

La requalification des contrats de travail dans l'audiovisuel

Les tribulations de l'usage constant

Agnès Tricoire

Avocat au Barreau de Paris

Le CDD d'usage est une exception au CDI, prévu notamment dans le secteur audiovisuel, mais strictement encadré par la loi et la jurisprudence en ce qu'il est également dérogoratoire au CDD. Or, plusieurs décisions de la juridiction suprême semblent imposer l'usage constant du non recours au CDI pour les emplois concernés comme seul critère de validité du CDD d'usage. Si la chambre sociale de la Cour de cassation cherche à changer les critères légaux permettant le recours au CDD d'usage, notamment en éludant la vérification du caractère temporaire de l'emploi, qu'en est-il des juges du fond ?

ON SE SOUVIENT que par quatre arrêts du 26 novembre 2003, rendus au visa des articles L. 122-1, L. 122-1-1, 3°, L. 122-3-10 et D 121-2 du Code du travail, et un arrêt du 4 février 2004 rendu aux mêmes visas, la chambre sociale de la Cour de cassation avait opéré une petite révolution *contra legem* dans les critères permettant le recours au CDD dit "d'usage" (1), ce qui intéresse directement les salariés de l'audiovisuel employés dans le cadre d'une intermittence durable. On se souvient que l'auteur de ces lignes exprimait un doute quant à ce qui semblait être une interdiction faite aux juges du fond de rechercher si les contrats respectaient la loi, à savoir, en vertu des articles précités, si les CDD n'étaient pas utilisés pour pourvoir des postes permanents de l'entreprise. La Cour de cassation semblait affirmer que les juges du fond devaient seulement rechercher s'il était d'usage constant, par secteur, de ne pas recourir à des CDI.

L'usage, transformé en valeur unique et en critère exclusif, devenait le paravent possible d'une violation généralisée du Code du travail. La hiérarchie des normes en était elle-même perturbée, l'accord collectif ou d'entreprise étant promu au rang de loi s'imposant à la loi, ce qui n'a jamais été écrit par le législateur, on le sait et bien au contraire.

La chambre sociale a-t-elle, depuis novembre 2003, évolué ?

Notons qu'elle est dans une contradiction saisissante quand elle rappelle, le 21 janvier 2004, que le contrat de travail temporaire ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, puisque cette interdiction rappelée à l'article L. 124-2 pour l'intérim ne fait que rappeler l'interdiction énoncée à l'article L. 122-1 pour tous les CDD. Le contrat pour les intérimaires est encadré de la même façon que celui des intermittents puisque l'article L. 124-2-1 alinéa 3 indique qu'il peut être conclu dans les secteurs où il est d'usage constant de ne pas avoir recours au CDI. Or la Cour n'a pas ici transformé l'usage constant en unique critère. Le travailleur intérimaire est donc privilégié à plus d'un titre, puisqu'il bénéficie d'une prime de précarité dont est privé l'intermittent.

Depuis, concernant les intermittents, la chambre sociale a posé une limite au CDD d'usage, rappelant la nécessité d'un contrat écrit et motivé (2), cet arrêt confirmant une condamnation par la cour d'appel de Paris d'une chaîne de télévision à des rappels de salaires pour les périodes de vacances dont elle avait fait porter la charge, entre deux contrats de grilles, aux congés spectacles, et à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse du fait de la cessation du recours aux services des salariés par l'employeur.

1. *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* n° 156, S2 p. 31, et n° 157 A12 note Cyrille Charbonneau et *RJS* 1^{er} avril chron. Pierre Bailly - Soc. P. V01-45.010 arrêt

du 4 février 2004 - inédit, et Agnès Tricoire, *LP*, n° 201 avril 2004, p. 43 et s. 2. 21 janvier 2004, pourvoi A 03-42757, inédit.

En revanche, dans les vingt-cinq espèces rendues depuis le début de l'année 2004 par la chambre sociale au visa de L. 122-1-1, le dogme de l'unicité du critère de l'usage constant est réaffirmé... avec constance.

Reste à savoir ce que font les juges du fond. Certains résistent clairement en invoquant l'ordre public social, d'autres cherchent sans le trouver l'usage constant, et tous continuent à vérifier la nature de l'emploi.

I. L'USAGE, MÊME CONSTANT, N'EST PAS SUFFISANT POUR DÉMONTRER LA VALIDITÉ DU CDD

Répondant à l'invocation des arrêts du 23 novembre 2003 par Canal + contre une salariée ayant pendant dix ans assuré l'emploi d'accessoiriste, au motif que cet emploi figure dans la liste des emplois répertoriés par l'accord collectif interbranche dit accord Michel, le conseil des Prud'hommes de Paris (3) rappelle qu'« il ne peut y avoir lieu d'interpréter quelque jurisprudence que ce soit dans un sens contraire à la loi, et qu'un accord collectif ne saurait déroger à l'ordre public social », et que « si une jurisprudence récente a pu indiquer qu'il convenait, pour apprécier la nature de l'activité exercée de se référer à l'activité globale du secteur plus qu'à l'activité particulière de l'entreprise ou du salarié, il est bien évident que tous les emplois de l'entreprise concernée ne sauraient avoir automatiquement le caractère temporaire du seul fait que l'entreprise opère dans un certain secteur, et qu'il appartient à l'employeur d'établir que l'emploi litigieux a bien, par nature, un caractère temporaire ». La portée de cette jurisprudence est donc clairement circonscrite : pour le conseil des Prud'hommes, si l'audiovisuel, est un secteur dans lequel il est d'usage de recourir à des CDD, l'accord Michel qui date de 1998 n'est pas une « référence pertinente », alors que les CDD de la salariée ont été conclus à partir de 1994.

Dans une autre affaire tranchée par le conseil de Prud'hommes de Paris (4), opposant également une salariée à Canal +, le conseil analyse l'accord interbranche comme ne démontrant pas l'existence de l'usage constant. Au contraire, il rappelle que le fait que l'activité de l'employeur relève d'un secteur cité à l'article D. 121-2 du Code du travail ne suffit pas, à lui seul, à légitimer le CDD, et que la succession des CDD sur plusieurs années ou saisons peut constituer un indice du caractère indéterminé de la durée de l'emploi. Continuant sa recherche de l'usage constant, le conseil indique que l'employeur ne justifie pas que, dans l'audiovisuel, il existe un usage constant d'employer les maquilleuses par CDD, puisque cet emploi figure dans la liste des CDI dans la Convention collective de la communication et production audiovisuelle et dans l'accord d'entreprise TF1 SA.

La preuve de l'usage constant s'avère donc, comme on le prévoyait, difficile à rapporter par les employeurs.

II. LES JUGES DU FOND CONTINUENT À RECHERCHER LA NATURE DE LA DURÉE DE L'EMPLOI

Les juges du fond persistent et signent : le caractère par nature temporaire de l'emploi doit être démontré, ce qui n'est pas le cas pour une émission qui date depuis plus de dix ans, et le prétendre, « c'est peut-être... faire référence à la fugacité de la destinée humaine sur la planète Terre, mais ce n'est pas appliquer les termes de l'article L. 122-1-1 du Code du travail toujours en vigueur sur le territoire de la République Française »(5).

La cour d'appel de Paris reprend cette analyse de l'article L. 122-1 qui « ne souffre aucune dérogation » et qui impose au juge de rechercher « si l'employeur n'a pas pourvu un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et n'a pas ainsi tourné l'interdiction absolue édictée par le législateur » (6).

Sans se contenter de constater que la preuve de l'usage constant n'est pas rapportée, comme il aurait pu le faire en suivant la jurisprudence de la chambre sociale, le conseil de Prud'hommes de Paris (7), caractérise la permanence de l'emploi, constatant que la salariée a travaillé pendant dix-huit ans pour plusieurs émissions, temporaires ou permanentes, que les interruptions correspondaient à l'intersaison, et que le fait que la salariée aurait pu avoir d'autres employeurs résulte du statut d'intermittent du spectacle que lui a « imposé illégalement » l'employeur.

Dans une autre espèce (8), à propos d'un réalisateur de bandes annonces employé par une chaîne thématique, la cour d'appel de Paris opère un savant mélange des deux conditions : la société Histoire ne démontre pas que l'emploi occupé par un réalisateur de bandes annonces relevait d'une activité pour laquelle il était d'usage constant de ne pas recourir à un CDD en raison de son caractère par nature temporaire, balayant ainsi l'accord entreprise de TF1 concernant les réalisateurs et non pas les réalisateurs de bandes annonces comme preuve de l'usage constant. On notera qu'ici la cour prend soin de noter que le salarié n'était pas engagé pour une émission précise.

Pour un réalisateur de bandes annonces et d'un mini magazine, la cour d'appel de Paris (9) prend soin, comme dans plusieurs précédentes espèces, de ne pas se contenter de rappeler la nécessité d'un écrit en application de l'article L. 122-3-1 du Code du travail. Elle rappelle, « surabondamment », dit-elle, que l'accord interbranche n'est pas une preuve de l'usage constant, parce qu'il n'instaurait pas le recours au CDD comme règle mais comme possibilité, ce que nous écrivions ici en avril 2004 (cf. notre chronique précitée). Dès lors, elle examine « précisément » l'emploi concerné, et constate que le salarié n'était pas affecté à une émission, ce qui nous semble être une analyse très *in concreto*, alors que l'usage constant doit s'analyser par rapport au secteur d'activité et non pas de l'entreprise. Mais cela permet à la cour de répondre en réalité sur la nature non temporaire de l'emploi : on voit bien que l'usage constant est indémontrable.

3. Départage, 1^{er} juin 2004, Priouzeau c/ Canal + et NPAP.

4. Départage, 27 mai 2004, Carvalho c/ Canal +.

5. Départage, 1^{er} juin 2004, Priouzeau c/ Canal + et NPAP.

6. CA 22^e ch. A 18 février 2004, Austin c/ Radiofrance, note Bied

Charreton, *in* le droit ouvrier, janvier 2005 p. 321 et s, 1^{re} esp.

7. Départage, 27 mai 2004, Carvalho c/ Canal +.

8. CA Paris 21^e ch. B, 25 11 2004, inédit.

9. CA Paris 22^e ch. B 08 06 2004, inédit.

Dans le même esprit, la cour d'appel de Paris rejette l'accord d'entreprise de Canal+ comme preuve de l'usage constant, indiquant que ces accords « ne pouvaient être moins favorables que la loi en ce qui concerne les cas et les conditions de recours à ces CDD » (10).

Enfin, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt apparemment très respectueux de l'interdit de rechercher la nature de la durée de l'emploi, déboute la chaîne qui invoquait, ce qui devient fréquent, comme preuve de l'usage constant, outre les accords déjà cités, l'annexe VIII du règlement d'assurance chômage, lequel prévoirait le recours au CDD pour l'emploi de réalisateur : en l'espèce, s'agissant d'un réalisateur de bande annonce, la cour rappelle qu'il se distingue du réalisateur de film, d'émission ou de série... La chaîne avait aussi produit, comme preuve de l'usage constant, six décisions de justice, dont la cour s'amuse à noter qu'elles sont toutes défavorables à l'employeur, et qu'en

tout état de cause, elles n'eussent pas suffi à prouver l'usage constant. La preuve d'un usage illégal et néanmoins répandu n'est ni une preuve d'usage licite ni une preuve d'usage constant.

En conclusion, il faut saluer la résistance des juridictions du fond qui ne se rendent pas au désir de la Cour de cassation de changer la loi. À moins que la chambre sociale, en demandant aux employeurs une preuve manifestement impossible à produire, n'ait opéré en réalité qu'un changement de jurisprudence en apparence. Pour lever l'incertitude juridique qui pèse sur l'ensemble des intervenants, il faudra bien, en raison de la dichotomie entre les chambres sociale et criminelle, et dans l'intérêt de la loi, que l'assemblée plénière se prononce, comme nous l'appelions déjà de nos vœux il y a un an. Rappelons en effet que la chambre criminelle a condamné le PDG de Canal+ en 2001 pour avoir eu recours abusivement à des CDD d'usage renouvelés, après une plainte diligentée par l'inspection du travail et le parquet (11).

Il nous semble indispensable que surviennent apaisement et cohérence : personne ne comprendrait que les salariés soient les victimes des recours abusifs de leurs employeurs au statut de l'intermittence, aggravant les déficits de ce régime en toute impunité. Les déclarations des différents ministres de la Culture depuis 2003 et la crise du statut de l'intermittence doivent encourager les acteurs publics du secteur à établir des relations contractuelles conformes au droit du travail, et à donner l'exemple au secteur privé qui a beau jeu de prendre les chaînes et radios publiques en mauvais exemple.

A. T

MOTS-CLÉS

Audiovisuel, intermittent, contrat de travail, usage constant, statut professionnel

RÉFÉRENCES LÉGIPRESSE

Tricoire (A.), « La requalification des contrats de travail de l'audiovisuel, de l'inconstance ou de l'inconcistance de l'usage constant » : commentaire sous Cass. ch. soc., 26 novembre 2003, Sté nationale de télévision France 2 c/ M. Mebtoul et Cass. ch. soc., 4 février 2004, Sté nationale de télévision France 3 c/ Dolle et autres, LP n° 210-III, p. 44; Carrié (L.); « Le régime des intermittents du spectacle à la croisée des chemins », LP n° 206-I, p. 187.

10. CA Paris 21^e ch. C 01 06 2004, inédit.

RJS 3 février n° 270, p. 228.

11. 27 novembre 2001, *Droit du travail*, février 2002, p. 9 n° 37 2^e esp., et