

CONTRAT A DUREE DETERMINEE – Contrat d'usage - Recours - Conditions (quatre espèces).

Première espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 novembre 2003

Acerep SA contre V. et autre

Sur le moyen unique :

Attendu que M. V. a été employé par l'association Acerep, en qualité de formateur, à compter du 25 septembre 1995 et jusqu'au 31 mars 1998, en vertu de contrats à durée déterminée, successivement renouvelés ; que le 1er avril 1998, l'association Acerep a proposé à M. V. un contrat à durée indéterminée, comportant une clause d'association rendue nécessaire par la transformation de cette association en société coopérative ; que M. V. ayant refusé ce contrat, la société Acerep a rompu les relations contractuelles et lui a adressé un certificat de travail et une attestation destinée à l'ASSEDIC ; que M. V. a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à la requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée et au paiement d'indemnités, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Attendu que la société Acerep fait grief à l'arrêt attaqué (Grenoble, 25 juin 2001) d'avoir fait droit à ces demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que la répétition de missions semblables pendant plusieurs années est autorisée par l'article L. 122-3-10, alinéa 2, du Code du travail dans la mesure où les contrats à durée déterminée sont conclus successivement avec le même salarié au titre du 3° de l'article L. 122-1-1 du même Code ; que cette répétition ne suffit pas à caractériser la nature permanente de l'emploi occupé par un salarié ; qu'en l'espèce, la société Acerep faisait valoir que les contrats proposés à M. V. intervenaient dans le cadre d'actions limitées dans le temps, qu'ils étaient fonction de conventions précises et à durée limitée avec l'ANPE, lesquelles conventions concernaient des prestations particulières mises en œuvre selon le cahier des charges précis déterminé par l'ANPE ; qu'en se bornant, pour requalifier les différents contrats à durée déterminée de M. V. en un seul contrat à durée indéterminée, à des considérations d'ordre général à l'activité de l'employeur qui relève de l'enseignement, sans rechercher, ainsi que le faisait valoir la société Acerep, si la nature spécifique des missions confiées au formateur, lesquelles étaient déterminées par l'ANPE qui en fixait les conditions dans des conventions précises et à durée limitée, ne présentait pas un caractère temporaire, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-1-13° et D. 121-2 du Code du travail ;

2°/ qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen des conclusions, la Cour d'appel a méconnu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

3°/ que l'activité de l'Acerep dépendant exclusivement des conventions temporaires passées avec l'ANPE, la Cour d'appel ne pouvait, sans autrement s'en expliquer, affirmer que le fait, pour celle-ci, d'avoir proposé à M. V. un contrat de formateur à durée indéterminée à l'issue de son dernier contrat à durée déterminée de formateur qui avait pris fin le 31 mars 1998, établissait que l'emploi de ce salarié relevait de l'activité normale et permanente de l'entreprise au sens de l'article 121-1, alinéa 1er, du Code du travail ; que ce motif insuffisant ne justifie pas légalement la solution de l'arrêt attaqué au regard de ce dernier texte ;

4°/ que n'est pas responsable de la rupture des relations contractuelles l'employeur qui propose à un salarié, à l'issue de son contrat à durée déterminée, un nouvel engagement à durée indéterminée à des conditions différentes des précédentes ; qu'en l'espèce, la société Acerep avait fait valoir

que l'emploi de formateur proposé pour une durée indéterminée à M. V. à l'issue de son dernier contrat à durée déterminée devait s'exercer dans les nouvelles activités qu'elle avait prévu de développer dans le cadre de sa nouvelle structure juridique – transformation en coopérative –, que tout recrutement dans le cadre de cette structure était subordonné à la condition que le salarié soit aussi sociétaire de la coopérative, et que M. V. avait refusé cette condition ; qu'en décidant, sans s'expliquer sur ce moyen des conclusions, que la société Acerep était responsable de la rupture des relations contractuelles, la Cour d'appel a violé l'article L. 122-1-1 du Code du travail ;

5°/ que, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par mise en société, les contrats de travail en cours au jour de la modification, ne subsistent avec le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise que si ce personnel est d'accord ; qu'en l'espèce, il est constant que l'association Acerep est devenue société coopérative à la fin de 1997, que cette forme juridique lui imposait de ne recruter ses salariés que parmi ses sociétaires et que c'est après cette transformation qu'elle a proposé à M. V., à l'issue de son contrat à durée déterminée, un contrat à durée indéterminée devant s'exercer, avec la même qualification dans le cadre de ses activités nouvelles à la condition qu'il devienne sociétaire ; qu'il est également constant que M. V. a refusé cette proposition ; qu'en imputant à la société Acerep la responsabilité de la rupture des relations contractuelles sans s'expliquer sur ce moyen des conclusions, la Cour d'appel a aussi violé l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 du Code du travail, d'abord, que dans les secteurs d'activités 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 en 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'activités défini par l'article D. 121-2 du Code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu ;

Et attendu qu'il ressort des énonciations de l'arrêt que l'emploi occupé par M. V. n'était pas de ceux pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans ce secteur d'activité ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(MM. Sargos, prés. - Bailly, cons. rapp. - Allix, av. gén. - SCP Lesourd, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez)

Deuxième espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 novembre 2003
SEM AS Cannes Volley Ball contre G.

Sur le moyen unique :

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'activités 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 en 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'activités défini par l'article D 121-2 du Code du travail ou par une convention ou un accord collectif étendu ;

Attendu que M. G. a été engagé en 1983 par la société AS Cannes Volley Club en qualité de joueur professionnel de volley-ball ; que le 1^{er} septembre 1991, les parties ont conclu un contrat d'une durée de trois années, renouvelé pour deux ans le 31 mai 1994 ; qu'au terme de la période de

renouvellement, il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de son contrat en contrat à durée indéterminée et le paiement de diverses sommes ;

Attendu que, pour faire droit à ces demandes, la Cour d'appel a retenu que l'A.S. Cannes Volley ball ne rapporte la preuve d'aucun usage constant autorisant le recours au contrat à durée déterminée dans ce sport ; que la durée des contrats successifs étant supérieure à celle de la saison sportive, l'employeur avait ainsi pourvu un emploi de façon permanente et non pour la durée de cette saison et que la relation contractuelle devait donc être requalifiée à durée indéterminée, de sorte que la rupture du contrat à l'issue de la dernière période était dépourvue de cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, par un motif inopérant, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en ce qui concerne l'emploi de M. G., il était ou non d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans le secteur d'activités du sport professionnel dont relevait l'employeur, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, sauf en ce qu'il a condamné l'employeur à délivrer au salarié des bulletins de paie pour la période courant du 1^{er} septembre au 31 décembre 1991, l'arrêt rendu

(MM. Sargos, prés. - Bailly, cons. rapp. - Allix, av. gén. - M^e Balat, SCP Vuitton, av.)

Troisième espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 novembre 2003
Association Accord contre C.

Sur le premier moyen, pris en ses deux 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'activités 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 Mlle C. a été engagée par l'association Accord, gestionnaire de centres de vacances et de loisirs, en

qualité d'animatrice ou de directrice adjointe par des contrats de travail à durée déterminée successifs ; qu'à l'échéance du terme du dernier contrat, la salariée, estimant qu'elle avait été liée à l'association par un contrat de travail à durée indéterminée et qu'elle aurait dû percevoir la rémunération minimale prévue par la Convention collective nationale de l'animation socio culturelle pour les personnels des centres de vacances et de loisirs, a saisi la juridiction prud'homale, en vue d'obtenir la requalification de la relation de travail et le paiement d'un rappel de salaires ; que l'arrêt attaqué a accueilli la demande de requalification de Mlle C. en se fondant sur le fait qu'elle avait occupé un emploi à caractère permanent de l'association ;

Qu'en statuant par ce motif inopérant, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, en ce qui concerne l'emploi de Mlle C., il était d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans ce secteur d'activités, 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.

(MM. Sargos, prés. - Liffra, cons. ref. rapp. - Allix, av. gén. - SCP Gatineau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin)

Quatrième espèce : COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 26 novembre 2003
France 2 contre M.

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'activités 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 M. 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. M. en avril 1999 ; que M. M. 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'activités 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. M., 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. M., il était d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée dans ce secteur d'activités, 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.

(MM. Sargos, prés. - Trédez, cons. rapp. - Allix, av. gén. - SCP Gatineau, av.)

NOTE.

I - Encore qu'il soit déjà arrivé à la Cour de cassation de fournir aux employeurs une prime à la fraude en matière de qualification de contrats à durée déterminée (1), il est au moins un domaine dans lequel sa jurisprudence a, pendant de nombreuses années, constitué un solide rempart contre la précarisation illicite des emplois : c'est celui des conditions nécessaires à la validité des contrats à durée déterminée dits "d'usage".

Ainsi la Cour de cassation décidait-elle de façon constante qu'en application de l'article L 122-1-1-3° du Code du travail, les contrats d'usage n'étaient réguliers qu'à la double condition, d'une part, d'avoir été conclus dans un secteur d'activités défini par décret ou par une convention ou un accord collectif étendu dans lequel il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et, d'autre part, que l'emploi occupé soit par nature temporaire. Elle ajoutait qu'en application de l'article L 122-1, cet emploi ne devait en toute hypothèse pas être rattaché à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Il en résultait que chaque fois que l'emploi n'avait pas de caractère temporaire, la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée s'imposait *ipso facto*, sans que le juge ait à rechercher si cet emploi se trouvait dans un secteur d'activités au sens de la loi ni s'il existait un usage constant dans ce secteur de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée pour cet emploi (2). La solution était simple et en tous points conforme à la lettre comme à l'esprit de la loi.

L'article L 122-1-1-3° prévoit en effet qu'un contrat à durée déterminée peut être conclu pour des 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 contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée **et** du caractère par nature temporaire de l'emploi".

En outre, l'article L 122-1 alinéa 1 précise que "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 permanente de l'entreprise**", cette règle étant assortie de sanctions pénales (article L 152-1-4).

Enfin, l'article 1 de la loi du 12 juillet 1990, dont ces dispositions sont issues, stipule, en son alinéa 1, que "le contrat à durée déterminée est la forme normale du contrat de travail", et en son alinéa 2, que le dispositif législatif doit "avoir pour effet de faire reculer la proportion d'emplois précaires". Le législateur a voulu que, même là où il existe un usage constant de recourir à des contrats à durée déterminée pour certains emplois, le contrat à durée indéterminée demeure la règle lorsqu'il s'agit de pourvoir des emplois permanents.

(1) Soc. 13 mars 2001 Hugues contre Société France Télécom, Bull. n° 87, commenté par MF. Bied-Charreton in Dr. Ouv. 2001, page 300 et s.

(2) Soc. 21 mars 2000 Bull. n° 108 ; Soc. 17 décembre 1997 Bull. n° 448 ; voir aussi : Crim. 27 novembre 2001 Bull. n° 247.

L'existence d'un tel usage ne peut en soi faire présumer du caractère temporaire de l'emploi : une telle présomption ferait l'impasse sur l'objet premier de la loi qui est de protéger les salariés des fraudes consistant à les précariser sur des emplois stables, protection dont l'effectivité ne peut être garantie que par le contrôle du juge sur la réalité caractère temporaire de l'emploi.

La jurisprudence était jusque là conforme à cet ordre public social.

II - C'est ce principe directeur de la loi de 1990 que la Cour de cassation paraît avoir oublié avec les arrêts rapportés du 26 novembre 2003. Il suffit désormais pour assurer la validité des contrats à durée déterminée d'usage "qu'un usage constant autorise l'employeur à ne pas recourir à un contrat à durée déterminée, dès lors que l'on se trouve dans l'un des secteurs désignés par l'article D 121-2 du Code du travail ou par un accord ou une convention collective étendue. Il incombe donc au juge saisi d'une demande de requalification en contrat à durée indéterminée de rechercher, d'une part, si l'on se trouve dans l'un de ces secteurs d'activités, d'autre part, dans l'affirmative, s'il est justifié d'un usage constant selon lequel l'emploi en cause ne relève pas du contrat à durée indéterminée". C'est en effet en ces termes que ces arrêts sont présentés par M. Bailly, conseiller rapporteur dans ces affaires (3).

Ce surprenant revirement de jurisprudence, par l'effet duquel la condition légale de l'emploi permanent est évincée, est expliqué par le conseiller rapporteur, d'une part, par une prétendue "opposition" entre l'article L 122-1 précité du Code du travail et son article L 122-3-10 qui autorise une reconduction illimitée des contrats d'usage, et, d'autre part, par une soi-disante contradiction que constitue l'exigence pour le juge de constater l'existence d'un emploi par nature temporaire alors même qu'il se trouve en présence d'un usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée (4).

Le critère de l'emploi permanent serait, selon cette thèse consacrée par les arrêts rapportés, "incertain" dans sa mise en œuvre. La présentation de ces difficultés par le conseiller rapporteur, inspirée des commentaires discutables de C. Roy-Loustaunau (5), témoigne d'une incompréhension majeure du dispositif législatif en vigueur, tel qu'il a été rappelé.

Les notions d'emploi temporaire et d'emploi permanent, dégagées par la jurisprudence antérieure, ont toujours été claires et elles n'ont au surplus jamais entravé l'application de l'article L 122-3-10 du Code du travail.

Faut-il rappeler que, selon cette jurisprudence :

- les emplois sont temporaires lorsque le salarié a été recruté pour l'exécution d'une tâche déterminée et temporaire, selon des contrats ayant chacun pour terme la réalisation de l'objet pour lequel il avait été conclu (6) ;
- il en est par exemple ainsi lorsque le salarié est engagé par une entreprise de télévision pour promouvoir une émission de télévision unique "et alors qu'un programme télévisuel lorsqu'il est soumis aux aléas d'accords à durée limitée passés avec des chaînes de télévision revêt un caractère précaire" (7) ;
- en revanche, l'emploi pourvu ne revêt pas un caractère temporaire lorsqu'il se rattache à l'activité normale et permanente de l'entreprise, comme par exemple celui d'un responsable d'antenne caractérisé par la continuité du service et sa permanence, s'agissant d'une fonction normale de l'opération de diffusion qui, comme telle est liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise (8), ou encore l'emploi de présentateur-animateur à diverses émissions produites par la société de télévision et non à des émissions déterminées et limitées dans le temps (9).

Est également un emploi permanent selon cette jurisprudence celui de présentateur attitré d'une chaîne de radio pour des émissions déterminées dès lors que le salarié n'avait pas été chargé d'une mission spécifique et temporaire mais avait assuré pendant trois ans sur une tranche horaire déterminée toutes les émissions de la chaîne de radio, peu important que le renouvellement des programmes impliquait, selon cette dernière, un changement d'animateur (10).

Le renouvellement fréquent des contrats est, dans cette optique, un indice parmi d'autres d'une relation à durée indéterminée (11). Cet indice est au demeurant imposé par l'article L 122-1 qui interdit qu'un salarié sous contrat

(3) Cf. "A propos du contrat à durée déterminée d'usage", RJS 2004, page 7 et s., spécialement page 10, 2^e colonne.

(4) P. Bailly précité in RJS 2004 précitée page 10, 1^{re} colonne *in fine* et 2^e colonne, alinéa 1 ; voir aussi, dans le même sens, sur l'ensemble de ces points : Bull. d'Information de la Cour de cassation du 15 février 2004, n° 200, p. 34.

(5) cf. par exemple : Droit Social 2000 page 768 sous Soc. 21 mars 2000, qui qualifie la notion d'emploi permanent de "nébuleuse incontrôlable".

(6) Soc. 25 avril 1990 Bull. n° 185 ; Soc. 14 novembre 1990 Bull. n° 550.

(7) Soc. 5 décembre 2001 pourvoi n° 00-40.632.

(8) Soc. 17 décembre 1997 Bull. n°449.

(9) Soc. 10 octobre 1995 Bull. n° 263.

(10) Soc. 21 mars 2000 Bull. n° 108 précité, commenté par C. Roy-Loustaunau in Droit social 2000 précité pages 767 et 768.

(11) Soc. 21 mars 2000 et 10 octobre 1995 précités.

à durée déterminée occupe “durablement” un emploi permanent. Les “difficultés” invoquées pour justifier la nouvelle jurisprudence sont tout simplement inexistantes.

III - La solution adoptée introduit de ce fait un facteur de grave insécurité juridique. Toutes les décisions rendues sous l'empire de la jurisprudence antérieure sont en passe d'être cassées, la plupart du temps par un moyen de cassation relevé d'office qui reproche aux juges du fond d'avoir requalifié des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée au motif “inopérant” que l'emploi pourvu se rattachait à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le débat judiciaire va désormais se placer sur deux terrains difficiles à maîtriser, l'un relatif à la caractérisation du secteur d'activités au sens de l'article D 121-2 du Code du travail et l'autre à la démonstration de l'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée sur l'emploi concerné dans ledit secteur.

En ce qui concerne le premier débat, un arrêt du 8 juillet 2003 (12) illustre le caractère délicat de la qualification de “secteur d'activités” en ce qu'il a refusé, certes de façon protectrice pour le salarié mais pour des raisons que l'on ignore, de considérer l'activité d'une société de collecte et de gestion des paris sur des courses de chevaux comme entrant dans un secteur d'activités permettant les contrats d'usage alors qu'il avait été soutenu que l'activité en cause relevait du sport ou du spectacle, secteurs d'activités dans lesquels sont autorisés les contrats d'usage. L'incertitude de la notion de secteur d'activités est ainsi un facteur d'insécurité juridique, la Cour de cassation n'en ayant pas suffisamment cerné les contours.

Quant au second débat, il soulève la question des critères requis pour définir un usage au niveau d'un secteur d'activités et pour un emploi déterminé. On peut d'abord se poser la question de quelle est la définition exacte de l'emploi à prendre en compte dans ce contexte. On peut ensuite se demander quels sont les critères de l'usage constant alors que la Cour de cassation n'en donne aucune définition. Enfin la dernière difficulté, et non des moindres, est celle de démontrer l'existence ou l'absence d'un tel usage, au niveau non pas de l'entreprise mais de l'ensemble du secteur d'activités.

Le salarié, qui auparavant avait seulement à démontrer le caractère permanent de son emploi pour obtenir la requalification d'un contrat à durée déterminée dit “d'usage”, aura toutes les peines du monde à contredire utilement un employeur qui se prévaut d'un usage constant, tant cette notion est à ce jour difficile à cerner. Sans doute appartient-il à celui qui se prévaut d'un usage de le démontrer mais cette application des principes probatoires risque de se heurter à un nouvel obstacle, l'employeur pouvant invoquer, à titre d'usage constant, la répétition de pratiques jusqu'alors illicites au niveau du secteur d'activités consistant à recourir à des salariés sous contrat d'usage pour pourvoir des emplois permanents.

On attend donc de la Chambre sociale des principes susceptibles de définir et d'encadrer la notion d'usage constant.

IV - Les arrêts du 26 novembre 2003 constituent un véritable encouragement à la fraude pour les employeurs qui, dans les secteurs d'activités visés, recourent (ou vont recourir, quand ce n'est pas déjà le cas) sans vergogne à des contrats à durée déterminée d'usage pour pourvoir des emplois qui n'ont aucun caractère temporaire : ils invoqueront leur propre pratique pour légitimer le recours systématique aux contrats à durée déterminée renouvelables sans limite de durée.

Car que disent les arrêts du 26 novembre 2003, sinon que la seule existence de cet usage constant dans un secteur d'activités au sens de la loi fait présumer du caractère temporaire de l'emploi pourvu, sans que les juges ne puissent plus effectuer aucun contrôle sur la réalité de ce caractère temporaire ?

Ainsi des “usages constants” de recours à des contrats à durée déterminée, jusqu'alors pratiques illicites, vont-ils être, par le seul effet de cette nouvelle jurisprudence, validés à grande échelle en violation des articles L 122-1 et L 122-1-1-3° qui interdisent de pourvoir des emplois permanents par des contrats à durée déterminée.

Il est pourtant de principe bien établi que les usages illicites sont privés d'effet (13). L'usage étant supplétif de la volonté des parties (14), l'article 1134 du Code civil selon lequel seules les conventions *légalement* formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites trouve application en la matière.

(12) Soc. 8 juillet 2003 pourvoi n° 02-45.092 GIE Pari Mutuel Hippodrome.

(13) Par exemple : Soc. 4 mai 1999 Bull. n° 187 et Soc. 14 novembre 1990 Bull. n° 549 : un usage ne peut créer à lui seul un régime d'horaire d'équivalence.

(14) Soc. 19 décembre 1990 Bull. n° 688 ; Soc. 25 janvier 1995 Bull. n° 40.

Il en est de même, pour la même raison, de l'article L 132-4 du Code du travail qui interdit à une convention ou à un accord collectif de déroger à une disposition légale d'ordre public, et la loi du 12 juillet 1990 est d'ordre public.

Avec les arrêts rapportés, nous allons ainsi assister à l'émergence sans texte d'usages "dérogatoires" aux dispositions d'ordre public des articles L 122-1 et L 122-1-1-3° du Code du travail. Les salariés déjà très précarisés des secteurs d'activités concernés ne pourront plus s'adresser au juge pour obtenir le respect de leur droit à cette forme normale du contrat de travail qu'est le contrat à durée indéterminée, lorsque leur emploi sera lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. C'est le principe directeur de la loi du 12 juillet 1990 qui est bafoué.

Et l'on assistera à la stabilisation des "*deux cités*" tant redoutée par les auteurs de la loi, qui, lors des débats parlementaires, avaient stigmatisé cette "*ville lumière*" où l'on vit "*riche et heureux*" tandis que, dans la "*cité voisine*", les jeunes n'ont d'autre perspective que la succession de contrats et vivent "*avec un horizon à durée déterminée*" (15).

Cette stabilisation des deux cités interviendra au surplus, faut-il le rappeler, à une époque où l'équilibre financier du régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle se trouve gravement menacé, précisément en raison du recours frauduleux et généralisé à des contrats à durée déterminée "d'usage" pour pourvoir des emplois permanents par les employeurs de ce secteur.

Cette extension organisée de la précarité intervient à un moment où l'utilisation forcenée et illicite du contrat à durée déterminée pour pourvoir des emplois permanents dans le secteur du spectacle a largement participé au déséquilibre du régime d'assurance chômage des intermittents.

Michel Henry et Marie-France Bied-Charreton

(15) Ass. Nat. deuxième séance du 1^{er} juin 1990, JO p. 1994
deuxième colonne, alinéas 1 et 3.