



AVIS DE Mme RÉMERY, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n° 1028 du 12 novembre 2020 – Chambre sociale

Pourvoi n°19-11.402

Décision attaquée : 30 novembre 2018 de la cour d'appel de Douai

**société Terminal des Flandres
C/
M. [V] [D]**

FAITS ET PROCÉDURE

M. [D] a été embauché à compter de février 2006 par plusieurs entreprises de travail temporaire qui l'ont mis à disposition de la société Terminal des Flandres (dénommée société Nord France Terminal International jusqu'en mars 2012), l'une des sociétés de manutention portuaire sur le port de Dunkerque.

A compter du 1er janvier 2013, il a été recruté directement par la société Terminal des Flandres dans le cadre de contrats à durée déterminée d'usage.

Le 16 juillet 2014, la relation de travail entre M. [D] et la société Terminal des Flandres a pris fin.

Le 10 avril 2015, M. [D] a saisi le conseil de prud'hommes de Dunkerque pour obtenir la requalification en contrat à durée indéterminée des contrats de mission temporaire ainsi que des contrats à durée déterminée d'usage.

Par jugement du 14 mars 2016, la juridiction prud'homale a jugé que les contrats à durée déterminée du salarié étaient conformes aux dispositions du code des transports, dit que le statut des dockers est un statut particulier dérogatoire au droit commun du travail et rejeté les demandes du salarié.

Par arrêt infirmatif du 30 novembre 2018, la cour d'appel de Douai a dit que la relation de travail de M. [D] devait être requalifiée en un contrat à durée indéterminée à compter du 16 février 2006 et que la rupture de cette relation devait s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamné la société Terminal des Flandres à verser diverses sommes au titre de l'indemnité de requalification, de l'indemnité compensatrice de préavis outre congés payés afférents, de l'indemnité légale de licenciement ainsi que des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse; ordonné le remboursement des indemnités chômage au Pôle emploi dans la limite de six mois ainsi que la remise de bulletins de salaire conformes.

C'est l'arrêt attaqué.

La société a formé un pourvoi en cassation comportant un moyen divisé en quatre branches par lequel elle fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir requalifié la relation de travail en contrat à durée indéterminée et analysé la rupture en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le pourvoi soutient que le caractère fluctuant du trafic maritime et la variation continue de la charge d'activité de chargement et déchargement des navires constituent des éléments objectifs établissant la nature temporaire de l'emploi, au sens des articles L. 1242-1 et L. 1242-2 du code du travail, interprétés à la lumière de la clause 5 point 1, a) de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 mis en oeuvre par la Directive 1999/70/CE du 28 juin 2000, de sorte que la conclusion de contrats à durée déterminée successifs est justifiée par des raisons objectives.

DISCUSSION

Le pourvoi qui conteste la requalification ainsi ordonnée par l'arrêt attaqué impose d'examiner les conditions permettant aux entreprises de manutention portuaire de conclure avec des ouvriers dockers occasionnels des contrats à durée déterminée d'usage ou des contrats de mission.

La profession de docker a connu de profonds bouleversements¹. Elle a été régie jusqu'en 1992 par la loi n° 47-1746 du 6 septembre 1947 qui avait institué un "statut" des dockers permettant de pallier leur grande précarité tout en adaptant leur activité à l'irrégularité du trafic portuaire. Les dockers professionnels étaient titulaires d'une carte professionnelle (la carte G) délivrée par l'autorité portuaire, qui conditionnait l'exercice de leur emploi placé sous le régime de l'intermittence et du monopole sur les emplois de manutention définis par décret " dans les ports où le trafic le justifiait"

La loi de 1947 consacrait une priorité absolue d'embauche pour le travail à la vacation des dockers professionnels intermittents sur les dockers occasionnels intervenant en appoint.

La "carte G" dont étaient titulaires les seuls dockers professionnels leur ouvrait droit au bénéfice d'une "indemnité de garantie" en cas de chômage lié aux irrégularités du trafic. L'ensemble des entreprises de manutention portuaire cotisait de façon uniforme à la Caisse Nationale de Garantie des Ouvriers Dockers (CAINAGOD)².

Cependant, le sureffectif croissant des dockers dont le taux d'inemploi³ dépassait 30% en 1985 (la disposition prévue par l'article 19 de la loi de 1947 prévoyant la radiation de cartes professionnelles dès lors que le taux d'inemploi dépassait les 25% n'ayant pas été appliquée) mettait en péril la caisse de garantie des dockers et pesait sur la compétitivité des ports en raison du mécanisme de solidarité.

Pour mettre fin à ces dysfonctionnements, le statut des dockers a été profondément réformé par la loi n° 92-496 du 9 juin 1992 (dite loi Le Drian) qui s'est accompagnée d'importants plans sociaux et dont les dispositions sont applicables à la cause. Ces dispositions, initialement inscrites aux articles L 511-2 et suivants du code des ports

¹ Le rappel de cette évolution est en partie tiré du rapport "Entreprises de manutention portuaire et régime d'emploi des ouvriers dockers" déposé en juillet 2014 par Mme Bonny, inspectrice générale de l'administration du développement durable ainsi que des travaux parlementaires ayant présidé à l'adoption de la loi n° 2015-1592 du 8 décembre 2015, en particulier du rapport de M. le sénateur Michel Vaspert au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable.

² "si bien qu'au final, c'étaient les ports qui travaillaient le plus qui cotisaient pour ceux d'entre eux qui travaillaient le moins" (Rapport Bonny déjà cité).

³ À savoir le rapport entre les vacances chômées et les vacances travaillées.

maritimes ont été abrogées par l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 et reprises aux articles L. 5343-1 à L. 5343-7 du code des transports.

L'article L. 5343-2 divise les ouvriers dockers en deux catégories:

- 1° Les ouvriers dockers professionnels qui sont soit mensualisés, soit intermittents.
- 2° Les ouvriers dockers occasionnels.

Il n'est plus délivré de carte professionnelle. L'intermittence est vouée à une disparition progressive. Comme le soulignait le rapport de M. le sénateur Vaspart⁴ au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable "*L'ouvrier docker est désormais défini par un contrat de travail de droit commun et non plus par son lieu d'activité*".

A côté des dockers professionnels mensualisés, qui sont des salariés liés aux entreprises de manutention par un contrat à durée indéterminée, subsistent des dockers professionnels intermittents, titulaires de cartes professionnelles au 1^{er} janvier 1992 et qui n'ont pas conclu de contrat de travail à durée indéterminée avec les entreprises privées de manutention. Ils relèvent d'un bureau central de la main-d'oeuvre (BCMO) et bénéficient d'un régime transitoire : ils peuvent continuer à travailler à la vacation et s'ils choisissent la mensualisation, ils peuvent revenir au régime de l'intermittence, en cas de licenciement économique par exemple.

La catégorie de dockers occasionnels est également maintenue.

La liberté de recrutement de l'employeur est aussi limitée par un double système de priorité d'embauche prévue à l'article L. 5343-7 : d'une part, les ouvriers dockers ont, dans leur ensemble, priorité pour effectuer des travaux de manutention définis par voie réglementaire, d'autre part, les dockers professionnels mensualisés bénéficient d'une priorité d'embauche sur les intermittents, qui eux-mêmes bénéficient d'une priorité d'embauche sur les occasionnels.

En 2015, l'on dénombrait 3 997 dockers professionnels mensualisés (au lieu de 8 000 avant la réforme de 1992), 136 dockers intermittents dont 62 en activité et environ 700 dockers occasionnels⁵.

Il n'est pas contesté que M. [D] appartenait à cette dernière catégorie.

L'article L 5343-6 du code des transports dans sa rédaction issue de la loi de 1992 applicable à la cause définissait ainsi les dockers occasionnels comme constituant "*une main d'oeuvre d'appoint à laquelle il n'est fait appel qu'en cas d'insuffisance du nombre de dockers professionnels intermittents. Les ouvriers dockers occasionnels*

⁴ Déjà cité (voir note 1).

⁵ Chiffres tirés du rapport établi par M. Vaspart déjà cité en note 1.

ne sont pas tenus de se présenter à l'embauche et peuvent travailler ailleurs que sur le port sans autorisation spéciale".

La loi de 1992 avait aussi prévu l'élaboration d'une convention collective, spécifique au secteur de la manutention portuaire, qui a été adoptée le 31 décembre 1993 et étendue par arrêté du 29 septembre 1994.

Ce texte conventionnel dont l'objectif était de conforter la relation contractuelle liant les entreprises de manutention aux ouvriers dockers prévoyait en son article 9B relatif aux emplois occasionnels que : "Conformément à l'article L. 122-1 du code du travail, 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'entreprise⁶.

Sous réserve de l'alinéa précédent, les signataires de la présente convention collective conviennent que l'activité de manutention portuaire, telle que définie à l'article 1^{er} relatif au champ d'application, constitue un secteur d'activité où il est d'usage constant, au sens de l'article L. 122-1-1, 3e du code du travail de recourir au contrat de travail à durée déterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de certains emplois."

Ces dispositions ont été reprises dans la convention collective nationale unifiée ports et manutentions du 15 avril 2011 en son article 6 qui prévoit, pour les emplois correspondant aux ouvriers dockers occasionnels, que : "Conformément à l'article L. 1242-1 du code du travail, 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.

Le recours à des CDD d'usage constant est toutefois rendu nécessaire dans certaines entreprises relevant du champ d'application de la présente convention collective compte tenu :

- du caractère irrégulier de leur activité lié aux fluctuations du trafic portuaire et des débarquements de produits de la pêche ;
- de la nécessité de disposer d'une main-d'oeuvre d'appoint, au sens des articles L. 511-2 et L. 511-5 du code des ports maritimes, disposant des formations requises, et de la fidéliser.

Sous réserve des alinéas précédents, les signataires de la présente convention collective conviennent que l'activité de manutention portuaire et celle de débarquement des produits de la pêche au sein des ports de pêche, telles que définies à l'article 1^{er} relatif au champ d'application, constituent un secteur d'activité où il est d'usage constant, au sens de l'article L. 1242-7 du code du travail, de recourir au contrat de travail à durée déterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de certains emplois."

⁶ C'est moi qui souligne.

Enfin, un avenant à cette convention nationale conclu le 18 avril 2006 relatif aux conditions d'emploi et de rémunération particulières des personnels dockers des entreprises de manutention dans les ports maritimes du nord qui a intégré les accords conclus depuis 1992 entre les organisations syndicales des personnels dockers et les entreprises de manutention du port de Dunkerque rappelle l'accord de sous-traitance de chantiers conclu entre les entreprises de manutention qui prévoit que lorsque la sous-traitance ne permet pas à une entreprise d'assurer la réalisation de tout ou partie d'un chantier, elle peut avoir recours à du personnel intérimaire. Toutefois, en raison des spécificités du métier d'ouvrier docker et de la nécessité d'une formation spécifique à la sécurité, il a été convenu de constituer un pool d'ouvriers dockers intérimaires au sein des effectifs d'une ou plusieurs entreprises de travail temporaire, auxquelles elles feraient exclusivement appel, en cas de besoin, après épuisement des possibilités de sous-traitance.

L'accord du 16 novembre 2012 relatif au recours à l'emploi d'ouvriers dockers occasionnels spécifique au port de Dunkerque a repris les dispositions de l'accord du 18 avril 2006 sur le recours à la sous-traitance mais a prévu, en cas d'insuffisance, de recourir, non plus à l'intérim, mais directement à des ouvriers dockers occasionnels, en l'occurrence par le recours à des contrats déterminée d'usage.

M. [D] illustre l'application de ces textes conventionnels spécifiques puisqu'il a d'abord été engagé par deux entreprises de travail temporaire qui l'ont mis à disposition de la société de manutention Terminal des Flandres sur le port de Dunkerque dans le cadre de 201 contrats de mission puis il a été engagé par cette société suivant contrats à durée déterminée d'usage.

Ces contrats ont-ils été conclus en violation des dispositions régissant ces deux types de contrat ? Le caractère fluctuant du trafic maritime et la variation continue de la charge d'activité de chargement et déchargement des navires constituent-ils, comme le soutient le moyen, des éléments objectifs établissant la nature temporaire de l'emploi ?

Suivant les articles L 1251-6 (3°) du code du travail relatif au contrat de mission et L 1242-2 (3°) relatif au contrat à durée déterminée d'usage, rédigés en des termes identiques, ces contrats peuvent être conclus pour les emplois pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou convention ou accord collectif de travail étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois.

Ces trois conditions (secteurs d'activité définis légalement ou conventionnellement, usage constant du non recours au CDI et caractère temporaire de l'emploi) sont cumulatives. Comme le souligne le mémoire ampliatif, la troisième condition tenant

au caractère temporaire de l'emploi est celle qui a donné lieu au contentieux le plus nourri.

Aux termes des articles L 1251-5 et L 1242-1 CT, le contrat de mission comme le contrat à durée déterminée ne peuvent, quel que soit leur motif, avoir pour objet ou pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise sous peine de requalification.

Depuis vos arrêts du 23 janvier 2008 publiés au rapport annuel (n° 06-44.197 et 06-43.040 B.V n° 16), vous exigez que le recours à des contrats d'usage successifs avec un même salarié soit *“justifié par des raisons objectives, qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi”*. Cette jurisprudence s'inscrit dans le fil de celle de la CJCE (4 juillet 2006 K. A., affaire C-212/04) qui, dans le cadre de l'examen de questions préjudicielles posées par une juridiction grecque nécessitant l'interprétation des dispositions de la directive 99-70 du 28 juin 1999 mettant en œuvre l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée signé le 18 mars 1999, a jugé que la notion de *“raisons objectives”* pouvant justifier au sens de la clause 5 point 1 a)⁷ de cet accord le renouvellement de contrats à durée déterminée successifs avec un même salarié s'entend *“d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice”*.

Vous avez ainsi rompu avec votre jurisprudence antérieure (Soc 26 novembre 2003 n° 01-44.263, 01-47.035, 01-44.381 et 01-42.977 B.V n° 298) suivant laquelle, il suffisait à la validité des contrats à durée déterminée d'usage qu'un usage constant autorise l'employeur à ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, dès lors que l'on se trouvait dans l'un des secteurs définis par décret ou par un accord ou une convention collective étendue. Comme le soulignait M. Le conseiller Bailly⁸ à propos de ces arrêts: *“Il incombe donc au juge saisi d'une demande de requalification en contrat à durée indéterminée de rechercher, d'une part, si l'on se trouve dans l'un de ces secteurs d'activité, d'autre part, dans l'affirmative, s'il est justifié d'un usage constant selon lequel l'emploi en cause ne relève pas du contrat à durée indéterminée”*

Dans le cadre de cette même étude, la solution retenue était justifiée par sa simplicité et la sécurité juridique qu'elle assurait dès lors qu'elle *“rejet[ait] dans*

⁷ *“1. Afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les Etats membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins du secteur spécifique et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes :*

a) *des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relation de travail”*

⁸ P. Bailly « A propos du contrat à durée déterminée d'usage » : RJS 1/04 p. 7

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".

Toutefois, comme l'exprimait le rapport sur les arrêts du 23 janvier 2008, le maintien de la jurisprudence de 2003 était susceptible de faire courir le risque de demeurer en dessous du niveau d'exigence de l'accord-cadre tel qu'interprété par la CJCE.

La "raison objective" ainsi définie par la CJUE ne peut tenir au seul particularisme des secteurs limitativement énumérés par décret ou par convention élargie pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée. C'est bien la raison pour laquelle, vous avez pris soin, dans vos arrêts de 2008, de préciser que les "*raisons objectives*" s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi revenant ainsi à votre jurisprudence, antérieure à celle issue des arrêts du 26 novembre 2003 qui limitait le recours au contrat à durée déterminée d'usage aux emplois correspondant à une « *tâche déterminée et temporaire* » que le juge devait s'appliquer à vérifier.

Est ainsi écarté, ou du moins limité, le recours abusif à la conclusion de contrats à durée déterminée d'usage pour pourvoir durablement des emplois relevant de l'activité normale et permanente de l'entreprise, cette activité fût-elle par nature, fluctuante.

Votre jurisprudence est constante depuis 2008 (où les secteurs d'activité en cause étaient le journalisme et l'enseignement), qu'il s'agisse par exemple, du secteur d'activité d'enquêtes et de sondage (Soc 20 novembre 2019 n° 18-15.696), ou de celui du sport (Soc 17 décembre 2014 n° 13-23.176 B.V n°295; Soc 4 décembre 2019 n° 18-11.989) où le seul fait qu'il est d'usage de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée ne suffit pas à établir que le salarié exerce un emploi, par nature, temporaire, en l'absence d'élément concret et précis de nature à l'établir.

L'appréciation, in concreto et au cas par cas, par les juges du fond des éléments établissant le caractère temporaire de l'emploi, objet du CDD d'usage, est souveraine votre contrôle s'attachant à vérifier la réalité de cet examen et les déductions que les juges en ont tirées (Soc 26 mai 2010 n° 08-43.050 B.V n° 110)

La succession de contrats avec le même salarié est alors autorisée si elle est justifiée par des raisons objectives, qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné (Soc.9 octobre 2013 n° 12-17.882 B.V n° 226; RJS 12/13 n° 788 ; Soc 14 février 2018 n° 16-17.966 B.V n° 19 (au cas d'espèce, les contrats successifs indiquaient la cause de l'absence, le nom et la qualification professionnelle du salarié absent)) et c'est à l'employeur de démontrer que les contrats à durée déterminée d'usage successifs conclus avec un salarié n'ont pas pour fonction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise (Cass. soc. 20 novembre 2019 n° 18-15.696 déjà cité RJS 2/20 n° 77). L'on rappellera d'ailleurs que le contrat à durée déterminée doit comporter la définition

précise de son motif (Soc 9 juin 2017 n°15-28.599) comme les nom et qualification professionnelle de la personne remplacée en cas de remplacement et qu'en cas de litige sur le motif du recours, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat à durée déterminée (Soc 15 septembre 2010 n° 09-40.473 B.V n° 179)

S'agissant plus précisément du secteur de la manutention portuaire, vous avez ainsi rappelé que le caractère par nature temporaire de l'emploi occupé ne pouvait être déduit des seules dispositions conventionnelles applicables à ce secteur d'activité et qu'il incombait à l'employeur de rapporter la preuve de ce caractère temporaire (Soc 29 octobre 2008 n° 07-42.900). En revanche, toujours dans ce secteur, vous avez approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté la demande du salarié docker en requalification de ses contrats de mission en CDI après avoir relevé d'abord que tous les emplois concernés par les contrats de travail litigieux se rapportaient à la même activité de la manutention portuaire et avoir retenu ensuite, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que les bulletins de paie démontraient que le salarié avait travaillé de manière temporaire et discontinuée pour assurer les besoins complémentaires des entreprises utilisatrices, de sorte qu'elle avait fait ressortir que le salarié avait été affecté, pour l'exécution de la totalité de ses missions, à des tâches précises et temporaires (Soc 13 mars 2019 n° 17-15.173).

L'on observera que les principes dégagés ont été repris dans la loi n° 2015-1592 du 8 décembre 2015 tendant à consolider et clarifier l'organisation de la manutention dans les ports maritimes, qui modifiant l'article L 5343-6 du code des transports déjà cité, précise que les ouvriers dockers professionnels concluent avec les entreprises de manutention *« un contrat de travail à durée déterminée en application du 3° de l'article L 1242-2 du code du travail »* et dispose que *« cette main d'oeuvre d'appoint est employée dans le respect de l'article L 1242-1 du code du travail et du principe de mensualisation posé à l'article L 5343-3 du présent code »*.

Lors des travaux parlementaires, M. Le sénateur Vaspert précisait dans son rapport déjà cité que *« Le présent article modifie l'article L. 5343-6 et définit désormais l'ouvrier docker occasionnel par rapport au contrat de travail qui le lie à son employeur, prolongeant ainsi l'esprit de la loi du 9 juin 1992 (...) Ainsi, les ouvriers dockers occasionnels sont employés dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD) dit « d'usage constant » (...) »*

Cette nouvelle rédaction prévoit en parallèle des garanties afin d'éviter un recours abusif au « CDD d'usage constant » sur des postes qui relèveraient de fait d'un CDI. Les dockers occasionnels doivent être employés dans le respect de l'article L. 1242-1 du code du travail, qui prévoit qu'« un 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 », et du principe de mensualisation posé par l'article L. 5343-3 du code des transports. Pour

Martine Bonny⁹, il s'agit ainsi d'éviter « que les entreprises freinent ou retardent la mensualisation, alors que les conditions de sa mise en oeuvre sont réunies dans l'activité de l'entreprise ».

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel, répondant aux conclusions de l'employeur qui soutenait que les dispositions du code du travail, notamment relatives au contrat à durée déterminée, n'étaient pas applicables au statut des dockers, celui-ci relevant uniquement et exclusivement des dispositions du code des transports, dérogatoires au droit commun, et que les dockers occasionnels occupaient un emploi par nature temporaire, a exactement rappelé qu'il résultait de l'ensemble des textes applicables que *“ni le code des ports maritimes, ni ensuite celui des transports n'ont entendu prévoir un régime spécifique de contrat à durée déterminée ou d'intérim des Ouvriers Dockers occasionnels dérogatoire à celui prévu par le code du travail”* précisant à ce titre que les dispositions conventionnelles faisaient expressément référence à l'article L 1242-1 du code du travail et que *“les avenants spécifiques aux ports de Dunkerque, en particulier celui de 2006 précité, relatif à la possibilité de recourir à l'intérim pour pallier l'insuffisance de sous-traitance n'ont en rien soustrait les contrats de mission qui ont été conclus avec les dockers occasionnels des exigences du code du travail dès lors qu'ils ne constituent que des avenants à des accords nationaux qui s'inscrivent eux-mêmes dans le respect du code du travail”*.

La première branche du moyen qui reproche à l'arrêt attaqué un manque de base légale pour avoir considéré que *“même à considérer que les dispositions du code des transports, des ports maritimes et les stipulations conventionnelles avaient été respectées, cela démontrait seulement que le salarié ne pouvait revendiquer le statut de docker professionnel mensualisé mais nullement que les contrats de missions ou à durée déterminée étaient nécessairement valables au sens du code du travail”*, de tels motifs n'étant selon elle *“en rien de nature à exclure l'existence d'une raison objective justifiant le recours à des contrats à durée déterminée successifs”* mérite d'être rejetée dès lors que pour examiner s'il avait lieu à requalification, la cour d'appel s'est attachée, dans le second temps de son examen, à vérifier si les dispositions du code du travail avaient bien été respectées.

Dans ce cadre, la cour d'appel a relevé, concernant les contrats de mission conclus avec le salarié de 2006 à 2012, que les contrats de mise à disposition conclus entre 2006 et 2007 (avec la société Manpower) mentionnaient comme motif *“emploi pour lequel il n'est pas d'usage de recourir au CDI”* ainsi que, au titre de la *“ justification*

⁹ Allusion au rapport “ Entreprises de manutention portuaire et régime d'emploi des ouvriers dockers” déposé en juillet 2014 par Mme Bonny, inspectrice générale de l'administration du développement durable. Déjà cité en note 1.

précise du recours” : “ATA¹⁰ lié à une intervention Quai Flandre”, “ATA lié à une intervention sur le navire [...] Quai de Flandre” et, pour la plupart des contrats, « ATA lié au site de NFTI” .

La cour d'appel a relevé que “*la société Terminal des Flandres ne produit aucune autre pièce que les contrats de mise à disposition*” .

Sauf à revenir à votre jurisprudence de 2003, dont on a vu qu'elle ne répondait pas aux exigences fixées par l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 tel qu'interprété par la CJUE, le seul fait qu'il est d'usage, dans la manutention portuaire, de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison du caractère fluctuant de cette activité, ne suffit pas à établir que le salarié exerce un emploi, par nature, temporaire, en l'absence d'élément concret et précis de nature à l'établir.

Dans ces conditions, la cour d'appel, qui devait vérifier concrètement l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné, a pu retenir que la société “*se contente d'affirmer que compte tenu du caractère fluctuant et imprévisible de l'activité même de la manutention portuaire, le recours aux ouvriers dockers occasionnels se justifie nécessairement par une tâche précise et temporaire indissociablement liée au secteur d'activité de la manutention portuaire, à savoir les escales des navires*” .

Et elle a pu en conclure, pour requalifier les contrats en contrat à durée indéterminée que : “*Ce faisant, la cour constate que la société intimée ne verse aucun élément permettant au juge de vérifier concrètement, comme cela lui incombe, l'existence de raisons objectives établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné de M. [D]*” .

Surabondamment, comme elle le précise elle-même, la cour d'appel a ajouté qu'en se contentant de justifier les contrats de mission par le fait qu'ils soient liés “*au déchargement de bateaux à honorer dans les délais* », ce qui correspond à l'activité normale et permanente de la société, fût-elle fluctuante, “*la société n'apporte ni la preuve de l'existence de pics dans cette activité et encore moins la corrélation entre le volume de l'activité et celui de l'emploi de travailleurs temporaires*” .

Sur les contrats à durée déterminée d'usage successifs conclus entre 2012 et 2014, la cour d'appel, toujours à titre surabondant, a relevé qu'ils étaient tous conclus pour une durée d'un jour et qu'ils précisaient tous que “*le salarié est engagé en qualité d'Ouvrier Docker Occasionnel (ODO), emploi temporaire par nature (...)*” et que leur conclusion était motivée “*en raison de l'insuffisance d'ouvriers dockers professionnel mensualisé disponibles, et de l'absence d'ouvriers dockers*

¹⁰ ATA : Accroissement Temporaire d'Activité

professionnels intermittents sur le Port de Dunkerque, pour le chantier suivant : l'opération Navire du (') au ('.)”.

Elle a ainsi pu retenir, sans se fonder sur la seule succession des contrats, en l'absence de tout élément concret établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi concerné dont l'employeur doit justifier pour démontrer que les contrats à durée déterminée d'usage successifs conclus avec un salarié n'ont pas pour fonction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale de l'entreprise, que *“la régularité avec laquelle il a été recouru, de très nombreuses semaines de chaque mois, à son travail dans le cadre de contrats à durée déterminée successifs d'une seule journée qui révèle que M. [D] venait pallier le déficit non pas seulement conjoncturel (lié aux congés, au respect du temps de travail), mais bien structurel de main d'oeuvre de dockers professionnels”* faisant ainsi ressortir que la preuve de l'affectation du salarié, pour l'exécution de la totalité de ses missions, à des tâches précises et temporaires n'était pas rapportée.

AVIS DE REJET