

Sur la constitutionnalité du non-versement à certains titulaires de CDD de l'indemnité de précarité

par Romain MARIÉ, Maître de conférences, Université de Lorraine, membre de l'équipe de recherches Droit et changement social*, Université de Nantes

PLAN

- I. Une différence fondée sur l'âge de l'étudiant et la période d'exécution du CDD
- II. Une différence fondée sur la nature temporaire de l'emploi

La Cour de cassation a saisi le 9 avril 2014 le Conseil constitutionnel de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) relatives l'une et l'autre à des personnes en contrat à durée déterminée (CDD) qui s'estimaient victimes de discrimination en violation du principe d'égalité (1). Dans la première affaire, un étudiant en droit est employé en CDD au cours de ses congés de Noël. Il se voit refuser l'indemnité de précarité qui n'est pas due « *lorsque le contrat est conclu avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires* » en application de l'article L. 1243-10-2° du code du travail. Il dénonce l'absence de définition objective de la notion de jeune auquel se réfère cet article ainsi que le non-respect du principe d'égalité issue des différences opérées entre, d'une part, les étudiants selon leur âge et, d'autre part, les étudiants et les autres salariés en CDD. Dans la seconde affaire, une mission est accomplie dans le cadre d'un CDD d'usage. Sauf dispositions conventionnelles plus favorables, l'article L. 1243-10-1° du code du travail prévoit qu'aucune indemnité de fin de contrat ne peut être versée pour les emplois saisonniers ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité visés par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison des spécificités de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois. L'intéressé invoque l'imprécision de la notion d'usage sur laquelle il ne serait pas possible de fonder une inégalité de traitement.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante sur le principe d'égalité. Il juge en effet « *que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose que la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qu'il établit* » (2). C'est sur cette base que le Conseil constitutionnel a rejeté, dans deux décisions en date du 13 juin 2014, les QPC pour déclarer conformes à la Constitution les articles L. 1243-10

(1° et 2°) et L. 1242-2-3° du code du travail (3). Il a considéré qu'il existait bien des situations différentes susceptibles de justifier une inégalité de traitement entre d'une part les étudiants travaillant pendant leurs vacances scolaires et ceux qui cumulent un emploi avec la poursuite d'études et d'autre part entre les salariés qui en raison de la nature temporaire de leur emploi relèvent d'un CDD d'usage et les titulaires d'un CDD classique.

Le droit du travail n'a pas suscité beaucoup de QPC fondées sur le principe d'égalité (4). L'occasion était offerte au Conseil constitutionnel de s'interroger sur la constitutionnalité de dispositions dérogoires aux CDD classiques qui sont, outre celles qui sont soumises en l'espèce à son contrôle,

*UMR CNRS 6028.

(1) Cass. soc., QPC, 9 avr. 2014, n°14-40.009 et 14-40.001, Publiés au Bulletin, N. Malherbe, L'exclusion des étudiants en CDD du bénéfice de l'indemnité de précarité face au principe d'égalité, Sem. Soc. Lamy 2014, n°1630, p.6. - J. Mouly, L'indemnité de fin de contrat à l'épreuve du principe d'égalité, Dr. soc. 2014, p.682.

2) Cons. const., 18 déc. 2003, n°2003-487 DC ; X. Prétot, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité, Dr. soc. 2004, p.245. - Cons. const. 11 oct. 2013, n°2013-346 QPC.

(3) Cons. const., 13 juin 2014, n°2014-401 et n°2014-402 QPC. - Dr. ouvr. 2014, p.686, P.-Y. Gahdoun.

(4) V. Beraud, La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ?, Dr. soc. 2014, p.317.

particulièrement nombreuses (5). Pourtant, les juges semblent avoir fait preuve de prudence en la matière, de peur sans doute d'ouvrir une brèche dans un édifice constellé de contrats au régime juridique spécifique (contrat saisonnier, contrat

d'usage, contrat destiné à favoriser le recrutement de certaines catégories sans emploi...), en adoptant une argumentation peu convaincante pour justifier les différences qui touchent les jeunes (I) et les titulaires d'un contrat d'usage (II).

I. Une différence fondée sur l'âge de l'étudiant et la période d'exécution du CDD

Le requérant a d'abord soulevé, semble-t-il à raison, l'imprécision entourant le recours au mot « jeune ». Si la jeunesse constitue l'élément justifiant l'inégalité de traitement, cette notion doit être déterminée précisément. Le Conseil constitutionnel n'interdit pas les distinctions reposant sur l'âge comme l'atteste d'ailleurs la décision concernant le contrat première embauche (6). Il le rappelle ici en indiquant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que des dispositions législatives relatives aux élèves ou aux étudiants soient soumises à une limite d'âge. Mais encore faut-il que le critère sur lequel sont fondées les différences soit défini par la loi pour être objectif et rationnel et ne pas laisser aux autorités chargées de l'appliquer une quelconque marge d'appréciation (7). Or, force est de constater que ni l'article L. 1243-10 du code du travail ni aucun autre article s'y rapportant ne fixe de seuil.

Le Conseil constitutionnel a rapidement écarté cet argument en considérant qu'en l'espèce il était nécessaire de se référer à l'article L. 381-4 du code de la sécurité sociale au terme duquel « *sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales les élèves et les étudiants des établissements d'enseignement supérieur, des écoles techniques supérieures, des grandes écoles et classes du second degré préparatoires à ces écoles, qui (...) ne dépassent pas un âge limite* ». L'article R. 381-5 du code de la sécurité sociale le fixe à 28 ans. Des exceptions prévues aux articles R. 381-7 et suivants du code de la sécurité sociale permettent de repousser cet âge de 1 à 4 ans, rendant extrêmement variable et malléable la notion de jeune. Sont ainsi privés de l'indemnité de fin de contrat tous ceux qui en raison de leur âge peuvent être affiliés au régime étudiant et non pas exclusivement ceux qui y sont effectivement rattachés. Un étudiant de moins de 28 ans est en effet susceptible de relever d'un régime autre que le régime étudiant soit parce qu'il est ayant droit soit parce qu'il exerce

une activité professionnelle salariée ou non.

Le lien entre ces articles du code de la sécurité sociale qui déterminent le champ d'application personnel du régime étudiant et l'article L. 1243-10-2° du code du travail est relativement ténu et loin d'être évident. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a pas estimé nécessaire de motiver sa décision sur ce point, laissant ainsi le lecteur dans une certaine perplexité. Le seul point commun entre ces articles aux philosophies différentes est qu'ils concernent des personnes inscrites dans un établissement scolaire ou universitaire. Comment expliquer cette référence au code de la sécurité sociale et non au code du travail qui contient aussi de nombreuses dispositions subordonnant à des seuils d'âge l'emploi des jeunes travailleurs ? Il n'est pas interdit de penser que le Conseil constitutionnel aurait aussi bien pu viser un tout autre code pour asseoir son argumentation, tel que le code général des impôts comme le suggère un auteur (8).

Le Conseil constitutionnel a dans un second temps considéré que l'inégalité de traitement était bien fondée sur une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi. Rappelons d'abord que l'indemnité de fin de contrat a pour objectif, comme l'indique clairement l'article L. 1243-8 du code de travail, de compenser le préjudice lorsque, au terme du CDD, les relations contractuelles de travail ne débouchent pas sur un CDI. Si la notion de précarité est fondamentale, elle n'est prise en compte qu'à partir du moment où à l'issue du CDD la relation de travail ne se poursuit pas, pour une cause étrangère au salarié, sous la forme d'un CDI. Il ne fait ici aucun doute que la situation des étudiants n'est pas comparable à celle des autres personnes en CDD. En tant que travailleurs en construction inscrits dans un cycle d'études, ils n'ont pas vocation, qu'ils cumulent emploi et formation ou qu'ils soient exclusivement employés pendant les périodes de vacances, à

(5) P. Lokiec, L'égalité devant la loi, Dr. soc. 2014, p. 325.

(6) Cons. const., 30 mars 2006, n°2006-535 DC, Dr. soc. 2006, p. 494, note X. Prétot.

(7) Cons. const., 6 déc. 2001, n°2001-452 DC. - Cons. const., 13 avr. 2012, n°2012-232, QPC. - Cons. const., 28 mars 2013, n°2013-299 QPC, C. Radé, P. Gervier, Constitutions 2013, p. 238.

(8) T. Lamarche, L'étudiant employé pendant ses vacances n'est pas un salarié comme les autres, JCP S 2014, 1320.

obtenir, juste après leur CDD, un CDI qui est la forme normale et générale de la relation de travail.

En revanche, il semble difficile de justifier les distinctions opérées entre les étudiants qui sont employés durant l'année scolaire ou universitaire, éventuellement quelques heures par semaine pour une courte durée, et ceux qui le sont exclusivement à l'occasion de leurs congés. Ces derniers seraient-ils moins précarisés que les autres et par conséquent destinés à rester en marge du dispositif d'indemnisation ? Rien n'est moins sûr ! A *contrario* ceux qui sont recrutés au cours de l'année universitaire seraient susceptibles de bénéficier d'un CDI et devraient à ce titre être dédommagés pour la précarité de leur emploi. De manière encore plus étrange, comment expliquer la césure introduite parmi les étudiants, embauchés lors des vacances, entre ceux qui ont moins de 28 ans et ceux qui plus âgés perçoivent l'indemnité de fin de contrat ? Sans doute faut-il comprendre, sans l'approuver, que les « vieux » étudiants sont, en raison de leur âge, suffisamment mûrs pour espérer un CDI

même s'ils poursuivent leurs études. Et que dire de celui qui, tout en n'étant plus totalement étudiant n'en est pas pour autant encore primo demandeur d'emploi, travaillerait pendant la période estivale en attendant septembre et la soutenance de son mémoire synonyme d'achèvement de son cycle de formation ?

Les inégalités de traitement introduites entre les étudiants semblent donc difficiles à objectiver. Comment justifier en outre qu'en vertu de l'article L. 1251-32 du code du travail l'indemnité de précarité soit due aux étudiants qui travaillent en intérim pendant leurs vacances scolaires et pas à ceux recrutés en CDD ? Bien que les critères de distinction basés sur l'âge et la période de l'année au cours de laquelle le CDD est conclu soient loin d'emporter la conviction, le Conseil constitutionnel a considéré que les différences étaient en rapport avec la loi qui les détermine, au même titre que celles touchant les titulaires d'un CDD d'usage face aux salariés en CDD classique.

II. Une différence fondée sur la nature temporaire de l'emploi

Il est possible de conclure un CDD pour les emplois saisonniers ou pour lesquels, dans certains secteurs définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est *d'usage* constant de ne pas recourir au CDI en raison des spécificités de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois. Aux termes de l'article L. 1243-10 du code du travail, aucune indemnité de fin de contrat n'est alors due. Le requérant a d'abord indiqué que la notion d'usage visée à l'article L. 1242-2-3° du code du travail était inintelligible et insusceptible de constituer un critère objectif et rationnel pour fonder une différence. Le Conseil constitutionnel a néanmoins déjà admis que les usages ou les traditions pouvaient être à l'origine d'une inégalité de traitement (9). Il appartient dès lors au pouvoir réglementaire de prendre la décision d'arrêter la liste des secteurs où il est d'usage constant de ne pas proposer de CDI ou le cas échéant de la compléter par extension d'une convention ou un accord collectif, si sont effectivement établies la particularité de l'activité et la nature temporaire de l'emploi en cause.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a estimé que la différence établie entre les titulaires d'un CDD d'usage et les salariés en CDD classique n'était pas liée

à la situation personnelle du travailleur mais aux caractéristiques des emplois en cause. Si l'indemnité de fin de contrat a pour objectif de compenser la précarité, les personnes embauchées dans les secteurs où il est d'usage de ne pas conclure de CDI n'ont pas vocation à la percevoir. N'étant pas en mesure d'obtenir un CDI, elles n'ont pas la possibilité d'invoquer un préjudice quelconque. Cette argumentation est toutefois contestable. Malgré les spécificités du régime juridique du CDD d'usage, il ne vaut que pour l'accomplissement d'une tâche précise et temporaire. Il ne peut en outre avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré que la convention collective du rugby ne saurait interdire le CDI comme mode d'exécution de la relation contractuelle, peu important que le sport professionnel constitue un des secteurs visés à l'article D. 1242-1 du code du travail (10). Il ne suffit pas que l'emploi soit exercé dans un de ces secteurs d'activité, ni qu'il soit d'usage constant de ne pas recourir au CDI, il faut également qu'il soit par nature temporaire. L'employeur aura d'ailleurs à apporter la preuve que l'emploi en question présente bien cette particularité. Le CDI conserve ainsi toute sa légitimité

(9) Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC. - Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC.

(10) Cass. soc., 2 avr. 2014, n° 11-25.442, publié au bulletin ; J. Mouly, Même dans le domaine des contrats à durée déterminée par nature, l'exclusion conventionnelle du contrat à durée indéterminée est illicite, Dr. soc. 2014, p. 576.

même pour les emplois où il est possible de se limiter au CDD d'usage.

De manière un peu plus prosaïque et moins juridique, s'il est un domaine où les salariés seraient en mesure d'invoquer un préjudice lié à l'instabilité de leur emploi, c'est bien celui des contrats d'usage. La jurisprudence de la Cour de cassation fourmille de cas de travailleurs employés de longues années, par la même entreprise, par contrats successifs souvent entrecoupés de périodes d'inactivité plus ou moins longues (11). Difficile dès lors d'imaginer que la précarité n'est pas présente dans ce type de contrats, conclus parfois pour quelques heures seulement.

Conclusion

Bien que la motivation de ces décisions soit loin d'être convaincante, particulièrement pour celle qui

intéresse les étudiants, elles correspondent à ce qu'il était envisageable d'attendre du Conseil constitutionnel. Difficile en effet d'imaginer qu'il eût pris le risque de déclarer non conformes à la Constitution des dispositions qui ne constituent qu'un aperçu des mécanismes dérogatoires qui émaillent la réglementation relative au CDD. Admettre l'absence de conformité de l'article L.1243-10 du code du travail aurait irrémédiablement conduit à s'interroger sur la constitutionnalité d'un certain nombre d'autres mesures particulièrement dans le cadre du CDD d'usage qui s'éloigne du droit commun des CDD sur la durée des contrats (12), les conditions de renouvellement, le délai de carence.

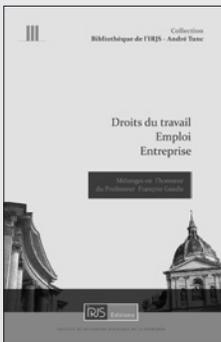
Romain Marié

(11) Cass. soc., 26 janv. 2005, n°02-45.342, Bull. civ. V, n°21, Dr. Ouv. 2005 p.396 et 435 n. A. de Senga, pour une personne ayant travaillé du 12 mai 1997 au 30 mai 1999, en qualité de receveuse, suivant cent quatre contrats à durée déterminée successifs.

(12) Cass. soc., 28 oct. 1997, n°95-43.101, Bull. civ. V, n°336.

DROITS DU TRAVAIL, EMPLOI, ENTREPRISE

Mélanges dédiés à François Gaudu



IRJS Editions
Paris I Sorbonne - 2014
404 pages - 79 euros
irjs-editions@univ-paris1.fr

Première partie : Autour de l'emploi

Réflexions sur le contrat de travail, Philippe Waquet

Droit du travail et emploi, Jean-Denis Combexelle

« Un seul lit pour deux rêves ». Six ans après, que reste-t-il de la « flexicurité » ?, Jean-Claude Barbier

L'emploi décent : le débat sur un salaire minimum en Allemagne, Achim Seifert

L'insaisissable droit à l'emploi, Franck Petit

Détachement et fraude à la loi : Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe, Etienne Pataut

L'évitement du licenciement pour motif économique, Pascal Lokiec

Entre formation professionnelle et emploi : les clauses de dédit-formation, Jean Mouly

Travail et emploi dans vingt ans, Jean-Emmanuel Ray

Deuxième partie :

Sources nationales et internationales

Une réforme constitutionnelle pour quelle « autonomie collective » ?, Martine Le Friant

Pour une réforme constitutionnelle ambitieuse du dialogue social, Christophe Radé

Inconventionnalité du droit interne : remarques très parcellaires sur l'identification de la norme applicable, Pierre Rodière

Quel droit social européen ? Propos irrévérrencieux sur un objet surestimé dans l'enseignement universitaire, Patrick Rémy

Troisième partie : L'entreprise

Pour une réforme du droit de la représentation du personnel dans l'entreprise, Bernard Teyssie

Négociation sous contrainte : Un nouveau visage de la négociation collective en France ?, Florence Canut

Le syndicat - contrat, Gilles Auzero

Les chemins vers l'entreprise sociale :

la voie de l'hybridation, Alain Couret

La communauté de travail et la création de valeur financière, Charley Hannoun

La communauté de travail et la création de valeur financière, Charley Hannoun

Quatrième partie : Florilèges

L'évitement du licenciement pour motif tiré de la vie personnelle, Grégoire Loiseau

Un nouvel horizon pour le droit à l'emploi :

le droit à la vie privée, Jean-François Akandji-Kombé

La liberté religieuse dans les relations de travail.

Regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, Christophe Vigneau

L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non concurrence, Dirk Baugard

Brève étude comparative du contrat de travail en droit chinois et en droit français, Ai-Qing Zheng

Sur le cumul d'une activité et d'une pension de retraite, Jean-Pierre Chauchard

Le test probatoire de la coïncidence, Emmanuel Jeuland.

<http://symposium.univ-paris1.fr/IRJS/>