

N° 357039

Fédération nationale CGT des personnels des sociétés
d'études, de conseil et de prévention

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 9 avril 2014

Lecture du 14 mai 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Qui n'a jamais pesté de devoir s'accroupir ou s'étirer pour attraper son produit préféré dans un rayon de supermarché ? Ce qu'il faut savoir, et vous vous en doutiez certainement, c'est que l'emplacement des produits ne doit rien au hasard. Il est le fruit de ce qu'on appelle « l'optimisation linéaire ». Cette activité, qui consiste à valoriser la présence, le positionnement et la visibilité des produits dans les rayons, est souvent assurée par des sociétés prestataires pour les besoins des enseignes de la grande distribution.

Les partenaires sociaux de ce secteur ont conclu en 2010 un accord prévoyant l'institution d'un contrat d'intervention à durée déterminée et en définissant le régime, notamment les conditions de sa transformation en contrat de travail à durée indéterminée. Cet accord a été étendu par un arrêté ministériel du 19 décembre 2011 dont la fédération requérante vous demande l'annulation.

Les moyens de légalité externe sont sans portée : M. Combrexelle était évidemment compétent pour signer l'arrêté ; et la Commission nationale de la négociation collective n'avait pas à être re-consultée dans les conditions prévues à l'article L. 2261-27 du code du travail, puisqu'aucune opposition n'avait été émise par les organisations siégeant dans cette commission.

Il est soutenu d'une phrase que l'accord n'a pas été négocié et conclu en commission paritaire. Mais tel a été le cas et, même s'il s'agissait d'une commission paritaire restreinte, limitée à certaines organisations, il n'est nullement soutenu que celles-ci n'étaient pas représentatives dans le champ d'application pertinent¹.

¹ Ainsi formulé, le moyen aurait été plus délicat. L'accord a été conclu par deux organisations d'employeurs spécialisés et par les syndicats de salariés signataires de la convention collective du personnel des prestataires de services dans le secteur tertiaire. Mais il se présente comme un accord autonome, et non comme un avenant à cette convention. Il n'est pas évident de déterminer le champ dans lequel la représentativité des organisations doit s'apprécier.

Les deux derniers moyens sont aussi les plus délicats. Ils sont tirés de la méconnaissance par l'accord lui-même des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, qui encadrent le recours au CDD.

Le principe général posé à l'article L. 1242-1 est qu'un CDD ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de « *pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise* ». L'article L. 1242-2 ajoute qu'un CDD ne peut en principe être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans un certain nombre de cas limitativement énumérés. A ce titre, le 3° de l'article L. 1242-2, auquel l'accord litigieux se réfère expressément et qui constitue très certainement son fondement, vise les « *emplois (...) pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au [CDI] en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ». Il s'agit, dans le jargon, des « CDD d'usage ».

La première branche du moyen consiste à soutenir que l'accord conduirait à pourvoir des emplois permanents par des CDD.

Les requérants s'appuient sur le fait que les sociétés spécialisés dans l'optimisation linéaire assureraient en réalité, pour la majeure partie de leur activité, des opérations de réapprovisionnement régulier des rayons. Mais l'accord est limité aux actions relevant de l'optimisation linéaire, qui n'incluent pas *stricto sensu* le réapprovisionnement, lequel semble en général assuré par les enseignes elles-mêmes². Plus sérieuse est la critique consistant à regarder les emplois visés par l'accord comme répondant à l'activité permanente des sociétés.

Les défendeurs soutiennent qu'il ne s'agit pas de pourvoir durablement à des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise, puisque, selon les termes de l'accord, les activités couvertes portent sur des « *actions limitées dans le temps* », « *exclusivement liées à la saisonnalité des ventes* » et « *exercées de façon très ponctuelles* », et que le CDD n'est conclu que pour des prestations qualifiées de « temporaires ».

Cette ligne de défense est discutable. Comme l'indique la fédération requérante, l'activité d'optimisation linéaire des sociétés prestataires revêt un caractère permanent, qui leur permet d'ailleurs de se spécialiser dans ce créneau. Le fait que leurs salariés interviennent ponctuellement dans tel ou tel magasin pour des actions ciblées, à l'occasion d'une opération promotionnelle donnée, des fêtes de fin d'année ou d'une foire aux vins, ne change rien à la permanence des besoins de ces sociétés. Autrement dit, ce n'est pas parce que, par nature, l'activité de l'entreprise consiste en une multitude d'actions ponctuelles auprès de clients qu'elle n'a pas une activité « normale et permanente » justifiant l'embauche en CDI pour satisfaire un besoin structurel de main d'œuvre. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que les agents de surveillance de la Réunion des musées nationaux affectés aux expositions temporaires, qui interviennent régulièrement, à la même fréquence, sur les mêmes périodes annuelles, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique, doivent bénéficier de CDI (Cass. Soc., 10 décembre 2008, n° 06-46349 et s., au Bull.), de même que des salariés

² Les partenaires sociaux ont toutefois pris soin de modifier l'accord par un avenant du 13 novembre 2012, étendu par arrêté du 12 février 2013, pour exclure clairement les « *actions permanentes de remplissage de linéaire et de réapprovisionnement de rayons* ».

mis à la disposition du Parlement européen chaque mois pour les mêmes tâches et la même durée (Cass. Soc., 28 septembre 2011, n° 09-40543, au Bull.). C'est précisément pour répondre aux besoins de telles entreprises que le législateur a créé à l'article L. 3132-31 du code du travail le contrat de travail intermittent, qui est un CDI³ conclu pour les emplois permanents comportant par nature une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

Il nous paraît toutefois difficile de juger que l'accord lui-même méconnaîtrait l'article L. 1242-1⁴ en ce qu'il conduirait nécessairement à pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. L'approche du juge judiciaire en la matière est casuistique, tenant compte de la régularité et de la prévisibilité des activités, mais aussi de l'identité de contenu des tâches, de lieu d'exécution du contrat, de qualification et de salaire (Cass. Soc., 23 février 2005, n° 02-40336, au Bull., à propos d'une activité agricole rythmée par les saisons ; Cass. Soc., 6 mai 1998, n° 95-45027, au Bull., à propos de missions exercées dans différents pays entre coupées de périodes d'inactivité ; Cass. Soc., 4 décembre 1996, n° 93-41891, au Bull.). Or selon le ministre, les missions d'optimisation linéaire visées par l'accord présentent un caractère irrégulier et largement imprévisible. En outre, l'article L. 1242-1 fait seulement obstacle à ce que des emplois liés à l'activité permanente de l'entreprise soient pourvus « durablement ». La Cour de cassation s'appuie le plus souvent sur la succession des contrats conclus avec une même personne pour caractériser une embauche « durable » (V. par ex. : Cass. Soc., 9 octobre 2013, n° 12-17882, au Bull. ; Cass. Soc., 29 septembre 2004, n° 02-43249, au Bull.)⁵. Or on ne peut exclure que les sociétés d'optimisation linéaire choisissent de changer régulièrement de salariés, s'agissant de tâches qui ne requièrent pas une grande qualification. **Il nous semble donc que ce point a plutôt vocation à être contrôlé, au cas par cas, par le juge du contrat de travail, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce.**

C'est d'ailleurs à cette recherche que le juge judiciaire doit se livrer pour les CDD d'usage, qui ne peuvent concerner, selon le 3° de l'article L. 1242-2, que les emplois « par nature temporaires » - condition qui rejoint largement celle de l'article L. 1242-1. Dans le sillage de la Cour de justice de l'Union européenne⁶, la Cour de cassation juge en effet que, compte tenu de la directive du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, il appartient au juge de « *vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné* » (Cass. Soc., 30 novembre 2010, n° 09-68609 et s., au Bull. ; Cass. Soc., 9 octobre 2013, n° 12-17882, au Bull.). L'accord lui-même faisant référence à des « prestations temporaires » en mentionnant le 3° de l'article L. 1242-2, une neutralisation ne serait pas hors de portée.

³ Art. L. 3123-33.

⁴ Il est d'ailleurs rare que la Cour de cassation applique isolément cet article. En général, elle met en œuvre de manière combinée ses dispositions et celles de l'article L. 1241-2 (V. par ex. : Cass. Soc., 15 février 2006, n° 04-41015, au Bull., relevant cumulativement que le salarié a occupé durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et qu'il n'existe aucun usage du recours au CDD dans les organismes de formation).

⁵ Elle admet qu'un salarié embauché pour la saison hivernale, alors que l'entreprise a aussi une activité estivale, n'occupe pas durablement un emploi permanent (Cass. Soc., 30 mai 2000, n° 98-41134, au Bull.).

⁶ V. CJUE, 26 janvier 2012, Küçük, C-586/10.

Nous vous proposons plutôt de retenir l'autre branche du moyen, qui consiste à pointer l'absence d'usage constant de recours aux CDD.

Il faut rappeler que, après des hésitations, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est fixée en ce sens que, saisi d'une demande de requalification d'un CDD d'usage en CDI, le juge doit examiner, d'une part, si l'employeur relève, compte tenu de son activité principale, d'un secteur d'activité désigné par décret ou accord étendu au titre du 3° de l'article L. 1242-2, et d'autre part, si l'emploi en cause répond à un usage constant de ne pas recourir au CDI et présente un caractère par nature temporaire (Cass. Soc., 28 janvier 2008, n° 06-43040 et 06-44197, au Bull.)⁷. Le juge judiciaire recherche ainsi l'existence d'un usage constant « emploi par emploi », alors qu'il se bornait auparavant à le vérifier « au niveau du secteur d'activité » (Cass. Soc., 20 septembre 2006, n° 05-41883, au Bull.).

Cela étant, il nous paraît clair qu'un secteur d'activité dans lequel il n'existerait aucun usage constant de recours au CDD ne pourrait être légalement désigné par décret ou accord étendu comme éligible au dispositif du CDD d'usage. Tel est clairement le sens de la doctrine administrative telle qu'elle ressort d'une circulaire du 30 octobre 1990 (n° 90/18)⁸. A défaut, on ne voit pas bien quel pourrait être le critère d'inscription sur la liste. Et l'on se retrouverait dans une situation où, bien que le CDD d'usage a été ouvert dans le secteur d'activité, aucun employeur ne pourrait légalement en faire application faute d'usage constant, ce qui conduirait à des vagues de requalification de CDD en CDI⁹. Mieux vaut prévenir les difficultés en amont.

Or en l'espèce, le dossier ne fait ressortir aucun usage constant de recours au CDD dans le secteur de l'optimisation linéaire. Le ministre esquivait la question en insistant sur le chapitre II de l'accord qui prévoit la transformation du nouveau CDD en CDI intermittent sous certaines conditions. On comprend en creux qu'il s'est satisfait de ce que l'accord réduisait la précarité dans le secteur, sans s'arrêter au fait qu'il restait en réalité en-deçà des prévisions légales. Les autres défendeurs se bornent à soutenir que la requérante ne démontre pas l'absence d'usage constant¹⁰. Les procès-verbaux de la commission paritaire versés au dossier tendent à montrer qu'il s'est agi de créer un nouveau cas de recours au CDD pour répondre aux besoins en évolution du secteur, caractérisé par une activité de plus en plus ponctuelle. Tout au plus est-il fait état de quelques pratiques d'entreprise à la licéité douteuse. Au

⁷ La Cour juge qu'un employeur est en droit (sous réserve de remplir les conditions) de recourir au CDD d'usage si son activité principale relève d'un des secteurs d'activité éligibles, et quand bien même l'emploi en cause ne relèverait-il pas lui-même de ce secteur (Cass. Soc., 27 septembre 2006, n° 04-47663, au Bull.). Mais il s'agit d'une fenêtre très étroite, puisqu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'emploi lui-même doit répondre à un usage constant...

⁸ « Le décret ne fait donc que reconnaître l'existence d'un usage, dans certains secteurs d'activité, de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ». Selon le fascicule « Contrat à durée déterminée » de Mme Corrignan-Carsin (Dalloz, avril 2013, n° 101), pour qu'un accord étendu puisse ajouter un secteur à la liste, « il faut que soit constatée l'existence d'emplois qu'il est d'usage constant de pourvoir par des salariés sous contrat à durée déterminée ».

⁹ L'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 qui l'a créé ne visait, selon son rapport, que les emplois pour lesquels « il est manifestement d'usage de recourir à ce type de contrat », en particulier pour « certains emplois du spectacle ». Nous ne pensons pas que le législateur ait entendu permettre aux partenaires sociaux de définir librement les secteurs d'activité éligibles.

¹⁰ Rappelons que, devant le juge judiciaire, c'est à l'employeur d'apporter la preuve de l'existence d'un usage constant (Cass. Soc., 20 septembre 2006, n° 05-41833, au Bull.).

demeurant, on peut se demander si, compte tenu de l'encadrement très étroit dont fait l'objet le recours au CDD, et de ce qu'on ne peut certainement admettre, au titre de l'usage constant, qu'un usage légal, de nouveaux secteurs d'activité comme l'optimisation linéaire sont susceptibles de bénéficier de ce dispositif, conçu à l'époque comme une régularisation de l'existant.

Dans ces conditions, nous ne voyons pas comment rattacher cette initiative au CDD d'usage prévu au 3° de l'article L. 1242-2.

Pouvez faire droit à la requête ou êtes-vous en présence d'une contestation sérieuse justifiant une question préjudicielle au juge judiciaire ?

Selon votre jurisprudence de Section du 23 mars 2012, Fédération Sud Santé Sociaux (n° 331805, au Rec.), une contestation sérieuse s'élevant sur la validité d'un accord collectif dont l'arrêté d'extension est attaqué devant vous justifie une telle question préjudicielle, sauf dans 3 cas :

- Soit l'accord étendu constitue une mesure prise pour l'application de la loi ;
- Soit est en cause une méconnaissance du droit de l'Union européenne ;
- Soit il « apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie ».

Bien qu'on puisse hésiter, nous sommes d'avis que vous vous trouvez ici dans la 1^{ère} hypothèse. Celle-ci est certes bien plus étroite que l'admettait votre jurisprudence antérieure, par laquelle vous vous reconnaissiez une plénitude de compétence dès l'instant où l'entrée en vigueur de l'accord était subordonnée à son extension. Mais nous ne pensons pas que vous ayez entendu la restreindre au seul cas où une loi ne pourrait entrer en vigueur que par l'intervention d'un accord étendu. Il convient d'y inclure, à notre avis, l'hypothèse dans laquelle l'accord étendu est la condition d'application d'un régime légal.

A l'origine, l'article L. 122-3 du code du travail ne prévoyait qu'une fixation décrétable de la liste des secteurs d'activité éligibles au dispositif du CDD d'usage. L'ordonnance n° 86-948 du 11 août 1986 y a substitué la formule : « *la liste de ces secteurs d'activité est établie par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu* ». La formulation actuelle est moins nette, mais suit à notre avis la même logique. L'objet de la convention ou de l'accord étendu est de compléter le décret d'application de la loi, c'est-à-dire l'article D. 1242-1 du code du travail, afin de définir le champ d'application matériel de celle-ci et d'y déclencher l'application du régime juridique du CDD, dérogoratoire au principe du CDI. C'est la raison pour laquelle l'accord n'a aucune portée propre, seule l'extension permettant d'ajouter à la liste des secteurs d'activité éligibles, comme le décret aurait pu le faire lui-même. Nous pensons que l'identité de portée entre le décret et l'accord étendu doit conduire à l'identité d'office du juge administratif.

Si vous ne partagez pas ce sentiment, il vous faudra déterminer si la dernière branche de la jurisprudence Fédération Sud Santé sociaux est mobilisable. Cette branche est directement importée de la décision SCEA du Chêneau du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011 (n° 3828-3829, au Rec.). Elle suppose l'existence d'une jurisprudence établie du juge judiciaire. Vous noterez que sa formulation a été légèrement modifiée quelques mois après,

dans l'affaire Green Yellow du 12 décembre 2011 (n° 3841, au Rec.), par la formule, « *au vu notamment d'une jurisprudence établie* ». Potentiellement, l'ajout serait tout à fait significatif. Il ouvrirait en effet la voie, à notre avis très opportunément, à des censures directes dans des cas où le texte est parfaitement clair, bien qu'aucune jurisprudence ne l'ait interprété. Nous doutons toutefois que le Tribunal ait entendu y procéder alors que sa décision fait application d'une « jurisprudence établie » et qu'aucun commentaire, y compris au sein du Conseil d'Etat, n'a relevé ce point. Il s'agit à notre avis d'un lapsus qui, aussi révélateur soit-il, ne nous paraît pas représentatif de la jurisprudence du Tribunal. Votre décision Sud Santé sociaux, rendue postérieurement à cet arrêt, s'en tient elle-même à l'exigence d'une jurisprudence établie.

En l'espèce, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la question précise qui vous est posée. Elle a seulement approuvé une cour d'appel d'avoir annulé un accord mettant en œuvre un accord étendu qui prévoyait la conclusion de CDD d'usage dans le secteur de l'animation commerciale, au motif que cet accord de mise en œuvre s'appliquait aussi aux salariés du secteur bénéficiant déjà d'un CDI (Cass. Soc., 30 mars 2011, n° 10-10560, SORAP et SNPA c/ Fédération nationale CGT des personnels des sociétés d'études, de conseil et de prévention, au Bull.). Aucune conclusion, même *a contrario*, ne nous paraît devoir en être tirée. Cela étant, la jurisprudence de la Cour montre qu'il n'y a aucune raison d'interpréter la notion d'« usage constant » autrement que littéralement. Surtout, vous n'êtes pas dans un cas où il y aurait débat sur le caractère constant d'un usage, mais dans celui où il n'existe aucun usage. Nous sommes convaincu qu'une bonne administration de la justice commande que vous le disiez vous-même, plutôt que de faire attendre plusieurs années les parties sur ce point.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêté, qui est indivisible dès lors qu'il agrée un accord tout entier fondé sur la possibilité de conclure des CDD d'usage dans le secteur en cause¹¹.

PCMNC à l'annulation de l'arrêté attaqué, à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet des conclusions présentées à ce titre en défense.

¹¹ Rappelons que vous vous prononcez seul sur la divisibilité d'un accord collectif (CE, Section, 19 février 1982, Fédération parisienne du bâtiment, n° 21096, au Rec.).