

Contrat d'intermittent : une notion inexacte et dangereuse

La notion d'intermittent du spectacle, largement répandue par la presse et certains textes de nature réglementaire, est une notion inexacte et dangereuse.

Les entreprises sont en effet persuadées qu'à partir du moment où un salarié est inscrit au chômage dans un des régimes des ASSEDIC spécifique aux salariés du spectacle et de l'audiovisuel (1), elles ont toujours le droit d'embaucher ce salarié sur un contrat de travail à durée déterminée (CDD), certaines allant même jusqu'à appeler ces contrats des "contrats d'intermittents", ce qui ne correspond à aucune catégorie juridique, ou du moins pas du tout à la catégorie juridique envisagée, puisqu'un contrat intermittent est au sens du code du travail un contrat à durée indéterminée.

Dans les secteurs de la création artistique, les entreprises embauchent ainsi fréquemment leur personnel sur la base de CDD qu'ils renouvellent souvent plusieurs fois de suite. Or, dans de très nombreux cas, ces CDD successifs sont susceptibles d'être requalifiés en contrat de travail à durée indéterminée (CDI), avec toutes les conséquences financières qui en découlent.

Les cas autorisés de recours aux CDD

Un employeur ne peut librement recruter un salarié sous CDD. La loi limite (2) les cas de recours aux CDD aux cas de figure suivants :

- 1/ pour remplacer un salarié absent (ou dans l'attente de l'entrée en service effective d'un salarié recruté par CDI pour occuper le poste) ;
- 2/ pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise ;
- 3/ pour pourvoir un emploi à caractère saisonnier ou encore pour pourvoir, dans certains secteurs d'activité, des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir aux CDI en raison de la nature de l'activité et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Les CDD dits d'usage

Les secteurs d'activité dans lesquels il est d'usage de recourir au CDD sont : l'action culturelle, l'audiovisuel, les spectacles, la production cinématographique, l'édition phonographique et les centres de loisirs et de vacances (3). La jurisprudence exige de plus que l'entreprise concernée ait cette activité pour activité principale.

Mais attention, le seul fait de se situer dans un des secteurs visés par les textes n'autorise pas le recours aux CDD pour n'importe quel poste. Il faut, en effet, que l'emploi à pourvoir ait un caractère temporaire, c'est-à-dire qu'il ne s'agisse pas d'un emploi durable relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Si le poste est par nature temporaire, le contrat constitue un CDD et il est possible de renouveler le CDD autant de fois que nécessaire (4).

Au contraire, si le poste relève de l'activité normale et permanente de l'entreprise, il ne peut être pourvu sur la base d'un CDD et l'employeur doit forcément recruter sous CDI. A défaut, le CDD pourrait faire l'objet d'une requalification en CDI par les tribunaux.

Quelques exemples

Le caractère temporaire d'un emploi s'apprécie au cas par cas.

Lorsque les tribunaux sont saisis d'une demande de requalification de CDD en CDI, ils procèdent à une analyse de la situation et recherchent, au cas par cas, si l'activité du salarié n'était pas lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Ainsi, un théâtre peut valablement recruter un artiste chorégraphique par le biais de cinq CDD successifs si chaque contrat correspond à une mission précise, comme la réalisation de la chorégraphie d'un ou plusieurs spectacles déterminés (5).

En revanche, lorsqu'un cabaret ou un théâtre recrute une danseuse pour paraître dans un corps de ballet pendant sept années de suite, afin de danser au sein de la compagnie de danse du cabaret ou du théâtre tous les spectacles présentés par le cabaret, la relation de travail doit être requalifiée en CDI (6). Il en va de même pour le personnel de caisse, les ouvreuses (7) et les agents de sécurité, ainsi que pour une personne embauchée en qualité de responsable d'antenne télévision ou de présentateur-animateur lorsque les émissions de télévision ne sont ni déterminées ni limitées dans le temps (8).

Les artistes membres des compagnies ou d'orchestres permanents qui ne sont pas embauchés pour un spectacle précis doivent être recrutés sous CDI, et éventuellement sur des contrats intermittents, lesquels remplacent le contrat de travail à temps partiel annualisé (9), si la nature de l'emploi implique une alternance de périodes travaillées et non travaillées. Ce dernier type de contrat n'est possible que dans les secteurs pour lesquels il existe un accord collectif sur cette question.

L'accord cadre sur le recours au CDD d'usage dans le spectacle

Un accord cadre a été mis en place pour compléter ce dispositif et encadrer l'utilisation des contrats à durée déterminée d'usage (CDD d'usage) dans les entreprises des secteurs de la création artistique. Cet accord précise les secteurs d'activité autorisés à recourir à ce type de contrat pour l'emploi de personnel technique, administratif et artistique. Daté du 20 octobre 1998, il a été étendu par une mesure spécifique.

L'accord national interbranches du 24 juin 2008, portant sur la politique contractuelle dans le spectacle vivant public et privé, a modifié la liste des fonctions permettant le recours au CDD d'usage. Il a également prévu que cette liste soit mise à jour par des accords collectifs propres à chaque branche du spectacle vivant.

Cet accord concerne les secteurs des spectacles, de l'action culturelle, de l'audiovisuel, de la production cinématographique et de l'édition phonographique (10).

L'accord définit ensuite les branches professionnelles concernées en donnant les codes NAF de ces branches. Ces codes NAF ne sauraient toutefois avoir une quelconque conséquence juridique dans la mesure où ils n'existent qu'à des fins statistiques.

Liste des branches :

- production cinématographique et audiovisuelle (925.1A, 92.1B, 92.1C, 92.2B, et 92.4Z pour les agences de presse audiovisuelles) ;
- radio (92.2A) ;
- diffusion télévisuelle (92.2 C) ;
- activité de diffusion,
- activité de production
- activité de radio
- prestations techniques du cinéma et de l'audiovisuel (22.1.G pour les studios d'enregistrement sonore, et 92.1D, sauf pour l'activité photochimique des laboratoires de développement et de tirage) ;
- édition phonographique (22.1G) ;
- spectacle vivant / lieux fixes de spectacle ;
- spectacle vivant / entrepreneurs sans lieu fixe ;
- spectacle vivant / prestataires.

Le cadre politique de cet accord

Cet accord avait initialement pour but de prendre des dispositions “propres à favoriser la consolidation du dispositif spécifique d’indemnisation du chômage applicable aux intermittents du spectacle” (11). Le problème : cette notion d’intermittent n’existe pas.

En effet, l'annexe VIII de la convention sur l'assurance chômage concerne "les salariés involontairement privés d'emploi ou assimilés qui occupaient des fonctions concourant à la production d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles, fixées ou non fixées, engagés par contrat de travail à durée déterminée..." (12), qu'il s'agisse de contrat d'usage ou non. Le texte de l'annexe VIII ne précise aucunement si l'entreprise qui embauche doit ou non avoir comme activité principale une activité relevant d'une des branches de l'audiovisuel. Un salarié embauché sous CDD peut donc toujours bénéficier des dispositions de cette annexe VIII, dès lors qu'il a concouru, dans le cadre de son emploi, à la production d'oeuvres audiovisuelles.

L'annexe X de la convention sur l'assurance chômage concerne quant à elle les employeurs, personnes ou physiques ou morales, produisant des spectacles, et les artistes et techniciens qu'ils emploient, quelle que soit par ailleurs l'activité principale de l'entreprise, sous réserve que ces artistes et techniciens soient engagés sous contrat de travail à durée déterminée (13). Là encore, il n'est fait aucune référence au contrat d'usage. Ces dispositions concernent donc tous les CDD.

Cet accord nous semble donc totalement inefficace au regard de l'un de ses principaux objectifs.

L'article 3.2. de cet accord énonce ensuite que les entreprises qui ne relèvent pas des branches d'activités professionnelles visées par l'accord, lorsqu'elles recourent à des CDD, ne peuvent bénéficier des dispositions spécifiques aux CDD d'usage, (pas de prime de précarité, possibilité de reconduction sans limitation, régime de droit commun en matière de congés payés).

Toutefois, le même article précise ensuite que si les salariés concernés exercent l'emploi d'artiste du spectacle ou l'un des emplois figurant dans les listes de fonctions organisées par l'accord, les employeurs, en accord avec les intéressés, cotiseront, au titre des contrats en cause, aux organismes sociaux du spectacle.

Cet accord est-il légal ?

Cet accord vient organiser une distorsion économique entre les entreprises dont l'activité principale relève de l'un des secteurs visés par l'accord et les autres entreprises qui devront payer l'indemnité de précarité alors que celle-ci n'est pas due pour les contrats d'usage. Ces entreprises devront également verser directement les congés payés, au lieu de payer les congés spectacles. Cela crée une distorsion de concurrence entre des entreprises exerçant la même activité selon que cette activité sera exercée à titre principal ou non. Nous ne sommes pas certains qu'il existe une justification à cette atteinte au principe d'égalité.

Il est vrai que la cour de cassation s'est récemment prononcée sur cette question et a considéré que pour avoir recours aux contrats à durée déterminée d'usage, l'entreprise devait relever à titre principal de l'un des secteurs d'activité visé par l'article D 121-2 du code du travail. Il ne semble toutefois pas que la question de la constitutionnalité et de la conformité aux traités européens de ce texte ait été soulevée.

Collaborations de longue durée

L'article 3.4.de l'accord organise des dispositions spécifiques pour les personnes ayant collaboré, pendant une longue durée, de manière continue, avec le même employeur.

Par collaboration continue de longue durée, on désigne le cas où la durée cumulée (en nombre de jours calendaires, décomptés du 1er au dernier jour des contrats) des CDD d'usage d'un salarié avec le même employeur, pendant une durée minimale de 3 ans, dépasse 70 % de cette durée. Le texte de l'accord précise que chacun des CDD doit avoir un objet particulier justifiant son caractère temporaire.

Dans un tel cas, l'employeur qui entend ne pas proposer un nouveau contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée devra en informer le salarié un mois au moins avant la date de fin du dernier contrat, et verser au salarié, s'il ne lui est pas proposé un nouveau contrat, une indemnité, qui sera au minimum, par année de collaboration continue, de 20 % du salaire mensuel moyen perçu par le salarié au cours de la période d'emploi.

En outre, si l'employeur ne respecte pas le délai d'information, il devra verser au salarié une indemnité d'un montant égal à un mois de salaire aux conditions du dernier contrat.

Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette disposition risque fort d'être d'application délicate. En effet, les

entreprises devront d'abord tenir un récapitulatif de leurs recours aux CDD d'usage par salarié, afin de savoir quand ils tomberont sous le coup de cette disposition. Ensuite, si le salarié est dans cette situation, il suffira de lui proposer un CDD, même d'une journée, et éventuellement dans un délai d'une année, pour faire tomber l'obligation de payer cette indemnité. Il suffira de lui avoir proposé ce CDD dans le mois précédent la fin du dernier contrat, date qu'il sera souvent difficile de déterminer, quand les CDD ont en général une durée inférieure à 24 jours. Sur ces points le texte de l'accord est en effet d'un manque certain de précision et risque donc d'être largement inefficace.

L'accord précise que ces dispositions s'appliquent sous réserve des dispositions réglementaires et de la jurisprudence...

Le secteur du disque s'est d'ailleurs désolidarisé de cette disposition. Les CDD d'usage, conclus avec un artiste du spectacle, ayant pour objet la fixation à titre exclusif de ses prestations ne sont donc pas concernés.

En effet, l'article L. 122-1 du Code du travail énonce que le contrat de travail à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet, de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Les situations relevant de cet article risquent de correspondre le plus souvent à des salariés qui devraient être embauchés sur des contrats intermittent (C'est-à-dire à durée indéterminée) et qui préfèrent le recours au CDD afin de bénéficier des ASSEDIC. Cela ne se justifie d'ailleurs plus au regard des nouvelles dispositions relatives aux possibilités de cumul entre allocation chômage et emploi à temps partiel.

- *Dispositions spécifiques au spectacle vivant*

L'accord spectacle vivant limite l'appartenance à la branche des prestataires du spectacle vivant aux seules entreprises titulaires du label prestataire de services du spectacle vivant. Cet accord fait ainsi référence à un label actuellement inexistant. Il sera intéressant de connaître le motif d'ordre public qui autorisera le législateur, (s'il se décide à le faire) à mettre en place une telle réglementation des prestataires de service du spectacle vivant. Nous nous permettons de rappeler qu'un tel label doit obligatoirement être prévu par un texte de nature législative. Il ne nous semble pas qu'un quelconque projet en ce sens ait été déposé au parlement.

L'accord autorise par contre les entreprises de spectacle en régie des collectivités publiques à exister... et fait référence à la loi du 18 mars 1989 (qui lui est postérieure) venant réformer l'ordonnance de 1945 sur les spectacles. Nous considérons quant à nous qu'il est d'ores et déjà possible de ne pas la respecter. Cette réglementation nous semble à la fois entachée d'inconstitutionnalité parce que venant restreindre la liberté du commerce et de l'industrie en dehors de tout motif d'ordre public (14), et par ailleurs

contraire aux traités Européens, parce que venant fausser la concurrence et restreindre l'accès au marché français du spectacle de façon illégale. La France est en effet le seul pays d'Europe à soumettre l'activité d'entrepreneur de spectacles à une autorisation.

Pour conclure, il nous semble que cet accord qui relève d'une logique conservatrice et protectionniste, s'il était appliqué pénaliserait les branches professionnelles innovantes des secteurs de la création artistique, lesquelles voient en permanence émerger de nouvelles fonctions.

Listes des fonctions par branches d'activité :

L'ensemble des intitulés de poste, mais sans les définir...

- Activité production ;
- Liste des fonctions du secteur de l'animation ;
- Activité radio ;
- Activité diffusion télé ;
- Activité prestataires techniques audiovisuelles (y compris studios d'enregistrements sonores);
- Activités des prestataires dans l'animation ;

- Activités de l'industrie phonographique (avec une sous branche des emplois liés à la production de vidéogrammes uniquement);
- Fonctions exercées dans les lieux fixes de spectacles aménagés pour des représentations publiques dans le cadre de leur activité de production et/ou de diffusion de spectacles vivants pour lesquels le recours au CDD d'usage peut être légitime (il ne s'agit pas d'un gag ...);
- Fonctions pour lesquelles le contrat à durée déterminée d'usage peut être (re-gag) légitime dans le sous-secteur entrepreneurs de spectacles, producteurs, entrepreneurs de tournée et/ou diffuseurs n'exploitant pas leur activité dans un lieu fixe de spectacles vivants ;
- Sous branche des prestataires de service du spectacle vivant.

Certaines des listes se recoupent. À titre d'exemple, la liste des fonctions des prestataires techniques audiovisuels précise qu'elle concerne également les studios d'enregistrement sonore, et la liste de l'industrie phonographique inclut également toute les fonctions liées à l'enregistrement sonore, mais on n'y retrouve pas les mêmes intitulés.

Ainsi, l'industrie phonographique reconnaît les techniciens son, lesquels ne sont pas reconnus par les studios d'enregistrement sonore qui parlent d'ingénieur du son.

Le Disc-Jockey figure dans la liste de l'industrie phonographique, et pas dans celle du spectacle. En principe, le disc-Jockey est un artiste et ne devrait donc même pas y figurer.

(1) qui sont moins exigeants sur le nombre minimum d'heures à effectuer pour être indemnisé

(2) Article L. 122-1-1 du Code du travail

(3) Article D. 121-2 du Code du travail. Il existe d'autres secteurs visés par cet article, mais ils ne concernent pas le domaine culturel

(4) L'article L. 122-3-10 du Code du travail précise que le renouvellement successif de CDD ne risque pas d'aboutir à une requalification de la relation de travail en CDI

(5) Cass. soc. 25 avril 1990, Dalloz 1990, IR page 125

(6) Cass. soc. 23 mai 1995 Dalloz 1995, IR page 197

(7) CA Aix-en-Provence 24 mai 1988, Juris-Data n° 051627 (8) Cass. soc. 22 janvier 1992 Dalloz 1992 IR page 68 et Cass. soc. 17 décembre 1997 n° 94-43.517

(9) Sur le contrat de travail à temps partiel annualisé, (appelé également contrat intermittent), voir "La Lettre de Nodula" N° 47 - juillet 1996, page 189

(10) Il s'agit de secteurs définis à l'article D 121-2 du code du travail.

(11) Article 1.4. de l'accord.

(12) Article 2 de l'annexe VIII, Journal Officiel du 5 mars 1993, page 3450.

(13) Cette définition est celle des articles 1 et 2 de l'annexe X - Journal officiel du 5 mars 1993 - page 3459.

(14) Ce point est d'ailleurs reconnu par le rapporteur du projet de loi à l'assemblée dans le cadre de son introduction.