

# Le CDI de chantier : une précarité au carré <sup>(1)</sup>

Par Lucas BENTO DE CARVALHO,

Professeur à la faculté de droit et de science politique de Montpellier

## PLAN

### I. La précarité au stade de la conclusion du CDI de chantier

- A. L'identification hasardeuse des salariés concernés
- B. La délimitation incertaine des contours du chantier

### II. La précarité au moment de la rupture du CDI de chantier

- A. La précarité dans la rupture à terme
- B. La précarité dans la rupture anticipée

Le CDI de chantier n'est pas une nouveauté dans la galaxie des contrats de travail atypiques, dérogatoires au CDI de droit commun (2). Dès 1983, la Cour de cassation avait admis la possibilité de conclure un contrat sans terme et correspondant à la durée d'un chantier (3). Une première consécration légale intervint à la faveur de la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement (4). Les ordonnances « Macron (5) », ratifiées par la loi du 29 mars 2018, parachèvent cette reconnaissance en dédiant une section du Code du travail au CDI de chantier (6).

Placé sous le signe de « la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail », selon l'intitulé de l'ordonnance dont il procède (7), ce nouveau cadre juridique vise « à encourager le recours aux contrats à durée indéterminée de chantier ou d'opération (8) ». Le rapport remis au président de la République estime ainsi que la possibilité « d'accéder à des contrats de chantier ou d'opération grâce à la négociation d'accord de branche fixant les règles permettant d'y recourir » offrira aux entreprises « une sécurité juridique importante pour embaucher en contrat à durée indéterminée, au lieu de contrat à durée déterminée comme aujourd'hui ». S'il est encore trop tôt pour vérifier l'exactitude de ce pronostic, l'affirmation d'une sécurité juridique retrouvée, bénéficiant simultanément aux employeurs et aux salariés – heureux titulaires d'un CDI, fut-il « de chantier (9) » –, suscite immédiatement quelques doutes.

La sécurité juridique est communément associée à l'idée de prévisibilité du droit pour les justiciables (10), en l'occurrence l'employeur et le salarié. Sa présence au frontispice de l'ordonnance du 22 septembre 2017 étonne dans la mesure où préexistait un cadre légal et jurisprudentiel pour le recours aux contrats de chantier (11). Loin de répondre à un légitime besoin de sécurité juridique,

(1) Un grand merci à Valérie Larègle, pour l'organisation du colloque duquel est issue la présente contribution. Le style oral de cette dernière a été conservé.

(2) Rappelons qu'aux termes de l'article L. 1221-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ».

(3) Soc., 14 mars 1983, n° 80-42.292, P+B, la Cour rejette le pourvoi en se fondant sur le fait qu'il « n'était pas établi que le contrat eut été conclu uniquement pour la durée du chantier ». Par la suite, la chambre sociale énonça que si « 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 où il peut être recouru à un contrat à durée déterminée », Soc., 13 novembre 2008, n° 07-40.342, inédit.

(4) L'ancien article L. 321-12 du Code du travail énonçait en ce sens que « les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent un caractère normal, selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif », étaient soustraits aux dispositions applicables aux licenciements pour motif économique.

(5) Ordonnances du 22 septembre 2017, en l'espèce l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

(6) C. trav., art. L. 1223-8 et L. 1223-9, complétés par les articles L. 1236-8 et L. 1236-9 relatifs à la rupture du CDI de chantier.

(7) V. D. Corrigan-Carsin, « Contrat de chantier ou d'opération », *Rép. trav.*, avril 2020, spé. n° 3 et s.

(8) Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

(9) Au point que les personnels de l'enseignement supérieur puissent désormais accéder à un dispositif analogue avec le CDI de mission, en étant « recrutés spécifiquement pour l'accomplissement d'un projet de recherche », loi n° 2020-1674 du 24 décembre 2020 de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur, art. 9.

(10) N. Molfessis, « Rapport sur les revirements de jurisprudence », remis à M. le premier président Guy Canivet, 2004, p. 7 ; J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cah. Cons. const.*, 2001, p. 82.

(11) Étant rappelé que d'un strict point de vue juridique « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit », Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Bull. civ.*, I, n° 97 ; dans le même sens Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n° 361.

la réforme procède plus volontiers d'une sécurisation du contentieux des contrats de chantier. Ce procédé est tout sauf neutre du point de vue des intérêts respectifs des justiciables. Sécuriser un acte, c'est en effet éviter sa remise en cause. Or, en droit du travail, le contentieux est dans l'immense majorité des cas initié par des salariés ou leurs représentants. « Sécuriser » le recours à un contrat de travail atypique se traduit en réalité par une restriction des possibilités de contester en justice les décisions patronales (12). Le Professeur Baugard ne s'y trompe pas lorsqu'il évoque, à propos du CDI du chantier, « une liberté sécurisée pour les employeurs (13) ».

L'offensive sécuritaire de l'exécutif est d'autant plus regrettable que le CDI de chantier est synonyme de grande précarité pour le salarié. La précarité caractérise une situation « dont on ne peut garantir la durée, la solidité, la stabilité ; qui, à chaque instant, peut être remis[e] en cause (14) ». Au plan juridique, la notion renvoie tout autant à l'instabilité qu'à l'incertitude qui entourent la relation de travail. Selon la première acception, elle cible l'intensité des changements auxquels

sont confrontés les salariés. Qu'il s'agisse de contrats dont l'ADN est marqué par la fluctuation d'activité – tel le CDI intérimaire – ou de contrats intégrant des mécanismes de variation unilatérale des conditions de travail, la précarité contredit un idéal de stabilité du contenu contractuel (15). Dans une seconde dimension, la précarité tient à l'incertitude qui entoure la durée de la relation de travail, le salarié ignorant à quel moment le contrat prendra fin et s'il se poursuivra au-delà du terme initialement convenu. La précarité s'oppose ici à la pérennité de la relation de travail. À cet égard, il faut souligner que si le CDI est souvent perçu dans l'opinion publique comme la promesse d'une relation durable, il peut néanmoins être rompu à tout moment, et ce, pour des motifs plus variés et moins contraignants que ceux qui conditionnent la rupture anticipée du CDD. Le caractère hybride du CDI de chantier – un engagement à durée indéterminée, mais assorti d'un terme – engendre ainsi une précarité au carré. L'incertitude générée par ce mélange des genres et la précarité qui en découle s'expriment aussi bien au stade de sa conclusion (I) qu'au moment de sa rupture (II).

## I. La précarité au stade de la conclusion du CDI de chantier

La conclusion du CDI de chantier suscite plusieurs interrogations. D'une part, l'identification des salariés concernés par le dispositif se révèle hasardeuse (A). D'autre part, la délimitation des contours du chantier, à la fois objet et terme du CDI, donne matière à de fortes incertitudes (B).

### A. L'identification hasardeuse des salariés concernés

Le régime du CDI de chantier confirme la préférence du législateur contemporain pour un cadre juridique négocié, la loi n'ayant vocation à s'appliquer que de manière supplétive. L'article L. 1223-8, alinéa 1, du Code du travail énonce ainsi qu'« une convention ou un accord collectif de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une

opération ». L'alinéa 2 précise 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<sup>er</sup> janvier 2017 (16) ». Nombreux sont les secteurs d'activité dans lesquels il est d'usage d'embaucher des travailleurs en CDI pour la seule durée d'un chantier. C'est le cas notamment des entreprises du BTP (17), de la réparation navale (18) ou employant des ingénieurs affectés à des prestations à l'étranger (19). La liste des secteurs concernés n'est pas limitative. La Cour de cassation a estimé que le juge devait « chercher quelles étaient les caractéristiques de la profession exercée par [l'entreprise] et si la rupture en fin de chantier y était de pratique habituelle (20) ». En l'absence de couverture conventionnelle, la détermination des salariés susceptibles d'être recrutés par CDI de chantier peut néanmoins se révéler hasardeuse.

(12) M. Grévy, « *Securitas omnia corrumpit* », *RDT*, 2017, p. 663 ; M. Poirier, « À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier : "sécurisation de l'emploi" ou "sécurisation des décisions patronales" », *Dr. ouv.*, 2013, p. 240.

(13) D. Baugard, « Le développement de la précarité subordonné à la négociation collective », *Dr. ouv.*, 2018, p. 1, nous soulignons.

(14) Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRT).

(15) En ce sens, P. Durand (dir.), *La Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ, 1960.

(16) La conclusion d'un accord de branche permet alors de recourir au CDI de chantier dans des secteurs où celui-ci ne relève pas d'un usage.

(17) Soc., 13 novembre 2008, n°07-40342, inédit.

(18) Soc., 16 novembre 2005, n°04-44743, inédit.

(19) Soc., 7 mars 2007, n°04-47059, P + B.

(20) Soc., 5 décembre 1989, n°87-40747, P + B.

Tout d'abord, pris à la lettre, l'alinéa 2 de l'article L. 1223-8 précité subordonne sa conclusion à deux conditions cumulatives. Le recours au CDI de chantier doit être habituel dans le « secteur » d'activité visé, tout en relevant d'un usage conforme à l'exercice régulier d'une « profession » donnée. *Stricto sensu*, relever d'un secteur où les entreprises font habituellement appel au CDI de chantier ne suffit donc pas à autoriser sa conclusion. Il faut également que le salarié recruté soit affecté à une profession régulièrement exercée sous le régime de ce contrat atypique. Sauf à tenir pour synonyme les termes de « secteur » et de « profession », alors même que le Code prend soin de les dissocier (21), le double niveau d'examen induit par la lettre de l'article L. 1223-8 n'est pas sans incidence sur l'identification des travailleurs éligibles au dispositif. Dans les entreprises du BTP, pour ne prendre que cet exemple, l'embauche en CDI de chantier ne devrait concerner qu'une fraction des multiples professions associées au secteur. En cas de contentieux, le juge se livrera à une appréciation *in concreto* des conditions de travail du salarié, sans être tenu par les stipulations contractuelles. Cet examen peut susciter une forme d'incertitude sur la légalité du recours au CDI de chantier, pour l'employeur comme pour le salarié, à rebours de l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'ordonnance.

Ensuite, l'exigence d'un usage du CDI de chantier « conforme » à l'exercice « régulier » de la profession est source d'ambiguïté. Si le terme « régulier » doit être compris comme prescrivant le respect des règles, en l'occurrence celles de la profession, il est à craindre que la loi ne vienne légitimer des usages *contra legem*. Certains opérateurs pourraient d'ailleurs préférer l'application d'une norme légale supplétive, entérinant des usages permissifs, plutôt que de se soumettre à une couverture conventionnelle assortie d'un contenu obligatoire, éventuellement plus contraignant. La question mérite d'être posée au regard du rapport remis au président de la République à l'occasion de la promulgation des ordonnances du 22 septembre 2017. Celui-ci énonce que « l'utilisation du contrat à durée indéterminée de chantier par les secteurs qui y recourent déjà, comme les bâtiments et travaux publics, est sécurisée ». Ce *satisfecit* laisse

perplexe. De deux choses l'une, soit le CDI de chantier était autorisé dans ces secteurs et le nouveau texte n'y change rien, soit il ne l'était pas et l'ordonnance vient alors légaliser une pratique jusqu'ici illicite. La manœuvre n'est malheureusement pas nouvelle en droit du travail. On citera en ce sens le CDI intérimaire, expérimenté de manière illégale par quelques enseignes du secteur (22), et avant lui la loi du 6 août 2015 étendant les dérogations au principe du repos dominical dans certaines zones (23). L'on pourrait rétorquer que la conclusion d'un accord collectif est elle aussi de nature à confirmer des usages antérieurs litigieux. Pour autant, cette validation serait alors le fruit d'une négociation entre partenaires sociaux, et non la conséquence d'une tactique patronale de laisser-faire. La promotion de l'accord collectif ne règle toutefois pas l'épineuse question de la délimitation des contours du chantier.

## B. La délimitation incertaine des contours du chantier

L'incertitude générée par les textes concerne aussi bien la matérialité (1) que la temporalité (2) du chantier.

### 1. Les incertitudes affectant la matérialité du chantier

La loi ne définit pas le « chantier » objet du contrat de travail, pas plus qu'elle ne fixe les contours de l'« opération » envisagée (24). En présence d'une couverture conventionnelle, les partenaires sociaux ne sont pas non plus tenus d'identifier *a priori* de tels périmètres. L'article L. 1223-9 du Code du travail leur impose seulement de fixer la taille des entreprises et les activités concernées, ainsi que les mesures d'information du salarié sur la « nature de son contrat ». Ce silence n'est guère surprenant. Il est en effet difficile d'appréhender au niveau de la branche la grande diversité des travaux pouvant donner matière, dans chaque entreprise, à la conclusion d'un CDI de chantier ou d'opération. La situation n'en demeure pas moins délicate pour le salarié qui peut difficilement se projeter dans son avenir professionnel. De plus, si le terme d'un chantier peut être prévisible ou à tout le moins vérifiable, celui d'une « opération » est beaucoup plus aléatoire. Étude de marché,

(21) La formule n'est pas d'ailleurs sans évoquer le régime du CDD d'usage qui distingue la nature de l'activité exercée, du caractère par nature temporaire des emplois occupés, v. par ex. Soc., 12 novembre 2020, n° 19-11402 P + B, *Dr. soc.*, 2021, p. 167, note L. Bento de Carvalho.

(22) S. Tournaux, « Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par... la loi », *Dr. soc.*, 2018, p. 810.

(23) Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, C. trav., art. L. 3132-25-2 et s. L'autorisation du travail dominical dans les périmètres d'usage et de consommation exceptionnels (PUCE) a ainsi

pu paraître légitimer les pratiques illégales antérieures, v. S. Tournaux, « Le paradoxe de la loi du 10 août 2009 : réaffirmation du principe du repos dominical et extension des hypothèses dérogatoires », *Lexbase hebdo éd. soc.*, n° 362, 2009.

(24) Les deux notions peuvent néanmoins s'entendre comme « un ensemble de moyens matériels et humains affectés à la réalisation, dans un temps limité mais incertain, d'une tâche déterminée », L. Gamet et L. Aluome, « Le contrat de travail de chantier ou d'opération », *JCP S*, 2017, p. 1355.

commercialisation d'un produit, activité de formation sont autant d'opérations dont les frontières physiques sont largement tributaires du pouvoir de direction de l'employeur tout au long de la relation de travail. Il en résulte une forte insécurité économique pour le salarié, et partant une forte précarité.

L'employeur n'est pas non plus épargné par l'incertitude qui affecte les frontières spatiales du CDI de chantier. Nonobstant la conclusion d'un accord, le juge conserve son pouvoir d'appréciation de la légalité du recours à ce contrat atypique. Il faut en effet que l'emploi occupé soit en lien étroit avec le chantier dont l'achèvement signe la fin du besoin de main-d'œuvre. Pour s'en assurer, le juge pourrait s'inspirer du contrôle exercé en matière de recours au CDD d'usage, ce qui confirme le mal fondé de la qualification de CDI imposée par le législateur. Rappelons que selon l'article L. 1242-1 : « *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* ». L'article 1242-2 3° autorise ainsi le recours au CDD afin de pourvoir des « *emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectifs de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ». La Cour de cassation précise que « *la détermination par accord collectif de la liste précise des emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage ne dispense pas le juge, en cas de litige, de vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné (25)* ». Dans une décision récente, la chambre sociale a souligné, sous forme de rappel, que le caractère temporaire de l'emploi ne se déduit pas de l'activité fluctuante de l'entreprise (26). En l'occurrence, celui-ci justifiait la conclusion de CDD de mission successifs par le « *caractère fluctuant et imprévisible de l'activité de la manutention portuaire* », de telle sorte que « *le recours aux ouvriers dockers occasionnels se justifiait nécessairement par une tâche précise et temporaire indissociablement liée au secteur d'activité de la manutention portuaire* ». Rapportée au CDI de chantier, la solution signifie que les emplois occupés sous ce régime

doivent être étroitement liés à la réalisation de l'opération. Nonobstant la qualification de CDI, le salarié doit donc être recruté pour l'accomplissement d'une activité et de tâches temporaires.

## 2. Les incertitudes entourant la temporalité du chantier

L'article L. 1223-8, alinéa 3, du Code du travail dispose que le contrat de chantier « *est conclu pour une durée indéterminée* ». En présence d'une couverture conventionnelle, l'accord collectif doit 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* ». Si l'usage du présent de l'indicatif vaut obligation, le législateur se garde bien, de prévoir des seuils de protection minimale, en particulier au titre de la prévisibilité du terme ou de l'accompagnement de la rupture anticipée (27). La référence aux « *modalités* » évoque plus volontiers l'idée d'une processualisation de la rupture que la mise en œuvre de garanties substantielles. Aucune disposition légale supplétive n'est par ailleurs prévue afin de limiter l'incertitude qui pèse sur le salarié. La loi aurait pu assurer, par exemple, le respect d'une durée minimale pour le CDI, à l'image de ce qui est prévu en matière de CDD à terme imprécis (28).

L'insécurité économique et juridique dans laquelle le salarié est placé s'explique par le rattachement artificiel du contrat de chantier à la catégorie du CDI. Le CDI de chantier est en réalité un CDD à terme imprécis qui ne dit plus son nom (29). Incohérent, ce choix est surtout lourd de conséquences pour le salarié. Dès l'instant où l'engagement s'analyse en un CDI, le salarié ne peut plus revendiquer le bénéfice des règles protectrices entourant le recours au CDD. Exit l'exigence d'une durée minimale, le versement de l'indemnité de préavis, la limitation des motifs de rupture anticipée – dont rien ne permet d'assurer qu'ils trouveront leur équivalent dans les « *modalités* » fixées par la norme conventionnelle – ou encore le nombre maximum de renouvellements. Dans le même temps, son régime légal ne prévoit aucun droit à renouvellement dont l'aboutissement serait la conclusion d'un CDI de droit commun. Cette précarité s'incarne également au moment de sa rupture.

(25) Soc., 3 novembre 2016, n° 15-15764 ; précédemment Soc., 9 octobre 2014, n° 12-17882, P + B.

(26) Soc., 12 novembre 2020, n° 19-11402, Dr. soc., 2021, p. 167, note L. Bento de Carvalho.

(27) J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », BJT, n° 112r1, 2019, p. 55, pour qui « *sur le strict plan juridique, on ne voit pas comment cette conventionnalisation pourrait être profitable aux salariés en*

*l'absence de toute disposition d'ordre public portant sur le quantum de durée ou de renouvellement ou sur le domaine du délai de carence* ».

(28) C. trav., L. 1242-7.

(29) S. Tournaux, « CDD, contrat de mission, contrat de chantier », Dr. soc., 2018, p. 37.

## II. La précarité au moment de la rupture du CDI de chantier

Qu'elle intervienne à terme (A) ou de manière anticipée (B), la rupture du CDI de chantier est soustraite à l'essentiel des règles protectrices du salarié en matière de licenciement.

### A. La précarité dans la rupture à terme

L'article L. 1236-8, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail énonce 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 ». L'alinéa 2 ajoute que la rupture est soumise aux dispositions relatives au licenciement pour motif personnel. L'employeur devra ainsi convoquer le salarié à un entretien préalable, lui notifier son licenciement et respecter un préavis. La détermination du régime indemnitaire s'avère quant à elle plus délicate. Lorsque le recours au CDI de chantier découle d'un accord de branche, celui-ci doit prévoir, conformément à l'article L. 1223-9 4<sup>o</sup>, « les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés ». La loi ne prévoyant aucun seuil indemnitaire, le salarié peut-il prétendre à une somme d'un montant au moins égal à celui de l'indemnité légale ? La réponse n'est pas évidente dans la mesure où le renvoi opéré par l'article L. 1236-8, alinéa 2, n'inclut pas les dispositions portant sur l'indemnité légale de licenciement (30). La norme légale n'ayant pas matière à entrer en conflit avec la norme conventionnelle, une application du principe de faveur est exclue. Toutefois, on comprendrait mal que le salarié qui subit la rupture de son CDI – fut-il de chantier – ne puisse recevoir une indemnité dont la privation n'intervient qu'à la suite d'une faute grave ou lourde. En l'absence de couverture conventionnelle, cette fois, dans le cas où le CDI de chantier est conclu en vertu d'un usage, une solution analogue devrait prévaloir. Selon le ministère du Travail (31), le salarié pourrait même solliciter le bénéfice de dispositions conventionnelles plus favorables concernant l'indemnité de licenciement.

En dehors de ces maigres compensations, le salarié ne peut prétendre à aucune autre garantie (32). Tout d'abord, la stipulation d'une priorité de réembauchage reste à la discrétion des partenaires sociaux (dans l'heureuse hypothèse où le cadre juridique du

CDI de chantier ne relève pas d'un usage) (33). Ensuite, le rattachement de la rupture à la catégorie des licenciements pour motif personnel aboutit à priver le salarié des mesures d'accompagnement inhérentes au licenciement pour motif économique. L'employeur échappe à toute obligation de reclasser le salarié, de respecter une priorité de réembauchage ou de mettre en place un PSE dans le cas de départs multiples. L'éviction du droit du licenciement économique est d'autant plus artificielle que la rupture intervient en réalité pour un motif non inhérent à la personne du salarié, en l'occurrence la fin du chantier.

Cette distorsion entre la cause réelle du licenciement et la préqualification de la rupture pourrait ainsi être contestée à la lumière de certaines dispositions supra-légales (34). D'une part, l'article 4 de la convention 158 de l'OIT dispose qu'« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Envisagé à l'aune de cette dichotomie, le motif de rupture du CDI de chantier se détache de toute considération liée à la personne du salarié. Le bien-fondé du licenciement devra alors s'apprécier au regard des nécessités du fonctionnement de l'entreprise, sans se borner à constater l'achèvement du chantier. En ce sens, le salarié pourrait démontrer que l'employeur exploite d'autres chantiers sur lesquels il peut tout à fait être affecté, autrement dit, que son licenciement ne repose pas sur une nécessité liée au fonctionnement de l'entreprise. D'autre part, l'article 15 de la convention 158 énonce que « l'employeur qui envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devra [...] b. donner, conformément à la législation et à la pratique nationales, aussi longtemps à l'avance 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 ». L'article L. 1236-8, alinéa 2, du Code travail, excluant

(30) L'article L.1236-8, alinéa 2, dispose que la 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 ». L'article L. 1234-9, siège de l'indemnité légale, ne fait pas partie de cette énumération.

(31) <https://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/les-contrats-de-travail/article/le-contrat-a-duree-indeterminee-de-chantier-ou-d-operation>

(32) À l'exception de certains salariés relevant d'un régime protecteur spécial écartant l'article L. 1236-8. C'est le cas de la salariée en état de grossesse médicalement constaté (Soc., 29 mai 2013, n° 12-19245, inédit) ou du salarié protégé (CE, 25 mars 1983, Sté générale d'entreprise pour les travaux

publics, req. n° 36037). Il en va différemment du salarié dont le contrat est suspendu en raison d'un accident du travail (Soc., 8 avril 2009, n° 07-42.942, P + B).

(33) C. trav., art. L. 1236-9, « Si la convention ou l'accord mentionné à l'article L. 1223-8 le prévoit, le salarié licencié à l'issue d'un contrat de chantier ou d'opération peut bénéficier d'une priorité de réembauche en contrat à durée indéterminée dans le délai et selon les modalités fixés par la convention ou l'accord ».

(34) La mobilisation des normes supra-légales du travail présente également un intérêt en cas de rupture anticipée du contrat de chantier.

les mesures d'accompagnement associées au licenciement pour motif économique, entre directement en contradiction avec les obligations instituées par la convention. Inconventionnelle, la norme légale doit être écartée. Son éviction signe le retour des dispositions imposant la consultation des instances représentatives du personnel en cas de licenciement économique (35).

## B. La précarité dans la rupture anticipée

Selon l'article L. 1223-9 6° du Code du travail, la convention ou l'accord de branche autorisant le recours au CDI de chantier doit déterminer « *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* ». La formule laisse subsister plusieurs incertitudes, qui font le lit de la précarité du salarié. D'une part, se pose la question d'une éventuelle coexistence des modes de rupture anticipée (1). D'autre part, la réalité de la fin du chantier peut parfois être débattue (2).

### 1. La coexistence des modes de rupture anticipée en question

De nombreuses questions se posent s'agissant de la possible coexistence des modes de rupture anticipée du CDI de chantier (36). Doit-on considérer qu'une rupture anticipée du CDI ne saurait intervenir en l'absence de stipulation conventionnelle le prévoyant ? Dans l'affirmative, cette restriction au pouvoir patronal concerne-t-elle aussi les CDI conclus en vertu d'un usage en vigueur dans le secteur d'activité et au sein de la profession exercée ? Les employeurs devraient-ils bénéficier d'une latitude plus importante en vertu d'un usage qu'en présence d'un support conventionnel dûment négocié et conclu ? Au regard de la promotion de la négociation collective comme outil de flexibilité de la relation de travail, la réponse n'a rien d'évident.

Une autre interrogation surgit : la faculté pour l'employeur de fonder la rupture anticipée du CDI sur un motif économique, au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail. On songe, par exemple, à des mutations technologiques qui viendraient réduire le besoin de main-d'œuvre ou à une diminution des effectifs consécutive à une réorganisation dictée par la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. Certains auteurs considèrent que le CDI de chantier peut être rompu de manière anticipée dans les conditions du droit commun (37), incluant le licenciement

pour motif économique. Notre point de vue est plus nuancé, au regard des termes de l'article L. 1223-9 6°. L'on s'accordera pour voir dans ce texte l'expression d'un régime spécial entourant la rupture anticipée du CDI, fondée sur la fin prématurée du chantier ou l'impossibilité de le réaliser. Ce régime spécial s'oppose-t-il à l'application des règles relatives au licenciement pour motif économique ? Tout dépend de l'interprétation que l'on retient du domaine investi par l'article L. 1223-9 6°. D'un côté, l'on pourrait voir dans cet article le fondement exclusif d'une rupture assise sur un motif non inhérent à la personne du salarié. De sorte que rien n'interdit de mobiliser cette catégorie au cas de la rupture anticipée et au prisme du seul article L. 1223-9 6°. Le motif économique de droit commun serait par conséquent écarté, au profit d'une règle spéciale ayant pour objet la seule rupture anticipée du CDI de chantier. D'un autre côté, la négation du caractère économique de la rupture ne vise *stricto sensu* que la rupture à terme du CDI (38). De plus, rien n'interdit de considérer que ce régime ne fait que prescrire des mesures supplémentaires pour le cas où le licenciement intervient avant le terme du chantier ou lorsque celui-ci ne peut être réalisé. La règle spéciale ajoute, sans rien retrancher, au droit commun ; les deux normes s'appliquent simultanément. En faveur de cette analyse, l'on remarquera que l'article L. 1223-9 6° ne crée pas un motif *sui generis* de rupture (39). Il impose seulement à l'accord collectif de fixer « *les modalités adaptées de rupture* » du CDI de chantier. Or, ces dernières ne se confondent pas avec la justification de la rupture et les motifs qui la sous-tendent. L'admission du licenciement pour motif économique en tant que mode de rupture anticipée du contrat permettrait en outre aux salariés de bénéficier des mesures d'accompagnement qui lui sont associées. On songe notamment à l'obligation de reclassement ou à la mise en œuvre d'un PSE. Ces incertitudes, entourant la coexistence des modes de rupture, s'expriment également sur le terrain de l'appréciation de la fin du chantier.

### 2. L'appréciation de la fin du chantier en tension

Selon le 6° de l'article L. 1223-9 du Code du travail, la rupture avant terme n'est légitime qu'à la condition que le chantier soit terminé – fut-ce prématurément – ou que sa réalisation s'avère impossible. Cette disposition est sujette à des interprétations différentes, porteuses de solutions contradictoires et inconciliables. La difficulté est la suivante : dans quels cas doit-on considérer que le chantier est terminé ou

(35) C. trav., art. L. 1235-15, « *Est irrégulière toute procédure de licenciement pour motif économique dans une entreprise où le comité social et économique n'a pas été mis en place alors qu'elle est assujettie à cette obligation et qu'aucun procès-verbal de carence n'a été établi.*

*Le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire brut, sans préjudice des indemnités de licenciement et de préavis.*

(36) Au préalable, il serait nécessaire de déterminer si la prescription de l'article L. 1223-9 6° est ou non une condition de validité de l'accord.

(37) D. Corrigan-Carsin, « Contrat de chantier ou d'opération », *Rép. trav.*, n° 55, avril 2020.

(38) C. trav., art. L. 1236-8, alinéa 2.

(39) Contrairement à l'article L. 1236-8, alinéa 1<sup>er</sup>, pour la rupture à terme.

impossible à réaliser (40) ? La question se subdivise autour de l'identification du chantier (41), d'une part, et de sa cessation, d'autre part.

Prenons l'exemple d'une entreprise qui se verrait sous-traiter les travaux d'électricité dans un immeuble en construction. Un contrat d'entreprise est conclu entre ce sous-traitant et le maître d'œuvre en charge de la réalisation de l'ouvrage. À cet effet, plusieurs ouvriers électriciens sont alors recrutés sous le régime du CDI de chantier. Le chantier dont la fin – anticipée ou à terme – autorise la rupture des contrats de travail s'entend-il de l'accomplissement des travaux d'électricité ou de l'achèvement de la construction de l'immeuble ? Les solutions dégagées par la Cour de cassation ne permettent pas de répondre de manière catégorique à cette interrogation pourtant essentielle en matière de CDI de chantier. Il est constant que le licenciement intervenu alors que le chantier n'était pas terminé est dépourvu de cause réelle et sérieuse (42). Toutefois, dans un arrêt postérieur, la chambre sociale de la Cour de cassation avait estimé que lorsque le chantier n'est pas achevé, et que les tâches pour lesquelles un salarié a été embauché se sont poursuivies après son licenciement, celui-ci est sans cause réelle et sérieuse (43). On comprend mal cette double référence, à la fois au chantier – en l'espèce la construction d'une résidence – et aux tâches accomplies par les salariés, en l'occurrence des travaux de ferrailages pour l'édification des bâtiments. La rupture du CDI est-elle subordonnée au constat d'un double achèvement, celui des tâches confiées aux salariés et celui du chantier auquel elles se rapportent ? Il faut souhaiter que non, à peine de conduire l'employeur à rémunérer des salariés plus aucune tâche ne serait confiée, sans pouvoir se prévaloir des dispositions légales relatives à la rupture du CDI de chantier.

La cessation du chantier donne elle aussi matière à discussion. En 2019, la Cour de cassation avait estimé que « *la résiliation de la mission confiée à l'employeur par son client ne saurait constituer la fin de chantier permettant de justifier la rupture du contrat de travail (44)* ». Comme l'observait le Professeur Tournaux, la Cour « *semble ne donner d'importance qu'à la conception matérielle du chantier, sans égard pour la conception juridique, ce qui peut légitimement surprendre (45)* ». D'une part, la situation aurait pu être appréhendée à l'aune d'une caducité en cascade, au sens de l'article 1186 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Celui-ci dispose en effet que

*« lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie »*. Les faits étaient certes antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme des contrats, mais l'obstacle n'avait rien de dirimant. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi pu dégager une solution identique, en se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil (46). Les raisons du rejet de la caducité tiennent davantage, croyons-nous, à une forte allergie aux techniques civilistes que la chambre sociale éprouve en matière de rupture du contrat de travail. En témoigne l'affirmation – un peu caricaturale – d'une autonomie des modes de rupture travaillistes, à l'occasion d'un avis concernant le régime de la prise d'acte (47). D'autre part, si la position de la Cour de cassation est contestable, c'est aussi parce qu'elle interdit à l'employeur de fonder les licenciements sur la fin d'un chantier dont l'entreprise a été évincée. Or, en pareil cas, on voit mal ce qui justifie le maintien de contrats de travail devenus sans objet.

Rendue sur le fondement de l'article L. 1236-8 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, la solution pourrait cependant être contredite par le nouvel article L. 1223-9 6°. Pour cela, il faut commencer par admettre, ce qui ne s'impose pas avec la force de l'évidence en présence d'un texte ambigu, que la fixation de « *modalités adaptées de rupture* » du CDI de chantier, « *dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser* », ne se limite pas à l'édictation de mesures d'accompagnement. L'obligation faite à l'accord collectif de comporter lesdites modalités n'a de sens que si les partenaires sociaux sont à même de fixer les motifs et les situations dont l'employeur peut faire légitimement état pour justifier une impossibilité de réaliser le chantier. À ce titre, il est tout à fait concevable qu'un accord de branche fasse de la résolution anticipée du contrat d'entreprise une cause légitime de rupture anticipée du CDI de chantier (48). Logique, cette possibilité accentue néanmoins l'état d'incertitude du salarié quant à la durée de la relation de travail. Est-ce vraiment surprenant s'agissant d'un contrat marqué du sceau de la précarité ?

**Lucas Bento de Carvalho**

(40) Étant observé que la question intéresse également la rupture à terme du CDI de chantier.

(41) V. également *infra*, « La délimitation incertaine des contours du chantier ».

(42) Par exemple, Soc., 6 janvier 2010, n° 08-44059, inédit.

(43) Soc., 12 février 2014, n° 12-29109, inédit.

(44) Soc., 9 mai 2019, n° 17-27493, P + B.

(45) S. Tournaux, note sous Soc., 9 mai 2019, n° 17-27.493, P + B, *RDT*, 2019, p. 414.

(46) Com., 12 juillet 2017, n° 15-27703, P + B.

(47) Soc., 3 avril 2019, avis n° 15003, S. Tournaux, « L'autonomie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Réflexions relatives à l'emprise du juge sur les modes de rupture du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2019, p. 552 ; L. Bento de Carvalho, « L'étrange sauvetage de l'autonomie de la prise d'acte du contrat de travail », note sous Soc., 3 avril 2019, préc., *RDT*, 2019, p. 328.

(48) En faveur de cette analyse, v. D. Corrigan-Carsin, « Contrat de chantier ou d'opération », *Rép. trav.*, n° 62, avril 2020.