

Adaptation du délai de carence entre 2 CDD : les branches ont les coudées franches

Le Conseil d'État ayant eu à se prononcer sur la légalité d'une clause d'un accord collectif de la métallurgie réduisant l'application du délai de carence entre 2 CDD à des cas très marginaux, nous publions les conclusions rendues dans cette affaire par son rapporteur public, qui fait le point sur l'étendue du pouvoir des négociateurs de branche en la matière.



Raphaël CHAMBON, Rapporteur public au Conseil d'État

En complément de notre commentaire de l'arrêt du Conseil d'État rendu le 19 mai 2021 sur la légalité de la réduction des cas d'application du délai de carence dans la métallurgie (CE 19-5-2021 n° 426825 : inf. 5 p. 7), nous publions ci-après, n°s 1 s., les conclusions rendues dans cette affaire par le rapporteur public Raphaël Chambon. Les titres et la numérotation ont été ajoutés par nos soins.

1 La quasi-suppression de fait, par une convention de branche, du délai de carence entre deux CDD ou deux contrats d'intérim est-elle légale ? [...]

2 Le délai de carence désigne la période qui doit s'écouler après l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD) ou d'un contrat de mission conclu avec une entreprise de travail temporaire (plus communément appelé « intérim ») avant de pouvoir embaucher de nouveau un salarié en CDD ou en contrat de mission sur le même poste.

Le délai de carence ouvert à la négociation de branche

3 Jusqu'à l'intervention des ordonnances dites « Pénicaud », la **loi fixait** à la fois la **durée** de ce délai (C. trav. art. L 1244-3 pour les CDD) ; C. trav. art. L 1251-36] pour les contrats de mission) et les **cas dans lesquels il n'est pas applicable** (C. trav. art. L 1244-4 et L 1251-37).

Les cas dans lesquels une succession ininterrompue était autorisée, fixés limitativement, correspondaient notamment à des situations où le CDD ou contrat de mission est celui qui s'impose naturellement compte tenu du caractère intrinsèquement temporaire des relations de travail, comme lorsqu'il est conclu pour assurer le remplacement

d'un salarié temporairement absent, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé, pour l'exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ou encore pour pourvoir un emploi à caractère saisonnier.

4 La **Cour de cassation** juge qu'une succession de contrats de travail à durée déterminée, sans délai de carence, n'est licite, pour un même salarié et un même poste, que si chacun des contrats a été conclu pour l'un des motifs prévus limitativement par l'article L 1244-4 du Code du travail, et, dans le cas inverse, le juge judiciaire procède à la requalification en CDI (Cass. soc. 30-9-2014 n° 13-18.162 FS-PB : RJS 12/14 n° 836 ; Cass. soc. 10-10-2018 n° 17-18.294 FS-PB : RJS 12/18 n° 717).

5 L'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail a modifié, à son article 24, ce cadre juridique en rendant les **dispositions législatives** fixant la durée [...] et les cas d'inapplicabilité du délai de carence seulement **supplétives**, à défaut de stipulation dans la convention ou l'accord de branche.

Les partenaires sociaux peuvent désormais, par accord de branche, adapter la **durée du délai** et la liste des **cas d'inapplicabilité**, en les réduisant ou en les allongeant.

L'article L 1244-4 du Code du travail applicable aux CDD dispose en effet que, « sans préjudice des dispositions de l'article L 1242-1, une convention ou un accord de branche étendu peut prévoir les cas dans lesquels le délai de carence prévu à l'article L 1244-3 n'est pas applicable ». La rédaction de l'article L 1251-37 relatif aux contrats de mission est en tout point similaire. Les nouveaux articles L 1244-4-1 et L 1251-37-1 fixent les cas dans lesquels, à défaut de stipulation conventionnelle, le délai de carence n'est pas applicable, en reprenant la liste des cas jusqu'alors déterminés par les articles L 1244-4 et L 1251-37.

6 Demeurent en revanche applicables dans tous les cas les **dispositions d'ordre public** auxquelles les partenaires sociaux ne peuvent déroger relatives aux cas dans lesquels il peut être recouru aux CDD ou aux contrats de mission, lesquels « ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de **pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente** de l'entreprise », selon les articles L 1242-1 et L 1251-5 du Code du travail, et ne peuvent être conclus « que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire », selon les articles L 1242-2 et L 1251-6 du même Code.

La métallurgie supprime le délai de carence entre CDD pour accroissement temporaire d'activité

7 La branche de la métallurgie a été la première à se saisir des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Un accord national professionnel relatif au CDD et au CTT (contrat de travail temporaire) a été signé le 29 juin 2018 par l'UIMM côté employeurs et la CFE-CGC, la CGT-FO et la CFDT côté salariés. Il réduit, d'une part, la durée du délai de carence par rapport à la durée prévue par les dispositions législatives et complète, d'autre part, la liste des cas dans lesquels le délai de carence entre deux CDD ou CTT ne s'applique pas, en ajoutant aux cas énumérés par le Code du travail le cas de « l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ».

8 Les signataires justifient cette mesure en soulignant que « pour espérer se développer et pour décrocher de nouveaux marchés, les entreprises industrielles doivent souvent faire face à des charges de travail importantes, sans pour autant disposer d'une grande visibilité sur la pérennité de ce niveau d'activité » et affichent l'objectif de « leur permettre de faire face à ces périodes d'évolution ou d'activité plus dense, indispensables au développement de l'emploi pérenne », tout en permettant l'allongement des durées d'emploi des salariés titulaires d'un contrat de travail à durée limitée et ainsi le renforcement de leur employabilité.

9 C'est cette stipulation que conteste la **Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT** dans le **recours pour excès de pouvoir** qu'elle a introduit contre l'arrêté du 19 décembre 2018 par lequel la ministre du travail a étendu l'accord national professionnel, moyennant une réserve sur une stipulation relative à la prise des congés payés.

Parallèlement, la fédération requérante a contesté la validité de l'accord devant le juge judiciaire, mais le TGI de Paris, dans un jugement du 14 mai 2019, a jugé ce recours tardif et donc irrecevable, cette solution ayant été confirmée par la cour d'appel de Paris le 19 novembre dernier (CA Paris Pôle 6 – chambre 2, 19-11-2020 n° 19/12547).

Au regard de l'argumentation de la requête, celle-ci doit être regardée comme dirigée contre l'arrêté en tant seulement qu'il étend les stipulations relatives aux cas d'inapplicabilité du délai de carence, soit les articles 1.2 et 4.2 de l'accord.

10 L'UIMM a opposé en défense une **fin de non-recevoir** tirée de ce que les conclusions de la requête seraient conditionnelles et par suite irrecevables. Elle repose sur le libellé des conclusions de la fédération requérante, qui demande l'annulation de l'arrêté d'extension « en cas d'invalidation dudit accord par le juge judiciaire ». Il nous semble cependant possible de donner leur pleine portée utile aux conclusions de la requête en estimant que la fédération requérante vous demande d'annuler l'arrêté d'extension, au motif de l'absence de validité de l'accord étendu, alors même que le juge judiciaire, qui ne s'est pas prononcé sur son bien-fondé, n'a pas fait droit à sa requête.

En tout état de cause, vous ne serez pas tenus de vous prononcer sur la recevabilité de la requête, que vous pourrez rejeter au fond dès lors que les moyens qu'elle soulève sont infondés à nos yeux.

Une quasi-suppression par la branche de l'application du délai de carence...

11 L'**argumentation de la fédération requérante** est simple : en ajoutant le cas de l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise à ceux dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable, l'accord supprime purement et simplement l'application du délai de carence pour les salariés non cadres et quasi entièrement pour les cadres et méconnaît dès lors le principe de subsidiarité des contrats courts par rapport aux CDI et les articles L 1242-1 et L 1251-5 du Code du travail.

12 C'est, à peu de choses près, factuellement vrai dès lors que l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, dont on peut penser, même si nous n'avons pas connaissance de statistiques sur ce point, qu'il s'agit du **cas le plus fréquent de**

recours à un contrat court, était l'un des seuls cas de recours autorisés à un CDD ou à un contrat de mission pour lesquels le délai de carence était applicable.

L'accord de branche rendant le délai de carence inapplicable dans un tel cas de recours aux contrats courts, en sus de ceux prévus jusqu'alors par les articles L 1244-4 et L 1251-37, ne laisse subsister dans le **champ d'application du délai de carence** que des **cas très marginaux de recours** aux contrats courts, soit le remplacement d'un salarié en cas de passage provisoire à temps partiel, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ou d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par CDI appelé à le remplacer (b, d et e du 1^o des articles L 1242-2 et L 1251-6), ainsi que le recrutement d'ingénieurs et de cadres en vue de la réalisation d'un objet défini lorsqu'un accord de branche étendu ou, à défaut, un accord d'entreprise le prévoit (6^o de l'article L 1242-2).

Il est donc incontestable que l'accord critiqué a pour effet de réduire à une réalité très résiduelle l'existence d'un délai de carence entre deux contrats courts.

... rendue possible par le législateur

13 Nous ne pouvons toutefois **pas suivre la fédération requérante** dans la conclusion qu'elle en tire.

Certes, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation dans la décision par laquelle elle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC tirée de ce que l'article L 1244-3 du Code du travail imposant un délai de carence entre deux CDD et définissant sa durée portait atteinte à la liberté du travail, ce délai « est destiné à garantir que le recours au contrat à durée déterminée n'a pas pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (Cass. soc. QPC 11-7-2012 n° 12-40.041 F-D).

14 Mais, d'une part, le législateur, en renvoyant au champ conventionnel le soin de définir les cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas, n'a pas entendu limiter ce champ au simple « copier-coller » de la liste déjà longue des cas énumérés de manière supplétive par le Code du travail, ce qui n'aurait à l'évidence que peu d'intérêt... Les **partenaires sociaux n'ont pas outrepassé la compétence** que leur ont donnée les dispositions législatives du Code du travail en ajoutant un cas de non-application du délai de carence.

15 D'autre part, si l'institution d'un délai de carence est un **outil** qui contribue en pratique, ainsi que le relève la doctrine (voir par exemple : Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, 33^e édition, § 266, p. 350), au respect de la règle selon laquelle les contrats courts ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et ne peuvent être conclus que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, il ne s'agit que d'un outil dont l'extension des dérogations à son applicabilité est sans incidence sur la règle de fond régissant le recours à ces contrats. Si le délai de carence facilite de facto le contrôle du respect de la règle de fond, il est néanmoins parfaitement **indépendant** d'un point de vue juridique.

Les dispositions légales limitant les **possibilités de recours aux contrats courts** s'appliquent quel que soit le contenu des stipulations conventionnelles relatives aux cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable, ainsi que le rappelle d'ailleurs l'accord litigieux lui-même.

16 La conclusion d'un contrat court (CDD ou contrat de mission) sans respecter de délai de carence n'empêcherait nullement le juge prud'homal, saisi par le salarié, de requalifier le contrat en CDI s'il estime que le salarié occupe en réalité un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (voir par exemple : Cass. soc. 1-2-2012 n° 10-26.647 FS-PB ; RJS 4/12 n° 309).

L'**accumulation de CDD successifs** peut d'ailleurs constituer un **indice** pris en compte par le juge judiciaire pour estimer que ces contrats pourvoient en réalité un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, exposant l'employeur à un risque de requalification (Cass. soc. 24-6-2003 n° 00-42.766 FS-PBRI ; RJS 10/03 n° 1124 ; Cass. soc. 26-1-2005 n° 02-45.342 FS-PBRI :

RJS 4/05 n° 350 ; Cass. soc. 9-4-2015, n° 13-27.949 F-D ; Cass. soc. 14-9-2016 n° 14-15.604 F-D).

17 Si on peut comprendre sur le fond la contestation de la requérante, dès lors que de facto l'accord litigieux va faciliter le recours au CDD dans des cas dans lesquels il est pourtant prohibé, il n'en reste pas moins que c'est le législateur qui l'a permis.

Quel impact sur les cas d'application de sanctions pénales ?

18 Le **second moyen** soulevé par la fédération requérante ne vous retiendra guère. Il est tiré de ce que les stipulations conventionnelles étendant les cas d'inapplicabilité du délai de carence supprimeraient incompétamment une **infraction pénale**, ce qu'il n'appartient qu'au législateur de faire, l'arrêté prononçant son extension étant par suite entaché d'illégalité.

19 L'employeur ne respectant pas le délai de carence encourt en effet des sanctions pénales, en vertu des articles L 1248-11 et L 1255-9 du Code du travail.

Ces dispositions ont été modifiées par l'ordonnance du 22 septembre 2017 pour prévoir que l'infraction est constituée en cas de méconnaissance des dispositions relatives à la succession de contrats sur un même poste, prévues par les stipulations de la convention ou de l'accord de branche conclu en application des articles L 1244-3 et L 1251-6 du Code du travail, ou, le cas échéant, des dispositions légales applicables à défaut d'accord de branche.

20 La circonstance que la liste des cas dans lesquels le délai de carence s'applique a été réduite par l'accord de branche est sans aucune incidence sur l'infraction pénale constituée par la méconnaissance de ce délai lorsqu'il est applicable.

Conclusion

21 Vous pourrez donc rejeter la requête, sans qu'il soit besoin de poser une question préjudicielle sur la validité de l'accord de branche que l'arrêté attaqué a pour objet d'étendre, dès lors que les moyens qu'elle invoque ne soulèvent pas une contestation ou une difficulté sérieuse (CE 1-6-2015 n° 369914 ; RJS 10/15 n° 651 ; CE 15-3-2017 n° 389559 ; RJS 6/17 n° 391).

Par ces motifs nous concluons au **rejet de la requête** [...].

© Editions Francis Lefebvre 2021
Reproduction, même partielle, interdite sans autorisation

Editions Francis Lefebvre
42, rue de Villiers, 92532 Levallois-Perret Cedex – Tél. : 01 41 05 22 00
E-mail : serviceclients@efl.fr – Internet <http://www.efl.fr>
SAS au capital de 241 608 €
CPPAP n° 0925 T 83549 – Composition : Maury Imprimeur
Impression : Imprimerie Chirat – 744 rue de Sainte Colombe –
42540 Saint-Just-la-Pendue
Dépôt légal : juin 2021
Bimensuel – 38^e année – ISSN 0753-5732
Abonnement revue + services numériques : 280,78 €
Prix de ce numéro : 38,80 € - Boîte reliure : 25,53 €

Principal associé : Editions Lefebvre Sarrut

Président et Directeur de la publication : Renaud Lefebvre

Responsable de la publication : C. Crevisier

Rédacteurs : S. André, V. Balland, A. Ben Khalifa, C. Décaudin, D. Delestre, F. Doumayrou, V. Dubois, Y. Dufour, E. Expert, A. Fournis, S. de Fournoux, C. Geiger, M. Gien, C. Horrard, S. Lagabrielle, M. Le Roy, V. Maindron, L. Méchin, P. Pérez de Arce, G. Possamai, P. Saget, F. Satgé

Assistante d'édition : A.-V. Bernard

Origine du papier : Suède ; sans fibres recyclées ;
Prot : 30 g/t



PEFC™ 10-31-1895

Encart joint pour les abonnés