

Les nouvelles modalités d'appréciation du caractère abusif des suites de contrats temporaires

par Sébastien TOURNAUX, Professeur à l'Université de Bordeaux,
UMR CNRS 5114 COMPTRESEC

PLAN

I. Redéfinition des suites abusives de contrats temporaires

- A. La réinterprétation de l'interdiction de pourvoir des emplois permanents
- B. La surinterprétation des raisons objectives avancées par le juge communautaire

II. Contrôle des suites abusives de contrats temporaires

- A. Contrôle indirect : les cas de recours au CDD
- B. Contrôle direct : les raisons objectives de la succession de CDD

Un vent mauvais souffle sur le régime juridique des successions de contrats temporaires (1) et, par rebond, sur les salariés précaires qui concluent ces contrats. Alors que le législateur a récemment autorisé les négociateurs, au niveau des seules branches fort heureusement, à aménager les conditions de durée, de renouvellement et de succession des contrats de travail à durée déterminée (CDD) et des contrats de mission intérimaire (2), c'est à présent la Chambre sociale de la Cour de cassation, sans doute au prétexte de prendre en considération « l'évolution générale de la législation du travail (...) et de la jurisprudence » (3) dans son interprétation, qui porte atteinte au régime protecteur de ces salariés.

Le droit du travail français comporte pourtant d'importants garde-fous qui paraissent prémunir les salariés d'un recul trop important de ces garanties. D'abord, le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) étant la « forme normale et générale de la relation de travail » (4), il ne peut être recouru au CDD qu'à condition de justifier d'un des cas de recours établis par les articles L. 1242-2 et L. 1242-3 du Code du travail. Parmi eux figurent notamment, d'une part, le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat est suspendu et, d'autre part, les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI « en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois », activité déterminée par décret ou par accord collectif étendu. Ensuite, les facultés de renouveler le contrat initial et de faire se succéder des contrats sur un même emploi ou avec un même salarié ont été encadrées. S'agissant en particulier de la succession de contrats, le Code du travail dispose que la poursuite de la relation de travail au-delà du terme contractuel emporte la transformation de la relation en contrat de travail à durée indéterminée (5). L'article L. 1244-3 précise qu'il n'est possible de recourir à nouveau au CDD qu'après avoir laissé s'écouler un délai de carence entre les deux contrats. Ces règles interdisant la succession de contrats sont toutefois écartées s'agissant du remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat est suspendu, selon l'idée que la durée de l'absence est parfois incertaine parce qu'elle peut être prolongée, par exemple en raison de l'état de santé du salarié remplacé. Elles ne sont également pas applicables s'agissant des CDD d'usage selon l'idée, cette fois, que le principe est ici inversé et qu'il n'est pas habituel de recourir au CDI pour ce type d'emploi. Dans l'un comme dans l'autre de ces deux cas, une ultime barrière interdit que ces contrats aient pour objet ou pour effet de « pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise » (6). C'est l'appréciation de la frontière entre succession admissible et requalification en raison de la permanence de l'emploi occupé qui est remise en cause par deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation à un mois d'intervalle.

(1) L'expression est empruntée à J. Mouly, « Les suites de contrats temporaires : une jurisprudence contrastée », Dr. Soc. 2017, p. 726.

(2) D. Baugard, « Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrats de mission et « contrats de chantier » », Dr. Ouvr. 2018, p. 1 ; V. égal. notre étude, « CDD, contrat de mission, contrat de chantier », Dr. Soc. 2018, p. 37.

(3) La formule, employée à propos d'un arrêt relatif à l'égalité de traitement (Cass. Soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532, publié), illustre la tendance actuelle de la Chambre sociale à adapter

ses interprétations en fonction des évolutions législatives ou jurisprudentielles récentes, l'exemple le plus topique et le plus critiqué de cette tendance s'étant manifesté à propos des promesses d'embauche (v. Cass. Soc. 21 septembre 2017, n° 16-20.103, publié, Dr. Ouvr. 2018, p. 30, n. L. Malegat ; JCP G 2017, 1238, n. N. Molfessis).

(4) C. trav., art. L. 1221-2.

(5) C. trav., art. L. 1243-11.

(6) C. trav., art. L. 1242-1.

Dans une première affaire, jugée le 18 janvier 2018 (7), était en cause une salariée engagée par une société de sondage par une série de CDD d'usage pour participer à l'exécution de contrats d'enquête. Alors que les contrats stipulaient que la salariée assurerait la fonction d'enquêtrice vacataire, elle se voyait, en réalité, confier des missions de « codificateur », c'est-à-dire de traitement des informations récoltées par les sondeurs (8). L'accord du 16 décembre 1991 relatif aux enquêteurs, annexé à la convention collective Syntec dont relève la société, prévoit bien la faculté de recourir au CDD d'usage pour les enquêteurs vacataires (9). Toutefois, pour reprendre les termes de l'article 44 de l'accord, ce « *contrat d'enquête* » a pour objet « *l'exécution de tâches consistant en interview, comptage ou autres tâches de même type confiées à un enquêteur vacataire sur un sujet donné dans une population définie et dans une zone géographique fixée lors de chaque mission* », ce qui semblait s'éloigner des tâches de codification. La salariée saisit le juge prud'homal d'une demande de requalification en CDI, ce dont elle fut déboutée en appel au motif que « *la prestation de codification figurant sur l'ensemble des contrats (...) se rattache manifestement à la fonction d'enquêteur, car il n'y a pas de codification sans enquête* ». La salariée forma un pourvoi en cassation et tenta, notamment, de faire juger que son emploi n'entraînait pas dans la catégorie de ceux pour lesquels il n'est pas d'usage de recourir au CDI et sur lesquels la succession de contrat est par conséquent admise. La Chambre sociale rejette le pourvoi. Elle juge, d'abord, qu'il résulte des stipulations de l'accord collectif « que l'activité de codification, qui consiste à attribuer des codes aux fins d'exploitation des réponses aux questions ouvertes, entre dans les fonctions de l'enquêteur telles que définies par l'accord » : les juges d'appel pouvaient donc retenir que les fonctions de codificateurs justifiaient le recours au CDD d'usage. Elle approuve, ensuite, les juges d'appel d'avoir retenu que « *l'employeur justifiait que le nombre d'enquêteurs travaillant journalièrement variait considérablement de mois en mois et même de semaine en semaine, établissant ainsi le caractère éminemment fluctuant de son activité* »

(7) Cass. Soc. 18 janvier 2018, n° 16-11.504, publié. Cet arrêt est reproduit à la suite de l'article. V. égal. Cass. Soc. 18 janvier 2018, n° 16-11.505, inédit.

(8) La simple erreur de désignation du poste de travail dans le contrat n'implique pas nécessairement la requalification, à la condition que l'emploi réellement occupé soit, par nature, temporaire, v. Cass. Soc. 21 septembre 2017, n° 16-17.241, publié, Dr. Soc. 2017, p. 1077, obs. J. Mouly.

et d'en avoir déduit que « le caractère temporaire de l'emploi occupé par la salariée était avéré » : la succession de nombreux contrats ne conduisait pas à pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Dans une seconde affaire, jugée le 14 février 2018 (10), une salariée avait été engagée en 2010 en qualité d'agent de service pour remplacer un salarié en congé maladie, puis avait été sollicitée entre 2011 et 2014 et avait ainsi conclu une centaine de CDD de remplacement. Elle saisit le juge prud'homal pour obtenir la requalification de la relation en CDI. La cour d'appel fit droit à sa demande en jugeant que la mise en œuvre de CDD successifs pour remplacer des salariés absents ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, que l'employeur « *qui dispose d'un nombre de salariés conséquent est nécessairement confronté à des périodes de congés, maladie, stage, maternité qui impliquent un remplacement permanent de salariés absents pour diverses causes ponctuelles* » et que, « *dès lors que les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois années constituent un équivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel [de l'entreprise], c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a procédé à la requalification sollicitée* ». La Chambre sociale de la Cour de cassation casse cette décision au visa des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du Code du travail, interprétés à la lumière de la clause 5, point 1, a) de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 2000. Par un long chapeau, la Cour rappelle la substance de ces textes et, surtout, évoque longuement la motivation adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'arrêt *Kücük* du 26 janvier 2012 (11). Elle en déduit qu'il en résulte « *que le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux contrats à durée*

(9) Sachant que l'article D. 1242-1-8° du Code du travail vise bien le secteur des « *activités d'enquête et de sondage* ».

(10) Cass. Soc. 14 février 2018, n° 16-17.966, publié, JCP E 2018, 1126, n. T. Aubert-Montpeyssen ; RDT avril 2018, n. D. Baugard, à paraître. L'arrêt est reproduit à la suite de l'article.

(11) CJUE, 26 janvier 2012, aff. C-586/10, RTD eur. 2012, p. 480, obs. S. Robin-Olivier ; RJS 2012, p. 263, obs. J.-Ph. Lhernould.

déterminée pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Les juges du fond ont ainsi prononcé la requalification « par des motifs insuffisants (...) au regard des emplois successifs occupés par la salariée et de la structure des effectifs de l'association ».

Par deux biais légèrement différents, ces deux décisions durcissent sensiblement les condi-

tions de requalification d'une suite de contrats temporaires. La Chambre sociale opère, en effet, une redéfinition plus restrictive de la manière d'entendre le caractère abusif d'une suite de contrats temporaires (I). Cela ne signifie naturellement pas que tout contrôle disparaisse, mais que les limites entre abus et raisons objectives de recourir à des suites de contrats seront appréciées, à l'avenir, de manière sans doute bien différente (II).

I. Redéfinition des suites abusives de contrats temporaires

Deux idées connexes interdisent de recourir à de trop longues successions de contrats, y compris lorsqu'elles sont admises pour les remplacements ou par l'usage. La première, née en droit français, résulte de l'interdiction de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. La Chambre sociale prohibe le recours aux CDD de remplacement successifs pour couvrir des besoins structurels de main-d'œuvre, aux CDD d'usage successifs pour pourvoir un emploi qui ne serait pas, par nature, temporaire. La seconde, issue du droit communautaire, relève de l'abus de contrats successifs dont l'appréciation dépend de l'existence de raisons objectives justifiant la suite de contrats. Sans les abandonner, la Chambre sociale modifie son appréciation de ces deux concepts.

A. La réinterprétation de l'interdiction de pourvoir des emplois permanents

Pour limiter le recours aux CDD successifs sur des emplois pour lesquels il n'est pas d'usage de recourir au CDI ou en cas de remplacement d'un salarié absent, la Cour de cassation a mobilisé et interprété le principe d'interdiction de pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Lorsqu'il est recouru au CDD d'usage, elle recherche, depuis 2008, si les contrats sont bien destinés à pourvoir un emploi « par nature temporaire » (12). Lorsque le remplacement de salariés est invoqué, elle juge, depuis 2005, qu'il ne peut être recouru de manière systématique au CDD pour faire

face à un « besoin structurel de main-d'œuvre » (13). Ces deux concepts ne sont pas abandonnés par les décisions commentées, mais leurs contours paraissent évoluer.

Inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (14), l'exigence que les CDD d'usage ne soient pas employés pour pourvoir un emploi « par nature temporaire » impose aux juges du fond qu'ils vérifient l'existence d'éléments concrets permettant d'établir le caractère temporaire de l'emploi, faisant ressurgir de « l'ombre » les discussions relatives à la durée effective du contrat, au lien entre l'emploi et l'activité permanente de l'entreprise, à la nature des emplois en cause (15). Par un arrêt remarqué rendu le 17 décembre 2014, la Chambre sociale considérait, à propos d'un entraîneur sportif recruté par de multiples CDD d'usage, que la nature temporaire de l'emploi ne pouvait être identifiée au seul regard de « l'aléa sportif et du résultat des compétitions, sans vérifier si, compte tenu des diverses tâches occupées successivement par le salarié (...), l'utilisation de contrats à durée déterminée était justifiée par l'existence d'éléments concrets et précis établissant le caractère par nature temporaire de cet emploi » (16). L'aléa de l'activité de l'entreprise ne suffisait pas à caractériser le caractère temporaire. Le caractère temporaire ou permanent devait être apprécié concrètement au regard, par exemple, de la perpétuation des activités auxquelles le salarié était affecté dans l'entreprise ou du nombre de contrat conclus et de leurs durées. L'arrêt du 18 janvier 2018

(12) Cass. Soc. 23 janvier 2008, n° 06-44.197, publié, D. 2008, p. 1321, n. C. Vigneau ; RDT 2008, p. 171, n. G. Auzero. V. égal. Cass. Soc. 24 juin 2015, n° 13-26.631, publié ; Cass. Soc. 26 avril 2017, n° 16-13.790, inédit.

(13) Cass. Soc. 26 janvier 2005, n° 02-45.342, publié. La référence aux besoins structurels a été de nombreuses fois répétée, à propos de CDD (v. par ex. Cass. Soc. 11 octobre 2006, n° 05-42.632, publié ; Cass. Soc. 28 septembre 2010, n° 08-45.589, inédit) ou de contrats de mission (Cass. Soc. 25 mars 2009, n° 07-44.273, inédit ; Cass. Soc. 4 décembre 2013, n° 11-28.314, publié).

(14) CJCE 4 juillet 2006, aff. C-212/04, *Konstantinos Adeneler*, Dr. Soc. 2007, p. 94, n. C. Vigneau ; RJS 2006, p. 759, obs. H. Tissandier.

(15) Pour reprendre la formule de P. Bailly employée à propos de la jurisprudence antérieure à 2008, « À propos du contrat à durée déterminée d'usage », RJS 2004, p. 7.

(16) Cass. Soc. 17 décembre 2014, n° 13-23.176, publié, Dr. Soc. 2015, p. 185, obs. J. Mouly.

porte pourtant son attention sur l'activité de l'entreprise bien davantage que sur les fonctions du salarié. Celle-ci est jugée « éminemment » fluctuante, cela justifiant un nombre d'enquêteurs variable selon une idée qui s'approche de celle de l'aléa sportif, jugée insuffisante en 2014. Certes, le volume d'activité de l'entreprise peut varier, qui en fonction de ses résultats sportifs, qui en fonction des commandes passées par des clients de l'entreprise de sondage. Mais, en l'espèce, les fonctions du salarié, menées sur de nombreuses années, dans une activité de codification qui, quoique variable, est toujours de même nature et en permanence assurée dans l'entreprise, semblent reléguées au second plan. La Chambre sociale semble, en définitive, donner davantage d'importance à l'activité de l'entreprise plutôt qu'à la nature de l'emploi lui-même.

Le besoin de faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre, qui interdit la succession de trop nombreux CDD de remplacement, relève d'une idée proche selon laquelle le salarié ne doit pas occuper un « *emploi permanent de l'entreprise* » (17). Comme l'écrit J. Mouly, « *lorsqu'une entreprise a, en permanence, des emplois de salariés absents à pourvoir, elle n'offre plus aux candidats à l'embauche des tâches temporaires et non durables pouvant être pourvues par CDD, mais leur fournit des fonctions permanentes, seulement susceptibles d'être pourvues durablement par CDI* » (18). La Chambre sociale de la Cour de cassation exigeait une recherche concrète des éléments caractérisant le besoin structurel de main-d'œuvre et il fallait, par exemple, que soit identifiée une discontinuité de la relation contractuelle avec des interruptions longues entre les contrats de travail, voire que soit mise en lumière la très courte durée des contrats en cause pour que la requalification d'une longue succession de nombreux contrats soit refusée (19). Là encore, le critère n'est pas formellement abandonné, mais l'arrêt du 14 février 2018 impose de nouvelles exigences aux juges du fond, qui ne peuvent plus se contenter d'observer le caractère récurrent ou permanent des remplacements temporaires pour identifier un besoin structurel de main-d'œuvre. Il faut, plus concrètement, que le juge analyse « *le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur* » pour caractériser l'absence de caractère temporaire.

Si l'interdiction de recourir au CDD pour pourvoir des emplois permanents est bien maintenue, les éléments permettant de l'identifier sont réaménagés. Pour parvenir à ce résultat, la Chambre sociale semble, au moins en partie, s'appuyer sur la jurisprudence de la CJUE, ce qui est sans doute discutable.

B. La surinterprétation des raisons objectives avancées par le juge communautaire

Quoique les terminologies employées divergent d'un juge ou d'un ordre juridique à l'autre, c'est également l'idée que les CDD ne doivent pas être employés pour pourvoir des emplois permanents de l'entreprise qui gouverne le droit de l'Union européenne en la matière. D'une certaine manière, c'est même la plus franche exigence qui résulte de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la directive 1999/70/CE. Ce texte, en effet, n'est guère directif s'agissant du formalisme, des cas de recours, ni même de la durée des CDD, laquelle doit être limitée par les États membres sans que des *maxima* soient clairement prévus. Durée, renouvellement ou succession de contrats sont, en réalité, limités par la prévention des « *abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs* » (20) : des raisons objectives doivent justifier le renouvellement ou la succession de CDD (21).

Ces notions d'abus et de raisons objectives ont fait l'objet de quelques précisions dans l'arrêt *Kücük* rendu le 26 janvier 2012 par la CJUE (22), lesquelles ont toutefois été considérées comme étant « *assez confuses* » (23), le raisonnement de la Cour pouvant, en effet, paraître contradictoire. D'un côté, elle reprenait la règle classique selon laquelle « *le besoin temporaire en personnel de remplacement, prévu par une réglementation nationale (...) peut, en principe, constituer une raison objective* » de renouveler le CDD, mettant ainsi l'accent sur le caractère « *temporaire* » du remplacement. D'un autre côté, elle ajoutait que « *le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente (...), n'implique pas l'absence d'une raison objective (...), ni l'existence d'un abus au sens de cette clause* ». On découvrait, ainsi, que des remplacements pouvaient être temporaires, mais

(17) Formule employée avant 2005, v. Cass. Soc. 4 décembre 1996, n° 93-41.891, publié.

(18) J. Mouly, préc.

(19) Par ex., Cass. Soc. 24 juin 2015, n° 14-12.610, publié.

(20) Accord cadre du 18 mars 1999, préambule.

(21) CJCE 4 juillet 2006 aff. 212/04, *Konstantinos Adeneler*, préc. V. égal. CJCE 23 avril 2009, aff. 378/07 à 380/07, *Angelidaki*, RJS2009, p. 609, n. N. Moizard.

(22) CJUE, 26 janvier 2012, préc.

(23) J.-Ph. Lhernould, préc.

récurrents, temporaires, mais permanents. Rendue à propos de remplacements dans une administration allemande, la subtilité de la solution résultait peut-être des particularités du droit germanique en la matière (24), mais il semblait bien difficile de l'articuler avec le droit français. Pendant six ans, la Chambre sociale de la Cour de cassation l'a parfaitement ignorée, maintenant sa jurisprudence classique à l'égard des CDD de remplacement (25) comme des CDD d'usage (26).

L'arrêt du 14 février 2018, en s'appuyant formellement sur la motivation de l'arrêt *Kücük*, rompt avec ce *statu quo* et importe, au moins pour les CDD de remplacement, les règles d'appréciation des raisons objectives qui justifient les renouvellements même nombreux et évitent la qualification d'abus. On reviendra plus avant sur les nouveaux contours du contrôle judiciaire, mais il est pour le moment essentiel de relever que l'adoption du raisonnement communautaire n'était nullement imposée à la Chambre sociale et qu'il s'agit donc d'un choix opéré par les Hauts magistrats visant à relâcher les conditions de la succession de CDD. L'arrêt *Kücük* n'offre qu'une interprétation des notions d'abus et de raisons objectives énoncées par l'accord-cadre du 18 mars 1999, interprétation sans doute nécessaire compte tenu de la plasticité de ces concepts. Il n'est, en revanche, pas nécessaire d'interpréter les autres dispositions de ce texte lorsqu'elles sont claires. Cela est particulièrement le cas de la clause

8 de l'accord relative à sa mise en œuvre, qui dispose que « *les États membres et/ou les partenaires sociaux peuvent maintenir ou introduire des dispositions plus favorables pour les travailleurs que celles prévues dans le présent accord* ». La solution retenue par la Cour de cassation, consistant à requalifier des CDD de remplacement récurrents ou permanents et des CDD d'usage conclus pour pourvoir des emplois n'étant pas « par nature » temporaires, était, sans doute, plus favorable aux travailleurs que l'interprétation retenue par l'arrêt *Kücük* et la Chambre sociale n'avait, par conséquent, aucune obligation de l'importer.

Non seulement l'appréhension par la jurisprudence française de la solution rendue dans l'arrêt *Kücük* est discutable, en ce qu'elle présente les atours d'un choix plus politique que juridique, mais il est, de surcroît, possible que cette solution aille purement et simplement à l'encontre du principe de non-régression énoncé, lui aussi, par la clause 8 de l'accord-cadre en ces termes : « *le présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord* ». N'est-ce pas précisément cet accord qui figure au visa de l'arrêt du 14 février 2018 ?

Par ce choix discutable, la Chambre sociale réaménage donc le contrôle des suites de contrats précaires, il ne peut qu'en être pris acte. Quelles armes devront désormais être levées pour défendre les salariés enchaînés à ces contrats ?

II. Contrôle des suites abusives de contrats temporaires

Le contrôle judiciaire des suites temporaires de CDD sera, demain comme aujourd'hui, guidé par deux considérations. Indirectement, les suites de contrat pourront être remises en cause par le contrôle du cas de recours. Directement, les suites de contrat devront toujours pouvoir être justifiées par des raisons objectives qui, sans doute, changent de nature.

A. Contrôle indirect : les cas de recours au CDD

Pour que des CDD puissent être renouvelés ou se succéder, il faut, d'abord et avant tout, que le cas de recours invoqué par l'employeur soit justifié (27). Or, sur cette question, l'arrêt rendu le 18 janvier

2018 soulève quelques inquiétudes, en particulier s'agissant du CDD d'usage, la Chambre sociale faisant, en l'espèce, une appréciation discutable de ce motif.

L'accord du 16 décembre 1991 conclu dans la branche Syntec autorise bien le recours au CDD d'usage pour les enquêteurs vacataires, mais seulement pour ces salariés. L'article 43 de l'accord définit l'enquêteur vacataire comme « *celui qui réalise des enquêtes par sondage à la vacation* » et l'article 44 décrit les missions confiées aux enquêteurs comme des « *tâches consistant en interview, comptage ou autres tâches de même type confiées à un enquêteur vacataire sur un sujet donné dans une population* ».

(24) S. Robin-Olivier, P. Rémy, « La protection des travailleurs atypiques est-elle en régression ? Double réflexion sur l'arrêt *Kücük* de la Cour de justice », RDT 2012, p. 645.

(25) Cass. soc. 4 décembre 2013, préc. ; Cass. soc. 14 septembre 2016, n° 14-15.604, inédit.

(26) Cass. Soc. 24 juin 2015, n° 13-26.631, préc.

(27) Sachant que la preuve de la réalité du motif incombe à l'employeur, Cass. Soc. 15 septembre 2010, n° 09-40.473, publié.

définie et dans une zone géographique fixée lors de chaque mission ». Sans doute ces stipulations méritaient-elles d'être interprétées par le juge, notamment en raison des mots « *comptage* » et « *autres tâches de même type* » qui, selon la manière dont ils sont entendus, peuvent ou non couvrir les activités des codificateurs. Si l'interprétation littérale était donc délicate, d'autres principes d'interprétation pouvaient être mobilisés (28). On pense, en particulier, au principe selon lequel les exceptions sont toujours d'interprétation stricte, directive d'interprétation qui pouvait être utilisée de deux manières différentes.

De manière générale, d'abord, le recours au CDD reste l'exception et la conclusion d'un CDI le principe. Par voie de conséquence, toute interprétation d'un texte, légal ou conventionnel, ne doit pas conduire à étendre les cas de recours au CDD. En assimilant les fonctions de codificateur à celles d'enquêteur, la Chambre sociale étend l'exception au lieu de la contenir. De manière plus spécifique, la directive d'interprétation peut être invoquée s'agissant du régime réservé aux CDD d'usage. En effet, par principe, la succession de CDD sur un même poste ou avec un même salarié est interdite et ce n'est que par exception qu'elle est admise pour les CDD de remplacement ou pour les CDD d'usage. À nouveau, l'assimilation des codificateurs à des enquêteurs étend le régime exceptionnel de la succession de contrat, alors qu'elle aurait dû être aussi limitée que possible.

Indirectement, le juge judiciaire peut faciliter la succession de CDD en admettant plus facilement que le cas de recours au contrat est justifié (29). Le contrôle direct des renouvellements ou successions de CDD devrait, lui aussi, rendre l'action en requalification de suites de contrats temporaires bien plus délicate.

B. Contrôle direct : les raisons objectives de la succession de CDD

Les deux décisions examinées offrent un certain nombre d'indices de ce que sera, à l'avenir, le contrôle judiciaire des suites de contrats temporaires (30). On sait, déjà, que la récurrence ou la permanence du recours au CDD de remplacement ne suffira plus, à elle seule, à caractériser l'abus de renouvellement et à obtenir la requalification. Il sera plus difficile de déterminer la valeur probatoire d'autres éléments.

Il en va notamment ainsi du constat que, pour des emplois similaires, des salariés étaient ou pouvaient être recrutés en CDI, ce qui semblait être un indice de la permanence des emplois. Cet argument était avancé, de manière différente, dans chacune des deux décisions. Dans l'arrêt du 18 janvier 2018 relatif aux CDD d'usage, c'est la cinquième branche du moyen défendu par la salariée, qui soutenait que « *des enquêteurs titulaires d'un CDI assuraient les mêmes prestations que [la salariée]* » et reprochait aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte de « *ce recours de manière simultanée à un effectif pour partie permanent et pour partie temporaire, ainsi que sur la proportion de l'un par rapport à l'autre en fonction des variations de l'activité* ». La Chambre sociale juge, à ce propos, que la cour d'appel avait valablement relevé que « *l'employeur justifiait que le nombre d'enquêteurs travaillant journalièrement variait considérablement de mois en mois et même de semaine en semaine, établissant ainsi le caractère éminemment fluctuant de son activité* ». La Chambre sociale n'écarte donc pas formellement l'argument consistant à comparer les effectifs recrutés en CDD et en CDI, mais considère que les juges d'appel ont convenablement justifié le recours à ces deux types de contrats en raison des fluctuations de l'activité de l'entreprise, critère qui semble désormais prépondérant aux yeux des Hauts magistrats. Dans l'arrêt du 14 février 2018, la Chambre sociale s'appuie à nouveau sur l'arrêt *Kücük* sur cette question, sans pour autant y répondre directement dans ses propres motifs. La CJUE jugeait, en effet, que « *le seul fait (...) que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective* » au sens de l'accord-cadre du 18 mars 1999. La reprise de ce membre de phrase dans le chapeau de l'arrêt et l'application plus globale des *minima* issus de l'arrêt *Kücük* fait toutefois craindre que le recours simultané à des CDD de remplacement et à des CDI ne suffisse pas à caractériser un abus. Là encore, cependant, l'argument ne peut être totalement écarté par les juges du fond et les salariés devront continuer de le soutenir. En effet, les mots « *le seul fait* » employés par les juges communautaires permettent de ne pas exclure toute incidence d'une coexistence entre CDI et CDD, mais seulement d'en limiter les conséquences lorsqu'il est le « *seul* » argument avancé par le salarié.

(28) Comme lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi, le juge fait prévaloir la lettre de l'accord collectif sur l'intention des négociateurs, v. J.-Y. Frouin, « L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail », RJS 1996, p. 138.

(29) Cette fois, la politique jurisprudentielle de la Cour ne pourrait pas être justifiée par les évolutions de la législation, puisque

l'ordonnance n°2017-1387 n'a finalement pas consacré le droit de négocier sur les cas de recours au niveau de la branche comme cela était envisagé par la loi d'habilitation du n°2017-1340 du 15 septembre 2017.

(30) T. Aubert-Montpeyssen, préc.

Que penser, par ailleurs, de l'argument consistant à justifier le recours récurrent ou permanent à des CDD de remplacement par l'obligation à la charge de l'employeur de « garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité, à congés payés ou repos que leur accorde la loi » (31) ? Un salarié pourrait-il tenter de démontrer que le recours perpétuel au CDD n'est pas justifié par la garantie de ces droits ? On peut, en premier lieu, relever que l'argument invoqué par la Chambre sociale surprend en ce qu'il paraît confondre la justification du cas de recours et celle de la succession de contrats. C'est parce que l'employeur doit assurer des congés et repos à ses salariés qu'il lui est permis de recourir à un CDD pour remplacer les salariés absents ou dont le contrat est suspendu. En revanche, à aucun moment le Code du travail ne prévoit que la succession récurrente ou permanente de CDD puisse être justifiée par ces garanties et ce n'est donc, là encore, que par extension des règles énoncées par l'arrêt *Kücük* au droit interne que cette référence est admise. Le caractère fondamental des droits à congés et repos est employé pour donner du poids à l'argumentation, mais ce faire-valoir n'est pas totalement approprié. En second lieu, on peut penser que cette justification ne pourra que rarement être contestée, puisque l'immense majorité des CDD de remplacement sont précisément conclus en vue de compenser l'octroi de droits à congé ou à repos. La preuve que la récurrence ou la permanence du recours au CDD repose sur une autre justification non objective ne pourra sans doute quasiment jamais être rapportée (32).

Il reste un espoir, toutefois, que les salariés puissent continuer d'utilement contester des suites de contrats temporaires et obtenir la requalification en CDI. En effet, comme le rappelle la Chambre sociale dans l'arrêt du 14 février, sans y accorder d'importance en l'espèce, l'arrêt *Kücük* impose aux juridictions internes, « lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifié par une (...) raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compé-

tences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur » (33). La prise en compte de « toutes les circonstances de la cause » confirme l'idée précédemment énoncée : si la récurrence du recours au CDD ou la simultanéité des CDI et des CDD sur des mêmes emplois ne suffisent pas, à eux seuls, à caractériser l'abus, ils peuvent toujours être avancés comme des indices de celui-ci. À ces indices pourront donc être ajoutés d'autres éléments concrets relatifs à la relation contractuelle ou à l'activité de l'entreprise. Pour la première, les salariés auront intérêt à démontrer la continuité des relations contractuelles, le nombre important de contrats conclus ou la durée globale de la relation (34), ces deux derniers points étant en particulier mis en lumière par l'arrêt *Kücük* et pouvant donc être considérés comme fortement pondérés (35). Pour la seconde, les plaideurs seront bien inspirés d'invoquer la stabilité de tout ou partie de l'activité de l'entreprise, la pérennité des fonctions accordées au salarié, le volume et la structure des effectifs de l'entreprise, éléments qui semblent d'ailleurs être pris en considération par la Chambre sociale dans l'arrêt du 18 janvier.

S'il restera donc possible de démontrer que l'employeur recourt aux CDD pour pourvoir des besoins structurels de main-d'œuvre ou des emplois qui ne sont pas par nature temporaires, il est probable que le contentieux des suites de contrats temporaires devienne notablement plus casuistique qu'il ne l'était déjà (36).

Sébastien Tournaux

(31) Elle aussi tirée de la motivation de l'arrêt *Kücük*, § 32.

(32) L'article L.1242-2 du Code du travail prévoit, certes, d'autres cas de remplacement, mais ils sont, en pratique, tout à fait anecdotiques ou justifiés par les mêmes droits à repos ou congés (remplacement en cas de passage à temps partiel en particulier).

(33) D. Baugard, préc.

(34) À moins qu'il ne s'agisse d'une erreur de plume, on remarquera à cet égard que l'arrêt du 14 février 2018 insiste sur l'indice tiré de la durée de la relation en ajoutant le mot « durable » à la formule classique : « pouvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

(35) La durée de la relation contractuelle pourrait, d'ailleurs, devenir un élément crucial d'appréciation si les branches devaient négocier des durées plus longues, des renouvellements plus nombreux et des règles de successions plus lâches comme le leur permet l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017. Sur cette question et l'importance de l'appréciation du caractère « durable » de la relation, v. « CDD, contrat de mission, contrat de chantier », préc.

(36) Cela d'autant que, sur ces questions, une grande marge d'appréciation est généralement laissée aux juges du fond, v. not. en matière de CDD d'usage Cass. Soc. 26 mai 2010, n°08-43.050, publié. Adde J. Mouly, préc.

d'usage – CCN Syntec – Accord du 16 décembre 1991, art. 43 et 44 – Enquêteur vacataire – Définition – Activité de codification entrant dans les fonctions de l'enquêteur – Caractère éminemment fluctuant de l'activité de l'employeur – Caractère temporaire de l'emploi (oui) – Requalification en CDI (non) (première espèce) – 2° CDD de remplacement d'un salarié absent – Recours de manière récurrente voire permanente – Circonstance suffisant à caractériser un recours systématique aux CDD pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre et pour voir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'employeur (non) – Requalification en CDI (non) (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 janvier 2018

Mme Y. c. Société LH2 (p. n° 16-11.504, Publié)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1^{er} décembre 2015), que Mme Y. a été engagée par la société LH2, entre le 21 septembre 2007 et le 22 mars 2013, par une série de contrats à durée déterminée qui énonçaient comme définition de leur motif la participation de la salariée à l'exécution de contrats d'enquête, en qualité d'enquêteur vacataire, par application de l'accord du 16 décembre 1991, annexé à la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseil du 15 décembre 1987 ; qu'après la saisine par la salariée de la juridiction prud'homale aux fins de requalification des contrats de travail à durée déterminée d'usage en un contrat de travail à durée déterminée à temps plein et de condamnation de l'employeur au paiement d'un rappel de salaire subséquent, la société LH2 a été placée en liquidation judiciaire avec désignation de M. C. en qualité de liquidateur ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée ainsi que de sa demande de fixation au passif de la société LH2 d'une indemnité de requalification, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat de travail à durée déterminée, même lorsqu'il est conclu en application de l'article L.1242-2, 3°, du code du travail, doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif ; qu'en l'absence de contrat écrit, l'employeur ne peut écarter la présomption légale instituée par l'article L.1242-12, alinéa 1, du code du travail ; qu'après avoir relevé que Mme Y., laquelle avait versé aux débats dix-huit contrats sur la période allant du 26 octobre 2012 au 25 mars 2013, a été engagée par contrats à durée déterminée depuis septembre 2007, tous les mois à quelques exceptions près, la cour d'appel l'a déboutée de sa demande de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée sans toutefois constater la production par l'employeur de la totalité des contrats

correspondant aux engagements successifs de la salariée depuis septembre 2007 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L.1242-2, 3° et L.1242-12, alinéa 1, du code du travail ;

2°/ que lorsqu'une convention ou accord collectif détermine les emplois pour lesquels il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée d'usage, ses dispositions sont d'interprétation stricte et ne peuvent être étendues à des emplois différents de ceux pour lesquels la convention ou accord reconnaît cette faculté ; que l'accord du 16 décembre 1991 annexé à la convention collective nationale dite Syntec prévoit, dans son article 43, que « L'enquêteur vacataire est celui qui réalise des enquêtes par sondage à la vacation. L'emploi des enquêteurs vacataires est soumis aux conditions exposées dans le présent texte, texte établi dans le cadre des lois et règlements en vigueur, notamment les articles L.122-1-1 et D.121-2 du code du travail. Par nature, ces vacations comportent des prestations diverses effectuées à des périodes variables, en des lieux différents. Elles sont imprévisibles, temporaires et discontinues, donc précaires et aléatoires » et, dans son article 44, que le contrat d'enquête « a pour objet l'exécution de tâches consistant en interviews, comptage, ou autres tâches de même type confiées à un enquêteur vacataire sur un sujet donné dans une population définie et dans une zone géographique fixée lors de chaque mission » ; qu'il en résulte que le recours aux contrats à durée déterminée d'usage n'est autorisé que pour l'emploi des enquêteurs vacataires et que cet emploi consiste à la collecte des données au moyen d'interviews, de comptages ou autres méthodes de collecte des données de même type ; que l'emploi correspondant uniquement à une tâche de codification, laquelle consiste à affecter une valeur numérique aux réponses pour faciliter la saisie et le traitement des données collectées par les enquêteurs, ne peut donc être pourvu par un salarié sous contrat à durée déterminée d'usage ; que pour débouter la salariée de sa demande de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, l'arrêt retient, par motifs propres et éventuellement adoptés, que la

prestation de codification figurant sur l'ensemble des contrats de Mme Y. se rattache manifestement à la fonction d'enquêteur car il n'y a pas de codification sans enquête ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles 43 et 44 de l'accord du 16 décembre 1991 annexé à la convention collective nationale dite Syntec, ensemble les articles L.1242-1, L.1242-2, L.1244-1 et D. 1242-1 du code du travail ;

3°/ qu'en tout cas, il appartient aux juges du fond de constater la réalité du motif mentionné dans le contrat à durée déterminée et contestée par le salarié, la charge de la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat à durée déterminée incombant à l'employeur ; que le préambule de la convention collective nationale dite Syntec définit trois statuts d'enquêteurs, à savoir celui de chargés d'enquête, lesquels sont titulaires d'un contrat à durée indéterminée, celui de chargés d'enquête à garantie annuelle et celui d'enquêteurs vacataires, lesquels sont des « collaborateurs occasionnels » ; que, selon l'article 43 de l'accord du 16 décembre 1991 annexé à ladite convention collective, « L'enquêteur vacataire est celui qui réalise des enquêtes par sondage à la vacation. Par nature, ces vacations comportent des prestations diverses effectuées à des périodes variables, en des lieux différents. Elles sont imprévisibles, temporaires et discontinues, donc précaires et aléatoires » ; que, selon l'article 44 de ce même accord, le contrat d'enquête « a pour objet l'exécution de tâches consistant en interviews, comptage, ou autres tâches de même type confiées à un enquêteur vacataire sur un sujet donné dans une population définie et dans une zone géographique fixée lors de chaque mission » ; que Mme Y. soutenait que ses contrats de travail intitulés « contrat d'enquête à durée déterminée d'usage conclu dans le cadre d'une enquête » ne précisaient nullement le sujet de prétendues enquêtes à réaliser, mais « codification », et qu'en tant que codificatrice, elle n'avait jamais réalisé des enquêtes par sondage, qui plus est dans les conditions fixées par les dispositions conventionnelles ; que pour débouter Mme Y. de sa demande de requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, après avoir relevé que la salariée a été employée par la société LH2 de 2007 jusqu'en 2013 par une série de contrats dont certains se succédaient sans discontinuité, l'arrêt retient, par motifs propres et éventuellement adoptés, qu'il y a eu une grande variabilité des horaires réalisés, que les missions effectuées n'ont pas été réalisées au fil des années que pour les mêmes clients et qu'en égard de la définition du contenu de l'objet du contrat de mission donnée par l'article 44 de l'accord du 16 décembre 1991 annexé à la convention collective nationale dite Syntec, la prestation de codification figurant sur l'ensemble des contrats se rattache manifestement à la fonction d'enquêteur car il n'y a pas de codification sans enquête ; qu'en statuant ainsi, par des motifs dont il ne ressort pas que

l'employeur aurait rapporté la preuve de la réalisation par la salariée des enquêtes par sondage en des lieux différents, du caractère imprévisible, temporaire et discontinu des enquêtes et de divers sujets donnés lors de chaque mission et, par conséquent, la preuve de la réalité du motif énoncé dans les contrats à durée déterminée, la cour d'appel, qui a procédé à un examen purement formel des contrats de travail litigieux (*instrumentum*), a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1242-2 et L.1245-1 du code du travail, du préambule de la convention collective nationale dite Syntec, des articles 43 et 44 de l'accord du 16 décembre 1991 annexé à cette même convention collective et de l'article 1315 du code civil ;

4°/ que s'il résulte de la combinaison des articles L.1242-1, L.1242-2, L.1244-1 et D.1242-1 du code du travail que dans les secteurs d'activité 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 de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois, et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ; que l'existence de raisons objectives justifiant l'utilisation de contrats à durée déterminée d'usage s'apprécie à la date de conclusion desdits contrats ; que pour dire que l'emploi d'enquêteur vacataire avait pu être pourvu par des contrats à durée déterminée successifs, la cour d'appel s'est fondée sur la variabilité des horaires réalisés tels qu'ils ressortaient de bulletins de paie, sur le fait que les missions effectuées par Mme Y... n'auraient pas été réalisées au fil des années que pour les mêmes clients et sur le fait, tel qu'il résulterait des graphiques produits par l'employeur pour les seules années de 2011 et de 2012, que le nombre des enquêteurs aurait varié considérablement de mois en mois et même de semaine en semaine, ce qui aurait établi le caractère éminemment fluctuant de l'activité et l'aspect imprévisible de l'activité réelle de l'entreprise à court terme ; qu'en statuant par de tels motifs inopérants, insusceptibles d'établir le caractère par nature temporaire de l'emploi occupé au moment de la conclusion des contrats à durée déterminée, et alors qu'elle avait constaté qu'il ressortait de contrats et bulletins de paie produits que Mme Y. avait été engagée par une série de contrats à

durée déterminée depuis septembre 2007 et jusqu'en avril 2013, tous les mois à quelques exceptions près, pour effectuer des codifications des enquêtes pour divers clients indifféremment, ce dont elle aurait dû déduire que l'emploi occupé n'était ni occasionnel ni temporaire mais permanent, la cour d'appel a violé les articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail, ensemble les clauses 1 et 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

5°/ qu'il ressortait des écritures de l'employeur que des enquêteurs titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée assuraient les mêmes prestations que Mme Y. ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans qu'il résulte de ses motifs que l'employeur aurait apporté d'explications à ce recours de manière simultanée à un effectif pour partie permanent et pour partie temporaire ainsi que sur la proportion de l'un par rapport à l'autre en fonction des variations de l'activité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail, ensemble des clauses 1 et 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

Mais attendu que selon les articles 43 et 44 de l'accord du 16 décembre 1991 annexé à la convention collective nationale dite Syntec, "l'enquêteur vacataire est celui qui réalise des enquêtes par sondage à la vacation", le contrat d'enquête ayant pour objet "l'exécution de tâches consistant en interview, comptage, ou autres tâches de même type confiées à un enquêteur vacataire sur un sujet donné dans une population définie et dans une zone géographique fixée lors de chaque mission" ; qu'il en résulte que l'activité de codification, qui consiste à attribuer des codes

aux fins d'exploitation des réponses aux questions ouvertes, entre dans les fonctions de l'enquêteur telles que définies par l'accord ;

Et attendu qu'ayant retenu à bon droit que la prestation de codification figurant sur l'ensemble des contrats de la salariée se rattachait à la fonction d'enquêteur, la cour d'appel, qui a relevé que l'employeur justifiait que le nombre d'enquêteurs travaillant journalièrement variait considérablement de mois en mois et même de semaine en semaine, établissant ainsi le caractère éminemment fluctuant de son activité, a pu déduire de ces constatations que le caractère temporaire de l'emploi occupé par la salariée était avéré ;

D'où il suit que le moyen, nouveau, mélangé de fait et de droit et partant irrecevable en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen du pourvoi principal de la salariée, ci-après annexé :

Attendu que le rejet du premier moyen rend sans objet la critique développée par les première et deuxième branches de ce moyen ; qu'ayant constaté, par une décision motivée, que les contrats étaient tous d'une durée inférieure à une semaine, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Sur les premier et second moyens du pourvoi incident du liquidateur de la société LH2 :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

(M. Frouin, prés. - SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, av.)

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 14 février 2018

Mme B. contre Association La Croisée des ans (p. n° 16-17.966, Publié)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme B. a été engagée en qualité d'agent de service en contrat à durée déterminée par l'association La Croisée des ans du 17 au 30 juin 2010 afin de pourvoir au remplacement d'une personne en congé maladie ; qu'après deux contrats de remplacement conclus du 8 au 29 juillet 2010 puis du 1^{er} au 29 août 2010, elle a été à nouveau sollicitée en avril 2011 et a conclu entre le 26 avril 2011 et le 27 février 2014, 104 contrats à durée déterminée ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du contrat conclu le 24 avril 2011 en un contrat à durée indéterminée ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L.1242-1 et L.1242-2 du code du

travail, interprétés à la lumière de la clause 5, point 1, a) de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en œuvre par la Directive 1999/70/CE du 28 juin 2000 ;

Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; qu'il résulte du deuxième, qu'un contrat à durée déterminée peut être conclu pour le remplacement d'un salarié en cas d'absence ou de suspension du contrat de travail ;

Attendu que la Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 26 janvier 2012 (CJUE, 26 janv. 2012, Bianca A... c/Land [...]), a dit pour droit : "La clause

5, point 1, sous a), de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, doit être interprétée en ce sens que le besoin temporaire en personnel de remplacement, prévu par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal peut, en principe, constituer une raison objective au sens de ladite clause. Le seul fait qu'un employeur soit obligé de recourir à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et que ces remplacements puissent également être couverts par l'embauche de salariés en vertu de contrats de travail à durée indéterminée n'implique pas l'absence d'une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a), dudit accord-cadre ni l'existence d'un abus au sens de cette clause. Toutefois, lors de l'appréciation de la question de savoir si le renouvellement des contrats ou des relations de travail à durée déterminée est justifié par une telle raison objective, les autorités des États membres, dans le cadre de leurs compétences respectives, doivent prendre en compte toutes les circonstances de la cause, y compris le nombre et la durée cumulée des contrats ou des relations de travail à durée déterminée conclus dans le passé avec le même employeur” ;

Attendu que la Cour de justice a précisé, dans les motifs de cette décision, que dans une administration disposant d'un effectif important, il est inévitable que des remplacements temporaires soient fréquemment nécessaires en raison, notamment, de l'indisponibilité d'employés bénéficiant de congés de maladie, de congés de maternité ou de congés parentaux ou autres, que le remplacement temporaire de salariés dans ces circonstances est susceptible de constituer une raison objective au sens de la clause 5, point 1, sous a), de l'accord-cadre CDD, justifiant tant le caractère déterminé de la durée des contrats conclus avec le personnel de remplacement que le renouvellement de ces contrats en fonction de la survenance des besoins, sous réserve du respect des exigences fixées par l'accord-cadre CDD à cet égard (§ 31), que cette conclusion s'impose d'autant plus lorsque la réglementation nationale justifiant le renouvellement de contrats à durée déterminée en cas de remplacement temporaire poursuit également des objectifs reconnus comme étant des objectifs légitimes de politique sociale (§32), que des mesures visant à protéger la grossesse et la maternité ainsi qu'à permettre aux hommes et aux femmes de concilier leurs obligations professionnelles et familiales poursuivent des objectifs légitimes de politique sociale (§ 33) ;

Attendu qu'il en résulte que le seul fait pour l'employeur, qui est tenu de garantir aux salariés le bénéfice des droits à congés maladie ou maternité,

à congés payés ou repos que leur accorde la loi, de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement de manière récurrente, voire permanente, ne saurait suffire à caractériser un recours systématique aux contrats à durée déterminée pour faire face à un besoin structurel de main d'œuvre et pourvoir ainsi durablement un emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ;

Attendu que pour prononcer la requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, l'arrêt, après avoir énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 1243-3, alinéa 3, du Code du travail, la mise en œuvre de contrats à durée déterminée successifs pour remplacer des salariés absents ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, retient qu'une entreprise telle que l'association La Croisée des ans qui dispose d'un nombre de salariés conséquent est nécessairement confrontée à des périodes de congés, maladie, stage, maternité qui impliquent un remplacement permanent des salariés absents pour diverses causes ponctuelles, que dès lors que les remplacements prévisibles et systématiques assurés par la salariée pendant trois années constituent un équivalent à plein temps pour faire face à un besoin structurel de l'association La Croisée des ans, c'est à juste titre que le conseil de prud'hommes a procédé à la requalification sollicitée même si ces contrats sont formellement réguliers (cause de l'absence, nom et qualification professionnelle du salarié remplacé, durée) ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs insuffisants pour caractériser, au regard de la nature des emplois successifs occupés par la salariée et de la structure des effectifs de l'association, que ces contrats avaient pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'association, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu que la cassation à intervenir sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence des chefs de dispositif critiqués par le deuxième et le troisième moyens en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il déboute l'employeur de sa demande reconventionnelle, l'arrêt rendu le 4 avril 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ; remet, en conséquence, sur les points restant en litige, 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 Poitiers ;

(M. Frouin, prés. - SCP Jean-Philippe Caston, SCP Ohl et Vexliard, av.)