

Yannick Pagnerre - Kryss Pagani

# LES RELATIONS DE TRAVAIL AU SEIN DE L'ENTREPRISE

RELATIONS INDIVIDUELLES  
ET COLLECTIVES

Retour sur 4 années  
d'application des  
ordonnances « Macron »



2<sup>e</sup> édition

**Yannick Pagnerre**

est Professeur agrégé à l'université de Paris-Saclay.

**Krys Pagani,**

Avocat associé, Alkyne Avocats  
et Vice-président du Cercle K2.

Yannick Pagnerre - Krys Pagani

# LES RELATIONS DE TRAVAIL AU SEIN DE L'ENTREPRISE

—  
RELATIONS INDIVIDUELLES  
ET COLLECTIVES

Retour sur 4 années  
d'application des  
ordonnances « Macron »

2<sup>e</sup> édition

Suivez-nous sur



[www.gualino.fr](http://www.gualino.fr)

Contactez-nous [gualino@lextenso.fr](mailto:gualino@lextenso.fr)



© 2022, Gualino, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
978-2-297-13580-1



## Avant-propos

**L**es ordonnances *Macron* ont constitué la **réforme la plus importante du droit du travail** depuis les lois *Auroux* de 1982. Elle fût composée d'une multitude de textes :

- la **loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017** d'habilitation, validée par une décision du Conseil constitutionnel n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017 ;
- l'**ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017** relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, dont certaines dispositions ont été jugées conformes notamment à la Convention OIT n° 158 sur le licenciement et à l'article 24 de la Charte sociale européenne (CE, 7 déc. 2017, n° 415243, CGT) ;
- l'**ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017** relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ;
- l'**ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017** relative au renforcement de la négociation collective, dont des dispositions ont été reconnues conformes à des conventions OIT (CE, 16 nov. 2017, n° 415063, CGT) ;
- l'**ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017** portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ;
- l'**ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017** relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention ;
- l'**ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017** visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises ;
- la **loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant les diverses ordonnances**, validée par une décision du Conseil constitutionnel n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 ;
- les multiples **décrets d'application** (D. n° 2017-1398, 25 sept. 2017 – D. n° 2017-1607, 23 nov. 2017 – D. n° 2017-1612, 28 nov. 2017 – D. n° 2017-1646, 30 nov. 2017 – D. n° 2017-1647, 30 nov. 2017 – D. n° 2017-1698, 15 déc. 2017 – D. n° 2017-1702, 15 déc. 2017 – D. n° 2017-1703, 15 déc. 2017 – D. n° 2017-1723, 20 déc. 2017 – D. n° 2017-1724, 20 déc. 2017 – D. n° 2017-1767, 26 déc. 2017 – D. n° 2017-1813, n° 2017-1814, n° 2017-1815, n° 2017-1816, n° 2017-1819, 29 déc. 2017. – D. n° 2018-920 et n° 2018-921, 26 oct. 2018. – D. n° 2021-1065, 9 août 2021).
- Avec **plus de 450 pages au Journal Officiel**, l'ampleur de l'interprétation était considérable tant les paradigmes du droit du travail étaient remodelés. Définitivement, la vision progressiste du droit du travail était enterrée. Certes, le principe d'un droit légal et protecteur n'était pas remis en cause, mais son étendue et sa portée étaient discutées en ce qu'il est désormais concurrencé par d'autres impératifs que sont :
- la **sécurisation de la conclusion, de l'exécution et de l'extinction de la relation de travail**, touchant notamment les contrats atypiques (modulation conventionnelle des conditions et

limitation de la requalification en CDI, CDI de chantier ou d'opération), le télétravail, la prévention des risques, l'inaptitude, la procédure de licenciement, l'encadrement des indemnités de rupture (avec notamment la barémisation de l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse), la rupture conventionnelle collective, etc. ;

- la **réorganisation de la représentation collective** avec la fusion des DP, CE et CHSCT au sein du nouveau Comité social et économique (CSE) ;
- la **simplification conventionnelle, avec au centre la négociation collective d'entreprise**, dont les rapports avec la branche ou le contrat de travail ainsi que les modalités de conclusion ont été repensées.

Pour tous ces axes, la **situation des TPE/PME** faisait l'objet d'une particulière attention.

Cette réforme d'ampleur s'inscrivait dans la ligne de celles qui l'ont précédé (L. n° 2004-391, 4 mai 2004 – L. n° 2008-789, 20 août 2008 – L. n° 2013-504, 14 juin 2013 – L. n° 2015-995, 17 août 2015 – L. n° 2016-1088, 8 août 2016) et n'est qu'une première étape, suivie des réformes de l'apprentissage, de la formation professionnelle et de l'assurance chômage.

Elle a donné lieu à de nombreux travaux doctrinaux, de plusieurs prises de position de l'Administration, de quelques décisions judiciaires et administratives et, plus largement, d'une pratique qui méritent d'en renouveler aujourd'hui l'étude.

Télétravail, contrats de travail à durée déterminée, CDI de chantier ou d'opération, licenciement, ruptures conventionnelles collectives, CSE, négociation collective, ce sont des pans entiers des relations individuelles et collectives de travail dont l'approche a été renouvelée.

L'objectif de **cet ouvrage** est de faire le bilan des 4 premières années d'application de ces ordonnances. Il s'agit donc d'être **complet, synthétique et technique en offrant un travail de décryptage** des dispositifs issus des ordonnances, à la lumière des anciens, **associé à une mise en application pratique** de chacun d'eux depuis 4 ans, **afin d'apporter la sécurité juridique** attendue par ceux qui font au quotidien vivre la réforme dans les prétoires et les entreprises. Certains aspects ont toutefois été écartés. Ainsi, en est-il de l'accélération de la procédure prud'homale en cas de départage (art. L. 1454-2, L. 1454-29, R. 1454-32 et R. 1454-35) ou de la réforme de la mobilité internationale des apprentis issue de la loi de ratification (art. L. 6222-42 et s.).

Si l'exhaustivité nous a animés, personne ne peut encore prédire toutes les implications pratiques et théoriques qu'une telle réforme emporte. L'erreur guette tout interprète. Les rédacteurs étant sans doute conscients du risque d'erreur, l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2017-1340, non codifié et légèrement modifié par la loi de ratification, a prévu l'accès gratuit à un « **Code du travail numérique** » laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Elle offre, « en réponse à une demande d'un employeur ou d'un salarié sur sa situation juridique », la connaissance des dispositions légales ou réglementaires et des stipulations conventionnelles (sous réserve de leur publication) applicables. Celui qui se prévaut des informations obtenues est, en cas de litige, « présumé de bonne foi ». Louable, la portée de cette présomption reste indicible. Elle ne saurait dédouaner un employeur fautif, sous peine d'être contraire au droit au juge. Tout au plus, pourra-t-elle avoir un impact sur l'article 700 du CPC. Cet exemple liminaire illustre les difficultés que l'ouvrage se propose de résoudre.



# Sommaire

<i>Avant-propos</i> .....	5
---------------------------	---



## Partie 1 Relations individuelles

<b>Chapitre 1 CDD et contrats de mission</b> .....	13
§1. Accroissement du rôle de l'accord de branche .....	14
§2. Transmission tardive du CDD ou contrat de mission .....	20
<b>Chapitre 2 CDI de chantier ou d'opération</b> .....	21
§1. Recours au contrat de chantier ou d'opération .....	22
§2. Rupture du contrat de chantier ou d'opération .....	23
<b>Chapitre 3 Télétravail</b> .....	27
§1. Définition du télétravail.....	28
§2. Mise en place du télétravail .....	28
§3. Régime du télétravail.....	32
<b>Chapitre 4 Prévention des risques professionnels</b> .....	39
§1. Accord ou plan d'action en faveur de la prévention des effets de l'exposition à certains risques professionnels.....	40
§2. Compte professionnel de prévention .....	41
<b>Chapitre 5 Inaptitude et médecine du travail</b> .....	43
§1. Clarification du périmètre de l'obligation de reclassement .....	43
§2. Révision de la procédure de contestation des avis du médecin du travail .....	44
§3. Suivi médical renforcé .....	47
<b>Chapitre 6 Transfert des contrats de travail hors cadre légal</b> .....	49
§1. Reprise facilitée des entités économiques autonomes .....	49
§2. Sécurisation des transferts des contrats de travail conventionnels .....	51
<b>Chapitre 7 Mise à disposition de travailleurs</b> .....	53
§1. Conditions du prêt de main-d'œuvre.....	54
§2. Effets du prêt de main-d'œuvre .....	54

<b>Chapitre 8</b>	<b>Conditions du licenciement Règles générales</b>	57
§1.	Assouplissement des conditions de motivation de la lettre de licenciement	57
§2.	Mise en place de modèles de lettre de licenciement	61
§3.	Réduction du délai de prescription	62
§4.	Procédure conventionnelle de licenciement	63
<b>Chapitre 9</b>	<b>Conditions du licenciement pour motif économique</b>	65
§1.	Appréciation de la cause économique	66
§2.	Appréciation du périmètre de reclassement	74
<b>Chapitre 10</b>	<b>Conséquences du licenciement</b>	79
§1.	Plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse	79
§2.	Précisions des règles relatives au licenciement nul	88
§3.	Conditions et montant de l'indemnité légale de licenciement	93
<b>Chapitre 11</b>	<b>Mise en place de ruptures négociées collectives</b>	95
§1.	Rupture d'un commun d'accord dans le cadre d'un accord GPEC relatif aux congés de mobilité	96
§2.	Rupture d'un commun accord dans le cadre d'un accord collectif portant rupture conventionnelle collective	97



## Partie 2 RELATIONS COLLECTIVES

<b>Chapitre 1</b>	<b>Cadres du Comité social et économique (CSE)</b>	111
§1.	Seuil d'effectif : 11 salariés, 12 mois consécutifs	112
§2.	Niveaux d'implantation : Entreprise	113
<b>Chapitre 2</b>	<b>Élections du CSE</b>	131
§1.	Initiative	131
§2.	Protocole d'accord préélectoral (PAP)	132
§3.	Électorat et éligibilité	135
§4.	Candidatures	138
<b>Chapitre 3</b>	<b>Composition du CSE</b>	141
§1.	Nombre de membres de la délégation du personnel	141
§2.	Réduction du rôle des suppléants : abrogation de la mission consultative	144
§3.	Collaborateurs de l'employeur : de 2 à 3	144
§4.	Représentant syndical au CSE	145
§5.	Assistance aux réunions du représentant de l'OPPBTB : élargissement de l'intervention	146
<b>Chapitre 4</b>	<b>Fonctionnement du CSE Règles générales</b>	147
§1.	Temps de représentation	147
§2.	Formation des membres	152

<b>Chapitre 5</b>	<b>Fonctionnement du CSE Règles spéciales</b>	155
§1.	Fonctionnement du CSE d'une entreprise de moins de 50 salariés	155
§2.	Fonctionnement du CSE d'une entreprise d'au moins 50 salariés	156
<b>Chapitre 6</b>	<b>Attributions du CSE</b>	169
§1.	Dispositions générales	169
§2.	Entreprises de moins de 50 salariés	170
§3.	Entreprises d'au moins 50 salariés	172
<b>Chapitre 7</b>	<b>CSE central et CSE d'établissement</b>	187
§1.	Composition	187
§2.	Fonctionnement	188
§3.	Attributions	188
<b>Chapitre 8</b>	<b>Experts du CSE</b>	193
§1.	Désignation de l'expert	193
§2.	Mission de l'expert	197
<b>Chapitre 9</b>	<b>Conseil d'entreprise</b>	203
§1.	Mise en place du conseil d'entreprise	204
§2.	Composition du conseil d'entreprise	205
§3.	Fonctionnement du conseil d'entreprise	206
§4.	Attributions du conseil d'entreprise	206
<b>Chapitre 10</b>	<b>Statut protecteur</b>	211
§1.	Domaine du statut protecteur	211
§2.	Régime du statut protecteur	214
<b>Chapitre 11</b>	<b>Activité élective et syndicale</b>	217
§1.	Généralisation de l'entretien de fin de mandat	218
§2.	Mise à disposition de salariés auprès d'organisations syndicales ou patronales	218
§3.	Maintien de la rémunération pendant le congé de formation économique, sociale, environnementale et syndicale	219
§4.	Participation des salariés des TPE/PME aux négociations de la branche	219
§5.	Périmètre d'intervention du défenseur syndical	220
<b>Chapitre 12</b>	<b>Délégué syndical</b>	221
§1.	Condition tenant au cadre	221
§2.	Condition tenant au salarié	222
<b>Chapitre 13</b>	<b>Articulation des accords collectifs</b>	227
§1.	« Bloc 1 » : prévalence légale de l'accord de branche	230
§2.	« Bloc 2 » : prévalence conventionnelle de l'accord de branche	241
§3.	« Bloc 3 » : prévalence légale de l'accord d'entreprise	244
<b>Chapitre 14</b>	<b>Négociation d'entreprise</b>	247
§1.	La négociation de droit commun : en présence d'un délégué syndical	248
§2.	Négociation dérogatoire : en l'absence de délégué syndical	251

<b>Chapitre 15</b>	<b>Négociation de branche</b> .....	265
§1.	Modification du régime de l'extension et de l'élargissement des accords de branche .....	265
§2.	Accélération de la restructuration des branches professionnelles .....	268
<b>Chapitre 16</b>	<b>Sécurisation des accords collectifs</b> .....	269
§1.	Présomption de légalité des accords collectifs.....	269
§2.	Prescription de l'action en nullité d'un accord collectif .....	271
§3.	Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un accord collectif.....	273
<b>Chapitre 17</b>	<b>Négociation obligatoire</b> .....	279
§1.	Ordre public.....	280
§2.	Champ de la négociation collective .....	283
§3.	Dispositions supplétives .....	284
<b>Chapitre 18</b>	<b>Évolution des accords collectifs</b> .....	285
§1.	Révision des accords collectifs .....	285
§2.	Dénonciation des accords collectifs .....	286
<b>Chapitre 19</b>	<b>Accord de performance collective</b> .....	289
§1.	Négociation de l'accord .....	290
§2.	Contenu de l'accord.....	292
§3.	Exécution de l'accord.....	295
<i>Index</i> .....		303

# Partie



## Relations individuelles

Chapitre 1	CDD et contrats de mission
Chapitre 2	CDI de chantier ou d'opération
Chapitre 3	Télétravail
Chapitre 4	Prévention des risques professionnels
Chapitre 5	Inaptitude et médecine du travail
Chapitre 6	Transfert des contrats de travail hors cadre légal
Chapitre 7	Mise à disposition de travailleurs
Chapitre 8	Conditions du licenciement Règles générales
Chapitre 9	Conditions du licenciement pour motif économique
Chapitre 10	Conséquences du licenciement
Chapitre 11	Mise en place de ruptures négociées collectives

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a assoupli toutes les étapes des contrats de travail, de leur formation à leur extinction.

En premier lieu, l'ordonnance a modifié certaines dispositions relatives à la conclusion, la succession et la requalification des **CDD et contrats de mission** (Chapitre 1) et facilité le recours au **CDI de chantier ou d'opération** doté d'un régime de rupture plus souple (Chapitre 2). A été **supprimé**, dans la foulée, le contrat de génération mis en place par la loi n° 2013-1385 du 1<sup>er</sup> mars 2013.

En deuxième lieu, concernant l'exécution de la relation de travail, l'ordonnance prenait acte du développement du « **télétravail** » et offrait un cadre juridique précis sur les conditions et les effets dans lesquels la prestation peut être exécutée. La crise sanitaire que nous traversons est venue approfondir ce qui avait été initié (Chapitre 3). S'agissant encore des conditions de travail, l'ordonnance n° 2017-1389 était consacrée à la prévention et à la prise en compte des effets de l'**exposition à certains facteurs de risques professionnels** et au compte professionnel de prévention (Chapitre 4). Enfin,

l'ordonnance n° 2017-1387 venait apporter des ajustements en matière d'**inaptitude** (Chapitre 5) et de **transfert du contrat de travail** (Chapitre 6) ; elle favorisait la **mise à disposition** de travailleurs auprès des jeunes, petites ou moyennes entreprises (Chapitre 7).

En troisième lieu, l'ordonnance assouplissait et sécurisait le droit du licenciement et des « plans de départ volontaire ». La **procédure de licenciement** (Chapitre 8), les conditions du **licenciement pour motif économique** (Chapitre 9) ainsi que les **indemnités de licenciement** (Chapitre 10) étaient profondément modifiées. Le régime des plans de départ volontaire, créés par la pratique et encadrés par les juges, était précisé et qualifié – maladroitement à notre avis – de « **ruptures conventionnelles collectives** » (Chapitre 11).

Nous reviendrons sur ces différents dispositifs 4 ans après leur entrée en application.



## Chapitre

# 1

## CDD et contrats de mission



### Plan du chapitre

- §1. Accroissement du rôle de l'accord de branche
- §2. Transmission tardive du CDD ou contrat de mission



**1. Ordre public.** Ces deux contrats se retrouvent sous l'appellation de « contrats précaires » en raison du fait que, socialement et économiquement, de tels contrats entraînent souvent une exclusion (notamment pour avoir un logement, des prêts, etc.). Le Code du travail régit strictement le recours aux CDD et aux contrats de mission afin d'éviter les abus. Des règles spéciales s'appliquent aux conditions de formation et aux effets des CDD et contrats de mission. Sans une vigilance importante lors de la conclusion du contrat, le risque de contentieux est élevé et la condamnation parfois mécanique en cas de manquement. Le principe est qu'un CDD ou un contrat de mission « ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise ». Pour s'en assurer, le législateur a posé un certain nombre de règles impératives : cas de recours limités, respect d'un délai de carence entre plusieurs CDD ou contrats de mission, durée maximale du contrat, etc. L'ordonnance n'a pas modifié la mécanique juridique des CDD et contrats de mission mais a permis à la négociation de branche de moduler ces différentes règles.

**2. Modulation.** Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, une **convention ou un accord collectif de branche étendu peut moduler** certaines dispositions relatives aux contrats atypiques, qu'il s'agisse de leur durée, de leur possibilité de renouvellement ou du délai de carence devant, dans certains cas, les séparer. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'en confiant à un accord collectif le soin de fixer la durée totale et le nombre maximal de renouvellements possibles d'un CDD et d'un contrat de mission,

le législateur a seulement confié aux accords collectifs le soin de préciser les modalités concrètes d'application des principes fondamentaux du droit du travail<sup>1</sup>. Depuis 2017, plusieurs branches professionnelles ont négocié et conclu des accords en application des dispositions de l'ordonnance : métallurgie, propreté, import-export, commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire, travaux publics. Les solutions retenues par les partenaires sociaux méritent d'être étudiées.

**3. Sécurisation.** De manière plus spécifique, l'ordonnance a modifié la sanction applicable en cas de non-respect de certaines conditions de forme de ces contrats. Si cette disposition n'a pas soulevé de question d'interprétation, son application dans le temps a pu faire surgir certains doutes.

## §1. Accroissement du rôle de l'accord de branche

### A. Durée du CDD et contrat de mission

**4. Champ de la négociation collective.** À l'exception des contrats-aidés destinés aux publics les plus éloignés du marché du travail (contrat unique d'insertion prenant la forme d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi [CUI-CAE] dans le secteur non marchand ou d'un contrat initiative emploi [CUI-CIE] dans le secteur marchand) ou du contrat de mission à objet défini (cas très spécifique), les textes prévoient qu'**un accord de branche étendu peut fixer la durée totale du CDD**. Pour le contrat de mission, la convention ou l'accord de branche applicable est celui de l'entreprise utilisatrice (art. L. 1251-12).

**5. Limites.** Une seule limite : la durée retenue ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (art. L. 1242-8 et L. 1251-12). Cette faculté n'est pas davantage encadrée. Aucune durée maximale n'est fixée.

**6. Dispositions supplétives.** À défaut de stipulation dans l'accord de branche, les durées maximales applicables sont celles prévues par la loi. Pour rappel, la durée ne peut excéder en principe **dix-huit mois** compte tenu, le cas échéant, du ou des renouvellements (art. L. 1242-8-1 et L. 1251-12-1). Par exception, la durée ne peut dépasser **neuf mois** lorsque le contrat est conclu dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par CDI ou lorsque son objet consiste en la réalisation des travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité (art. L. 1242-8-1 et L. 1251-12-1) ou **huit mois** pour un salarié saisonnier (six mois lorsqu'il s'agit d'un travailleur étranger). La durée totale est, par ailleurs, de **vingt-quatre mois** (art. L. 1242-8-1 et L. 1251-12-1) :

- lorsque le contrat est exécuté à l'étranger ;
- lorsque le contrat est conclu dans le cadre du départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail ;
- lorsque survient dans l'entreprise, qu'il s'agisse de celle de l'entrepreneur principal ou de celle d'un sous-traitant, une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en œuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement.

Enfin, le **CDD à objet défini** doit être conclu pour une **durée minimale de dix-huit mois** et une **durée maximale de trente-six mois**. Il ne peut pas être renouvelé et sa durée ne peut être aménagée par un accord ou une convention de branche (art. L. 1242-8-1 et L. 1251-12-1).

---

1. Cons. const., 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, cons. 95.

**7. Contrat à terme imprécis et CDD d'usage.** Une difficulté peut apparaître s'agissant des contrats à terme imprécis et des CDD d'usage. Il est en effet acquis que le régime des durées maximales n'était pas applicable au contrat dont le terme peut être imprécis dès lors qu'il comprend une durée minimale<sup>2</sup>, comme les CDD d'usage. *A priori*, les nouvelles dispositions n'ont pas modifié les règles applicables aux CDD conclus sur ce motif.

	Durée fixée par accord de branche	Durées légales applicables à défaut de précision de l'accord de branche	
		Durée minimale	Durée maximale
<b>Principe</b>	Oui	X	18 mois
<b>Attente de l'entrée en service d'un salarié recruté en CDI Travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité</b>	Oui	X	9 mois
<b>Contrat exécuté à l'étranger Départ définitif précédant la suppression de son poste de travail Commande exceptionnelle à l'exportation</b>	Oui	X	24 mois
<b>Contrat à objet défini</b>	Non	18 mois	36 mois

**8. Bilan.** Les différents accords conclus au niveau de la branche n'ont pas massivement utilisé la faculté offerte par la loi de moduler la durée maximale du CDD ou du contrat de mission. On peut noter que l'accord du 19 septembre 2018 relatif aux CDD et aux contrats de travail temporaire dans le secteur de la propreté (étendu par arrêté du 17 avril 2019) applique la durée maximale de 24 mois à l'ATA.

D'autres accords de branche ont prévu une possibilité de report du terme du CDD de remplacement pour faciliter le retour du salarié remplacé :

- l'accord du 25 octobre 2018 relatif au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail de chantier (ou d'opération) (étendu par arrêté du 2 avril 2019) dans le secteur de l'import-export unifie la durée maximale du CDD à 24 mois dans les cas où la loi prévoit une durée maximale. Une disposition spécifique est également introduite afin de « faciliter le retour du salarié qui a été absent » : le terme du CDD conclu pour son remplacement peut être reporté dans la limite de 3 jours de travail (1 semaine en cas de remplacement d'un salarié cadre) pour une absence inférieure à 1 mois et d'1 semaine (2 semaines en cas de remplacement d'un salarié cadre) pour une absence supérieure à 1 mois ;
- un report du terme du CDD de remplacement est également possible dans la branche du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire en fonction de la durée d'absence : pour une absence inférieure à 1 mois jusqu'à 3 jours de travail, durée portée à 1 semaine en cas de remplacement d'un membre d'encadrement ; pour une absence d'1 à 3 mois jusqu'à 1 semaine, durée portée à 2 semaines pour le remplacement d'un membre d'encadrement ; pour une absence au-delà de 3 mois jusqu'à 2 semaines, durée portée à 4 semaines en cas de remplacement d'un membre d'encadrement.

2. Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 97-42255.

## **B. Renouvellement du CDD ou contrat de mission**

**9. Champ de la négociation collective.** L'article L. 1243-13, modifié par l'ordonnance, prévoit qu'un accord de branche étendu peut fixer le nombre maximal de renouvellements possibles pour un CDD (art. L. 2253-1, 7°). Pour le contrat de mission, l'accord de branche applicable est celui de l'entreprise utilisatrice (art. L. 1244-3 et L. 1251-36).

**10. Limites.** L'ordonnance n'a posé aucune limite au nombre de renouvellements susceptibles d'être autorisés par l'accord de branche. Le renouvellement est-il pour autant sans limite ? Demeure applicable, dans chaque situation, le principe directeur d'ordre public selon lequel le contrat précaire ne doit pas pourvoir à un emploi permanent de l'entreprise. Par exemple, un accord de branche étendu peut prévoir dix renouvellements ; mais, au sein d'une entreprise, ces dix renouvellements emportent un risque important de requalification judiciaire si l'emploi occupé relève de l'activité normale et permanente<sup>3</sup>. Les premiers contentieux relatifs à l'application des accords de branche relatifs au CDD pourront apporter d'utiles enseignements.

**11. Dispositions supplétives.** À défaut de convention ou d'accord de branche, le contrat reste **renouvelable deux fois** pour une durée déterminée dans la limite de la durée maximale totale du CDD (art. L. 1242-13-1 et L. 1251-35-1).

**12. Bilan.** Plusieurs accords de branche ont permis un nombre de renouvellements supérieur à la limite posée par la loi :

- 3 renouvellements dans le secteur de l'import/export et du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire ;
- 4 renouvellements dans le secteur des travaux publics si la durée initiale du CDD est supérieure à un mois.

## **C. Délai de carence entre deux CDD ou contrats de mission**

### **I – Calcul du délai de carence**

**13. Champ de la négociation collective.** Hors cas particuliers, à l'expiration d'un contrat précaire, il ne peut être recouru, pour pourvoir le poste du salarié dont le contrat a pris fin, ni à un CDD ni à un contrat de mission, avant l'expiration d'un délai de carence calculé en fonction de la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements. En pratique, ces dispositions concernent le plus souvent l'accroissement temporaire d'activité. Les jours pris en compte pour apprécier le délai devant séparer les deux contrats sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou l'établissement concerné (art. L. 1244-3).

Depuis 2017, un accord de branche étendu peut fixer **les modalités de calcul de ce délai de carence**. Pour le contrat de mission, l'accord de branche applicable est celui de l'entreprise utilisatrice (art. L. 1244-3 et L. 1251-36). S'agissant des modalités, l'accord doit notamment déterminer si le délai est calculé en jours ouvrés ou ouvrables, fixer le point de départ ou celui d'arrivée.

3. CJCE, 4 juill. 2006, n° C-212/04, Konstantinos Adeneler.

**14. Dispositions supplétives.** À défaut de stipulations ou à défaut d'accord de branche étendu, sont maintenues les modalités de calcul actuellement applicables, soit (art. L. 1244-3-1 et L. 1251-36-1) :

- un tiers de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses deux renouvellements, est de quatorze jours ou plus ;
- la moitié de la durée du contrat venu à expiration si la durée du contrat incluant, le cas échéant, son ou ses deux renouvellements, est inférieure à quatorze jours.

Les jours pris en compte pour apprécier ce délai sont les jours d'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement concerné.

Durée totale du CDD	Durée du délai de carence
Inférieure à 14 jours	Égale à la moitié de la durée du CDD
Au moins 14 jours	Égale au tiers de la durée du CDD

## II – Principe du délai de carence

**15. Champ de la négociation collective.** Mieux, un accord de branche étendu peut également prévoir les cas dans lesquels le délai de carence n'est pas applicable (art. L. 1244-4 et L. 1251-36). Cette liberté conventionnelle permet de contourner une jurisprudence qui est apparue, aux yeux de certains, trop restrictive<sup>4</sup>.

Plusieurs branches ont entamé des négociations afin de faire usage des possibilités ouvertes par l'ordonnance. Elles ont notamment donné lieu aux accords suivants :

- l'accord du 29 juin 2018 relatif au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail temporaire dans le secteur de la **métallurgie** (étendu par arrêté du 19 décembre 2018) prévoit que le délai de carence est égal au quart de la durée du contrat (appréciée en jours calendaires) venu à expiration, incluant, le cas échéant, son ou ses renouvellements. Le délai de carence est plafonné à 21 jours. L'accord liste les cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas et ajoute aux situations prévues par le Code du travail l'accroissement temporaire d'activité. L'accord est conclu pour une durée indéterminée ;
- l'accord du 19 septembre 2018 relatif aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire dans le secteur de la **propreté** (étendu par arrêté du 17 avril 2019) ne modifie pas les durées du délai de carence mais ajoute également à la liste des cas dans lesquels le délai de carence ne s'applique pas à l'accroissement temporaire d'activité. L'accord prévoit que l'employeur peut donc avoir recours à plusieurs CDD ou contrats de mission successifs, avec le même salarié sur le même poste, sans délai de carence, pour le motif d'ATA, sans que le cumul ne puisse excéder 24 mois, renouvellement inclus. Il est conclu pour une durée indéterminée ;
- l'accord du 25 octobre 2018 relatif au contrat de travail à durée déterminée et au contrat de travail de chantier (ou d'opération) (étendu par arrêté du 2 avril 2019) dans le secteur de l'**import-export** pose une durée maximale incluant les éventuels renouvellements, pour les cas dans lesquels la législation en impose une, à 24 mois. Le nombre maximal de renouvellements est, quant à lui, fixé à 3. Les partenaires sociaux ont également supprimé la nécessité de respecter un délai de carence entre deux CDD différents portant sur le même poste, avec le même salarié

4. Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-18162.

- ou un autre, lorsqu'un premier CDD au motif d'un ATA est succédé par un CDD au motif d'un remplacement d'un salarié absent. Une disposition spécifique est également introduite afin de « faciliter le retour du salarié qui a été absent » : le terme du CDD conclu pour son remplacement peut être reporté dans la limite de 3 jours de travail (1 semaine en cas de remplacement d'un salarié cadre) pour une absence inférieure à 1 mois et d'1 semaine (2 semaines en cas de remplacement d'un salarié cadre) pour une absence supérieure à 1 mois ;
- l'avenant n° 68 de la Convention collective nationale du **commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire** du 14 décembre 2018 relatif au contrat d'opération, au contrat à durée déterminée et au contrat de travail temporaire (étendu par arrêté du 15 janvier 2020) fixe le nombre maximal de renouvellements à 3 sans modifier la durée maximale prévue par la loi. Il supprime, par ailleurs, le délai de carence pour tous les CDD conclus au sein d'une entreprise de la branche. Un report du terme du CDD de remplacement est également possible en fonction de la durée d'absence : pour une absence inférieure à 1 mois jusqu'à 3 jours de travail, durée portée à 1 semaine en cas de remplacement d'un membre d'encadrement ; pour une absence d'1 à 3 mois jusqu'à 1 semaine, durée portée à 2 semaines pour le remplacement d'un membre d'encadrement ; pour une absence au-delà de 3 mois jusqu'à 2 semaines, durée portée à 4 semaines en cas de remplacement d'un membre d'encadrement ;
  - l'accord du 4 décembre 2018 relatif à l'emploi durable et aux contrats courts conclu dans le cadre de la convention collective nationale des **employés, techniciens et agents de maîtrise des travaux publics** (étendu par arrêté du 30 octobre 2019) met en place un délai de carence réduit égal à 20 % de la durée initiale du contrat, dans la limite de 10 jours calendaires, lorsque le CDD ou le contrat de mission est de plus de 1 mois. Lorsque la durée initiale est d'un mois ou moins, les délais de carence sont les délais légaux mais le décompte est réalisé en jours calendaires et non en jours d'ouverture de l'entreprise. Par ailleurs, le délai de carence n'est pas applicable à la succession de deux contrats conclus au motif de l'accroissement temporaire d'activité se succédant sur le même poste lorsque la durée initiale du contrat est supérieure à 1 mois. Enfin, la possibilité de renouveler le CDD ou le contrat de mission est portée à 4 renouvellements si la durée initiale du CDD ou du contrat de mission est de plus d'un mois. Ce renouvellement ne peut pas avoir pour effet de prolonger la durée du contrat au-delà de la durée légale.

**16. Ordre public : contrôle du respect des dispositions relatives à l'interdiction de pouvoir durablement un emploi permanent.** Pour le Conseil d'État<sup>5</sup>, un accord de branche étendu peut prévoir d'écarter l'application du délai de carence entre deux contrats précaires successifs dont l'un est conclu pour motif d'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise. Le Conseil d'Etat a été saisi d'une requête en annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté d'extension de l'accord national professionnel du 29 juin 2018 conclu dans le secteur de la métallurgie. Les articles 1.2 et 4.2 de cet accord collectif excluent, notamment sur l'application du délai de carence prévu par les articles L. 1244-3 et L. 1251-36 du Code du travail lorsque l'un des deux CDD ou contrats de travail temporaire successifs est conclu pour un motif d'accroissement temporaire d'activité de l'entreprise. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'« en vertu des articles L. 1244-4 et L. 1251-37 du Code du travail le législateur a entendu confier aux partenaires sociaux de la branche la faculté de prévoir les cas dans lesquels le délai de carence, prévu aux articles L. 1244-3 et L. 1251-36 du même Code, n'est pas applicable. Ainsi, que ce soit pour les contrats à durée déterminée ou pour les contrats de mission, un

---

5. CE, 19 mai 2021, n° 426825, FTM-CGT.

accord ou une convention de branche étendu est autorisé à fixer la liste des cas de recours aux contrats précaires pour lesquels le délai de carence ne trouve pas à s'appliquer ». Le Conseil souligne, toutefois, que cette faculté est soumise à la condition que les stipulations des accords ou conventions ainsi conclus ne portent pas préjudice aux dispositions, d'ordre public, des articles L. 1242-1 et L. 1251-5 du Code du travail relatives à l'interdiction de pourvoir durablement un emploi permanent. Or, l'accord du 29 juin 2018 rappelait lui-même que ses stipulations s'appliquent sans préjudice des dispositions des articles L. 1242-1 et L. 1251-5 du Code du travail ce dont il résulte, selon le Conseil d'Etat, que les stipulations de l'accord ne trouvent pas à s'appliquer en présence de situations relevant des dispositions d'ordre public.

**17. Dispositions supplétives.** À défaut, les dispositions antérieures restent applicables. Ainsi, le délai de carence ne sera pas applicable pour les cas de recours suivants (art. L. 1244-4-1 et L. 1251-36-1) :

- remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu, en cas de nouvelle absence du salarié remplacé ;
- exécution de travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité ;
- emploi saisonnier ou d'usage ;
- remplacement d'un chef d'entreprise ou d'un chef d'exploitation agricole ;
- contrat en vue de favoriser l'embauche de personnes sans emploi ou en vue d'assurer un complément de formation professionnelle ;
- rupture anticipée du CDD à l'initiative du salarié ;
- refus du renouvellement de son CDD par le salarié (l'exclusion des dispositions relatives au délai de carence ne vaut que pour la durée du contrat non renouvelé).

	Calcul du délai de carence	Principe du délai de carence
<b>Métallurgie</b>	¼ de la durée du contrat (appréciée en jours calendaires) Plafond à 21 jours	Ne s'applique pas à l'ATA
<b>Propreté</b>	Reprise des dispositions légales	Ne s'applique pas à l'ATA
<b>Import-Export</b>	Reprise des dispositions légales	Ne s'applique pas entre deux CDD différents portant sur le même poste, avec le même salarié ou un autre, lorsqu'un premier CDD au motif d'un ATA est succédé par un CDD au motif d'un remplacement d'un salarié absent
<b>Commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire</b>	NA	Suppression du délai de carence pour tous les CDD conclus au sein d'une entreprise de la branche
<b>Travaux publics</b>	Durée initiale > 1 mois : délai de carence réduit à 20 % de la durée initiale du contrat dans la limite de 10 jours calendaires Durée initiale ≤ 1 mois : délais légaux + le décompte est réalisé en jours calendaires	Ne s'applique pas à la succession de deux contrats conclus au motif de l'accroissement temporaire d'activité se succédant sur le même poste lorsque la durée initiale du contrat est supérieure à 1 mois

## §2. Transmission tardive du CDD ou contrat de mission

**18. Obligations.** Le CDD répond à des conditions de forme spéciales sur lesquelles les parties doivent être particulièrement vigilantes. Il doit notamment faire l'objet d'un écrit comportant des mentions obligatoires, précises et nombreuses (art. L. 1242-12). L'employeur souhaitant recourir au CDD doit ensuite transmettre au salarié recruté le contrat écrit dans un délai de 48 heures après l'embauche (art. L. 1245-1). Des obligations similaires sont prévues s'agissant du contrat de mission (art. L. 1251-40).

**19. Sanction.** Selon la Cour de cassation, la non-transmission du contrat dans le délai de deux jours équivalait à une absence d'écrit entraînant automatiquement requalification de la relation en CDI<sup>6</sup>. L'ordonnance est intervenue pour modifier les articles L. 1245-1 et L. 1251-40. Ils précisent, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, que la méconnaissance de l'obligation de transmission du contrat au salarié dans les deux jours ouvrables suivant l'embauche ou la mise à disposition du salarié ne saurait, à elle seule, entraîner la requalification en CDI. Elle ouvre uniquement droit, pour le salarié, à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être supérieure à un mois de salaire (art. L. 1245-1 et L. 1251-40).

**20. Application dans le temps.** Peut se poser la question de l'application dans le temps de la modification apportée par l'ordonnance : est-elle applicable aux contrats en cours ou uniquement aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance ? La solution n'était pas clairement posée par l'ordonnance. L'article 40 prévoit que l'article 4 était applicable « aux licenciements prononcés postérieurement à la publication de la présente ordonnance ». Or, une telle disposition s'applique difficilement aux modifications apportées au régime du CDD lesquelles ne portent pas sur le « licenciement ». La cour d'appel de Nîmes a jugé que les dispositions de l'article L. 1245-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance, ne sont pas applicables à un contrat signé avant son entrée en vigueur<sup>7</sup>. Cette solution est conforme au principe selon lequel « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur »<sup>8</sup>.

6. Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-28687.

7. CA Nîmes, 8 sept. 2020, n° 17/02973.

8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 2000, n° 08-20570.