

NOTE SUR LA DIRECTIVE EUROPEENNE 99/70 ET L'ACCORD CADRE SUR LE TRAVAIL A DUREE DETERMINEE

La directive européenne 99/70 et l'accord cadre sur le travail à durée déterminée posent, notamment, la question de la non discrimination entre les salariés relevant de CDD successifs et ceux engagés en CDI.

Cette note a pour but de réfléchir à l'utilisation de ces textes et des arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes comme point d'appui pour revendiquer des droits individuels garantis collectivement, cumulables et transférables d'entreprise à entreprise, de contrat en contrat.

1. Les dispositions communautaires

La directive 1999/70 du 28 juin 1999 (JOCE 10.07.99 L175/43) vise à mettre en œuvre l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 (art.1). Son article second dispose que les États membres doivent, au plus tard le 10 juillet 2001, soit avoir pris les dispositions légales, réglementaires ou administratives nécessaires pour se conformer à la directive, soit s'être assurés que les partenaires sociaux ont pris les dispositions nécessaires pour garantir les résultats imposés par la directive.

L'accord cadre prévoit notamment deux clauses : principe de non-discrimination (clause 4) et prévention de l'utilisation abusive (clause 5)

La clause 4.1 prévoit que « les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. »

La clause 5.1 prévoit notamment que les États membres introduisent dans la législation, après consultation des partenaires sociaux, les mesures définissant les « raisons objectives » lorsqu'il n'existe pas de mesures légales équivalentes destinées à prévenir les abus.

La même clause prévoit le même système en ce qui concerne la durée maximale totale des contrats successifs et le nombre de renouvellements.

2. La législation et la Jurisprudence françaises

A priori, la législation française a mis en place les dispositions nécessaires à la prévention des abus en ce qui concerne les durées maximales des contrats et le nombre de renouvellement en ce qui concerne les cas de recours prévus par les articles L 122 -1 1°, 2°, 3°, 5°.

Se pose cependant le problème de la conformité de la législation en matière de CDD saisonniers, d'usage (L 122-1 2°) et publics en difficulté d'insertion ou complément de formation (L 122-2).

Dans ce dernier domaine, l'article D 121-1 semble avoir mis en place des garanties (définition des publics visés, durées maximales), de même que la loi sur l'exclusion (contrats d'insertion etc. ...). Encore que l'on puisse discuter sur le problème de l'utilisation abusive de stagiaires, CAE etc. ... Mais le débat n'est pas là.

Revenons au contrat d'usage : l'article 122-1-1 prévoit que des CDD peuvent être conclus (...) « dans certains secteurs d'activité définis par voie de décret ou de

convention ou d'accord collectif étendu (dans lesquels) il est d'usage constant de ne pas recourir au CDI en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère temporaire de l'activité ».

La réglementation pose donc une double exigence : sur la forme décret ou accord étendu (le spectacle est visé par D 121-2) et sur le fond : « nature de l'activité exercée et caractère temporaire de l'activité ». Ces critères de fond sont cumulatifs.

La cour de Cas a déjà eu l'occasion de prendre position sur la notion de caractère temporaire. La cour a encore récemment rappelé qu'il appartenait au juge du fond de vérifier ce critère : Ainsi Cas Soc 31 mai 2007 : arrêt intervenu dans le secteur de la formation où le contrat d'usage est encadré par la CCN. Le juge doit non seulement vérifier que les conditions de la CCN sont remplies (actions limitées dans le temps requérant des intervenants dont les qualifications ne sont pas normalement prises en compte dans les activités de l'organisme de formation), mais aussi si l'accumulation de stages durant une même période ne justifiait pas la conclusion d'un CDI à temps partiel ou complet.

Concernant la nature de l'activité, la cour considère que l'usage doit être vérifié non seulement par rapport au secteur d'activité mais aussi pour l'emploi concerné (Cas Soc 26 septembre 2007 06-42563. En l'espèce, il s'agissait de maîtres d'hôtel et chefs de rang engagés en qualité d'extras dans la restauration où existe une CC permettant l'engagement d'extras durant 60 jours au maxi au cours d'un trimestre).

En conséquence, le caractère temporaire de l'activité est vérifié comme pour les CDD classiques et la nature de l'activité au regard du secteur d'activité (visé ou non par D 121-2) et, le cas échéant de la nature de l'emploi occupé (point restant à confirmer)

3. L'interprétation de la CJCE

Les arrêts Adeneler (CJCE 04 juillet 2006) et Del Cerro Alonso (CJCE 13 septembre 2007) abordent le contenu de la notion de « raisons objectives » présidant au renouvellement des CDD.

La Cour estime que cette notion doit être entendue comme « visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité à durée déterminée (...). Ces circonstances peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches (...) et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale » (53. Del Cerro Alonso).

Elle estime nécessaire que l'inégalité de traitement en cause (CDD successifs plutôt que CDI) soit justifiée par « l'existence d'éléments précis et concrets caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet » (57. Del Cerro Alonso).

Et, « plus particulièrement le recours à des CDD, sur le seul fondement d'une disposition légale ou réglementaire générale, sans rapport avec le contenu concret de l'activité considérée, ne permet pas de dégager des critères objectifs et transparents aux fins de vérifier si le renouvellement de tels contrats répond effectivement à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et nécessaire à cet effet » (74. Adeneler)

En conséquence, le recours aux CDD successifs est subordonné, d'une part à la justification d'une part d'un besoin véritable et, d'autre part à la démonstration de l'aptitude et de la nécessité d'avoir recours à ce type de contrat.

Les deux critères cumulatifs supposent que soit faite la démonstration :

- de l'existence d'éléments précis et concrets caractérisant la condition d'emploi et le contexte particulier
- des critères objectifs et transparents en justifiant le recours et
- de l'aptitude et de la nécessité d'une telle mesure

On en revient clairement aux critères traditionnels posés par la CJCE pour qu'une restriction aux principes de libre circulation ou de libre concurrence soit justifiée :

- légitimité de l'objectif poursuivi
- non discrimination
- proportionnalité des moyens mis en œuvre par rapport à l'objectif recherché.

Ce qui ne va pas sans rappeler quelques discussions sur la liberté de prestation de services (les troupes étrangères au droit social par exemple ?)

La conséquence logique est qu'une différence de traitement ne peut être justifiée par « une norme nationale générale et abstraite, telle une loi ou une CC » (57. Del Cerro Alfonso)

Autrement dit « Si les États membres bénéficient d'une marge d'appréciation (...), il n'en demeure pas moins qu'ils sont tenus de garantir le résultat imposé par le droit communautaire, ainsi que cela résulte de (...) l'article 2, 1^{er} alinéa de la directive 1999/70, lu à la lumière du dix septième considérant de celle-ci » (68. Adelenner).

Rappel article 2 : (...) les États membres (doivent) prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive ». Lesquels sont notamment la non discrimination et la prévention des abus.

Par conséquent, il me semble que la seule référence à des secteurs d'activité définis par accord étendu ou décret et dans lesquels l'usage permettrait le recours au CDD, ne permet pas de répondre aux exigences posées par la CJCE.

En effet, « l'usage » ne constitue pas un élément précis et concret de nature à caractériser la condition d'emploi et le contexte particulier.

Pour qu'une législation ou un accord puisse permettre le recours à de tels contrats, il faudrait au préalable que soient déterminés avec précision et de façon concrète quels sont les objectifs poursuivis par le recours au CDD dans le secteur d'activité concerné et l'emploi en cause et en quoi le CDD est à la fois apte et nécessaire pour atteindre cet objectif.

La jurisprudence de la CJCE conduit inmanquablement à s'interroger sur la question de savoir si la France a pris toutes les mesures qui s'imposent à elle, d'une part, pour prévenir les abus de contrats à durée déterminée successifs et, d'autre part, sanctionner de tels abus lorsqu'ils ont lieu.

4. Les CDD successifs dans les fonctions publiques

Le 4 juillet et le 7 septembre 2006, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a rendu une série de décisions préjudicielles relatives à l'interprétation des clauses 1, sous b) et 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée annexé à la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 dont les traits essentiels sont exposés ci-après.

La directive 99/70/CE est applicable aux contrats à durée déterminée conclus avec les administrations et autres entités du secteur public

Les dispositions de la directive 1999/70 et l'accord-cadre annexé ont vocation à s'appliquer également aux contrats et relations de travail à durée déterminée conclus avec les

administrations et autres entités du secteur public. Selon la CJCE, les dispositions de ces deux actes ne comportent aucune indication permettant d'inférer que leur champ d'application serait limité aux contrats à durée déterminée conclus par les travailleurs avec des employeurs du seul secteur privé. La Cour expose, notamment, que la définition de "travailleur à durée déterminée" au sens de l'accord-cadre englobe l'ensemble des travailleurs sans opérer de distinction selon la qualité publique ou privée de l'employeur auquel ils sont liés.

La conclusion de contrats à durée déterminée successifs qui, en réalité, ont pour objet de répondre à des besoins permanents et durables a un caractère abusif

Le caractère abusif, au sens de l'accord-cadre, se déduit ce que la conclusion de contrats à durée déterminée successifs a en réalité pour objet de répondre à "des besoins permanents et durables" et non à des besoins seulement temporaires.

La marge d'appréciation laissée aux États membres pour définir la notion de contrats à durée déterminée successifs ne doit pas conduire à une situation susceptible de donner lieu à des abus

Si le point 2 de la clause 5 de l'accord-cadre laisse en principe aux États membres le soin de déterminer quelles sont les conditions auxquelles les contrats ou relations de travail à durée déterminée sont considérés, d'une part, comme successifs et, d'autre part, comme conclus pour une durée indéterminée, la marge d'appréciation ainsi laissée aux États membres ne saurait en aucun cas aller jusqu'à remettre en cause l'objectif ou l'effet utile de l'accord-cadre. En particulier, ce pouvoir d'appréciation ne doit pas être exercé par les autorités nationales d'une manière telle qu'il conduirait à une situation susceptible de donner lieu à des abus et ainsi de contrarier ledit objectif.

Selon la CJCE, la clause 5 de l'accord-cadre doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui considère que seuls les contrats ou relations de travail à durée déterminée qui ne sont pas séparés les uns des autres par un laps de temps supérieur à 20 jours ouvrables doivent être regardés comme "successifs" au sens de ladite clause.

La notion de "raisons objectives" justifiant les contrats à durée déterminée successifs vise des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée

La notion de "raisons objectives" au sens de la clause 5 point 1 sous a) de l'accord-cadre doit être entendue comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs. 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 État membre. En revanche, une disposition nationale qui se bornerait à autoriser, de manière générale et abstraite par une norme législative ou réglementaire, le recours à des contrats de travail à durée déterminée successifs ne serait pas conforme à ces exigences. Pour la CJCE, admettre qu'une disposition nationale puisse, de plein droit et sans autre précision, justifier des contrats de travail à durée déterminée successifs reviendrait à méconnaître la finalité de l'accord-cadre, qui est de protéger les travailleurs contre l'instabilité de l'emploi, et à vider de sa substance le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée constituent la forme générale des relations de travail.

Les États membres ont l'obligation de prévenir les abus de contrats à durée déterminée successifs mais également de les sanctionner

Il incombe aux États membres non seulement de prévenir l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs en adoptant au moins l'une des mesures énumérées à la clause 5 point 1 sous a) à c) de l'accord-cadre, dès lors que le droit national ne comporte pas déjà des mesures équivalentes, mais également de sanctionner un tel abus. La directive ne prévoyant pas de sanction spécifique dans l'hypothèse d'un abus, il incombe aux autorités nationales d'adopter des mesures appropriées pour faire face à une telle situation, ces mesures devant revêtir un caractère non seulement proportionné, mais également suffisamment effectif et dissuasif pour garantir la pleine efficacité des mesures prises en application de l'accord-cadre.

Les modalités de mise en œuvre des normes prises en application de l'accord-cadre relèvent de l'ordre juridique interne mais elles ne doivent cependant pas être moins favorables que celles qui régissent des situations similaires de nature interne ni rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Ainsi, lorsqu'une utilisation abusive a eu lieu, une mesure présentant des garanties effectives et équivalentes de protection des travailleurs doit pouvoir être appliquée pour sanctionner dûment cet abus et effacer les conséquences de la violation du droit communautaire. Il appartient au juge national de déterminer si ces exigences sont satisfaites par les dispositions du droit national pertinentes.

La directive ne prescrit pas une obligation générale de transformation en contrat à durée indéterminée des contrats à durée déterminée

L'accord-cadre n'édicte pas une obligation générale des États membres de prévoir la transformation en contrat à durée indéterminée des contrats à durée déterminée, pas plus qu'il ne prescrit les conditions précises auxquelles il peut être fait usage de ces derniers.

L'accord-cadre ne s'oppose pas, en principe, à une législation nationale qui exclut toute requalification en contrat à durée indéterminée d'une succession de contrats à durée déterminée relevant du secteur public alors même que la requalification est possible s'agissant de contrats avec un employeur du secteur privé à la condition que l'ordre juridique interne comporte dans ledit secteur une autre mesure effective pour éviter et, le cas échéant, sanctionner l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs.

Cependant la CJCE juge que, pour autant que l'ordre juridique interne d'un État membre ne comporte pas, dans le secteur considéré, d'autre mesure effective pour éviter et, le cas échéant, sanctionner l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs, l'accord-cadre fait obstacle à l'application d'une réglementation nationale qui interdit d'une façon absolue, dans le seul secteur public, de transformer en un contrat à durée indéterminée une succession de contrats à durée déterminée qui, en fait, ont eu pour objet de couvrir des "besoins permanents et durables" de l'employeur et doivent être considérés comme abusifs.

Quelques brèves observations

La jurisprudence de la CJCE conduit inmanquablement à s'interroger sur la question de savoir si la France a pris toutes les mesures qui s'imposent à elle, d'une part, pour prévenir les abus de contrats à durée déterminée successifs et, d'autre part, sanctionner de tels abus

lorsqu'ils ont lieu.

S'agissant des contractuels de droit public, il ne fait pas de doute que les dispositions du chapitre III de la loi du 26 juillet 2006 contiennent au moins l'une des mesures préventives énumérées à la clause 5 point 1 sous a) à c) de l'accord-cadre. En revanche, la question se pose de savoir si la jurisprudence du Conseil d'État (arrêt Bayeux), au maintien de laquelle les dispositions de la loi du 26 juillet 2006 ne semblent pas faire obstacle, excluant toute possibilité de requalification d'une succession de contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée est compatible avec l'obligation qu'ont les États membres de sanctionner les abus de contrats à durée déterminée successifs. La réponse à cette question dépend essentiellement de la question de savoir s'il existe une mesure effective autre que la requalification permettant de sanctionner les abus.

A cet égard, on peut observer que la CJCE a considéré dans l'affaire Vassallo qu'une réglementation nationale excluant la transformation en contrats à durée indéterminée de contrats à durée déterminée successifs mais qui prévoit par ailleurs des règles impératives relatives à la durée et au renouvellement des contrats à durée déterminée ainsi que le droit à réparation du dommage subi par le travailleur du fait du recours abusif par l'administration publique à des contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs semble, à première vue, satisfaire aux exigences de prévention et de sanction des abus.

Se pose également la question de savoir si l'obligation de sanctionner l'abus de contrats à durée déterminée successifs dont pourraient avoir à souffrir des agents contractuels exerçant des fonctions correspondant à celles dévolues aux membres d'un corps ou d'un cadre d'emplois existant impose aux autorités françaises de leur faire application des dispositions du chapitre III de la loi du 26 juillet 2005, peu important l'irrégularité éventuelle entachant leur recrutement au regard des cas de recours à un agent contractuel.

En tout état de cause, la jurisprudence de la CJCE ne devrait pas manquer de conduire le juge administratif à enrichir sa manière d'appréhender la question de la compatibilité du régime applicable aux contractuels de droit public avec les objectifs de la directive 99/70/CE. La Cour administrative d'appel de Nancy a pu juger *"qu'en égard d'une part à l'objectif de prévention des abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs fixé par la directive susmentionnée et d'autre part au caractère alternatif des mesures proposées pour prévenir les abus, les règles nationales applicables, qui énumèrent de façon limitative les cas de recours au recrutement d'agents par des contrats à durée déterminée, limitent dans le temps la durée maximale de ces contrats et prévoient les conditions et limites de leur renouvellement ainsi que celles ouvrant droit à titularisation, ne sont pas incompatibles avec les objectifs de ladite directive"* (arrêt du 2 juin 2005 HABERT n° 03NC00959). Il n'est pas certain qu'une telle motivation à l'appui de laquelle la CAA de Nancy s'est fondée pour rejeter la demande de requalification de contrats à durée déterminée successifs conclus avec une collectivité territoriale par un professeur de danse qui invoquait la directive 99/70/CE soit parfaitement en phase avec la jurisprudence récente de la CJCE.

Enfin, s'agissant des salariés de droit privé, la jurisprudence de la CJCE invite, sans aucun doute, à un examen attentif du régime du contrat à durée déterminée dit d'usage du point de vue de sa conformité aux objectifs de la directive 99/70/CE. Eu égard notamment à l'importance des choix et marges d'appréciation que les dispositions de l'accord-cadre laissent aux États membres, on se gardera à ce stade de toute conclusion hâtive. Mais on ne peut raisonnablement exclure que certains aspects du régime du contrat à durée déterminée dit

d'usage ne manquent d'être discutés à l'avenir.

Quelques questions :

- Comment utiliser ces règlements et décisions dans les branches où la loi et le code du travail précisent qu'il est d'usage constant de recourir au CDD ?
- Comment s'appuyer sur ces textes et arrêts dans les négociations conventionnelles pour ouvrir la voie à l'obtention de droits cumulables et transférables attachés à la personne du salarié ?
- Ces dispositions s'appliquant aux emplois publics, comment peuvent-elles être utilisées pour lutter contre le développement de la précarité et la discrimination entre fonctionnaires et agents non titulaires, entre emplois statutaires et ceux relevant de CDI fonction publique ?
- Comment ces réflexions et élaborations de revendications peuvent-elles rendre plus concrète et d'actualité notre orientation de Nouveau Statut du Travail Salarié dans notre activité revendicative ?

Marc Slyper

CE confédérale, Collectif confédéral Nouveau Statut du Travail Salarié

Pièces jointes :

- Directive 99/70 et accord cadre
- Arrêt CJCE 4 juillet 2006
- Arrêt CJCE 7 septembre 2006
- Arrêt CJCE 13 septembre 2007
- Exemple de revendications et propositions de la fédération Cgt du spectacle dans la négociation conventionnelle du Spectacle vivant sur les contrats de travail et l'usage

constant du CDD (extraits).