

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 5 mars 2014**

**N° de pourvoi: 12-27701**

ECLI:FR:CCASS:2014:SO00456

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Lacabarats (président), président**

SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que Mme X... a été engagée par la société Athys suivant des contrats à durée déterminée d'usage qui se sont succédé entre le 5 janvier 1998 et le 31 octobre 2008 avec deux périodes d'interruption, respectivement du 14 novembre 2002 au 18 août 2003 et du 27 août au 6 octobre 2003 ; qu'à l'issue d'un congé de maternité ayant pris fin le 27 janvier 2008, elle a bénéficié d'un congé parental jusqu'au 24 octobre 2008 ; que n'ayant pas été réengagée, elle a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification des contrats d'usage en un contrat à durée indéterminée et de dommages-intérêts pour discrimination ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen qui n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le second moyen :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1133-1 du code du travail ;

Attendu que pour condamner l'employeur à payer à la salariée une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour discrimination, après avoir relevé qu'il ressort effectivement du

témoignage du chorégraphe qu'il était nécessaire de vérifier les capacités physiques et esthétiques de la salariée à l'occasion de deux auditions ayant eu lieu en janvier 2009, l'arrêt retient qu'il apparaît que l'employeur subordonne la poursuite du contrat de travail à un état physique et esthétique, sans justifier en l'espèce d'un quelconque programme d'aide et de soutien pour permettre à la salariée de retrouver des capacités optimales à cet égard et qu'une attitude discriminatoire peut être relevée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le manquement de l'employeur à l'obligation de formation prévue par l'article L. 1225-59 du code du travail ne constitue pas à lui seul une discrimination illicite, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Athys à payer à Mme X... la somme de 8 000 euros à titre de dommages-intérêts pour discrimination, l'arrêt rendu le 13 septembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Athys ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du cinq mars deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat aux Conseils, pour la société Athys

SUR LE PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR requalifié les contrats de travail à durée déterminée de Madame X... en contrats à durée indéterminée, d'AVOIR condamné la Société ATHYS à verser à la salariée les sommes de 4.680 € au titre de l'indemnité de requalification, de 9.360 € au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, de 936 € au titre des congés payés afférents, de 8.424 € au titre de l'indemnité légale de licenciement, de 46.000 € au titre de dommages-intérêts pour rupture abusive et de 3.000 € en

application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, et D'AVOIR ordonné le remboursement par la Société ATHYS au Pôle emploi des indemnités de chômage versées à la salariée dans la limite de trois mois ;

AUX MOTIFS QUE « plusieurs autres contrats de travail à durée déterminée ont été signés entre les parties soient : du 2 novembre 1998 prenant effet le même jour jusqu'au 13 novembre 1999, du 22 octobre 1999 à effet à compter du 4 novembre 1999 jusqu'au 15 novembre 2000, du 20 octobre 2000 à effet du 16 novembre 2000 jusqu'au 15 novembre 2001, du 16 novembre 2001 prenant effet le jour même jusqu'au 14 novembre 2002, du 18 août 2003 à effet du même jour jusqu'au 26 août 2003, du 6 octobre 2003 pour la période du 20 octobre 2003 jusqu'au 31 octobre 2004, du 1er novembre 2004 prenant effet le même jour jusqu'au 31 octobre 2005, du 5 octobre 2005 prenant effet le jour même jusqu'au 4 octobre 2006, du 22 septembre 2006 à effet du 5 octobre 2006 jusqu'au 4 octobre 2007, du 1er avril 2007 prenant effet le jour même jusqu'au 31 octobre 2007, du 1er novembre 2007 prenant effet le jour même jusqu'au 1er novembre 2008. Force est de relever que les contrats se sont succédé tout au long de la période sauf entre le 14 novembre 2002 et le 18 août 2003 et entre le 27 août 2003 le 6 octobre 2003. La SARL ATHYS fait valoir qu'au cours de cette période d'interruption de leurs relations contractuelles, Mme X... est d'abord rentrée dans sa famille en Australie, pendant quelques mois puis s'est rendue en Italie pour travailler avec une société de production Ballandi, sans relation aucune avec le Moulin-Rouge et a même participé à une émission de télévision diffusée en première partie de soirée sur la première chaîne italienne RAI Uno. Mme X... conteste avoir jamais travaillé pour la société Ballandi et explique avoir au cours de cette année 2003 travaillé avec M. Billy Y... , chorégraphe du Moulin-Rouge, intervenant encore au sein de la société ATHYS, ainsi que cela résulte d'un courriel adressé par M. Érik Z... à Mme Janet A... maîtresse de ballet, qui écrit le 24 mai 2010, « entre le 17 et le 21 novembre 2008 on lui a aussi demandé d'assister aux cours de danse donnés par le chorégraphe du spectacle « Féerie » Billy Y... au Moulin-Rouge». M. Y... est le chorégraphe engagé en 1999 pour la chorégraphie du nouveau spectacle 'Féerie'. Il convient de faire observer qu'au cours de cette année, les parties admettent que Mme X... est intervenue pour un gala à Hong Kong entre le 18 et le 26 août 2003, ce qui révèle que la salariée restait en réalité en relation étroite avec la SARL ATHYS y compris au cours de cette période. La SARL ATHYS fait également état de ce que Mme X... a exercé une activité dans le domaine de la décoration d'intérieur, alors qu'elle était en congé parental. Pour le démontrer, la SARL ATHYS communique au débat la traduction d'un SMS aux termes duquel Mme X... a écrit, le 21 Août 2008, «j'ai également un autre job en décoration d'intérieur design dans l'État du Vermont pour octobre». En toute hypothèse, il y a lieu de relever que les parties étaient liées par un contrat de travail dont le terme était arrêté au 31 octobre 2008, que bien qu'informée de ce projet de la salariée depuis le mois d'août 2008, la SARL ATHYS n'établit pas avoir réagi ou initié une rupture du contrat de travail à durée déterminée pour faute grave. S'il résulte des dispositions combinées des articles L. 1242-1, L. 1242-2, L.1244-1 et D 1242-1 du code du travail que dans les secteurs d'activités définies par décret ou par voie de convention d'accords collectifs étendus, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats de travail à durée déterminée lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois et que des contrats à durée déterminée successifs peuvent, en ce cas, être conclus avec le même salarié, l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1998 impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par de nature temporaire de l'emploi. L'accord-cadre du 2 octobre

1998 qui a pour objet le recours aux contrats à durée déterminée d'usage dans le spectacle, et qui a spécialement prévu en son article 3 que les contrats à durée déterminée d'usage peuvent être conclus par les entreprises dont l'activité principale relève de l'une des branches en cause avec les artistes du spectacle, un protocole d'accord du 26 juin 2003 relatif à l'application du régime d'assurance-chômage aux professionnels intermittents du cinéma, de l'audiovisuel, de la diffusion du spectacle, l'annexe X au règlement général d'assurance-chômage consacré aux artistes du spectacle, et la circulaire du 30 octobre 1990 confirment qu'il est d'usage constant d'offrir un contrat à durée déterminée aux acteurs et par analogie aux danseurs participant à un spectacle de cabaret. Dans le cas d'espèce, l'emploi de danseuse est un poste pour lequel il est effectivement d'usage de ne pas recourir à un contrat de travail à durée indéterminée. Pour autant, l'accord-cadre du 2 octobre 1998 précise que « la succession de contrats à durée déterminée d'usage d'un salarié avec le même employeur, sur plusieurs années ou plusieurs saisons peut constituer un indice du caractère indéterminé de la durée de l'emploi. » Dans le cas d'espèce, si Mme X... a initialement été embauchée en qualité de danseuse pour le spectacle « Formidable », force est de relever que depuis le 22 octobre 1999, elle a été recrutée en qualité de danseuse, puis de « danseuse nue », et enfin de danseuse soliste (à compter du 1er novembre 2004), pour se produire dans le spectacle «Féerie». Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'autre soliste intervenant dans le même spectacle Mme B... a été engagée dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. Mme X... communique aux débats plusieurs contrats de travail d'artistes danseurs et danseuses initialement recrutés comme elle dans le cadre de contrats de travail à durée déterminée qui ont obtenu de l'employeur qu'il consente à souscrire avec eux un contrat de travail à durée indéterminée. Il résulte de l'ensemble des éléments communiqués que Mme X... a occupé le même emploi de danseuse, puis de danseuse nue et enfin de danseuse soliste, pendant près de dix années, avec une interruption d'une dizaine de mois en tout, consacrée en partie au perfectionnement de sa technique de danseuse avec le chorégraphe ayant créé le spectacle « Féerie » dont elle est devenue une des danseuses solistes, après ce stage de perfectionnement, s'inscrivant dans la continuité de son activité professionnelle, que cet emploi était lié non pas à un spectacle déterminé, puisqu'elle était intervenue précédemment sur un autre spectacle «Formidable», mais à l'activité normale de l'entreprise et avait en réalité un caractère permanent. Il sera fait droit à la demande de requalification des contrats de travail à durée déterminée d'usage en contrat de travail à durée indéterminée depuis le 5 janvier 1998. Le jugement déféré sera donc infirmé. Sur les conséquences de la requalification : Mme X... est fondée à obtenir une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur au dernier mois de salaire perçu. Une indemnité de 4680 € lui sera donc allouée à ce titre. Sur les indemnités de rupture : Dès lors que les parties étaient soumises à un contrat de travail à durée indéterminée, la rupture pouvait résulter soit d'un licenciement, soit d'une démission. C'est en vain que la SARL ATHYS soutient que la salariée a démissionné. En effet, la démission ne se présume pas et doit résulter de l'expression d'une volonté claire et non équivoque. Outre que Mme X... n'a jamais adressé à son employeur un quelconque document faisant part de sa volonté de cesser toute relation contractuelle, il ressort au contraire des éléments communiqués notamment de témoignages de Mme E..., de M. D... qu'elle avait exprimé son désir de retourner répéter son rôle, qu'elle a tout fait pour être au meilleur de sa forme. À plusieurs reprises au cours des semaines qui ont précédé la fin des relations contractuelles, Mme X... a exprimé ce désir de l'issue de son congé parental. Ainsi écrivait-elle le 29 juillet 2008 « je travaille dur pour récupérer ma forme, je pense que je devrais venir vous rendre visite pour que vous puissiez me dire ce que vous en pensez...». Si M. Z... atteste que Mme X... n'est pas venue aux répétitions courant octobre 2008, la SARL ATHYS ne démontre pas avoir précisément convoqué Mme X... à ces répétitions. Au surplus, ce chorégraphe explique avoir planifié une audition pour voir l'état

physique de Mme X... pour les 13 et 15 janvier 2009. Il confirme que cette audition a eu lieu ce qui démontre que Mme X... n'avait pas exprimé de façon claire et non équivoque une quelconque volonté de démissionner le 31 octobre 2008. Dans ces conditions, dès lors que les parties étaient engagées dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, en cas de non respect des consignes par Mme X..., il appartenait à l'employeur de licencier la salariée. Or, la SARL ATHYS n'a adressé à Mme X... aucune lettre faisant état de motifs de nature à justifier son refus de poursuivre les relations contractuelles. En l'absence de lettre de licenciement, celui-ci est dépourvu de cause réelle et sérieuse. Mme X... est fondée à obtenir une indemnité compensatrice préavis et les congés payés afférents soient les sommes de 9360 € et de 936 €. De même, Mme X... peut prétendre au bénéfice d'une indemnité de licenciement qui ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté. Certaines périodes entraînent la suspension du contrat de travail et ne sont pas prises en compte pour le calcul de l'indemnité de licenciement. Il en est ainsi des périodes de congé sabbatique. En revanche, les arrêts pour accident, maladie professionnelle pour congé parental d'éducation pour la moitié de sa durée sont également prises en compte. Dans ces conditions, l'indemnité de licenciement, compte tenu des périodes de suspension, sera arrêtée à la somme de 8424 €. Par ailleurs, compte tenu de l'ancienneté de la salariée, de son âge, de sa qualification et de son expérience professionnelle, des circonstances de la rupture, des possibilités de reconversion professionnelle susceptibles d'être proposées sur le marché du travail, la cour est en mesure d'arrêter à la somme de 46 000 € le montant des dommages et intérêts à revenir à la salariée en application des dispositions de l'article L.1235-3 du code du travail applicable en l'espèce compte tenu de l'effectif de l'entreprise et de l'ancienneté de la salariée » ;

ALORS D'UNE PART QU'il résulte de la combinaison des articles L. 1242-1, L.1242-2, L.1244-1 et D1242-1 du code du travail que dans les secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, certains des emplois en relevant peuvent être pourvus par des contrats à durée déterminée successifs lorsqu'il est d'usage constant de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté, d'une part, qu'il résulte de l'accord cadre du 2 octobre 1998 que des contrats à durée déterminée d'usage peuvent être conclus par les entreprises dont l'activité principale relève de l'une des branches du spectacle, notamment l'activité de « spectacle de cabaret », d'autre part, que « l'emploi de danseuse est un poste pour lequel il est effectivement d'usage de ne pas recourir à un contrat de travail à durée indéterminée », et, enfin, que Madame X... n'a pas travaillé de manière continue pour le Moulin Rouge et est intervenue, lors de chacun de ses contrats, dans le cadre de revues différentes et à des poste de danseuse distincts, ce dont il s'évinçait l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire des emplois de la salariée ; qu'en retenant néanmoins que les contrats à durée déterminée d'usage conclus avec cette dernière devaient être requalifiés en contrats à durée indéterminée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail, ensemble l'accord cadre du 18 mars 1999 mis en oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en retenant pour, déduire que Madame X... avait pourvu à un poste durable et permanent du Moulin Rouge, qu'elle « a occupé le même emploi de danseuse, puis de danseuse nue et enfin de danseuse soliste, pendant près de dix années » (arrêt p. 5 § 1), alors qu'il s'évinçait justement de ces constatations qu'elle était

intervenue pour des prestations et sur des postes de danseuses différents, la cour d'appel a statué par des motifs contraires et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS DE TROISIEME PART QU'en retenant que les contrats à durée déterminée d'usage conclus avec Madame X... devaient être requalifiés en contrats à durée indéterminée du fait de leur caractère continu quand il ressort de ses propres constatations que la relation de travail de Madame X... a été interrompue pendant plus de dix mois du 14 novembre 2002 au 18 août 2003 puis du 27 août 2003 au 6 octobre 2003 (arrêt p. 3 § 5), la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les articles L. 1242-1, L. 1242-2, L. 1244-1 et D. 1242-1 du code du travail, ensemble l'accord cadre du 18 mars 1999 mis en oeuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 ;

ALORS DE QUATRIEME PART QU'en déduisant le caractère continu des emplois de Madame X... sans derechef tenir compte, outre l'absence de tout contrat de travail entre les mois de novembre 2002 et d'octobre 2003 (à l'exception de neuf jours en août 2003), de l'interruption des relations de travail invoquée dans les conclusions d'appel de l'exposante entre le 1er juin 2006 et le 1er avril 2007, ni expliquer en quoi cette nouvelle interruption d'une durée de dix mois n'était pas incompatible avec la reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la Société ATHYS à verser à la salariée les sommes de 8.000 € à titre de dommages-intérêts pour discrimination et de 3.000 € en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QU'« en application des dispositions de l'article L. 1225-55 du code du travail, à l'issue du congé parental d'éducation ... , le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ». La SARL ATHYS conteste toute discrimination liée à l'état de grossesse ou à la maternité de Mme X... faisant observer avoir renouvelé les contrats de travail à durée déterminée pendant toute la période de la grossesse et du congé parental de la salariée.

Elle explique également que Mme Els B... enceinte en même temps que Mme X... est revenue danser à la suite de son congé de maternité dès le 2 février 2009, a eu un deuxième enfant et bénéficie d'un congé parental à temps partiel. Elle relate également la situation de Mme F... et de Mme G... qui ont toutes deux retrouvés leur emploi à l'issue de leurs congés parentaux. Elle fait état du fait que la seule réserve pour la poursuite des relations professionnelles résulte de l'impossibilité physique et esthétique de la salariée de se produire sur la scène du bal du Moulin-Rouge. Or, s'il ressort effectivement du témoignage de M. A... qu'il était nécessaire de vérifier les capacités physiques et esthétiques de Mme X... à l'occasion de deux auditions ayant eu lieu en janvier 2009, il apparaît que l'employeur subordonne la poursuite du contrat de travail à un état physique et esthétique, sans justifier en l'espèce d'un quelconque programme d'aide et de soutien pour permettre à la salariée de retrouver des capacités optimales à cet égard. Une attitude

discriminatoire peut être relevée. Le préjudice en résultant pour la salariée sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 8000 € » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui est la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que par application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation des chefs de dispositif de l'arrêt requalifiant les contrats de travail à durée déterminée d'usage de Madame X... en contrats de travail à durée indéterminée entraînera, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif retenant que Madame X... avait fait l'objet d'une discrimination de la part de la Société ATHYS ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'en vertu de l'article L. 1133-1 du code du travail les dispositions de l'article L. 1132-1, qui prohibent les discriminations, ne font pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; qu'en application de ce texte ne constitue pas une mesure discriminatoire l'absence de conclusion d'un contrat de travail avec une danseuse de revues de cabaret dont les capacités physiques et esthétiques ne lui permettent plus d'accomplir les prestations de danse requises pour de telles revues ; qu'en retenant néanmoins que caractérisait une discrimination le fait pour la Société ATHYS d'avoir conditionné le retour de Madame X... dans le corps de danseuses du Moulin Rouge à « un état physique et esthétique », la cour d'appel a violé les articles L.1121-1, L.1132-1 et L.1133-1 du code du travail ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE lorsqu'un travailleur ne remplit pas les conditions essentielles et déterminantes pour l'exercice d'un contrat de travail, notamment en termes de capacités physiques et esthétiques, l'employeur n'a pas d'obligation légale d'instituer un programme d'aide et de soutien pour lui permettre de retrouver ou d'acquérir de telles capacités dans le but de permettre son emploi ou son réemploi ; que dès lors en déduisant la discrimination de Madame X... de l'absence de mise en oeuvre à son profit par la Société ATHYS d'un programme de remise en forme, la cour d'appel a derechef violé les articles L.1121-1, L.1132-1 et L.1133-1 du code du travail ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE les juges ne peuvent statuer par voie d'affirmation ; qu'en déduisant la discrimination de ce que la Société ATHYS ne justifiait pas « d'un quelconque programme d'aide et de soutien pour permettre à la salariée de retrouver des capacités optimales », sans tenir compte des multiples séances d'entraînement et de répétition justement proposées à Madame X... au cours du second trimestre 2008 afin qu'elle retrouve une forme optimale et puisse reprendre les revues de danse au sein du Moulin Rouge (conclusions de l'exposante p. 28 § 6), ni justifier en quoi ces entraînements proposés à la salariée ne constituaient pas un « programme d'aide et de soutien pour permettre à la salariée de retrouver des capacités optimales », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris , du 13 septembre 2012