

# Le recours au CDD : entre ordre public et négociation collective

Par Arnaud LUCCHINI, ATER, École de droit social de Montpellier  
(UR-UM204-EDSM)

## PLAN

- I. La définition du recours au CDD déléguée à la négociation collective
  - A. L'accord collectif complément de la loi
  - B. La loi supplétive de l'accord collectif
- II. Le recours négocié au CDD encadré par l'ordre public
  - A. La soumission des accords collectifs à l'ordre public
  - B. Le contrôle des accords collectifs au regard de l'ordre public

**La conventionnalisation du droit du travail est en phase de concrétisation (1). Aux règles légales substantielles, qui imposent des obligations ou garantissent des droits aux parties au contrat de travail, tendent à succéder des règles de structure qui laissent le soin à la négociation collective de définir le régime juridique encadrant la relation de travail (2). Un premier constat peut être dressé : la conventionnalisation du droit du travail ne se manifeste pas tant par le développement de la négociation collective (3) que par la capacité de la convention collective à concurrencer la loi en tant que source du droit. Les conventions et accords collectifs se voient ainsi dotés d'une normativité suffisante pour réglementer des pans de la relation de travail jusqu'alors régis par la loi. Or, cette capacité reconnue à la négociation collective n'est pas tant le fait de l'autonomie et de l'indépendance des partenaires sociaux, à même de construire un droit négocié et parallèle au droit légal, que d'une permission accordée par le législateur lui-même (4). La conventionnalisation du droit du travail est donc une manière de réguler les relations de travail autrement que par l'adoption de règles légales de conduite, mais l'initiative de ce mode de réglementation revient tout de même au législateur (5).**

**Le droit du contrat de travail à durée déterminée (CDD) n'est pas étranger au phénomène de conventionnalisation (6). Un exemple notable réside dans le régime de l'indemnité de fin de contrat, couramment qualifiée de « prime de précarité ». Instaurée en 1982 (7), son montant était initialement arrêté par décret. La loi du 17 janvier 2002 (8) a ensuite fixé son taux, précisant néanmoins qu'une convention ou un accord collectif pouvait prévoir un montant plus élevé (9). En 2003 (10), le législateur permet à l'accord de branche étendu d'abaisser le taux légal dès lors que des contreparties sont offertes aux salariés en fin de contrat sous forme, notamment, d'un accès privilégié à la formation professionnelle. Enfin, la loi du 4 mai 2004 (11) étend cette capacité à l'accord d'entreprise. Au fil des réformes, les permissivités à l'égard de la négociation collective augmentent, le législateur permet de plus en plus aux accords collectifs de déroger à la loi, qu'ils soient conclus au niveau des branches ou des entreprises.**

(1) P.-H. Antonmattei, « Enjeux et exigences d'un droit du travail plus conventionnel », *BJT*, n° 12, 2019, p. 39.

(2) F. Canut, *L'Ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, spéc. p. 443 et s., n° 842 et s.

(3) Développement qu'il est pour le moins complexe de mesurer. S'agit-il uniquement de l'augmentation du nombre de négociations engagées et d'accords conclus ? L'on peut en douter.

(4) P. Rémy, « L'autonomie collective : une illusion en droit français », *SSL*, suppl. n° 1508, 2011, p. 63.

(5) A. Sapiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, p. 59.

(6) J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », *BJT*, n° 12, 2019, p. 55.

(7) Ord. n° 82-130 du 5 févr. 1982 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi que certaines dispositions du Code civil, art. 1<sup>er</sup>.

(8) Loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002 de modernisation sociale, art. 8.

(9) Cette précision était en réalité un rappel. En effet, un accord collectif peut toujours améliorer les droits et garanties que tirent les salariés de la loi (C. trav., art. L. 2251-1).

(10) Loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, art. 8.

(11) Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, art. 43.

Le constat est similaire en matière de recours au CDD. Nous entendons par recours la délimitation des situations où il est permis de conclure un CDD (motifs de recours) ainsi que les règles encadrant le renouvellement et la succession de CDD (recours à divers contrats avec un même salarié et/ou sur un même poste). Dans ce domaine, les renvois à la négociation collective se sont multipliés comme en atteste l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail (12). Actuel point d'orgue de la conventionnalisation du droit du travail en matière de CDD, cette dernière réforme rend supplétives certaines dispositions légales, ces dernières ne s'appliquant alors qu'à défaut d'accord collectif.

Le renvoi de la loi à la négociation collective en matière de recours au CDD soulève une interrogation particulière, car la conclusion de ce type de contrat est encadrée par des règles légales

d'ordre public. Le choix de recourir au CDD n'est pas laissé à la libre disposition des négociateurs : le législateur définit par avance les situations dans lesquelles il peut être conclu. Plus encore, la loi pose un principe selon lequel le CDD « ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (13) ». Un CDD ne peut donc servir qu'à pourvoir un poste temporaire dans l'entreprise. Du reste, cette exigence d'ordre public se fait l'écho de règles européennes (14) et internationales (15). La question se pose donc de savoir quelles sont les marges de manœuvre accordées à la négociation collective au vu de cette définition d'ordre public. Pour y répondre, il est nécessaire d'identifier les renvois à la négociation collective en matière de recours au CDD (I), avant d'étudier comment les dispositions d'ordre public encadrent cette négociation (II).

## I. La définition du recours au CDD déléguée à la négociation collective

Les renvois à la négociation collective sont nombreux en matière de recours au CDD. Ils témoignent des délégations de la loi au profit des partenaires sociaux. Cependant, ces délégations sont plurielles et n'empruntent pas toutes le même véhicule juridique. Classiquement, le législateur donne mission à l'accord collectif de compléter le régime légal du CDD (A). La réforme du 22 septembre 2017 marque un tournant en ce que la loi devient supplétive de l'accord collectif (B).

### A. L'accord collectif complément de la loi

Le renvoi de la loi à la négociation collective en matière de CDD n'est pas l'apanage des dernières réformes du droit du travail. L'ordonnance du 11 août 1986 prévoyait déjà qu'un accord collectif étendu puisse définir les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée (CDI) en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de cet emploi (16). Dans la même lignée, la loi du 20 décembre 2014 permet à l'accord collectif d'ouvrir le recours au CDD pour l'embauche d'ingénieurs et de cadres en vue de la réalisation d'un objet défini (17).

Ces dispositions véhiculent une conception de la négociation collective distincte de celle qui découle de l'ordre public social. En effet, il ne s'agit pas ici d'améliorer conventionnellement les droits et garanties que tirent les salariés de l'application de la loi. Il est plutôt question de réserver des champs d'intervention à la négociation collective de façon à accompagner l'action de régulation du législateur. Cet accompagnement est le fruit d'une négociation qui complète la loi. En définissant des emplois pour lesquels il est possible de recourir au CDD d'usage, ou en permettant la conclusion de CDD à objet défini, l'accord collectif précise tout simplement la liste des cas de recours au CDD.

Quel est le sens de cette précision ? Bien que l'on ne soit pas en présence d'une négociation améliorative des droits des salariés (18), il ne s'agit pas non plus d'une négociation dérogoatoire à la loi en ce que l'accord collectif ne substitue pas à la règle légale une règle substantielle différente (19). Au contraire, la négociation collective opère ici par addition : elle ajoute au droit légal, sans que cet ajout ait pour objet

(12) Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, art. 22 et s.

(13) C. trav., art. L. 1242-1.

(14) Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999.

(15) Conv. OIT n° 158 sur le licenciement, art. 2.3 : le recours au CDD doit être encadré de sorte qu'il ne permette d'éluider l'application du régime du licenciement.

(16) Ord. n° 86-948 du 11 août 1986 modifiant les dispositions du Code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au

travail temporaire et au temps partiel, art. 2. Cette disposition est aujourd'hui reprise à l'article L. 1242-2, 3° du Code du travail.

(17) Loi n° 2014-1545 du 20 déc. 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, art. 6 insérant le 6° à l'article L. 1242-2 du Code du travail.

(18) Rapp. F. Canut, préc., spéc. p. 116, n° 254.

(19) Rapp. F. Bocquillon, « La dérogation en droit du travail », th. Université Strasbourg III, 1999, spéc. p. 21 et s.

d'être plus favorable pour les salariés. De fait, les cas de recours légaux au CDD ne sont pas un horizon indépassable, car l'accord collectif peut les augmenter et par là même réduire les situations dans lesquelles le CDI serait normalement applicable. Néanmoins, il ne doit pas être occulté que l'addition, par accord collectif, d'hypothèses de recours ne vaut que parce que la loi le prévoit. En déléguant à la négociation collective la définition des emplois pouvant être pourvus par contrat d'usage ou contrat à objet défini, le législateur laisse à des acteurs jugés mieux placés que lui le soin de définir le contenu précis des motifs de recours à certains types de CDD. Les stipulations de l'accord collectif remplissent donc la case laissée volontairement vide par la loi.

Il est à relever que la délégation ne s'opère pas toujours au profit des mêmes négociateurs. Selon les termes de l'article L. 1242-2, 3° du Code du travail, seul un accord collectif étendu peut définir les cas de recours au CDD d'usage. Il ne peut donc s'agir que d'un accord de branche, professionnel ou interprofessionnel (20). L'accord d'entreprise est exclu. Ceci se comprend en ce que la qualification de contrat d'usage dépend des usages de la profession. Seul, un accord collectif s'appliquant *a minima* à toute une branche professionnelle peut les définir. L'accord d'entreprise ne dispose pas d'une légitimité suffisante pour ce faire, ce qui reviendrait sinon à considérer que chaque entreprise peut avoir une lecture différente des usages de sa profession. En revanche, s'agissant du recrutement par CDD de cadres et ingénieurs pour la réalisation d'un objet défini, le Code du travail s'en remet expressément à l'accord de branche étendu, mais aussi à l'accord d'entreprise (21), le second – fait devenu assez rare pour le relever – étant supplétif du premier.

Ces renvois à la négociation collective laissent à penser que les modalités de recours au CDD ne sont pas seulement imposées par la loi, mais aussi négociées par les partenaires sociaux. L'on pourrait ainsi parler de *recours négocié* au CDD, car les hypothèses d'accès à ce type de contrat spécial dépendent notamment des choix arrêtés par les signataires des conventions et accords collectifs. Ces derniers ont le pouvoir de décider d'élargir ou non le nombre de cas de recours. Toutefois, la délégation de compétence dont bénéficient les partenaires sociaux

n'est pas totale. En effet, le législateur ne manque pas de prévoir des palliatifs à leur carence. Ainsi, malgré l'absence d'accord collectif, un décret peut toujours définir les emplois pouvant être pourvus par contrat d'usage (22). Si les négociateurs ne trouvent guère d'accord en la matière, ou même s'ils décident de ne pas en conclure de sorte à empêcher le recours au contrat d'usage, il reste possible pour le pouvoir réglementaire de permettre aux employeurs d'user d'un tel CDD. De même, l'article L. 1242-2, 6° du Code du travail dispose expressément qu'à défaut d'accord de branche permettant la conclusion d'un contrat à objet défini, un accord d'entreprise peut ouvrir cette faculté (23). Les négociateurs d'entreprise ont donc la possibilité de pallier l'absence d'accord de branche, voire d'outrepasser le refus de la branche de négocier sur cette question. Cette précision est notable, car il est permis à l'employeur, partie aux contrats de travail, de participer à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise augmentant ses prérogatives en matière de recours au CDD. Au-delà des motifs autorisés de conclusion du CDD, pour lesquels la loi et l'accord collectif se complètent, il est des hypothèses où l'application des dispositions légales s'efface au profit de l'accord.

## B. La loi supplétive de l'accord collectif

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 étend la délégation de l'encadrement du régime du CDD à la négociation collective, spécifiquement en matière de durée, renouvellement et succession de contrats. Cependant, la méthode utilisée diffère de celle présentée ci-avant. Il ne s'agit plus de réserver un domaine d'intervention aux partenaires sociaux afin de compléter les dispositions légales, mais de rendre ces dernières supplétives des conventions et accords collectifs. Ceci implique que nombre de règles inscrites au Code du travail ne s'appliquent plus qu'à défaut d'accord collectif prévoyant un contenu différent. La faculté de fixer la durée maximale du CDD (24), le nombre maximal de renouvellements (25), les règles relatives à la reconduction des contrats saisonniers (26), ainsi que les modalités de calcul (27) et le domaine (28) du délai de carence entre deux contrats appartiennent aujourd'hui prioritairement aux partenaires sociaux. Cette compétence n'est cependant que facultative, en atteste l'usage

(20) Seuls accords collectifs susceptibles d'extension (C. trav., art. L. 2261-15).

(21) C. trav., art. L. 1242-2, 6°.

(22) C. trav., art. L. 1242-2, 3°. Il est à noter que le décret n'est pas supplétif de l'accord collectif, il ne s'applique donc pas seulement à défaut d'accord.

(23) L'on peut, par ailleurs, déduire de cette disposition qu'en présence de deux accords, l'un conclu au niveau de la branche

et l'autre au niveau de l'entreprise, le second ne serait pas applicable car il ne vaut qu'en l'absence du premier.

(24) C. trav., art. L. 1242-8.

(25) C. trav., art. L. 1243-13.

(26) C. trav., art. L. 1244-2.

(27) C. trav., art. L. 1244-3.

(28) C. trav., art. L. 1244-4.

du verbe « pouvoir » dans les textes légaux (29). En cela, l'absence d'accord collectif déclenche l'application des dispositions légales dites supplétives. Par exemple, lorsque la loi et l'accord prévoient chacun un mode de calcul du délai de carence différent (30), il convient d'appliquer celui fixé par accord collectif. En revanche, si l'accord collectif se montre silencieux à cet égard, ou s'il n'existe tout simplement pas d'accord relatif au recours au CDD applicable dans l'entreprise, l'on se doit d'appliquer les dispositions légales.

La réglementation conventionnelle du CDD devient dès lors concurrente de la réglementation légale. En effet, dans le schéma de la supplétivité, accord collectif et loi ne coexistent pas, du moins pas sur un même plan : le premier empêche purement et simplement l'application de la seconde. L'on pourrait donc penser que la compétence de la loi cède face à celle de la négociation collective. Pour autant, c'est la loi qui décide de sa propre supplétivité. Elle ne fait que conditionner son application à l'absence de convention contraire, au même titre que toute loi, même impérative, subordonne son application ne serait-ce qu'à une opération de qualification préalable (31). La loi supplétive porte en elle les conditions de sa mise à l'écart et ne disparaît donc pas de l'ordre juridique (32) ; elle décide elle-même de se retirer au profit d'une autre source de droit. Plus encore, la loi supplétive ne s'efface que partiellement et ponctuellement, car si un accord de branche écarte son application, cela ne vaut que dans le champ de cet accord. Dans toutes les autres branches professionnelles, du moins dans celles où aucun accord n'a été conclu aux fins d'évincer les dispositions supplétives, ces dernières s'appliquent.

Bien que supplétives, les dispositions du Code du travail ne sont pas sans impact sur la conduite de la négociation collective. En effet, elles préexistent à

la conclusion de l'accord et limitent par avance la liberté des négociateurs. La règle supplétive est ainsi dotée d'une fonction directrice en ce qu'elle incarne un modèle qui doit être « réintégré à l'encontre de la volonté individuelle exprimée lorsque celle-ci franchit un seuil inacceptable et porte atteinte à la règle supplétive elle-même (33) ». La loi conditionne ainsi sa supplétivité au respect, par l'accord collectif, du principe en vertu duquel le CDD ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (34). L'inobservation de ce principe, par l'accord collectif, doit donc conduire à appliquer la disposition supplétive. En ce sens, la loi n'accorde pas un blanc-seing à la négociation collective, mais encadre la conclusion des accords.

De façon plus prosaïque, remarquons qu'étant applicable à défaut d'accord, le contenu de la loi ne peut être ignoré par les négociateurs qui n'ont d'intérêt à conclure une convention que si cette dernière prévoit des règles différentes. Ainsi, bien que l'accord collectif puisse exclure le décompte d'un délai de carence entre deux CDD successifs (35), la loi pose une règle supplétive qui énumère sept hypothèses dans lesquelles ce délai n'a pas cours (36). L'intérêt de conclure un accord collectif sur les cas d'exclusion du délai de carence ne concerne donc que les hypothèses où ce délai n'est pas déjà exclu par la loi, à savoir essentiellement la succession de CDD pour accroissement temporaire d'activité (37). C'est d'ailleurs ce que démontre la pratique conventionnelle, étant précisé que l'inapplication du délai de carence impliquant un CDD pour accroissement temporaire d'activité est régulièrement conditionnée par les partenaires sociaux au fait que les deux contrats n'aient pas été conclus pour ce même motif (38). Au-delà, la fonction directrice de la loi supplétive se manifeste au travers de principes

(29) « Une convention ou un accord collectif peut prévoir... », « une convention ou un accord de branche étendu peut fixer... », etc.

(30) Il est nécessaire que ces modalités soient différentes. Sinon, il n'y aurait pas d'enjeu quant au fait de savoir si l'on se doit d'appliquer la loi ou l'accord collectif.

(31) C. Peres-Dourdou, *La Règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 148, n° 164. En ce sens, la loi supplétive ne diffère pas fondamentalement de la loi impérative. Elles prévoient chacune des conditions d'application différentes. La spécificité de la loi supplétive étant de subordonner son application à l'absence de convention portant sur le même objet que ses dispositions.

(32) F. Canut, F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *Dr. soc.*, 2017, p. 47.

(33) C. Peres-Dourdou, préc., spéc. p. 570, n° 584.

(34) Voir la seconde partie de nos développements.

(35) C. trav., art. L. 1244-4.

(36) C. trav., art. L. 1244-4-1.

(37) F. Bousez, « CDD à durée indéterminable ? et CDI d'opération à durée limitée ? », *JCP S*, 2017, p. 1316, spéc. n° 8. L'on peut

toutefois envisager l'hypothèse où les partenaires sociaux souhaiteraient poser une liste d'exclusions moins exhaustive que la loi, et ainsi faire courir le délai de carence dans des hypothèses où la loi l'exclut. C'est par exemple le cas dans la branche de l'optique-lunetterie de détail (accord du 14 mars 2019 relatif au délai de carence applicable entre deux CDD, art. 1.2), qui ne prévoit l'exclusion du délai de carence qu'entre deux CDD de remplacement ou entre un CDD faisant suite ou succédant à un contrat de professionnalisation. Dès lors, certaines hypothèses d'exclusion du délai de carence prévues par la loi, notamment lorsque le salarié est à l'initiative de la rupture anticipée du CDD ou lorsqu'il refuse le renouvellement de son contrat, ne sont pas applicables dans cette branche.

(38) Ainsi, il est fréquent que les négociateurs n'excluent le délai de carence qu'en cas de succession d'un contrat de remplacement et d'un contrat pour accroissement temporaire d'activité, ou inversement. Voir accord du 25 oct. 2018 relatif au CDD et au contrat de travail de chantier, art. 5.3 (branche de l'import-export et du commerce international) ; accord du 17 janv. 2020 relatif au CDD, art. 3 (branche du commerce de détail de l'horlogerie bijouterie) ; accord du 3 févr. 2020 relatif au recours et à la durée des CDD, art. 3 (branche de l'hôtellerie de plein air).

structurant le recours au CDD. Par exemple, du fait que la loi pose le principe du délai de carence et délègue à la négociation collective la définition des cas où il n'a pas cours, l'on peut supposer qu'il est impossible pour un accord collectif d'écarter purement et simplement le délai de carence (39), ce qui enfreindrait le principe en vertu duquel il devrait être observé, ne serait-ce que dans un nombre infime d'hypothèses. Ce n'est toutefois pas la position retenue par le ministère du Travail, qui ne s'est guère opposé à l'extension d'accords excluant tout délai de carence (40).

Malgré la fonction directrice des dispositions supplétives, la priorité d'application accordée à l'accord collectif ne doit pas occulter une certaine libéralisation du régime du CDD. En effet, les dispositions relatives à la durée, au renouvellement, et à la succession de contrats reprennent le contenu d'anciennes règles impératives qui ne pouvaient auparavant pas faire l'objet de dérogations. Devenues supplétives, la capacité des partenaires sociaux de produire de la norme sur ces thèmes est donc augmentée. Les négociateurs peuvent désormais être à l'origine de règles parfaitement différentes de celles prévues par la loi. Les questions relatives au recours au CDD s'ouvrent ainsi pleinement au phénomène de conventionnalisation : l'accord collectif ne se détermine plus nécessairement par rapport au contenu substantiel de la loi (41). Les règles portées par les dispositions supplétives sont ainsi banalisées et perdent de leur caractère obligatoire. Par exemple, une règle supplétive prévoit que la durée totale du CDD est appréciée en tenant compte de ses éventuels renouvellements (42). En revanche, dès que l'accord collectif fixe la durée maximale du CDD (43) et son nombre de renouvellements (44), la loi ne lui impose pas d'intégrer la durée des avenants

de renouvellement dans le décompte de la durée totale. L'inclusion de l'avenant dans la durée du CDD n'est donc plus obligée, bien qu'elle se décèle toujours dans la pratique conventionnelle (45). La supplétivité de la loi ne signe cependant pas l'amoindrissement de la réglementation en matière de recours au CDD. Des règles continuent d'exister, mais leur nature est transformée en ce que le droit devient de plus en plus conventionnel. De fait, la supplétivité de la loi ne signifie pas un recul de la norme en matière de recours au CDD, mais fait plutôt écho à une méthode d'élaboration des normes qui n'est pas centralisée entre les mains du législateur (46).

La question se pose alors de savoir de quel accord collectif la loi est supplétive. En effet, l'on relève à première vue que les dispositions de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ne prévoient leur supplétivité qu'au profit de l'accord de branche étendu (47). Il s'en déduirait que la loi ne permet pas à l'accord d'entreprise de porter sur ces thématiques ; il serait tout simplement incompétent en la matière. Toutefois, l'article L. 2253-1 nouveau du Code du travail, introduit par l'ordonnance n° 2017-1385, également adoptée le 22 septembre 2017, dispose que l'accord de branche prévaut sur l'accord d'entreprise en matière de durée du contrat, renouvellement et délai de carence sauf à ce que l'accord d'entreprise ne prévoit des garanties au moins équivalentes (48). Malgré la position de la Direction générale du travail, selon laquelle l'accord de branche est seul compétent dans les domaines susvisés (49), force est de constater que la loi prévoit explicitement la possibilité pour l'accord d'entreprise de s'appliquer au détriment de l'accord de branche (50). De fait, une application stricte du texte devrait mener à reconnaître la possibilité pour l'accord d'entreprise de traiter des

(39) J. Icard, « La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires », *BJT*, n° 12, 2019, p. 55.

(40) Accord du 29 juin 2018 relatif au CDD et au CTT, art. 1.2 (branche de la métallurgie) ; accord du 19 sept. 2018 relatif aux CDD et aux CTT, art. 2 (branche des entreprises de propreté et services associés) ; accord du 14 déc. 2018 relatif au contrat d'opération, au CDD et au CTT, art. 2 (branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire). Ce dernier accord est remarquable en ce que les signataires justifient l'exclusion du délai de carence parce qu'il est complexe à appliquer par l'employeur et n'apporterait pas de garanties aux salariés, sans que cela soit étayé par des arguments liés à l'organisation du travail dans la branche.

(41) F. Bergeron-Canut, « L'architecture "ordre public / champ de la négociation / dispositions supplétives" : facteur de conventionnalisation ? », *BJT*, n° 12, 2019, p. 51.

(42) C. trav., art. L. 1242-8-1, al. 1<sup>er</sup> et L. 1243-13-1, al. 2.

(43) C. trav., art. L. 1242-8.

(44) C. trav., art. L. 1243-13.

(45) Accord du 25 oct. 2018 relatif au CDD et au contrat de travail de chantier, art. 5.2 (branche de l'import-export et du commerce

international) ; accord du 5 déc. 2018 relatif au recours et à la durée des CDD, art. 2 (branche des industries de carrières et matériaux) ; accord du 23 déc. 2020 relatif aux mesures temporaires dans le domaine des CDD prises pour faire face aux conséquences de la pandémie du Covid-19, art. 1<sup>er</sup> (branche des commerces de détail non alimentaires). Il est à noter que les stipulations de ce dernier accord ne sont que temporaires et exceptionnelles. Elles n'ont pas vocation, selon les signataires, à être pérennisées.

(46) A. Supiot, « Déréglementation des relations et de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1989, p. 195, spéc. p. 196.

(47) C. trav., art. L. 1242-8, L. 1243-13, L. 1244-3 et L. 1244-4.

(48) Ord. n° 2017-1385 du 22 sept. 2017, art. 1<sup>er</sup>.

(49) DGT, « Questions-réponses. La négociation collective », 2020, spéc. p. 6-7.

(50) F. Bergeron-Canut, « Ordonnement des conventions collectives entre elles : panorama des cas de concours et des règles d'articulation », *BJT*, n° 04, 2020, p. 58 ; J.-F. Cesaro, « L'automne dans les branches professionnelles et quelques mesures portant sur la négociation collective », *JCP S*, n° 39, 2017, p. 1306, spéc. n° 9.

questions de durée, renouvellement du CDD, ainsi que du délai de carence (51).

Cette position peut néanmoins paraître contraire aux articles du titre IV, du livre II, de la partie I du Code du travail, relatifs au régime du CDD et visant uniquement l'accord de branche étendu. Plus que de pencher en ce sens, il reste possible de concilier l'application des différentes dispositions du Code du travail, tant celles portant sur le CDD que celles afférentes à l'articulation des accords collectifs. Ainsi, au terme de l'ordonnance n° 2017-1387, la loi n'est supplétive que de l'accord de branche étendu. *A contrario*, elle ne l'est pas de l'accord d'entreprise. Ce dernier ne peut empêcher l'application des dispositions légales, à l'inverse de ce qui a cours en matière de temps de travail (52). L'ordonnance n° 2017-1385 précise cependant que si un accord de branche étendu a été conclu, alors il est possible pour l'accord d'entreprise de prévaloir sur son application à condition de présenter des garanties au moins équivalentes. En effet, l'accord d'entreprise ne peut être équivalent à l'accord de branche que si ce dernier existe, et même préexiste à l'accord d'entreprise (53). Pour concilier les différents textes, il faut donc se placer à des temporalités différentes. L'accord de branche doit nécessairement être premier. À défaut, aucun accord d'entreprise ne peut porter sur les matières comprises dans son champ de compétence en matière de recours au CDD. Mais, une fois que l'accord de branche a été conclu, rien n'empêche un accord d'entreprise de se saisir des mêmes objets de négociation, sous couvert de garanties au moins équivalentes.

Dès lors, comment déterminer si les garanties prévues par l'accord d'entreprise sont équivalentes à celles de l'accord de branche (54) ? Doit-on considérer que les règles fixées par l'accord de branche constituent des plafonds ? Dans ce cas, l'accord d'entreprise ne pourrait que réduire la durée maximale du CDD et le nombre de renouvellements possibles, ainsi qu'augmenter le délai de carence. Cette position revient à considérer que plus un CDD est long, ou plus il est possible de le renouveler et de conclure une succession de contrats, moins les salariés bénéficient

de garanties. Or, rien n'est moins sûr. Dès lors que le CDD est bien conclu pour une tâche précise et temporaire (55), une durée plus longue et/ou une possibilité de renouvellement peuvent être des garanties. Il semble donc que l'accord d'entreprise ait la capacité de permettre un accroissement du recours au CDD sans pour autant contrevenir à la condition d'équivalence de garanties. Derrière ces interrogations se dessine également un questionnement relatif à l'office du juge. Comment ce dernier peut-il apprécier si la condition d'équivalence est remplie ou non ? Dès lors qu'il est possible pour l'accord d'entreprise de prévoir des garanties différentes sous couvert d'équivalence, la simple absence de preuve que l'accord d'entreprise est moins favorable que l'accord de branche suffirait à justifier de son caractère équivalent. Le fait qu'un accord d'entreprise prévoit le remplacement (56) de garanties par d'autres présuppose d'ailleurs que, du point de vue des négociateurs, elles sont équivalentes.

La place accordée à l'accord d'entreprise pour définir certaines des règles relatives au recours au CDD atteste encore plus de la banalisation des dispositions légales. Si tout accord collectif est une norme de droit privé, le renvoi à l'accord de branche étendu permet à l'autorité administrative d'assurer un contrôle sur le contenu des stipulations conventionnelles mettant à l'écart les règles légales (57). Par ailleurs, le contenu de l'accord de branche étendu s'applique à toutes les entreprises relevant de son champ d'application. En revanche, lorsqu'il est fait renvoi à tout accord collectif et par là même à l'accord d'entreprise, il est possible pour chaque entreprise de prévoir des règles différentes de la loi, mais aussi de l'accord de branche et, par là même, des autres entreprises de la branche. La liberté des négociateurs reste toutefois enserrée dans un principe d'ordre public : l'interdiction de pourvoir par CDD un emploi de nature permanente.

(51) En ce sens, parmi les mesures spéciales adoptées pendant l'état d'urgence sanitaire, l'on compte la capacité pour l'accord d'entreprise de déroger à la convention de branche sur ces matières (loi n° 2020-734 du 17 juin 2020, art. 41, IV ; loi n° 2021-689 du 31 mai 2021).

(52) M. Morand, « La conventionnalisation de la durée du travail », *BJT*, n° 12, 2019, p. 63 ; F. Favennec-Héry, « La négociation collective dans le droit de la durée du travail », *Dr. soc.*, 2016, p. 892.

(53) J. Icard, préc.

(54) Rapp. F. Millot, « En questions : le principe d'équivalence en cas de concurrence entre accord d'entreprise et de branche », *JCP S*, n° 05, 2019, p. 47.

(55) C. trav., art. L. 1242-2, al. 1<sup>er</sup>.

(56) L'on pourrait même parler de substitution, sans renvoyer pour autant au mécanisme des articles L. 2253-5 et suivants du Code du travail, voir A. Fabre, « Les dynamiques de l'accord collectif de travail. Retour sur dix ans de réforme (seconde partie) », *Dr. soc.*, 2020, p. 630, spéc. p. 637.

(57) La procédure d'extension ne modifie pas la nature de l'accord collectif qui, bien qu'assorti d'un arrêté ministériel d'extension, reste une convention de droit privé, voir S. Nadal, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouv.*, 2002, p. 423.

## II. Le recours négocié au CDD encadré par l'ordre public

Ce contrat est un principe d'ordre public en matière de recours au CDD selon lequel il ne peut être conclu aux fins de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Les accords collectifs relatifs au recours au CDD doivent respecter cette exigence (A). Il doit alors être déterminé comment opérer leur contrôle au vu de la règle d'ordre public (B).

### A. La soumission des accords collectifs à l'ordre public

Les dispositions de l'article L. 1242-1 du Code du travail, selon lesquelles le CDD « *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* », présentent diverses facettes. En premier lieu, cet article introductif définit le CDD (58). En second lieu, il donne une explication à l'encadrement légal du recours au CDD. C'est parce que le CDD ne peut pourvoir un emploi permanent que le législateur interdit aux parties de disposer de sa qualification. Puisque le CDD ne peut être conclu que pour pourvoir des emplois temporaires (59), le législateur s'attache à limiter ses cas de recours, sa durée, son renouvellement et sa reconduction de sorte que le CDD ne puisse être détourné de son objet. L'article L. 1242-1 semble ainsi porteur d'une norme tant juridique que métajuridique : juridique en ce qu'elle pose les conditions de qualification du CDD ; métajuridique en ce qu'elle décrit, explique et justifie l'intervention du législateur. Enfin, les dispositions de l'article L. 1242-1 du Code du travail permettent au juge de s'assurer que tout CDD a bien été conclu dans le but de pourvoir un emploi temporaire, sous peine de requalification en CDI (60).

Au-delà de ces aspects, l'article L. 1242-1 du Code du travail est porteur d'une obligation pesant sur l'employeur, qui lui interdit de recourir au CDD pour pourvoir un emploi permanent. Néanmoins, la portée immanente du principe d'ordre public, en ce qu'il fonde la qualification même du CDD, doit nous conduire à considérer qu'il s'impose tout autant aux partenaires sociaux lorsqu'ils s'attachent à régler le régime du CDD. L'on peut cependant douter

de la capacité de ce principe à encadrer la négociation collective. En effet, les parties à l'accord collectif n'ont pas de maîtrise sur la conclusion du contrat de travail entre l'employeur et le salarié. S'il se déduit que l'accord collectif ne doit pas habiliter les parties au contrat de travail à déroger au principe d'ordre public, les signataires de l'accord collectif ne sont ni obligés, ni à même, de s'assurer que l'emploi occupé par un CDD est bien de nature temporaire. L'on pourrait donc penser que l'article L. 1242-1 n'impose pas d'exigence particulière aux accords collectifs ayant pour objet le recours au CDD.

Cependant, le principe d'interdiction de recourir au CDD pour un poste permanent constitue certainement une ligne de conduite pour les partenaires sociaux. Par exemple, lorsque l'accord de branche étendu définit les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI dans la profession (61), il apparaît clairement que les négociateurs ne doivent pas permettre la conclusion de CDD pour des postes qui relèvent normalement du CDI. En ceci, l'accord collectif doit respecter l'exigence selon laquelle le CDD est réservé aux emplois temporaires, en l'occurrence ceux dont il est d'usage d'utiliser des contrats temporaires. Un accord de branche qui permettrait de conclure des contrats d'usage pour tout type d'emploi sans distinction violerait donc le principe d'ordre public inscrit à l'article L. 1242-1 du Code du travail, car des postes par essence permanents pourraient être pourvus par CDD. Ainsi, l'accord de branche relatif aux contrats d'usage est nécessairement soumis au respect de l'article L. 1242-1.

L'ordonnance n° 2017-1387 affirme quant à elle expressément que les accords relatifs au CDD doivent respecter le principe de l'article L. 1242-1 du Code du travail. Elle prévoit ainsi que la durée et le nombre de renouvellements du CDD, fixés par accord collectif, ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (62). Les termes de la règle d'ordre public sont ici repris. Concernant le délai de carence, ses modalités de calcul et son champ d'application peuvent être fixés par accord collectif, « *sans préjudice des dispositions de l'article L. 1242-1 (63)* ».

(58) Cette définition est faite par la négative. Elle renvoie à ce que le CDD n'est pas, à savoir un contrat qui pourvoit un emploi permanent.

(59) Il est à préciser que la fluctuation de l'activité de l'entreprise n'est pas une preuve du caractère temporaire de l'emploi, de sorte que la qualification d'emploi temporaire est appréciée à l'aune de l'activité du salarié, et non de celle de l'entreprise, voir Soc., 12 nov. 2020, n° 19-11.402, *Dr. ouv.*, 2021, p. 116, note Ch. Vigneau ; *Dr. soc.*, 2021, p. 167, note L. Bento de Carvalho ; *JSL*,

n° 512, 2021, p. 26, note Ph. Pacote, S. Borocco ; *JCP S*, n° 51-52, 2020, p. 3117, note F. Bousez ; *BJT*, n° 12, 2020, p. 24, note J. Icard.

(60) C. trav., art. L. 1245-1, al. 1<sup>er</sup>.

(61) C. trav., art. L. 1242-2, 3<sup>o</sup>.

(62) C. trav., art. L. 1242-8, al. 1<sup>er</sup> et L. 1243-13, al. 1<sup>er</sup>.

(63) C. trav., art. L. 1244-3 et L. 1244-4.

Ici, la technique du renvoi est utilisée pour rappeler la soumission de l'accord collectif au principe d'ordre public.

L'idée sous-jacente est donc que l'accord collectif ne doit pas permettre la conclusion de CDD qui seraient en réalité des CDI au sens du principe légal. Le rappel, littéral ou par renvoi, de la règle posée à l'article L. 1242-1 du Code du travail semble servir de garde-fou. Néanmoins, l'on peine à identifier les hypothèses qui permettraient de remettre en cause le contenu d'un accord collectif au vu de l'ordre public. Par exemple, en matière de durée maximale du contrat, à partir de quel seuil considérer que l'accord viole les prescriptions légales ? Les dispositions supplétives n'empêchent pas la conclusion de CDD pour une durée parfois longue (64), voire de CDD à terme imprécis pouvant s'étaler sur une période au-delà de la durée maximale supplétive de dix-huit mois (65). Il est dès lors difficile d'apprécier le seuil à partir duquel cette durée serait manifestement contraire à l'interdiction de pourvoir un emploi permanent. De même, si l'on comprend aisément qu'un CDD pour accroissement temporaire d'activité doit nécessairement être limité dans le temps, sous peine de perdre son objet (66), il n'est pas moins complexe de déterminer comment encadrer la marge de manœuvre des partenaires sociaux. Le contrôle du juge en la matière peut donc s'avérer primordial.

## **B. Le contrôle des accords collectifs au regard de l'ordre public**

Soumis à l'exigence de ne pas permettre la conclusion d'un CDD afin de pourvoir durablement un emploi permanent, les accords collectifs encadrant le recours à ce contrat devraient, en toute logique, être sujets à contrôle. Toutefois, pareil contrôle est complexe à appréhender. La raison tient au fait qu'il n'existe pas de lien direct entre l'objet des prescriptions d'ordre public et le champ réservé à la négociation collective. En effet, le principe en vertu duquel un CDD ne peut être conclu pour pourvoir un emploi permanent dans l'entreprise vise avant tout à délimiter la qualification du contrat. Si cette prescription n'est pas observée, alors le contrat est nécessairement à durée indéterminée. Or, le respect d'une telle disposition est indifférent de l'observation, par les éventuels accords collectifs, de ce même principe. En ceci, un contrat de travail peut être conclu en méconnaissance de l'interdiction posée à l'article

L. 1242-1 du Code du travail sans que l'accord collectif, lui-même relatif au recours au CDD, soit contraire à cette interdiction. L'inverse est également possible. Dès lors, il est nécessaire de distinguer le contrôle de l'accord collectif en lui-même, c'est-à-dire le contrôle du respect par ses stipulations des règles d'ordre public, du contrôle de son application par l'employeur lorsqu'il conclut un CDD.

La jurisprudence relative au contrat d'usage témoigne de cette dualité. Il est des contentieux où le juge est amené à vérifier, au cas par cas, si l'emploi occupé par le salarié est effectivement de nature temporaire, sans que soit mise en cause l'autorisation faite par accord collectif de conclure un CDD d'usage pour cette catégorie d'emploi. Par exemple, dans la branche de l'audio-vidéo informatique, un accord collectif permet la conclusion du CDD d'usage afin d'employer des réalisateurs (67). Cette autorisation n'est pas à même d'empêcher tout contrôle du juge quant à la nature effectivement temporaire de l'emploi occupé. Ainsi, selon la Cour de cassation, viole l'article L. 1242-1 du Code du travail le fait d'embaucher un réalisateur sur un poste permanent par le biais de CDD d'usage (68). Pour arriver à cette conclusion, les juges n'opèrent pas de contrôle de l'accord collectif, mais s'intéressent seulement à la qualification des contrats de travail conclus entre le salarié et l'employeur. Le recours au CDD, bien qu'autorisé ici par accord collectif, peut donc être contrôlé non pas sous le prisme de la régularité de l'accord ayant permis la conclusion du contrat, mais sous l'angle du respect de la qualification du CDD. Le pouvoir des partenaires sociaux de décider des emplois pouvant être pourvus par CDD d'usage n'est pas ici sujet à contrôle.

En revanche, toujours en matière de contrat d'usage, il est d'autres contentieux où le juge recherche si l'accord collectif permet, du seul fait de ses stipulations, la conclusion de CDD pour des emplois qui devraient normalement être pourvus par CDI. Il vérifie alors si les emplois listés par l'accord bénéficient effectivement d'un usage dans la profession de ne pas recourir au CDI (69). Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de regarder si, au niveau individuel, le contrat de travail pourvoit un poste permanent, mais de s'assurer que l'accord collectif ne permette pas la conclusion de CDD là où le CDI est la norme. L'on comprend que seul ce type de contrôle, de type systémique, peut être réalisé à l'égard des accords collectifs. En effet, vérifier

(64) C'est le cas du CDD à objet défini, dont la durée maximale est de trente-six mois (C. trav., art. L. 1242-8-2).

(65) C'est notamment le cas en matière de remplacement de longue durée (C. trav., art. L. 1242-7 ; Soc., 8 févr. 2006, n° 04-41.279 ; Soc., 31 mai 2007, n° 06-41.923).

(66) J. Icard, préc.

(67) Accord interbranche du 12 oct. 1998 relatif au CDD d'usage.

(68) Soc., 26 mai 2010, n° 08-43.050, *JCP S*, n° 40, 2010, p. 1396, note F. Bousez.

(69) Soc., 20 févr. 2019, n° 17-16.450, *BJT*, n° 05, 2019, p. 16, obs. J. Icard.

que l'accord respecte en lui-même les prescriptions de l'article L. 1242-1 du Code du travail revient à se demander si la mise en œuvre de cet accord conduirait principalement à la conclusion de CDD pourvoyant des emplois permanents.

Pour être mené à bien, un tel contrôle nécessite de présupposer que les stipulations d'un accord collectif peuvent porter atteinte au principe de l'interdiction de faire occuper un emploi permanent au salarié embauché sous CDD. Au-delà du cas des contrats d'usage, où l'on comprend aisément qu'un accord ne doit pas permettre d'évincer la conclusion du CDI pour des emplois non sujets à l'usage de ne pas y recourir, la question du respect de l'ordre public se renouvelle du fait de la récente capacité de l'accord collectif de définir la durée ainsi que les modalités de renouvellement et de succession du CDD. Il y aurait alors des limites à ne pas dépasser, par exemple une durée ou un nombre de renouvellements maxima au-delà desquels l'accord collectif aurait pour effet de permettre la conclusion de CDD manifestement incompatibles avec l'interdiction formulée à l'article L. 1242-1 du Code du travail. Ce raisonnement a été suivi par la Cour fédérale du travail allemande (*Bundesarbeitsgericht*) dans une décision du 26 octobre 2016 (70). Le droit allemand, à l'instar de la législation française, permet aux conventions collectives de fixer la durée et le nombre de renouvellements de certains CDD, à défaut de quoi une règle supplétive dispose que le contrat ne peut dépasser une durée totale de deux ans incluant trois renouvellements (71). Amenée à contrôler la validité d'une convention collective portant sur la durée et les renouvellements de CDD, la Cour fédérale du travail a posé une limite au pouvoir des partenaires sociaux, en multipliant par trois la durée et le nombre de renouvellements inscrits dans les dispositions supplétives. Ainsi, la convention collective se voit interdire de porter la durée du CDD au-delà de six ans, et le nombre de renouvellements au-delà de neuf (72), limites clairement établies et au-delà desquelles la qualification de CDD ne peut plus être retenue.

Un tel type de décision présente le mérite de matérialiser le contrôle systémique de la légalité de l'accord collectif, tout en offrant un référentiel d'appréciation. En effet, il est plus aisé de contrôler la validité de l'accord au regard de durées maximales, expres-

sément fixées par la jurisprudence, qu'au vu d'un principe de non-occupation d'un emploi permanent par CDD, nécessairement sujet à interprétation et difficile à appréhender d'un point de vue systémique. Cependant, la décision rendue par la Cour fédérale du travail allemande illustre aussi la limite d'un tel contrôle : il n'est efficace que face aux cas critiques. Outre le fait que le juge français se voit interdire de rendre un arrêt de règlement (73), il doit être remarqué que si l'on triplait les maxima inscrits dans les dispositions supplétives, cela reviendrait simplement à interdire aux accords collectifs de porter la durée du CDD au-delà de cinquante-quatre mois (au lieu de dix-huit (74)) et le nombre de renouvellements au-delà de six (au lieu de deux (75)). Seuls les cas de disproportion manifeste entre la durée permise du contrat et l'objet même du CDD de pourvoir un emploi non permanent peuvent ainsi être sanctionnés. Dès lors, l'injonction faite aux négociateurs de ne pas vider la définition du CDD de sa substance ne produit que peu, si ce n'est pas, d'effet. Les partenaires sociaux sont en réalité libres de déterminer les règles afférentes au CDD et sauf cas critiques (permission de recourir au CDD d'usage pour un emploi normalement pourvu par CDI, permission de conclure des CDD d'une durée manifestement trop longue), il est difficile de tracer *a priori* les limites de leur pouvoir.

Ce constat est renforcé par le fait que le contrôle systémique devrait être mené dans le cadre de contentieux *a priori*, c'est-à-dire avant que l'accord collectif ne soit effectivement appliqué dans les entreprises. Lorsque l'accord collectif doit être étendu, il est d'abord contrôlé par l'administration, puis potentiellement par le juge administratif en cas de recours contre l'arrêté accordant ou refusant l'extension (76). De même, l'accord collectif peut faire l'objet d'une action en nullité devant le tribunal judiciaire dans un délai de deux mois courant à compter de sa publication (77). Dans toutes ces configurations, le juge ne peut opérer qu'un contrôle abstrait de l'accord collectif. Il ne dispose guère de données, d'exemples de CDD conclus sur le fondement de cet accord, lui permettant d'apprécier s'il viole ou non, de manière systémique, le principe de non-occupation d'un emploi permanent par un salarié embauché sous CDD. Dans ce cadre, le juge ne devrait d'ailleurs pas préjuger de l'usage que feront les parties au contrat de travail

(70) P. Rémy, « Les limites à l'augmentation par convention collective de la durée du CDD sans motif et du nombre de ses renouvellements en droit allemand », *RDT*, 2017, p. 502

(71) *Ibid.*

(72) *Ibid.*

(73) C. civ., art. 5. Il serait donc impossible pour la Cour de cassation de rendre une décision similaire à celle de la Cour fédérale du travail allemande.

(74) C. trav., art. L. 1242-8-1, al. 1<sup>er</sup>.

(75) C. trav., art. L. 1243-13-1, al. 1<sup>er</sup>.

(76) Dans pareille hypothèse, il est possible pour le juge administratif de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge judiciaire se prononce sur la validité de l'accord (CE, 14 mai 2014, n° 357039).

(77) C. trav., art. L. 2262-14.

des stipulations et permissivités de l'accord collectif. Ainsi, si l'accord supprime le délai de carence entre deux contrats conclus pour accroissement temporaire d'activité, le juge ne pourrait le censurer au seul motif qu'il existe une possibilité que des employeurs utilisent cette faculté pour recourir au CDD en lieu et place du CDI. Le Conseil d'État considère, à ce titre, que l'extension d'un accord supprimant le délai de carence entre deux contrats conclus pour accroissement temporaire d'activité est une simple mise en œuvre des dispositions légales, ce dont il résulte que l'arrêté d'extension ne peut être entaché d'illégalité du seul fait d'avoir reconnu cette suppression (78).

Il serait néanmoins possible de contester la validité d'un accord collectif au cours d'un contentieux individuel visant à obtenir la requalification du ou des CDD en CDI (79). Le fait que l'accord collectif n'ait pas été censuré *a priori* par le juge administratif ou judiciaire n'empêche pas le salarié de contester sa légalité par voie d'exception, et ce, sans condition de délai (80), devant le conseil de prud'hommes. Par exemple, le salarié peut demander la requalification d'une succession de CDD en CDI au motif que l'employeur a eu recours aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel et non conjoncturel de main-d'œuvre (81). Au soutien de cette demande, il peut soulever l'illégalité de l'accord collectif qui aurait facilité cette succession de contrats, par exemple en supprimant le délai de carence.

Il est toutefois malaisé de traiter de la question de la validité de l'accord collectif dans le cadre d'un contentieux individuel. Outre les difficultés d'ordre processuel liées à la contestation d'un accord collectif lors du litige prud'homal (82), l'objet du contentieux individuel est de contrôler le recours, par l'employeur, au CDD. Le but, pour le salarié demandeur, est d'obtenir la requalification du ou des contrats en un CDI. L'exception d'illégalité peut donc paraître superflue du point de vue de l'intérêt du salarié. De même, le conseil de prud'hommes pourrait requalifier la relation de travail en CDI sans avoir à dire que l'accord a violé les prescriptions d'ordre public. Une telle position serait d'ailleurs prudente de la part des juges, car la mauvaise application de l'accord collectif par un employeur ne suppose pas nécessairement

que tout contrat conclu sur son fondement viole le principe de l'article L. 1242-1 du Code du travail.

La conclusion d'un accord collectif relatif au recours au CDD peut donc avoir pour effet de banaliser certaines pratiques. Ainsi, l'exclusion du calcul d'un délai de carence entre deux contrats normalise la succession ininterrompue de ces CDD. Il devient d'autant plus difficile de reprocher à un employeur de recourir successivement à des CDD qu'un accord collectif, qui plus est un accord étendu, ouvre cette faculté à toutes les entreprises d'une même branche professionnelle. L'accord collectif ne peut donc que servir d'argument en faveur de l'employeur... sauf à ce que cela se retourne contre lui. En effet, c'est la responsabilité de l'employeur qui sera engagée si, bien qu'ayant respecté la lettre de l'accord collectif, la conclusion d'un ou plusieurs CDD viole l'article L. 1242-1 du Code du travail, sans même que la validité de l'accord ait pu être questionnée. Pourrait-on envisager que l'employeur conteste, après avoir été lui-même condamné, la validité de l'accord ? Il ne le pourrait guère par voie d'action. Pourrait-il cependant attaquer l'État en responsabilité pour avoir étendu un accord collectif illégal ? Quand bien même l'on accepterait une telle action en justice, il lui faudrait prouver que ce n'est pas une mauvaise application de l'accord qui a entraîné sa condamnation, mais bien les stipulations conventionnelles qui violaient, par leur seul contenu, l'article L. 1242-1 du Code du travail. Ainsi, hormis dans les cas critiques, il paraît bien difficile d'identifier la portée pratique des prescriptions d'ordre public vis-à-vis de la négociation collective en matière de recours au CDD.

**Arnaud Lucchini**

(78) CE, ch. réunies, 19 mai 2021, n° 426825.

(79) C. trav., art. L. 1245-1.

(80) Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, spéc. cons. n° 36, D., 2018, p. 2203, chron. P. Lokiec, J. Porta ; *Dr. ouv.*, 2018, p. 720, chron. P.-Y. Gahdoun. Rapp. J. Mouly, « Les dispositions relatives à la contestation des accords collectifs à l'épreuve des exigences constitutionnelles », *Dr. soc.*, 2018, p. 702.

(81) Soc., 11 oct. 2006, n° 05-42.632. Il est à préciser que le seul fait de recourir de manière récurrente et permanente au CDD ne suffit pas à caractériser un besoin structurel de main-d'œuvre :

Soc., 14 févr. 2018, n° 16-17.966, *RJS*, n° 05, 2018, p. 371, note J.-J. Perrin ; *Dr. soc.*, 2018, p. 364, note J. Mouly ; *RDT*, 2018, p. 286, note D. Baugard ; *JCP S*, n° 11, 2018, p. 1096, note G. Duchange. Rapp. J. Mouly, « Les suites de contrats temporaires : une jurisprudence contrastée », *Dr. soc.*, 2015, p. 726 ; « Les contrats à durée déterminée ou de mission : contrats à terme ? (Réflexions sur le terme dans les contrats de travail à durée limitée) », *Dr. ouv.*, 2019, p. 591.

(82) C. Pernot, L. Bento de Carvalho, « Quelle place pour le contentieux des accords collectifs par voie d'exception après les "ordonnances Macron" ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 43.