

CONTRAT A DUREE DETERMINEE Contrat saisonnier – Caractérisation – Répétition cyclique liée au rythme des saisons ou des modes de vie collectifs – Accroissement d'activité estival – Emploi saisonnier (oui) – Activité normale et habituelle de l'entreprise durant l'année – Caractère indifférent.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 19 septembre 2013
Compagnie des batobus contre B. (p. n°12-18.001)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. B. a été engagé en qualité de capitaine par la société Compagnie des batobus par contrat à durée déterminée saisonnier du 26 mai au 31 août 2008 ; que ce contrat prévoyait une période d'essai de douze jours ; que l'employeur y a mis fin le 29 mai 2008 ; que le salarié a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 1242-2 3° du code du travail ;

Attendu que pour accueillir les demandes du salarié au titre de la requalification du contrat à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée, l'arrêt énonce que si la société justifie de l'augmentation significative (56 %) du trafic sur les lignes fluviales qu'elle exploite, chaque année durant les mois de mai, juin, juillet et août, en raison notamment d'une fréquentation touristique plus importante, il n'est pas contesté qu'elle exerce tout au long de l'année son activité de transport de passagers, qu'elle propose ainsi aux parisiens un abonnement annuel leur permettant de bénéficier de ses services, que dès lors l'entreprise a bien une activité annuelle, et non saisonnière, et que s'agissant uniquement de fournir un emploi de capitaine sur une période de l'année connaissant un simple accroissement d'activité, le recours au contrat à durée déterminée « saisonnier » est illicite ;

Attendu, cependant, que le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que l'activité touristique de l'employeur était caractérisée par un accroissement significatif du nombre de passagers, chaque année, à des dates à peu près fixes, et que les contrats conclus avec le salarié couvraient les trois mois de l'année pendant lesquels elle transportait le plus grand nombre de passagers, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé le texte susvisé ;

Par ces motifs

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 février 2012, 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 Paris, autrement composée ;

(M. Linden, f.f. prés. – M. Becuwe, rapp. – Me Foussard, av.)

Note.

Si la « saison » et « l'accroissement temporaire d'activité » constituent deux cas de recours distincts au contrat à durée déterminée (C. trav. art. L. 1241-2 2° et 3°), faire le départ entre l'un et l'autre n'est pas toujours chose aisée pour les signataires d'un contrat de travail (1). Difficulté qui s'inscrit d'ailleurs parfois dans la rédaction même – et plus justement dans son ambiguïté – du motif de recours au contrat de travail à durée déterminée (2).

Cette distinction n'en reste pas moins indispensable pour deux raisons. La première : ces deux cas de recours relèvent, pour partie, de règles différentes (indemnité de précarité, durée, succession de contrats, clause de reconduction). La seconde : l'employeur, tenu d'indiquer dans le contrat de travail à durée déterminée le motif pour lequel il est conclu (C. trav., art. L. 1242-12), ne peut ensuite, en cas de contestation judiciaire du salarié, solliciter du juge qu'il apprécie la légalité dudit contrat en contemplation d'un autre cas de recours que celui initialement retenu (3). Sombre horizon judiciaire pour l'employeur en cas de mauvais choix : la requalification du contrat précaire en contrat à durée indéterminée.

Faisant écho au silence du parlement français et à la tautologique formule du législateur communautaire (4), la circulaire (DRT n° 18-90) du 30 octobre 1990 définissait les travaux saisonniers comme « *les travaux qui sont normalement appelés à se répéter chaque année, à date à peu près fixe, en fonction du rythme*

(1) Y. Leroy, « Qui a dit qu'il n'y avait plus de saison ? Variations sur le contrat saisonnier », BS 7/12, p. 381.

(2) Cass. soc. 11 janv. 2012, n° 10-16898 : « *c'est par une interprétation souveraine rendue nécessaire par la mention ambiguë « faire face aux besoins d'accroissement d'activité lié à la saison touristique » que la cour d'appel a retenu que le motif de recours au contrat à durée déterminée était son caractère saisonnier* » ; C. app. Lyon, 16 févr. 2011, n° 10-04194 : « *accroissement temporaire d'activité lié à l'activité saisonnière de l'entreprise* ».

(3) Cass. soc. 27 févr. 2001, n° 98-45428.

(4) Art. 1 c., Règlement CEE n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté : « *par travail à caractère saisonnier, il convient d'entendre un travail qui dépend du rythme des saisons et se répète automatiquement chaque année* ».

des saisons ou des modes de vie collectifs, et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations » (5). Définition que la Chambre sociale de la Cour de cassation a reprise à son compte, à la fin des années 1990, tout en l'amputant de sa dernière partie (« ... et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations ») (6).

I. L'activité saisonnière : deux conceptions

De cette définition pourtant, ne résulte pas claire frontière entre le « contrat de saison » et le « contrat pour accroissement temporaire d'activité » ; elle ne permet guère d'identifier avec certitude les hypothèses factuelles s'attachant au premier et celles relevant du second. C'est qu'il est *a priori* deux manières bien différentes d'appréhender les « rapports » entre ces « figures » habilitant l'employeur à recourir au contrat de travail à durée déterminée ; deux manières que sous-tendent en réalité, deux façons de concevoir la notion « d'activités saisonnières ».

On peut d'abord considérer (approche restrictive) qu'une activité saisonnière désigne une activité que l'entreprise n'exerce qu'à certains moments particuliers de l'année (tout en se livrant, par ailleurs, à d'autres activités annuelles) en raison du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs. L'activité saisonnière ne recouvre pas, en ce sens, l'augmentation du volume de l'activité habituelle de l'entreprise, mais seulement l'exercice temporaire d'une activité inhabituelle (quoiqu'elle se répète d'année en année) (7). *Brevitatis causa*, pour légitimer le recours au contrat saisonnier, c'est l'activité de l'entreprise à laquelle se rattache le contrat conclu qui doit être « de saison » (8), et non pas seulement l'emploi que ce contrat supporte.

La seconde approche englobe la première tout en la dépassant (approche globale). En effet, outre l'exercice d'une activité temporaire inhabituelle, cette conception loge sous l'étendard de « l'activité saisonnière »,

l'accroissement de l'activité habituelle de l'entreprise qui trouve raison dans l'existence d'une « saison ». Ce n'est point alors l'activité, en soi, qui est saisonnière mais son « volume » (9), c'est-à-dire les emplois supplémentaires générés par le pic d'activité saisonnier. Ainsi, sous ce second versant, le « contrat de saison » apparaît comme une espèce particulière du genre « contrat pour accroissement temporaire d'activité ». Particularité qui réside dans l'événement expliquant l'augmentation d'activité (rythme des saisons ou modes de vie collectifs) et qui justifie la mise à l'écart des « lois du genre » au profit de celles attachées à la qualification de contrats saisonniers. On le voit, dans cette approche large, globale, c'est la mise en avant d'une explication singulière qui légitime le recours au contrat saisonnier, peu important qu'elle s'imprime dans un accroissement de l'activité habituelle de l'entreprise ou dans l'exercice temporaire d'activité(s) inhabituelle(s).

II. L'activité saisonnière : approche globale

Dans l'affaire ici commentée, la solution de la Cour d'appel avait pris net appui sur la première approche (restrictive) pour juger illicite le contrat conclu. « *Si la société justifie de l'augmentation significative (56 %) du trafic sur les lignes fluviales qu'elle exploite, chaque année durant les mois de mai, juin, juillet et août, en raison notamment d'une fréquentation touristique plus importante, il n'est pas contesté qu'elle exerce tout au long de l'année son activité de transport de passagers, qu'elle propose ainsi aux parisiens un abonnement annuel leur permettant de bénéficier de ses services* » (9 bis). L'activité de transport étant annuelle, elle ne pouvait ainsi justifier, à suivre les juges du fond, le recours à un emploi saisonnier. Pour le dire d'une autre manière, l'employeur aurait dû user d'un contrat pour surcroît d'activité dès lors que c'est seulement le volume de son activité habituelle – transport de passagers – qui avait été impacté par la fréquentation touristique plus importante certains mois dans l'année.

(5) La circulaire ministérielle questions-réponses du 29 août 1992 (Circ. DRT n° 92-14, 29 août 1992 : BOMT 1992/21, p. 55) précise encore que « pour pouvoir être qualifiées de saisonnières, les variations d'activité doivent être régulières, prévisibles, cycliques et, en tout état de cause, indépendantes de la volonté des employeurs ou des salariés ».

(6) Cass. soc. 23 oct. 2013, n° 12-20710 ; Cass. soc. 19 sept. 2013, n° 12-18001 ; Cass. soc. 13 oct. 2011, n° 10-10307 ; Cass. soc. 5 déc. 2007, n° 06-41313 ; Cass. soc. 9 mars 2005, n° 02-44706 ; Cass. soc. 12 oct. 1999, n° 97-40915 ; pour être considérée comme saisonnière, l'activité doit varier en fonction du rythme des saisons et non en fonction de la seule volonté de l'employeur : Cass. soc., 4 mai 1993, n° 89-43379. Sur ce dernier aspect, il devrait alors être considéré que ne revêt pas de caractère saisonnier, l'activité de l'entreprise qui peut être facilement étalée ou répartie sur l'ensemble de l'année, sans que cela ne pose de problèmes avérés de stockage ou de péremption des produits.

(7) Les vendanges, objet de règles spécifiques, en offre un exemple (C. Roy-Loustaunau, « Le contrat vendanges : ses difficultés ? », Dr. social 2011, p. 1031).

(8) Encore faut-il souligner qu'en soi le caractère saisonnier de l'activité de l'entreprise ne suffit pas à justifier la conclusion d'un contrat de saison dès lors que le contrat est conclu pour toute la période d'activité (d'ouverture) de l'entreprise (Cass. soc. 28 nov. 2011, n° 10-10971). Un tel contrat aurait en effet pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (C. trav., art. L. 1242-1).

(9) Les juges du fond ne peuvent se contenter de constater que la variation de l'activité de l'entreprise a un caractère saisonnier, ils doivent également, pour mettre la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, préciser la nature et la date des emplois ayant donné lieu aux contrats de saison : Cass. soc. 9 mars 2005, n° 02-44706.

(9 bis) CA Paris (P. 6 - Ch. 8), 23 fév. 2013, RG n° 10/05.582.

Pareille orientation se retrouve dans d'autres décisions des juges du fond (10).

Elle pouvait même sembler trouver quelques renforts dans certains arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation. De plusieurs d'entre eux, paraissait en effet s'inférer l'idée forte qu'une activité n'est pas saisonnière dès lors qu'elle se déploie « *en toutes saisons* » ou « *tout au long de l'année* », même si l'on constate, sur une période circonscrite, un pic d'activité. Ainsi, fut jugé que « *l'employeur qui fabrique des produits glacés en toutes saisons et connaît seulement un accroissement périodique de production, n'a pas d'activité saisonnière* » (11). N'en a pas plus, l'employeur, fabricant/vendeur de pizzas surgelées, « *en toutes saisons* », qui connaît seulement un accroissement ponctuel de production, plus ou moins important, sur quelques mois de l'année (12). Et il est indifférent que les éléments d'information fournis par l'employeur, lesquels sont confortés par les statistiques versées aux débats relatives aux ventes mensuelles, confirment d'une part, le caractère cyclique de cette activité connaissant des accroissements ponctuels plus ou moins importants sur certains mois de l'année, d'autre part, que la périodicité de l'activité tient aux habitudes de la clientèle. Enfin, les juges du fond ont justement pu décider que la société, productrice de produits plastiques correspondant à divers et multiples usages (13), « *en toutes saisons* » (14), n'avait pas d'activité saisonnière, alors que l'employeur prétendait fabriquer et commercialiser une gamme d'articles de

camping (glacières et pieds de parasol) en relation directe avec le tourisme, qui se concentre sur les six premiers mois de l'année (15).

Ces décisions reposaient-elles réellement sur une approche restrictive de la notion d'activité saisonnière ? On peut, à l'analyse, sérieusement en douter. Lorsque la Chambre sociale fait référence à une activité qui s'exerce « *en toutes saisons* », ce n'est point pour exclure, pour ce seul fait, la qualification de contrat de saison, mais seulement pour insister sur la nécessité de caractériser un pic d'activité – significatif (16) – en lien avec une saison (touristique, par exemple) (17). Puisque l'activité n'est pas en elle-même saisonnière, il faut démontrer que son accroissement temporaire l'est. Ce qui suppose à l'évidence que soit caractérisée une « *saison* » se répercutant sur l'activité exercée. Or, la vente de pizzas comme celle de produits plastiques multi-usage n'a pas de saison ! « *Point d'activité saisonnière sans saison et point d'emploi saisonnier sans activité saisonnière* », selon l'heureuse (et souvent reproduite) formule de Mme Claude Roy-Loustaunau (18). Sans le dire, ou plus exactement en le disant parfois mal (19), ces arrêts ne s'écartent donc pas d'une approche globale, au sens précédemment défini, de l'activité saisonnière.

Approche globale que la Chambre sociale avait d'ailleurs expressément consacrée dans sa décision *Tour Eiffel* en 1999. Elle y juge en effet que l'embauche d'une caissière pour les cinq ou six mois pendant lesquels la Tour Eiffel reçoit le plus grand nombre de visiteurs, peut se faire par la voie d'un contrat saisonnier (20), alors même

(10) C. app. Grenoble, 31 janv. 2005, n° 03-00672 : entreprise spécialisée dans la confection de confiseries et de chocolat qui, si elle connaît un accroissement périodique de production à Noël et Pâques, fabrique ses produits « *en toutes saisons* ».

(11) Cass. soc. 17 janv. 2002, n° 00-14709.

(12) Cass. soc. 5 déc. 2007, n° 06-41313.

(13) Comp. C. app. Montpellier, 24 févr. 2010, JurisData n° 2010-007660 : « *la production de décoration liées aux fêtes de fin d'année entre dans ce champ d'application puisqu'il ne s'agit pas d'une production correspondant à divers et multiples usages ; la production de décorations très ciblées ne peut être répartie sur l'ensemble de l'année et connaît un surcroît d'activité* ».

(14) Cass. soc. 26 oct. 1999, n° 97-42776.

(15) L'exploitant d'un magasin de sport, qui exerce son activité tout au long de l'année et connaissait seulement un accroissement temporaire de production pendant la période considérée, n'avait pas d'activité saisonnière (Cass. soc. 21 mars 2007, n° 05-44967), « *alors même que les juges du fond avaient relevé que l'augmentation de ventes d'articles de sports était en relation directe avec le rythme des saisons* » (Y. Leroy, *art. précité*)

(16) Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 09-42597 : « *la Cour d'appel a constaté que l'activité de transport en autocar de l'employeur s'exerçait sur toute l'année et que l'étude de la répartition du chiffre d'affaires pour les années 2003-2004 ainsi que le nombre de personnes transportées sur l'année 2005 ne permettait pas de retenir que l'activité de*

l'entreprise avait augmenté de façon significative entre les mois de mars et novembre de sorte que la différence des chiffres d'affaires par rapport aux autres mois de l'année n'était pas suffisamment caractérisée pour justifier le recours à un contrat saisonnier ».

(17) C. app. Douai, 28 oct. 2005, n° 04-01782 : augmentation significative de la fréquentation d'un restaurant situé à Boulogne-sur-Mer ; C. app. Metz, 10 oct. 2011, n° 09-02697 : augmentation de l'affluence d'un parc zoologique durant le printemps et l'été permettant l'embauche en contrat saisonnier d'un salarié affecté à la confection et à la vente de sandwiches.

(18) C. Roy-Loustaunau, obs. sous Cass. soc., 26 oct. 1999, Dr. social 1999, p. 1097.

(19) Plus explicite, Cass. soc. 17 sept. 2008, n° 07-42463 : l'employeur était une entreprise de transports routiers dont l'activité s'exerçait toute l'année ; aucun élément n'était produit pour établir que les carrières visées dans les contrats de travail auraient eu une activité saisonnière ; la circonstance que les chantiers de travaux publics sont soumis aux conditions climatiques, était insuffisante pour démontrer que l'emploi de chauffeur de carrière serait une tâche appelée à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectif

(20) Cass. soc., 12 oct. 1999, n° 97-40915 ; déjà, Cass. soc., 19 juin 1987, n° 84-42377 : recrutement sous contrat à durée déterminée d'un ouvrier boucher pendant la saison d'été dans un établissement implanté dans une zone touristique.

que cette activité de caisse est assurée par ailleurs toute l'année. Dans le même esprit, elle devait décider, plus récemment, que « *l'activité permanente de l'entreprise de blanchisserie liée à sa clientèle en dehors de la saison touristique n'exclut pas qu'il puisse être recouru, pour l'accomplissement de tâches liées à l'accroissement de clientèle entraîné par la saison touristique, à un contrat saisonnier pour un emploi de chauffeur-livreur* » (21).

L'arrêt du 19 septembre 2013 s'inscrit indéniablement dans cette séquence jurisprudentielle : « *son activité touristique étant caractérisée par un accroissement significatif du nombre de passagers, chaque année, à des dates à peu près fixes, et les contrats conclus avec le salarié couvrant les trois mois de l'année pendant lesquels il transportait le plus grand nombre de passager* », l'employeur (une entreprise de bateaux bus) était en droit de conclure un contrat à durée déterminée de saison avec un capitaine.

(21) Cass. soc. 19 mai 2010, n° 08-44409.

(22) Cass. soc. 31 mai 2007, n° 06-42112 ; mais le salarié pourra bénéficier d'une éventuelle clause conventionnelle de reconduction (C. trav. art. L. 1244-2 al. 2).

Position qui mérite, à notre sens, d'être approuvée : on ne voit guère en effet ce qui pourrait bien justifier que des salariés embauchés, à durée limitée, pour une raison identique (existence d'une activité saisonnière), ne soient pas traités de la même manière – fut-ce malheureusement pour se voir priver de l'indemnité de précarité (C. trav., art. L. 1243-10 1° (22)) ! – selon la manière dont la « saison » impacte l'activité de l'entreprise (surcroît de l'activité exercée en toutes saisons ou déploiement d'une activité exercée uniquement pendant la saison).

« Qui a dit qu'il n'y avait plus de saisons ? » s'interrogeait récemment un auteur (23). Une certitude : ce n'est pas la Chambre sociale de la Cour de cassation...

Patrice Adam,

Professeur à l'Université de Lorraine

(23) Y. Leroy, *art. précité*.