

Le CDD d'usage : retour à la loi

Agnès Tricoire

Avocat au Barreau de Paris

En adoptant le 23 janvier dernier un retour au strict encadrement au CDD d'usage, la Cour de cassation a notamment tiré les conséquences de la directive 1999/70 venue encadrer le recours successif à des CDD, considérés comme une source d'abus potentiels, par le biais de dispositions protectrices minimales. Dès lors, il convient d'analyser l'incidence des nouvelles règles européennes sur la loi et la jurisprudence française concernant le CDD d'usage, ainsi que sur les accords collectifs conclus ou en cours de discussion dans le secteur de l'audiovisuel.

DEUX ÉVÉNEMENTS SONT VENUS MODIFIER LE PAYSAGE DES CDD dits d'usage. La Cour de cassation a très sensiblement modifié sa jurisprudence, en ce qui concerne la démonstration du fameux critère de l'usage constant (1). Ce faisant, la Cour a décidé de tirer toutes les conséquences de la directive 1999/70 du Conseil des Communautés européennes du 28 juin 1999 (2). Celle-ci, quoique n'ayant fait l'objet d'aucune transcription explicite dans la loi, a donné force obligatoire et contraignante à l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les organisations interprofessionnelles d'employeurs et de salariés.

L'accord-cadre, dans sa clause 5.1, exige des États membres qu'ils prennent des mesures destinées à « prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs », à savoir « l'une ou plusieurs des mesures suivantes :

- a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ;
- b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;
- c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail. »

L'article 2 de cette directive impose aux États membres, soit de modifier leur législation, soit de s'assurer à compter du 10 juillet 2001, que les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires pour se conformer à la directive.

La CJCE est venue enfin préciser que lorsqu'une juridiction interne est saisie d'une question de droit qui rentre dans le champ de l'application de la directive et de l'accord susvisé, « les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive » (4). L'arrêt poursuit en indiquant que les juridictions internes doivent interpréter le droit interne « à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause aux fins d'atteindre les résultats poursuivis par cette dernière, en privilégiant l'interprétation des règles nationales la plus conforme à cette finalité pour aboutir ainsi à une solution compatible avec les dispositions de ladite directive. »

La finalité de la directive est donc d'encadrer le recours successif à des contrats à durée déterminée, considérés comme une source d'abus potentiels, par le biais de dispositions protectrices minimales destinées à éviter la précarisation injustifiée de la situation des salariés. Il faut dès lors examiner son incidence sur le Code du travail français et sur son interprétation par les juges (I). D'autre part, l'incidence du droit européen ne se limite pas à l'interprétation de la loi. Les accords collectifs ne doivent pas contenir des dispositions contraires aux prescriptions européennes. Or les nouvelles conventions collectives conclues ou en cours de discussion dans le domaine culturel sont à cet égard problématiques (II).

1. Cass. soc. 23 janvier 2008, Blanc Jouvan (G.), « Retour au strict encadrement du CDD d'usage », *Légipresse* n° 251-III, p. 88.

2. JOUE. L. 175/43 du 10.7.1999.

3. En annexe de la directive, JOUE L. 175/45 du 10.7.1999.

4. Arrêt *Konstantinos Adeneler* CJCE 04/07/2006, JOUE. C212/2 du 02/09/2006, *Droit social*, n° 1 janvier 2007, note Christophe Vigneau.

I. L'INCIDENCE DES NOUVELLES RÈGLES EUROPÉENNES SUR LA LOI ET LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE CONCERNANT LE CDD D'USAGE

Comme le souligne Christophe Vigneau (5), « *les contrats obéissent à un régime dérogatoire permettant leur utilisation de manière très souple et systématique. Aucune limite de la durée et du nombre de renouvellement n'est prévue* », ce qui permet de discuter de leur conformité au droit européen. Force est de constater que les dispositions de l'article L. 132-3-10 2° du Code du travail ne sont pas conformes à la clause 5.1 de l'accord-cadre. Par ailleurs, la CJCE a donné des directives claires aux juridictions nationales, dont la Cour de cassation a tenu compte tout récemment à propos de la validité des fameux CDD d'usage.

A. Les dispositions de l'article L. 132-3-10 2° du Code du travail sont-elles conformes à la clause 5-1 de l'accord-cadre ?

L'article L. 132-3-10 2° qui permet la conclusion successive de CDD d'usage sans aucune limitation, est en contradiction avec la nécessaire limitation du nombre de renouvellement des CDD. Il ne prévoit, pour les CDD dits d'usage, ni durée maximale, ni limitation des renouvellements, ni raisons objectives au sens de la clause 5-1 précitée.

Or le renouvellement par le même employeur de cette forme contractuelle avec le même salarié permet de supposer que l'employeur, au moyen de cette forme de contrat précaire, pourvoit en réalité, non à une activité ponctuelle (ex : le tournage de film ou la production d'un spectacle vivant), mais à une activité permanente (ex : le tournage ou la diffusion d'émissions récurrentes, dites de flux). Il faut rappeler ici que le statut de l'intermittence a été invité pour le second type d'activité, et qu'il est utilisé abondamment pour le premier.

C'est la raison pour laquelle le renouvellement des CDD avec un même salarié était interprété comme l'indice d'une relation de travail à longue durée par la jurisprudence (6). Dans un arrêt du 24 juin 2003, pour des emplois situés hors secteur du CDD d'usage (la collecte et la gestion de paris dans les hippodromes), la Cour de cassation avait tiré du renouvellement systématique des contrats pendant plusieurs années pour des tâches identiques la preuve que les emplois étaient liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise (7).

On sait que l'article L. 132-3-10 2° CT fut, dans les dernières années, peu utilisé par les employeurs pour justifier du renouvellement des CDD d'usage dont les salariés revendiquaient la requalification en CDI. En effet, ils étaient satisfaits par le nouveau critère de l'usage constant, devenu par la force d'une interprétation erronée de l'article L. 122-1-1 3° du Code du travail, ce seul critère justifiant le CDD d'usage (8). Cet article est désormais en contradiction avec la législation européenne, puisqu'il prévoit dans son alinéa 3 que le renouvellement du CDD d'usage

n'entraîne pas, par exception à la règle posée à son alinéa 1^{er}, posée pour le CDD "normal", que le contrat se transforme en CDI.

Il faudrait donc que le législateur tire les conséquences des règles européennes. Dans cette attente, c'est fort logiquement que le juge français en limite l'application en imposant à l'employeur de justifier d'une raison objective pour le renouvellement des CDD, ainsi qu'en a décidé la CJCE dans son arrêt *Adeneler* qui mérite qu'on s'y attarde.

B. Les conditions de validité du CDD d'usage éclairées par le droit européen

L'arrêt *Adeneler* précité définit la notion de « *raisons objectives* » permettant le renouvellement des CDD comme « *l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice* » et rappelle que le recours à des contrats à durée déterminée successifs ne peut se justifier par la seule circonstance qu'il serait prévu par une disposition législative ou réglementaire.

1. Sur l'euro-compatibilité du droit français

Le CDD dit d'usage (article L. 122-1-1 3° du Code du travail) est un CDD doublement dérogatoire au droit commun :

- au CDI, d'une part, dont il constitue une exception, laquelle, dès lors, est d'interprétation stricte ;
- au CDD commun d'autre part : le CDD dit d'usage est l'exception de l'exception, qui offre à l'employeur des avantages exceptionnels dérogatoires aux règles applicables au CDD commun :
 - absence de prime de précarité normalement destinée à compenser la précarité inhérente au CDD (article L. 122-3-4),
 - possibilité de fixer le terme en fonction de la réalisation de l'objet du contrat (article L. 122-1-2 III),
 - renouvellement possible au-delà de 18 mois (article L. 122-3-10).

Cependant, ni l'article L. 122-1-1 3° ni l'article L. 122-3-10 ne déroge expressément à la double condition de l'article L. 122-1, valable pour tous les CDD, qu'ils soient ou non d'usage. L'article L. 122-1 prévoit en effet que le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Dès lors, un CDD ne peut être légal du seul fait que l'usage serait constant de ne pas recourir au CDI dans le secteur d'activité concerné, puisque la loi du 17 janvier 2002 exige que le CDD ne serve jamais à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et ce, « *quel que soit son motif* ».

La jurisprudence selon laquelle « *l'office du juge, saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit dans ce cas le recours au contrat à durée indéterminée, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat* » (9) n'aurait donc pas dû

5. Précité note précédente.

6. Soc., 21 février 2001, pourvoi n° 98-44.445 ; Soc., 21 mars 2000, *Bull.* n° 108. On notera que le code Litec 2007 ne mentionne ici qu'une décision de 1996 allant en sens contraire. Un oubli ?

7. Pourvoi n° K 00-42.766.

8. À partir des 4 arrêts du 26 novembre 2003, *Dr. soc.* p. 629, note Roy-Loustanau, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* n° 156, S2 p. 31, et n° 157 A12 note Cyrille Charbonneau, *RJS* 1/04 chron. Pierre Bailly et Agnès Tricoire, *LP*

n° 201, avril 2004, III, p. 43 et s., et « Les tribulations de l'usage constant », Agnès Tricoire, *LP* 223 juillet/août 2005, II, p. 81 et s.

9. 4 arrêts du 26 novembre 2003, précités. Voir note 8.

s'appliquer aux CDD depuis la loi du 17 janvier 2002, pour des contrats conclus postérieurement à cette loi. Malheureusement, la Cour de cassation a été aveugle à ces raisons jusqu'en 2007, et a affirmé avec une belle constance que le juge ne devait pas vérifier la conformité du CDD... à la loi, transformant l'usage (y compris l'usage illégal) en critère de légalité.

Cependant la démonstration de ce critère de l'usage constant avait, de façon assez amusante, été rendue si complexe par le juge, qu'il était devenu critère introuvable (10). Or le régime applicable au CDD d'usage, tel qu'il résulte des dispositions claires et précises du Code du travail, répond à la finalité de la directive du 28 juin 1999, à la condition d'être interprété de façon à respecter les conditions de la loi. En effet, l'article L. 122-1 al. 1^{er} du Code du travail s'oppose à l'utilisation du CDD pour « *pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ».

La loi exige des raisons objectives justifiant le renouvellement des CDD, énoncées par les articles L. 122-1 et L. 122-1-1 3^e du Code du travail :

1. le caractère temporaire de l'emploi dans l'entreprise ;
2. l'activité exceptionnelle (par opposition à l'activité normale) de l'entreprise ;
3. l'usage constant de ne pas recourir, dans ces conditions, à un CDI dans le secteur d'activité.

Ces trois conditions cumulatives auraient dû rendre moins aisée qu'elle ne l'a été, au moins sur le papier, et surtout dans la pratique, la justification du recours à ce type de contrat par l'employeur.

2. La fin de l'usage constant comme unique critère pléonastique de validité des CDD d'usage

Conformément au cumul des conditions posées par les articles L. 122-1-1 3^e et L. 122-1 du Code du travail, les juges du fond doivent :

- vérifier si l'usage constant est effectif, dans le secteur d'activité concerné, de ne pas recourir à un CDI en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois,
- et examiner l'objet et l'effet du CDD sur l'emploi, non pas dans le secteur d'activité concerné mais dans l'entreprise employeur, en fonction de l'activité normale et permanente de l'entreprise employeur.

Seul cet examen à double niveau, par secteur et par entreprise, permet de vérifier que le contrat de travail conclu correspond effectivement, dans le secteur de l'audiovisuel notamment, à un emploi intermittent.

La Cour de cassation a ainsi récemment confirmé à quatre reprises les requalifications de CDD d'usage en CDI prononcées par des cours d'appel au motif que l'employeur ne rapportait pas de preuve de l'existence d'un usage constant de recourir au CDD pour l'exercice des fonctions précisément exercées par le salarié. Ce fut notamment le cas pour une salariée engagée en qualité de présentateur et dont l'employeur ne rapportait pas la preuve qu'il existait un usage constant de recourir au CDD pour les fonctions d' « *analyse des informations de Météo France pour les présenter au téléspectateur* » (11), ou encore pour un salarié engagé en qualité de réalisateur dont les CDD

furent requalifiés en CDI au motif que l'existence d'un usage constant n'est pas établie pour les fonctions de réalisateur de bandes-annonces (12).

Mais en restant dans l'interprétation de ce seul critère de l'usage constant, le droit français répondait-il pour autant à la finalité de la directive européenne, qui requiert, pour éviter l'abus du recours au travail à durée déterminée, la preuve de raisons objectives (considérant 7) ou plus précisément de conditions objectives comme l'achèvement d'une tâche déterminée (clause 3.1) ?

Comment démontrer, pour la plupart des "permittents", que leur tâche est terminée, alors que l'employeur la confie à d'autres, quitte à, comme le font actuellement certains grands diffuseurs, diviser plus encore les tâches permanentes entre des salariés encore plus nombreux ?

Dans ces conditions, l'usage constant, comme seul critère de validité des CDD d'usage, avait pour conséquence, à raison de son caractère tautologique, d'autoriser la succession de CDD sans limitation de durée, en contradiction avec la finalité de la directive.

La 6^e chambre de la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 25 septembre 2007, a jugé la première que l'usage constant ne pouvait constituer une « *raison objective* » dès lors que « *la seule existence d'un usage constant est un état de fait dont la constatation n'implique nullement qu'elle soit justifiée par des éléments concrets autres que la force de l'habitude ou l'intérêt pour les employeurs de disposer d'une main d'œuvre précaire* » (13).

L'arrêt de principe du 23 janvier 2008 rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation (14) revient enfin à une analyse classique du CDD d'usage, que nous défendons depuis des années, et qui est exactement ce que l'Europe attend de ses États membres. La Cour de cassation procède en effet à une application combinée des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 du Code du travail et des clauses 1 et 5 de l'accord-cadre du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999. Au visa de ces textes, la chambre sociale décide que les juges du fond doivent, pour justifier la conclusion successive de contrats à durée déterminée, vérifier que le recours à ces contrats successifs est « *justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère temporaire de l'emploi* ». L'arrêt reprend ainsi la définition des raisons objectives donnée par l'arrêt *Adeneler*.

Il aura fallu une disposition européenne d'application impérative pour que la Cour de cassation retrouve le chemin des critères de l'article L. 122-1. Aussi, il est assez amusant que certains redécouvrent que la règle du contrat de travail est d'être à durée indéterminée, ce qui n'est d'ailleurs pas une présomption mais un principe et que la signature d'un contrat de travail violant la loi ne peut préjudicier au salarié (15).

La Cour de cassation va pourtant bien au-delà de ces évidences qu'elle n'a pas besoin de rappeler. Dans cette espèce, qui concernait un journaliste pigiste ayant travaillé pour trois émissions de télévision, elle constate qu'aucun élément concret n'établissait le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné. L'arrêt précise également que le caractère temporaire des programmes de télévision est impropre à établir le caractère temporaire de l'emploi.

10. Agnès Tricoire, précitée.

11. Soc., 30 mai 2007 pourvoi n° 06-40.552.

12. Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45093.

13. Inédit.

14. Pourvoi n° 06-43.040 ; *Légipresse* n°-251-III, p.88.

15. G. Blanc-Jouvan, précité.

Voilà donc des arguments qui sont souvent invoqués et dont on peut imaginer qu'ils le seront moins : un emploi temporaire n'est pas un emploi qui dure, et, comme la fleuriste qui fait des bouquets de roses sait aussi disposer les marguerites ou les jasmains, les techniciens, comme les journalistes, peuvent changer d'émission, ou de rubriques, car l'important, c'est de savoir son métier. C'est l'ensemble du management de ces secteurs qu'il va falloir repenser désormais, car les employeurs sont aujourd'hui exposés à de graves risques. On rappelle pour mémoire que le fait de recourir à un CDD de façon illégale est un délit pénal, et qu'un dirigeant de Canal + en a fait les frais en 2001. Dans un arrêt de principe, à propos d'une assistante de production, d'une secrétaire de production, de deux agents spécialisés et d'une journaliste spécialisée employés par Canal +, la chambre criminelle rappela que « même lorsqu'il est conclu dans l'un des secteurs d'activité visés par ces textes au nombre desquels figure l'audiovisuel, le CDD ne peut avoir d'autre objet que de pourvoir un emploi présentant par nature un caractère temporaire ». Elle cassa l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait relaxé l'employeur « sans préciser en quoi les emplois concernés présentaient par nature un caractère temporaire, et alors qu'elle avait constaté que le contrat de travail des salariés concernés avait été renouvelé pendant plusieurs années » (16). Cette jurisprudence redevient d'actualité.

Que pourra la négociation collective dans ce contexte renouvelé ?

II. LES NOUVELLES NORMES EUROPÉENNES, LE DROIT FRANÇAIS ET LA NÉGOCIATION COLLECTIVE

L'examen concret des fonctions occupées par les salariés étant indispensable tant en droit interne qu'en droit européen, un accord collectif peut-il constituer la preuve de l'existence de « raisons objectives » justifiant le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée ? Peut-il tenir lieu d'« élément concret tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice » ?

Le début de l'arrêt *Adelener* semble le suggérer, puisque la CJCE décide que la clause 5.1 de l'accord-cadre de 1999 « s'oppose à l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs qui serait justifiée par la seule circonstance qu'elle est prévue par une disposition légale ou réglementaire générale d'un État membre », et exige que « les raisons objectives » soient justifiées par « l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice. » Or un accord sectoriel pourrait faire état de ces éléments concrets.

Il faut cependant aller plus avant dans l'analyse de l'arrêt *Adelener*, car il sanctionne une réglementation nationale, en l'espèce grecque, qui « interdit d'une façon absolue, dans le seul le secteur public, de transformer en un CDI une succession de CDD qui, en fait, ont eu pour objet de couvrir des "besoins permanents et durables" de l'employeur et doivent être considérés comme abusifs » (17). On peut en déduire que l'activité retenue par la Haute Cour est celle de l'employeur, en l'espèce l'État, et non pas un secteur d'activité.

Dès lors, un accord sectoriel ne pourrait faire, à lui seul, la preuve, pour le secteur dans son intégralité, de la légitimité du recours aux CDD successifs sans possibilité pour le salarié de demander leur requalification en CDI. Bien au contraire, la mention de la succession des CDD dans un même secteur d'activité tendrait à démontrer, comme le relève ici la Cour pour un seul employeur, que la succession des CDD a en réalité pour fonction de couvrir un besoin permanent et durable des employeurs composant ce secteur d'activité. En d'autres termes, s'il est légitime que des accords collectifs indiquent les activités pour lesquelles un employeur peut, à raison d'activités spécifiques, comme celles du cinéma, ou du spectacle vivant, recourir à un CDD pour une tâche ponctuelle, ces accords ne sauraient violer la directive et la loi française, qui interdisent que l'on ait recours au CDD pour des tâches permanentes.

C'est à la lumière de ces observations qu'il convient de faire le point sur les accords collectifs dans le secteur de l'audiovisuel.

A. L'"accord Michel" peut-il justifier la succession de CDD ?

L'accord national interprofessionnel interbranche du 12 octobre 1998, dit "accord Michel", sur le recours au CDD d'usage dans le spectacle, applicable à l'audiovisuel et à la production cinématographique, a été étendu par arrêté du 15 janvier 1999. Le simple fait que les intitulés d'emplois figurent dans ses annexes a pu être considéré par la chambre sociale comme établissant l'usage constant (18). Moins d'un an après, par un revirement peu spectaculaire, la même chambre décidait à propos d'un réalisateur de bandes-annonces pour Canal +, que la cour d'appel avait eu raison de ne pas retenir que l'emploi du salarié était prévu par l'accord Michel. L'arrêt était fort peu motivé et sans visa (19).

La question nous semble devoir être réglée par une analyse de l'intégralité de cet accord. En effet, il précise dans son article 1.3 que la mention d'un secteur d'activité à l'article D. 121.2 du Code du travail ne fonde pas à elle seule, pour les entreprises de ce secteur, la légitimité du recours au CDD d'usage, que la succession de CDD d'usage d'un salarié avec le même employeur sur plusieurs années ou plusieurs saisons peut constituer un indice du caractère indéterminé de la durée de l'emploi, et que l'employeur ne peut imposer au salarié, pour ce qui est de la durée du contrat, une incertitude supérieure à celle qui pèse sur l'entreprise pour l'objet du contrat.

S'il dresse ensuite en annexe des listes de fonctions pour lesquelles les partenaires sociaux se sont accordés sur le fait que le CDD prévu à l'article L. 122-1-1 3° CT peut être légitime, cette possibilité doit être lue à la lumière de ce qui précède. Il est donc assez curieux que la Cour de cassation ait pu détacher artificiellement l'annexe du corps de ce texte, lequel préconise que le caractère temporaire de l'emploi précis de chaque contrat soit toujours vérifié. C'est pourquoi ses deux arrêts du 7 mars 2007 marquèrent un retour bien venu au bon sens (20) : les dispositions de l'accord Michel excluent « la possibilité d'un recours systématique et généralisé à ce type de contrat » et, dès lors, elles sont « insuffisantes à elles seules pour légitimer le recours à un contrat déterminé d'usage ». L'employeur doit

16. *Droit du travail*, fév. 2002, p. 9 n° 37 2^e esp, et *RJS* 3/02 n°270, p. 228.

17. Précité, dispositif 3).

18. 3 arrêts du 27 septembre 2006, P 04-45549, P 04-45550 et 04-479861, ce dernier pour une application combinée de l'accord Michel et de la convention

collective Audio Vidéo Informatique, interprétée dans le même sens.

19. Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45093.

20. Soc., 7 mars 2007 pourvois n° 06-41.601 et 06-41.602.

donc au cas par cas justifier de la raison objective pour laquelle il procède au renouvellement des CDD, l'accord Michel ne pouvant la constituer.

La 6^e chambre de la cour d'appel de Versailles a d'ailleurs soutenu ce raisonnement dans l'arrêt précité du 25 septembre 2007 : « *s'il est d'usage constant, dans le secteur de l'audiovisuel français, de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée pour certains emplois et quoique les conventions collectives autorisent les collaborations temporaires, la relation de travail (...) sera requalifiée en contrat à durée indéterminée (...) faute pour l'employeur de caractériser l'existence des "raisons objectives" et des éléments concrets pour lesquels il a eu recours à une succession de contrats à durée déterminée* ».

B. Les nouvelles conventions collectives et le CDD d'usage

La convention collective des entreprises techniques au service de la création et de l'événement (21) prévoit dans son article 4.3 que les employeurs pourront avoir recours au CDD pour des activités de conception, de fabrication de contenus, d'apparition à l'image ou au son d'œuvres ou de programmes sans préciser dans quelles conditions. Si elle limite ce recours, en excluant les emplois permanents, aux entreprises dont l'activité principale est le spectacle, l'audiovisuel et l'action culturelle, elle utilise comme critère de validité du CDD d'usage l'usage constant, ce qui tombe assez mal puisque ce critère, qui n'en était pas un, n'est plus. Mais elle va plus loin encore que n'était allée la Cour de cassation avant son récent revirement, puisqu'elle le définit comme un « *usage régulier, mais non obligatoirement permanent ou exclusif de tout autre* ». « *En conséquence* », affirme ce texte, « *il est admis qu'au sein d'un même secteur d'activité un emploi pourvu en CDI puisse également l'être en CDD d'usage* ».

On sait que la jurisprudence considérait majoritairement que la preuve rapportée par le salarié que l'emploi concerné pouvait être pourvu par un CDI suffisait à démontrer l'absence d'usage constant. Bien que la charge de la preuve de l'exception au CDI incombe à l'employeur, les décisions de la Cour de cassation entre 2003 et 2007 avaient conduit les salariés à prouver eux-mêmes l'absence d'usage constant. Ce texte conventionnel voudrait donc les priver de la possibilité de démontrer la nature pérenne de leur emploi ? Les employeurs de ce secteur ont tout intérêt à ne pas se fier au texte de l'accord, mais à celui du Code du travail.

De même les dispositions qui tentent de fixer des règles de requalification (article 4.3.3.) sont sujettes à caution, en ce qu'elles tendent à priver le salarié du recours juridictionnel, fixent un seuil d'heure pour le basculement du CDD et CDI, ne

comportent aucune règle de continuité en matière de rémunération et d'ancienneté, et comportent encore des règles applicables aux fins de collaborations de longue durée hors CDI, par avance condamnées par les syndicats européens dans l'accord-cadre de 1999 : la longue durée fait disparaître la raison objective qu'il y avait pu avoir, dans le meilleur des cas, de recourir à un CDD plutôt qu'à un CDI, et ces dispositions sont dès lors en contradiction avec les règles habituelles du licenciement qui prévaudront, comme elles ont prévalu sur les dispositions de même nature prévues dans l'accord Michel.

L'accord national de branche de la télédiffusion (22) affirme plus clairement que le CDI est la règle, et que le CDD d'usage doit être limité à l'exécution d'une tâche précise et temporaire. L'accord indique que les activités d'édition et de services de programmes audiovisuels permettent de recourir au CDD d'usage (article I.2) et éclaircit les conditions de ce recours, à savoir les incertitudes quant à la pérennité des activités ou leur caractère exceptionnel ou événementiel, ou le fait qu'elles requièrent des compétences techniques ou artistiques spécifiques. Les incertitudes constituent-elles des « *raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments établissant le caractère temporaire de l'emploi* » ? C'est bien plutôt à quoi sert le licenciement économique, de façon générale. On peut en douter, si le caractère objectif et concret de la raison doit être interprété comme la certitude du caractère temporaire de l'activité. On observera que l'incertitude est systématiquement invoquée par les employeurs dans ces secteurs, même quand ils sont producteurs d'une émission qui dure depuis plus de vingt ans, comme le fameux *Trente millions d'amis*.

Les dispositions concernant la fin de la collaboration longue durée (article 17) sont ici encore en contradiction avec les règles du licenciement et avec l'accord-cadre européen.

Enfin, la convention collective production audiovisuelle (hors audiovisuel public) du 13 décembre 2006, étendue par arrêté du 24 juillet 2007 comporte encore des dispositions sur la longue durée (article V. 2.4.) condamnables pour les mêmes motifs. Quant au champ d'application du CDD d'usage (article V. 2), il ne comporte pas de contradiction flagrante avec la loi ou avec la récente jurisprudence de la cour de cassation du 23 janvier 2008.

CONCLUSION

On voit qu'en cette espèce, les règles européennes sont pour les salariés un recours contre la précarité, et pour les employeurs source d'une clarification qui était devenue indispensable.

À avoir voulu transposer les règles de la création limitée dans le temps, celle d'un film, ou d'un spectacle, à leur activité quotidienne, les entreprises de production et de diffusion audiovisuelle ou de radiodiffusion ont aggravé la situation des salariés intermittents, les vrais ceux-là, dont le statut, grevé par des ponctions qu'il n'aurait jamais dû supporter, est aujourd'hui déficitaire.

C'est bien d'un choix de politique culturelle qu'il s'agit : la création, celle pour qui l'unique fait sens, celle qui a besoin de personnes singulières pour produire une œuvre singulière, n'a pas les mêmes besoins que la fabrication de produits communicationnels.

A. T.

MOTS-CLÉS

Statut professionnel, CDD d'usage, usage constant

RÉFÉRENCES LÉGIPRESSE

Tricoire (A.), « La requalification des contrats de travail dans l'audiovisuel - Les tribulations de l'usage constant », *LP* n° 223-II, p. 81 ; Blanc-Jouvan (G.), « Retour au strict encadrement du CDD d'usage », *LP* n° 251-III, p. 88.

21. Signée le 21 février 2008, pour une entrée en vigueur le 1^{er} août 2008.

22. Signé le 22 décembre 2006, étendu par arrêté du 5 juin 2007.