ceci étant dit, il importe de présenter les conditions de recours au contrat de chantier ou d'opération (A) avant d'étudier le sujet de sa rupture (B).

A. Le recours au contrat de chantier ou d'opération

22. Le contrat de chantier ou d'opération n'est pas un contrat pouvant être librement conclu : sa « régularité » (78) est en effet encadrée, comme l'énonce L. 1223-8 en vertu duquel une convention ou un accord collectif de branche étendu doit, en principe, « *fixer les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération* » (79). Ces « conditions de recours » sont plurielles. L'article L. 1223-9 prévoit, en premier lieu, qu'il appartient à cette convention ou à cet accord collectif de déterminer la *taille des entreprises concernées*. Ces termes laissent penser que ledit accord ne pourrait pas ouvrir la conclusion des contrats étudiés à toutes les entreprises de la branche, quels que soient leurs

effectifs, ce qui pourrait soulever des difficultés liées au principe d'égalité devant la loi envisagé du point de vue des entreprises exclues (80). Les partenaires sociaux doivent, ensuite, définir les *activités concernées*, ce qui n'est pas forcément très clair. Le texte pourrait ainsi renvoyer aux activités exercées par les entreprises, qui peuvent être assez diverses bien que leur activité principale les fasse relever du même accord de branche (81) ; il paraît toutefois beaucoup plus probable que l'ordonnance vise ainsi les activités susceptibles de donner lieu à un « chantier » ou à une « opération ». À supposer que cela soit le cas, on soulignera rapidement l'évidence : si l'usage par les dispositions antérieures de la loi du terme « chantier » ne s'est pas opposé au développement du contrat dans des secteurs d'activité autres que le BTP (82), la référence à une « opération » est susceptible d'étendre de façon sensible le domaine possible de conclusion de ce nouveau contrat. La souplesse du recours au contrat présentement étudié est d'autant plus importante que l'accord de branche n'est pas tenu de définir la moindre exigence de durée, minimale ou maximale, ce qui lui confère un avantage remarquable sur les contrats de travail précaires « classiques ».

23. L'accord de branche étendu doit également consacrer des stipulations à des « *contreparties* » et des « *garanties* » en faveur des salariés concernés. Les *contreparties* doivent porter sur la rémunération et l'indemnité de licenciement accordées à ces derniers, ce qui introduira nécessairement une différence de traitement *entre salariés*. Une contestation par des salariés s'estimant lésés, parce qu'ils ne bénéficieraient pas de ces contreparties, nous semblerait soulever une question normative délicate – et à laquelle nous n'apporterons que des éléments possibles de réponse, car la différence de traitement trouverait son origine dans l'ordonnance, celle-ci ayant imposé aux partenaires sociaux de prévoir ces contreparties. Autrement dit, le principe d'une différence est posé par l'ordonnance, mais sa matérialisation concrète est opérée par l'accord de branche étendu. Cela ne pourra pas être sans incidence en cas de litige initié par un salarié qui, exerçant les mêmes fonctions qu'un salarié recruté par « contrat de chantier », se plaindrait de ne pas bénéficier du même régime. L'accord ne faisant qu'appliquer l'ordonnance (ratifiée) le contraignant – et dans le même temps

(76) *V. infra*.

(77) On se contentera de rappeler que le salarié recruté par CDD, s'il peut rompre son contrat en justifiant de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée (art. L. 1243-2, C. trav.), ne peut, en revanche, pas démissionner, contrairement au salarié recruté par contrat de chantier ou d'opération, puisqu'il s'agit d'un CDI.

(78) Le contrat présenté comme un contrat de chantier ou d'opération qui serait « irrégulier » ne devrait pas bénéficier du

régime correspondant et, par conséquent, être soumis aux règles normales du droit du licenciement.

(79) Sur le possible rôle des conventions d'entreprise, *v. supra*, n° 6.

(80) Sur la question de l'invocabilité de ce principe dans une telle configuration, *v. n° 22*.

(81) Elles peuvent, en outre, exercer des activités accessoires.

(82) *V. infra*, n° 26.

l'habilitant – à instaurer cette distinction, le juge judiciaire nous semblerait devoir estimer qu'il appartient au salarié de critiquer la disposition ayant valeur législative par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité (83). Cette voie nous semble la plus orthodoxe, mais une proposition de Madame Fanélie Ducloz, Conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de cassation, pourrait ouvrir une autre perspective. Selon elle, « *l'accord dérogatoire doit respecter les normes constitutionnelles et supranationales applicables* », cet impératif se justifiant « *par ce qui fonde la négociation collective* », avant d'ajouter que « *puisque le législateur peut, sans que l'on puisse lui reprocher une incompétence négative, déléguer aux partenaires sociaux la mise en œuvre de principes de droit du travail, ces mêmes partenaires sociaux se voient logiquement opposer le respect de normes qui s'imposent au législateur et auxquelles il ne peut déroger, et tel est le cas des normes constitutionnelles et supranationales* » (84). Si l'on comprend bien l'analyse, pourrait-on en déduire que l'accord de branche devrait ici respecter le principe d'égalité devant la loi de la même façon que le législateur ? Il ne s'agirait pas de lui reprocher de ne pas respecter le principe d'égalité de traitement (85). Cela nous paraîtrait discutable, mais il n'en reste pas moins que le respect du principe de l'égalité devant la loi tel qu'envisagé par le Conseil constitutionnel pourrait s'imposer, dans un cas comme dans l'autre.

24. Or, selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, si le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, ce n'est que si, dans l'un et l'autre cas, « *la différence de traitement qui en résulte [est] en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Dès lors, les différences en matière d'indemnité de licenciement et de rémunération ne seraient pas seulement justifiées par le fait que les salariés recrutés par contrat

de chantier ou d'opération ne sont pas dans la même situation que les autres salariés (qu'ils soient recrutés par un CDI « ordinaire » ou par CDD) du fait de la précarité de leur situation (86) ; elles devraient entretenir un lien logique ou suffisant avec la singularité de leur situation. S'agissant des indemnités de licenciement, l'exigence paraît satisfaite : les salariés concernés sont recrutés par un contrat à durée indéterminée qui, s'il peut effectivement dépasser l'achèvement du chantier ou de l'opération (87), fera généralement l'objet d'une rupture « programmée » et est donc affecté, dans ce cas, d'une « précarité » qui pourrait être ainsi compensée. Cet élément entretient-il, en revanche, un lien « logique » suffisant avec des contreparties en termes de rémunération, qui pourraient conduire les salariés concernés à être mieux rémunérés que d'autres exerçant le même travail ? L'objet de différenciation se rapporte alors à l'exécution du contrat et il n'est peut-être pas évident que la précarité de la situation des salariés recrutés par contrat de chantier ou d'opération doive être ainsi compensée, alors qu'elle l'est déjà par le biais du mécanisme précédemment évoqué (88).

25. Les *garanties*, quant à elles, portent sur la *formation* des salariés concernés, ce qui ne peut manquer d'évoquer la jurisprudence de la Chambre sociale relative aux dérogations conventionnelles au montant de l'indemnité de précarité versée à l'issue d'un contrat à durée déterminée. L'on sait, en effet, que cette dernière juge que, si l'article L.1243-9 du Code du travail peut prévoir qu'un accord d'entreprise ou d'établissement ou un accord de branche étendu peut limiter ce montant à hauteur de 6 % – alors que la loi prévoit un montant de 10 % de la rémunération brute totale versée au salarié, l'application de ces stipulations conventionnelles suppose que des contreparties *aient été offertes* à ces salariés, notamment sous la forme d'un accès privilégié à la formation professionnelle (89). Si tel n'est pas le cas, le salarié doit percevoir le montant de « *droit*

(83) Et la question se poserait alors de l'incidence du succès éventuel d'une telle QPC sur l'accord de branche mettant en œuvre une différence de traitement censurée par le Conseil constitutionnel. L'on voit mal comment un accord de branche serait autorisé à établir une différence de traitement que l'ordonnance ratifiée n'aurait pas pu instaurer.

(84) Le régime des accords dérogatoires, Dr. Soc. 2017, 727, (nous soulignons). La question pourrait alors se poser de savoir si l'action tendant à faire constater que l'accord de branche conclu méconnaît le principe d'égalité relève du délai de contestation posé à l'article L.2262-14 (sollicite-t-elle l'annulation d'une stipulation ou l'élargissement de son bénéfice ?).

(85) Contestation qui serait bien complexe : d'une part, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence relative au respect de l'égalité de traitement par les accords collectifs, bien que la Cour de cassation n'ait pas encore, à notre connaissance, posé de présomption de justification des différences de traitement entre salariés compte tenu du type de contrat qu'ils ont conclus (rendue évidemment difficile par les articles L.1242-14 et L.3123-

5 du code du travail) ; d'autre part, parce que l'article L.2262-13 dispose « *qu'il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent* ».

(86) Les salariés recrutés par CDD sont, *a priori*, mieux protégés contre la rupture de leur contrat de travail avant l'échéance du terme, qui ne peut intervenir que dans des cas restrictifs.

(87) *V. infra*.

(88) On peut ici songer à une comparaison avec l'égalité de traitement assurée entre salariés recrutés par CDD et ceux recrutés par CDI : le Code du travail prévoit, dans certains cas, une indemnité compensant la précarité au terme du contrat et n'admet, dans son article L.1242-14, des différences entre CDD et CDI que s'agissant de la *rupture* du contrat.

(89) Cass. Soc. 11 juil. 2017, n°06-41.765, Bull. civ. V, n°118, Dr. Soc. 2008, 494, obs. Cl. Roy-Loustaunau ; JCP S 2008, 1248, n. F. Bousez.

commun » (90). *Mutatis mutandis*, ne pourra-t-on pas soutenir que la dérogation au droit commun du licenciement propre aux contrats étudiés – consistant dans l'existence d'une cause « pré-justifiée » – ne serait plus applicable lorsque l'employeur n'a pas effectivement respecté les prévisions de l'accord de branche propres à la matière ? La thèse sera d'autant plus convaincante que l'on parviendra à analyser les garanties évoquées comme l'une des « conditions dans lesquelles il est possible de recourir [à ce type de contrat] » fixées par l'accord (91), faute de quoi ceux-ci pourraient préférer indemniser le préjudice causé par l'absence de respect des stipulations conventionnelles (92).

26. L'absence d'accord de branche étendu n'empêche pas toute conclusion régulière d'un contrat de chantier ou d'opération (93). L'article L.1223-8 prévoit, en effet, qu' « à défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017 ». En effet, si les « contrats de chantier » concernaient initialement le secteur du bâtiment et des travaux publics, la Cour de cassation a manifestement admis, sur le fondement de l'ancien article L.321-12 du Code du travail, leur usage dans d'autres « professions », dès lors que les licenciements à la fin d'un chantier revêtaient un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de ladite profession (94). C'est notamment le cas des secteurs de la réparation navale, des entreprises du paysage, de l'aéronautique ou des bureaux d'études. Les conventions collectives de ces secteurs, étendues ou non, accordent d'ailleurs parfois des contreparties ou assurent des garanties supplémentaires aux salariés recrutés par contrat de chantier. Sans vouloir paraître obsédé par le principe d'égalité, cette disposition ne pourrait-elle pas conduire certains employeurs à se plaindre, dans plusieurs années, d'être tenus de respecter un cadre légal contraignant – relayé par un accord de branche étendu – inapplicable à d'autres secteurs d'activité, au seul titre que le recours au contrat de chantier y respecte les conditions précitées, surtout si une concurrence est envisageable entre eux ?

(90) Cass. Soc. 23 janv. 2008, n° 06-44.190, Bull. civ. V, n° 21.

(91) Cette autorisation conventionnelle n'est pas sans rappeler le dispositif du contrat de travail intermittent.

(92) Pour autant que cela aura été sollicité par le salarié (à titre subsidiaire), conformément au principe dispositif.

(93) Sur la place des accords d'entreprise en cas d'accord de branche étendu, comp. supra, n° 7.

(94) Cass. Soc. 5 déc. 1989, n° 87-40.747, Bull. civ. V, n° 696 : une cour d'appel ayant estimé que les contrats de chantier visaient exclusivement les métiers du bâtiment et des travaux publics est censurée pour ne pas avoir recherché les caractéristiques de la profession exercée par une société et si la rupture en fin de chantier y était de pratique habituelle.

27. La régularité du recours à des contrats dérogatoires est souvent subordonnée au respect de règles de forme, bien que la méconnaissance de ces règles appelle des réactions diverses (95). À ce propos, la Cour de cassation jugeait, sous l'empire de l'ancien régime légal des licenciements pour fin de chantier, que « la validité (96) d'un licenciement prononcé en raison de la fin d'un chantier est subordonnée à l'indication, dans le contrat de travail ou la lettre d'embauche, que le contrat est conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés » (97). Elle avait pu en déduire qu'une cour d'appel ayant relevé que « les stipulations du contrat de travail ne permett[ai]ent pas de déterminer avec précision le ou les chantiers pour lesquels M. X. a été engagé », justifiait légalement, par ces seuls motifs, sa décision de condamner l'employeur au paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (98). La justification de la rupture était ainsi étroitement dépendante de la précision des mentions figurant dans l'*instrumentum* (99). L'ordonnance n° 2017-1387 a choisi de ne pas imposer expressément une telle exigence formelle en se contentant, ainsi que cela a déjà été dit, d'imposer à l'accord de branche étendu de fixer « les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat » sans plus de détails, ce qui pourrait faire naître un contentieux relatif au degré de précision du contrat écrit au moment de la rupture de la relation contractuelle. Il est donc probable que les employeurs les plus avisés ou les mieux conseillés continueront de se plier aux anciennes exigences formelles prétoriennes, quelles que soient les stipulations de l'accord de branche à ce sujet.

B. La rupture du contrat de chantier ou d'opération

28. La présentation du recours au contrat de chantier ou d'opération a, de façon peut-être un peu artificielle, insisté sur de possibles difficultés, mais celles-ci semblent devoir rester marginales si les signataires de l'accord de branche étendu se montrent vigilants. Sa conclusion paraît donc relativement sécurisée ; sa rupture pourrait l'être

(95) V., not., notre article, Bref regard sur le formalisme des contrats de travail dérogatoires, Les Cahiers Sociaux, sept ; 2013, n° 255.

(96) Il aurait sans doute été plus juste de parler de *justification* ou de *légitimité* que de validité, dont le défaut évoque naturellement la nullité.

(97) Cass. Soc. 2 juin 2004, n° 01-46.891, Bull. civ. V, n° 149.

(98) Cass. Soc. 25 mai 2011, n° 10-10.852. Plus récemment, Cass. Soc. 22 juin 2016, n° 15-14.740.

(99) Il ressort de la jurisprudence que le contrat de chantier ne peut logiquement concerner, de façon indistincte, l'ensemble de l'activité de l'entreprise (L. Gamet et L. Aluome, Le contrat de travail de chantier ou d'opération, JCP S 2017, 1355).

davantage encore (100). Celle-ci présente, en effet, tout d'abord, l'avantage pour l'employeur d'être soumise à un régime « simplifié » lorsqu'elle « *intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée* » (101). L'article L.1236-8 modifié précise ainsi, dans son second alinéa, que « *cette rupture est soumise aux dispositions des articles L.1232-2 à L.1232-6, du chapitre IV, de la section 1 du chapitre V et du chapitre VIII du présent titre* ». D'un point de vue procédural, le licenciement prononcé en raison de la fin du chantier ou de la réalisation de l'opération suppose donc un entretien préalable (102) et est notifié dans les conditions du droit commun (103). Entraînant les « conséquences » normales du licenciement (préavis et indemnités de licenciement, documents remis par l'employeur) (104), cette rupture est soumise aux dispositions communes relatives aux contestations et sanctions des irrégularités du licenciement, à l'exclusion des règles relatives au licenciement économique (105). Ainsi que cela a été relevé, l'article ne fait plus référence à la possibilité, pour une convention ou un accord collectif de travail, de soumettre ce licenciement aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique (106). L'article L.2251-1 pourra toujours justifier l'application de certaines règles issues du droit du licenciement économique, mais celles-ci ne devront pas supposer l'intervention d'autorités administratives, subordonnée à l'existence d'un texte légal qui fait désormais défaut. Enfin, la rupture pour fin de chantier ou d'opération se voit aussi curieusement appliquer le chapitre VIII, qui a trait aux dispositions pénales applicables en matière de licenciement et qui concerne essentiellement la mécon-

naissance de règles applicables aux licenciements économiques (107).

29. Toujours est-il qu'en persistant dans cette *disqualification* du licenciement – car il est évidemment prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié (108), le droit français pourrait sembler ne pas être en harmonie avec des textes européens et internationaux. Une incompatibilité pourrait ainsi être recherchée avec la directive 98/59 du Conseil du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs, qui impose des obligations d'information et de consultation des représentants des salariés lorsque l'employeur envisage de prononcer de tels licenciements, c'est-à-dire, au sens de la directive, un nombre minimal de licenciements (109) prononcés « *pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs* ». En vertu de l'article 2, ces consultations « *portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs, ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés* ». En l'absence de telles consultations, la méconnaissance du droit européen paraît acquise dès lors que les seuils fixés par la directive seront atteints. En effet, si la directive prévoit qu'elle ne s'applique pas « *aux licenciements effectués dans le cadre de contrats de travail conclus pour une durée ou une tâche déterminées, sauf si ces licenciements interviennent avant le terme ou l'accomplissement de ces contrats* » (110), les contrats de chantier ou d'opération ne semblent pas appartenir à cette catégorie (111). Néanmoins, le droit français s'opposant ici au droit européen en

(100) Elle l'est d'autant qu'à supposer que, pour une raison ou une autre, la cause prédéterminée de licenciement (*infra*, n°29) ne puisse être utilement invoquée par l'employeur, le droit commun du licenciement s'appliquera à des salariés avec une ancienneté relative, ce qui entraîne des « plafonds » d'indemnisation relativement bas (*cf. art. L.1235-3, C. trav.*)

(101) Art. L.1236-8, C. trav.

(102) Art. L.1232-2 à L.1232-5, C. trav.

(103) Art. L.1232-6, C. trav.

(104) Pour reprendre les termes du chapitre IV du titre III auquel il est renvoyé.

(105) Section 1 du chapitre V. La section 2, exclue, est consacrée aux licenciements pour motif économique.

(106) V. art. L.1236-8, C. trav. dans sa rédaction antérieure : « *Le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession, n'est pas soumis aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif de travail* ». Dans un arrêt du 13 juin 2012 (n°11-13.955), la Cour de cassation a retenu que l'information et la consultation des représentants du personnel préalablement au licenciement pour fin de chantier, prévues par l'article 3 de l'avenant n°11 du 8 juillet 1993 à la convention collective Syntec, constituent pour le salarié une « *garantie de fond* », dont le non-respect prive le licenciement de cause réelle et sérieuse. La solution paraît

remise en cause par l'article L.1235-2 du Code du travail dans sa version à venir, puisqu'il prévoit, dans son dernier alinéa, que si le licenciement est prononcé « *sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire* ».

(107) Reste cependant l'infraction définie à l'article L.1238-1 du Code du travail relative à l'atteinte à l'exercice régulier des fonctions de conseiller du salarié.

(108) Et qui donc, sans cette intervention légale, serait, *a priori*, qualifié de licenciement pour motif économique en vertu de l'article L.1233-3 (*V. not. en ce sens, S. Frossard, « Licenciement pour motif économique », Rép. Trav. Dalloz, janv. 2017, n°46*).

(109) V. art. 1^{er}.

(110) Art. 2 a° de la directive.

(111) Dans l'arrêt *Rabal Cañas* (13 mai 2015, C-392/13), la Cour de justice, se prononçant sur la prise en considération des contrats conclus pour une durée ou une tâche déterminées a relevé que leur exclusion du champ d'application de la directive 98/59 des cessations individuelles de contrats conclus pour une durée ou une tâche déterminées ressortait clairement du texte et de l'économie de cette directive (point 62) et précisé que « *de tels contrats cessent non pas à l'initiative de l'employeur, mais en vertu des clauses qu'ils contiennent ou en vertu de la loi applicable à la date à laquelle ils arrivent à échéance ou à celle où la tâche pour laquelle ils ont été conclus a été accomplie* » (point 63).

ne prévoyant pas de consultation propre aux licenciements collectifs avec les objets évoqués, aucune interprétation conforme n'est envisageable et les directives n'ayant pas d'effet horizontal direct, seule la voie indemnitaire reste ouverte aux personnes concernées. Aussi pourrait-on penser à se tourner vers la convention n° 158 de l'OIT et son article 13 (112), qui paraît répondre aux conditions classiques d'invocabilité par des particuliers (113), pour imposer une consultation. Cette même convention autorise, il est vrai, l'exclusion du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la convention des « *travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée* » ou encore « *des travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période* ». L'inclusion des salariés recrutés par contrat de chantier ou d'opération dans la première catégorie renvoie à des difficultés d'interprétation similaires à celles qui viennent d'être abordées à propos de la directive ; l'inclusion dans la seconde catégorie ne paraît pas possible car une note sur la convention n° 158 et la recommandation n° 166 sur le licenciement, datée de 2009, fait apparaître que la France affirmait ne pas avoir utilisé cette cause d'exclusion.

30. Le licenciement au titre de la fin du chantier ou de la réalisation de l'opération est d'autant plus attractif que l'article L.1236-8 affirme, dans son premier alinéa, qu'il « *repose sur une cause réelle et sérieuse* » (114). Cette affirmation « automatique » de la justification du licenciement pour fin de chantier est nouvelle dans le Code du travail : l'ancien texte, écartant l'application des dispositions relatives au licenciement économique, prévoyait seulement que le licenciement était « *soumis aux dispositions du chapitre II relatives au licenciement pour motif personnel* », et donc à l'article L.1232-1 (115). Il pouvait être soutenu, en outre, que l'article L.1231-4, relevant des dispositions générales applicables au licenciement et en vertu duquel « *l'employeur et le*

salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre », écartait également toute « *pré-justification* » de ce type de rupture qui se serait fondée sur la seule stipulation que le contrat avait été conclu pour un ou plusieurs chantiers déterminés. C'est la Cour de cassation qui a, en réalité, affirmé à plusieurs reprises que « *l'achèvement d'un chantier constitue une cause de licenciement si le contrat a été conclu pour la durée de ce chantier* » (116) et ce, « *peu important qu'une durée estimée de ce chantier ait été mentionnée dans le contrat et qu'elle ait été dépassée* » (117). La légitimité de ce licenciement supposait toutefois que « *les conditions tenant à l'existence de contrats de chantier et à leur fin [soient] réunies* » (118) : la référence contractuelle à la fin du chantier ne justifiait donc pas, à elle seule, le licenciement. Le contrat devait avoir défini de façon suffisamment précise le ou les chantiers auxquels était affecté le salarié (119) et les tâches pour lesquelles celui-ci avait été embauché devaient être effectivement terminées (120), ce qui permettait de vérifier que le licenciement ne reposait pas sur un autre motif, notamment économique. Ce contrôle devra demeurer, et ce n'est donc pas forcément la fin du *chantier* ou de *l'opération* qui peut justifier le licenciement, comme l'énonce l'article L.1236-8, celui-ci pouvant reposer sur *l'achèvement des tâches*. Dans ce contexte, il ne semble pas qu'il y ait une méconnaissance des articles 24 de la Charte sociale révisée ou des articles 4, 8 et 9 de la convention OIT n° 158, le juge disposant d'un réel pouvoir d'appréciation quant à l'existence d'un motif valable de licenciement.

31. L'on finira ce très long article par deux observations rapides. La première porte sur *l'obligation de reclassement* dans le cadre du licenciement ici étudié, qui semble, *a priori*, évincée par l'absence d'application des règles du licenciement économique et, partant, de l'article L.1233-4 du Code du travail (121). Néanmoins, puisque l'obligation de reclassement trouve son origine dans le devoir d'exécuter le contrat

(112) L'employeur qui envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire (un seuil pouvant être fixé par les États) devra : « (a) *fournir en temps utile aux représentants des travailleurs intéressés les informations pertinentes, y compris les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder ; (b) donner, conformément à la législation et à la pratique nationales, aussi longtemps à l'avance que possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi* ».

(113) Du point de vue des salariés, il paraît instituer un droit à l'information et à la consultation à travers leurs représentants.

(114) Il est remarquable que l'ordonnance utilise le terme neutre de « *rupture* », qui entretient le flou sur la nature du contrat de

chantier, alors que l'article visait clairement auparavant un licenciement.

(115) « *Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse* ».

(116) Cass. Soc. 12 fév. 2002, n° 99-41.239, Bull. civ. V, n° 64.

(117) Cass. Soc. 15 nov. 2006, n° 04-48.672, Bull. civ. V, n° 342.

(118) Cass. Soc. 16 nov. 2005, n° 04-44.743.

(119) V. *supra*, n° 26.

(120) V., par ex., Cass. Soc. 12 fév. 2002, n° 99-41.239, Bull. civ. V, n° 64. V., *a contrario* et par ex, Cass. Soc. 9 fév. 2011, n° 09-66.263.

(121) L. Gamet et L. Aluome soutiennent qu'« *il ne fait (...) pas de doute que l'obligation de reclassement est encore applicable lorsqu'il n'existe pas de couverture conventionnelle [c'est-à-dire d'accord de branche étendu] : elle continuera à relever de la pratique habituelle du secteur visé* » (art. préc.).

de bonne foi et que la cause du licenciement n'est pas personnelle, ne pourrait-on pas en revenir au droit des contrats pour l'imposer en la matière (122) ? À ce sujet, il est intéressant qu'interprétant l'ancien article L.321-12 du Code du travail, une circulaire suggérait que le « caractère normal » du licenciement visé par ce texte supposait que le *réemploi des personnes licenciées ne pouvait être assuré* lors de l'achèvement des tâches qui leur étaient confiées sur le chantier, ou que celles-ci aient refusé l'offre faite par écrit d'être occupées sur un autre chantier, dans les conditions conventionnelles applicables à l'entreprise (123). Cette interprétation, qui ne liait pas les juges judiciaires, subordonnait-elle cette appréciation à l'existence de clauses conventionnelles particulières ? Toujours est-il que, dans un arrêt isolé en date du 25 septembre 2001 (124), la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui, pour écarter des prétentions fondées sur l'absence de cause réelle et sérieuse, avait relevé que l'employeur n'avait pas soutenu qu'un licenciement avait un motif économique et n'avait pas recherché si ce salarié, engagé pour la durée du chantier de l'élargissement d'une autoroute, licencié en raison « de la suppression de son poste du fait de l'achèvement de sa tâche et de l'impossibilité d'assurer son réemploi » par un licenciement qualifié de licenciement pour fin de chantier, pouvait, à l'expi-

ration de la tâche qui lui était confiée, être réemployé. Il n'y a là qu'une modeste piste de réflexion qui ne peut pas, contrairement au licenciement envisagé par l'article L.2254-2 du Code du travail, se voir opposer le fait que l'ordonnance ait expressément défini de *façon limitative* les textes s'y appliquant (125). Il faut observer, pour finir, que les accords de branche étendus prévoyant le recours au contrat de chantier ou d'opération doivent fixer « les modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée » (126). La seconde éventualité ainsi envisagée a déjà surpris des commentateurs, puisque le contrat de chantier ne repose ni sur une durée précise, ni sur une durée indicative (127). La première éventualité mérite-elle un régime particulier, alors qu'elle devrait simplement être soumise au droit du licenciement économique ?

En guise de conclusion, notons qu'aucune règle spéciale ne gouverne la rupture avant la fin du chantier ou de l'opération à l'initiative du salarié, qui peut démissionner : c'est, nous semble-t-il, l'une des rares faiblesses du contrat de « chantier ou d'opération » par rapport au contrat à durée déterminée envisagé du point de vue des employeurs.

Dirk Baugard

(122) Art. 1104, C. civ. : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

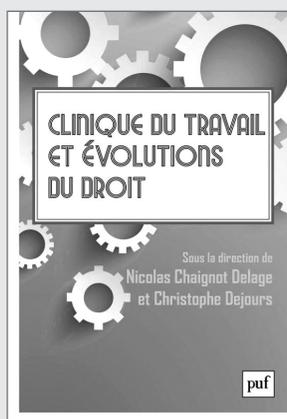
(123) Circ. min. DE/DRT n° 89-46, 1^{er} oct. 1989, n° 5.

(124) Cass. Soc. 25 sept. 2001, n° 99-42.385. Comp. Cass. Soc. 16 déc. 2008, n° 07-43.395 (où est évoquée une disposition conventionnelle : « l'employeur avait vainement tenté de réemployer ce salarié à l'achèvement de ses tâches, selon les prévisions de l'accord du 8 juillet 1993 sur les fins de chantier dans l'ingénierie »).

(125) Pour être plus clair, l'article L.2254-2 définit exclusivement les règles s'appliquant au licenciement qu'il vise : il « est soumis aux seules modalités et conditions définies » par un certain nombre d'articles. En revanche, l'article L.1236-8 ne fait qu'identifier les règles applicables au licenciement, sans affirmer leur exclusivité.

(126) Art. L.1223-9, 3°.

(127) O. Rault-Dubois et S. Béal, Le contrat de chantier ou d'opération : en marche !, JCP E 2017, 1537.



CLINIQUE DU TRAVAIL ET ÉVOLUTIONS DU DROIT

Sous la direction de Nicolas Chaignot Delage, Christophe Dejourns

Comment, par ses investigations, le clinicien peut-il éclairer la démarche du juriste ? Comment le droit peut-il conforter l'action de la clinique du travail en faveur de l'émancipation du sujet ? Dans le cadre d'un séminaire interdisciplinaire inédit, des cliniciens du travail, des juristes, des avocats, des magistrats, des sociologues, des philosophes et des économistes ont réfléchi collectivement aux évolutions qui ont accompagné les transformations du travail et des organisations du travail depuis les trois dernières décennies. De la centralité anthropologique du travail à l'office du juge, de l'enquête à l'action judiciaire, de la réparation à la prévention, les auteurs de ce livre ont cherché à articuler les savoirs et expériences en vue de promouvoir une forme de justice sociale qui se fonde à partir du travail humain.

Avec les contributions de Nicolas Chaignot Delage, Christophe Dejourns, Pierre-Yves Verkindt, Christian du Tertre, Loïc Lerouge, Marie-Ange Moreau et Rachel Saada, Lina Barouhiel, Valérie Ganem et Emmanuelle Lafuma, Hervé Gosselin, Hélène Tessier, Jean-Pierre Laborde, Delage, Aurélie Bruère, Isabelle Gernet, Benoît Kanabus, Michel Miné.

Presses Universitaires de France
Hors collection – 612 page
ISBN : 978-2-1307-9903-0
29 euros