

Revue de droit du travail 2008 p.170

**Contrat à durée déterminée d'usage : le retour à la ratio legis**  
**Soc. 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.040, publié au Bulletin**

Gilles Auzero

\*  
\*\*

« Vu les articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 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 oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

*Attendu que s'il résulte de la combinaison des articles susvisés 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 susvisé, 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 »*

Relatif aux contrats à durée déterminée d'usage, l'important arrêt rendu le 23 janvier dernier par la Cour de cassation peut certainement être présenté comme une nouvelle illustration de l'influence du droit européen sur la jurisprudence sociale française (1). Mais on peut également y voir un retour forcé à la *ratio legis*, dont la Chambre sociale s'était éloignée de manière fort critiquable.

L'article L. 122-1-1, 3°, du Code du travail (art. L. 1242-2, 3° recod.) autorise la conclusion de contrats à durée déterminée afin de pourvoir des emplois « pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ». Issu d'une ordonnance de 1982, ce texte a fait l'objet, pendant plus de vingt ans, d'une stricte interprétation de la part de la Cour de cassation. En application du texte précité, le recours licite aux CDD d'usage était subordonné à une triple démonstration.

En premier lieu, l'activité de l'entreprise (2) doit relever de l'un des secteurs d'activité énumérés par l'article D. 121-2 du Code du travail ou par une convention collective étendue. Cela ne suffit toutefois pas puisqu'il appartient en deuxième lieu à l'employeur de démontrer qu'il est d'usage constant de recourir au CDD pour pourvoir l'emploi en cause. Il ressort clairement du texte que cet usage doit concerner l'ensemble du secteur d'activité et non pas la seule entreprise. Cette exigence a pour effet de rendre difficile la preuve de l'usage constant puisqu'elle suppose le recueil de données sur un emploi particulier dans tout un secteur d'activité (3). Elle est cependant loin d'être insurmontable puisqu'il suffit *a priori* à l'employeur de démontrer que pour pourvoir tel ou tel type d'emploi, il est pratiquement toujours fait appel au CDD. On imagine sans peine les dérives auxquelles cette situation peut conduire. Celles-ci semblent toutefois écartées dans la mesure où, en troisième et dernier lieu, la loi exige que l'emploi visé par l'usage constant doit correspondre à une activité par nature temporaire. Pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a su tirer parti de cette dernière condition, n'hésitant pas à condamner l'emploi de salariés permanents par CDD successifs (4). Conforme aux prescriptions de l'article L. 122-1-1, 3°, cette position était en outre respectueuse de l'article L. 122-1, alinéa 1<sup>er</sup> (art. L. 1242-1, recod.), selon lequel, « 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 ».

Par quatre arrêts rendus le 26 novembre 2003, la Chambre sociale a opéré un revirement de jurisprudence. Elle a en effet décidé que l'office du juge, saisi d'une demande de requalification d'un CDD d'usage en CDI, est seulement de rechercher, par une appréciation souveraine, si, pour l'emploi concerné, et sauf si une convention collective prévoit dans ce cas le recours au CDI, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat dans le secteur d'activité dont relève l'employeur (5). Par suite, et de l'aveu même d'un Conseiller à la Cour de cassation, « la ligne définie dans ces arrêts rejette dans l'ombre toute discussion portant sur la durée effective du contrat, sur le lien entre l'emploi et l'activité permanente de l'entreprise et sur la nature des emplois en cause, autant d'éléments qui, dans la pratique, étaient une source d'incertitude et d'insécurité juridique » (6).

Un tel constat est choquant dans la mesure où se trouve ainsi explicitée la mise à l'écart pure et simple de dispositions d'ordre public. Cela étant, on admettra que ces dernières sont pour le moins délicates à mettre en oeuvre et à articuler entre elles. Antérieurement aux arrêts de 2003, il était souvent expliqué qu'il convenait, dans les entreprises relevant de l'un des secteurs visés par l'article D. 121-2, de faire le tri entre l'emploi permanent, exclusif du recours aux CDD d'usage, et l'emploi par nature temporaire pour lequel il pouvait être fait appel au contrat précaire (7). Une telle distinction s'avère pourtant artificielle dans la plupart des cas, eu égard à l'importance accordée à l'activité principale de l'employeur (8). Un exemple permettra sans doute de mieux comprendre cette idée. Ainsi, lorsque l'employeur est une société ou une association dont l'activité principale est la formation, comment soutenir qu'un emploi d'enseignant-formateur ne relève pas de son activité principale et, partant, de son activité normale et permanente (9) ?

Pour autant, on ne saurait tirer de ce constat que le recours au CDD est prohibé en vertu de l'article L. 122-1, alinéa 1<sup>er</sup>. Ce qu'interdit cette disposition, c'est de pourvoir « durablement » un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise au moyen de ce type de contrat. Par suite, rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait usage du travail précaire pour pourvoir « provisoirement » et on est tenté de dire « temporairement », un tel emploi (10). Ainsi, et pour reprendre l'exemple précité, l'employeur peut, en raison d'une demande ponctuelle, éprouver le besoin de recruter un enseignant spécialisé en telle ou telle matière (11). De même, et parce que cette même demande se renouvelle ou parce que le salarié est polyvalent, il est possible de conclure avec lui plusieurs contrats successifs, en application de l'article L. 122-3-10. Les deux dispositions qui viennent d'être évoquées ne sont d'ailleurs pas antinomiques. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait admettre que ce dernier article autorise à faire se succéder les CDD à l'infini. Cette idée doit cependant être écartée. Sans doute, la loi ne pose-t-elle aucune limite, que ce soit en termes de durée maximale de la relation de travail ou de nombre de contrats successifs. Mais cette limite réside précisément dans l'article L. 122-1 et plus précisément dans l'adverbe « durablement », auquel fait écho l'article L. 122-1-1, 3° en évoquant le caractère par nature temporaire de l'emploi.

Il faut certes admettre que la mise en oeuvre de ce critère n'est pas aisée. Elle n'est pas pour autant impossible (12). Il s'agit en réalité pour l'employeur de convaincre le juge que le recours à des CDD successifs était justifié par des motifs

précis, des besoins ponctuels et temporaires. A défaut, il devra être constaté que le travail précaire a été utilisé pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Telle est précisément la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté, qui met fin à la jurisprudence initiée par les arrêts de 2003.

Ce retour en arrière était inéluctable, eu égard à la position adoptée par la Cour de justice des communautés européennes dans un important arrêt rendu le 4 juillet 2006 (13). Appelée à interpréter la directive 1999/70, qui reprend l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 (14), la Cour de justice des communautés européennes devait plus précisément se prononcer sur la notion de « raisons objectives » justifiant, en application des textes précités, le renouvellement des CDD. Selon la Cour celles-ci visent des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et partant de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de CDD successifs (15).

Il n'est pas besoin de s'étendre sur la contradiction entre la position de la Cour de justice des communautés européennes et celle adoptée par la Cour de cassation dans les arrêts du 26 novembre 2003. En exigeant seulement de vérifier l'existence d'un usage de ne pas recourir au CDI, la Chambre sociale ne posait aucune limite « objective » à la succession des CDD d'usage, la relation de travail pouvant se poursuivre pendant des années au moyen du travail précaire. La juridiction française se devait donc de réagir. C'est désormais chose faite avec les deux arrêts rendus le 23 janvier 2008.

Pour s'en tenir à celui qui nous intéresse plus particulièrement, était en cause une journaliste pigiste qui avait sollicité la requalification de ses CDD successifs, s'étalant sur près de neuf années, en CDI. Pour rejeter sa demande, la cour d'appel avait relevé que la journaliste avait participé à la réalisation de trois émissions télévisées qui étaient par nature temporaire et que dans ces conditions, en ce qui concerne son emploi de journaliste pigiste, il était d'usage constant de ne pas recourir au CDI eu égard au caractère par nature temporaire des programmes télévisés.

Cette argumentation est censurée par la Cour de cassation sous le riche visa des articles L. 122-1, L. 122-1-1, L. 122-3-10 et D. 121-2 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 oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 et sur le fondement du motif de principe reproduit ci-dessus (16). La Chambre sociale exige désormais « de vérifier que le recours à l'utilisation des 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 » (17).

Cette solution doit être entièrement approuvée. Sans doute doit-on admettre, avec la Cour de cassation, qu'elle s'impose en vertu de l'accord-cadre de 1999 en ce qu'il vise à prévenir les abus résultant de l'utilisation de CDD successifs. Mais, et nous avons essayé de le démontrer précédemment, notre législation impose tout autant une telle solution, pour peu que l'on en fasse une lecture appropriée, conforme à la *ratio legis*. Ainsi que l'ont rappelé les parties signataires de l'accord sur la modernisation du marché du travail, si l'utilité économique des CDD est avérée, le recours à ces contrats doit se « faire de manière responsable dans le respect de leur objet et ne peut se justifier que pour faire face à des besoins momentanés de renfort, de transition et de remplacement objectivement identifiables (...) » (18). Partant, une succession de CDD d'usage ne peut être tolérée que si elle n'a pas pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Si tel est le cas, il importe de procéder à la requalification de la relation de travail en CDI, dont on sait qu'elle reste « la forme normale et générale du contrat de travail » (19).

#### Mots clés :

**CONTRAT DE TRAVAIL** \* Contrat de travail à durée déterminée \* CDD d'usage \* Recours

(1) Ce sont en fait deux arrêts qui ont été rendus par la Cour de cassation sur le même thème (v. aussi, Soc. 23 janv. 2008, n° 06-44.197, D. 2008. AJ. 420).

(2) Ce n'est donc pas l'activité du salarié qui peut permettre d'invoquer les dispositions de l'art. L. 122-1-1, 3°. Ainsi, un salarié engagé en qualité de formateur par une banque ne peut pas être engagé par un CDD sur la base de cet article car le secteur bancaire ne fait pas partie des secteurs énumérés (Soc. 25 févr. 1998, RJS 4/98, n° 420). Ajoutons que c'est l'activité principale de l'entreprise qui doit relever de l'un des secteurs en cause.

(3) E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « HyperCours », 2<sup>e</sup> éd., 2007, § 237, *in fine*.

(4) V. par ex., Soc. 23 mai 1995, *Bull. civ. V*, n° 166 ; RJS 7/95, n° 758 ; Soc. 25 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 172 ; RJS 5/98, n° 575. La jurisprudence manquait cependant d'unité. Ainsi, a été considéré comme répondant aux exigences légales, les contrats conclus par un bûcheron, sur une période de plus de 20 ans (!), pour des durées oscillant entre 2 et 7 mois (Soc. 27 avr. 1994, RJS 6/94, n° 664).

(5) Soc. 26 nov. 2003, 4 arrêts, *Bull. civ. V*, n° 298 ; *Dr. soc.* 2004. 629 avec la chron. de C. Roy-Loustaunau ; *Dr. ouvrier* 2004. 217, obs. crit. M. Henry et M.-F. Bied-Charreton. *Adde*, P. Bailly, « A propos du contrat à durée déterminée d'usage », RJS 1/04, p. 7.

(6) P. Bailly, art. *préc.*, p. 11.

(7) Tel était également le sens de la circulaire du 23 févr. 1982, JO 13 mars, p. 833, citée par P. Bailly, *op. cit.*, p. 7.

(8) La difficulté vient en outre du fait que le recours au CDD d'usage n'est pas lié à un événement affectant l'entreprise ou son activité, mais à l'emploi lui-même.

(9) Une association de ce type était en cause dans l'un des deux arrêts rendus le 23 janv. 2008 (pourvoi n° 06-44.197, *préc.*).

(10) Il en va également ainsi lorsqu'il est fait appel au CDD pour remplacer un salarié absent. Là aussi, la succession de contrats est autorisée. Pourtant, la Cour de cassation décide que l'employeur ne peut pas recourir de façon systématique aux CDD de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'oeuvre (Soc. 26 janv. 2005, n° 02-45.342, *Bull.*

civ. V, n° 21 ; D. 2005. Somm. 2499, obs. B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier ). C'est dire autrement que le travail précaire ne peut être utilisé que pour pourvoir « provisoirement » un ou plusieurs emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

**(11)** On peut dès lors considérer que cet emploi présente un caractère par nature temporaire, car lié à une « mission » précise d'enseignement.

**(12)** Le contrôle exercé de ce point de vue par les juges du fond nous paraît se rapprocher d'un contrôle de l'abus de droit, dont il n'a jamais été soutenu qu'il était impossible !

**(13)** CJCE 4 juill. 2006, aff. C-212/70, *Adeneler*, *RDT* 2006. 141, obs. F. Guiomard ; D. 2006. IR. 2209  ; *Dr. soc.* 2007. 97, obs. C. Vigneau. V. aussi, S. Laulom, « Les limites à la succession de CDD », *Sem. soc. Lamy*, suppl. n° 1288, p. 11.

**(14)** C. Vigneau, « L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1999. 928.

**(15)** Et la Cour de préciser que ces circonstances « peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un Etat membre ».

**(16)** Motif de principe que l'on retrouve dans le second arrêt rendu le 23 janv. 2008. Dans cette espèce, un formateur, professeur d'éducation artistique, avait bénéficié de CDD successifs durant quatorze années scolaires. Le salarié avait obtenu du juge la requalification de l'ensemble des CDD en CDI. Solution approuvée par la Cour de cassation qui procède cependant à une substitution de motif.

**(17)** Ces éléments concrets varieront, à l'évidence, en fonction des emplois en cause. Il y a tout lieu de penser que certaines situations problématiques exigeront d'être réexaminées à la lumière de ces nouvelles exigences. On songe notamment ici au secteur du sport professionnel qui use, et abuse, du recours au CDD d'usage, dans le souci, sans doute légitime, de préserver le système des « primes de transfert », mais souvent en violation de la loi.

**(18)** Al. 2 et 3 de l'art. 1<sup>er</sup> de l'accord du 11 janv. 2008.

**(19)** Selon la formule de l'al. 1<sup>er</sup> de l'art. 1<sup>er</sup> de l'accord du 11 janv. 2008.