

CDD et « variation cyclique d'activité » Un arrêt, deux questions et (peut-être) deux ruptures

(Cass. Soc. 25 mars 2015, n° 13-27.695, P+B)

par Patrice ADAM, Professeur à l'Université de Lorraine

PLAN

- I. Vers une conception étroite de « l'activité saisonnière » ?
- II. Vers une conception large de la « variation cyclique d'activité » ?

Un arrêt, pour deux questions ; un arrêt pour deux ruptures (jurisprudentielles) ? La première question : l'employeur qui exerce l'activité habituelle de manutention de pneumatiques doit-il conclure un CDD saisonnier pour faire face à un surcroît temporaire d'activité lié à une production supplémentaire adaptée à l'hiver ? Dans son pourvoi, formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 12 décembre 2012, un ancien salarié – recruté par « CDD pour accroissement temporaire d'activité » – le soutenait. Sans succès. L'arrêt *Safen*, rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 25 mars 2015 (1), rejette les prétentions du demandeur. Nouvelle illustration contentieuse des difficultés à tracer, à main ferme, la frontière entre « activité saisonnière » (2) et « surcroît d'activité » et, peut-être, première rupture (I). La seconde question : une « variation cyclique d'activité » (non saisonnière) habilite-t-elle l'employeur à conclure un CDD pour « augmentation temporaire d'activité » ? Le salarié le contestait, plaidant qu'une telle variation participe, en réalité, de « l'activité normale et permanente » de l'entreprise au sens de l'article L. 1242-1 du Code du travail. Sans plus de réussite. En ne faisant point écho favorable à la thèse du salarié, la Cour de cassation pourrait bien annoncer une seconde rupture (II).

I. Vers une conception étroite de « l'activité saisonnière » ?

Le « ressort » de la (première) demande du salarié est fort classique ; il est, dans ce type de contentieux, toujours le même : sous peine de requalification en CDI, le CDD doit comporter l'indication précise du motif pour lequel il a été conclu (3). Un seul motif doit être visé dans le contrat précaire (règle de « l'unicité du motif ») ; c'est lui, et lui seul, qui fixe les termes du litige. L'employeur ou le juge ne sauraient donc faire obstacle à la requalification du contrat en mobilisant un autre motif que celui mentionné dans le contrat litigieux. Et le salarié de soutenir, en l'espèce, aux fins de requalification du CDD en CDI (entraînant, à sa suite, celle de la rupture, à terme, en licenciement illégitime), que le cas de recours indiqué dans son contrat de travail (accroissement temporaire d'activité) ne correspond pas au véritable motif (activité saisonnière) de son recrutement temporaire.

Dans la jurisprudence antérieure, la position du salarié semblait trouver solide soutien. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation retient traditionnellement une conception large de la notion d'activité saisonnière (4). Si cette dernière désigne d'abord 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 (5), elle englobe également 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 », c'est-à-dire les emplois supplémentaires générés par le pic d'activité saisonnier. Or, dans l'affaire ici rapportée, le surcroît d'activité était lié à « l'augmentation du cycle de production des pneumatiques et à leur livraison, en prévision de

(1) N° 13-27695, publié, reproduit ci-après p. 327.

(2) Sur la notion d'activité saisonnière, Cass. Soc. 30 sept. 2014, n° 13-21115.

(3) C. trav., art. L. 1242-12 al. 1^{er}.

(4) P. Adam, note sous Cass. Soc. 19 sept. 2013, Dr. ouvrier 2014, p. 91.

(5) Circulaire DRT n° 18-90 du 30 oct. 1990.

la mise sur le marché de pneumatiques spécialement adaptés aux périodes hivernales et de neige » (6). On pouvait donc s'attendre à ce que le moyen soulevé par le salarié reçoive un accueil bienveillant, dans la mesure où l'activité de manutention de l'employeur semblait bien varier en fonction du rythme des saisons (l'hiver n'en est-il pas une ?) et non de sa seule volonté. La Cour d'appel de Lyon faisait d'ailleurs elle-même référence à un « *accroissement saisonnier et récurrent* » de l'activité de l'employeur. Pour quels (obscur) motifs, la production de pneumatiques devrait-elle être traitée différemment de la visite de la tour Eiffel (7), des activités de blanchisserie (8) ou des promenades en barque (9) ? S'il n'y a point de CDD saisonnier sans saison, là où il y a saison, le contrat précaire conclu pour y faire face doit être saisonnier ! L'avis de l'Avocat général Aldigé était en ce sens et plaidait fermement pour la cassation de la décision déferée : « *la cour d'appel, qui a constaté que la manutention de pneumatiques est une activité*

habituelle de l'employeur, qui se répète selon le même cycle chaque année du mois de septembre au mois de janvier, en prévision de mise sur le marché de pneumatiques spécialement adaptés aux périodes hivernales, aurait dû en déduire que cette situation permettait le recours au contrat saisonnier ; elle n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en jugeant que l'employeur était en droit de recourir pour l'embauche du salarié à un contrat de travail à durée déterminée pour faire face à un accroissement temporaire d'activité ». De cet avis, l'arrêt de la Chambre sociale prend manifestement le contre-pied : l'activité de manutention de l'employeur étant habituelle, elle ne peut être qualifiée de saisonnière, son accroissement temporaire « *fut-il lié à une production supplémentaire adaptée à l'hiver* ». Retour à une vision (fort) étroite de l'activité saisonnière ? Rupture dans une séquence jurisprudentielle solidement charpentée ? Il faudra attendre les prochaines décisions de la Haute juridiction pour être (mieux) éclairé.

II. Vers une conception large de la « variation cyclique d'activité » ?

Nul ne contestera qu'il résulte de la lecture combinée des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du Code du travail que le surcroît d'activité ne peut justifier une embauche en CDD que s'il ne se rattache pas à l'activité « *normale et permanente* » de l'entreprise. En d'autres termes, si l'augmentation d'activité est anormale et temporaire ! Mais l'accord s'arrêtera là. Car, évidemment, tout dépend de ce que l'on entend désigner par l'adjectif « (a)normal » ! Il peut renvoyer à l'activité qui se répète à l'identique, sur une période définie (plus ou moins courte ou longue). En ce sens (normalité-répétition), un anniversaire est un événement normal de la vie de l'individu, parce qu'il survient tous les ans – même s'il ne survient qu'une fois par an – à la même date ! Mais « l'activité normale » peut également faire référence à l'activité régulière, courante (la plus commune), de l'entreprise ; dans ce sens (normalité-régularité), l'anniversaire est événement « anormal » (puisque tous les autres jours de l'année ne sont pas des jours d'anniversaire). L'affluence plus grande de la clientèle dans un magasin de prêt-à-porter le samedi relève-t-elle de l'activité normale (et permanente) de l'entreprise ? C'est que, « normale » au premier sens, elle ne l'est plus, elle ne l'est pas, au second.

Ce sont là les « coulisses » de la question formulée par la première branche du moyen de cassation : accomplir, sur un site unique, aux mêmes périodes de l'année, des tâches « non saisonnières » liées à l'activité habituelle de la société employeur, n'est-ce pas répondre à un besoin correspondant à « *l'activité normale et permanente de l'entreprise* » ? C'est se demander, autrement, si un « *accroissement temporaire d'activité* » peut relever de « *l'activité normale et permanente* » de l'entreprise, dès lors qu'il est « programmé et récurrent », qu'il constitue, pour reprendre une expression usitée par la jurisprudence, une « *variation cyclique d'activité* » ? Rattachement qui, à le supposer possible, condamnerait évidemment – sur le fondement de l'article L. 1242-1 du Code du travail – tout recours au CDD.

Dans une première phase, l'abandon par la loi n°90-613 du 12 juillet 1990 du caractère « exceptionnel » (10) de l'accroissement d'activité (condition initialement posée par l'ordonnance n°82-130 du 5 février 1982) comme condition d'accès au « CDD pour surcroît d'activité » a semblé habiliter l'employeur à invoquer, largement, à l'appui de ce cas de recours, des « variations cycliques d'activité », du

(6) CA Lyon, préc.

(7) Cass. Soc., 12 oct. 1999, n°97-40915.

(8) Cass. Soc. 19 mai 2010, n°08-44409.

(9) Cass. Soc. 19 sept. 2013, n°12-18001.

(10) L'adjectif reste cependant classiquement utilisé pour distinguer « *l'accroissement temporaire de l'activité* » de « *l'accroissement durable et constant de l'activité de l'entreprise* » : Cass. Soc. 15 oct. 2014, n°13-18582.

moins lorsqu'elles avaient pour cadre l'année (11). Un arrêt du 23 février 2005 (11 bis) affirmait ainsi, après d'autres (12), « que le recours à des salariés intérimaires ne peut être autorisé que pour les besoins d'une ou plusieurs tâches résultant du seul accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, notamment en cas de variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire que cet accroissement présente un caractère exceptionnel ». Une conception large de la « variation cyclique d'activité » comme figure de l'augmentation temporaire d'activité (au sens de l'article L. 1242-2 du Code du travail) et son corollaire, une approche de la « normalité » comme « régularité », semblaient ainsi consacrés.

Pourtant, il est possible – rétrospectivement – de voir dans cette décision de 2005 l'amorce d'une inflexion de la jurisprudence sociale. En effet, « la variation d'activité » en cause reposait, pour une part non négligeable, sur un aléa (climatique), ce qui la rendait peu « programmable » ou, à tout le moins, pas totalement. Cette décision semble ainsi tracer, à traits (fort) légers, les premières lignes d'une distinction, d'une démarcation, entre les variations cycliques d'activité programmables (« *La programmation, la régularité, la prévisibilité effaceraient, en quelque sorte, la réalité même des variations* » (13)) et celles qui ne le sont pas (seules ces dernières ouvrant droit de recours au CDD pour surcroît d'activité).

Inflexion en faveur d'une conception plus « stricte » (14) de la « variation cyclique d'activité » qui s'accusera peu après. Dans une affaire qui rappelle celle ici commentée, la Haute juridiction considère ainsi que l'organisation d'expositions temporaires (intervenant à la même fréquence chaque année, sur les mêmes périodes annuelles, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique) constitue une activité permanente et non occasionnelle de l'entreprise, même si elle est intermittente (15). « *Infléchissement de la position de la Chambre sociale*

de la Cour de cassation qui semblait pouvoir être rattaché à une ligne jurisprudentielle récente, qui aboutissait, sur plusieurs fronts, à restreindre l'accès au CDD » (16).

À cette orientation jurisprudentielle, l'arrêt *Safen* semble porter un brutal coup... d'arrêt ! Et si elle n'en emprunte pas les mots (point de référence ici à une « variation cyclique d'activité »), elle redonne à l'esprit de la « jurisprudence d'avant-hier » (17) toute sa vigueur. C'est ainsi une conception « large », qui n'est pas « liée à des éléments aléatoires » (18), de la « variation cyclique d'activité » qui se trouve aujourd'hui réhabilitée !

Réhabilitation qui, si elle devait se confirmer, ne serait pas sans poser question(s). Faut-il ainsi considérer que, quelle que soit leur « fréquence » (annuelle, semestrielle, trimestrielle, mensuelle, hebdomadaire), toutes les « variations cycliques de l'activité », même programmables, autorisent désormais la conclusion d'un CDD pour surcroît temporaire d'activité ? Si l'esprit rechigne à le prétendre (déjà, hier, Poulain (19) excluait le recours au CDD pour une variation d'activité sur un jour de la semaine), il peine tout autant à s'en expliquer (20) !

Aussi faut-il peut-être changer d'horizon. L'article L. 1221-2 du Code du travail en est la ligne de fuite : « *le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* ». En droit positif, le CDD reste, même si certains le déplorent, « contrat exceptionnel ». Suivant cette ligne, et pour donner sens utile à l'énoncé légal, ne doit-on pas juger que le recours au CDD pour « augmentation temporaire d'activité » n'est possible que lorsque la « variation cyclique d'activité » ne peut être absorbée – dès lors que l'employeur entend y faire face par un recrutement (21) – par le recours à une formule d'embauche pérenne ? Lorsqu'il est possible d'y recourir (22), le « contrat de travail inter-

(11) G. Poulain, *Les contrats à durée déterminée*, Litec, 2^{ème} éd., 1994, p.63 : « Désormais, sauf volonté de fraude à la loi qu'il appartiendra au juge de mettre en évidence, l'employeur est en mesure d'organiser l'activité de son entreprise en faisant varier la charge de travail globale, sur des critères qui relèvent de sa seule compétence, et d'embaucher, par contrat à durée déterminée, les salariés destinés à faire l'appoint ».

(11 bis) n° 02-40336.

(12) Cass. Soc. 21 janv. 2004, n° 03-42769, mais aussi, avant d'autres... Cass. Soc. 13 déc. 2006, n° 05-44956.

(13) D. Ludet, « *Les limites du recours au CDD pour accroissement temporaire d'activité* », Rapport, Sem. soc. Lamy, 22 déc. 2008, n° 1380, p. 11.

(14) Sur les conceptions larges et strictes de la « variation cyclique d'activité », D. Ludet, Rapport préc., p. 11.

(15) Cass. Soc. 10 déc. 2008, n° 06-46349. Voir aussi, Cass. Soc. 4 juin 2008, n° 07-41992 : l'arrêt vise des « *circonstances passagères exceptionnelles nécessitant un renfort temporaire du personnel* ».

(16) B. Reynès, « *Surcroît d'activité : quels contours* », RDT 2009. 161.

(17) Cass. Soc. 21 janv. 2004, précité.

(18) D. Ludet, rapport préc.

(19) G. Poulain, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Litec, 2^{ème} éd. 1994, p. 63.

(20) Dans l'affaire *Safen*, l'augmentation temporaire est de 3 mois par an... soit (faisons simple), 25 % du temps d'activité de l'entreprise. Une variation sur un jour par semaine (le samedi pour un magasin de vêtement de centre ville) pour une entreprise ouverte 6 j sur 7 représente à peine moins : 16,5 % !

(21) On ne saurait, à notre sens, exciper de la possibilité de recourir à des heures supplémentaires (ou à d'autres mesures internes d'aménagement du temps de travail) pour lui interdire d'embaucher en CDD.

(22) Sauf exceptions, la conclusion de tels contrats intermittents suppose – sous peine de requalification en contrat de droit commun à temps plein (Cass. Soc., 19 mars 2014, n° 13-10759) – l'existence d'une convention collective étendue ou d'un accord d'entreprise (ou d'établissement) autorisant le patron à y recourir.

mittent à durée indéterminée » (23) ou le CDI à temps partiel (24) (classique ou modulé), n'interdisent-ils pas à l'employeur de conclure un CDD pour pourvoir à ses besoins cycliques de main-d'œuvre ? On peut en défendre l'idée (25).

De cette défense, la Chambre sociale de la Cour de cassation se fera-t-elle l'alliée ? Son arrêt *Safen* n'incite guère à le croire. C'est que les laudateurs discours sur la « flexibilité nécessaire » travaillent en profondeur les âmes (et les normes)...

Patrice Adam

(23) C. trav., art. L. 3123-31 et s.

(24) Ce qui impose, en principe, qu'une convention ou un accord de branche étendu fixe une durée hebdomadaire minimale de travail inférieure à 24 heures ; C. trav., art. L. 3123-14-3 ; A. Gardin

« Le travail à temps partiel : entre sécurité et flexibilité », Dr. ouvrier 2014 p.64.

(25) Pour le contrat intermittent, *contra*, circulaire MES/CAB/2000-003 du 3 mars 2000.

CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE Conditions de recours – Surcroît temporaire d'activité – Production supplémentaire hivernale – Contrat saisonnier (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 25 mars 2015

T. contre société Safen (p. n° 13-27.695)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 12 décembre 2012), que selon contrat de travail conclu à durée déterminée pour la période du 27 octobre 2008 au 26 janvier 2009, M. T. a été engagé par la société Safen « en vue de l'aider à faire face à un accroissement temporaire d'activité découlant de la commande suivante : déchargement de pneumatiques chez le client Michelin à Saint-Priest » ; que cette convention a prévu qu'elle pourrait être renouvelée une fois pour une période égale, inférieure ou supérieure à la durée initiale du contrat, la durée maximale, renouvellement compris, ne pouvant dépasser dix-huit mois ; que pendant l'arrêt de travail consécutif à un accident du travail survenu le 27 novembre 2008, la société a indiqué au salarié par lettre datée du 9 janvier 2009 que son contrat de travail à durée déterminée prenait fin le 26 janvier 2009 ; que M. T. a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de son contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée et voir sanctionner le défaut de renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, quatrième et sixième branches :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de dire qu'il n'y avait pas lieu de requalifier le contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée et en conséquence de le débouter de ses demandes tendant à ce que la société Safen soit condamnée à lui payer diverses indemnités alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat à durée déterminée conclu pour pourvoir un emploi correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise doit être requalifié en contrat à durée indéterminée ; qu'ayant constaté que M. T. avait été recruté pour accomplir des tâches correspondant à une activité habituelle de la société Safen, exercée sur un site unique et se répétant aux mêmes périodes de l'année, ce dont il s'infère que le recrutement de ce salarié répondait à un besoin correspondant à l'activité normale et permanente de l'entreprise, la cour d'appel, en jugeant néanmoins qu'il n'y avait pas lieu de requalifier le contrat de travail à durée déterminée de M. T. en contrat à durée indéterminée, a violé les articles L. 1245-1, L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, ensemble l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'il appartient à l'employeur de justifier de la réalité du motif mentionné dans le contrat de travail à durée déterminée de sorte que pour apprécier le bien-fondé du recours à un tel contrat il appartient au juge de rechercher si le recours à ce contrat était effectivement justifié par le motif mentionné dans le contrat ; qu'en se fondant, pour juger que la société Safen avait pu légalement procéder au recrutement de M. T. sur la base d'un contrat à durée déterminée, sur la circonstance que la manutention de pneumatiques Michelin était une activité saisonnière et récurrente de la société Safen correspondant aux besoins spécifiques liés aux périodes hivernales et se répétant chaque année à la même période, caractérisant ainsi l'existence d'un besoin saisonnier quand le salarié avait été recruté pour faire face à un accroissement temporaire d'activité, la cour d'appel a violé les articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1242-12 et L. 1245-1 du code du travail ensemble l'article 1134 du code civil ;

3°/ que le motif énoncé dans le contrat à durée déterminée fixe les limites du litige au cas où la qualification dudit contrat se trouve contestée ; qu'en se fondant, pour considérer que la société Safen avait pu légalement recruter M. T. sur la base d'un contrat à durée déterminée, sur des motifs de nature à caractériser l'existence d'un besoin saisonnier alors que le contrat de travail mentionnait l'existence d'un accroissement temporaire d'activité, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que le contrat de travail avait été conclu, pour la période du 27 octobre 2008 au 26 janvier 2009, aux fins de faire face à un accroissement temporaire d'activité et que l'employeur exerçait l'activité habituelle de manutention de pneumatiques, la cour d'appel, qui a constaté l'existence, fût-elle liée à une production supplémentaire adaptée à l'hiver, d'un surcroît d'activité pendant la période pour laquelle le contrat avait été conclu, a, sans modifier l'objet du litige, légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Frouin, prés. – M. Ludet, rapp. – M. Aldigé, av. gén. – SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP de Nervo et Poupet, av.)