

CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE – Contrats d'usage – Exclusion des emplois liés à l'activité normale et permanente (oui) (trois espèces) – Caractère illégal de l'usage contraire (troisième espèce).

Première espèce : COUR D'APPEL DE PARIS (22^e Ch. A) 18 février 2004

A. contre Radio France

M. A., engagé par contrat à durée déterminée d'une année du 24 mars 1988 comme responsable de la radio locale "Radio France Creuse" conformément aux dispositions de la convention collective de la communication et de la production audiovisuelle et de son protocole n° 5, a vu ce contrat renouvelé pour un an le 29 mars 1989 jusqu'au 30 septembre 1990.

Le 10 octobre 1990, il a signé un troisième contrat à durée déterminée d'une année comme responsable de la radio locale Radio France Bordeaux Gironde prenant effet le 15 octobre 1990 et conclu jusqu'au 14 avril 1992.

Par la suite, il a continué à occuper les mêmes fonctions, en signant une succession de cinq contrats à durée déterminée pour une durée de dix-huit mois, le dernier daté du 27 mai 1998 venant à échéance le 31 décembre 1999.

Il a continué à exercer les mêmes fonctions sans signer de nouveau contrat à durée déterminée, ni avenant.

Par courrier du 26 juin 2001, M. A. a été informé "qu'eu égard à la nature indéterminée de son contrat de travail", il était convoqué le 3 juillet 2001 à un entretien préalable à une éventuelle mesure de licenciement.

Il a été licencié par un courrier du 5 juillet 2001 ainsi motivé :

« Régulièrement les résultats d'audience de chaque station locale sont examinés et analysés conjointement par le service central de la direction générale adjointe aux antennes locales et à l'action régionale et le directeur de la station concernée.

Ainsi alors que pour votre station, le taux d'audience cumulée s'établissait en 1996/1997 à 7,5 % et à 6 % en 1997/1998, il est tombé à 5 % en 1998/1999 pour stagner à 5, 1 % en 1999/2000, avec une baisse encore plus significative sur l'agglomération bordelaise, dont le taux d'audience cumulée, établi à 7,2 % en 1996/1997, est passé à 4,1 % en 1999/2000.

Cette baisse a donc été examinée et analysée conjointement par la direction des radios locales et vous-mêmes en tant que directeur de la station.

Votre direction vous a accordé toute sa confiance pour un redressement de la situation sur ces années.

Aussi, et afin de vous aider dans vos difficultés, moyens et conseils professionnels vous ont été procurés et prodigués pour conduire cet objectif à bien. Vous ne les avez pas mis à profit. Vous avez préféré persister dans votre propre analyse des résultats qui ont malgré tout continué de décroître.

En réalité, il apparaît que votre reporting était déficient et incomplet auprès de l'échelon central de la direction générale adjointe aux antennes locales et à l'action régionale : celui-ci a,

notamment pour ce qui concerne votre comportement et la motivation de certains membres de l'encadrement de votre station, qui ont des responsabilités directes sur l'antenne et les programmes de France Bleu Gironde, été confiné au silence.

Ainsi, du fait de vos carences, votre direction n'a pu connaître et agir en conséquence, afin de prendre les mesures, voire les sanctions appropriées, et notamment les nouvelles et indispensables orientations de programme et de changement des hommes.

Pourtant, depuis deux ans, tant au cours de discussions informelles que formelles, et notamment le 28 novembre 2000 à l'occasion de discussion portant sur la définition d'objectifs, le directeur général adjoint chargé des antennes locales et de l'action régionale vous a interrogé sur ces points.

Par conséquent, vous n'avez pas honoré la confiance de votre direction, tant par vos carences en qualité de directeur de station, que du point de vue du programme radiophonique et par voie de conséquence des résultats.

Ces manquements et votre manque de réaction devant de telles situations portant nécessairement préjudice à la société, illustrent votre carence, inacceptable, eu égard à vos responsabilités en tant que directeur de France Bleu Gironde.»

M. A. a saisi le Conseil de prud'hommes le 27 août 2001 de demandes tendant à voir requalifier les contrats de travail à durée déterminée en contrats à durée indéterminée, à entendre condamner son ancien employeur à lui payer une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, des dommages et intérêts en réparation du harcèlement moral, un complément aux indemnités de rupture.

Par jugement du 5 avril 2002, le Conseil de prud'hommes de Paris (section Encadrement chambre 1) a condamné la société Radio France à payer à M. A. :

- 5 743,36 euros à titre d'indemnité de requalification,
- 34 460,16 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 550 euros en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et l'a débouté du surplus de ses demandes.

(...)

CECI ETANT EXPOSE :

LA COUR

Sur la demande de requalification des contrats de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée :

Considérant que le législateur après avoir rappelé dans l'alinéa 1^{er} de l'article L 122-1 du Code du travail l'interdiction de pouvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et

permanente de l'entreprise au moyen d'un contrat à durée déterminée a précisé dans l'alinéa 2 que ces contrats ne peuvent être conclus que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas énumérés à l'article L 122-1-1 du Code du travail, parmi lesquels au 3° de cet article, les emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ;

Considérant qu'alors que le premier alinéa de l'article L 122-1 pose un principe qui ne souffre aucune dérogation, il appartient d'abord au juge saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, et, ce, même si l'entreprise se trouve dans l'un des secteurs définis par décret ou par une convention ou un accord étendu, de rechercher si l'employeur n'a pas pourvu un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise au moyen d'un contrat à durée déterminée et n'a pas ainsi tourné l'interdiction absolue édictée par le législateur ;

Considérant en l'espèce, qu'il apparaît que M. A. a occupé pendant treize années de façon continue l'emploi de responsable de radio locale au sein de Radio France, qui se trouve dans le secteur de l'audiovisuel défini par l'article D 212-2 comme l'un de ceux dans lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée, l'article 1-2.121 de la convention collective de la communication et de la production audiovisuelle prévoyant qu'il "peut être fait appel à des salariés engagés par contrats à durée déterminée dans les emplois et les tâches énumérées à l'annexe 2 impliquant d'usage constant, et sauf exceptions relevant des stipulations des contrats individuels, le recours à des collaborations temporaires en raison notamment de la nécessité de renouveler les programmes et de leur caractère évolutif" ;

Considérant que le protocole V annexé à la convention collective de la communication et de la production audiovisuelle définit l'emploi de responsable de radio locale comme un "salarié chargé de la direction et de l'animation de divers professionnels (animateurs, techniciens, journalistes, gestionnaires, etc.) concourant à l'élaboration et à la production des programmes et de l'information d'une radio locale qui représente la radio locale et en assume la responsabilité et la gestion" ; que la définition même de l'emploi occupé par M. A. suffit à démontrer qu'il s'agit d'un emploi lié à l'activité normale et permanente de la société, puisque ce cadre se voit confier la mission d'assurer la gestion et la direction d'une radio locale dont la vocation est de diffuser de façon continue et durable des informations destinées aux auditeurs d'une région, qu'il coordonne les activités de professions différentes, qu'il assure la transmission au sein de cette antenne des directives données par Radio France ; qu'il ne s'agit donc pas d'un emploi par nature temporaire alors que le salarié contribue à assurer la continuité du service et sa permanence ;

Que la convention collective ne permet pas de déroger au principe d'ordre public édicté par le législateur alors qu'au surplus un accord d'entreprise a été signé le 1^{er} septembre 1999 entre la direction de Radio France et les organisations syndicales représentatives régissant les relations entre la société et les personnels d'antenne des radios locales, lequel rappelle que dans le champ couvert par cet accord, et conformément à l'article L 121-5 du Code du travail, les contrats de travail sont conclus sans détermination de durée, et qu'il peut être fait appel à des salariés engagés par contrats à durée déterminée conformément à l'article L 122-1-1, 1° et 2° du Code du travail, ce qui démontre la volonté des partenaires sociaux d'exclure l'application du 3° de cet article ;

Qu'il convient donc de faire droit à la demande de requalification du contrat de travail formé par M. A. qui a occupé de façon durable un emploi lié à l'activité permanente et réelle de Radio France d'autant qu'il apparaît qu'à plusieurs reprises, et dès le second contrat, M. A. a continué à exercer ses fonctions, alors que le contrat à durée déterminée était venu à échéance, et avant que le suivant ne soit signé et qu'il s'est donc de ce fait, retrouvé dans les liens d'un contrat à durée indéterminée ;

Que le jugement doit être confirmé en ce qu'il a condamné la société Radio France à lui payer l'indemnité de requalification de 5 743,36 euros non critiquée en son montant ;

Considérant que M. A. réclame le paiement des indemnités de précarité que la société Radio France aurait dû lui régler, ce à quoi l'intimé réplique que cette indemnité n'est pas due lorsque les contrats à durée déterminée sont des contrats d'usage et que le salarié n'a jamais à aucun moment sollicité le paiement de ces indemnités ;

Considérant que l'article L 122-3-4 du Code du travail dispense l'employeur du paiement de l'indemnité destinée à compenser la précarité, dans le cas de contrats à durée déterminée conclus au titre du 3° de l'article L 122-1-1 du Code du travail ;

Considérant toutefois, que dès lors qu'il a été jugé que la société Radio France avait eu recours au contrat à durée déterminée alors que les conditions d'application de l'article L 122-1-1 3° n'étaient pas remplies et en violation des dispositions d'ordre public de l'article L 122-1 du Code du travail, celle-ci est redevable des indemnités qui auraient dû être payées au salarié à l'échéance de chaque contrat et qui sont destinées à compenser la précarité de sa situation ;

Que M. A. réclame à ce titre la somme totale de 44 471,09 euros, en additionnant ses salaires de son embauche jusqu'à 2001 ;

Considérant toutefois que l'indemnité de précarité n'est due qu'à l'échéance de chaque contrat à durée déterminée, le dernier étant venu à échéance le 31 décembre 1999 que sur la base des huit contrats à durée déterminée, la société Radio France doit donc être condamnée à payer à M. A., la somme de 37 514,84 euros (6 % de 625 247,39 euros) ;

Sur les demandes au titre de la prime d'ancienneté et la prime de fin d'année :

Considérant que le salarié forme une demande de rappel de salaire fondée sur son appartenance à la catégorie I de la convention collective qui recense les emplois, métiers, fonctions et qualifications correspondant à une collaboration permanente et continue, et soutient qu'il ne relève pas de la catégorie II qui recense les emplois, métiers et fonctions et qualifications correspondant à la liste annexée à l'article 1-1.2 du chapitre I de la convention collective ;

Considérant que jusqu'au 1^{er} septembre 1999, date d'entrée en vigueur de l'accord d'entreprise du personnel d'antenne des radios locales, la situation de ce personnel était définie par le protocole 5 annexé à l'article L. 1-2.2 de la convention collective qui adaptait et complétait ses dispositions à l'égard des salariés visés à l'annexe 2, dont les responsables de radio locale, et prévoyait des conditions de travail et de rémunérations spécifiques pour ces travailleurs ; que ce protocole prévoit également en son article VI des dispositions particulières applicables aux salariés dont le contrat individuel de travail, par exception, stipule une durée indéterminée, ce dont il résulte qu'il est également applicable aux travailleurs de cette catégorie, ceux-ci bénéficiant en outre d'une indemnité calculée conformément à l'article IX.6CC de la convention collective ;

Que M. A. qui occupait un emploi de responsable de radio locale ne peut donc prétendre au paiement de rappels

de primes d'ancienneté dont ne bénéficient pas les salariés relevant de la catégorie I, alors que son emploi figurait dans la liste de l'annexe 2 de la convention collective et relevait de la catégorie II dont les conditions de rémunération sont fixées par le protocole, peu important que son contrat soit à durée indéterminée, l'appelant ne justifiant pas au surplus de l'existence d'un usage quant au paiement de la prime de fin d'année aux salariés bénéficiant d'un tel contrat ;

Considérant que si l'accord d'entreprise du personnel d'antenne des radios locales applicable à compter du 1^{er} septembre 1999 a prévu des conditions de rémunération spécifiques à ce personnel et notamment une prime d'ancienneté fixée par année d'ancienneté à 0,8 % jusqu'à vingt ans calculée sur la rémunération individuelle de référence ainsi qu'une prime de fin d'année – ce nouveau système se substituant au système des protocoles annexés à la convention collective de la communication et de la production audiovisuelle –, il apparaît que le salaire brut actuel du salarié est réputé comporter la prime de fin d'année, le salaire résultant de la soustraction de cette prime incluant alors la prime d'ancienneté calculée selon l'ancienneté et la rémunération individuelle, et que ce n'est que si la rémunération individuelle d'intégration est inférieure à 20 000 F brut, que le salarié bénéficie d'une mesure salariale ; que M. A. bénéficiant en 1999 d'un salaire de 31 500 F avait une rémunération individuelle d'intégration bien supérieure à cette somme et ne peut donc prétendre à un rappel des primes d'ancienneté et de prime de fin d'année à compter du 1^{er} septembre 1999 ;

Qu'il doit donc être débouté de ses demandes de rappels de salaires et de dommages et intérêts pour discrimination ;

Sur le licenciement :

Considérant que la société Radio France justifie la rupture du contrat de travail par les mauvais taux d'audience de Radio France Gironde et verse aux débats la note établie par M. P., directeur général adjoint qui rappelle que la baisse de ce taux est constante depuis 97/98, que malgré les conseils et les moyens donnés à M. A., celui-ci n'a rien fait pour honorer la confiance qui lui a été faite, qu'il n'a pas alerté suffisamment la direction sur les difficultés rencontrées, tant au plan du changement des hommes que des orientations des programmes souhaitées, ainsi que les variations des audiences de France Bleu en France ;

Considérant que si ce tableau confirme que les taux d'audience de Radio Gironde étaient parmi les plus bas, il n'en demeure pas moins que M. A. conteste que cette baisse lui soit imputable, qu'il fait valoir que la concurrence était très vive dans la région Aquitaine, que la station a été entièrement informatisée, ce qui a gêné le fonctionnement normal et qu'enfin que l'audience a remonté en 2001 et a encore diminué après son départ ;

Considérant qu'aucune observation ou avertissement n'a été adressé à M. A. avant le licenciement, qu'en mars 2000, la société Radio France lui a proposé un nouveau contrat de travail à durée déterminée jusqu'en février 2002, ce que la direction n'aurait pas fait si elle avait été mécontente du salarié, et qu'enfin l'appelant justifie que les taux d'audience ont encore baissé après son départ ; qu'alors qu'aucun élément ne permet de lui imputer la baisse d'audience, ni de constater son insuffisance professionnelle, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit que son licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

Que le jugement doit être confirmé en ce qu'il l'a débouté de ses demandes de solde d'indemnité de préavis et de licenciement, fondées sur les rappels de salaires non fondés ;

Considérant qu'au vu de son ancienneté, du fait qu'il n'a pu retrouver qu'un travail à temps partiel pendant seize mois, il convient de porter à 44 000 euros l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Que les conditions d'application de l'article L 122-14-4 alinéa 2 étant remplies la société devra rembourser les indemnités de chômage payées au salarié dans la limite de six mois d'indemnités ;

Considérant que M. A. ne justifie pas qu'il ait fait l'objet d'un harcèlement moral, la précarité de sa situation étant réparée par l'attribution des primes de précarité qu'il doit être débouté de sa demande de dommages et intérêts de ce chef ;

Considérant que ni l'équité ni des raisons économiques ne justifient de dispenser la société Radio France de l'application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ; qu'elle doit être condamnée à payer à M. A., en sus de la somme déjà allouée en première instance, 1 500 euros pour les frais non taxables exposés en appel ;

PAR CES MOTIFS :

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté M. A. de sa demande au titre des indemnités de précarité,

Statuant à nouveau de ce chef,

Condamne la société Radio France à lui payer la somme de 37 514,84 euros au titre des indemnités de précarité,

Réformant le jugement quant au montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

Condamne la société Radio France à payer à M. A. la somme de 44 000 euros laquelle produira intérêts au taux légal à compter du jugement à hauteur de 34 460,16 euros et du présent arrêt pour le surplus.

(Mme Perony, prés. - M^{es} Chevalier, Clerc, av.)

Deuxième espèce : COUR D'APPEL DE CAEN (3^e Ch. - sect. soc.) 5 décembre 2003
P. contre INFREP

FAITS ET PROCÉDURE :

M. P. a été engagé par l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) pour une durée de 2 mois et 11 jours du 19 octobre 1999 au 31 décembre 1999 en qualité de formateur technique dans les conditions prévues par un contrat à durée déterminée en date du 11 octobre 1999 se référant à la convention collective des organismes de formation conclue au visa des articles L. 122-1-1 et D. 121-2 du Code du travail.

Par la suite, plusieurs contrats à durée déterminée ont été conclus dans des conditions analogues pour confier à M. P. des missions

d'animateur en formation sur la période du 3 janvier 2000 au 31 décembre 2001

- le 3 janvier 2000 pour une durée de 2 mois et 28 jours du 4 janvier au 31 mars 2000 (contrat modifié par avenant du 15 février 2000) ;

- le 28 mars 2000 pour une durée de 2 mois et 28 jours du 4 avril au 30 juin 2000 en qualité d'animateur de formation technique ;

- le 28 juin 2000 pour une durée de 28 jours du 3 au 31 juillet 2000 en qualité d'animateur de formation technique ;

- le 28 juillet 2000 pour une durée de 1 mois et 21 jours du 10 août au 29 septembre 2000 en qualité d'animateur de formation technique ;

- le 28 septembre 2000 pour une durée de 2 mois et 28 jours du 2 octobre au 29 décembre 2000 en qualité d'animateur de formation technique ;

- le 29 décembre 2000 pour une durée de 1 mois du 2 au 31 janvier 2001 en qualité d'animateur de formation technique ;

- le 31 janvier 2001 pour une durée de 6 mois et 26 jours du 2 février au 28 août 2001 en qualité d'animateur de formation (contrat modifié par avenants des 20 février et 7 août 2001) ;

- le 9 août 2001 pour une durée de 4 mois et 3 jours du 29 août au 31 décembre 2001 en qualité d'animateur de formation.

A l'échéance de ce dernier contrat, aucune mission n'a plus été proposée à M. P.

Estimant que les missions successives qui lui ont été confiées correspondent à un emploi permanent de l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente, M. P. a saisi la juridiction prud'homale pour faire valoir ses droits, notamment au regard d'une requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée.

Par jugement du 15 novembre 2002, le Conseil des prud'hommes de Caen a débouté M. P. de toutes ses demandes.

MOTIFS DE LA DÉCISION :

1 - Sur la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée :

Selon les dispositions de l'article L. 122-1-1 du Code du travail, un contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas suivants :

1° Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ayant fait l'objet d'une saisine du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ou en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer ;

2° Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;

3° Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère temporaire de ces emplois ;

Aux termes de l'article L. 122-3-1 du Code du travail, le contrat à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif ; à défaut il est réputé conclu pour une durée indéterminée ;

Enfin, conformément à l'article L. 122-3-13 du Code du travail, tout contrat conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-1-2, L. 122-2, L. 122-3, L. 122-3-1 alinéa 1^{er}, L. 122-3-10 alinéa 1^{er}, L. 122-3-11 et L. 122-3-12 du Code du travail est réputé à durée indéterminée ;

Selon l'article D.121-2 du Code du travail, l'enseignement ainsi que l'hôtellerie et la restauration figurent parmi les secteurs d'activité dans lesquels des contrats à durée déterminée peuvent être conclus pour des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ;

Au cours de la période du 19 octobre 1999 au 31 décembre 2001, M. P. a été employé par l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) dans les conditions prévues par une succession de contrats à durée déterminée se référant à la convention collective des organismes de formation conclue au visa des

articles L. 122-1-1 et D. 121-2 du Code du travail pour effectuer des missions de formation au service en salle des jeunes stagiaires préparant un CAP ou un BEP hôtellerie - restauration ;

Des pièces versées aux débats (récépissé de la déclaration d'activité d'un organisme de formation délivré par la direction régionale du travail, accord d'entreprise sur la réduction du temps de travail, contrats de travail de M. P.), il résulte que l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) est un organisme de formation et que les missions confiées à M. P. correspondent à un emploi de formateur relevant du secteur de l'enseignement visé à l'article D. 121-2 du Code du travail ;

En revanche, même si M. P. s'est vu confié des missions précises sur des sites différents avec un nombre variable d'élèves et une variation des horaires, il s'avère qu'il a été occupé sans interruption significative pendant une période continue de plus de vingt-six mois pour dispenser des formations de même nature pour des stagiaires souhaitant acquérir une qualification professionnelle dans le même domaine et préparant des diplômes d'enseignement technique reconnus par l'éducation nationale, de sorte qu'il a exercé durablement ses fonctions de formateur dans le cadre d'un emploi correspondant à l'activité normale et permanente de l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente ;

Or, s'il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée dans le secteur de l'enseignement et de la formation en application des dispositions de la convention collective des organismes de formation (articles 5-4-3 et 5-4-4) des articles L. 122-1-1 et D. 121-2 du Code du travail, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, il demeure qu'en application des dispositions des articles L. 122-1 du Code du travail, le contrat de travail à durée déterminée, 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 ;

Dans ces conditions, il y a lieu à requalification en un contrat à durée indéterminée du contrat de travail conclu entre M. P. et l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente ;

Le jugement sera réformé sur ce point ;

2 - Sur les conséquences de la requalification

2.1. - Sur l'indemnité de requalification :

Conformément à l'article L. 122-3-13 du Code du travail, lorsqu'il est fait droit à la demande du salarié tendant à la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, il doit lui être accordé, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire ;

Dès lors, il y a lieu de faire droit à la demande de M. P. tendant à ce qu'il lui soit accordé une indemnité de requalification de 1 554,85 € (correspondant à un mois de salaire) ;

2.2. - Sur l'indemnité compensatrice de préavis :

Conformément aux dispositions des articles L. 122-6 et L. 122-8 du Code du travail, le salarié qui n'a pas commis de faute grave et dont l'ancienneté dans l'entreprise était supérieure à deux ans a droit à un délai congé de deux mois dont l'inobservation ouvre droit à une indemnité compensatrice d'un montant équivalent au salaire qu'il aurait perçu au cours de ce délai ;

Dès lors, M. P. a droit à une indemnité compensatrice de préavis dont le montant évalué à 3 109,70 € (correspondant à deux mois de salaire) n'est pas contesté ;

2.3. - Sur l'indemnité de licenciement :

Conformément aux dispositions de l'article 122-9 du Code du travail, le salarié qui n'a pas commis de faute grave et qui peut se prévaloir d'une ancienneté dans l'entreprise supérieure à deux ans a droit à une indemnité minimum de licenciement dont le montant est déterminé en fonction de la rémunération, suivant les modalités définies par voie conventionnelle ou réglementaire ;

Dès lors, suivant les modalités définies par la convention collective des organismes de formation (1/5 de mois de salaire par année d'ancienneté), M. P. a droit à une indemnité de licenciement dont le montant évalué à 621,94 € n'est pas contesté ;

2.4 - Sur l'indemnisation du préjudice consécutif au licenciement :

Lorsqu'il est fait droit à la demande du salarié tendant à la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'employeur ne peut justifier le licenciement par la seule échéance du terme du prétendu contrat à durée déterminée ;

A raison de l'inobservation par l'employeur de la procédure de licenciement applicable au contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue le 1^{er} janvier 2002 s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

En application des dispositions de l'article 122-14-4 du Code du travail, M. P. qui comptait une ancienneté supérieure à deux ans dans l'entreprise et dont le licenciement a été prononcé par un employeur occupant habituellement plus de dix salariés peut prétendre à une indemnité tenant compte du préjudice subi qui ne peut être inférieure aux salaires bruts des six derniers mois ;

Cette indemnité n'est pas cumulable avec l'indemnité limitée à un mois de salaire prévue au même article pour procédure irrégulière ;

M. P. invoque les manquements de son employeur sans aucunement faire état de sa situation professionnelle, postérieure à la rupture de son contrat de travail ;

Dès lors, compte tenu des éléments versés aux débats, il y a lieu de fixer le montant de l'indemnité due à M. P. à la somme de 9 330 € ;

Le jugement sera réformé en ce sens ;

3. - Sur les rappels de salaires

3.1 - Sur la qualification du contrat au regard du temps de travail :

La requalification du contrat de travail de M. P. en contrat à durée indéterminée, n'implique pas nécessairement que ce contrat doit être présumé conclu pour un horaire normal ;

Or, il n'est pas contesté que les missions confiées au salarié par contrats écrits stipulaient un temps de travail qui ne correspondait pas à un emploi à temps plein et M. P. ne prétend pas que nonobstant les clauses relatives au temps de travail ainsi mentionnées, il aurait été contraint de se tenir constamment à la disposition de son employeur ;

Par ailleurs, il n'invoque aucune violation particulière des dispositions de l'article L 212-4-3 du Code du travail, relatives au contrat de travail des salariés à temps partiel ;

Dès lors, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de M. P. tendant à la requalification de son contrat de travail en contrat à temps plein et à sa demande tendant au versement du rappel de salaire correspondant sur la base de 169 heures par mois, d'autant que l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente affirme sans être démenti avoir mis en œuvre la réforme sur la réduction du temps de travail à 35 heures hebdomadaires à compter du 1^{er} janvier 2000 ;

Le jugement est confirmé sur ce point ;

3.2 - Sur le temps de travail lié aux déplacements effectués :

Par ailleurs, M. P. fait valoir :

- qu'il a effectué quatre heures de transport par semaine d'octobre 2000 à décembre 2001 pour des mises à dispositions auprès de l'agence de Caen nécessitant des trajets entre Flers et Caen, soit 240 heures qui n'ayant pas été comptées comme temps de travail effectif ne lui ont jamais été payées ;

- qu'il a en outre effectué des heures de présence continue auprès de stagiaires à l'occasion de voyages pédagogiques à Bordeaux et Paris Flers, soit 300 heures qui n'ayant pas été comptées comme temps de travail effectif ne lui ont jamais été payées ;

Pendant, l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente affirme que les déplacements aux centres de formation de Caen et Flers étaient effectués à partir du domicile du salarié à IFS proche de Caen, ce que l'intéressé ne dément pas explicitement, de sorte que s'agissant exclusivement de trajets domicile-lieu de travail, c'est à juste titre que le temps correspondant au déplacement n'est pas compris dans le temps de travail effectif ;

Par ailleurs, l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente affirme que lors des voyages à Paris et Bordeaux, les temps de déplacement ont été inclus dans le temps de travail effectif, ce que l'intéressé ne dément pas explicitement ;

En outre, M. P. n'apporte pas d'élément probant au soutien de ces demandes dont le bien-fondé est formellement contesté par l'employeur ;

Dès lors, il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de rappel de salaire et congés payés afférents présentées par M. P. ;

Le jugement sera confirmé sur ce point ;

4. - Sur l'application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile :

Au regard de l'équité, il y a lieu de condamner l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) à payer à M. P. la somme de 1 500 € sur le fondement de l'article 709 du nouveau Code de procédure civile au titre des frais irrépétibles qu'il a personnellement exposés en première instance et en appel ;

Partie perdante, l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente sera débouté de sa demande présentée sur le même fondement ;

DÉCISION :

Confirme le jugement déferé en ce qu'il a débouté M. P. de ses demandes de rappel de salaire,

L'infirme pour le surplus,

Et statuant à nouveau :

Requalifie le contrat de travail à durée déterminée liant M. P. à l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) en un contrat de travail à durée indéterminée,

Condamne l'Institut national de formation et de recherche sur l'éducation permanente (INFREP) à payer à M. P. les sommes suivantes :

- 1 554,85 € à titre d'indemnité de requalification,

- 3 109,70 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis,

- 621,94 € à titre d'indemnité de licenciement,

- 9 330 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,

- 1 500 € sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

(M. Deroyer, prés. - M^{es} Nicole, Dulac, av.)

FAITS ET PROCÉDURE :

Statuant sur l'appel régulièrement formé par M. B., d'un jugement du Conseil de prud'hommes de Nanterre, en date du 26 juin 2003, dans un litige l'opposant à la société Sport O'FM Média, en présence de M. L., représentant des créanciers, et de M. G., ès qualités d'administrateur judiciaire en présence de l'UNEDIC-délégation AGS-CGEA Ile-de-France Ouest et qui, sur la demande de M. B. en requalification de contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée indemnité de requalification et indemnité de préavis, indemnité conventionnelle de licenciement ainsi que indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse a :

Débouté M. B. de toutes ses demandes ;

M. B. a été engagé par la société Sport O'FM Média en janvier 2000 en qualité d'animateur radio par divers contrats de travail à durée déterminée. Au terme du dernier le 25 juin 2002 il n'a pas été renouvelé. La convention collective applicable est celle de l'audiovisuel ; la société emploie plus de onze salariés ;

La société Sport O'FM Média a été placée en redressement judiciaire le 31 juillet 2002 et admis au bénéfice d'un plan de cession le 29 juillet 2003. (...)

MOTIFS DE LA DÉCISION :

Le salarié soutient que les contrats de travail à durée déterminée n'ont pas de motif licite et tendent à pourvoir un emploi permanent de l'entreprise. La société Sport O'FM Média s'oppose aux demandes de M. B. le recours à des contrats de travail à durée déterminée dans le secteur de l'audiovisuel et à caractère d'usage ;

Un contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir pour but ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; hors les cas de l'article L 122-2 du Code du travail, qui ne s'applique pas en l'occurrence, il ne peut être recouru à un contrat de travail à durée déterminée que dans les cas déterminés à l'article L 122-1-1 du même Code. Ce texte autorise le recours au contrat de travail à durée déterminée sous la double condition qu'il existe dans le secteur d'activité déterminée un décret ou une convention ou un accord collectif étendu et qu'un usage constant permette de ne pas recourir à un contrat de travail à durée indéterminée en raison de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ;

L'article D 121-1 du Code du travail désigne le secteur audiovisuel comme entrant dans les prévisions de l'article sus cité, l'activité de la société Sport O'FM Média entre dans ce secteur ;

Il demeure que l'emploi occupé par M. B. doit être par nature temporaire, or il apparaît que les contrats de travail à durée déterminée se sont succédés parfois avec des interruptions et sans que soit démontré le recours à d'autres salariés sous contrat de travail à durée déterminée pour assurer la permanence du poste : l'emploi de M. B. répond à cette exigence ;

Il appartient donc à la société Sport O'FM Média qui revendique le bénéfice de l'usage d'en faire la preuve et de rapporter la preuve d'un usage licite. C'est ainsi qu'un usage qui tendrait à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ne saurait être un usage licite ni conforme aux exigences de l'article L 122-1-1 du Code du travail ;

Ni devant le Conseil de prud'hommes ni devant la Cour la société Sport O'FM Média et ses organes n'ont apporté la preuve de l'existence de l'usage qu'elle revendique, le seul rappel des arrêts de la Cour de cassation en date des 21 janvier et 4 février 2004 ne constitue pas la preuve de l'existence de l'usage alors que ces arrêts rappellent au juge du fond l'obligation de rechercher si pour l'emploi concerné il existe un

usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ;

L'examen de la convention collective de l'audiovisuel ne permet pas de dire que les emplois d'animateur sont par nature temporaire et qu'il est d'usage de recourir à des contrats de travail à durée déterminée pour y pourvoir ; la société Sport O'FM Média et ses organes n'apportent pas d'élément de fait de nature à laisser supposer l'existence d'un tel usage que le juge devrait vérifier au besoin par une mesure d'instruction que le juge ne peut ordonner pour suppléer la carence d'une partie ;

La seule existence de décision judiciaire de Cour d'appel reconnaissant la validité du recours aux contrats de travail à durée déterminée dans le secteur de l'audiovisuel ne suffit pas à faire la preuve de l'existence d'un tel usage alors que de nombreux arrêts de la Cour de cassation ont statué dans un sens différent ;

La société Sport O'FM Média ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un usage l'autorisant à recourir à un contrat de travail à durée déterminée pour les emplois d'animateurs de M. B. au sein de son entreprise au cours des années en cause ;

La demande de requalification des contrats de travail à durée déterminée de M. B., faute de preuve de l'existence d'un usage, est bien fondée, il doit y être fait droit, la rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée sans lettre de licenciement par la seule survenance d'un terme de contrat nul constitue un licenciement sans cause réelle et sérieuse, M. B. est fondé en sa demande d'indemnité de préavis et d'indemnité de congés payés sur préavis qui cependant doit être ramenée à deux mois en application de l'article L 122-6 du Code du travail en l'absence de preuve d'un droit à un préavis supérieur, soit 7 544 € d'indemnité de préavis et 754 € d'indemnité de congés payés sur préavis ;

La Cour a des éléments pour fixer l'indemnité à la somme de 23 000 € compte tenu des divers éléments de préjudice ;

Le présent arrêt doit être déclaré opposable à l'UNEDIC (délégation AGS-CGEA Ile-de-France-Ouest) qui doit sa garantie dans la limite du plafond applicable à la date d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire (plafond 13), à l'exception de celle relative aux frais non compris dans les dépens .

L'équité commande de mettre à la charge de la société Sport O'FM Média une somme de 2 000 € en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile au profit de M. B. au titre de l'instance d'appel ;

PAR CES MOTIFS :

Infirme le jugement et statuant à nouveau :

Fixe la créance de M. B. au passif de la société Sport O'FM Média assistée de M. G., ès qualités de commissaire à l'exécution du plan et de M. L., ès qualités de représentant des créanciers, par arrêt opposable à l'UNEDIC-délégation AGS-CGEA Ile-de-France Ouest aux sommes suivantes :

3 772 € d'indemnité de requalification,

7 544 € d'indemnité de préavis,

754 € d'indemnité de congés payés sur préavis,

23 000 € d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Dit que l'UNEDIC-délégation AGS-CGEA Ile-de-France Ouest doit sa garantie dans la limite de ses obligations légales, dans la limite du plafond applicable à la date d'ouverture de la procédure de règlement judiciaire (13 de l'article D 143-2 du Code du travail alors applicable).

(M. Ballouhey, prés. - Mes Ennoch, Bock, av.)

Note.

Les arrêts rapportés sont intéressants en ce qu'ils constituent une résistance manifeste des juges du fond à la jurisprudence critiquable de la Cour de cassation, relative à la requalification en contrat à durée indéterminée des contrats à durée déterminée dits "d'usage" (cf. Soc. 26 novembre 2003, quatre arrêts commentés par M. Henry et M.F. Bied-Charreton *in* Dr. Ouv. 2004 p. 217 et s.).

La Cour de cassation considère, rappelons-le, que le juge de la requalification doit seulement rechercher si, pour l'emploi concerné, il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, cet usage constant faisant en quelque sorte présumer le caractère par nature temporaire de l'emploi pourvu.

La Cour d'appel de Paris, dans un attendu rédigé en forme de principe, juge au contraire qu'« *il appartient d'abord au juge saisi d'une demande de requalification (...), et ce, même si l'entreprise se trouve dans l'un des secteurs définis par décret ou par une convention ou un accord étendu, de rechercher si l'employeur n'a pas pourvu un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise au moyen d'un contrat à durée déterminée et n'a pas ainsi tourné l'interdiction absolue édictée par le législateur* » (première espèce rapportée).

Elle requalifie en contrat à durée indéterminée les contrats à durée déterminée d'un responsable de radio locale ayant occupé son poste pendant treize ans, « *dès lors qu'il s'agit d'un emploi lié à l'activité normale et permanente de la société, puisque ce cadre se voit confier la mission d'assurer la gestion et la direction d'une radio locale dont la vocation est de diffuser de façon continue et durable des informations destinées aux auditeurs d'une région*».

La Cour d'appel de Caen (deuxième espèce) statue dans le même sens lorsqu'elle requalifie en contrat à durée indéterminée le contrat à durée déterminée d'un formateur au motif « *qu'il a été occupé sans interruption significative pendant une période continue de plus de vingt-six mois pour dispenser des formations de même nature pour des stagiaires souhaitant acquérir une qualification professionnelle dans le même domaine et préparant des diplômes d'enseignement technique reconnus par l'éducation nationale, de sorte qu'il a exercé durablement ses fonctions de formateur dans le cadre d'un emploi correspondant à l'activité normale et permanente de (l'organisme de formation employeur)*».

Quant à la Cour d'appel de Versailles (troisième espèce), si elle ne néglige pas de rechercher, comme l'invite l'employeur, l'existence d'un usage constant, elle est conduite à constater qu'elle n'y parvient pas.

La Cour d'appel considère en effet, après avoir rappelé qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de l'usage dont il se prévaut, que cet usage doit être licite, et que tel n'est pas le cas de celui « *qui tendrait à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise*».

Elle ajoute qu'elle ne peut ordonner de mesure d'instruction compte tenu de la carence probatoire de l'employeur et qu'en toute hypothèse, « *la seule existence de décision judiciaire de Cour d'appel reconnaissant la validité du recours aux contrats de travail à durée déterminée dans le secteur de l'audiovisuel ne suffit pas à faire la preuve d'un tel usage*».

La Cour d'appel accueille ainsi la demande de requalification d'un animateur radio dont les contrats à durée déterminée s'étaient succédés « *parfois avec des interruptions*» sur un poste à caractère permanent.

Ces trois décisions sont tout simplement marquées au coin du bon sens et correspondent à la lettre comme à l'esprit de la loi.

M.F. Bied-Charreton