209-33 et 210-30

MOTS-CLÉS

Statut professionnel, contrat à durée déterminée, audiovisuel, requalification

CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION SUR LE RECOURS AUX CDD DITS "D'USAGE" DANS L'AUDIOVISUEL

Cour de cassation
(chambre sociale)

4 février 2004

Société nationale de télévision France 3
c/ Dolle et autres

Sur le moyen unique relevé d'office après accomplissement des formalités prévues à l'article 1015 du nouveau code de procédure civile :

Vu les articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 du code du travail ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, d'abord que dans les secteurs d'activité définis par décret, ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus, par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois, ensuite, que des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec le même salarié, enfin, que 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 ; que l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu ;

Attendu que M^{mes} Dolle, Gilman, Fernandez, Yahiaoui et M. Bouy ont été engagés, par la société France 3 en qualité de journaliste stagiaire ou de pigiste, puis de rédacteur reporter suivant divers contrats à durée déterminée d'un mois à raison de huit contrats par an en moyenne et affectés en dernier lieu à la rédaction du magazine Saga-Cités ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale aux fins de requalification de ces contrats en contrats à durée indéterminée et de diverses demandes ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que pour faire droit aux demandes de requalification des contrats en contrats à durée indéterminée, l'arrêt retient que l'article L. 122-1-1, 3°, du code du travail ne permet de recourir aux contrats à durée déterminée dans les secteurs où il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, que pour les seuls emplois ayant un caractère par nature temporaire ; que les dispositions de la Convention collective nationale de la communication et de la production audiovisuelles autorisant le recours à des contrats à durée déterminée d'usage n'ont pas valablement dérogé à ce texte ; que les intéressés, qui n'ont pas été embauchés pour une mission spécifique et temporaire, mais ont eu en charge pendant plusieurs années, après d'autres fonctions, la rédaction d'un magazine hebdomadaire d'information et de reportage, occupent un emploi relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise ; qu'en ce qui concerne M. Bouy, il a certes été engagé, pour l'émission Saga-Cités, mais seulement pour une durée de un mois, ce contrat étant par la suite régulièrement renouvelé pendant environ 4 ans et demi ; qu'en outre le contrat initial versé aux débats ne fait pas référence à l'article D. 121-2 du code du travail, qui vise le secteur de l'information parmi ceux dans lesquels un contrat de travail peut être conclu pour une durée déterminée afin de pourvoir un emploi pour lequel il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée ; que M. Bouy occupe ainsi également un emploi, relevant de l'activité normale de l'entreprise ; que par suite, la relation contractuelle de chacun des salariés doit être requalifiée en contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant par ce motif inopérant, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en ce qui concerne ces emplois, il était d'usage constant de ne pas recourir à des contrats à

durée indéterminée dans le secteur d'activité concerné, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal et sur le pourvoi incident formé par les salariés :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 juin 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

REMET, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Prés. rap. : M. Le Roux-Cocheril – Cons. : MM. Trédez, Blatman – Av. gén. : M. Duplat – Av. : SCP Gatineau ; SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez

Cour de cassation (chambre sociale)

26 novembre 2003

Société nationale de télévision France 2

c/ M. Mebtoul

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Vu les articles L. 122-1, L. 122-1-1, 3, L. 122-3-10 et D. 121-2 du code du travail ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes, d'abord, que dans les secteurs d'activité définis par décret, ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois, ensuite, que des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec le même salarié, enfin, que 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 ; que l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu ;

Attendu que sur proposition de l'association Connaître l'Islam, la Société nationale de télévision France 2 a confié à compter de janvier 1993 à M. Mohamed Mebtoul la réalisation et la production de l'émission religieuse diffusée sur la chaîne de télévision le dimanche matin conformément au cahier des charges ; que divers contrats à durée déterminée ont été souscrits portant l'indication de l'emploi de réalisateur TV, du nombre de jours travaillés par mois, du montant du cachet ; qu'au cours de l'année 1999 et après décision du ministère de l'intérieur, l'association Connaître l'Islam ayant été remplacée par l'association Vivre l'Islam, une nouvelle équipe a été mise en place par cette association et la société de télévision France 2 a mis fin au contrat à durée déterminée de M. Mebtoul en avril 1999 ; que M. Mebtoul a saisi la juridiction prud'homale pour demander la requalification de sa relation contractuelle en contrat à durée indéterminée et diverses indemnités au titre de la rupture ;

Attendu que pour faire droit à ses demandes, l'arrêt attaqué relève que si la Société de télévision France 2 fait partie d'un secteur d'activité où l'employeur peut recourir à des contrats à durée déterminée dits d'usage, encore faut-il qu'ils ne soient pas utilisés pour pourvoir des postes permanents de l'entreprise et qu'en l'espèce dans les obligations qui sont imposées à cette société nationale par son cahier des charges figure celle de diffuser chaque semaine des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France parmi lesquelles figure l'émission consacrée au culte musulman qui était réalisée par M. Mebtoul, que l'emploi de réalisateur attaché à cette émission permanente a nécessairement le même caractère d'autant plus que l'intéressé a occupé cet emploi pendant plus de six années de sorte qu'il relève de l'activité normale et permanente de l'entreprise et qu'il ne peut être pourvu que dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant par ce motif inopérant alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en ce qui concerne l'emploi de M. Mebtoul, il était d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans ce secteur d'activité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 mars 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

REMET, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Prés. : M. Sargos – Cons. rap. : M. Trédez – Cons. doyen : M. Boubli – Cons. : MM. Le Roux-Cocheril, Finance, Texier, Chagny, Bouret, Cœuret, Bailly, Blatman – Av. gén. : M. Allix – Av. : SCP Gatineau

La requalification des contrats de travail dans l'audiovisuel De l'inconstance ou de l'inconsistance de l'usage constant

PAR QUATRE ARRÊTS du 26 novembre 2003 et un arrêt du 4 février 2004, rendus au visa des articles L. 122-1, L. 122-1-1, 3°, L. 122-3-10 et D. 121-2 du code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation cherche manifestement à changer les critères permettant le recours au CDD dit d'usage (1). On sait que le recours au CDD d'usage est permis par l'article D. 121-2 dans certains secteurs, dont l'audiovisuel. L'un des arrêts du 26 novembre concerne un intermittent réalisateur ayant travaillé plusieurs années consécutives à France 2.

La Cour commence par un rappel classique de la combinaison de ces textes, de l'article L. 122-1-1 3° : « dans les secteurs d'activité définis par décret, ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de ces emplois » et de l'article L. 122-3-10 : « des contrats à durée déterminée successifs peuvent être conclus avec le même salarié ». Jusque-là, rien de très nouveau. Mais en ajoutant « que 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 ; que l'existence de l'usage doit être vérifiée au niveau du secteur d'activité défini par l'article D. 121-2 du code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu », la Cour semble imposer l'usage constant comme seul critère de validité du CDD.

Ainsi, en apparence contradiction avec ses arrêts précédents, la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir vérifié si les CDD étaient utilisés pour pourvoir des

postes permanents de l'entreprise, qualifiant cette recherche de « motif inopérant ». Le travail de la cour d'appel aurait dû être « de rechercher si, en ce qui concerne l'emploi de M. X., il était d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans ce secteur d'activité ». Ainsi, « la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Pour apprécier la portée de ces arrêts (II), qui ont fait l'objet d'interprétations radicalement divergentes (2), il faut les confronter avec le code du travail et avec les exigences antérieures de la même chambre sociale (I).

I - Le CDD d'usage et les impératifs légaux selon la jurisprudence antérieure

Depuis la loi du 12 juillet 1990, aux termes des articles L. 122-1 et suivants du code du travail, le contrat à durée déterminée est une exception au CDI. Les exceptions s'analysent restrictivement, puisqu'elles dérogent à une règle plus protectrice, elles sont assujetties pour leur validité à un certain nombre d'impératifs formels précis (A). Si l'une des conditions formelles du CDD n'est pas remplie, le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée (L. 122-3-1 alinéa 1) et il doit être requalifié (article L. 122-3-13) : la durée du contrat redevient celle de la règle, c'est-à-dire celle du CDI, et le recours illégal au CDD est sanctionné. Le CDD d'usage est lui-même une exception au CDD, strictement encadré par la loi (B) et la jurisprudence (C).

A. Les règles du CDD

Le CDD doit remplir un certain nombre de conditions formelles pour être valable (L. 122-1-2 I et L. 122-3-1) :
– être établi par écrit ;
– être signé préalablement à son exécution ;
– comporter un terme précis fixé dès sa conclusion ;

– comporter la définition précise de son motif ;
– être transmis au salarié dans les deux jours suivant l'embauche au plus tard.

L'article L. 122-1 dispose que le CDD, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. L'alinéa 2 de l'article L. 122-1 précise que, sous réserve des dispositions de l'article L. 122-2 (lequel prévoit que le CDD peut être utilisé comme dispositif d'aide à l'emploi ou à la formation), le CDD ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas prévus à l'article L. 122-1-1.

C'est précisément l'alinéa 2 de l'article L. 122-1 que la Cour de cassation, dans l'arrêt du 26 novembre 2003, semblerait, selon l'interprétation d'un conseiller à la chambre sociale (3), décider de ne plus appliquer au CDD d'usage alors que rien, on va le voir, ne permet, dans les dispositions régissant spécifiquement le contrat d'usage, de les exclure.

B. Les règles légales du CDD dit d'usage

L'article L. 122-1-1 3° permet d'avoir recours au CDD « pour les emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activités définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ».

Si le secteur de l'audiovisuel figure bien dans la liste du décret en question, l'article L. 122-1-1 3° ne permet le recours au CDD dans ce secteur d'activités qu'à une condition factuelle, celle de l'usage constant du non recours au CDI pour l'emploi concerné. Cet usage constant est

1. Les cahiers sociaux du barreau de Paris n° 156, S2, p. 31 et n° 157, A12, note Cyrille Charbonneau ; Soc., 4 février 2004, chron. Pierre Bailly, *RJS* 01/04, inédit.

2. *Ibidem*.

3. Pierre Bailly, précité.

doublément soumis à une condition négative, ne pas pouvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et une condition positive, tâche précise et temporaire, rappel de la condition imposée par l'article L. 122-1 (4). Le CDD d'usage, qu'il faudrait désormais appeler le CDD "d'usage constant", est donc l'exception de l'exception, offrant à l'employeur des avantages 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), absence possible de terme (article L. 122-1-2 III) et renouvellement possible au-delà de 18 mois (L. 122-3-10). Pour autant, ce dernier article, qui permet la succession des contrats dans le temps, ne déroge pas expressément à la double condition de l'article L. 122-1 : l'emploi ainsi renouvelé ne doit pas pouvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise et doit être conclu pour une tâche précise et temporaire.

Or l'usage constant n'a jamais, jusque-là, été considéré comme une condition de validité du CDD d'usage par la jurisprudence. Au contraire, il représentait une circonstance factuelle ouvrant la boîte de Pandore de ces avantages exorbitants pour l'employeur et d'un régime de protection spécifique pour les intermittents dans le secteur de l'audiovisuel, système compensateur, au moins jusqu'à sa réforme récente, de la précarité pour les salariés de ce secteur. Et rien, dans l'article L. 122-1-1 3°, ne permet de décider que la démonstration de l'usage constant remplacerait ou exonérerait la démonstration de la double condition posée par l'article L. 122-1. Bien au contraire, l'article L. 122-1-1 3° précise que l'usage constant de ne pas recourir au CDI n'est admis que pour cette « raison », c'est-à-dire « en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ».

Afin de lutter contre l'habitude prise par les employeurs d'avoir recours au contrat à durée déterminée « au simple motif de l'appartenance à un secteur d'activité mentionné à l'article D. 121-2 du code du travail

sans que pour autant l'emploi ait un caractère temporaire », le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation a, d'ailleurs, dans une circulaire en date du 2 avril 1999, rappelé la nécessité d'une « définition précise de son motif », à savoir non pas l'indication du cas de recours, mais toutes précisions permettant d'apprécier la réalité du motif (circ. DRT n° 99-4, 2 avril 1999).

Enfin, depuis la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, qui a modifié l'article L. 122-1 en ajoutant « quel que soit son motif », le motif indiqué au contrat est définitivement inopérant pour justifier du caractère temporaire ou non du contrat : les juges du fond doivent donc examiner la réalité de la nature de l'emploi, indépendamment de la qualification donnée par l'employeur.

C. Les applications jurisprudentielles

Jusqu'aux arrêts commentés, la jurisprudence de la chambre sociale et celle de la chambre criminelle étaient harmonieuses. Ces jurisprudences convergeaient vers la vérification du caractère temporaire de l'emploi (1) et se sont confrontées plus récemment au problème de la proposition de CDI par l'employeur d'intermittents (2).

1. La vérification du caractère temporaire de l'emploi

La Cour de cassation invite donc les juges à vérifier de façon concrète et pratique la réalité du caractère temporaire de l'emploi, pour justifier le recours au CDD d'usage, et à ne pas se contenter du libellé des contrats. Il a ainsi été jugé :

– que le fait que le recours au contrat à durée déterminée dans le secteur audiovisuel soit autorisé par décret (article D. 121-2 du code du travail) ne suffit pas à justifier, pour tous les emplois de ce secteur, le recours au contrat à durée déterminée d'usage, – que les deux conditions de la nature de l'activité et le caractère tempo-

raire de l'emploi sont des conditions cumulatives, que « le caractère artistique d'une activité ne peut impliquer le recours obligatoire au contrat à durée déterminée », et que la collaboration continue à une émission ne comportant pas de terme est un fait dont on peut déduire la durée indéterminée du contrat (5) ;

– que lorsque le salarié a été employé par des CDD successifs pendant plusieurs années, la cour d'appel doit préciser en quoi l'emploi du salarié présente un caractère temporaire et elle ne peut se contenter de relever le caractère temporaire des émissions pour lesquelles le salarié avait travaillé en le déduisant de la référence, pour chaque contrat, à la durée des grilles de programmes (6) ;

– que la répétition de missions semblables pendant plusieurs années ne suffit pas à caractériser la nature permanente de l'emploi et que les engagements successifs peuvent être conclus pour des tâches différentes, dont chacune peut être précise et déterminée (7) ;

– qu'une convention collective ne peut être contraire à la règle de la subsidiarité du CDD en matière audiovisuelle (cf. *infra*) ;

– qu'un animateur radio, qui « n'avait pas été chargé d'une mission spécifique et temporaire mais avait assuré sans interruption pendant trois ans, sur une tranche horaire déterminée, toutes les émissions de la chaîne de radio [...], avait occupé un emploi relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise » (8).

La chambre criminelle en a également décidé ainsi le 27 novembre 2001, invitant les juges du fond à examiner le caractère permanent ou temporaire de l'emploi en tenant compte de la succession des contrats (9). Dans un arrêt de principe rendu au visa des articles L. 122-1-1, L. 122-1-12 et D. 121-2 du code du travail, à propos d'une assistante de production, d'une secrétaire de production, de deux agents spécialisés et d'une journaliste spécialisée, la Cour rappelle que « même lorsqu'il

4. V. C. Charbonneau, précité.

5. Soc., 10 avril 1991, Genevoix c/ TF1, *Bull. soc.*, p. 107 ; *RJS* 6/91 n° 688.

6. Soc., 10 oct. 1995, *RJS* 1995, n° 1119, Rabourdin c/ France 2.

7. Soc., 12 mars 1996, *Dr. Trav.*, 1996 n° 5, p. 10 § 207.

8. Soc., 21 mars 2000, *Bull. soc.*, n° 108.

9. Crim., 27 novembre 2001, voir *infra*.

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 casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait relaxé l'employeur « sans préciser en quoi les emplois concernés présenteraient 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 » (10). Pour la chambre criminelle, l'article L. 122-1-1 n'est donc pas une exception de l'article L. 122-1.

La même décision était rendue en 2001 par la chambre sociale pour un producteur de Radio France ayant 13 ans d'ancienneté (11). Enfin, en 2002, la chambre sociale allait jusqu'à requalifier des contrats de comédiens de série télévisuelle, alors que le CDD ne semble pas, au regard des exigences légales, incompatible avec la nature d'un tel emploi, tant il est difficile d'imaginer qu'en vertu des contrats de travail des interprètes, les auteurs de l'œuvre auraient l'obligation de faire exister les mêmes personnages *ad vitam* (12). En l'espèce, si des comédiens sont maintenus pendant des années dans des liens d'exclusivité avec leur producteur et employés de façon seulement intermittente, c'est peut-être sur le terrain de cette immobilité forcée et non rémunérée et de la promesse d'embauche non suivie d'effet que pourrait se situer la contestation de leurs contrats.

2. Le problème du passage au CDI est souvent invoqué comme argument par l'employeur contre le salarié en CDD

Quand l'employeur propose spontanément un CDI à un intermittent, il fait là la démonstration de l'illégalité des CDD qu'il a précédemment conclus avec le salarié et la jurisprudence devrait en tenir compte. Or, très souvent, dans ces hypothèses, lorsque le salarié n'a pas accepté le CDI qui lui était proposé, l'employeur prétend que le salarié perdrait *ipso facto* son droit à requalification.

La chambre sociale a été amenée, par deux arrêts de décembre 2001, à trancher deux espèces dans un sens défavorable au salarié, écartant la requalification au motif, pour le premier, que l'emploi de chargé de production, pour une émission soumise à l'aléa d'accords à durée limitée passés entre le producteur et la chaîne de télévision était temporaire, alors que le producteur avait proposé au salarié à l'issue de ces CDD un CDI de chargé commercial (13). Dans la deuxième affaire, la chambre sociale (14), sous la même présidence que les arrêts du 26 novembre 2003, approuvait la cour d'appel de Paris d'avoir vérifié la nature temporaire de l'emploi d'un réalisateur ayant travaillé pour Arte pendant six ans, et dans un motif non publié pour manque d'intérêt au bulletin civil, écartait la requalification, le salarié ayant réclamé un poste temporaire et refusé un CDI. Or le caractère temporaire ou non de l'emploi ne peut dépendre de la volonté du salarié, quand bien même celui-ci se tromperait dans ses revendications : c'est à l'employeur de passer avec lui un contrat conforme aux prescriptions légales et à la nature de l'emploi proposé. Et quand l'employeur propose un CDI au salarié qu'il a précédemment employé dans le cadre de l'intermittence, ne fait-il pas la démonstration qu'il a, en raison de la nature de l'activité de son entreprise, le moyen de ne pas recourir au CDD, lequel doit rester l'exception ?

II - Les futures tribulations de l'usage constant

Désormais, semble dire la Cour de cassation, le critère de l'usage constant, critère circonstanciel, factuel, dont on ne sait s'il serait susceptible d'évaluation, deviendrait la seule condition de la validité du recours au CDD. En effet, les arrêts commentés semblent interdire, dans un premier temps, aux juges du fond, de vérifier *in concreto* si la condition du recours au CDD posée par l'article L. 122-1 est remplie, à savoir d'une part, la nature de l'ac-

tivité de l'entreprise, critère totalement occulté et évincé dans cet arrêt, d'autre part, le caractère temporaire de l'emploi pour lequel le CDD a été conclu. Mais cette interprétation des arrêts commentés ne résiste pas à l'examen car elle serait d'une part irréaliste, d'autre part, contraire à la lettre de l'article L. 122-1-1 3°.

A. L'usage constant, critère impossible à démontrer

Si l'usage constant est une condition de validité du CDD, comment le démontrer et à qui incombe la charge de la preuve ? S'il est constant, c'est donc, dit *Le Robert*, et qu'il nous soit pardonné de ne pas retenir le sens moral et littéraire du mot, qu'il doit « *persister en l'état où il se trouve* », c'est-à-dire « *continuuel, durable, permanent, persistant, invariable* » et dans une acception plus rare, « *certain* ». S'il doit certainement être certain, puisque démontrable, l'usage n'en doit pas moins être constant.

Si l'emploi concerné est pourvu, dans le secteur d'activité, par un seul CDI, l'usage est donc inconstant ? Pour l'employeur, à qui incombe la charge de démontrer qu'il remplit bien les conditions exceptionnelles validant son recours au CDD, n'est-ce pas une quadrature du cercle que de prouver aux juges que l'usage est bien constant et non pas volage ?

S'ils doivent d'abord vérifier ce qu'il en est de l'usage constant, dans le secteur d'activité concerné, de ne pas recourir au CDI, la difficulté de la preuve négative risque d'aboutir à la disparition pure et simple du recours aux CDD d'usage par les employeurs, seuls les CDD non dérogoires relevant du régime de l'article L. 122-1 étant admis. N'est-ce pas la raison pour laquelle les juges, dans leur infinie sagesse, n'avaient jusqu'à ce jour pas fait de cette exigence légale une condition de validité unique du contrat, mais l'avait traitée avec une indifférence polie ? Quant au salarié, comment pourrait-il démontrer l'absence d'usage

10. Droit du travail, fév. 2002, p. 9, n° 37, 2^e esp. ; *RJS* 3 février n° 270, p. 228.

11. Soc., 27 février 2001, 98-44.445, *LP* [181-42]

12. Soc., 6 mai 2002, 00-44.420 et 00-44.421.

13. Soc., 5 décembre 2001, *RJS* 3 :02, p. 228, n° 270

14. Soc., 11 décembre 2001, *Travail et protection sociale*, février 2002, p. 9.

constant, alors que le salarié a difficilement accès aux contrats des autres salariés d'un secteur, contrairement à l'employeur ?

Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le procès doit être équitable. Si le renversement de la preuve est impossible, car dépendant d'éléments de preuves auxquels seul l'employeur a accès, comme les contrats de travail des autres salariés, le procès ne deviendrait-il pas, *ipso facto*, inéquitable ? Le critère de l'usage constant semble donc, comme tel, inapplicable.

B. L'usage constant doit rester soumis à la double condition de l'article L. 122-1 du code du travail

Le législateur de 1990 avait assorti la démonstration de l'usage constant à la règle générale de la double condition, l'une négative, l'autre positive, de validité des CDD posée par l'article L. 122-1. Si l'article L. 122-1-1 3° rappelle expressément cette double condition, c'est bien pour y soumettre l'usage constant et ce rappel ne peut avoir d'autre objet que d'exclure, précisément et expressément, toute dérogation. On peut même affirmer que, si l'article L. 122-1-1 3° n'avait pas rappelé que le CDD ne peut avoir pour effet de pourvoir durablement un emploi permanent correspondant à l'activité normale de l'entreprise, dès lors que la règle posée à l'article L. 122-1 n'était pas expressément écartée, celle-ci devait s'appliquer, les exceptions étant d'interprétation stricte. Cette double condition est encore rappelée dans le décret d'application qui a donné une liste non exhaustive des secteurs d'activité fixés par le gouvernement (article D. 121-2 du code du travail).

En conséquence, la Cour de cassation, dans les deux arrêts commentés, en reprochant à la cour d'appel de Paris de n'avoir pas recherché la preuve de l'usage constant, fait une application de l'article L. 122-1-1 3° qui ne pourra rester réductrice qu'en apparence et devra être complétée par une seconde lecture. Jusque-là, la même chambre sociale demandait

aux juges du fond de vérifier en premier et seul lieu le caractère temporaire ou permanent de l'emploi. Cette vérification doit être maintenue, une fois que l'employeur aura triomphé dans la démonstration de l'usage constant. Laquelle démonstration ne sera pas facilitée, contrairement à ce que semblent supposer les arrêts commentés, par le fruit des négociations collectives.

C. Les accords et conventions applicables dans l'audiovisuel et l'usage constant

On sait qu'un accord ou une convention collective ne peut contenir des dispositions plus défavorables pour le salarié que la loi (article L. 132-4). Le rôle de la convention collective ou de l'accord collectif étendu, tel que fixé par l'article L. 121-1-1 3°, est de définir les secteurs d'activités qui n'auraient pas été prévus par décret, dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI sous la double condition rappelée plus haut. En aucun cas, cet article ne permet que la convention collective ou l'accord collectif étendu, détermine les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI, ni *a fortiori*, de faire l'économie pour ces emplois de la double condition de l'article L. 122-1.

Pour le même secteur audiovisuel, selon qu'il est privé ou public, les négociations collectives ont porté des fruits différents. C'est d'abord la convention applicable à l'audiovisuel public, visée dans le premier arrêt commenté, qui sera examinée. Nous verrons que l'accord interbranche applicable au secteur de l'audiovisuel privé est beaucoup plus protecteur du salarié et respectueux des conditions légales du CDD. Cette différence de traitement devrait militer pour le principe toujours appliqué par la chambre sociale jusqu'au 4 février 2004 selon lequel, face à cette inégalité des salariés selon les rapports de forces syndicaux, la loi doit rester la référence du point de vue des droits du salarié, et la négociation ne peut que l'améliorer.

1. La convention collective nationale de la communication et de la production audiovisuelles applicable à l'audiovisuel public semble décider *a priori* de déroger aux dispositions de l'article L. 122-1-1 3° en énumérant les fonctions pour lesquelles il sera recouru à des CDD d'usage. Mais la Cour de cassation, dès 1997, a refusé que ces dispositions dérogent valablement à l'article L. 122-1-1 3° qui ne permet de recourir au CDD que pour les emplois ayant un caractère par nature temporaire (15). Elle a confirmé sa jurisprudence le 18 avril 2000, retenant que les emplois visés par la disposition L. 1-2-2 de cette convention doivent dans tous les cas avoir un caractère par nature temporaire (16).

En décidant (17) le 4 février dernier, à propos de la requalification de CDD de journalistes ayant travaillé à France 3, que « *l'office du juge [...] 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* », la Cour de cassation se prépare-t-elle à revenir sur cette jurisprudence ? On peut l'imaginer, même si la formule utilisée par la Cour est complexe.

En effet, dans cet arrêt, la Cour juge « *inopérant* » le motif de la cour d'appel qui avait rappelé que la convention collective ayant autorisé le recours au CDD d'usage ne pouvait déroger à l'article L. 122-1-1 3. D'autre part, dans son motif de principe, la Cour de cassation évoque le cas d'une convention collective qui prévoirait le recours au CDI pour l'emploi concerné. Ce faisant, elle inverse la proposition de l'article L. 122-1-1 3° qui permet aux négociations collectives de définir des secteurs d'activités, et non pas des emplois, pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI, et non pas d'y recourir. Or point n'est besoin d'une convention collective pour définir le secteur d'ac-

15. Soc., 17 déc. 1997, *Les cahiers sociaux du barreau de Paris*, n° 98, A17.

16. Soc., 18 avril 2000, jurisprudence sociale, Lamy, 6 juin 2000, n° 58.

17. Soc., 4 février 2004, précité.

tivité applicable en l'espèce, qu'il s'agisse de l'information ou de l'audiovisuel, puisque tous deux sont visés à l'article D. 121-2. Donc quelle pourrait être la raison de la substitution entre secteur et emploi, si tant est que cette substitution soit permise par la loi ?

La Cour laisse-t-elle entendre que l'usage constant de ne pas recourir au CDI pourrait être défini par convention collective, ce qui n'a jamais été jugé jusqu'alors, et ce que la loi ne prévoit pas ? Elle ne pourra, en tout état de cause, pousser plus loin le raisonnement et affirmer que la convention collective pourrait, fixant l'usage constant, être dérogatoire à la règle de la légalité du CDD fixée par l'article L. 122-1, car elle contreviendrait assurément aux dispositions de l'article L. 132-4.

2. Les salariés du secteur audiovisuel privé sont mieux protégés que ceux de l'audiovisuel public. L'accord interbranche du 12 octobre 1998 sur le recours au CDD d'usage dans le spectacle, applicable à l'audiovisuel et à la production cinématographique et étendu en 1999, ne présente pas la même difficulté.

Il précise d'emblée (1.3) que les partenaires entendent tenir compte de la jurisprudence de la Cour de cassation et en tire notamment comme conséquences 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 et 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. Puis l'accord précise que les employeurs doivent faire figurer sur le contrat l'objet particulier de celui-ci, et justifier du caractère temporaire de cet objet, en indiquant son terme, par une date ou l'intervention d'un fait déterminé (3.3). L'article 3.4 prévoit un système d'indemnité et de préavis pour les collaborations de longue durée (au moins trois ans et durée cumulée de 70 %), en cas de non-renouvellement des contrats, et précise : « *Les dispositions du présent article 3.4 ne peuvent avoir pour effet de rendre légitime un CDD qui ne respecterait pas l'ensemble des dispositions du présent accord et notamment le 3.3* ». Il dresse ensuite des listes de

fonctions pour lesquelles le CDD d'usage peut être légitime, cette possibilité devant être lue à la lumière de ce qui précède.

Cet accord démontre donc à lui seul qu'il n'existe pas d'usage constant de recourir au CDI pour les emplois concernés, le caractère temporaire de l'emploi précis de chaque contrat devant toujours être vérifié.

En conclusion, si la matière est complexe, ces arrêts, loin d'éclairer les praticiens et les juges du fond, semblent rendre délibérément confuses les règles de la requalification, en déplaçant les critères et en affirmant que le motif principalement utilisé par la Cour de cassation jusqu'alors est « *inopérant* », alors que la loi exige pourtant qu'il le soit. Ce n'est pas à la Cour de cassation de changer la loi mais au législateur. Et l'on ne peut qu'espérer un arrêt d'Assemblée plénière pour le rappeler à la chambre sociale.

Agnès Tricoire

Avocat au Barreau de Paris