N° 379677

**Confédération générale du travail
Force ouvrière**

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 8 juillet 2015

Lecture du 27 juillet 2015

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

L'actualité, y compris la plus récente, ne manque pas de nous rappeler à quel point le travail temporaire est devenu la variable d'ajustement des entreprises et la source d'une grande précarité pour les salariés qui en relèvent. C'est pour lutter contre cette situation, mais aussi pour permettre une forme de fidélisation des intérimaires les plus qualifiés, que l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 a invité les partenaires sociaux de la branche à mettre en place par voie d'accord collectif un contrat à durée indéterminée adapté aux spécificités de l'intérim, et à organiser en conséquence les conditions d'emploi et de rémunération des salariés qui en bénéficieraient. C'est chose faite depuis un accord du 10 juillet 2013, qui ambitionne modestement de permettre la conclusion de 20 000 CDI sur trois ans. Estimant, selon la formule consacrée, que « le compte n'y est pas », le syndicat CGT-FO travail temporaire vous demande d'annuler l'arrêté qui étend cet accord de branche. Vous pourrez admettre l'intervention de la fédération des employés et cadres FO.

Les moyens qui prétendent critiquer des vices propres de l'arrêté d'extension visent en réalité à remettre en cause la licéité de l'accord lui-même. Il n'y a ni incompétence, ni erreur de droit « autonome » du ministre à avoir étendu un accord collectif de cette nature. La requête ne présente donc à juger que les deux questions suivantes :

- d'une part, les partenaires sociaux étaient-ils compétents pour prévoir la conclusion de contrats à durée indéterminée dans la branche du travail temporaire ?
- d'autre part, ont-ils, ce faisant, méconnu la loi ?

Disons-le d'emblée : nous ne pensons pas que vous puissiez trancher vous-même cette double question et, à tout le moins, la première, dans le cadre tracé par votre jurisprudence de Section Fédération Sud Santé sociaux du 23 mars 2012 (n° 331805, au Rec.). Elle soulève en effet à nos yeux une difficulté sérieuse et s'agissant d'un accord collectif classique, qui n'est pas arguée de contrariété au droit de l'Union, seule une illicéité manifeste résultant d'une jurisprudence établie du juge judiciaire vous permettrait de prononcer une annulation en faisant l'économie d'une question préjudicielle. Or la jurisprudence judiciaire ne vous aidera guère.

Commençons par le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions relatives au travail temporaire. Contrairement à certains Etats membres de l'Union, comme les Pays-Bas, l'Italie, et surtout l'Allemagne, où le CDI a longtemps été obligatoire pour le travail intérimaire, la France a clairement fait le choix d'exclure toute relation de travail permanente entre l'intérimaire et l'entreprise de travail temporaire. L'article L. 1251-1 du code du travail prévoit ainsi que « chaque mission » donne lieu à la conclusion d'un « contrat de mission », qui est un contrat de travail entre le salarié temporaire et l'entreprise de travail temporaire, et d'un contrat de mise à disposition entre cette dernière et l'entreprise utilisatrice. Il résulte des articles L. 1251-11 et L. 1251-12 du même code que le contrat de mission est un contrat à durée déterminée : soit il comporte un terme précis, soit il prend fin lorsque l'objet pour lequel il a été conclu est réalisé ; et il ne peut excéder 18 mois, durée exceptionnellement portée à 36 mois dans le cas particulier de l'apprentissage¹.

Or l'accord litigieux vise au contraire à permettre la conclusion d'un CDI entre le travailleur et l'entreprise de travail temporaire, dans le cadre duquel la seconde continue à verser au premier une rémunération minorée dans les périodes d'intermission, le temps de lui assigner une nouvelle mission. Cet accord ne s'inscrit donc pas dans les prévisions de la loi.

On sait toutefois qu'en droit du travail, le principe dit de faveur, qui figure à l'article L. 2251-1 du code du travail, permet de se soustraire aux rigueurs de la hiérarchie des normes, dès lors que le régime institué par la norme inférieure est plus favorable au salarié, et ne heurte aucune règle d'ordre public.

Vous pourriez éventuellement prendre sur vous d'affirmer qu'un régime juridique dans lequel le salarié peut se voir proposer un CDI lui est plus favorable que celui dans lequel il doit nécessairement se contenter d'un CDD. La question est toutefois moins évidente qu'il y paraît. Outre que le droit du CDD est très protecteur, notamment pour ce qui concerne les causes de rupture anticipée, le salarié intérimaire en CDI est censé être à la disposition permanente de l'employeur. Il s'engage donc à accepter les missions qui lui sont confiées dès lors qu'elles remplissent certaines conditions, touchant à la nature et à la localisation de la mission, ainsi qu'à la rémunération : à cet égard, il doit accepter une baisse de rémunération du taux horaire pouvant aller jusqu'à 30 % par rapport à la rémunération perçue lors de la dernière mission. L'accord prévoit également que l'intérimaire en CDI est tenu d'accepter les formations professionnelles qui lui sont proposées. L'intérimaire classique, en CDD, est quant à lui libre d'accepter ou non une mission et de conclure en conséquence le contrat de mission, ou de vaquer à d'autres occupations. En outre, au cours des périodes d'intermission, l'intérimaire en CDI doit être joignable pendant les horaires d'ouverture de l'agence d'intérim et, le cas échéant, rejoindre l'entreprise utilisatrice dans laquelle il est affecté dans un délai d'une demi-journée au maximum. Ajoutons que, contrairement au CDD de mission, le CDI intérimaire peut comporter une période d'essai de 4 à 8 mois selon la catégorie professionnelle, et que le travailleur intérimaire en CDI ne peut prétendre au versement de

¹ On peut noter que l'état du droit n'a pas toujours été aussi clair. Tout en entérinant la logique du contrat de mission dégagé par la Cour de cassation, l'article 4 de la loi du 3 janvier 1972 envisageait en effet expressément des contrats de mission à durée indéterminée, au motif que la durée d'une mission ne pouvait pas nécessairement être déterminée à l'avance. Mais il s'agissait en réalité d'une formulation trompeuse, car le contrat ne pouvait en principe excéder la durée de la mission elle-même. La loi du 12 juillet 1990 a levé toute ambiguïté en consacrant le caractère intermittent de la relation de travail temporaire.

l'indemnité de fin de mission prévue par l'article L. 1251-32 au bénéfice du salarié temporaire qui ne se voit pas offrir immédiatement un CDI par l'entreprise utilisatrice à l'issue de sa mission².

Cela étant, il faut bien reconnaître que, dans l'ensemble, les avantages du CDI l'emportent assez nettement, ne serait-ce que dans les relations qu'un salarié peut entretenir avec une banque ou un propriétaire bailleur. Du reste, l'accord pose clairement la règle du « CDI choisi », c'est-à-dire qu'il ne peut être imposé par l'entreprise, en droit. Et en pratique, on imagine mal une entreprise de travail temporaire éconduire un salarié au motif qu'il préfère un CDD pour des raisons qui lui sont propres.

On peut davantage hésiter sur l'éventuelle méconnaissance d'une règle d'ordre public. Indiquons à titre liminaire que le périmètre des règles d'ordre public absolu en droit du travail est délicat à tracer. L'avis de l'Assemblée générale du 22 mars 1973 (n° 310108), qui sert usuellement de référence, y range « *les dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif* », ainsi que les « *principes fondamentaux énoncés dans la Constitution [et les] règles du droit interne ou — le cas échéant, international lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels* ». En l'occurrence, nous identifions deux points de friction potentiels.

En premier lieu, le travail temporaire est conçu comme une dérogation à l'interdiction de principe du prêt de main d'œuvre, selon les termes mêmes de l'article L. 8241-1 du code du travail. C'est ce caractère dérogatoire qui explique les extrêmes précautions prises par le législateur dans la définition de son régime juridique, qu'il s'agisse des cas de recours à l'intérim ou du contenu et de la vie du contrat de mission. La règle du CDD est un élément constitutif, presque identitaire, de ce régime. En témoignent le dispositif de l'indemnité de fin de mission, la limitation de la durée totale du CDD, renouvellement compris, qui est, hors apprentissage, inférieur de moitié à la durée maximale d'un CDD de droit commun ; ou encore le délai de carence que l'entreprise de travail temporaire doit en principe observer avant de recourir à un nouveau contrat de mission pour pourvoir un même poste. Tous ces éléments montrent que, dans l'esprit du législateur, le salarié temporaire a vocation à rejoindre définitivement l'entreprise utilisatrice ou à être recruté à titre permanent par une entreprise, et non à conserver toute sa carrière son statut de travailleur temporaire, « ballotté » de mission en mission. On ne peut donc exclure que la règle du CDD de mission participe d'un ordre public défini par le législateur, soucieux de cantonner le travail temporaire à une sphère étroitement circonscrite et subsidiaire.

La jurisprudence judiciaire confirme d'ailleurs que, en l'état des textes, le CDI est ontologiquement incompatible avec le travail temporaire. La Cour de cassation juge ainsi que, dans le cas où l'entreprise de travail temporaire ne respecte pas les formes prescrites pour la conclusion d'un contrat de mission, c'est-à-dire, pour reprendre ses termes, qu'elle n'a pas respecté « *les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main d'œuvre est interdite* »³, cette entreprise s'est placée « *hors du champ d'application du travail*

²² On notera que, en cas de requalification du contrat de mission en CDI, en raison d'une violation des formes légalement prescrites, l'indemnité de fin de mission reste acquise au salarié : Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-41967, au Bull.

³ Cass. soc., 13 avril 2005, n° 03-41967, au Bull. ; Cass. soc., 13 décembre 006, n° 05-44956, au Bull.

temporaire », de sorte qu'il y a lieu de requalifier le contrat de mission en CDI (Cass. soc., 7 mars 2000, n° 97-41463, au Bull. ; et le fichage de l'arrêt du 12 juin 2014, n° 13-16362, au Bull.)⁴. Nous comprenons que le travailleur en cause vient alors grossir les rangs des salariés permanents de l'entreprise de travail temporaire⁵, au même titre que les agents chargés de faire fonctionner les services propres de cette entreprise. Il n'est plus travailleur temporaire, et l'entreprise n'a alors d'autre choix que de le licencier, sauf à lui confier un emploi en interne. Sa situation est donc sans rapport avec celle de l'intérimaire à durée indéterminée telle qu'elle résulte de l'accord étendu.

Le second point de friction tient à ce que le droit du travail prescrit à l'employeur de fournir du travail à son salarié, qui se tient à sa disposition. Le premier ne saurait refuser au second la rémunération à laquelle il a normalement droit au prétexte qu'il n'est pas en mesure de l'occuper. Il y a certainement là l'expression d'une règle d'ordre public. Or si l'accord litigieux ne dispense pas l'entreprise de travail temporaire de trouver des missions pour ses salariés en CDI, il ne prévoit pas que la rémunération qu'ils percevaient au cours de leur dernière mission leur serait maintenue pendant la période d'intermission. Il se borne à instituer une « *garantie minimale mensuelle de rémunération* », qui doit être au moins égale au SMIC, et qui est majorée pour les catégories professionnelles plus qualifiées. Il peut en résulter une perte de salaire, pour une durée indéterminée puisque l'accord n'encadre pas la durée de la période d'intermission. L'accord trahit d'ailleurs une certaine gêne des partenaires sociaux, puisqu'il y est affirmé que les périodes d'intermission ne constituent pas du temps de travail effectif, mais qu'elles y sont tout de même « assimilées ».

A supposer que vous surmontiez ces objections, il vous faudrait aussi affirmer que les partenaires sociaux étaient compétents pour mettre en place un tel dispositif. Or pour des raisons largement analogues, nous nourrissons de sérieux doutes sur ce point. Certes, l'article L. 1221-2 du code du travail rappelle que le CDI est la « *forme normale et générale de la relation de travail* ». Mais, d'une part, l'accord ne conduit nullement à restaurer le principe du CDI : l'entreprise de travail temporaire reste entièrement libre de le proposer ou non, puisque l'accord est muet sur les cas de recours au CDI. Compte tenu des objectifs chiffrés avancés par l'accord, cette formule restera en réalité assez marginale. D'autre part, et surtout, le travail temporaire n'est pas lui-même une forme normale de relation de travail, si l'on peut dire. De même que l'interdiction de principe du prêt de main d'œuvre constitue assurément un principe fondamental du droit du travail, nous soupçonnons que la règle selon laquelle le travail temporaire s'inscrit dans une relation à durée déterminée entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire fait elle-même partie de ces principes.

Dans une affaire récente que vous connaissez bien, le Conseil constitutionnel a rappelé que le législateur avait méconnu l'article 34 de la Constitution en confiant à un accord collectif le soin d'organiser le portage salarial (n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014). De manière plus précise, il avait auparavant jugé 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*

⁴ De même, la répétition des missions au profit d'une même entreprise utilisatrice peut conduire à la requalification en CDI à la charge de cette dernière (Cass. soc., 3 juin 2015, n° 14-17705, au Bull.).

⁵ Ces derniers ont un « statut » propre, qui résulte notamment de l'accord national du 23 janvier 1986 relatif aux salariés permanents des entreprises de travail temporaire.

édicte en matière de droit du travail » (n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 ; n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004). Dans ce précédent, il a admis qu'un accord collectif précise les parts respectives du salaire et des autres éléments de la rémunération d'un salarié, « *dans les conditions et limites définies par le législateur* ». Antérieurement encore, il avait déjà jugé qu'au nombre des principes fondamentaux du droit du travail figure « *en principe* » la fixation des « seuils sociaux », sauf exceptions limitées (n° 96-383 DC du 6 novembre 1996).

En l'occurrence, si le régime mis en place par l'accord est, somme toute, le fruit assez naturel de l'acclimatation du CDI au contexte particulier du travail temporaire, il ne s'agit en rien de définir les modalités concrètes d'application de dispositions législatives. Les partenaires sociaux ont bâti de toutes pièces un régime nouveau, une chimère juridique, sans même avoir été invités par le législateur à déroger au principe du « CDD de mission ». Vous noterez d'ailleurs que le projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, actuellement en discussion à l'Assemblée nationale, prévoit en l'état d'autoriser le CDI en matière de travail temporaire, et en précise les principales caractéristiques.

Nous pensons que le caractère novateur de l'accord litigieux justifie pleinement que le juge judiciaire et, en premier lieu, le tribunal de grande instance de Paris, se prononce sur sa licéité, et nous vous proposons en conséquence de surseoir à statuer sur la présente requête à cette fin. **Tel est le sens de nos conclusions.**