

## Jurisprudence Sociale Lamy, N° 460, 28 septembre 2018

### - CONTRAT DE TRAVAIL CDI intérimaire : illustration de la hiérarchie des normes

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Julie Layat-Le Bourhis

Avocat, Delsol Avocats

[Cass. soc., 12 juill. 2018, pourvoi n° 16-26.844, arrêt n° 1337 FS-P+B+R]

#### Les faits

Le syndicat Prism'emploi, la fédération CFDT services, la fédération CFTC commerce, services et force vente (CFTC CSFV) et la Fédération nationale de l'encadrement du commerce et des services CFE-CGC (FNECS CFE-CGC) ont, le 10 juillet 2013, conclu un accord de branche portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires.

Cet accord prévoit la possibilité, pour les entreprises de travail temporaire, de conclure avec certains de leurs salariés intérimaires un contrat de travail à durée indéterminée intérimaire couvrant l'exécution de l'ensemble des missions qui leur sont confiées, ainsi que les périodes « d'intermission », pendant lesquelles les intéressés demeurent disponibles pour l'exécution de nouvelles missions et perçoivent une garantie minimale de rémunération.

Cet accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension du ministre du travail, de l'emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social du 22 février 2014. Il est entré en vigueur le 6 mars 2014.

#### Les demandes et argumentations

Le 6 mai 2014, la Confédération générale Force ouvrière (CGT FO) et la Fédération des employés et cadres Force ouvrière (FEC FP), syndicats non signataires de l'accord, ont saisi le Conseil d'État d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'arrêté d'extension du 22 février 2014.

Par arrêt du 27 juillet 2015, le Conseil d'État a sursis à statuer jusqu'à ce que le tribunal de grande instance de Paris se prononce sur le point de savoir si les parties à l'accord du 10 juillet 2013 avaient compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée lié à l'exécution de missions de travail temporaire.

Par jugement du 15 novembre 2016, le tribunal de grande instance de Paris a jugé que les organisations syndicales en cause pouvaient négocier l'ensemble des éléments constitutifs de l'accord collectif de branche conclu le 10 juillet 2013.

Le jugement retient que le champ normatif de l'accord n'excède pas en soi la limite fixée à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 concernant notamment les principes fondamentaux du droit du travail relevant de la compétence d'attribution réservée au législateur. Il ajoute que les modalités particulières du contrat à durée indéterminée intérimaire ne font, en définitive, que décliner des obligations civiles préexistantes, qui, par définition, peuvent donc ne pas être strictement identiques à celles d'un contrat à durée indéterminée de droit commun ou à celles des contrats de missions temporaires jusqu'ici pratiqués et qui relèvent d'un champ conventionnel bénéficiant d'une certaine liberté en complément ou en supplément de la loi, et ce d'autant que la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 a prévu, dans son article 56, des conditions d'expérimentation de ce même régime de contrat de travail à durée indéterminée intérimaire.

Un pourvoi a été interjeté par les syndicats non signataires contre cette décision rendue en dernier ressort.

#### La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation a cassé sans renvoi le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris au visa de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

*« Attendu qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte [...] ;*

*Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la loi n° 2015-0994 du 17 août 2015, laquelle ne dispose que pour l'avenir, et alors que l'accord collectif du 10 juillet 2013, en instaurant le contrat à durée indéterminée intérimaire permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée, d'autre part le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi, le tribunal de grande instance a violé le texte susvisé ».*

Le CDI intérimaire d'origine conventionnelle puis relayée par la loi pose ainsi, dans cet arrêt, la question de la répartition du champ de compétence entre le législateur et les partenaires sociaux.

#### • Le CDI intérimaire : une nouvelle catégorie de contrat de travail ou une simple déclinaison des obligations civiles préexistantes ?

Les signataires de l'accord faisaient valoir que si le CDI intérimaire présentait des particularités par rapport au CDI et au contrat de mission, les dispositions conventionnelles litigieuses n'excédaient pas la limite fixée par l'article 34 de Constitution du 4 octobre 1958 selon lequel la loi détermine les principes fondamentaux en droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

La position des syndicats signataires s'appuyait sur les dispositions de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Ils invoquaient aussi les dispositions des articles L. 2221-1 et 2 du Code du travail introduisant les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales. Enfin, ils rappelaient la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur

l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 en matière de principes fondamentaux de droit du travail et de renvoi préférentiel à la négociation collective des partenaires sociaux en ce qui concerne les modalités d'application de ces principes.

En revanche, pour le syndicat FO demandeur au pourvoi, la possibilité offerte par l'accord litigieux aux entreprises de travail temporaire de conclure avec les salariés intérimaires des contrats à durée indéterminée alors que la loi n'autorise que la conclusion de contrat de mission constitue une nouvelle forme de contrat de travail et non une déclinaison des obligations civiles préexistantes.

La Cour de cassation a donc suivi cette dernière position, considérant que le CDI intérimaire constitue bien une nouvelle catégorie de contrat de travail et non une simple déclinaison des règles relatives aux contrats à durée indéterminée ou aux contrats de mission temporaire.

#### ● Les CDI intérimaires : une dérogation aux règles d'ordre public ?

Selon l'article L. 2251-1 du Code du travail, une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.

Selon les syndicats signataires, le CDI intérimaire ne portait pas atteinte à l'ordre public absolu, considérant qu'il est « *indéniablement plus favorable à l'ensemble des principes et des règles structurant le contrat de travail intérimaire classique ou l'emploi temporaire tel que prévu aux articles L. 1251-1 et suivants du Code du travail [...]* ».

De même, selon les syndicats signataires, le CDI intérimaire ne porte pas atteinte aux règles protectrices relatives au travail temporaire, ni aux garanties habituelles de droit commun du travail.

À l'inverse, FO faisait valoir qu'il ne pouvait être dérogé par voie d'accord collectif à l'interdiction du prêt de main-d'œuvre à but lucratif, ni aux dispositions relatives au recours au travail temporaire qui constituent des règles d'ordre public absolu. Il ajoutait que l'accord collectif ne pouvait pas plus déroger aux règles définissant les obligations essentielles découlant du contrat de travail et, en particulier, celle selon laquelle l'employeur a l'obligation de fournir du travail au salarié.

À titre très subsidiaire, FO arguait du fait que le CDI intérimaire n'était pas plus favorable que le régime du CDI de droit commun ou du contrat de mission.

La Cour de cassation n'a finalement pas apprécié le caractère plus ou moins favorable des dispositions conventionnelles, considérant que, le CDI intérimaire dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent le contrat de travail à durée indéterminée et le contrat de mission, le contenu de l'accord collectif du 10 juillet 2013 relevait du champ de la loi.

#### ● L'incidence de la loi du 15 août 2015 relative au dialogue social

La loi n° 2015-599 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite Rebsamen, a créé le CDI intérimaire en son article 56 et a prévu en son point IX :

« *Le présent article est applicable aux contrats conclus jusqu'au 31 décembre 2018. Au plus tard le 30 juin 2018, le Gouvernement présente au Parlement un rapport, établi après concertation avec les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs représentatives et après avis de la Commission nationale de la négociation collective, sur les conditions d'application de ce dispositif et sur son éventuelle pérennisation* ».

Les syndicats signataires faisaient valoir que la loi du 17 août 2015 avait repris, à titre expérimental, ce même régime du CDI intérimaire issu de l'accord litigieux.

Le tribunal de grande instance de Paris a également fait référence à cette loi pour donner compétence aux organisations syndicales de négocier et conclure un accord collectif sur le CDI intérimaire.

En réponse, FO faisait valoir que l'entrée en vigueur de cette loi le 17 août 2015, soit postérieurement à la date de conclusion de l'accord du 13 juillet 2013 et à son extension le 22 février 2014, violait notamment l'article 2 du Code civil selon lequel : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

La Cour de cassation casse également le jugement sur ce point considérant que la loi du 17 août 2015 ne dispose que pour l'avenir.

#### ● L'actuel champ de compétence de l'accord de branche

Cette décision est l'occasion de s'interroger sur l'actuel champ de compétence de l'accord de branche au regard des dernières réformes.

Il est rappelé que la hiérarchie entre les normes légales et réglementaires, d'une part, et les normes conventionnelles, d'autre part, est organisée par le Code du travail de différentes manières selon les thèmes et a fait l'objet de plusieurs évolutions.

L'article L. 2251-1 du Code du travail dispose qu'une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.

Cette disposition consacre le principe de faveur ou encore la notion d'ordre public social.

Dans certains domaines, la norme conventionnelle ne peut pas déroger à la loi ou aux règlements, y compris dans un sens plus favorable, il s'agit de l'ordre public absolu.

Dans d'autres domaines, la norme conventionnelle peut déroger à la norme légale y compris dans un sens défavorable, et dans d'autres domaines encore, la loi a un caractère supplétif, c'est-à-dire qu'elle s'impose en l'absence de disposition conventionnelle.

S'agissant plus précisément de l'accord de branche, la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 a introduit l'article L. 2232-5-1 dans le Code du travail selon lequel « *la branche a pour missions : 1° De définir, par la négociation, les garanties applicables aux salariés employés par les entreprises relevant de son champ d'application, notamment en matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, de prévention de la pénibilité prévue au titre VI du livre Ier de la quatrième partie du présent code et d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes mentionnée à l'article L. 2241-3 ; 2° De définir, par la négociation, les thèmes sur lesquels les conventions et accords d'entreprise ne peuvent être moins favorables que les conventions et accords conclus au niveau de la branche, à l'exclusion des thèmes pour lesquels la loi prévoit la primauté de la convention ou de l'accord d'entreprise ;*

*3° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application* ».

Ces dispositions ont été modifiées par les ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017.

Ainsi, l'article L. 2232-5-1 du Code du travail dispose désormais que « *la branche a pour missions : 1° De définir les conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que les garanties qui leur sont applicables dans les matières mentionnées aux articles L. 2253-1 et L. 2253-*

2 dans les conditions prévues par lesdits articles ;

2° De réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application ».

Les ordonnances « Macron » ont également modifié les dispositions de l'article L. 2253-1 du Code du travail, en listant, de façon non exhaustive, les thèmes de négociation de la branche. Ces dispositions visent notamment les mesures relatives aux contrats de travail à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire énoncées aux articles L. 1242-8, L. 1242-13, L. 1244-3, L. 1251-12, L. 1251-35 et L. 1251-36 du Code du travail et les cas de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 1251-7 du Code du travail.

Toutefois, ces dispositions étant postérieures à la date de conclusion de l'accord litigieux, elles étaient manifestement inapplicables.

#### ● Le sort des CDI intérimaires

L'arrêt de la Cour de cassation implique que les CDI intérimaires conclus entre le 6 mars 2014 et le 19 août 2015, c'est-à-dire entre l'entrée en vigueur de l'accord litigieux et l'entrée en vigueur de la loi Rebsamen, sont contraires aux dispositions légales. Un risque de requalification en CDI de droit commun n'est donc pas à exclure.

Toutefois, il appartient désormais au Conseil d'État de se prononcer sur le recours pour excès de pouvoir de l'arrêté d'extension. Si l'annulation est fort probable, les effets de l'annulation pourraient être restreints et ainsi ne produire effet que pour l'avenir tel que le Conseil d'État l'avait jugé s'agissant de l'arrêté d'extension de l'accord national interprofessionnel du 24 juin 2010 sur le portage salarial (CE, 7 mai 2015, n° 370986).

Enfin, il convient de souligner que, à l'heure où nous écrivons ces lignes, le projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel prévoit en son article 68 bis, inclus par voie d'amendement devant le sénat, en séance du 16 juillet 2018, soit postérieurement à l'arrêt rendu, des dispositions visant à pérenniser le CDI intérimaire.

Le CDI intérimaire n'a donc pas, à ce jour, vocation à disparaître.

#### TEXTE DE L'ARRÊT

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

[...] Sur le moyen unique :

Vu l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Attendu qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux relations de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ;

Attendu, selon le jugement attaqué rendu en dernier ressort, que le syndicat Prism'emploi, la fédération CFDT services, la fédération CFTC commerce, services et force vente (CFTC CSFV) et la Fédération nationale de l'encadrement du commerce et des services CFE-CGC (FNECS CFE-CGC) ont, le 10 juillet 2013, conclu un accord de branche portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, et prévoyant la possibilité, pour les entreprises de travail temporaire, de conclure avec certains de leurs salariés intérimaires un contrat de travail à durée indéterminée intérimaire couvrant l'exécution de l'ensemble des missions qui leur sont confiées, ainsi que les périodes « d'intermission », pendant lesquelles les intéressés demeurent disponibles pour l'exécution de nouvelles missions et perçoivent une garantie minimale de rémunération ; que cet accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social du 22 février 2014 ; que, saisi d'un recours en excès de pouvoir à l'encontre de l'arrêté d'extension du 22 février 2014, le Conseil d'Etat a, par arrêt du 27 juillet 2015, sursis à statuer jusqu'à ce que le tribunal de grande instance de Paris se soit prononcé sur le point de savoir si les parties à l'accord du 10 juillet 2013 avaient compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions de travail temporaire ;

Attendu que pour dire que les organisations en cause avaient compétence pour négocier l'ensemble des éléments constitutifs de l'accord collectif de branche conclu le 10 juillet 2013, le jugement retient que le champ normatif de l'accord n'excède pas en soi la limite fixée à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 concernant notamment les principes fondamentaux du droit du travail relevant de la compétence d'attribution réservée au législateur, que les modalités particulières du contrat à durée indéterminée intérimaire ne font, en définitive, que décliner des obligations civiles préexistantes, qui par définition peuvent donc ne pas être strictement identiques à celles d'un contrat à durée indéterminée de droit commun ou des contrats de missions temporaires jusqu'ici pratiqués et qui relèvent d'un champ conventionnel bénéficiant d'une certaine liberté en complément ou en supplément de la loi, ce d'autant que la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 a prévu, dans son article 56, des conditions d'expérimentation de ce même régime de contrat de travail à durée indéterminée intérimaire ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, laquelle ne dispose que pour l'avenir, et alors que l'accord collectif du 10 juillet 2013, en instaurant le contrat à durée indéterminée intérimaire permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée, d'autre part le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi, le tribunal de grande instance a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, le jugement rendu le 15 novembre 2016, entre les parties, par le tribunal de grande instance de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit que les parties à l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires n'avaient pas compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions de travail temporaire ;

Condamne le syndicat Prism'emploi aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne le syndicat Prism'emploi à payer à la Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT FO) et à la Fédération des employés et cadres Force ouvrière (FEC FO) la somme globale de 3 000 euros et rejette les autres demandes ;

Ordonne la notification de la présente décision au Conseil d'Etat, à titre de réponse à sa question préjudicielle formulée au visa de l'article R. 771-2 du code de la justice administrative dans son arrêt n° 379677 du 27 juillet 2015 ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à

la suite du jugement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du douze juillet deux mille dix-huit.