UNIVERSITE LUMIERE - LYON II
Institut d'Etudes du Travail de Lyon
THESE pour obtenir le grade de Docteur de l'Université Lyon II
Discipline : Droit social
le 17 décembre 1998
par
Jean-François PAULIN

La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise

sous la direction de Jean Marc BERAUD

Table des matières

Liste des abréviations . 1

Introduction [1] . 5

Paragraphe I : Le travail et l'emploi : faits économiques, faits sociaux, situations juridiques . . 6

1 Le passage du travail à l'emploi . 7

2 L'emploi saisi par le droit du travail . 10

Paragraphe II : L'emploi, une finalité contemporaine du droit du travail . . 13

1 De la stabilité du travail à la protection de l'emploi du salarié . . 13

2 Les raisons de la protection de l'emploi du salarié . . 16

Paragraphe III : La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise . 19

Partie I : L'emploi, objet juridiquement protégé . 23

titre I : l'emploi dans l'entreprise . 24

Chapitre I : La détermination de l'emploi . 26

Chapitre II : La dynamique juridique de protection de l'emploi . 91

Conclusion du titre premier . 132

titre II : l'emploi dans le contrat de travail . 132

Chapitre I : La qualification professionnelle articulation entre l'emploi et le contrat de travail . 134

Chapitre II : Les rapports de l'emploi et du contrat de travail . . 167

Conclusion du titre second . 202

Partie II : La construction juridique de la protection de l'emploi . . 205

titre I: les mécanismes de protection de l'emploi . 207

Chapitre I : La protection de l'emploi par le maintien d'un lien d'emploi . . 210

Chapitre II : La protection de l'emploi par l'encadrement du pouvoir de disposer de l'emploi . 260

Chapitre III : La protection de l'emploi par la négociation sur l'emploi . 351

[1] Dans les notes de bas de page, les numéros désignés ainsi supra n°25 ou infra n°52 invitent à se reporter à la numérotation des alinéas du corps du texte.

Conclusion du titre premier . 397

titre II : la mise en cause de la notion d'emploi . . 399

Chapitre I : Les atteintes à la notion d'emploi . 400

Chapitre II : Pour la construction d'un droit de l'emploi ? . . 454

Conclusion du titre second . 500

Conclusion . 503

Bibliographie . . 507

Ouvrages généraux, traités et manuels . 507

Articles, chroniques, notes de jurisprudence . 511

A. . 511

B. . 511

C. . . 513

D. . . 514

E. . 515

F. . 516

G. . . 516

H. . . 517

I. . . 517

J. . 517

K. . 518

M. . . 520

N. . . 521

P. . 521

R. . . 522

S. . 523

T. . 525

U. . . 525

W. . 525

Liste des abréviations

A.J.D.A.
Actualité Juridique de Droit Administratif

A.L.D
Actualité Législative Dalloz

A.N.
Assemblée Nationale

Adde
Ajouter

Al
Alinéa

Art.
Article

Ass. Plén
Assemblée plénière de la Cour de cassation

B.S.
Bulletin Social Francis Lefebvre

Bull. Crim.
Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Bull. V.
Bulletin des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation

C. Const
Conseil Constitutionnel

C. Et
Conseil d'Etat

C.A.
Cour d'appel

C.J.C.E.
Cour de justice des communautés européennes

C.S.B.P.
Cahiers Sociaux du Barreau de Paris

c/
Contre

Cah. Prud'h.
Cahiers prud'homaux

Cass. Com.
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre commerciale

Cass. Soc.
Arrêt de la Cour de cassation, Chambre sociale

Cf.
confère

Chron.
Chronique

Circ.
circulaire

Comp
Comparer

Contra
en sens contraire

D.
Recueil Dalloz, IR : informations rapides, SC : sommaires commentés.

Dr. Du Travail
Droit du travail et de la sécurité sociale, éd. JurisClasseur

Dr. Ouv.
Droit Ouvrier

Dr. Soc.
Droit Social

DRT
Direction des relations du travail

éd.
Edition

Fasc.
Fascicule

***Gaz. Pal*.**
Gazette du Palais

Ibid.
Au même endroit

Infra
Voir plus bas

IR
Information rapide, Recueil Dalloz

J.C.P.
JurisClasseur périodique (semaine juridique)

J.C.P., éd. E.,
JurisClasseur périodique (semaine juridique) édition entreprise

J.O.
Journal Officiel

Jurisocial
Revue Jurisocial

***Jurisp. Soc. U.I.M.M.*,**
Revue de jurisprudence sociale de l'union des industries minières et métallurgiques

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

L
Loi

N.C.P.C.
Nouveau Code de procédure civile

n°
numéro

Obs.
Observations

p.
page

P.U.F.
Presse universitaire de France

Préc.
Précité

R.D.T.C.
Revue trimestrielle de droit civil

R.J.S.
Revue de jurisprudence sociale

Recueil Lebon
Recueil des arrêts du Conseil d'Etat

Rép. Min.
Réponse Ministérielle

S.D.T.
Sommaire de droit du travail

SC
Sommaire commenté, Recueil Dalloz

Suiv.
suivant

R.P.D.S.
Revue Pratique de Droit Social

Spéc
Spécialement

Supra
Voir plus haut

T.
Tome

T.G.I.
Tribunal de grande instance

V
voir

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Introduction [1]

« Le travail ne peut être une loi sans être un droit. » Victor Hugo.

L'emploi est devenu en quelques années un sujet central de la vie politique, économique et sociale. Plus exactement, on peut remarquer que les problèmes d'emploi se sont imposés au gré de la dégradation de l'environnement économique et proportionnellement à l'accroissement du nombre de chômeurs. Autrement dit, la raréfaction de l'emploi, c'estàdire l'impossibilité de donner à chaque demandeur d'emploi un travail, valorise l'emploi. L'aggravation constante du chômage, depuis le début des années soixantedix, engage à une importante réflexion moins sur la notion conjoncturelle de crise économique que sur une mutation qui remettrait en cause le travail et l'emploi.[2] Ce constat estil

1 **Dans les notes de bas de page, les numéros désignés ainsi supra n°25 ou infra n°52 invitent à se reporter à la numérotation des alinéas du corps du texte.**

2 Notamment, A. GORZ, *Métamorphoses du travail. Quête du sens*, Galilée, 1988 ; R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Fayard 1995 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995 ; G. AZENAR**,** *Emploi : la grande mutation*, Hachette, 1996 ; *Priorité emploi*, Club Valmy, *Le Monde* éditions, 1996 ; *Chômage, le cas français*, Rapport au gouvernement, La documentation française, mai 1997 ; *Le travail, quel avenir ?*, Folio/Actuel, 1997 ; A. LEBAUBE, *Le travail toujours moins ou autrement*, *Le Monde* éditions, 1997 ; *Le travail en perspectives*, sous la direction de M. Alain Supiot, Droit et société, *L.G.D.J.,* 1998.

compatible avec l'aspiration sociale qui revendique l'emploi comme un « droit » ? On sait, en effet, que le travail productif de l'homme dans l'entreprise fait l'objet d'une réglementation spécifique, le droit du travail. Aussi, le questionnement ébauché invite à se demander comment le droit du travail peut apporter une contribution à la réflexion sur un objet, le travail, qu'il prétend régler. De plus, n'aton pas affirmé que « ***le juridique est le lieu où s'exprime la façon dont à une certaine époque la société se pense ellemême*** »[3] ?

L'ampleur de l'investigation nécessite d'adopter un angle de recherche, le propos n'étant pas de prétendre saisir le problème de l'emploi dans son ensemble.[4] L'emploi et le travail sont qualitativement opposés au chômage (involontaire), c'estàdire au non travail résultant soit de la difficulté de trouver un premier emploi soit de la perte de l'emploi occupé. Ces situations différentes peuvent permettre d'orienter la recherche, dans sa limitation, à un état. On retiendra l'occupation par le travailleur d'un emploi. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser à une situation individuelle de travail et non pas à la situation individuelle de la personne sur le marché du travail. C'est ainsi que borné à la situation individuelle de travail, l'objet de la recherche peut être confronté à un questionnement plus général relatif à la remise en cause du travail et de l'emploi.[5] Mais, on aura remarqué que les mots « travail » et « emploi » apparaissent dans le langage commun comme interchangeables et ce brouillage des catégories n'est pas satisfaisant pour le juriste. Si le travail et l'emploi sont des catégories autonomes du droit, spécifiquement du droit du travail, il convient alors de les distinguer (Paragraphe I). C'est donc une fois éclaircies les catégories juridiques en cause que l'on peut tenter de rechercher les rapports qu'entretiennent l'emploi et le droit du travail (Paragraphes II et III).

Paragraphe I : Le travail et l'emploi : faits économiques, faits sociaux, situations juridiques

On sait que l'origine du mot « travail » renvoie à une conception négative de celuici.[6] Ainsi, le travail manuel est, dans l'Antiquité, la négation de la personne juridique ; c'est l'esclave qui travaille pour le compte de son maître, lequel oeuvre, quant à lui, pour la cité.

[3] F. EWALD, in *La justice face aux nouvelles formes d'emploi*, Actes du colloque de Vaucresson, 1979, La documentation française.

[4] Au demeurant, une telle recherche a fait l'objet d'une thèse de doctorat en droit soutenue en 1986 par M. Gaudu (F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.)

[5] Notamment, D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995 ; J. RIFKIN, *La fin du travail,* Paris, La découverte, 1996.

[6] G. LEFRANC, *Histoire du travail et des travailleurs*, Flammarion, 1975. D. MEDA, ouvrage précité, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994.

La morale chrétienne va progressivement conférer au travail, au labeur, une valeur de rachat, de Rédemption pour l'âme. Mais ce n'est qu'au 16ème siècle et définitivement au 18ème siècle que le travail va acquérir une valeur sociale.[7] Le renversement est complet et le travail, désormais entendu de façon large (travail intellectuel, travail manuel), rythme le temps de vie et va jusqu'à fonder des temps sociaux. Le travail apparaît ainsi comme un témoin de l'histoire sociale et économique. C'est donc son histoire qui peut donner à voir le rapport qu'entretiennent le travail et l'emploi. A supposer qu'une distinction puisse être proposée, il conviendra alors de rechercher comment le droit du travail appréhende ces catégories.

1 Le passage du travail à l'emploi

Bien que l'homme ne soit jamais resté oisif, la notion de travail (activité nécessaire à l'accomplissement de quelque chose) est récente.[8] Mais cette conception du travail peut ellemême être comprise de diverses façons. Dans un sens large, le travail est toute activité qui produit des objets ou des services qui ont une valeur d'usage.[9] En ce sens, en réalisant des tâches pour le compte d'un employeur, au même titre qu'en bricolant, tout comme en prenant une douche, ou encore en préparant un repas ou enfin en étudiant pour obtenir un diplôme, un travail est accompli. Dans un sens intermédiaire, le travail est une activité qui produit quelque chose qui a de la valeur pour autrui. Dans cette approche, le temps passé à prendre une douche est exclu mais, en revanche, est inclus le travail ménager qui a une valeur propre pour la famille.[10] Enfin, dans un sens étroit la notion de travail est celle de travail rémunéré, c'estàdire une activité produite dans un cadre économique donné créateur de richesses. Au sens économique, la notion de travail semble apparaître au moment où le travail est traité comme une marchandise, c'estàdire susceptible d'échanges, vraisemblablement au moment où l'homme peut disposer librement de sa force de travail. Sur le plan juridique, on peut penser qu'il est tenu compte, *a priori*, du caractère économique du travail. En effet, le travail est défini comme une relation entre sujets de droit à propos de leur propre activité professionnelle.[11]

[7] Comp. néanmoins LOYSEAU (15661627), « nous appelons communément mécanique ce qui est vil, abject. Les artisans étant proprement mécaniques, sont réputés viles personnes », *Traité des ordres*, cité par G. LEFRANC, ouvrage précité.

[8] Sur la signification du vocable « travail », cf. *Dictionnaire de la langue française,* Robert ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc., introduction. C'est, sembletil, au 16ème siècle que l'idée de transformation l'emporte sur celle de peine ou de fatigue.

[9] *Dictionnaire économique et social*, Hatier. Le travail « est l'ensemble des actions que l'homme, dans un but pratique, à l'aide de son cerveau, de ses mains, d'outils ou de machines, exerce sur la matière, actions qui à leur tour, réagissant sur l'homme, le modifient », G. Friedmann in *Traité de sociologie du travail*.

[10] *Dictionnaire économique et social*, Hatier.

[11] *Vocabulaire juridique* Cornu, Travail. Qualifiée de « professionnelle », l'activité est déjà une catégorie du concept plus général d'activité. Toute activité n'est pas un travail, en ce sens F. GAUDU, « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119 ; L. CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D..J.,* 1992, Tome 231.

Toutefois, les situations d'activités professionnelles sont hétérogènes et le droit du travail n'est pas le droit qui régit la totalité des activités professionnelles. Ainsi, bien que la frontière entre les catégories soit difficile à tracer avec netteté, le régime de l'activité professionnelle est dual ; le travail s'exerce à titre dépendant ou à titre indépendant.[12] La distinction est essentielle ; elle est aussi récente, non sans rapport avec le sens moderne du travail. Le droit du travail ne concerne donc que le travail de personnes physiques qui se placent, pour son exécution, dans un rapport de commandement et d'obéissance. Mais la notion de « travail » n'a pas encore rencontré celle « d'emploi ».

Si « l'invention » du travail est récente, celle de l'emploi est encore plus proche de nous. La loi des 2 et 17 mars 1791 a proclamé la liberté pour toute personne d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais la question du travail salarié ne se pose pas directement, ce que traduit bien le Code civil de 1804. Le travail était, en effet, traité comme une chose, la relation de travail étant présentée comme une opération de louage.[13] Tout se passait comme si la relation marchande portant sur le travail effaçait la personne.[14] Cependant, l'industrialisation croissante a notamment conduit à poser la question de la personne au travers de la notion de risque professionnel en raison des nombreux accidents du travail.[15] L'Etat dut réagir, et on peut penser qu'il y a là une étape importante du rapprochement de la notion de travail à celle d'emploi. En effet, même si au 19ème siècle l'idée contemporaine d'un marché du travail peut sembler anachronique (l'institution du marché est alors secondaire dans la vie économique), l'intervention de l'Etat contrarie bien le postulat fondamental du libéralisme économique selon lequel le libre jeu des initiatives individuelles est réputé assurer le meilleur ordre possible. Des règles de droit, indispensables à la constitution de tout marché,[16] s'imposent, elles vont assurer la protection de l'individu au travail et la régulation de la concurrence entre les entreprises. Les premières lois industrielles l'attestent : le corps de l'individu est protégé (loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants et loi du 19 mai 1874) mais, en même temps, un système de police du travail avec l'instauration du livret ouvrier (21 mai 1851 et 26 juin 1854) est mis en place. Aussi, il convient de bien mesurer la portée de cet interventionnisme, il reste à la marge. La réglementation a pour finalité de s'intéresser avant tout à la richesse produite par le travail et, seulement par contrecoup, aux travailleurs mais pour mieux garantir la reproduction de la force de travail.[17] L'Etat ne cherche à assurer que le fonctionnement de l'économie. Pourtant, à partir de 1850 la

[12] G. LYONCAEN, *Le droit du travail non salarié,* Sirey 1990, introduction.

[13] Articles 1779, 1780 et 1781 du Code civil. G.H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, le contrat de travail,* Dalloz 1982, introduction. La distinction est ancienne, le droit romain opposait la *locatio operaris* (contrat d'entreprise) et la *locatio operarum* (contrat par lequel un homme s'engage à effectuer un travail pour le compte et sous la direction d'une autre personne).

[14] Voir notamment, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc., p. 70 et suiv.

[15] Sur ce point, se reporter notamment à J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat (18301989)*, p. 47 et suiv.

[16] Notamment à propos du marché du travail, F.GAUDU, « L'organisation juridique du travail », *Dr. Soc.* 1992, 642.

perspective se modifie. La sécurité des travailleurs devient essentielle et, comme le montre M. Ewald, elle ne dépend plus du devoir moral du patron mais elle prend rang comme droit garanti par l'Etat qui assure la gestion des institutions de secours.[18] Il est d'ailleurs entendu que la loi du 9 avril 1889 relative aux accidents du travail fixe également l'acte de naissance du droit du travail.[19] Désormais, il ne semble plus possible de penser le travail en dehors de la protection sociale qui s'y attache.[20]

On peut estimer qu'au début du 20ème siècle le travail a changé. Il se structure autour d'un statut, le salariat, qui s'organise autour de trois unités : une unité de lieu (l'entreprise), une unité de temps (temps du travail avant de devenir temps du contrat[21]) et une unité d'action (le contrat de travail). Cette transformation du salariat opère l'amalgame entre le travail salarié et l'emploi mais il ne sera total qu'après la seconde Guerre Mondiale. En effet, la constitution du rapport salarial autour de l'emploi suppose que soient réunies des conditions (définition précise de la population active, fixation du travailleur à un poste de travail dans l'entreprise, inscription de la relation de travail dans un droit du travail)[22] qui ne le sont pas en raison notamment de l'instabilité de la maind'oeuvre dans un pays encore à dominante rurale et artisanale.[23] De même que les entreprises tentent de stabiliser la maind'oeuvre nécessaire à la nouvelle organisation du

[17] C'est le travail des enfants et des femmes (incapables juridiques c'estàdire qui n'ont pas de liberté) qui est réglementé, pas celui de l'homme !

[18] On remarquera que la France est en retard par rapport à l'Allemagne de Bismarck qui a organisé à partir de 1880 un système d'assurance sociale obligatoire pour la maladie (1883), les accidents du travail (1884), et la vieillesse invalidité (1889). Il est vrai que la loi française du 9 avril 1898 a mis dixhuit ans pour être votée (projet de loi déposé par Martin Nadaud le 29 mai 1880). Il est aussi vrai que la Cour de cassation avait dès 1896 condamné des employeurs à verser des indemnités à la suite d'un accident du travail. Enfin, on soulignera que le mouvement ouvrier mutualiste se méfie de l'intervention de l'Etat en matière de protection sociale.

[19] J. LE GOFF, ouvrage précité ; F. EWALD, *Histoire de l'Etat Providence. Les origines de la solidarité.* Livre de poche, 1996 ; *Accidents du travail et maladies professionnelles, centenaire de la loi du 9 avril 1898*, *Dr. Soc.* 1998, numéro spécial.

[20] En ce sens LE GOFF, ouvrage précité, v. également les travaux parlementaires relative à la loi de codification de1910 *D.* 1910, IV., p ; 105 et suiv. « Le travail ne doit pas être assimilé à une chose, le travail n'est pas une chose comme la maison, c'est un acte, une action comme le prêt, la vente et l'on doit pouvoir dire contrat de travail (...). » M. Ewald observe qu'à la fin au 19ème siècle le Droit civil est considéré comme un droit complètement dépassé. Le Droit du travail naissant va être pour les juristes un terreau pour créer un nouveau Droit et voir comment il va se développer. « Au Droit naturel succède le Droit social ». F. EWALD, article précité, voir aussi, EWALD, *Histoire de l'Etat Providence. Les origines de la solidarité*. Livre de poche, 1996.

[21] Infra n°66 et suiv., spéc. n°90 et suiv.

[22] En ce sens R.SALAIS et alii, *L'invention du chômage*, P.U.F., 1986 ; R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale*. *Une chronique du salariat,* Fayard 1995, p. 320 et suiv. L'auteur fait remarquer que la condition salariale existe sans doute antérieurement, mais c'est l'industrialisation, la grande entreprise, qui fonde le salariat comme fait social.

[23] En 1950, à peine trois actifs sur cinq étaient salariés, aujourd'hui le salariat représente plus de 80% de la population active. En 1949, le secteur agricole occupe encore 29.1% de la population active. Sources : *L'économique française face aux défis mondiaux*, J. et G. BREMOND, Hatier ; *Alternatives Economiques* 1996, n°140.

travail, les interventions de l'Etat vont concourir à cet objectif.[24] En somme, comme le souligne M. Gorz l'entreprise, fonctionnant sur un mode de régulation « fordiste », devient un lieu d'intégration sociale,[25] qui met au centre des rapports sociaux l'emploi lequel « opère une double conciliation entre, d'une part, l'individuel et le collectif (par des mécanismes juridiques de solidarité) et, d'autre part, le temps de l'échange et le temps de la vie (par le statut professionnel inhérent à l'emploi). Le travail est arraché à son état de marchandise pour en faire un élément de l'identité des personnes. »[26]

La transition entre le travail et l'emploi est donc la marque d'une rupture entre la simple activité utilisée pour l'accomplissement d'une tâche rémunérée (travail marchandise) et celle de statut qui génère des droits sociaux.[27] L'emploi s'organise donc autour d'unités de temps, de lieu et d'action, ses acteurs en sont l'entrepreneur (créateur d'emploi), le salarié (titulaire d'un emploi dans l'entreprise) et l'Etat qui va agir sur le marché du travail et y interférer plus ou moins directement. On doit cependant observer que l'évolution progressive du travail vers l'emploi est le fruit d'une mise en perspective. On peut ainsi retenir que l'emploi est un objet construit, qu'il est une facette du travail. Ce constat semble assez manifeste du point de vue du droit positif. On peut ainsi remarquer que le Code du travail ne définit pas le travail, objet qu'il a pourtant vocation à saisir ; en revanche, le Code du travail traite assez souvent de l'emploi.

2 L'emploi saisi par le droit du travail

Fait économique jusqu'à devenir un élément central des rapports sociaux, le travail, confondu dans la notion d'emploi, est porteur d'un statut qui participe à la définition plus générale du statut social de l'individu. Communément, l'emploi (situation de travail salarié) est aujourd'hui devenu un concept objectif qui s'oppose au chômage (situation de non travail). On peut donc rechercher comment le droit du travail « parle » de l'emploi. Les travaux de M. Gaudu permettent de constater que le mot « emploi » acquiert son sens actuel, dans la doctrine comme dans la jurisprudence, dans les années trente.[28] Selon M.

[24] Des dispositifs divers vont permettre de stabiliser la maind'oeuvre, stabilisation nécessaire au travail dans « la grande entreprise » : dès 1891 est créé l'Office du travail ; les conventions collectives vont accorder des droits nouveaux, l'ouvrier n'est plus payé à la tâche mais à l'heure puis progressivement les salaires seront mensualisés et le SMIG est institué en 1950, instauration de participation. Le travail devient un rythme social même si au départ il n'était pas un fait social. par exemple avec l'organisation du placement gratuit (Loi du 14 mars 1904).

[25] A. GORZ, *Métamorphoses du travail. Quête du sens*, Galilée, 1988, p. 63 et suiv. Le salarié est devenu un travailleur consommateur.

[26] A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

[27] Il est topique de remarquer qu'une branche « l'économie du travail » se détache de l'économie dans les années quarante. Voir B. GAZIER**,** *Economie du travail et de l'emploi*, Précis Dalloz, 1991, spéc., introduction.

[28] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986 ; également : « La notion juridique d'emploi en droit privé, *Dr. Soc.* 1986, 414 ; « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569.

Gaudu, le salarié est dit titulaire d'un emploi, expression qui évoque certains aspects de la situation individuelle du travailleur par rapport à l'entreprise ; c'est selon M. Jeammaud, ***« une situation individuelle que procure un rapport de travail*** ».[29] L'emploi renvoie donc au contrat de travail ce qui constitue une approche extensive de la notion. Il n'est donc pas surprenant qu'à l'usage du terme « emploi » se réfèrent des réalités différentes.[30] La lecture des manuels de droit du travail ainsi que du Code du travail confirme ce constat.

Du point de vue de la doctrine, « l'emploi » se présente comme une clé d'entrée dans la présentation du droit du travail.[31] L'évolution du « Précis Dalloz » est, à ce titre, significative. On peut observer une transition à compter de la 9ème édition (1978) puisque le découpage de l'ouvrage s'opère entre, dans une première partie « l'emploi », qui s'est substitué au « travailleur », « le statut du travailleur », objet de la deuxième partie et « l'entreprise », troisième partie. La 18ème édition (1996) oppose désormais « l'emploi » aux relations de travail. L'emploi est donc un pivot qui permet d'articuler les règles qui intéressent les relations individuelles de travail. Cette observation peut être répétée à propos des autres manuels, à l'exception de ceux de messieurs Couturier, Ray et Teyssié.[32] Il en résulte effectivement une compréhension très large de la notion d'emploi qui ne renvoie plus seulement au contrat de travail (situation individuelle d'emploi) mais aussi à un certain état du marché du travail (demande d'emploi, accès à l'emploi, perte de l'emploi).[33]

Au plan légal, M. Gérard LyonCaen se demandait, il y a dix ans, si l'emploi était une partie du tout constitué par le droit du travail.[34] Grâce au support informatique,[35] il est possible, de façon moins fastidieuse, de repérer l'occurrence « emploi ». Que ce soit dans le corps des articles ou dans les titres des divisions du Code du travail, le vocable « emploi » est compté 431 fois dans le Code de 1995.[36] On ne sera pas surpris de savoir que sous le titre du livre III, « placement et emploi » le terme est utilisé 238 fois par le

[29] A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure », *Dr. Soc.* 1998, 211.

[30] L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

[31] Le manuel de M. Ollier présente à cet égard deux originalités. Il est l'un des premiers manuels réservant une étude en soi à l'emploi (Quatrième partie « Droit du travail et emploi de la maind'oeuvre »). Mais on observera aussitôt que l'emploi est envisagé comme un problème macroéconomique qui semble difficilement trouver sa place dans les cadres classiques de l'étude du droit du travail. Sa place en fin d'ouvrage semble l'attester. P.D. OLLIER, *Le Droit du travail*, Collection U, A. Colin, 1972.

[32] Dans ces manuels « l'emploi » ne figure dans aucun titre de division, il n'apparaît pas non plus dans l'index. G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1996 ; J.E. RAY, *Doit du travail, droit vivant*, 6ème éd. Liaisons, 1997 et B. TEYSSIE Droit du travail, *1. Relations individuelles de travail,* Litec 1993.

[33] Cette présentation trouve son expression dans l'ouvrage dirigé par M. Pélissier, *Droit de l'emploi*, Dalloz action.

[34] G. LYONCAEN, « Le droit du travail dans les nouvelles politiques d'emploi », *Dr. Soc.* 1988, 548.

[35] Cédérom Légisoft, 1995.

législateur, mais on remarquera aussi que dans chaque livre le mot est usité, notamment aux livres I (59 fois), II (39 fois), IV (32 fois) et au livre IX (27 fois). Ce bilan statistique ne présenterait guère d'intérêt si aucune recherche de sens n'était entreprise. A ce propos, M. LyonCaen, dans le même article, observait encore que, loin d'apporter un éclairage sur l'emploi, le titre troisième du Code du travail s'avérait être un véritable pot pourri dans lequel ne figuraient curieusement ni la formation professionnelle ni les nouvelles formes d'embauches. Il apparaît ainsi, que le législateur a, lui aussi, une vue composite de la notion d'emploi. Toutefois, un essai de classement permet de repérer quatre tendances :

1. 011l'emploi est conçu comme l'**objet du contrat de travail** en vertu des articles L. 1211 et L. 1221.

2. 011l'emploi indique une **situation ou un état** : un travailleur peut être candidat à un emploi (article L. 1216), sans emploi (L. 2127) ou privé de son emploi (L. 9511). Le salarié peut exciper d'un droit visàvis de son emploi (réintégration, retour, procurer un emploi compatible).

3. 011**l'emploi est caractérisé** : « emploi des enfants », « emploi dangereux » (article L. 21110), « emploi à temps plein » (L. 3224) ou à temps partiel, « emploi similaire », « emploi compatible », « disponible », « son emploi ».

4. 011l'emploi est considéré comme un **élément de l'entreprise** : désignation de l'emploi occupé (article L. 12231), évolution de l'emploi (L. 13227), suppression ou transformation d'emploi (L. 3211), consultation du comité d'entreprise sur la situation de l'emploi, introduction de nouvelles technologies et ses effets sur l'emploi (L. 4322), occupation d'un autre emploi (L. 9811).

Cet inventaire confirme la réalité pluridimensionnelle de la notion d'emploi. C'est par ellipse que la situation du travailleur face au travail se fond dans cette abstraction. Il est donc possible de confirmer que l'analyse de l'emploi peut s'effectuer sur deux niveaux : soit abstraitement à un niveau macroéconomique où l'emploi n'est pas directement perceptible, c'est le champ d'intervention des politiques d'emploi, soit à un niveau microéconomique où l'emploi est réalisé en tant que situation juridique localisée dans une entreprise, c'est alors le droit du travail qui a vocation à s'appliquer. Toutefois, ne seraitil pas erroné de vouloir séparer par une cloison hermétique cette distribution des représentations de l'emploi ? On peut en effet penser que l'opinion qui conduirait à opposer le droit de l'emploi au droit du travail serait un contresens parce qu'ils semblent orientés tous les deux vers la même finalité de lutte contre le chômage.[37] Mais si la

[36] C'estàdire avant la codification de la loi n°97940 du 16 oct. 1997, relative aux emploisjeunes, articles L. 322418 et suiv. On soulignera qu'une telle recherche ne peut pas éviter *a priori* les locutions telles que « direction du travail et de l'emploi ».

[37] Sur ce point, cf. A. JEAMMAUD, « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, crise du droit*, P.U.F. 1997 ; « Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure », *Dr. Soc.* 1998, 211.

transition qui s'accomplit assigne aux règles une finalité identique, on ne sait pas encore si cette tendance correspond au versus d'un même objet. A supposer cette tendance avérée, elle repose sur un postulat qu'il convient de préciser. Effectivement, que les politiques publiques d'emploi aient pour objectifs de lutter contre le chômage par une régulation du marché du travail ne saurait surprendre.[38] En revanche, assigner ce but au droit du travail mérite d'être précisé.

Paragraphe II : L'emploi, une finalité contemporaine du droit du travail

La mise en perspective de l'émergence de la notion d'emploi dans les sciences qui traitent du travail a montré le rôle décisif de l'Etat. Effectivement, si la tutelle de l'Etat s'est exercée pour faire respecter le principe fondateur de la liberté du travail, la régulation du marché du travail s'est aussi accompagnée d'une garantie d'existence au profit du travailleur afin de lui procurer l'assurance de disposer, par son travail, de ressources suffisantes.[39] En retrait avec une certaine conception idéaliste de la finalité du droit du travail (droit de protection du salarié), il s'avère qu'il est donc de sa nature tout autant de favoriser l'exploitation du travail que de la limiter.[40] On peut alors se demander quelle part la logique juridique est susceptible d'accorder à la logique économique dans la production de règles applicables à une situation de travail dans l'entreprise, entendons désormais une situation d'emploi ? Tout en conservant un point d'équilibre entre les intérêts en cause, la fonction régulatrice du droit du travail semble s'être déplacée de la stabilité du travail à la protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise. En effet, on peut supposer que le besoin de sécurité économique n'était pas moindre pour le salarié au début du XXème siècle qu'à la fin. Cependant et, non sans paradoxe, la sécurité économique aujourd'hui acquise sollicite une protection accrue conséquence de la mutation du travail.

1 De la stabilité du travail à la protection de l'emploi du salarié

« ***La perte de l'emploi est le risque le plus grave qui pèse sur la sécurité du travailleur salarié***. »[41] Il aura pourtant fallu attendre la loi du 13 juillet 1973 pour qu'il soit

[38] La politique de l'emploi peut être définie comme l'ensemble des mesures spécialement conçues et mises en oeuvre, en vue d'exercer, de façon directe ou indirecte, une action de nature qualitative et/ou quantitative, le plus souvent sélective, sur l'offre et/ou la demande d'emploi, action tendant à favoriser entre elles un certain état du marché du travail. Voir en ce sens, *Encyclopédie Dalloz*, Emploi ; également, M.Th. JOINTLAMBERT. et alii, *Politiques sociales*, Dalloz, 1994, p. 175 et suiv.

[39] J. LE GOFF, ouvrage précité, spéc., p. 83 et suiv. ; F. EWALD, ouvrage précité.

[40] C'est la thèse défendue in *Le droit capitaliste du travail,* P.U.G. 1980, A. JEAMMAUD et alii. Voir cependant, l'ouvrage de M. Ollier. Les règles du droit du travail intéressant la relation individuelle de travail sont systématiquement présentées comme des règles de protection, cf., table des matières, p. 577 et suiv. P.D. OLLIER, *Le Droit du travail*, Collection U, A. Colin, 1972.

porté atteinte au principe selon lequel le droit de rompre le contrat de travail est un droit sans condition.[42] Il est effectivement remarquable que dans la construction du droit du travail la question de l'encadrement de la rupture du contrat par l'employeur n'a été abordée que si tardivement. Cela ne devrait, en réalité, pas surprendre si on veut bien retenir la mutation du travail en emploi. Sur le plan des relations individuelles, l'intervention législative s'oriente dans la protection de la personne au travail et, lorsque le travail en situation fait l'objet de règles, elles ont pour fonction d'organiser l'orientation de la maind'oeuvre sur le marché du travail. Ce qui importe alors est la stabilisation de la maind'oeuvre au profit de l'entreprise. Cet objectif auquel répond l'intervention de l'Etat trouve écho dans la doctrine. Ainsi, lorsque Pic parle de stabilité de l'emploi voire d'obligation de travail pour les valides la justification est l'intérêt de la nation.[43] De même, lorsque Durand évoque la propriété de l'emploi, il relève certes que la permanence de l'emploi contribue à la dignité de la personne mais la stabilité de l'emploi doit permettre une meilleure organisation de l'entreprise.[44]

En droit du travail, si la protection de la personne au travail et la mise en place d'une protection sociale sont indéniables, si le statut collectif des salariés dans l'entreprise s'organise, en revanche, la finalité de protection de l'emploi fait défaut. Ainsi que le relève M. Le Goff, la situation du salarié, en ce domaine, est plus proche d'une situation de « déprotection ».[45] Il est ainsi topique d'observer, qu'au début du siècle, alors que l'ajustement des effectifs aux évolutions de la production laisse des milliers de personnes sans travail, l'institution du délaicongé est considérée comme un élément de la protection du salarié.[46] On remarquera encore que si la maladie de courte durée du salarié suspend l'exécution du contrat de travail, il demeure que la maladie du salarié peut, par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail.[47] On pourrait néanmoins objecter que l'article 23 alinéa 7 du Code du travail (actuel article L. 12212) est destiné à procurer aux salariés des emplois plus stables.[48] En réalité, l'objection est de portée limitée parce que ce texte tend d'abord à favoriser la stabilité de la maind'oeuvre lors d'un changement de propriétaire des moyens de production afin

[41] J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, P.U.F. 1993, 13ème éd., spéc., p. 465.

[42] Article 1780 du code civil, « *le louage de service fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.* »

[43] PIC et KREHER, *Le nouveau droit ouvrier français*, *L.G.D.J.,* 1943, n°13.

[44] P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, Tome II, Dalloz 1950, n°49. On soulignera que le terme « emploi » signifie impliquer dans (*implicare*).

[45] J. LE GOFF, ouvrage précité, spéc., p. 176.

[46] CAPITANT et CUCHE, « L'effet le plus choquant du droit de la résiliation est de briser la convention, sans que l'autre partie ait été prévenue d'avance, sans qu'elle ait pu conclure avec un tiers un contrat destiné à remplacer celui qui prend fin », Cours de législation industrielle, 1921, p. 283.

[47] Cass. Soc. 14 oct. 1960, « Le Figaro », *J.C.P.* 1961, II, 11985. Sur l'évolution de la jurisprudence, infra n°323 et suiv.

d'assurer la continuité de l'exploitation. Ainsi encore, lorsque l'ordonnance du 24 mai 1945 introduit l'autorisation administrative de licenciement, son objectif est de contrôler les mouvements de maind'oeuvre afin d'en assurer une répartition harmonieuse et, si le congédiement doit être porté à la connaissance de l'administration, c'est pour vérifier que la gestion de l'emploi était conforme aux objectifs de la politique économique de la zone d'emploi où se situe l'entreprise.[49] Enfin, fautil rappeler que l'employeur décide seul de l'organisation de l'entreprise, il informe néanmoins le comité d'entreprise, mais il n'a pas à rendre compte *a posteriori* de ses décisions, peu important qu'elles conduisent au licenciement de tout le personnel d'un établissement ; c'est ce que rappelle avec force la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt Brinon du 31 mai 1956.[50]

La sécurité de l'emploi n'est pourtant pas une revendication nouvelle, mais la question est restée au second plan de l'évolution du droit du travail. L'expansion du salariat, construit après la seconde guerre mondiale sur le modèle du contrat à durée indéterminée, assure une stabilité de fait à la relation de travail procédant plus d'une rationalité économique (besoin de stabiliser la maind'oeuvre dans l'entreprise) et d'une conjoncture économique favorable que d'une construction juridique. Ainsi, alors même que le marché du travail connaît d'importants changements, les secteurs en expansion, notamment le secteur tertiaire, absorbent les destructions de l'agriculture, du secteur du textile ou des bassins houillers.[51] Comme le remarquent MM. Marchand et Thélot, pendant la période dite des « Trente Glorieuses » (19451975), l'économie française est en « plein emploi » sinon en « suremploi » devant même faire appel à la maind'oeuvre étrangère afin de satisfaire l'offre de travail.[52] Si le chômage existe, c'est un chômage de transition, d'adaptation aux évolutions techniques.[53] A cet égard, il est significatif

[48] Cass. Civ. 27 fév. 1934, « Goupy », DH 34, 252, *Les grands arrêts*, Sirey 1978, p. 104 ; (art. 23 al. 7 du Code du travail, issu de la loi du 20 juillet 1928). Voir infra n°39 et suiv. et n°268 et suiv.

[49] Infra n°336 et suiv. D. BALMARY, « Le droit du licenciement économique estil vraiment un droit favorable à l'emploi ? », *Dr. Soc.* 1998, 131.

[50] Tribunal civil Etampes, 24 juin 1954, *J.C.P.* 1954, II, 8256 ; Paris, 14 déc. 1954, *J.C.P.* 1955, II, 8559, note BRETHE DE LA GRESSAYE ; Cass. Civ., sect. soc., 31 mai 1956 (arrêt de cassation) *D.* 1958, Jurisp., 21, note LEVENEUR, *J.C.P.* 1956, II, 9397, note, EISMEIN, *Dr. Ouv.* 1957, 1, note LYONCAEN, Grands arrêts, n°79, « (...) l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail (...). » Voir encore Cass. Soc. 6 mai 1975, *Bull. V.,* n°234.

[51] Entre 1954 et 1962, 1 717 000 emplois sont supprimés mais 1 825 000 sont créés. Voir notamment, M. POCHARD, *L'emploi et ses problèmes*, Que saisje ? P.U.F., 1976 ; *L'économique française face aux défis mondiaux*, J. et G. BREMOND, Hatier ; O. MARCHAND et C. THELOT**.,** *Le travail en France (18002000)*, Essais et Recherches, Nathan, 1997. On observera que dans le secteur de l'agriculture la destruction massive d'emplois a correspondu à une augmentation considérable des gains de productivité. La crise de l'emploi estelle une crise de productivité trop importante ? La productivité augmente aujourd'hui moins, en moyenne, que par le passé (2% contre 4 à 5% dans les années soixante).

[52] O. MARCHAND et C. THELOT**.,** ouvrage précité, p. 71 et suiv.

d'observer que l'ancienneté dans le chômage est en moyenne de quatre à cinq mois,[54] et que l'intervention de l'Etat est à même d'assurer la reconversion professionnelle des travailleurs, laquelle s'effectue hors des frontières de l'entreprise.[55] En somme, la spirale vertueuse du plein emploi a permis de garantir sinon la sécurité de l'emploi dans l'entreprise du moins, par le jeu de la mobilité professionnelle, la sécurité économique. Le système du plein emploi s'est satisfait de la stabilité de la relation de travail comme mode de régulation du marché du travail (emploi macroéconomique) plus que de la protection de l'emploi microéconomique. Les enjeux ont changé.

2 Les raisons de la protection de l'emploi du salarié

Le droit et l'économie cheminent de concert au point qu'un contexte économique, le plein emploi, a vraisemblablement structuré autour d'un modèle, l'emploi, non seulement les situations de travail dans l'entreprise[56] mais surtout a fondé un statut de droits sociaux. Ainsi que le soulignent les sociologues, l'emploi produit du statut, de la hiérarchie sociale ; il donne du « sens ».[57] Précisément, les fondations modernes du système de Sécurité Sociale français (ordonnance du 4 octobre 1945) reposent sur un certain degré de développement économique.[58] La « crise économique » retentit directement sur ce statut social ; il ne s'agit plus aujourd'hui pour l'Etat d'assurer une simple police économique mais bien de faire face à un ébranlement des structures sociales. Il appartient aux spécialistes de repérer les causes profondes des transformations économiques ; mondialisation, passage d'une société industrielle à une économie de services etc. ? On se limitera à mettre en lumière, dans le champ du droit du travail, les manifestations qui semblent les plus sensibles de la crise de représentation de l'emploi, lesquelles tendent à justifier la protection de l'emploi.

On peut observer deux grandes tendances et les confronter à l'état du marché du travail ; l'emploi est, en effet, une réalité mesurable.

En premier lieu, on peut remarquer un éclatement du statut salarial autour de la diversification des situations de travail. C'est ainsi qu'il est aujourd'hui commun d'opposer l'emploi stable (typique) à l'emploi précaire (atypique), que le droit du travail a normalisé.[59] Les études statistiques montrent que quatrevingts pour cent des embauches s'effectuent

[53] Evolution du nombre de chômeurs : 1896 : 2700 000 ; 1906 : 238 000 ; 1936 : 865 000 ; 1946 : 120 000 ; 1955 : 377 000 ; 1962 : 245 000 ; 1968 : 560 000 ; 1974 : 673 000. Source : *ibid.* p. 77.

[54] En 1996, en moyenne 15 mois.

[55] Infra n°338 et suiv.

[56] Egalement infra n°531 et suiv.

[57] M. MARUANI, « La sociologie du travail en quête d'emploi », in *L'emploi l'entreprise et la société*, sous la direction de F. MICHON et D. SEGRESTIN, Economica 1990, p. 41.

[58] J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, 1998.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

par la voie d'un contrat atypique et que leur durée moyenne est de trois mois pour un contrat à durée déterminée et de deux semaines pour un contrat de travail temporaire. De même, on apprend qu'un salarié engagé sous contrat à durée indéterminée mais à temps partiel court un risque deux fois plus important d'être au chômage qu'un salarié engagé sous contrat à durée indéterminée à temps plein.[60] En second lieu, sur une période de douze ans (19831994), cinq cent vingt mille licenciements pour motif économique par an, en moyenne, ont été prononcés. Il se confirme, qu'hier comme aujourd'hui, les suppressions d'emplois sont conçues comme un mode normal de gestion des effectifs de l'entreprise.[61] Une étude récente fait ainsi ressortir que la présentation des résultats de l'entreprise s'accompagne désormais d'un plan d'économie de la masse salariale, laissant entrevoir une saisonnalité des plans sociaux.[62] L'emploi redevient travail marchandise, simple variable d'ajustement, au mieux au motif avéré d'une restructuration de l'entreprise, au pire pour améliorer, à court de terme, les comptes de celleci.[63] Ces deux tendances doivent être confrontées à l'état du marché du travail depuis 1970. Si le travail s'est métamorphosé, il se révèle que c'est désormais le chômage qui est en mutation. Deux aspects se manifestent, d'une part, le nombre de salariés à la recherche d'un emploi tend à se stabiliser mais à un niveau élevé (plus de trois millions de personnes), avec une frange de population (difficilement dénombrée) restant en marge du travail et, d'autre part, l'ancienneté dans le chômage qui se fixe en moyenne à près de quinze mois, renvoyant l'image d'un marché du travail figé.

Si au premier chef l'intérêt de l'emploi concerne les salariés, les atteintes portées à l'emploi dans l'entreprise développent des effets qui remettent en cause le système de protection sociale. Il n'y a pas de Sécurité Sociale sans emploi,[64] ce qui invite l'Etat à

59 Mais y atil encore emploi ? Se reporter à : *Précarisation sociale, travail et santé*, IRESCO, 1997. Infra n°66 et suiv. et n°461 et suiv.

60 Sur l'ensemble de ces données, se reporter au rapport au gouvernent publié à la documentation française, mai 1997, *Chômage : le cas français*.

61 Voir J. LE GOFF, ouvrage précité, spéc., p. 37 ; R. CASTEL, ouvrage précité, p. 220 et suiv. En 1974, le nombre de licenciements collectifs (plus de 20 salariés) s'élevait à 67 000.

62 R. BEAUJOLIN, *Gestion de l'emploi et mesure de la performance : une ambition contrariée*, à paraître ; également, *Le Monde* 19/1/1993, Pourquoi les entreprises licencient ; *Liaisons Sociales mensuel*, sept. 1996, Licenciements, le pire estil à venir ? ; *Alternatives Economiques*, fév. 1997, n°145, p. 56 ; *Le Monde Initiatives* 17/6/1998, La mécanique des plans sociaux démontée par les chercheurs.

63 Comparer, par exemple la situation du secteur de l'armement ou du Crédit lyonnais et Danone qui a annoncé en 1995 la suppression de 297 emplois après avoir réalisé deux milliards de francs de bénéfices la même année, ou encore Michelin qui a annoncé en 1993 un plan de 2 000 nouvelles suppressions d'emplois alors que des entreprises du groupe embauchent. On se souviendra enfin de Renault et PSA qui ont justifié une demande de plan dérogatoire au gouvernement français afin de faire financer 39 000 mises en préretraite au motif de la faible productivité des salariés français rapportée à celle de leurs concurrents. Ce plan a été rejeté, l'usine de Renault, à Villevorde, a été fermée.

64 A. SUPIOT, « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale », *Dr. Soc.* 1995, 823.

intervenir afin de recréer une dynamique de plein emploi.

Le travail s'est émancipé de sa conception strictement marchande lorsque le salaire est devenu non plus la simple contrepartie de l'activité fournie mais l'assise des droits sociaux. De 1945 jusqu'à 1970, l'économie vertueuse a permis une couverture sociale étendue avec un accroissement corrélatif des dépenses sociales, les ajustements s'effectuant au prix d'une augmentation du taux des cotisations.[65] Mais en ce domaine, le système de protection français présente l'originalité de reposer, pour le régime général, sur des cotisations, salariées et patronales, précisément assises sur les salaires.[66] Or, on comprend bien que l'exigence de qualité des droits sociaux dépende de la qualité de l'assiette qui suppose un nombre croissant de personnes titulaire d'un emploi. Il n'y a pas là qu'un simple hiatus puisque les structures de la protection sociale subissent le contrecoup de la remise en cause d'une certaine représentation du travail subordonné, l'emploi. Au demeurant, les droits des travailleurs salariés sont euxmêmes affectés.[67] Les contrats de travail précaires sont, en pratique, assez en deçà de la durée d'affiliation requise par la loi (quatre mois) pour pouvoir bénéficier du droit au revenu même si le bénéfice de l'allocation de solidarité est quant à lui ouvert. Mais à supposer l'ouverture du droit acquise, on sait que l'allocation dégressive (article L. 3513 du Code du travail) est fondée, d'une part, sur le salaire journalier de référence et limitée, d'autre part, à la durée d'affiliation antérieure.[68] Il en va de même pour l'assurance vieillesse puisque le montant de droit à pension est fonction de la carrière professionnelle et du salaire annuel moyen. Il est évident que les situations de chômage, inhérentes au travail précaire, sont constitutives de droits réduits.

L'intervention actuelle de l'Etat ne se départit pas du principe de la liberté du travail mais la situation constante du marché du travail depuis les années quatrevingt menace les équilibres sociaux. Le champ d'intervention des politiques publiques prend une orientation nouvelle en sollicitant directement les entreprises, par la voie du financement de la création ou du maintien d'emplois. Les perspectives apparaissent renversées ; l'intervention publique ne se place plus tant au niveau du marché du travail (emploi macroéconomique) qu'au niveau du marché de l'emploi dans l'entreprise (emploi microéconomique). Ces dispositifs, d'inspiration keynésienne,[69] tendent à relancer une dynamique économique vertueuse à finalité sociale et économique puisque l'emploi (maintenu ou créé) doit permettre de favoriser la croissance et le développement. Ce sont

[65] En France la part des prélèvements obligatoires est la plus importante de tous les pays industrialisés (19,5% contre en moyenne OCDE de 9,9% du PIB), alors que l'impôt sur le revenu est le plus faible (6% contre 11.5% en moyenne OCDE 11.5% du PIB). Voir notamment, J.J. DUPEYROUX, « 19451995 : quelle solidarité ? », *Dr. Soc.* 1995, 713 ; également Précis Dalloz.

[66] Article L. 2421 du Code de la sécurité sociale.

[67] Notamment, J.P. CHAUCHARD, « La législation de Sécurité Sociale face aux formes particulières d'emploi », *Dr. Soc.* 1990, 566.

[68] Rappelons que la durée moyenne d'un contrat à durée déterminée est de trois mois et quinze jours pour un contrat de travail temporaire. On sait aussi, que les « emplois » précaires mobilisent peu de qualification professionnelle, les rémunérations sont donc faibles. Il est cependant exact qu'un salarié peut être embauché plusieurs fois au cours d'une année.

ces objectifs qui s'expriment clairement dans la loi relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes. On peut ainsi lire dans la circulaire du 24 octobre 1997 que « ***le gouvernement entend promouvoir un nouveau modèle de développement plus riche en emplois. Le premier axe tracé pour atteindre cet objectif est la relance de la croissance. Il faut redonner du pouvoir d'achat, particulièrement à ceux qui en ont le plus besoin.*** »[70] L'inspiration qui guide la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail du 13 juin 1998 traduit la même volonté du gouvernement de recourir à tous les moyens possibles pour créer des emplois et réduire le chômage, les réorganisations du travail, indispensables au développement de l'emploi, permettent de construire l'équilibre entre les besoins économiques des entreprises et les souhaits des salariés.[71]

Paragraphe III : La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise

Le problème posé par l'étude de la protection de l'emploi dans l'entreprise est d'en définir les contours. On a déjà remarqué que la notion d'emploi est relative ; elle est avant tout un avatar du travail, elle est en outre pluridimensionnelle. La nécessité de circonscrire l'objet de la recherche est donc essentielle ; elle peut être orientée par l'idée de protection. La protection s'entend de la précaution qui, répondant à un besoin de celui ou de celle qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque.[72] Dans une compréhension plus large, notamment en économie, la protection s'étend à des actions en vue de favoriser ou de réguler les conditions de concurrence entre les acteurs sur un marché. On retrouve là les problèmes généraux d'emploi que les politiques publiques s'efforcent de résoudre et, partant, les deux niveaux d'actions déjà repérés : le marché du travail et l'entreprise. La justification de l'entreprise comme cadre pertinent à l'analyse de la protection de l'emploi s'évince de la considération qu'un ordre juridique institue des centres d'imputation, autrement dit un rapport de responsabilité de débiteur à créancier.

Or, on sait que malgré la proclamation solennelle, par le préambule constitutionnel de 1946, du « droit d'obtenir un emploi »,[73] les éléments constitutifs d'un droit subjectif ne sont pas réunis. Un demandeur d'emploi ne dispose pas d'une prérogative lui permettant

69 Cette politique repose précisément sur une intervention active de l'Etat centrée notamment sur une relance de la croissance par la consommation ainsi que le maintien et la création d'emplois plus fructueux que l'indemnisation du chômage.

70 Circulaire CDE n°97/25 du 24 oct. 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes, préambule, *Liaisons Sociales* n°7758.

71 Circulaire du 24 juin 1998, *J.O.* du 25 juin 1998, p. 9627.

72 Voir notamment, *Dictionnaire de la langue française,* Robert ; *Vocabulaire juridique* Cornu, Protection.

d'exiger de l'Etat ou d'un employeur qu'un emploi lui soit octroyé.[74] Toutefois, M. Jeammaud se demande si ce « droit à » n'a pas d'autre valeur positive, spécifiquement en présence d'un rapport de travail de sorte que le droit d'obtenir un emploi serait une mesure efficiente de la remise en cause de l'emploi occupé.[75] La restriction du champ de l'étude à l'emploi microéconomique présente donc l'intérêt de fixer un cadre à l'étude de l'emploi en tant qu'objet susceptible de protection sollicitant le droit du travail. Une telle localisation juridique de l'emploi dans l'entreprise présente l'avantage d'éviter la critique d'instrumentalisation du droit, d'instabilité voire d'incohérence propre aux règles qui s'intéressent à l'emploi macroéconomique. L'angle de recherche adopté peut, en revanche, s'avérer plus fécond s'il permet de mettre en évidence une inclination du droit du travail dans la prise en compte de l'emploi comme finalité ou, encore mieux, dans l'ébauche d'un droit de l'emploi par objet, partie intégrante du droit du travail.[76] L'arrêt Géophysique, du 19 février 1997,[77] s'il ne devait pas rester isolé, s'avérerait significatif, l'application du passage négocié au trentecinq heures en fournira sans doute les occasions. En l'espèce, un accord de révision réduit de moitié le montant d'une prime instituée par un ancien accord en contrepartie d'une limitation des licenciements économiques devant intervenir. La question posée à la Cour de cassation était de savoir, si cet accord modificatif était opposable aux salariés alors qu'il n'était pas signé par la totalité des signataires initiaux. Les juges, reconnaissant que ce nouvel accord est plus favorable, en décident l'application motifs pris que cet accord est globalement plus favorable puisque la diminution de la prime est compensée par un engagement de l'employeur en terme de maintien de l'emploi. L'emploi deviendrait un objet central du droit du travail qu'il aura vocation à structurer.

L'évolution récente du droit positif invite donc à considérer, dans son ensemble, des règles qui se manifestent en faveur de la résistance du contrat de travail à sa rupture. Cet intérêt n'est pas nouveau, la doctrine présente la suspension du contrat de travail, le jeu de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail ou le droit du licenciement comme autant de mécanismes de protection de l'emploi.[78] Toutefois, ces présentations n'ont jamais fait

[73] Par ailleurs indéfectiblement lié par la conjonction « et » au devoir de travailler. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou dans son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.* »

[74] C. Const., 28 mai 1983, *J.O.* 1 juin 1983, *A.J.D.A.*, 1983, 619 ; *Dr. Soc.* 1984, 159. F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°214 et suiv. ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. Soc.* 1982, 618.

[75] A. JEAMMAUD, « Consécration de droits nouveaux et droit positif, sens et objet d'une interrogation », CERCRID, 1985, spéc., pp. 2122.

[76] En ce sens A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure », *Dr. Soc.* 1998, 211.

[77] Cass. Soc. 19 février 1997, *Bull. V.,* n°70, *Dr. Soc.* 1997, 432, obs. G. COUTURIER, *C.S.B.P.* n°90, A.24, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, n°609, p. 352 ; *Le Monde* 22 oct. 1997, Le droit du travail évolue vers un droit à l'emploi, F. LEMAITRE.

[78] J.Cl. JAVILLIER, Droit du travail 6ème éd. *L.G.D.J.,* 1997 ; J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, P.U.F. 1993, 13ème éd.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'objet d'une étude d'ensemble, d'autant qu'une césure, pourtant artificielle préside une distinction entre les causes d'ordre personnel de rupture du contrat de travail et celles d'ordre économique, où la protection de l'emploi semble naturellement trouver son expression. Cependant, à partir du principe d'exécution de bonne foi du contrat de travail, posé en tant que tel par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt Expovit, l'ensemble de la problématique de la protection de l'emploi doit être reconsidéré. On peut penser, en effet, que cette directive adressée au juge et aux parties à la relation de travail est susceptible de fonder, sinon de renouveler, une conception générale de la protection de l'emploi. Cette construction pourrait s'articuler autour de la reconnaissance d'un lien d'emploi propre à rendre compte d'un ensemble de « droitsdéfense » que le salarié pourrait opposer à l'employeur lorsqu'un acte est susceptible de mettre en cause sa situation juridique d'emploi. Il sera donc tenté de répondre à la question plus générale de savoir si l'employeur est débiteur d'emploi.

Cependant, à supposer qu'une finalité de protection de l'emploi puisse guider l'interprétation des règles, la question de l'objet de la protection reste entière. On a souligné la polysémie du terme « emploi » laquelle conduit à une approche extensive de la notion ; tout contrat de travail est une situation d'emploi. M. Gaudu ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il définit l'emploi comme un droit, d'étendue variable, à la poursuite d'un contrat à exécution successive. Si ce principe d'unité entre les situations juridiques repérées doit être confirmé, il devrait en résulter que les mécanismes de protection de l'emploi seraient identiques. Si ce n'est pas le cas, la recherche serait alors ouverte pour définir « l'emploi » comme une catégorie autonome. Autrement dit, parmi les situations juridiques d'emploi il conviendrait de repérer celle(s) ressortissant d'une catégorie et pas d'une autre. L'intérêt d'une telle distinction apparaîtrait essentiel si elle entretenait un rapport consubstantiel avec la mise en oeuvre de mécanismes de protection. Cette hypothèse ne peut être écartée *a priori* d'autant que le droit du contrat de travail est très largement un droit de la rupture du contrat de travail.[79] Au demeurant, la voie est ouverte par M. Gaudu qui souligne que des situations d'emploi peuvent être imparfaites ; l'auteur vise les contrats de travail dits « atypiques ». Mais ne fautil pas aller plus avant et se demander si cette imperfection, intrinsèque à certaines situations d'emploi, ne va pas jusqu'à les déqualifier ? L'intérêt d'une approche de la notion d'emploi, catégorie opératoire du droit du travail, est dès lors indispensable.

Avant d'entreprendre l'analyse des mécanismes juridiques de protection de l'emploi, il est nécessaire de s'interroger sur la notion même d'emploi. On s'attachera donc, dans une première partie, à montrer que l'emploi, porteur d'une fonction propre, est un objet saisi, en soi, par le droit du travail puis, une seconde partie, sera consacrée à l'étude des moyens de la protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise.

[79] G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1996, n°14.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Partie I : L'emploi, objet juridiquement protégé

On peut difficilement étudier la protection de l'emploi sans s'interroger, au préalable, sur ce qu'est l'emploi. De plus, a'ù''La difficulté tient sans doute au fait que l'emploi recouvre des situations différentes. Le caractère pluridimensionnel de l'emploi a été souligné, ce qui peut laisser penser que la notion d'emploi est relative par rapport à un contexte donné. C'est ainsi que l'emploi peut être appréhendé dans un contexte général, le marché du travail, ou dans une situation particulière, la relation de travail. Le passage d'un niveau à l'autre semble rendre compte du sens instrumental de l'emploi, c'estàdire de la situation de travail d'une personne opposée à celle de chômage. C'est sous cet angle d'approche que é« ' »'[80]'à'èa reconnaissance 'è'éàé'ééE', il s'agitL'opération de qualification ici éé[81]'éàèéé c'estàdire ''àffectué'éla concrétisation 'd'' renvoie à la qualification « ».'éé Il s'établit autour de l'emploi, entre l'employeur et le salarié, un lien de droit.[82]

''ààé'éêédans 'à« ' »e la relation contractuelle de travail 'é.''è''éé''éà'é''éééé'à ê'é''é'éàéééàéé« »'ê'à[83]éé'à'é. Pourtant, il faut souligner que le législateur organise, selon la durée du contrat, des éss distincts. On peut donc constater qu'il n'y a pas une

[80] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986

[81] G.H. CAMERLYNCK, n°46 et suiv. Infra n°44 et suiv.

[82] F. GAUDU, Thèse précitée n°38.

identité complète entre la catégorie « » l'.Ainsi au regard des régimes applicables au contrat de travail à durée déterminée ou au contrat de travail à durée indéterminée il apparaît nettement une différence de é, sinon de genre,dans le droit à la poursuite du contrat qui trouve sa justification dans la nature même de ces contrats. On peut ainsi émettre l'hypothèse que la notion d'emploi n'est pas réductible à la notion de situation juridique sans que les apports de cette conceptualisation soient négligés, tout au contraire. En effet, le degré de résistance du lien contractuel 'é'itêd'emploi.

On a remarqué que le repérage d'une situation juridique d'emploi localise une situation de travail dans la sphère du droit du travail. On peut tenter de localiser de manière plus fine l'emploi. L'observation peut être conduite sur deux plans. En premier lieu, l'emploi peut être observé du point de vue de l'entreprise. Le droit des sociétés connaît les entreprises et le régime applicable selon leur structure, société anonyme, société unipersonnelle. Les sciences de gestion de l'entreprise appréhendent, notamment, la structure interne des entreprises au travers de la notion d'organigramme.[84] L'organigramme est une représentation, schématique ou détaillée, de l'entreprise. On peut supposer que les fonctions définies abstraitement ont vocation à faire apparaître des emplois au moins lorsqu'une personne est affectée à un élément de la structure de l'entreprise repéré sur l'organigramme. En droit, l'affectation d'un salarié sur un emploi procède d'un acte de gestion de l'emploi dont on peut penser qu'il entretient des rapports étroits avec le contrat de travail dans sa définition lors de sa conclusion ou de sa modification, lors de son exécution. En second lieu, on peut donc penser que le contrat de travail peut donner une certaine image de l'emploi. A supposer que l'emploi en tant qu'objet juridiquement protégé puisse être défini, il s'agira, en outre, de rechercher en quoi cet objet est susceptible de se rapporter à l'idée de protection. La notion d'emploi ainsi découverte doit éclairer l'idée de statut dont l'emploi serait le vecteur, c'estàdire d'un ensemble de règles applicables finalisées vers l'objectif de protection. Une définition de l'emploi, objet du droit, peut donc être recherchée dans son rapport à l'entreprise (Titre I), puis dans son rapport avec le contrat de travail (Titre II).

titre I : l'emploi dans l'entreprise

L'une des approches possibles de la notion d'emploi consiste à le considérer comme un ensemble de fonctions agrégeant une activité humaine, physique ou intellectuelle, finalisé sur un plan économique. Cette conception fonctionnelle de l'emploi peut être rattachée à la notion d'activité professionnelle, voire de métier.[85] Ainsi, l'artisan boulanger qui a pour activité de fabriquer du pain occupe un emploi, de même que le boulanger employé d'un

[83] *Ibid.*, n°84 et suiv.

[84] J. AUBERTKRIER, *Gestion de l'entreprise*, Thémis.

[85] L. CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.*, 1992, t. 231.

hypermarché. Cependant, dans ces deux situations, la notion « d'emploi », compris comme une activité, ne renvoie pas aux mêmes situations juridiques, une seule, l'activité de l'employé, supporte, au sens du droit du travail, une relation juridique d'emploi.[86] Ainsi donc, une même activité, un même métier, conduisent à distinguer deux régimes juridiques différents, exclusifs l'un de l'autre. Comme le remarquait déjà Monsieur Groutel,[87] hormis les individus qui peuvent vivre sans travailler, les uns mettent à la disposition d'une entreprise leur force de travail, alors que les autres créent leur propre entreprise. Le régime juridique de l'activité professionnelle est donc dual,[88] il s'ordonne autour des relations nouées avec l'entreprise dans le moule commun du contrat. Tantôt, l'individu met à disposition d'une entreprise sa force de travail, est alors conclu un contrat de travail ; tantôt, l'individu décide d'exploiter pour luimême sa force de travail, sous la forme d'une entreprise, traitant alors avec une autre entreprise, la nature du contrat dépendant de l'objet de l'obligation. Le choix du rapport contractuel est placé sous l'égide du double principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté du travail. Il offre aux agents économiques un choix dans l'utilisation de l'outil le plus efficace à leurs objectifs ; il s'agit là d'une alternative à l'emploi.

Cependant, sur le plan du droit, cette approche achoppe sur plusieurs obstacles dont les définitions du contrat de travail, de l'emploi et de l'entreprise.[89] Toutefois, on pressent aussi quel lien peut les unir. Traditionnellement, l'entreprise est appréhendée comme une organisation professionnelle disposant de moyens, matériels et humains, qui permettent l'exercice d'une activité de manière constante et régulière afin d'offrir de façon permanente au public ses services ou ses produits.[90] Quant au contrat de travail, il est

86 Mais tous constituent des actifs. Selon Monsieur Gérard LyonCaen (*Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990, n°6), on peut parler de droit de l'activité, constitué par le droit de l'activité subordonnée (droit du travail) et le droit de l'activité indépendante. Sur le concept de situation juridique d'emploi, cf. F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986 et du même auteur, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569 ; « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119.

87 H. GROUTEL, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 49.

88 Vocabulaire juridique CORNU : « Travail dépendant ou indépendant qui se caractérise par l'accomplissement régulier de certains actes, par opposition au travail occasionnel, et par la poursuite d'un but lucratif. » En ce sens également, L. Casaux, ouvrage précité, page 34 et suiv. Selon l'auteur quatre éléments permettent de définir l'activité professionnelle : 1/ une activité, 2/ un support juridique, 3/ une finalité lucrative, 4/ le temps consacré à l'activité. Cette définition est intéressante mais elle semble aussi remise en question dans une recherche de recomposition de la notion de travail. Il n'est pas sûr que le caractère lucratif conserve toute sa pertinence. Voir notamment, Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995. A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; F. GAUDU, « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119. Se reporter infra n°534 et suiv.

89 On peut ainsi remarquer que bien que l'entreprise n'ait pas de définition juridique stricte, elle fait néanmoins partie du raisonnement juridique.

90 Voir notamment, RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, *L.G.D.J.,* 1994, n°358 ; N. CATALA, Traité de Droit du travail, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n°2 et suiv.

défini comme « la convention par laquelle une personne, qualifiée de travailleur, de salarié ou d'employé, s'engage à accomplir des actes matériels, généralement de nature professionnelle, au profit d'une autre personne dénommée employeur ou patron, en se plaçant en situation de subordination, moyennant une rémunération en argent appelée salaire. »[91] Il apparaît ainsi que l'activité développée par l'entreprise, entendue comme une organisation de moyens et l'activité du travailleur salarié se rencontrent autour de la notion d'emploi.[92] Si l'emploi peut apparaître comme l'expression de la relation entre l'entreprise et le salarié, on peut alors se demander si le droit du travail saisit l'emploi en tant que tel et, à supposer qu'il le fasse, comment il en rend compte (Chapitre I). Toutefois, le repérage de l'emploi dans l'entreprise ne suffit pas à justifier de l'application de règles particulières de protection. On peut néanmoins observer que l'ancienneté dans l'emploi renforce les droits du salarié dans l'entreprise.[93] En outre, la représentation de la collectivité des travailleurs dans l'entreprise dépend d'abord de l'ancienneté puisqu'elle conditionne la qualité d'électeur ou de salarié éligible. Le droit du travail s'est donc constitué sur une relation de travail durable qui, par ce caractère, offre aux salariés une certaine capacité de résistance. Ainsi, si toutes les situations juridiques de travail portent en elles une exigence de protection, il convient de souligner en quoi l'emploi entretient un rapport étroit avec l'idée même de protection (Chapitre II).

Chapitre I : La détermination de l'emploi

La notion « d'emploifonction » est retenue par le gestionnaire. L'emploi désigne, avant toute concrétisation juridique, le travail défini soit de façon très précise soit en termes plus larges d'objectifs.[94] De cette approche fonctionnelle de l'emploi, on peut dire qu'il est une division du travail caractérisé, en premier lieu, par son organisation (contenu des tâches, fonctions, responsabilité) et, en second lieu, par ses conditions d'exercice (temps et lieu de travail, rémunération). Cette approche met en évidence un lien entre le

[91] P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, Tome II, Dalloz 1950, n°127. Egalement, J. RIVERO, J. SAVATIER, *Droit du travail*, p. 74, P.U.F., 10ème éd. ; J.E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons sociales, 1996, Introduction, p. 10 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, tome 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°317, G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°44 ; J.Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 4ème éd. 1992, *L.G.D.J.*, n°17 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°166. Au regard, de l'article L. 1202 du Code du travail, il est proposé la définition suivante : « Convention par laquelle une personne s'engage à mettre à disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place en tant que nécessaire, moyennant une rémunération » ; Précis Dalloz, n°179.

[92] En ce sens, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986. Voir aussi infra n°160 et suiv.

[93] En ce sens, F. GAUDU, thèse précitée. Egalement, G. VALLEE, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. Soc.* 1992, 871. On sait par exemple, que la salarié ayant plus de deux ans d'ancienneté a automatiquement droit à six mois de salaire si le juge dit que le licenciement prononcé est sans cause réelle et sérieuse (article L. 122144 al. 1 du Code du travail).

[94] Voir L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660, spéc. §I. On peut rappeler que la gestion prend pour objet l'entreprise et qu'elle se présente comme la science des organisations.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

travailleur et l'emploi dans l'entreprise. La reconnaissance par le droit de cette situation opère alors une intégration du travailleur dans l'entreprise. Cette intégration, aussi bien dans l'ordre économique que dans l'ordre juridique, fait du travailleur un salarié, un travailleur subordonné, et non pas un entrepreneur. Comme le souligne Madame Catala, l'entreprise est la réunion de moyens qu'ordonne un entrepreneur.[95]

De cette première approche, il ressort que la catégorie « contrat de travail » entretient un lien étroit avec l'idée de situation juridique d'emploi. Pourtant comme le remarque Monsieur Gaudu, la situation juridique d'emploi n'est pas une catégorie homogène ; au contraire, une dichotomie s'opère dans les situations juridiques d'emplois, entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée, forme imparfaite d'emploi. Néanmoins, ces deux contrats assurent pour le salarié un droit à la poursuite du contrat de travail. Toutefois, le régime juridique de ces contrats semble fonder une opposition plus qu'une simple dégradation. A cet égard, l'idée de stabilité qui connote la notion d'emploi apparaît particulièrement significative de l'opposition de fond entre l'emploi du contrat à durée indéterminée et « l'emploi » du contrat à durée déterminée. Ainsi, la notion de stabilité s'attache au contrat à durée indéterminée parce qu'il ancre la relation de travail dans une certaine permanence, alors que le contrat à durée déterminée renvoie à l'idée de précarité. Pourtant au regard du droit positif, on peut remarquer que c'est un point de vue « social » et non pas juridique qui l'emporte lorsqu'un contrat est dit « précaire ». La stabilité intrinsèque du contrat à durée indéterminée, entendue comme son aptitude à se maintenir malgré les vicissitudes qui peuvent affecter son exécution peut justifier de la recherche d'une définition plus étroite de la notion d'emploi. Ainsi, si autour de la catégorie « contrat de travail » s'organisent des situations juridiques d'emploi, il apparaît qu'une distinction doit être faite entre les situations d'emploi *stricto sensu*, et les autres situations de travail subordonnées. Aussi pour comprendre la notion d'emploi, fautil dans un premier temps repérer une situation juridique de travail subordonnée (Section 1). Mais, on peut formuler l'hypothèse que toutes les situations de travail subordonnées ne permettent pas de qualifier la relation contractuelle de situation d'emploi. En effet, si dans l'ordre économique l'emploi apparaît comme un élément de l'organisation de l'entreprise, sur le plan juridique son rapport à cette dernière, en ce qu'il est lié à son activité normale et permanente, conduit à l'envisager spécifiquement. En droit, seul le contrat à durée indéterminée est le contrat de l'emploi (Section 2).

Section 1 : La détermination économique de l'emploi : l'activité de l'entreprise

L'exercice d'une activité professionnelle dans l'entreprise engage le salarié dans une relation de travail, naît alors un contrat de travail. La qualification de cette opération juridique ressort de l'examen des faits, riches de nuances, sans que la dénomination contractuelle ne lie le juge.[96] La qualification « contrat de travail » a donc seule vocation à

[95] N. CATALA, Traité de Droit du travail, *L'entreprise*, Dalloz 1980.

[96] Ass. Plén. 4 mars 1983, *Bulletin* page 5 ; Cass. Crim. 29 oct. 1985, *Bull. crim.* n°335, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p.9, note DOUCET ; Cass. Soc. 17 avril 1991, *Bull. V.,* n°200, *Dr. Soc.* 1991, 516, *C.S.B.P.* 1991, A.57. Le juge doit restituer aux contrats leur véritable qualification : Cass. Soc. 22 janv. 1991, *Bull. V.,* n°30 ; 11 oct. 1990, *Bull. V.,* n°473.

supporter un emploi, même si on peut penser que tout contrat de travail ne concrétise pas un emploi. Néanmoins, il en résulte, en droit, que la reconnaissance juridique d'une situation d'emploi renvoie nécessairement à la notion de subordination juridique, critère traditionnel du contrat de travail. En effet, la jurisprudence s'est attachée à montrer que la relation établie entre les parties au contrat concrétisait une prestation de travail juridiquement supportée par un contrat de travail dès lors que le travailleur qui engage sa force de travail le fait sous le contrôle et les ordres de l'autre partie, l'entrepreneur/employeur. Toutefois, si la notion de subordination s'est avérée pendant longtemps pertinente, en ce que l'autorité exercée par l'un exclut l'autonomie de l'autre, la pluralité des formes d'entreprises mais aussi l'indépendance technique du travailleur ou la nature de l'activité ont conduit à rendre plus difficile une approche strictement hiérarchique. Aussi, la Cour de cassation a complété son analyse en adoptant le critère du service organisé. Comme la doctrine l'a souligné, la notion de service organisé ne modifie pas la nature de la subordination, tout au contraire elle complète cette notion.[97]

A cet égard, dans la perspective qui consiste à définir la notion d'emploi, c'estàdire ici à repérer les charnières unissant le triptyque entreprise/contrat de travail/salarié, la notion de service organisé permet d'identifier un emploi en ce qu'il est une division de l'activité de l'entreprise. La construction autour du service organisé permet en outre de fonder un critère afin d'appréhender des situations qui résultent des modes « d'externalisation » de l'emploi.[98] La notion de subordination s'est pendant longtemps suffit à ellemême, marquant l'intégration du « travailleur taylorien » à l'entreprise.[99] Ainsi l'idée selon laquelle l'intégration du travailleur dans une organisation était un constat si évident qu'il en était ignoré fonde le fait que le critère du service organisé soit venu compléter celui de la subordination. La transformation des méthodes de travail, les technologies utilisées générant une indépendance technique,[100] mais aussi la participation à l'entreprise d'autrui mettant en jeu des activités par nature indépendantes,[101] ont conduit le juge à venir se placer sur le plan de l'organisation. Ainsi, le juge partait de la subordination pour arriver à la notion de contrat de travail, les indices résultaient de l'autorité, laquelle était apparente et suffisante pour opérer cette qualification juridique. Il est aujourd'hui amené, à défaut

97 Voir notamment, P. FISCHIVIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *R.J.S.* 7/91, p. 414.

98 Voir infra n°461 et suiv.

99 Th. AUBERTMONTPEYSSEN, *La subordination juridique*, éd. C.N.R.S. Toulouse, 1988, p. 287. Il faut ici souligner que l'expression « travailleurtaylorien » renvoie simplement au rapport de l'ouvrier à l'usine. Mais il faut aussi préciser que si les métiers ont changé, sans doute les qualifications ont progressé, le caractère répétitif des tâches, marque de l'organisation taylorienne du travail n'a, quant à lui, pas disparu. Tout au contraire sembletil. Voir notamment, *Alternatives Economiques*, mai 1996, page 30 et *Alternatives Economiques*, oct. 1996, page 62.

100 Voir sur ce point J.E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. Soc.* 1992, 525, spéc. p. 528, pour les difficultés soulevées par le télétravail. Egalement, R.M. LEMESLE, J.C. MAROT, *Le télétravail*, P.U.F., 1994, *Que sais je ?*, spéc. pp. 61 à 68.

101 Peu important ici le mobile de ce rattachement.

d'autorité apparente, à se fonder sur une analyse gestionnaire, celle du service organisé pour aboutir à la qualification « contrat de travail ». Pour autant, le critère de la subordination reste essentiel parce que l'organisation d'une structure orientée vers un but induit une relation d'ordre.[102] On peut ainsi soutenir que la notion de subordination est avec l'entreprise dans un rapport d'effet tout autant que dans une relation de cause. Il semble alors que l'intégration du travailleur appelle une relation d'ordre, au sens d'organisation (Paragraphe I) impliquant un rapport d'ordre, au sens d'autorité (Paragraphe II). Autrement dit, lorsqu'un chef d'entreprise organise son entreprise autour d'emplois, il évince toute relation contractuelle fondée sur l'autonomie et l'égalité des cocontractants. La notion d'emploi, élément de l'organisation de l'entreprise, s'inscrit irréductiblement dans une logique fondée sur le pouvoir parce que le travailleur est intégré à l'entreprise.

Paragraphe I : L'emploi, élément de l'organisation de l'entreprise

Si dans une relation contractuelle de travail la subordination est un élément suffisant pour emporter la qualification « contrat de travail », il semble, cependant, que ce critère est insuffisant pour caractériser précisément une situation d'emploi. Or justement, dépassant le stade où le pouvoir de l'un induit la subordination de l'autre, le juge est amené à « décortiquer » la structure de l'entreprise afin de qualifier le rapport existant entre l'entreprise et le travailleur. Cette recherche permet de révéler le contrat de travail par la définition, dans l'entreprise, du périmètre de l'emploi puisque la qualification « contrat de travail » conduit par l'opération de qualification à la qualification « contrat de travail à durée indéterminée ». En ce sens, l'emploi est bien une réalité de l'individu au travail, peu important que les composantes matérielles de l'emploi soient définies avec ou sans grande précision.[103] Les indices déterminants d'une relation subordonnée de travail amènent donc à caractériser l'emploi.

1 Le rapport de l'emploi à l'entreprise

En admettant que parmi les formes de travail ou d'activité, seul le travail dans l'entreprise pour le compte de celleci permet de reconnaître une situation d'emploi, il devrait alors être possible d'identifier l'entreprise. Pourtant, on sait que le droit ne donne pas de définition unitaire de l'entreprise, alors même qu'en droit du travail notamment, de nombreuses règles y font référence. Il ne s'agit pas de proposer une définition de l'entreprise mais de remarquer que parmi ces règles, certaines renvoient à son organisation, c'estàdire aux moyens humains, matériels et financiers ordonnés en vue de l'objectif de production qui est le sien. Sur ce point, l'emploi support du travail d'un homme peut être compris comme une division de l'activité de production de l'entreprise.

[102] La définition du contrat de travail donnée par la Cour de cassation dans ces arrêts récents se recentre effectivement autour du pouvoir de l'employeur de donner des ordres à son cocontractant. Cass. Soc. 13 nov. 1996, *R.J.S.* 12/96, n°1320 ; 23 avril 1997, *R.J.S.* 6/97, n°645.

[103] En ce sens, L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660, spéc. Partie I.

a) Une approche possible de ce rapport : l'organisation

Tout groupe semble répondre à une logique d'organisation. Cette notion d'organisation, au centre de nombreux travaux, notamment de sociologues, est définie comme un arrangement global de tous ces éléments qui servent à structurer son action.[104] A cette demande d'organisation, le droit participe ; il est une forme d'accompagnement de la vie sociale mais il ne justifie pas l'organisation, sinon *a posteriori*. Les organisations se caractérisent par une division du travail, une répartition formelle du pouvoir et des responsabilités, l'existence d'un ou plusieurs centres de décisions qui orientent les efforts de l'organisation vers des objectifs déterminés.[105] Cette approche de l'organisation n'est pas sans rappeler la définition donnée par le Doyen Hauriou de l'institution. Selon cet auteur, l'institution « est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes, d'autre part, (...) entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. »[106]

A la lumière de ces quelques éléments, on peut tenter de comprendre le rapport qui s'établit autour de l'emploi entre le travailleur et l'entreprise, d'autant que des études ont montré que l'évolution de l'organisation de la société a pris pour centre de gravité le travail et partant une certaine représentation de l'emploi laquelle s'inscrit dans une certaine stabilité.[107] Il se dessine ainsi une liaison étroite entre l'industrialisation et l'organisation sociale ; on parle de société « technologique » qui s'organise autour de structures économiques. L'entreprise, au coeur du « procès » de production, se calquerait sur ce modèle, qu'elle intégrerait et reproduirait. En droit du travail, un auteur comme Durand a manifesté un intérêt certain à l'égard de cette approche, qu'il a formalisée sur le plan juridique afin de régler les relations entre employeurs et salariés.[108] Sans qu'il soit

[104] G. ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, Points Seuil, 3 volumes, 1968 ; spéc., t. 2, *L'organisation sociale*.

[105] Cette analyse est un des points de départ de la thèse de Monsieur Despax. L'auteur reprend à son compte des thèses économiques qui considèrent comme entreprise « toute organisation dont l'objet est de pourvoir à la production, à l'échange ou à la circulation des biens ou services. L'entreprise est l'unité économique et juridique dans laquelle sont groupés et coordonnés les facteurs humains et matériels de l'activité économique. » Voir M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *L.G.D.J.,* 1957, n°6 et suiv. et n°224 et suiv. Voir aussi, A. ETZIONI, *Les organisations modernes*, Duculot, 1971, p. 14.

[106] M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la nouvelle journée, 1925, cité par J.T. DELOS, *La théorie de l'institution, la solution réaliste au problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif*, Archives philosophiques du droit et de sociologie juridique, 1931, p. 100 et suiv.

[107] Sur ce point, G. ROCHER, précité ; R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Fayard 1995 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995 ; O. MARCHAND et C. THELOT, *Le travail en France (18002000)*, Nathan 1997 ; H. PUEL, « Il y a emploi et emploi », *Travail et Emploi* n°44, p. 17 ;« Emploi typique et représentation du travail », *Dr. Soc.* 1981, 489. Voir supra n°4 et suiv. et infra n°66 et suiv.

[108] P. DURAND, et A. VITU, *Traité de droit du travail*, Dalloz, t. 2, 1950, n°119 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

nécessaire d'entrer dans le détail de cette doctrine « institutionnelle » de l'entreprise, on retiendra deux éléments : celui de la permanence de l'organisation et celui du but. De ce point de vue, la théorie institutionnelle de l'entreprise peut être rapprochée de certaines conceptions économiques de l'entreprise.[109] On relèvera, ainsi, l'analyse présentée par F. Perroux,[110] qui définit l'entreprise comme un ensemble stable et organisé d'éléments et de relations, formé en vue d'accomplir une oeuvre de production. Ces deux notions de durée et le but entretiennent un rapport étroit avec la notion d'emploi dont le contrat de travail rend compte en tant que support juridique. L'organisation, figure neutre par rapport au contrat ou à l'institution,[111] apparaît ainsi pouvoir fonder une première approche de la notion d'emploi.

En effet, la conjonction qui s'opère entre les analyses juridiques et économiques de l'entreprise convergent sur ce point : l'entreprise nécessite un certain degré d'organisation en fonction de l'importance de son activité, elle institue une relation d'ordre. De ce point de vue, elle met en oeuvre une division du travail, elle rationalise l'organisation de l'emploi et des travailleurs en vue d'une oeuvre de production.[112] Dans cette perspective, on peut donc retenir que l'entreprise est, *ex ante*, une action, c'estàdire le recoupement entre le but et des moyens mis au service de la réalisation de cet objectif. Sous cet angle, l'entreprise est une structure organisatrice d'emplois.[113] Partant de cette hypothèse, il est intéressant de rechercher comment le droit du travail, dont on dit qu'il est un droit de l'organisation de l'entreprise, appréhende la relation entre l'emploi et l'entreprise.

b) Le regard du droit du travail sur l'entrepriseorganisation

L'emploi présuppose que l'entrepreneur, dans la mise en oeuvre de son activité professionnelle, de son entreprise, opère une division du travail et l'ordonne. L'emploi résulte bien de cette division de l'activité de l'entrepreneur, celuici ne pouvant pas être subordonné à luimême dans l'exercice de sa propre entreprise. L'entreprise est donc le facteur de structuration de l'emploi lorsque le choix de l'emploi comme situation juridique de saisie de l'activité professionnelle est opéré par l'employeur. C'est la conséquence de

109 Même si, pas plus chez les économistes que chez les juristes, il existe une doctrine unanime de l'entreprise. Sur ce point, G. LYONCAEN et A. LYONCAEN, « La doctrine de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 601.

110 F. PERROUX, *Marx, Schumpeter, Keynes*, Oeuvres complètes, PUG 1993, volume 5. Cité par Th. KIRAT et M.C. VILLEVAL dans le cadre du séminaire interdisciplinaire *L'entreprise comme institution*, MRASH, 1994 ; M. DESPAX, thèse précitée.

111 « Apolitique », souligne Madame Loschak, in « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. Soc.* 1982, 22.

112 En ce sens, J. LAROQUE, « Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 32.

113 A cet égard, pour illustrer ce déploiement de l'emploi dans l'entreprise, peuton se souvenir des mécanismes du développement cellulaire. Ainsi lorsqu'une cellule s'accroît par bourgeonnement, les cellules (ici les emplois) restent attachées à la cellule mère (l'entreprise). Lorsque le développement s'effectue par division, la cellule nouvelle se détache et devient autonome, le lien est coupé.

l'alternative à l'emploi. On remarquera cependant, non sans paradoxe, que si l'entreprise résiste à toute tentative de définition, elle n'en est pas moins au coeur du raisonnement juridique. Elle est le critère nécessaire pour l'application de règles de droit, sans que sa nature juridique ne soit définie.[114] Il n'est donc pas surprenant qu'en droit du travail l'objet « entreprise » désigne des situations diverses. L'approche est fonctionnelle, elle est tout aussi bien le temps et le lieu de travail, que l'unité de représentation pour la mise en place des institutions représentatives du personnel. Ainsi, en l'absence de toute définition des concepts, le droit du travail semble néanmoins connaître cette conception organique de l'entreprise, plusieurs règles substantielles renvoient à cette approche matérielle, quasi virtuelle de l'entrepriseorganisation.

b1 : Le comité d'entreprise et l'entrepriseorganisation

Cette approche de l'entreprise comme cellule économique se retrouve tout d'abord dans la notion d'unité économique et sociale visée par l'article L. 4311 alinéa 6 du Code du travail qui dispose que « *lorsqu'une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire.* » La jurisprudence est venue préciser ce qu'il fallait entendre par unité économique et sociale. Ces deux éléments doivent être réunis, il faut une conjonction des deux unités.[115] Concernant la notion d'unité économique entre sociétés distinctes, les juges vont être amenés à examiner des éléments de fait comme la direction et l'activité. Au niveau de la direction, la Cour de cassation requiert une concentration des pouvoirs de direction, sans exiger une identité des dirigeants.[116] Sur le plan de l'activité, la complémentarité des activités économiques est indispensable.[117] C'est une constatation de fait[118] qui résulte par exemple de la communauté des moyens mis en oeuvre,[119] de l'imbrication des moyens de production ou de commercialisation.[120] Ces éléments, selon la Cour de cassation, doivent être appréciés concrètement sur le plan économique. C'est au fond la même analyse qui prévaut dans la reconnaissance de l'établissement distinct, dont la jurisprudence consacre le caractère relatif selon l'institution visée.[121] En effet, indépendamment du critère ayant trait à l'implantation géographique,[122] le caractère de

[114] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 179.

[115] Cass. Soc. 15 mai 1990, *Bull. V.,* n°221.

[116] Cass. Soc. 5 nov. 1987, *D.* 1988, SC 114 ; Cass. Soc. 24 mars 1988, *Bull. V.,* n°215.

[117] Cass. Soc. 27 mars 1987, *Dr. Soc.* 1985, 543, conclusions PICCA ; Cass. Soc. 3 mars 1988, *Bull. V.,* n°162. Si les activités sont différentes l'unité fait défaut : Cass. Soc. 9 avril 1987, *R.P.D.S.* 1987, SC 257 ; Cass. Soc. 23 juin 1988, *Bull. V.,* n°392.

[118] Cass. Soc. 24 mars 1988, *Bull. V.,* n°392.

[119] Cass. Soc. 3 mars 1988, *Bull. V.,* n°162 ; 19 déc. 1979, *J.C.P.* éd. G. IV. 334.

[120] Cass. Soc. 14 janv. 1977, *Dr. Ouv.* 1977, 182.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

stabilité et le degré d'autonomie supposent que le découpage structurel de l'entreprise ait une réalité afin que dans l'ordonnancement de l'activité et donc des emplois les institutions représentatives du personnel ne soient pas dépourvues d'objet. Il doit y avoir une permanence et un degré d'autonomie de l'unité de production.

C'est encore l'organisation économique de l'entreprise qui fonde notamment les attributions du comité d'entreprise. En effet, selon l'article L. 4321 alinéas 1 et 3 du Code du travail, « *dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressants l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise (…). Le comité est informé sur les modifications économiques et juridiques de l'entreprise, (…)* ». Ainsi en visant l'organisation économique, il est renvoyé à une conception structurelle de l'entreprise, c'estàdire à l'organisation interne de l'activité de production. Dans le cadre des fonctions du comité d'entreprise, c'est évidemment au regard des conséquences possibles sur l'emploi que se justifient ses prérogatives d'information et de consultation.[123]

b2 : Le rapport de l'emploi à l'entreprise dans le cadre de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail

Créé dans un contexte différent des situations qu'il régit désormais,[124] l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail dispose que « ***s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment en cas de vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.*** » Si la question des effets tenant à l'application de cette disposition est importante, c'est une règle de protection de l'emploi,[125] il faut, au préalable, s'intéresser au champ d'application du dispositif afin de souligner le lien étroit qu'entretiennent les notions d'emplois et d'entreprise. En effet, c'est autour de l'appréhension de la notion d'entreprise que s'est focalisé le débat doctrinal.[126] Selon le professeur Blaise, la notion d'entrepriseorganisation se caractérise par son objet, par les biens qu'elle met en oeuvre et par les hommes qui collaborent à l'activité de production. Dans cette conception de

[121] B. DESJARDINS, « La notion d'établissement en droit du travail », *R.J.S.* 4/93, p. 215.

[122] Voir notamment, C. Et. 27 mars 1996, *Dr. Soc.* 1996, 938 et les conclusions de C. MAUGÜE.

[123] Tel est aussi le cas lorsque sont introduites des nouvelles technologies dans l'entreprise, article L. 4322 du Code du travail.

[124] Issu de la loi du 19 juillet 1928, article 23 alinéa 7. Cette disposition avait alors pour objectif de stabiliser la maind'oeuvre et de pallier les situations nées des transmissions de l'entreprise entre vifs. En effet, pour les transmissions à cause de mort et la retraite de l'employeur la jurisprudence admettait que les contrats de travail soient poursuivis. En revanche, lorsqu'il s'agissait d'une transmission résultant d'une vente, d'un apport, ou d'une fusion, la jurisprudence estimait que l'ayant cause à titre particulier n'avait pas à respecter les contrats conclus, conformément à l'article 1166 du Code civil. Voir notamment A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°596 ; H. DOTENWILLE, « L'article L. 12212 du Code du travail, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation conclusions sous Ass. Plén. 16 mars 1990 », *Dr. Soc.* 1990, 401.

[125] Sur ce point voir infra n°268 et suiv.

l'entreprise, la permanence de celleci repose normalement sur la transmission juridique de l'essentiel de ses composantes. Mais à côté de cette notion, il existe un second sens du mot entreprise, qui se réfère à l'action d'entreprendre, et désigne, en ce cas, simplement une activité économique. C'est une notion de pur fait où il suffit que l'activité précédente soit continuée par le nouvel employeur pour que le texte soit appliqué, il s'agit là de l'idée d'entrepriseactivité.[127] Retenir un sens plutôt que l'autre n'est pas sans effet dans la délimitation du domaine de l'article L. 12212 al. 2 du Code du travail. La richesse des analyses et les « flux et reflux » de la jurisprudence témoignent de l'intérêt portée à la question.[128]

La problématique soulevée pour l'application du texte réside dans la définition de l'entreprise, une telle approche suscitant des difficultés lorsque l'entreprise n'est pas transférée dans son entier. Il s'agit pour le juge de dire face à un démembrement de l'entreprise, c'estàdire par un détachement de l'activité, si celleci continue de fonctionner sous une direction nouvelle. Intuitivement, la continuité de l'entreprise semble être une notion plus économique que juridique renvoyant au transfert d'éléments d'exploitation comportant le maintien des possibilités d'emplois. Ce fut dans cette voie que s'est engagée la Cour de cassation en envisageant de manière relative l'entreprise recherchant au travers de son maintien les possibilités d'emplois. Ainsi, elle a admis l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 alors même que l'activité de l'entreprise était modifiée mais que les emplois n'en étaient pas pour autant transformés[129] ; seuls les salariés titulaires des emplois attachés à l'activité transférée en bénéficiant.[130] En somme, les juges dans la

[126] H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 12212 al. 2 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1984, 91, spéc., p. 92.

[127] H. BLAISE, article précité.

[128] Sur cette question, notamment : N. CATALA, Traité de Droit du travail, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n°70 et suiv. ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°123 ; J.Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 4ème éd. 1992, *L.G.D.J.,* n°113 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°393 ; H. BLAISE, « Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 12212 al. 2 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1984, 91 ; G. PICCA, « L'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail :les limites d'une jurisprudence », conclusions sous Ass. Plén. 15 nov. 1985, *Dr. Soc.* 1986, 1 et note G. COUTURIER ; J. DEPREZ, « L'article L. 12212 du Code du travail et les entreprises de services se succédant dans un marché », *B.S.* 89/86, p. 363 ; « Un nouveau bilan sur l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail », *R.J.S.* 2/91, p. 71,» Transfert d'entreprise », *R.J.S.* 5/95, p.315 ; E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de L. 12212 alinéa 2 à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 16 mars 1990, *Dr. Ouv.* 1990, 217 ; J. PELISSIER, « Les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *R.I.D.C.* 11990, p. 149 ; P. POCHET, « C.J.C.E. : l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique », *Dr. Soc.* 1994, 931 ; Ph. WAQUET, « L'application par le juge français de la directive communautaire du 14 fév. 1977 », *Dr. Soc.* 1995, 1007 ; P.H. ANTONMATTEI, « La saga de la directive n°77/187 du 14 février 1977 : suite... sans fin ! », *Dr. Soc.* 1996, 78.

[129] Cass. Soc. 28 fév. 1973, cité par I. VACARIE, *L'employeur*, Sirey 1979, n°98 ; Cass. Soc. 9 mai 1974, *Bull. V.,* n°290 ; Cass. Soc. 30 mars 1977, *Bull. V.,* n°237.

[130] Cass. Soc. 24 nov. 1965, *Bull. IV.,* page 698 ; 9 mai 1974, *Bull. V.,* n°289.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

continuité de l'entreprise recherchaient une continuité des emplois.[131] Une doctrine, se fondant sur le plan de l'opportunité économique, considéra alors qu'une interprétation aussi extensive était de nature à fausser le jeu du marché par un immobilisme des acteurs et une hausse du prix des prestations tenant compte du coût lié au transfert des contrats de travail.[132] Cette interprétation jurisprudentielle extensive du dispositif fut abandonnée.

La rupture avec la jurisprudence antérieure est très nette ; assurément si l'emploi avait pu être considéré comme l'un des éléments nécessaires à la constatation du transfert d'une partie de l'activité, l'exigence du lien de droit rompt toute démarche inductive.[133] Quelles que soient les considérations de fait, l'absence de lien juridique rendait impossible le transfert des contrats de travail.[134]

Toutefois, cette construction prétorienne devait se heurter à l'influence de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) dans l'interprétation de la directive « transfert d'entreprises » du 14 février 1977.[135] En effet, la C.J.C.E. vise la finalité du texte et rappelle que « la directive a pour finalité d'assurer, autant que possible, le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise. » Dans un arrêt Spijkers, elle dit notamment pour droit que la permanence d'une « entité économique » est la condition nécessaire et suffisante du maintien des contrats de travail,[136] excluant par ailleurs le critère du lien de droit introduit par le juge national.[137]

Dès lors, la mise en conformité de la jurisprudence nationale semblait s'imposer afin d'unifier les solutions en tirant toutes les conséquences de la primauté du droit

[131] M. DESPAX. et J. PELISSIER., *La gestion du personnel, aspects juridiques*, t. 1, 2ème éd. Cujas, page 204 ; G.H. CAMERLYNCK, « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, 269.

[132] B. BOUBLI, « L'article L. 12212 ou les méfaits de la stabilité à tout prix », *Semaine Sociale Lamy* 25 fév. 1985, sup. n°250 ; H. BLAISE, « Actualisation d'un camaïeu juridique », *Dr. Soc.* 1985, 449 ; mais aussi J. PELISSIER, note sous Cass. Soc. 1979, *D.* 1979, 277. Egalement pour la réaction de certains juges du fond : C.A. Reims, 26 juin 1979, *J.C.P.* 1980, éd. E., 8465, note B. TEYSSIE ; C.A. Caen, 20 oct. 1981, *Liaisons Sociales* 1981, 424 ; C.A. Rouen, 20 oct. 1981, *Cah. Prud'h.* 1982, n°1, p. 9.

[133] Cass. Soc. 12 juin 1986, *Dr. Soc.* 1986, 1, conclusions G. PICCA, et note G. COUTURIER. La Chambre sociale interprète ici de façon littérale mais partielle l'article L. 12212 car s'il est vrai que les exemples donnés par le législateur correspondent à des cas où existent un lien de droit (succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société), ces exemples sont cependant introduits par l'adverbe notamment.

[134] Cass. Soc. 12 mars 1987, *Bull. V.,* n°140 ; 9 avril 1987, *Bull. V.,* n°196, 8 nov. 1988, *Bull. V.,* n°571.

[135] Directive 77/187 du 14 février 1979, *J.O.C.E.* 5 mars 1979. Sans remettre en cause le droit national, elle devait néanmoins conduire la législation française à s'adapter sur quelques points, essentiellement pour rappeler le principe de l'obligation conjointe entre l'employeur cédant et le cessionnaire, article L. 12212 alinéa premier. Insertion également d'une disposition relative au maintien des conditions prévues par une convention collective mise en cause en cas de restructuration, article L. 1328 dernier alinéa du Code du travail, et affirmer le maintien des institutions représentatives du personnel, Articles L. 41216, L. 42316 et L. 43314 du Code du travail. Avec les remarques de Ph. Waquet sur la transposition défectueuse, article précité, ainsi que leur compétence en cas de projet d'une telle modification.

[136] C.J.C.E., Spijkers, 18 mars 1986, *Rec. C.J.C.E.* page 1119.

communautaire. L'Assemblée plénière fut réunie et se prononça dans trois arrêts en date du 16 mars 1990.[138] On mesure donc dans la détermination du domaine de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail l'importance du point de savoir si l'emploi est une condition nécessaire et suffisante à l'application de ce dispositif de protection de l'emploi. Autrement dit, c'est se demander si une entité économique autonome peut être, à elle seule un emploi ? De la sorte, une approche sous l'angle de la définition de l'emploi dans son rapport consubstantiel à l'entreprise apparaît susceptible de fournir des pistes de réflexion.[139]

b3 : Le rapport de l'emploi à l'entreprise dans la définition du licenciement économique

Il résulte de l'article L. 3211 du Code du travail que la cause immédiate du licenciement pour motif économique procède de la suppression, de la transformation de l'emploi ou de la modification substantielle du contrat de travail.[140] La doctrine s'entend pour affirmer que la définition légale associe ces trois éléments sans qu'il soit nécessaire de les distinguer ; ces trois éléments constituent un seul et même élément de la définition du licenciement pour motif économique.[141] Si le rapport entre l'emploi et le contrat de travail doit être clarifié,[142] on peut rechercher le sens du terme « emploi » dans la définition du licenciement pour motif économique. L'intérêt de cette recherche est d'autant plus manifeste que le terme « emploi » ne figurait pas dans la définition du licenciement pour motif économique avant la loi du 2 août 1989. En effet, la loi du 3 janvier 1975 avait volontairement écarté la notion de suppression d'emploi, jugée trop restrictive, préférant celle de « ***motif économique conjoncturel ou structurel***. »[143] Toutefois, l'accord relatif à l'allocation supplémentaire d'attente visait « un motif économique d'ordre conjoncturel ou

[137] C.J.C.E., Tellerup, 10 fév. 1988, *Dr. Soc.* 1988, conclusion DARMON, note G. COUTURIER ; *R.T.D.E.* 1988, 709, note P. RODIERE.

[138] Ass. Plén. 16 mars 1990, *Bulletin* n°3 et 4 ; *Dr. Soc.* 1990, 399, conclusions H. DONTENWILLE, note G. COUTURIER et X. PRETOT ; *D.* 1990, 305, note A. LYONCAEN.

[139] Sur ce point, infra n°275.

[140] Article L. 3211 du Code du travail : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent.* »

[141] Voir notamment, G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1996, n°149, p. 268 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1994, n°427.

[142] Infra n°190 et suiv.

[143] *J.O. Ass. Nat.*, débats, 1974, p. 7759.

structurel entraînant suppression de leur emploi [de l'emploi du salarié]. » L'imprécision terminologique semble, en réalité, révéler la difficulté constante de cerner très concrètement une suppression d'emploi, alors même que la doctrine souligne le caractère décisif du critère.[144] Il est cependant topique d'observer, à la lumière de la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation, que le licenciement pour motif économique se réfère avant tout par ce qu'il n'est pas, c'estàdire « ***inhérent à la personne du salarié***. »[145] Aussi, c'est à l'aune du motif précis invoqué par l'employeur que le juge sera amené à dire si la suppression d'emploi invoquée est ou non réelle. A cela au moins deux certitudes, d'une part, la suppression d'emploi ne suppose pas une diminution de l'effectif de l'entreprise,[146] d'autre part, la rupture du contrat de travail du salarié ne suffit pas à caractériser, en ellemême, la suppression d'emploi[147] ; l'approche globale en terme d'effectif de l'entreprise ou particulière du point de vue du contrat de travail du salarié est insuffisante. Pourtant, l'entreprise et le contrat sont au coeur du raisonnement.

En effet, on peut remarquer que l'appréciation de la suppression d'emploi passe par l'examen des fonctions du salarié licencié. L'étude de la jurisprudence permet de le vérifier ; il y a suppression d'emploi lorsque les fonctions du salarié sont intégrées à un autre emploi ou lorsque les tâches qui composent l'emploi sont redistribuées à d'autres salariés.[148] *A contrario*, si un salarié est embauché pour effectuer les mêmes tâches, des tâches similaires ou pour occuper un même poste de travail, l'employeur ne peut pas se prévaloir d'une suppression d'emploi.[149] La jurisprudence sur ce point est constante. On observera que pour savoir si l'emploi du salarié est bien supprimé les juges semblent se fonder sur la qualification professionnelle requise pour occuper des fonctions dans l'entreprise. Le critère de la qualification professionnelle apparaît déterminant et on peut penser qu'il est un lien pertinent entre l'emploi du point de vue du salarié et l'emploi du point de vue de l'entreprise. Par exemple, une entreprise peut licencier à effectif constant

144 En ce sens, J.P. MACHELON, « La réforme récente du contrôle administratif des licenciements et le juge administratif », *Dr. Soc.* 1975, 194 ; J. PELISSIER, Le nouveau droit du licenciement, Sirey, pp. 2528 ; A. JEAMMAUD, « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 1981, 267 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1996, n°427.

145 Cass. Soc. 11 juin 1997, *Bulletin trimestriel n°38 de droit du travail*, n° 151.

146 En ce sens, Circ. CDE/DRT n°8946 du 1er oct. 1989.

147 On remarquera, par ailleurs, que la question de l'ordre des licenciements (article L. 32111 du Code du travail) perturbe l'analyse puisque qu'un salarié peut être licencié au regard des critères d'ordre sans que l'emploi qu'il occupe ne soit supprimé. Par exemple, Cass. Soc. 13 juin 1996, *Bull. V.,* n°237.

148 Cass. Soc. 29 janv. 1992, *Bull. V.,* n°52, *R.J.S.* 3/92, n°264, 1ère espèce (intégration de l'emploi à un autre emploi) ; 29 janv. 1992, *ibid.* 2ème espèce (redistribution des tâches) ; voir également : 19 mai 1993, n°1780D ; 12 janv. 1994, n°94D.

149 Jurisprudence abondante, par exemple : Cass. Soc. 4 avril 1991, n°1340D ; 12 mai 1991, n° 986D ; 9 juill. 1992, n°2850D ; 22 fév. 1995, *Bull. V.,* n°67.

en créant à la suite des licenciements de nouveaux emplois, mais il est alors indispensable que des compétences nouvelles soient apportées par les nouveaux salariés. Dans le raisonnement judiciaire, il semble que la qualification professionnelle occupe une place essentielle. On peut penser que la qualification professionnelle est le lien entre « l'emploifonction », qui existe de façon abstraite dans l'organigramme de l'entreprise, et le contrat de travail lors de sa conclusion.[150] On peut penser que la notion « d'emploifonction » est proche de la notion de poste de travail.[151] L'emploi tel que visé dans la définition du licenciement pour motif économique semble donc renvoyer à une approche fonctionnelle de l'emploi, compris comme un élément de la structure de l'entreprise. Seule cette perpective permet d'ailleurs de justifier que la Cour de cassation estime qu'il y a bien suppression d'emploi lorsque les fonctions d'un salarié sont occupées non plus par un salarié mais par un travailleur indépendant ou un collaborateur bénévole.[152] Dans cette hypothèse, il n'y a plus au sens du droit du travail de situation juridique d'emploi, compris comme un élément de l'organisation intégré à l'entreprise.

2 Les éléments constitutifs de la situation d'emploi

On peut supposer que le contrat de travail, support juridique de la relation de travail, emporte occupation par le travailleur d'un emploi. Il n'y aurait ici qu'une tautologie si cette conception fonctionnelle de l'emploi pris comme un élément de l'organisation de l'entreprise n'était pas aussi à la source de l'analyse juridique pour appréhender la catégorie « contrat de travail ». En effet, en droit, la reconnaissance juridique d'une situation d'emploi renvoie à la notion de subordination juridique, critère traditionnel du contrat de travail. La jurisprudence s'est ainsi attachée à montrer que la relation établie entre les parties au contrat concrétisait une prestation de travail juridiquement supportée par un contrat de travail dès lors que le travailleur qui engage sa force de travail le fait sous le contrôle et les ordres de l'autre partie, l'entrepreneur/employeur. L'emploi entretient donc un lien étroit avec la catégorie juridique « contrat de travail ». Toutefois, il convient de bien souligner que le contrat de travail n'est pas exclusivement le contrat de l'emploi, les situations de travail subordonnées sont diverses et dérogatoires par rapport au contrat de travail à durée indéterminée, contrat de droit commun. Il en résulte qu'en droit lorsque la qualification « contrat de travail » est recherchée elle implique *de jure* la reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée, lequel supporte un emploi. En conséquence, si la catégorie « contrat de travail » ne peut évidement pas être confondue avec la notion d'emploi, il en ressort néanmoins que les critères du contrat de travail donnent une image de l'emploi.

Ainsi, dans l'examen de la situation de l'individu au travail, la jurisprudence a fait apparaître, au fil de ses décisions, un certain nombre d'indices qui marquent l'existence d'un contrat de travail et partant l'intégration du travailleur dans l'entreprise. Cependant, il faut préciser qu'aucun indice n'est à lui seul décisif. Ils doivent, en effet, être combinés les

[150] Infra n°160 et suiv.

[151] Infra n°195 et suiv.

[152] Cass. Soc. 7 oct. 1992, *D.* 1992, IR 252 ; Cass. Soc. 17 mai 1994, *R.J.S.* 7/94, n°848.

uns aux autres pour révéler l'occupation d'un emploi. Toutefois, cette approche doit, en outre, être confrontée aux frontières, aujourd'hui évanescentes, de la relation de travail salariée. En effet, depuis l'aprèsguerre la relation de travail s'était essentiellement nouée autour d'unités : d'une unité de lieu (l'entreprise), d'une unité de temps (le travail à temps plein), d'une unité d'action (le contrat à durée indéterminée). Or précisément cette approche est remise en cause ; l'entreprise n'est plus une unité de lieu parce qu'elle étend largement ses frontières audelà de ses murs, quand de surcroît, le temps de référence redevient plus celui de la production que du contrat.[153] La saisie du travail subordonné, porteur de l'emploi, est donc rendue plus complexe sans toutefois pouvoir se départir de critères traditionnels.[154]

a) L'intégration du travailleur à un service organisé marque de l'occupation d'un emploi

La jurisprudence recherche donc les éléments qui manifestent l'intégration du travailleur à l'entreprise. Ainsi, lorsque le travailleur est tenu de se rendre en un lieu précis[155] et selon un horaire imposé,[156] le juge est enclin à admettre l'existence d'un contrat de travail matérialisant un emploi occupé par un salarié intégré à l'entreprise. Mais, et notamment en raison d'un lien ténu de rattachement matériel du salarié à l'entreprise,[157] le législateur

153 Ainsi, le contrat à durée déterminée est un contrat lié, hormis le cas du remplacement, à la production de l'entreprise et non pas à l'entreprise ellemême. Infra n°90 et suiv.

154 Voir à ce titre les réflexions de J.E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », *Dr. Soc.* 1992, 525 ; également, « De germinal à Internet, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, 634.

155 Par exemple pour un médecin pratiquant dans un local déterminé et avec le matériel du dispensaire, Cass. Soc. 30 janv. 1980, *Bull. V.,* n°91 ; Cass. Civ. 14 oct. 1960, *Bull. II.,* n°576. Pour un enseignant, Cass. Soc. 7 déc. 1983, *Bull. V.,* n°592 ; Ass. Plén. 4 mars 1983, *Bulletin* page 5 ; Cass. Soc. 31 janv. 1951, *Dr. Soc.* 1952, 301 ; un expertcomptable, Cass. Soc. 16 juill. 1987, pourvoi n°8444.046.

156 Cass. Soc. 26 oct. 1982, *Bull. V.,* n°582, pour un agent immobilier qui a l'obligation de rester à des heures et en un lieu déterminé à la disposition des clients que lui adresse son agence.

157 Le lieu de travail ne doit pas s'entendre de façon étroite aux seuls locaux de l'entreprise. Dans ce cas l'employeur défini le lieu d'exécution de la prestation de travail, par la délimitation d'un parcours (Cass. Soc. 27 sept. 1989, *Bull. V.,* n°547 ; déjà, Cass. Soc. 3 déc. 1959, *Bull. IV.,* n°959), ou par la fixation d'un lieu (Ass. Plén. 4 mars 1983, *Bulletin* page 5, *D.* 1983, 381, conclusions CABANNES. Mais, à lui seul le lieu n'est pas un élément déterminant, une activité indépendante devant parfois nécessairement se dérouler dans un lieu précis sans que cette condition n'emporte la reconnaissance d'un lien de subordination, Cass. Soc. 14 janv. 1982, 3 arrêts, *Bull. V.,* n°13, 14, 18, *D.* 1983, IR, p. 201, obs. A. JEAMMAUD, 242, note Y. SAINTJOURS), marquant ainsi l'intégration à un entreprise. L'éloignement géographique du salarié de l'entreprise n'est évidemment pas à lui seul explicatif. La dépendance économique apparaît, à bien des égards et historiquement, comme un élément déterminant de l'assimilation. La création du statut du V.R.P. l'atteste. Peut, en effet, bénéficier du statut le représentant qui agit exclusivement pour le compte d'autrui, la réalisation d'opérations commerciales à son propre profit en écarterait l'application. Ce statut est impératif et ne peut être écarté par une disposition contractuelle, loi du 18 juillet 1937 modifiée en ce sens par la loi du 6 mars 1957, codifiée aux articles L. 7511 et suivants du Code du travail.

est intervenu pour assimiler expressément certaines catégories de travailleurs à des salariés. Les situations du voyageur représentant placier et du travailleur à domicile sont, à cet égard, topiques. Pour ce qui concerne le travailleur à domicile, le législateur a imposé une présomption de subordination pour le salarié travaillant seul ou avec son conjoint pour une ou plusieurs entreprises dès lors qu'un donneur d'ouvrage confie au travailleur à domicile une tâche prédéfinie à exécuter.[158] Il n'y a plus ici aucun rattachement géographique à l'entreprise, pourtant le salarié fait partie d'une organisation. Conséquemment, point n'est besoin de rechercher si la prestation de travail est effectuée sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage sauf si, et ce depuis la loi du 11 février 1994, le travailleur est immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.[159] Le travailleur, réclamant le bénéfice des dispositions relatives au travail à domicile doit alors rapporter la preuve de sa subordination juridique permanente.[160]

Sur ce point encore, la relation contractuelle de travail dans le cadre de l'exercice de la profession d'avocatconseil semble particulièrement significative. En effet, la loi du 31 décembre 1990,[161] reconnaît la faculté d'exercer la profession d'avocat en qualité de collaborateur salarié. Une telle condition d'exercice de la profession ne peut manifestement pas reposer sur les critères traditionnels de reconnaissance du contrat de travail. L'article premier de la loi est d'ailleurs très net sur ce point en édictant que la qualité de salarié laisse intacte l'indépendance nécessaire à l'exercice de la profession.[162] Il semble donc que la loi ait ici consacré explicitement cet aspect de la jurisprudence qui se fonde non pas sur la soumission du travailleur dans la reconnaissance de la subordination mais sur l'intégration à un service organisé, c'estàdire d'une subordination

[158] Article L. 7211 et suiv. du Code du travail.

[159] Infra n°53 et n°518 et suiv.

[160] Voir infra n°53.

[161] Loi n°901259, du 31 déc. 1990.

[162] C'est d'ailleurs ce critère de la dépendance qui excluait jusqu'alors la qualité de salarié, loi du 30 juin 1977, J.O. 1er juillet 1977, *D.*1977, IV., 262. On remarquera que la jurisprudence établissait alors une distinction entre l'activité d'enseignement à laquelle peut se livrer un avocat et qui peut conduire à reconnaître l'existence d'un contrat de travail et l'exercice de la profession dont fait partie l'activité d'enseignement dans les centres de formation. Voir notamment, Cass. Soc. 16 nov. 1988, *Bull. V.,* n°602, « la cour d'appel a estimé à bon droit que, par l'effet de ces dispositions statutaires, l'activité d'enseignement professionnel et de formation permanente dispensée par les avocats dans ces centres, qui constitue une obligation liée aux autres activités de la profession et imposée dans l'intérêt supérieur de celleci, ne peut être exercée qu'à titre libéral ; qu'elle en a exactement déduit que du chef de cette activité, les avocats ne doivent pas être affiliés au régime général de la sécurité sociale ; » et Cass. Soc. 18 oct. 1990, *Bull. V.,* n°489, « Mais attendu, d'une part, qu'il n'est pas exclu qu'un notaire exerce à titre accessoire une activité salariée d'enseignant dans une école de notariat, établissement distinct des centres de formation professionnelle de notaires visés dans le moyen ; que si la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante, l'article 62 modifié du décret n°72468 du 9 juin 1972 prévoit expressément, par dérogation à ce principe, qu'elle est compatible avec des fonctions d'enseignement, lesquelles peuvent constituer, sauf dans le cas où elles sont remplies dans un centre de formation professionnelle d'avocats, une activité salariée ; ».

au regard des conditions de travail.[163] C'est ce qui ressort de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1990 qui dispose que l'autorité de l'employeur s'exerce quant aux horaires et à la prise des congés. En conséquence, il ne s'agit nullement d'opérer un contrôle de l'activité, l'indépendance professionnelle de l'avocat est préservée,[164] il s'agit simplement de marquer que le collaborateur salarié est intégré à une entreprise à laquelle il ne fait que participer, cette intégration participative étant, comme il l'a été souligné,[165] un facteur de plus value indiscutable (...) les surcoûts liés au salariat étant largement compensés par les gains de productivité liés à l'organisation du cabinet. L'employeur dans le cadre de cette relation de travail intégrée (plutôt que subordonnée) fixe en définitive les conditions de travail.[166] Au demeurant, cette approche factuelle de la subordination liée à la fixation des conditions de travail n'est pas nouvelle. Le titre VIII du livre VII du Code du travail relatif à certaines catégories de travailleurs et d'entreprise ne fait dépendre l'application de certaines dispositions du Code du travail qu'à la condition que le chef d'entreprise, dont dépend le travailleur, fixe les conditions de travail, d'hygiène et sécurité du travail dans l'accomplissement de l'activité de ce celuici.[167] C'est également ce critère qui détermine la qualité de gérant salarié ou de gérant non salarié des succursales de maison d'alimentation de détail, au titre de l'article L. 7821 du Code du travail.[168]

Il apparaît donc que l'intégration du travailleur à une entreprise en raison de l'occupation d'un emploi, fait perdre au salarié son autonomie, celuici est placé sous la contrainte d'organisation d'autrui.

163 En ce sens, J. BARTHELEMY, « Le surprenant statut social de l'avocat salarié », *Dr. Soc.* 1992, 302 : « Ce qui caractérise, en effet, l'exercice d'une profession libérale c'est l'indépendance dans l'exercice de l'art et celleci n'est pas incompatible avec la subordination juridique au niveau des conditions de travail, qui identifie le contrat de travail. » Voir déjà à propos du médecin le Code de déontologie médicale, Décret n°791259 du 28 juin 1979, *J.O.* du 30 juin 1979 où est mis en exergue l'indépendance totale du médecin dans la pratique de son activité professionnelle. Voir aussi, C. BOYERSAUZE, *Vers un renouveau du contrat de travail* ?, Thèse Lyon, 1997.

164 En ce sens, voir l'arrêt de la C.A. Nîmes, 16 novembre 1993, *D.* 1994, IR, p. 1, qui écarte la clause soumettant à visa le travail de l'avocat salarié.

165 J. BARTHELEMY, « Activité libérale et contrat de travail », *J.C.P.* 1990, I, 3450 ; B. BOCCARA, « Le besoin et la nécessité de l'indépendance du barreau », *J.C.P.* 1990, I, 3 464.

166 Voir infra n°399.

167 Article L. 7811 du Code du travail. Concernant les locataires gérants de stations services, Cass. Soc. 13 janv. 1972, *D.* 1972, 425 ; Cass. Soc. 12 janv. 1983, *J.C.P.* éd. E., I, 11716. Concernant les gérants de succursales, voir, Cass. Soc. 7 juill. 1977, *Cah. Prud'h.* 1978, p. 82 ; Cass. Soc. 24 janv. 1980, *Bull. V.,* n°81 ; Cass. Soc. 26 fév. 1981, *Bull. V.,* n°170.

168 Article L. 7821 dispose : « *Les personnes qui exploitent, moyennant des remises proportionnelles au montant des ventes, les succursales des maisons d'alimentation de détail ou des coopératives de consommation sont qualifiées gérants non salariés lorsque le contrat intervenu ne fixe pas les conditions de leur travail et leur laisse toute latitude d'embaucher du personnel ou de se substituer des remplaçants à leurs frais et sous leur entière responsabilité. La clause de fourniture exclusive avec vente à prix imposé est une modalité commerciale qui ne modifie pas la nature du contrat.* »

b) Les caractères de la situation d'emploi intégrée à l'entreprise

La notion de service organisé permet donc d'atteindre des situations où la dépendance technique liée à la prestation de travail fait défaut. Ainsi, le service organisé permet de rendre plus apparent, de matérialiser la situation d'emploi, alors même que l'emploi du salarié est défini en des termes très larges ou que le travailleur a le choix des moyens pour réaliser les objectifs qui lui sont assignés. Aux termes de la jurisprudence, il semble poindre que la prestation de travail fournie dans le cadre d'un service organisé renvoie à une activité réelle de l'entrepriseorganisation, cette intégration supposant alors une certaine permanence appréciée tant à l'égard de l'activité que de la prestation, permanence que le contrat à durée déterminée exclut par nature. Ainsi, une situation d'emploi exige que soit fourni un travail attaché à une activité stable, seule susceptible, réellement,[169] de faire naître une situation juridique d'emploi.

La notion de service organisé suppose l'affectation du travailleur à un emploi, objet de la prestation de travail. Ainsi, l'emploi du travailleur sans être nécessairement déterminé au moment de la formation du contrat doit être néanmoins déterminable, c'estàdire qu'il corresponde à une réalité dans l'organisation de l'entreprise. A cet égard, les juges de la Cour de cassation ont pu remarquer que lorsqu'aucun élément ne permet de caractériser des tâches, il ne saurait y avoir de subordination. Telle était la situation d'une personne, ancien mandataire d'une société, devenue, à l'échéance de son mandat, ingénieurconseil, qui est déboutée de sa demande de reconnaissance de sa qualité de salarié aux motifs « qu'aucune tâche n'avait été fixée à M. Lanier et que celuici ne fournissait aucun élément d'appréciation sur la réalité d'un lien de subordination à l'égard de la société. »[170] Ainsi, le contrat de travail n'est pas caractérisé et ne peut donc pas supporter un emploi, élément de l'organisation de l'entreprise, même lorsque, en apparence l'employeur s'est comporté comme tel en versant des salaires et en remettant des bulletins de paie, dès lors qu'aucune contrepartie de travail n'est fournie.[171] Cette même approche permet encore de juger que malgré une indemnisation liée à l'activité déployée par des administrateurs, ceuxci ne sauraient être qualifiés de salariés dès lors qu'il n'est pas démontré que leur activité n'est pas distincte de celle exercée en leur qualité d'administrateur.[172]

A supposer réglée la question de la réalité du travail, il faut néanmoins se demander si l'exercice de toute activité subordonnée, dans l'entreprise, permet de reconnaître un

169 L'objectivité s'apprécie dans l'alternative à l'emploi laissée au pouvoir de l'employeur. Le contentieux lié à la qualification de contrat de travail résulte de sa négation. Toutefois, il est impératif que le contrat de travail corresponde à un travail effectif. Il a en effet été jugé que le contrat qui ne correspond à aucun travail est fictif, et ne peut avoir pour objet que de faire bénéficier l'intéressé d'avantages liés à la qualité simulée de salarié. Le contrat est donc nul ; Cass. Soc. 3 déc. 1981, *D.* 1982, IR, p. 131.

170 Cass. Soc. 9 oct. 1990, *Bull. V.,* n°423. Voir aussi concernant un contrat purement fictif, Cass. Soc. 15 oct. 1981, *J.C.P.* 1982, IV, 4 ; Cass. Soc. 15 avril 1970, *Bull. V.,* n°202. La charge de la preuve du caractère fictif du contrat incombe à celui qui s'en prévaut, Cass. Soc. 18 juin 1996, *Bulletin trimestriel n°34 de droit du travail*, n°101.

171 Cass. Soc. 14 nov. 1985, *Juri social* 1986, F.1.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

emploi supporté par un contrat de travail ? Peuton s'en tenir au constat selon lequel un emploi est réalisé dès lors que la subordination juridique de la personne au travail est retenue ? Autrement dit, le simple constat de la soumission à une autorité, peutelle induire la reconnaissance d'un emploi ? Une telle proposition n'est pas juridiquement exacte. En effet, dans un certain nombre de situations la subordination pourrait être constatée, néanmoins la qualification « contrat de travail » est rejetée ; elle ne l'est pas dans le cadre de la simple entraide,[173] ou même de l'exercice d'activités religieuses dont on a dit que l'activité cultuelle est « irréductible à une prestation au sens du droit du travail. »[174] En outre, il est des activités intégrées à l'entreprise qui, bien que plaçant le travailleur dans un état de subordination juridique, ne permettent pas d'affirmer que le travailleur occupe un emploi dans l'entreprise. Par exemple, à côté du contrat de travail, il est des contrats dont l'objet n'est pas l'occupation d'un emploi mais l'acquisition d'une qualification professionnelle. C'est bien sûr l'objet du contrat d'apprentissage[175] et d'autres contrats « de type particulier ».[176] Ces contrats n'ont pas pour objet une prestation de travail ayant pour contrepartie une rémunération. Cependant, ils n'excluent en rien, parce qu'intégrés à l'entreprise, une subordination. Conséquemment, on observera une jurisprudence qui, dans ces situations, ayant constaté que l'obligation de formation n'est pas remplie opère une requalification de la relation contractuelle en véritable contrat de travail. Cette solution est retenue avec constance lorsque la situation du « stagiaire », ou de l'apprenti, caractérise l'exercice d'une véritable prestation de travail effectif au bénéfice de l'entreprise.[177] Autrement dit, il y a dénaturation de ces contrats particuliers lorsque l'objet véritable n'est pas une formation mais bien l'occupation d'un emploi. En ce sens, l'emploi est une division d'une activité de l'entreprise, peu important son rapport à l'activité principale de celleci (rattachement direct ou accessoire), dès lors qu'il est productif. La mise à disposition de la force de travail par le salarié caractérise l'occupation d'un emploi supportée juridiquement par la catégorie « contrat de travail ».

A cet égard, la jurisprudence examine avec attention un élément caractéristique de la

[172] Cass. Soc. 31 mai 1989, *Bull. V.,* n°417. Dans le même sens, ne constitue pas un travail effectif, n'est donc pas une emploi, le fait de donner des renseignements à une entreprise sans ordres précis, Cass. Soc. 29 mars 1990, *R.J.S.* 5/90, n°423 ; Cass. Soc. 11 mars 1987, *Bull. V.,* n°127 ; ou encore le fait d'apporter un concours occasionnel et épisodique à une entreprise, Cass. Soc. 24 oct. 1983, *Bull. V.,* n°524 et 11 fév. 1981, *Bull. V.,* n°122.

[173] Cass. Soc. 13 déc. 1973, *D.* 1974, IR, p. 19 ; Cass. Soc. 3 juin 1966, *Bull. IV.,* n°451 ; Cass. Soc. 16 oct. 1959, *Bull. IV.,* n°810.

[174] En ce sens, Th. REVET, note sous Paris 7 mai 1986, *J.C.P.* 1986, II, 20671 ; Cass. Soc. 20 nov. 1987, *Dr. Soc.* 1987, 379.

[175] Article L. 1175 du Code du travail. De l'aveu même du législateur le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier. La qualification « contrat de travail » résulte de la loi et non point des critères d'appréciation de cette qualification.

[176] Contrat de qualification, article L.9811 du Code du travail ; contrat d'adaptation, article L. 9816 ; contrat d'orientation, article L. 9817. Voir aussi infra n°469 et suiv.

[177] Ainsi, Cass. Soc. 8 nov. 1989, *R.J.S.* 12/89, n°955 ; Cass. Soc. 17 janv. 1990, *J.C.P.* 1990, II, 21445 ; 11 oct. 1990, *J.C.P.* 1991, II 21700. Egalement, Ph. ENCLOS, « la requalification judiciaire des S.I.V.P. » *Dr. Soc.* 1991, 500.

situation des parties à la relation de travail. Selon les juges, la participation d'un travailleur subordonné à un service organisé implique une régularité de la prestation dans les rapports du travailleur avec l'entreprise.[178] Ainsi par exemple, la Cour de cassation n'admet l'application du statut de journaliste, issu de l'article L. 7612 du Code du travail, qu'à ceux qui apportent une collaboration intellectuelle et permanente à une publication en vue de l'information des lecteurs, peu important qu'une carte professionnelle leur ait été remise.[179] Cette notion de permanence, du moins de stabilité, est importante dans la mesure où elle caractérise, du point de vue de l'entreprise, un élément de son organisation. En effet, le critère de la permanence est doublement opératoire. Il est, en premier lieu, un élément de la qualification juridique qui permet d'opérer une dichotomie entre les situations juridiques d'emploi supportées par un contrat de travail, dont la nature importe peu, et l'exercice d'une activité professionnelle soumise à des régimes juridiques que le droit du travail n'a pas, *a posteriori*, vocation à saisir. En second lieu, on peut penser que le critère de la permanence est un élément de la qualification de la notion d'emploi, laquelle notion n'a de réalité que par sa permanence structurelle dans l'organisation de l'entreprise.[180] Ainsi parmi les situations juridiques d'emploi, il doit être possible de reconnaître une situation d'emploi, *stricto sensu*.

Sous l'angle du travail, l'exercice d'une activité professionnelle implique de s'y consacrer d'une façon principale et habituelle[181] ; pour être professionnelle l'activité du salarié doit s'inscrire dans l'organisation de l'entreprise. Comme le remarque Monsieur FieschiVivet,[182] cette exigence du caractère non occasionnel, stable de l'activité en rapport avec un service organisé, fonde une approche plus rigoureuse de cette notion et correspond de fait mieux aux spécificités de l'objet de toute prestation de travail. Ainsi, et à de nombreuses reprises, les magistrats de la Cour régulatrice font ressortir que l'intégration à l'entreprise des intéressés ne peut résulter d'interventions occasionnelles,[183] de tâches sporadiques[184] ; il s'agit là d'une simple participation. Les

[178] C'est peutêtre, sans méconnaître son rapport à l'interdiction du marchandage, à cette condition que le travailleur temporaire ne peut pas être réputé occuper un emploi dans l'entreprise. En effet, en vertu de l'article L. 1242 alinéa 1 du Code du travail, « *le contrat de travail temporaire ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice.* » Cette figure de mise à disposition de la force de travail, relation triangulaire dans laquelle le travailleur n'est pas juridiquement lié à l'entreprise utilisatrice, caractérise aussi cette situation où en l'absence de tout contrat de travail le travailleur n'est est pas moins subordonné à l'utilisateur.

[179] Cass. Soc. 1er avril 1992, *Bulletin trimestriel n°18 de droit du travail*, n°122. Voir article L. 7612 du Code du travail.

[180] Infra n°64 et suiv.

[181] L. CASAUX, *La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.,* 1992, t. 231, page 34 et suiv.

[182] P. FIESCHIVIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *R.J.S.* 7/91, page 414.

[183] Cass. Soc. 11 janvier 1990, *Bull. V.,* n°9, *R.J.S.* 12/90, n°1017.

[184] Cass. Soc. 25 oct. 1990, *Bull. V.,* n°510.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

hauts magistrats semblent à cet égard vigilants, en soulignant que le fait d'apporter son concours à un service organisé ne suffit pas à ôter son caractère occasionnel à une intervention,[185] les juges du fond étant censurés lorsqu'ils ne recherchent pas si le caractère épisodique et occasionnel exclut l'existence d'un lien de subordination.[186]

Toutefois, pour déterminant qu'apparaît ici l'idée de continuité dans le temps de la relation entre le travailleur et l'entreprise, il faut souligner qu'elle n'est qu'un élément parmi d'autres que le juge doit rassembler afin de se prononcer sur la nature de la relation nouée pour retenir ou rejeter une situation juridique d'emploi. En conséquence, un travailleur occupant une activité occasionnelle mais subordonnée doit être considéré comme un salarié dès lors que l'activité occupée est intégrée à l'organisation de l'entreprise. Cette intégration à l'entreprise révèle une situation juridique d'emploi qui place le travailleur sous la subordination de celui qui dirige l'entreprise.

A ce stade, les solutions élaborées par la jurisprudence de la Cour de cassation doivent être confrontées à la rédaction de l'article L. 1203 du Code du travail issu de la loi du 11 février 1994.[187] Cet article dispose que :

« les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation. Toutefois, l'existence d'un contrat de travail peut être établie lorsque les personnes citées au premier alinéa fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ouvrage dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celuici. »

Assurément, l'entrée dans le Code du travail de la notion de subordination à l'occasion de la remise en cause de la présomption de salariat, et intégrée comme telle dans un chapitre préliminaire ayant trait au contrat de travail peut surprendre. Cette insertion de l'article L. 1203 dans le Code du travail est un aspect d'une construction plus large relative à « l'initiative et à l'entreprise individuelle ». L'objectif du législateur est d'encourager, par la simplification administrative, « l'autoemploi »,[188] et de lutter ainsi contre le chômage. Toutefois, il n'en reste pas moins qu'incidemment il s'agit de contrer la jurisprudence de la Cour de cassation dans son ouvrage de requalification de faux contrats d'entreprise.[189] Désormais, la loi pose une présomption simple de non salariat, qui peut être renversée, si la preuve est rapportée qu'il existe en fait, entre l'intéressé et le donneur d'ordre un lien de subordination juridique permanente.

La question qui se pose est, alors, de savoir quels rapports entretiennent les notions

185 Cass. Soc. 22 mars 1989, *Bull. V.,* n°238, *R.J.S.* 5/89, n°455.

186 Cass. Soc. 21 nov. 1991, *Bull. V.,* n°525, *J.C.P.* éd. E., 1991, II, 272, *R.J.S.* 1/92, n°69 ; rapprocher de Cass. Soc. 3 fév. 1986, *Bull. V.,* n°4 ; 9 nov. 1988, *Bull. V.*, n°578.

187 Spécialement article 49 (codifié L. 1203) issu de la loi n°94126 du 11 février 1994, *J.O.* du 13 fév. 1994, dite « loi Madelin ».

188 Infra n°509 et suiv.

d'activité non occasionnelle et celle de subordination juridique permanente ? Il a ainsi été remarqué que le caractère permanent peut s'appliquer soit à la subordination soit à la relation de travail.[190] Pour les uns la permanence exigée s'applique à la relation de travail ellemême, excluant ainsi toute requalification en contrat de travail de relations de travail occasionnelles, quand bien même la subordination serait effective pendant la durée de la relation de travail.[191] A l'inverse, pour d'autres, la permanence s'applique à la subordination juridique ellemême, quelle que soit la durée de la relation de travail et par conséquent lorsqu'il s'agit d'une relation occasionnelle.[192] Pourtant, il n'est pas sûr qu'il soit totalement pertinent de vouloir opposer la permanence de la subordination et la permanence de la relation de travail. Néanmoins, une proposition doit être écartée : lorsque la relation de travail n'est pas permanente une exclusion de principe de toute subordination ne peut être valablement soutenue. Une telle solution conduirait à dénier au contrat à durée déterminée le caractère de contrat de travail faute d'être attaché à une activité permanente. Or précisément le contrat à durée déterminée a pour objet d'être conclu pour une tâche qui n'est pas liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise.193 Le raisonnement ne semble pas fondé parce que, tout d'abord, la qualification de contrat à durée déterminée est légale et, qu'ensuite, la subordination du travailleur se manifeste aussi à l'égard du travailleur occupant dans l'entreprise une activité non liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Cela n'exclut cependant en rien que le caractère occasionnel de l'activité est un indice permettant de déduire l'absence de subordination, mais en aucun cas il ne saurait être un élément unique et déterminant excluant toute subordination. Aussi, quelle que soit la nature de l'activité, la subordination est ou n'est pas en fonction de l'intégration du travailleur dans un service organisé par l'entreprise, qui révèle une situation juridique d'emploi.[194]

Paragraphe II : Les conséquences liées à l'occupation d'un emploi

189 Malgré, sembletil, les limites posées par la Cour de cassation (voir en ce sens les observations de A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », in *Dr. Soc.* 1992, 295), l'exposé des motifs de la loi est sans ambages. Il en a été de même lors des débats parlementaires, notamment selon le ministre : « la jurisprudence est à contrecourant de l'évolution souhaitable du monde du travail », *J.O. Sénat, débats*, 25 janv. 1994, 533.

190 B. TEYSSIE, « Sur un fragment de la loi n°94126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 1203 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1994, 667.

191 B. TEYSSIE, article précité.

192 Association Villermé, « La loi Madelin et le code du travail : à contrecourant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », *Dr. Soc.* 1994, 673.

193 Article L. 1221 du Code du travail. Voir infra n°90 et suiv.

194 La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens. Elle affirme que c'est la subordination juridique qui doit être permanente et non le lien, en l'occurrence le lien droit qualifié par les parties de contrat de soustraitance. Ainsi, si la subordination existe pendant toute la durée de la prestation pour le compte du donneur d'ouvrage, elle [la subordination]est donc bien permanente. Cass. Crim. 31 mars 1998, Thouvignon, pourvoi n°9781.873 D, *Dr. Ouv.* 1998, 329.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Pour les parties au contrat de travail, l'intégration du salarié dans l'entreprise finalise l'occupation de l'emploi. Si l'on accepte l'idée que, d'un point de vue organique, l'entreprise est une organisation de moyens et que l'emploi, dans son sens fonctionnel, est le composé de fonctions nécessaires à l'activité qu'elle déploie, la maîtrise de l'emploi s'impose. Cette logique rationnelle est servie par le droit, la discussion doctrinale achoppant sur le fondement du pouvoir (contrat ou institution) nécessaire au fonctionnement de l'entreprise. L'objet n'est pas ici de prétendre trancher ce débat, mais simplement de rechercher ce que l'idée d'organisation peut apporter. Comme l'a souligné un auteur,[195] une chose est la justification du pouvoir, une autre est de prendre acte que dans l'entreprise on retrouve une autorité, un ordre juridique et une finalité. L'entreprise répond, avant tout, comme l'observe l'auteur, à la logique de l'organisation. C'est pourquoi, le service organisé n'est pas une « version édulcorée de la subordination juridique »[196], l'un et l'autre se justifient parce que le travailleur occupe un emploi dans une entreprise.

L'occupation d'un emploi marque de l'état de subordination du salarié implique aussi qu'il n'a pas à assumer le risque économique de l'exploitation de l'entreprise. En perdant son autonomie juridique, par la participation à l'entreprise d'autrui, le salarié est aussi privé du profit direct de son travail parce qu'il n'assume pas les risques de l'exploitation.

1 L'organisation du pouvoir autour de l'emploi

Il apparaît donc que la subordination juridique est non seulement le critère déterminant du contrat de travail, et à ce titre aussi, le révélateur de l'occupation par un travailleur d'un emploi dans l'entreprise. Point n'est besoin, ici, de soutenir que l'application du droit du travail est par luimême protecteur de la situation juridique d'emploi du salarié. En mettant à disposition sa force de travail, le salarié entre dans le champ d'application du droit du travail, sa subordination est donc la garantie première de sa protection. A cette « facette protectrice » de la subordination, s'oppose celle de la soumission ; la subordination permet à l'entrepreneur, « maître de l'emploi »,[197] de fixer les conditions d'exécution de la prestation de travail. Ainsi, au regard de l'emploi, la subordination se révèle essentiellement fonctionnelle, c'estàdire que l'autorité du chef d'entreprise a pour finalité la coordination du travail, le fonctionnement de l'entreprise. L'occupation d'un emploi par un travailleur dans l'entreprise justifie le pouvoir, mais l'emploi en fixe également les bornes.

a) La discipline conséquence de l'occupation d'un emploi dans l'entreprise

Il semble que toute forme d'organisation suscite une hiérarchie, un rapport de pouvoir.[198] Le travail confirme cette nécessité en intégrant tout aussi bien une forme de discipline par le travail et de discipline au travail. C'est sur ce fondement, par exemple, que fut justifié le

[195] D. LOSCHAK, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. Soc.* 1982, 22.

[196] B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°404.

[197] Selon l'expression de Messieurs J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, P.U.F. Thémis 1991, page 171 et suiv.

travail des enfants par le ministre du commerce lors de la discussion du projet de loi sur leur travail dans les manufactures.[199] La discipline sert tout autant à socialiser l'individu qu'à assurer à l'intérieur de l'entreprise la poursuite des buts.[200] Ainsi que le remarque un auteur,[201] « la discipline n'a de sens qu'au regard des fins au service desquelles elle est placée, (...) pour l'entreprise, il s'agit d'acquérir une force de travail afin de l'utiliser comme instrument dans un processus organisé par l'employeur pour la satisfaction d'intérêts définis par lui. » Le même auteur constate donc que la discipline s'impose par une rationalité économique qui rend indispensable une prévisibilité des comportements et du travail,[202] trouvant leur objet dans une même cause : l'organisation productive.

L'occupation d'un emploi soumet donc le travailleur à la logique de l'organisation ; l'emploi en tant que division de l'entreprise opère intégration du travailleur, la finalité emportant l'exercice de prérogatives inhérentes à la qualité de chef d'entreprise.

La finalité de l'entreprise conduit à faire émerger la notion de discipline de production. La discipline est un ensemble de règles fixant une conduite commune aux membres d'une collectivité et destinée à y faire régner le bon ordre. Dans l'entreprise, ce sont les règles nécessaires « à la fois à assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et à atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée. » Il s'agit « des dispositions de base sans lesquelles l'entreprise ne pourrait fonctionner. »[203] Les nécessités de fonctionnement de l'entreprise sont multiples et le champ d'expression du pouvoir de l'employeur tout aussi vaste. Qu'apporte l'adjonction du mot production ?

198 Aussi, J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz 1969, p. 20 : « Toute société organisée suppose une règle de droit qui définit les principes de son fonctionnement, la détermination des droits et des obligations de ses membres. » Egalement J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *L.G.D.J.,* 7ème éd. 1992, p. 89. Le commandement, la règle procure au chef une énorme économie de moyens.

199 « L'habitude de l'ordre, de la discipline et du travail doit s'acquérir de bonne heure (...). L'enfant entré à huit ans dans l'atelier, façonné au travail, ayant acquis l'habitude l'obéissance et possédant les premiers éléments de l'instruction primaire, arrivera à dix ans plus capable de supporter la fatigue, plus habile et plus instruit qu'un enfant de même âge élevé jusquelà dans l'oisiveté et prenant pour la première fois le tablier du travail. », cité par G. LEFRANC, *Histoire du travail et des travailleurs*, éd. Flammarion, 1975, p. 260.

200 « L'entreprise prend rang, avec la famille, la religion, et de concert avec l'administration, la justice ou l'armée, parmi les institutions qui assurent de façon indissociable la prospérité des intérêts privés et la tranquillité publique. », L. BERGERON, *Les capitalistes en France*, éd. Julliard, 1978.

201 J.M. BERAUD, « La discipline dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 381.

202 L'ergonomie si elle étudie la posture de travail envisage aussi cet aspect même si la finalité n'est sans doute pas identique mais se recoupe aussi dans l'obligation qui pèse sur l'employeur de sauvegarder l'intégrité corporelle du travailleur.

203 Circ. D.R.T. 583 du 15 mars 1983, paragraphe 122, *Liaisons Sociales* n°5313 du 28 mars 1983. Cette définition est inspirée des conclusions du Commissaire du gouvernement A. Bacquet, affaire Corona, C. Et. 1er fév. 1980, *Dr. Soc.* 1980, 315 : « Par discipline il faut entendre les mesures d'organisation générale destinées à assurer le bon fonctionnement de l'ensemble et un minimum d'harmonie de la vie collective. »

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Elle semble justifier plus encore la finalité et donc les limites de la mise en oeuvre du pouvoir disciplinaire. A cet égard, on peut reconsidérer la proposition du Professeur Pélissier de repérer la catégorie « faute professionnelle ». Selon cet auteur,[204] « si l'employeur a le droit de prononcer une sanction à son encontre [le salarié], ce ne peut être que dans le cas où le salarié a violé une obligation professionnelle, une des obligations qu'il a souscrite en concluant son contrat de travail. En dehors de la violation d'obligations professionnelles, l'employeur n'a aucun titre l'autorisant à sanctionner un salarié ». La notion de faute professionnelle opère un rattachement spécifique à la discipline de production, autrement dit à l'occupation d'un emploi dans l'entreprise.

En effet, on peut constater que l'autorité dépasse les frontières physiques de l'entreprise. On a dit que la subordination est permanente, et un auteur a montré qu'alors que le contrat ne s'exécute pas, si sa condition salariale s'estompe, elle demeure sousjacente.[205] Tel est notamment le cas de l'obligation de loyauté, de fidélité ou de l'obligation de confidentialité. Mais la jurisprudence est allée plus avant en admettant que l'employeur peut justifier un licenciement en se fondant sur un motif extra professionnel lorsque le comportement de l'individu, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre à l'entreprise cause un trouble caractérisé en son sein.[206] Certes, la Cour de cassation met bien en avant le principe selon lequel un fait d'ordre privé ne constitue pas une faute mais elle ouvre une brèche en autorisant l'employeur à se saisir d'un fait passé en dehors du temps et du lieu de travail, fait par nature d'ordre privé. L'absence de cloisonnement étanche entre la vie professionnelle et la vie privée du travailleur est ici manifeste. Bien que le contrat de travail soit suspendu, le lien né de l'occupation d'un emploi, subsiste entre le salarié et l'entreprise. Il marque là le caractère fonctionnel du pouvoir, étendant jusqu'à la sphère privée le domaine professionnel. Les frontières de la subordination apparaissent incertaines alors que son intensité semble aller diminuant. Une ligne de partage doit être tracée, l'emploi occupé pouvant s'avérer un butoir pertinent.

b) L'emploi occupé, limite au pouvoir de direction

Au sens microéconomique, c'estàdire au niveau de l'entreprise, l'emploi est une division du travail qui participe au but, à la finalité de l'entreprise. L'emploi au regard de la situation juridique qu'il fait naître entre le salarié et l'entrepriseorganisation peut aussi être défini par ses composantes (tâches, responsabilités). C'est alors de « l'emploi fonction » dont il est question. C'est, sembletil, dans cette optique qu'un auteur a écrit que l'emploi est l'objet du contrat de travail.[207] Même si une telle affirmation doit être précisée,[208] à tout le moins elle met en avant l'idée que l'emploi caractérise la situation du salarié au travail. On

204 J. PELISSIER, « L'interprétation jurisprudentielle du droit disciplinaire », *Juri social* 1987, p. 45.

205 J.M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Sirey, 1980, p. 198 et suiv.

206 Par exemple, Cass. Soc. 14 avril 1991, *Bull. V.,* n°201.

207 L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

208 Voir infra n°192 et suiv.

peut penser même qu'elle lui confère « un statut ». Il y a un statut de l'emploi, au regard de sa qualité, il est ou non permanent,[209] et il y a aussi un statut dans l'emploi qui détermine les droits et obligations des parties au contrat de travail. C'est ce statut, précisément, qui fixe des bornes à l'exercice du pouvoir de direction de l'emploi. Ces limites seront examinées ultérieurement, on se contentera ici de les repérer.

En premier lieu, un élément essentiel du contrat semble être la qualification professionnelle[210] ; elle est l'objet sur lequel se forme le contrat de travail entre l'offre d'emploi émanant de l'entreprise qui requiert une qualification professionnelle et la demande d'emploi du travailleur qui met à disposition une force de travail qualifiée. De plus, cette qualification contractuelle attribue un positionnement au salarié dans l'organisation, par la voie de la classification, laquelle s'effectue par une analyse de l'emploi pourvu. En ce sens encore, l'emploi confère bien un « statut » au salarié dans l'entreprise. Cette qualification contractuelle fixe alors les limites du pouvoir de direction de l'employeur. Ainsi, il ne peut pas demander l'exécution d'une prestation ne correspondant pas à la qualification retenue, donc à l'emploi, sans heurter le contrat.

En deuxième lieu, il importe de relever que la référence à l'emploi doit renforcer la nécessaire fonctionnalité du pouvoir tant dans son expression directe que lorsque, par un jeu habile de qualification juridique, il semble ressortir de l'exécution du contrat de travail.[211] Ainsi, la notion « d'intérêt de l'entreprise » doit être confrontée à l'emploi occupé par le salarié. Il peut alors apparaître que la notion d'emploi permette de concilier les intérêts en présence en renforçant l'exigence d'adéquation dans la mise en oeuvre des prérogatives patronales. A cet égard, l'article L. 1202 du Code du travail révèle une conciliation entre les intérêts en cause.[212] A la lumière de ce texte, il peut être soutenu que la prémisse du raisonnement est l'illicéité de principe de toute atteinte aux droits et liberté, par conséquent que seule la finalité de l'entreprise et l'emploi occupé autorisent une limitation strictement proportionnée au but poursuivi.[213]

2 Le principe de la non implication du salarié dans le risque économique

Dans la détermination de la qualification « contrat de travail », la Cour de cassation recherche si le travailleur a entendu mettre en oeuvre sa propre entreprise, auquel cas elle ne peut pas être intégrée dans l'organisation d'une autre entreprise. En conséquence, le travailleur subordonné n'agit pas pour son propre compte. Le contrat de travail implique un travail au profit d'autrui,[214] c'estàdire au bénéfice d'une entreprise. La jurisprudence

209 Infra n°90 et suiv.

210 Infra n°158 et suiv.

211 Infra n°206 et suiv.

212 Article L. 1202 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

213 Infra n°228 et suiv.

relève cet élément comme un critère déterminant de la relation de travail subordonnée.[215] Ainsi, par exemple, cet arrêt de la Chambre sociale qui apparaît révélateur de son contrôle de la motivation des décisions des juges du fond : « mais attendu que la Cour d'appel a exactement déduit de l'ensemble des éléments de fait qu'elle relève que les intéressés, quelle qu'eut été leur relative indépendance dans l'accomplissement de leur tâche, exerçaient pour le compte du cabinet Kevorkian et Partners une activité qui lui était profitable et s'inscrivait dans le cadre du service par lui organisé, ce qui impliquait l'existence d'un lien de subordination d'employé à employeur ; qu'elle a ainsi répondu aux conclusions prétendument délaissées. »[216] Il en va de même lorsque des étudiants en médecine travaillent pour le compte de praticiens,[217] ou pour des chirurgiens dentistes,[218] et encore pour un illustrateur dessinateur qui peut refuser à une société d'édition un sujet de dessin marquant par là qu'il travaille à ses risques et périls.[219]

De ce point de vue, trois indices sont, notamment, pointés par les magistrats. En premier lieu, si le contrat révèle l'occupation d'un emploi au profit de l'entrepreneur, c'est que celuici s'interpose sur le marché entre le client et le travailleur. Le client est un tiers à la relation de travail tout comme l'est le salarié à la relation commerciale entre l'entrepreneur et le client. Tel est le cas lorsqu'il résulte des constatations des juges du fond « que les praticiens en cause avaient l'obligation d'insérer leurs activités à la clinique dans des plages horaires fixées par la direction et qu'ils dispensaient leurs soins à une clientèle qui, pour la plus grande partie, n'était pas la leur mais celle de l'établissement, lequel mettait à leur disposition ses locaux et le matériel utile, ainsi que son secrétariat qui établissait les documents rendus nécessaires par le système du tiers payant, les intéressés ne percevant que 60 % ou 80 % selon les cas, des honoraires afférents aux

214 En ce sens, P. FIESCHIVIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *R.J.S.* 7/91, p.414.

215 En réalité, c'est plus une conséquence de l'intégration à un service organisé qui fait que le salarié accomplit sa prestation de travail au profit d'autrui. Mais, le juge est ici amené à partir d'une situation de fait, d'un ensemble d'indices, qui lui permettront d'opérer une qualification juridique.

216 Cass. Soc. 5 mars 1986, *Bull. V.,* n°68.

217 Cass. Soc. 10 mai 1990, *R.J.S.* 6/90, n°522.

218 Cass. Soc. 12 juill. 1989, *R.J.S.* 10/89, n°801 ; 16 juin 1989, *R.J.S.* 8/89, n°719, pour un médecin déployant son activité non pour son propre compte mais pour celui de la clinique qui était son employeur ; 1er mars 1989, *R.J.S.* 4/89, n°384. Voir encore pour une orthoptiste, Cass. Soc. 17 déc. 1987, *Bull. V.,* n°740 ; des médecins prodiguant des soins à des malades dans la cadre d'un service organisé pour le compte d'une maison de retraite, Cass. Soc. 18 juin 1986, pourvoi n°8443.848 ; Cass. Soc. 9 mai 1984, pourvoi n°8310.171, pour des médecins « dont les modalités pratiques de leurs activités étaient en fait dépendantes de la structure interne et de la nature de l'établissement et que dans ces conditions, elles s'exerçaient dans le cadre d'un service organisé par l'association et dans l'intérêt de celleci ». Se reporter pour des références jurisprudentielles complémentaires à l'étude de C. PUIGELIER, Existence du contrat de travail, *Juris Classeur*, fasc. 210.

219 Cass. Soc. 22 janv. 1981, *Bull. V.,* n°61; Cass. Soc. 8 juill. 1985, *Bull. V.,* n°476, pour un professeur de musique ; 21 oct. 1985, *Bull. V.,* n°476, pour une personne dispensant des cours au profit d'une chambre de commerce.

soins dispensés ; qu'il s'ensuivait que même s'ils disposaient d'une certaine latitude dans l'organisation de leur travail, ces praticiens exerçaient leur activité annexe non pour leur propre compte mais pour celui de la clinique qui était leur employeur. »[220] Cet aspect de l'absence de clientèle propre est d'ailleurs un élément clé de l'application du statut du voyageur représentant placier.[221] En second lieu, si le travailleur occupe un emploi dans l'entreprise, celleci, on l'a vu, fournit le matériel ainsi que les matières premières ce qui exclut que le salarié puisse embaucher d'autres travailleurs afin d'effectuer sa prestation de travail.[222] Le contrat de travail est bien conclu *intuitus personae*, plus précisément dans le rapport entre la qualification professionnelle du travailleur et la qualification de l'emploi.[223] En troisième et dernier lieu, le travailleur subordonné est tenu pendant la durée de son contrat d'une obligation de fidélité qui, même s'il n'est pas débiteur d'une clause d'exclusivité, lui interdit de se livrer à des actes de concurrence envers son employeur ; on ne peut pas être à la fois subordonné et concurrent.[224] Aussi, lorsque l'activité s'exerce dans une relative indépendance technique et qu'elle pourrait faire l'objet

[220] Cass. Soc. 14 juin 1989, *Bull. V.,* n°450, *R.J.S.* 89/89, n°719 ; Cass. Soc. 4 nov. 1987, *Bull. V.,* n°610 ; 26 juin 1960, *Bull. IV.,* n°445. Pour une hypothèse inverse, Cass. Soc. 21 janv. 1987, *Bull. V.,* n°39 : « Attendu, cependant, qu'il résulte des constatations des juges du fond que SOS SaintEtienne Médecins est une association dépourvue de but lucratif qui a pour objet essentiel de favoriser l'exercice de la médecine d'urgence et de garde et qui, à cette fin, met à la disposition de ses adhérents les moyens destinés à leur faciliter l'exécution de leur obligation légale d'assistance en sorte que l'activité des médecins au sein de l'association ne s'exerce pas au profit de cette dernière mais dans leur propre intérêt ;Qu'en se bornant dès lors à relever les quelques sujétions découlant pour ces médecins de leur adhésion à l'association alors qu'elles ne suffisent pas à établir l'existence d'un lien de subordination dont elle a ellemême constaté qu'il ne se trouve pas caractérisé par les contraintes inhérentes à la continuité d'un service médical d'urgence et consistant pour chaque médecin à assurer un tour de garde sur un secteur déterminé et à répondre aux appels correspondants, la cour d'appel, qui n'a retenu aucun autre élément de nature à prouver que l'association SOS SaintEtienne Médecins s'est comportée en employeur des praticiens mis en cause, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ; ». Celui qui travaille pour ses propres clients n'est pas un salarié, Cass. Soc. 7 déc. 1983, *Bull. V.,* n°592.

[221] Articles L. 7511 et suivants du Code du travail. La représentation consiste dans la visite d'une clientèle, existante ou éventuelle, à l'extérieur de l'entreprise dans le but de prendre des ordres. Le statut professionnel des V.R.P. écarte la référence des critère communs du contrat de travail ; il faut que soient réunies des conditions objectives afin que ce statut s'applique, parmi elles : l'impossibilité pour le V.R.P. d'exercer une autre activité parallèle pour son propre compte ou pour le compte d'employeurs autres que ceux pour lesquels la représentation est exercée. Cass. Soc. 10 mai 1979, *Bull. V.,* n°412 ; Cass. Soc. 3 juin 1957, *D.* 1958, 459. Le représentant prend les ordres de la clientèle au nom et pour le compte de l'entreprise qu'il représente ; il doit donc rendre des comptes de son activité même si cette stipulation ne figure pas dans son contrat, Cass. Soc. 24 fév. 1955, *D.* 1955, 442.

[222] Pour le cas d'une orthoptiste qui pouvait librement engager un remplaçant, Cass. Soc. 7 juill. 1993, *Bull. V.,* n°196 ; Cass. Soc. 24 mars 1971, *Bull. V.,* n°243.

[223] Voir infra n°158 et suiv.

[224] Le salarié commettrait une faute, qualifiée de lourde si son intention de nuire est rapportée, Cass. Soc. 23 sept. 1991, *Dr. Soc.* 1992, 919. Cette obligation « de plein droit » de fidélité qui s'impose au salarié lui laisse cependant la possibilité de créer une société concurrente, ou de prospecter des entreprises concurrentes pour une future embauche dès lors que l'activité concurrente n'est effective qu'après la rupture du contrat de travail, Cass. Soc. 6 mars 1990, *Bull. V.,* n°62.

d'une prestation strictement indépendante, l'insertion dans le contrat d'une clause d'exclusivité marque, à n'en pas douter, l'intégration du travailleur à une entreprise.[225]

Le contrat de travail est un contrat à titre onéreux ; le salaire étant un élément nécessaire à la qualification du contrat. Il ne saurait y avoir de contrat de travail lorsque que la rémunération est dérisoire. Elle est la marque d'une simple collaboration à l'entreprise d'autrui sans caractériser une intégration.[226] Mais la nature de la rémunération importe peu pour les juges, et son caractère forfaitaire implique que le travailleur ne supporte pas les risques de l'exploitation. Les conséquences sont multiples, trois principales relèvent que le paiement du salaire n'est pas, ainsi que l'observe Monsieur Couturier, le prix du travail mais la rémunération attachée à l'emploi.[227]

Tout d'abord, alors que dans le cadre d'un contrat d'entreprise l'entrepreneur est tenu en ce qui concerne sa prestation, en principe, d'une obligation de résultat,[228] cette obligation n'est que de moyens pour le salarié. Par voie de conséquence, l'employeur ne peut licitement réduire le montant du salaire en présence d'une exécution défectueuse du travail, cette solution relativement récente est désormais constante. Une retenue sur salaire constitue une sanction pécuniaire prohibée par l'article L. 12242 du Code du travail.[229]

Ensuite, en raison de l'obligation de fourniture d'un travail conforme à la qualification de l'emploi qui pèse sur l'employeur, le salaire du travailleur devrait, en principe, être maintenu lorsque l'emploi n'est plus mis à disposition par l'employeur.Toutefois, la Cour de cassation interprète de façon rigoureuse, pour le salarié, la suspension par l'employeur de son obligation puisqu'elle admet alors qu'aucune rémunération n'est due.[230] Cependant, la rigueur de ce principe est tempéré par l'application du dispositif du chômage partiel (article L. 35125 du Code du travail) qui met en place un régime légal d'indemnisation destiné à compenser la perte de salaire subit par les salariés.[231] En réalité, audelà du paiement du salaire, la suspension du contrat de travail s'avère une mesure efficace de protection de l'emploi.[232] .Enfin, on rappellera ici, l'importance de

225 Commet une faute le médecin, qui en dehors de ses heures de services dans un cabinet mutualiste, exerce son activité à titre libéral, Cass. Soc. 11 janv. 1978, *Cah. Prud'h.* 1978, 129.

226 Voir supra n°44. Egalement, pour de simples remboursements de frais, Cass. Soc. 22 mars 1989, *R.J.S.* 5/89, n°455 ; pour une exclusion de l'entraide, Cass. Soc. 11 juill. 1991, pourvoi n°8916.737 ; Cass. Soc. 13 juin 1984, *J.C.P.* 1985, II, 20 473 ; 2 mai 1979, *Bull. V.,* n°367.

227 G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1996, n°283. Voir infra n°177 et suiv.

228 La réalité doit toutefois être nuancée. Mais d'une façon générale, il semble que les contrats d'entreprise ayant pour objet une prestation matérielle donnent naissance à des obligations de résultat alors que l'exécution d'un travail intellectuel (enseignement, conseil) fondent une obligation de moyens.

229 Cass. Soc. 20 fév. 1991, *Bull. V.,* n°83, *R.J.S.* 4/91, n°461 ; Cass. Soc. 7 mai 1991, *R.J.S.* 6/91, n°705, *Bull. V.,* n°219 ; 2 déc. 1992, *R.J.S.* 1/93, n°35, *Bull. V.,* n°577 ; 16 fév. 1994, *Bull. V.,* n°56 ; Cass. Soc. 16 mars 1994, *Bull. V.,* n°92 ; Cass. Soc. 12 avril 1995, *Bull. V.,* n°133, « lorsqu'un salarié n'est pas rémunéré en fonction du rendement, la réduction de son salaire pour baisse de la production s'analyse en une sanction pécuniaire ; ».

l'arrêt du 15 février 1995 rendu par la Chambre sociale concernant le paiement des astreintes.[233] En effet, avec cet arrêt la Cour de cassation semble abandonner l'idée selon laquelle une astreinte ne doit être payée que lorsqu'elle a nécessité une intervention pour une tâche liée à l'activité de l'entreprise.[234] La Cour énonce désormais que constitue un travail effectif et non une simple astreinte, le fait pour un salarié de rester en permanence à la disposition de l'employeur pour participer à l'activité de l'entreprise. Visant l'article L. 2124 du Code du travail, les juges opèrent un remarquable rapprochement entre la notion de travail effectif et la notion de subordination étendant, *a posteriori*, l'intégration du salarié à l'entreprise en dehors de tout travail directement productif y compris lorsque le salarié n'est pas dans les locaux de celleci. En ce sens, le paiement du salaire n'est donc pas le prix du travail, il est bien attaché à l'emploi dont le caractère majeur est de mettre le travailleur en état de subordination ; la subordination dans l'emploi étant sur ce point suffisante pour conduire à une rémunération.

Enfin, l'intégration du travailleur à une entreprise implique qu'il n'ait pas à supporter les risques économiques inhérents à toute activité indépendante. Ainsi les finalités, tant pour l'entrepreneur que pour le travailleur, sont différentes. Le premier fonde dans une valeur économique son revenu[235] alors que le second bâtit celuici sur sa valeur professionnelle, le premier recherchant une rentabilité, l'autre une forme de sécurité. Les juges sont donc amenés à tracer une frontière dans l'implication du travailleur au risque d'exploitation de l'entreprise. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une rémunération à la tâche n'emporte pas à elle seule participation aux pertes et n'est pas donc pas susceptible de faire échec à la qualification de contrat de travail.[236] Peu importe d'ailleurs pour un travailleur indépendant que la convention qui lie les parties l'oblige à certaines

230 Cass. Soc. 30 sept. 1992, *Bull. V.,* n°490, *Dr. du Trav.* 1992, p.11, Paragraphe538, « Mais attendu que la mise en chômage partiel total, qui suspend le contrat de travail, ouvre droit, pendant la période légale d'indemnisation, non à un salaire, mais à l'allocation spécifique prévue aux articles L. 35125 et R. 35150 et suivants du Code du travail ; » ; Cass. Soc. 12 juill. 1989, *C.S.B.P.* 1989, A. 44. La cour de cassation estime, par ailleurs, que la mise en chômage partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation, prévue par l'article L. 35125 du Code du travail, ne constitue pas une modification des contrats de travail, Cass. Soc. 18 juin 1996, *Dr. Soc.* 1996, 978, *Somm. de droit du travail* n°176, 2813.

231 Article L. 35125 : « *Les salariés qui, tout en restant liés à leur employeur par un contrat de travail, subissent une perte de salaire imputable soit à la fermeture temporaire de l'établissement qui les emploie, soit à la réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué dans l'établissement en deçà de la durée légale de travail, bénéficient, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, d'une allocation spécifique qui est à la charge de l'Etat.* »

232 Voir infra n°243 et suiv.

233 Cass. Soc. 15 fév. 1995, *Bull. V.,* n°57, *C.S.B.P.* 1995, A.19, *Dr. Soc.* 1995, 381, obs. J. SAVATIER. Confirmé par Cass. Soc. 1er mars 1995, *C.S.B.P.* 1995, A.19.

234 Cass. Soc. 24 nov. 1993, *Bull. V.,* n°285, *Dr. Soc.* 1994, 40.

236 Cass. Soc. 14 nov. 1984, *Bull. V.,* n°428. Au même titre, le partage des recettes nettes, tel que convenu par convention, ne fait pas participer le salarié sur son patrimoine aux pertes de l'entreprise, Cass. Soc. 9 avril 1987, *Bull. V.,* n°213.

sujétions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec l'exercice indépendant de l'activité ; le travailleur, en l'espèce, recueillant les profits et assumant les pertes de cette activité.[237] Toutefois, cet arrêt concernant en réalité un contrat de franchise semble ressortir d'une interprétation assez restrictive de l'article L. 7811 du Code du travail, relatif aux gérants de succursales. Effectivement, ce texte met en avant les conditions d'organisation plus que le facteur des profits directs afin d'appliquer le statut de salarié, conditions qui sont justement rejetées par le pourvoi.[238] Une fois encore les indices sont contingents et ne sont, selon les circonstances de faits, jamais déterminants à eux seuls. Ainsi, est cassé l'arrêt d'appel qui en dépit d'un contrat « d'association participation » exclut la qualité de travailleurs salariés pour des chauffeurs routiers dès lors que n'est pas caractérisée l'existence d'une collaboration entre associés, dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, pour l'exploitation de l'ensemble routier, les conditions de fait des travailleurs après la signature de la convention n'ayant pas changées.[239]

[235] En achetant la force de travail de l'ouvrier et en la payant à sa valeur, le capitaliste, comme tout acheteur, acquiert le droit de consommer la marchandise qu'il a acheté ou d'en user, c'estàdire le droit de faire travailler cette force de travail. Mais l'entrepreneur capitaliste tire un profit immédiat dans le surtravail parce que ce qui est produit au bénéfice du capitaliste dépasse la valeur du travail achetée ; ainsi le salarié travaille plus que la valeur de la location de sa force de travail. Autrement dit, en mettant un emploi à disposition, l'entrepreneur, qui vend une marchandise à sa valeur produite par un subordonné, retire déjà du profit parce que dans la valeur d'une marchandise il y a une partie de la valeur de travail payé en salaire et une autre partie de travail (surtravail), créatrice d'une plus value. Sans doute, à côté de cet intérêt purement spéculatif, l'entreprise répond à d'autres besoins dont le fonctionnement du marché (relation de la demande à l'offre), le développement des techniques de production qui l'amènent a développer l'emploi. « La force de travail est donc une marchandise que son possesseur, le salarié, vend au capital. Pourquoi la vendil ? Pour vivre. », K. MARX, *Travail salarié et capital, suivi de salaire, prix et profit*, éd. Sociales 1962.

[237] Cass. Soc. 27 sept. 1989, *Bull. V.,* n°548. Egalement, Cass. Soc. 31 oct. 1991, *Bull. V.,* n°470, *R.J.S.* 12/91, n°1376, « Attendu cependant qu'à l'inverse de la déduction qu'en tire la cour d'appel, la constitution entre un artiste et un organisateur de spectacles d'une société ou association en participation dans laquelle est prévu le partage des bénéfices et des pertes, manifeste de la part de l'artiste la volonté de se comporter en coentrepreneur de spectacles ; qu'en outre, contrairement aux énonciations de l'arrêt, le rapport d'expertise fait état dans les comptes des spectacles donnés sous l'égide de « Galas des Etoiles « par les cinq artistes concernés des déficits auxquels ils ont participé ; qu'enfin les juges du fond ont constaté que l'un de ces artistes, M. Charles D..., dont au surplus le rapport d'expertise fait ressortir qu'il a perçu l'intégralité de la recette nette de huit représentations sur treize et supporté le déficit de l'une d'elles, était titulaire d'une licence d'entrepreneur de spectacles et immatriculé à ce titre au registre du commerce ; ».

[238] Cass. Soc. 27 sept. 1989, précité : « Mais attendu qu'après avoir analysé la convention liant les parties, les juges du fond ont exactement observé que l'obligation de reprise du stock et celle de nonconcurrence, de même que l'interdiction de changer la nature du fonds et de le fermer plus d'un mois en sus des fermetures hebdomadaires, n'étaient pas incompatibles avec une activité indépendante et ont estimé que les autres clauses n'impliquaient pas une immixtion du bailleur dans l'exploitation du fonds ; qu'appréciant l'ensemble des éléments qui leur étaient soumis, ils ont relevé que, sauf à respecter les droits du franchiseur, les locatairesgérants, qui avaient d'autres fournisseurs que la société Promodes et auxquels les prix n'étaient pas imposés, jouissaient d'une grande latitude dans l'organisation de leur activité commerciale dont ils recueillaient le profit et assumaient les pertes ; qu'ils ont pu en déduire que les intéressés n'étaient pas unis à leurs cocontractants par un lien de subordination au sens de l'article précité ; [L. 241 ancien du Code de la Sécurité Sociale] ».

[239] Cass. Soc. 17 avril 1991, *Bull. V.,* n°200.

En dépit de circonstances de fait, l'antinomie entre les deux statuts apparaît néanmoins manifeste[240] et justifie que le travailleur n'ait pas à répondre, du moins directement,[241] de la défectuosité de son travail. De ce point de vue, la situation du travailleur à domicile assimilé, en vertu de la loi, à un salarié, est éclairante puisque si le travailleur indépendant est responsable visàvis de sa clientèle des malfaçons de ses produits, en revanche, seul le donneur d'ouvrage est responsable des malfaçons effectuées par le travailleur à domicile. L'est plus encore la jurisprudence récente de la Cour de cassation développée à propos des clauses de transfert de risques incluses dans les contrats des gérants de succursales, soumis à un statut de salarié en vertu de l'article L. 7821 du Code du travail. En effet, l'évolution de la jurisprudence s'est faite dans un sens toujours plus restrictif. Partant, si par principe, la responsabilité du salarié ne peut être engagée qu'en raison de sa faute lourde,[242] la Cour de cassation admettait néanmoins que, par le biais d'une clause insérée dans le contrat, la rémunération du salarié peut être amputée dès lors du moins que n'était pas remis en cause le salaire minimum.[243] Une telle solution, concernant les déficits de caisse ou de marchandises et trouvant parfois son fondement dans l'obligation de restitution du contrat de dépôt, revenait en somme à faire peser sur le travailleur le risque de l'exploitation que seul l'entrepreneur doit normalement supporter. Or par un arrêt du 31 octobre 1989, la Cour de cassation a énoncé clairement que lorsque l'existence d'un contrat de travail, entre les parties, est retenue, l'exécution de ce contrat ne peut engager la responsabilité des salariés envers leur employeur qu'en cas de faute lourde.[244]

Manifestement, la Cour de cassation s'attache avec rigueur au principe selon lequel le salarié n'a pas à supporter, de quelque façon que se soit, le risque économique généré par l'activité de l'entreprise. Pourtant, si les atteintes directes sont effectivement

240 G. LYONCAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990, n°7 et suiv. et n°43 et suiv.

241 L'employeur, à cet égard, n'est pas désarmé face à l'aptitude professionnelle du travailleur. Il peut en rapportant des faits objectifs trouver un motif personnel de licenciement dans l'inaptitude professionnelle du salarié, au moins, sembletil, après avoir adapté ce dernier à l'évolution de son emploi. Voir infra n°308 et suiv.

242 Sur cette question voir notamment : J. DEPREZ, « La responsabilité civile du salarié envers l'employeur », *B.S.* 12/81, p. 425 ; G. COUTURIER, « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. Soc.* 1988, 407 ; Cass. Civ. 27 nov. 1958, *D.* 1959, 20 note LINDON, *J.C.P.* 1959, II, 11 143 note BRETHE DE LA GRESSAYE ; J. CARBONNIER, *R.D.T.C.* 1959.

243 Cass. Soc. 24 mai 1978, *Bull. V.,* n°389 ; 3 oct. 1980, *Bull. V.,* n°708.

244 Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Bull. V.,* n°624, *R.J.S.* 12/89, n°906 ; 31 mai 1990, *R.J.S.* 7/90, n°548 ; 23 janv. 1992, *R.J.S.* 5/92, n°581, *J.C.P.* 1993, éd. E., II, 446, note DELEBECQUE ; 10 nov. 1992, *R.J.S.* 1/93, n°4. Sur cette question, se reporter à l'étude critique de J. DEPREZ, « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ? », *R.J.S.* 5/92, p. 319. Cass. Soc. 12 avril 1995, la Haute Juridiction a adopté une formule particulièrement significative dans son visa : « Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde », *R.J.S.* 5/95, n°487, *Dr. Soc.* 1995, 654, note J. SAVATIER. Dans cette espèce, la reconnaissance de dette souscrite par le salarié, directeur de salles de cinémas, n'était pas licite, la procédure pénale engagée contre le salarié en raison du défaut de la somme, objet de la reconnaissance de dette, a abouti à un non lieu .

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

condamnées, on ne peut s'empêcher de relever qu'une certaine part du risque économique pèse sur le salarié, la protection née de l'occupation d'un emploi en fondant parfois la justification.[245]

Section 2 : La détermination juridique de l'emploi : la permanence

La conclusion d'un contrat de travail donne naissance à une situation juridique d'emploi. Cette situation juridique implique l'occupation par le salarié d'une activité résultant de la division du travail opérée dans l'entreprise ; l'intégration à l'entreprise justifiant la subordination du travailleur. La question qui se pose alors est de savoir si la situation juridique ainsi repérée est monolithique, c'estàdire qu'elle formerait un ensemble homogène, ou bien au contraire, si elle ouvre sur des distinctions. Ce questionnement pourrait être formulé autrement et conduire à se demander si toute situation juridique d'emploi renvoie à un concept unitaire d'emploi. Il faut cependant bien avouer que l'état actuel du droit positif peut laisser croire à quelque inanité du questionnement. En effet, le titre premier du Code du travail relatif au contrat de travail, dans son chapitre deuxième, distingue le contrat à durée déterminée du contrat à durée indéterminée. Ainsi des articles L. 1214 et L. 1215 combinés, il résulte que si le salarié ne peut engager ses services à temps ou pour une entreprise déterminée, il n'en reste pas moins que, par principe, le contrat est conclu sans détermination de durée ; toutefois, il peut, dans les conditions fixées par la loi, comporter un terme précis ou résulter de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu. La qualification juridique légale procède donc d'une distinction établie sur le temps du contrat de travail. Une telle construction n'a d'ailleurs rien d'original,[246] puisque dans le droit commun des contrats, auquel est soumis le contrat de travail,[247] la doctrine s'applique classiquement à distinguer les contrats à exécution instantanée et les contrats successifs, pour lesquels l'exécution des obligations s'échelonne dans le temps ; ces contrats successifs, tout aussi classiquement, étant soit d'une durée déterminée, soit d'une durée indéterminée.[248] Pourtant, indépendamment de la spécificité de la composition légale de la catégorie « contrat à durée déterminée » issue du Code du travail, il faut remarquer, qu'*a posteriori*, l'emploi n'est pas un élément opératoire de la distinction. Le critère décisif est le terme, qu'il présente d'ailleurs un caractère certain ou bien qu'il soit incertain dès lors néanmoins que l'élément cause d'extinction de l'obligation a, quant à lui, un caractère certain.

Il est donc manifeste qu'une qualification juridique prenant comme critère l'emploi pour élément discriminant entre contrat à durée déterminée et contrat à durée

[245] Notamment en cas de licenciement pour motif économique. Infra n°336 et suiv.

[246] Même si à notre connaissance aucun texte de portée générale n'institue cette sous distinction dans la catégorie des contrats à exécution successive.

[247] Article L. 1211 du Code du travail.

[248] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations*, 5ème éd., Précis Dalloz 1993, n°454, J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°30 et *Traité de droit civil*, t. III, Les effets du contrat, n°137 et suiv.

indéterminée est originale. L'unité de temps du contrat est un élément essentiel dans la construction de la notion d'emploi, marquant un rapport consubstantiel avec la nature juridique du contrat de travail. Telle est la construction légale. Dans son article L. 1221 alinéa 1, le du Code du travail dispose que « ***le contrat 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*** . » Au regard de cette disposition, l'alternative pour l'employeur dans l'emploi peut ainsi être énoncée : afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, l'employeur doit recourir au contrat à durée indéterminée, à l'inverse et sous réserve des aménagements légaux, lorsqu'il entend pourvoir un emploi qui n'est pas lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, il peut recourir au contrat à durée déterminée.[249] La conclusion qui s'impose alors est que l'emploi du contrat à durée indéterminée ne peut pas être confondu avec l'emploi du contrat à durée déterminée. Autrement dit, il y a emploi et emploi,[250] ce qui invite à déterminer le contour de l'emploi du contrat à durée déterminée pour le distinguer, non seulement en fait mais surtout en droit, de l'emploi du contrat à durée indéterminée. Un changement terminologique apparaît alors souhaitable, le législateur précisant, au demeurant dans l'alinéa second de l'article L. 1221 du Code du travail, que le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour une tâche précise et temporaire.[251] Il semble donc que les fondations de l'édifice légal, quant à la reconnaissance de l'occupation d'un emploi au sens de l'article L. 1221 du Code du travail, reposent sur une appréhension qualitative de l'emploi occupé.

Cette qualité de l'emploi a, au moins, deux sens. Elle pourrait être celui des compétences requises pour occuper un emploi, c'est alors une appréciation qualitative de la compétence professionnelle du travailleur qui serait retenue ; mais elle ne justifie pas le régime spécifique attribué au contrat à durée déterminée. Il ressort alors que cette qualité de l'emploi peut renvoyer à sa nature, temporaire ou permanente. Ainsi, de l'article L. 1221 du Code du travail, il s'évince que la notion d'emploi est appréhendée dans un sens microéconomique, c'estàdire au sens de l'organisation de l'activité de l'entreprise. Le rapport de l'emploi à l'entreprise, au travers de la forme juridique du contrat à durée déterminée s'agence autour de la durée. L'idée de l'entrepriseorganisation implique ellemême sa permanence.[252] Il a donc pu paraître que l'activité qu'elle organise se calque sur la stabilité de la structure. La règle de droit donnerait alors une certaine représentation de l'emploi. Cette assertion doit être vérifiée. Il importe donc de montrer comment s'est construite la notion juridique d'emploi (Paragraphe I), afin de pouvoir en examiner le

[249] Voir infra n°212 et suiv.

[250] H. PUEL, « Le paradigme de l'emploi », Revue Analyse, Epistémologie, Histoire économique, P.U.L. n°18, novembre 1979, p. 133163 ; « Il y a emploi et emploi », *Travail et Emploi* n° 44, p. 17 ; « Emploi typique et représentation du travail », *Dr. Soc.* 1981, 489.

[251] Cet alinéa précise en outre que le contrat à durée déterminée, à l'exception des dispositions propres à l'article L. 1222, ne peut être conclu que dans certains cas énumérés par l'article L. 12211 du Code du travail.

[252] N. CATALA, Traité de Droit du travail, *L'entreprise*, Dalloz 1980.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

contenu (Paragraphe II).

Paragraphe I : La construction juridique de la notion d'emploi

Comme Monsieur Gaudu l'a montré, « l'emploi » est indissociable de son support juridique, le contrat de travail. Il en est le révélateur au point qu'il trace la frontière d'une *summa divisio* du concept d'activité professionnelle. Elle est indépendante ou subordonnée, cette dernière donnant naissance à une situation juridique d'emploi. Si le contrat est présenté comme la manifestation de volontés en vue de produire des effets de droit, il est aussi le vecteur d'un échange entre les parties. En ce sens, le contrat est un instrument au service d'utilités individuelles,[253] celle du travailleur recherchant à mettre sa force de travail à disposition afin de retirer un revenu, celle de l'entrepreneur dans le développement de son entreprise. Cette analyse économique du droit justifie d'ailleurs le principe de la liberté contractuelle dans une économie libérale.[254] Le système économique conditionne à ce titre le comportement des acteurs, celui du chef d'entreprise notamment qui au titre du principe de la liberté contractuelle dispose d'une alternative à l'emploi, c'estàdire de rendre apparent une situation juridique d'emploi. En outre, ce principe offre à l'entrepreneur une alternative dans l'emploi par une embauche du salarié pour une durée limitée ou pour une durée indéterminée. Entre la demande d'emploi et l'offre d'emploi s'opère une médiation des intérêts des parties à la relation de travail. Une telle conception est en réalité celle du marché du travail, compris comme le lieu de rencontre entre des offres et des demandes d'emploi qui s'ajustent sur un certain prix, le prix de la location de la force de travail.[255] La combinaison du jeu du marché et de la liberté contractuelle a historiquement conduit à la méconnaissance de la notion d'emploi comme critère de la nature juridique du contrat de travail, l'alternative dans l'emploi pour l'employeur se fondant uniquement sur le temps du contrat. En effet, même si le conflit, dans les buts propres à chaque partie au contrat, est intrinsèque à la relation de travail, c'est dans un premier temps une analyse strictement contractuelle qui a prévalu dans la détermination de la nature du contrat de travail. Ce n'est qu'ensuite qu'une analyse économique de l'emploi est apparue.

1 Analyse contractuelle de la situation juridique d'emploi

Un auteur a souligné qu'avant la loi du 3 janvier 1979, la faculté de recourir au contrat à durée déterminée résultait de la concordance de l'intérêt commun des parties à la relation de travail.[256] Elle était le corollaire de la liberté contractuelle. Le droit de l'activité professionnelle existait autour d'une bipolarisation entre le travail subordonné et le travail indépendant. Sur ce point d'ailleurs, il faut remarquer qu'après la seconde guerre

253 J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°196 et suiv.

254 J. GHESTIN, ouvrage précité, n°209.

255 F. GAUDU, « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 941.

256 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°159.

mondiale le travail subordonné était à peine plus étendu que le travail indépendant, la population active française étant encore pour une part non négligeable une population agricole. Ainsi, juste trois actifs sur cinq étaient salariés dans les années cinquante.[257] De plus, dans le cadre du travail salarié, et non sans un paradoxe pourtant seulement apparent, il apparaît, au début du XX^{ème} siècle, que la situation des employés par opposition à celle des ouvriers était beaucoup plus stable parce que les employés étaient recrutés par contrats à durée déterminée. Effectivement, comme l'observe Monsieur Gaudu,[258] à l'époque le droit du licenciement n'avait pas encore fait son apparition et, par voie de conséquence, le contrat à durée indéterminée était extrêmement précaire puisqu'il pouvait y être mis fin unilatéralement sans délai, sauf préavis prévu par un usage auquel le salarié pouvait par ailleurs renoncer lors de la conclusion de son contrat de travail. Ainsi, en l'absence de règles spéciales gouvernant la rupture du contrat de travail, le régime juridique du contrat à durée indéterminée, reposant pourtant sur la durée induisant par là même une idée de stabilité, était absorbé par le principe de la liberté de sa rupture à tout moment.

L'analyse de la nature juridique du contrat de travail, qui prévalait alors, était une analyse contractuelle classique. L'intérêt de la qualification résidait dans le mode respectif d'extinction du contrat de travail. De cette façon, partant du principe édicté par l'article 1780 du Code civil selon lequel on ne peut engager ses services qu'à temps, la Cour de cassation s'en tenait à rechercher si le contrat pouvait ou non, pendant son exécution être unilatéralement rompu. En effet, le contrat à durée déterminée, contrat à exécution successive assorti d'un terme, ne peut, en principe, être l'objet d'une cessation anticipée résultant d'une manifestation unilatérale de volonté. De la sorte, il s'agissait de savoir si le contrat conservait bien son caractère propre, une clause de résiliation unilatérale étant ainsi contraire à la fixation d'un terme. Pour les juges, la nature apparente du contrat était alors changée, il s'agissait non plus d'un contrat à durée déterminée mais d'un contrat à durée indéterminée.[259] Aussi, dès lors qu'il n'était pas porté atteinte au terme comme mode d'extinction du contrat, à l'exception de la faute grave d'une des parties, la nature du contrat demeurait à durée déterminée. Le terme pouvait, en outre, être prorogé, le contrat renouvelé sans porter atteinte à sa nature. Il était ainsi jugé que le contrat de travail à durée déterminée qui contient une clause de prorogation gardait sa nature initiale en dépit des reconductions successives. Enfin, lorsque l'examen du contrat ne permettait pas de se prononcer sur sa nature, le juge était amené à rechercher un usage afin d'interpréter la volonté des parties au contrat. S'il n'existait pas d'usage dans la profession

[257] En 1946, un tiers de la population active travaillait dans le secteur agricole. En 1982, le monde rural avait perdu plus de trois quart de ses effectifs ! Parallèlement ce sont les secteurs de l'industrie puis du secteur tertiaire qui ont drainé les flux de main d'oeuvre. Voir notamment, J. et G. BREMOND, « L'économique française », HATIER ; THELOT C. et MARCHAND O., *Le travail en France (18002000)*, Essais et Recherches, Nathan, 1997.

[258] F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569. Egalement du même auteur, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986 ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Droit du travail, société, Etat (18301989)*, Calligrammes, 1989.

[259] Cass. Ch. Civ. 26 nov. 1928, *S.* 1929, I, 55.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

de recourir à tel contrat plutôt qu'à un autre, le mutisme du contrat conduisait à conclure qu'il était à durée indéterminée ; le juge ne pouvant pas arbitrairement fixer une date ou un événement certain d'expiration du contrat.[260]

Toutefois, cette analyse juridique du contrat va céder avec l'amorce de ce que certains auteurs ont souligné comme un phénomène d'institutionnalisation de la relation de travail.[261] Elle s'est faite sous la conjugaison de deux facteurs, l'un juridique, l'autre économique.

Sur le plan juridique, l'état du droit justifiait la diversité des formes d'emploi et le juge puisait dans le droit commun des contrats les règles lui permettant de restituer à la relation de travail son exacte qualification juridique. A vrai dire, l'intérêt à la conclusion d'une forme de contrat par rapport à l'autre s'avérait très mince. Pour ne pas être lié par le terme du contrat à durée déterminée il suffisait à l'employeur de conclure des contrats de très courte durée, lesquels pouvaient sans fin se succéder. Le recours au contrat à durée indéterminée, quant à lui, n'était guère contraignant, l'employeur pouvant le rompre en toute liberté, sous réserve du recours à la notion d'abus de droit. Il incombait au salarié d'apporter la preuve du caractère abusif de la rupture du contrat, le titulaire du droit n'ayant pas à justifier l'exercice de son droit. Cependant progressivement, les conventions collectives et la loi ont introduit la notion de stabilité de la relation au détour de la construction de règles tendant à rendre ou bien plus difficile la rupture du contrat conclu sans détermination de durée, ou bien à conférer des droits au salarié rendant cette rupture plus onéreuse. La loi du 19 juillet 1928 a ainsi posé le droit au préavis en cas de rupture du contrat à durée indéterminée,[262] et les conventions collectives ont ouvert des droits aux salariés ayant acquis une certaine ancienneté de service. Dès lors pour l'employeur l'intérêt à la qualification reposait moins sur une médiation des intérêts en cause que sur la gestion du coût de la rupture du contrat. C'est ainsi que progressivement le contrat à durée déterminée a été conclu, dans la pratique, pour des durées très courtes, afin d'échapper aux indemnités de préavis ou de brusque rupture. La Cour de cassation ne se laissa cependant pas abuser et, sans remettre en cause la liberté contractuelle des parties, elle procéda à un revirement de jurisprudence concernant la prorogation du contrat à durée déterminée. Selon les juges, le contrat n'était pas dénaturé lorsqu'il prévoyait sa prorogation dès lors que celleci était limitée. La durée déterminée du contrat, son terme certain ne faisaient pas obstacle à la qualification. En revanche, si le contrat ne prévoyait pas un nombre connu de renouvellements, alors la Cour estimait, qu'à l'expiration de la première période, le contrat de travail était un contrat à durée indéterminée.[263] Dans ces décisions l'idée de fraude était manifeste, c'est bien le caractère d'ordre public du droit du travail qui amenait à une telle analyse, en l'absence de tout régime propre au contrat de travail à durée déterminée.

260 Cass. Soc. 4 fév. 1943, *Q.P.* 1944, p. 4. Se reporter A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 1958, II42 et suiv.

261 G.H. CAMERLYNCK, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *J.C.P.* 1958, I, 1425.

262 Ce droit au préavis est alors ambivalent, il était adopté afin d'éviter la désorganisation de l'entreprise du fait du départ du travailleur.

Simplement, il ne faut pas non plus se méprendre sur l'étendue de cette pratique patronale. Bien au contraire, les mutations industrielles amorcées dans les années cinquante vont rendre nécessaire la stabilisation de la maind'oeuvre. La loi, les conventions collectives et la jurisprudence ont accompagné ce mouvement. Ainsi comme l'observe Monsieur Gaudu,[264] petite touche par petite touche, la notion juridique d'emploi s'est construite autour des vicissitudes nées de l'occupation d'un emploi. Ainsi, l'article 23 alinéa 7 de la loi du 19 juillet 1928 impose le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise,[265] la Cour de cassation juge que « la maladie de l'employé ne rompt pas de plein droit le contrat de travail »,[266] les conventions collectives prévoient les premières indemnités de licenciement, ruptures auxquelles les juges appliquent la théorie de l'abus de droit.[267] De fait, constate encore l'auteur, « l'ensemble de ces facteurs conduit à ce que même le contrat à durée indéterminée présente une certaine stabilité. Le salarié est titulaire d'un emploi parce que tout contrat oppose une certaine résistance (encore que celleci soit d'étendue variable) à la rupture ».[268]

Il n'est pas abusif de ramener cette construction juridique de l'emploi à la situation structurelle de l'économie française au milieu de ce siècle. Autrement dit, le contrat à durée indéterminée est le résultat de l'industrialisation. Il faut ici rappeler le drainage massif de la population active vers les secteurs de l'industrie et des services et l'ouverture des entreprises françaises au marché mondial, y compris bien évidemment au marché européen avec la signature, en 1957, du Traité de Rome. Malgré un mouvement déjà amorcé dans les années vingt, c'est à partir de 1960 que se réalisent les grandes concentrations industrielles. Or l'entreprise, en période de croissance économique, mue par son expansion et sa nature même rentre dans une logique de stabilité de la main-d'oeuvre. En effet, comme de nombreuses analyses le soulignent, l'entreprise recherche cette permanence dans la relation contractuelle parce qu'elle a besoin, sur un marché du travail, alors fortement concurrentiel, de retenir une maind'oeuvre qualifiée qu'au surplus elle forme à un outil de production qui se complexifie.[269] A ce besoin de fidéliser une main d'oeuvre mobile, la bonne marche de l'entreprise requiert une stabilité de son organisation et non un renouvellement perpétuel de son personnel, d'autres facteurs structurels orientent les politiques d'embauches. Y participent sans doute non

263 Cass. Civ. 15 oct. 1941, *J.C.P.* 1942, II, 2009, note RODIERE, Cass. Soc. 19 janv. 1956, *Gaz. Pal.* 1956, I, 165, Cass. Soc. 26 nov. 1970, *J.C.P.* 1971, IV., 3.

264 F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569.

265 Sur les conditions du transfert, supra n°39 et suiv. ; sur ces effets, infra n°268 et suiv.

266 Cass. Civ. 3 déc. 1934, *DH.* 1935, 85.

267 Seule la notion d'abus de droit permettait de sanctionner par l'octroi de dommagesintérêts les ruptures intervenues sans juste motif. Mais il incombait alors au salarié d'apporter la preuve du caractère abusif de la rupture du contrat, le titulaire du droit de résiliation n'ayant pas à justifier l'exercice de son droit.

268 F. GAUDU, article précité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

seulement les revendications syndicales mais aussi l'Etat.[270] Effectivement, au lendemain de la seconde Guerre mondiale, l'Etat intervient directement par des nationalisations mais accroît aussi le nombre de ses agents dans les secteurs de l'enseignement et de la santé. L'activité de service public déployée par l'Etat induit la notion de stabilité. Cette stabilité se retrouve dans le statut du fonctionnaire, personne physique qui concourt de façon permanente à l'exécution d'un service public administratif. Ainsi, le fonctionnaire occupe de façon permanente un emploi qui est défini comme une fonction administrative permanente juridiquement et budgétairement isolée des autres pour être confiée à une personne. En cela, l'emploi se distingue du grade, c'estàdire l'état dont peut se prévaloir la personne suite à sa titularisation.

Un constat peut être fait : le droit et l'économie semblent fonctionner de concert. Le droit du travail s'impose comme un droit de protection qui s'organise autour de la stabilité de la relation entre le travailleur et l'entreprise. La convergence est si importante qu'elle structure la société française d'après guerre. Sur le marché du travail, la progression constante de la demande de biens et de services combinée à une population active peu nombreuse réalise le plein emploi, renvoyant le chômage à un épiphénomène.[271] La prégnance est telle que, rétrospectivement, un auteur dégage la notion de paradigme de l'emploi.[272] L'emploi typique, entendu comme l'emploi supporté par un contrat à durée indéterminée, « serait une croyance sociale implicitement partagée qui se révélerait négativement à travers les pratiques d'entreprises, des Etats, des syndicats, des salariés. L'emploi typique serait de l'ordre de la représentation. » Ainsi, Monsieur Puel décrit les caractères de l'emploi typique : c'est un emploi salarié, le lien salarial est ferme, il est stable et permet éventuellement une carrière, il est à temps plein, il procure l'essentiel du revenu familial, il relève d'un seul employeur, il s'exerce sur un lieu de travail spécifique, il est individuellement affecté.[273] Un autre auteur constate également que la sécurité physique et économique des salariés s'est inscrite dans les droits, qui, par leur

[269] F. GAUDU, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. Soc.* 1987, 414 ; F. EYMARDDUVERNEY, « Droit du travail et lois économiques : quelques éléments d'analyse », *Travail et Emploi* n°33, 1987, p. 9 ; V. MERLE, « Les nouvelles formes d'emploi en France », *Travail et Emploi* n°39, 1989, p. 25 ; B. FOURCADE, « L'évolution des situations d'emploi particulières de 1945 à 1990 », *Travail et Emploi* n°52, 1993, p. 57. Supra n°3 et suiv.

[270] Selon Monsieur Y. Puel, le mouvement qui a conduit à la reconnaissance d'un statut de l'emploi s'inscrit dans un mouvement plus large tel qu'une certaine morale traditionnelle du travail soutenue par les religions, une politique patronale de mobilisation et de mise au travail des populations, une relation très forte en France de la fonction publique et de ses statuts, une revendication syndicale de défense du salarié et de protection de l'emploi. Selon l'auteur l'emploi typique apparaît comme une représentation valorisée du travail.

[271] On parle alors de chômage frictionnel, c'estàdire d'un chômage résultant d'insuffisance de mobilité de la maind'oeuvre ou à des décalages entre les qualifications disponibles et demandées. Dictionnaire économique et social, HATIER. Dans le même temps s'élabore une doctrine du plein emploi (26ème session de la conférence internationale du travail, Philadelphie 1944). Selon cette doctrine les travailleurs ne sont pleinement utilisés que pour autant qu'ils occupent le meilleur emploi susceptible de répondre à leurs capacités. La poursuite de la stabilité de l'emploi est un de ses aspects importants. Supra n°12 et suiv.

[272] H. PUEL, articles précités.

combinaison, a donné le jour à une situation juridique « typique » du travailleur salarié.[274] Le contrat à durée indéterminée est ainsi devenu la clé de voûte de la socialisation par le travail.[275]

Toutefois, Monsieur Supiot souligne que cette forme d'emploi « n'est qu'un moment de la longue histoire du travail, moment pour lequel, pour la première fois, le travail a pu être conçu comme une liberté inhérente à tout homme. »[276] Ainsi, tant le marché de l'emploi organisé par l'Etat que l'organisation interne de l'entreprise ont concouru à établir une certaine unité entre la stabilité de l'activité professionnelle subordonnée (occupation d'un emploi) et la nature juridique du contrat de travail. La question posée est alors de savoir si l'évolution des formes d'emploi peut remettre en question cette construction. Ce fut fait avec la redécouverte d'un habillage juridique de la relation de travail par sa limitation dans le temps.

2 Prémisses d'une analyse économique de la situation juridique d'emploi

Sans doute à la suite de la présentation du Professeur Gérard LyonCaen, il est aujourd'hui aisé de reprendre à son compte la réversibilité de la technique juridique.[277] Néanmoins, l'alternative dans l'embauche née de la liberté contractuelle, et encore en vigueur au début des années 1970, illustre parfaitement le fait que la règle de droit est à double sens, en tout cas dépendante de l'usage qui en est fait. Mais ce n'est que rétrospectivement que des auteurs ont formalisé ce paradigme de l'emploi à la lumière de formes particulières s'y opposant. Mais cette construction n'est elle pas déformée par le regard ? En vérité, comme le souligne Monsieur Antoine LyonCaen, il n'y a jamais eu de modèle juridique unique, mais la diversité ne recevait pas d'encouragement.[278] Ainsi, la reconnaissance des formes d'emploi résulte d'un mouvement complexe. A titre d'exemple, il faut se souvenir de l'introduction dans les années cinquante du travail temporaire négativement perçu par les entreprises parce que les sociétés de travail

273 H. PUEL, « Il y a emploi et emploi », *Travail et Emploi* n° 44, p. 17 ; « Emploi typique et représentation du travail », *Dr. Soc.* 1981, 489. Dans le même sens, G. LyonCaen, « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi », *Dr. Soc.* 1980, spéc. 8. La forme d'emploi « normale » pouvait être caractérisée de la manière suivante : un salarié embauché par un unique employeur pour occuper un poste de travail à temps plein, dans un cadre organisé. Le poste était permanent et stable, le statut s'améliorait au point que l'idée de carrière n'était pas étrangère à l'entreprise privée.

274 A. SUPIOT, « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 409.

275 Dans le même sens, A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », Mélanges G. LyonCaen, p. 299 ; R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Fayard 1995.

276 A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 716.

277 G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz 1995.

278 A. LYONCAEN, « Actualité du contrat de travail, brefs propos », *Dr. Soc.* 1988, 540. Monsieur A. Supiot, ne dit pas autre chose lorsqu'il remarque que la travail typique n'est qu'un moment de la longue histoire du travail.

intérimaire captaient les salariés les mieux formés et créaient une hausse des salaires en raison de la pénurie d'une maind'oeuvre qualifiée ! On est assez loin dans la motivation au fond de l'intervention du législateur avec la loi du 3 janvier 1972 dont l'objet essentiel était, sur le plan social, d'assurer une meilleure protection des travailleurs précaires vivant dans un régime d'insécurité.[279]

A la croisée du juridique et de l'économique, le travail saisi par le contrat redécouvre l'habillage juridique du contrat à durée déterminée. Cette réminiscence est encore le fruit de l'élaboration de règles juridiques construites autour du modèle de l'emploi typique. Ainsi, comme le relève Monsieur Gaudu, le régime de l'emploi s'est homogénéisé.[280] La négociation collective, on ne fera que mentionner ici l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 relatif à la sécurité de l'emploi,[281] et la loi qui ont parachevé les constructions conventionnelles reposant sur la stabilité dans le temps du lien contractuel (loi du 19 février 1958 généralisant le préavis, ordonnance du 13 juillet 1967 introduisant l'indemnité de licenciement et lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975 instaurant un droit du licenciement) renforcent, à n'en pas douter, la résistance du contrat à durée indéterminée à sa rupture.[282] Or la stabilité, qui avant les années soixantedix était recherchée, est progressivement considérée comme une source de rigidité. Si dans les années antérieures l'entreprise avait géré la pénurie de maind'oeuvre par le recours au sureffectif, elle modifie sa stratégie en mettant en place une flexibilité externe (licenciement et recours aux contrats limités dans le temps) plutôt que de composer avec les contraintes de l'emploi stable en organisant une mobilité interne par l'adaptation du salarié à l'évolution de l'emploi.[283] A la permanence de l'emploi à laquelle répondait la permanence du contrat de travail, il est recherché un outil juridique plus souple en adéquation avec l'instabilité nouvelle de l'activité économique. L'ajustement s'effectue sur la variable temps, moins celle du temps du travail que sur celle du temps du contrat.

En la matière, l'analyse de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation est particulièrement significative.[284] Elle ne diffère d'ailleurs guère de celle qui

279 G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°232. Les auteurs observent cependant que sur le plan économique, le travail temporaire ne doit constituer qu'une technique complémentaire de portée limitée, destinée à remédier à des situations très précises, afin de ne pas fausser le jeu du marché de l'emploi (souligné par les auteurs) en portant ainsi préjudice aux travailleurs permanents. Ch. VIGNEAU, *L'institutionnalisation du travail intérimaire en Europe*, Thèse Florence, 1997.

280 F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569.

281 Infra n°336 et suiv.

282 Il ne faut évidemment pas oublier l'ordonnance du 24 mai 1945 (*D.* 1945, 115). Mais son objectif était alors moins de contrôler les sorties que les embauches en vue d'orienter la maind'oeuvre, ce qui explique la quasi désuétude de ces dispositions relatives au licenciement. Voir infra n°336 et suiv.

283 Contraintes qu'on semble vouloir aujourd'hui lui imposer. Infra n°296 et suiv.

284 Un auteur, Monsieur G. POULAIN, a mis en évidence cette composition, in *Les contrats à durée déterminée*, *L.G.D.J.*, 1971.

fut la sienne dans les années vingt. Aux mêmes maux les mêmes remèdes dès lors du moins que la situation juridique d'emploi n'est toujours pas une situation juridique réglementée, au sens de l'alternative dans l'emploi pour l'employeur. Ainsi, le principe de la liberté contractuelle n'est pas écorné. Le juge requalifiait les situations contractuelles contraires au mode d'extinction du contrat par l'arrivée du terme ou lorsque le renouvellement du contrat à durée déterminée avait un caractère systématique.[285]

La loi du 3 janvier 1979 n'apporte sur le plan de la réglementation que peu d'innovation.[286] Tout au contraire, une partie de la doctrine dénonce même un renforcement de la précarisation de l'emploi.[287] En effet, l'intention du législateur était, à l'époque, de favoriser la conclusion des contrats à durée déterminée, ces contrats devant permettre une meilleure adaptation de l'emploi aux besoins à durée déterminée l'entreprise. En réalité, il s'est agi de redonner au patronat une plus grande liberté de gestion sans qu'aucun cadre précis ne soit édicté. Ainsi, le contrat conclu de date à date n'avait pas à être limité dans le temps, pas plus qu'il ne devait être réservé à l'occupation d'emploi non durable par nature. Si la législation n'établit pas une distinction de fond entre les formes d'emploi, la spécificité du droit de la rupture du contrat à durée indéterminée marque cependant une inégalité de droits propre aux situations juridiques en cause.

C'est ainsi sur un autre plan, mais de façon tout à fait remarquable, que s'effectue un changement terminologique autour de la notion d'emploi. De fait, une opposition qualitative autour de l'emploi prend forme ; à l'emploi typique s'oppose l'emploi atypique. Mieux même, on parle d'emploi précaire, sousentendu de situation juridique précaire.[288] Autrement dit, la forme d'emploi portée par le contrat à durée indéterminée serait susceptible d'une dégradation dès lors que sa durée serait limitée dans le temps, un emploi à durée limitée ne serait plus vraiment un emploi.

La proposition est équivoque parce qu'elle mêle, d'une part, le fait et, d'autre part, le droit. En fait, l'idée de précarité se répercute non point sur le contrat luimême mais sur l'après contrat de travail, c'estàdire ce qui apparaît dès que l'avenir d'une situation n'est pas assuré. Or, c'est un glissement sociologique et non pas juridique qui s'opère lorsque qu'un contrat est dit « précaire » chaque fois que la durée de l'activité rémunérée est limitée dans le temps. Autrement dit, l'incertitude pèse sur la situation de l'individu après la rupture du contrat et touche, en vérité, toute les situations juridiques de travail, y compris celle de l'indépendant à l'issue d'un contrat d'entreprise. En revanche, sur un plan strictement juridique, la situation d'emploi, qu'elle soit à durée limitée ou à durée

[285] Cass. Soc. 18 avril 1972, *Bull. V.,* n°288 ; 3 fév. 1982, *Bull. V.,* n°59 ; 1er déc. 1982, *Bull. V.,* n°669.

[286] M. BUY, « Un texte de circonstance : la loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *D.* 1979, Chron. p. 227 ; G. POULAIN, « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1979, 67.

[287] J. PELISSIER, « Le renouvellement des contrats à durée déterminée après la loi du 3 janvier 1979 », *Dr. Soc.* 1980, spéc. 52. L'exposé des motifs de la loi exposait deux préoccupations : 1) remédier à l'incertitude d'un régime purement jurisprudentiel, 2) permettre une meilleure adaptation de l'emploi aux variations de l'activité.

[288] Comparer par exemple, G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°127 et B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993, n°1098 et suiv.

indéterminée, est une situation stable. La figure du contrat l'impose. Mais à cet égard, et non sans paradoxe, la situation juridique du contrat à durée déterminée acquiert, pour le temps qui est le sien, une force de résistance à la rupture beaucoup plus grande que le contrat à durée indéterminée. En effet, il ne peut être fait obstacle à l'échéance du terme qu'en cas d'accord des parties, de faute grave ou de force majeure.[289] En somme, la notion de précarité de l'emploi apparaît comme une formule juridiquement impropre parce que l'emploi fait naître une situation juridique laquelle est, par nature stable, faute cependant d'être durable ou permanente.

Pourtant, avec l'ordonnance du 5 février 1982,[290] il est manifeste que la règle de droit a pris en compte l'idée qu'il y a des formes d'emploi différentes. D'une approche purement contractuelle reposant sur le principe de la liberté des parties, le législateur opte pour une définition économique de l'emploi. Désormais, la situation juridique d'emploi, dans l'alternative dans l'emploi, est une situation réglementée, puisque « le contrat de travail de droit commun est le contrat à durée indéterminée, le recours aux contrats à durée déterminée étant limité à des cas où l'emploi pourvu ne présente manifestement pas un caractère permanent. »[291] Désormais, le recours au contrat à durée déterminée est fondé sur une cause objective de nature économique : la permanence de l'emploi. C'est donc au travers de la règle de droit que la notion d'emploi prend corps.

Paragraphe II : La notion juridique d'emploi permanent

Si, en fait, l'idée que la notion d'emploi est indissociable de celle de longue durée et qu'en conséquence lorsque l'emploi est bref, provisoire, le mot tâche apparaît préférable,[292] en droit, l'opposition n'est clairement établie qu'avec l'ordonnance du 5 février 1982 qui pose le principe selon lequel le contrat de travail est conclu sans détermination de durée.[293] A n'en pas douter le législateur a pris en compte le phénomène d'extension du recours aux formes de travail particulières[294] qui, d'une part, ne semblent pas conformes à leur support économique et, d'autre part, remettent en question l'identité professionnelle du travailleur construite sur le modèle de l'emploi permanent. L'équation posée se présente simplement : lorsque l'emploi (au sens du résultat de la division du travail dans l'entreprise) est permanent il ne peut être supporté juridiquement que par un contrat non limité dans le temps, le contrat à durée indéterminée. En revanche, et par exception, une

289 Article L. 12238 du Code du travail.

290 G. POULAIN, « La réforme du contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1982, 356 ; F. SARAMITO, « Vers un déclin du contrat à durée déterminée », *Dr. Ouv.* 1982, 403 ; B. TEYSSIE, « Les contrats à durée déterminée », *J.C.P.* 1982, éd. E., 13 380.

291 Rapport au Président de la République introduisant l'ordonnance du 5 février 1982, n°82131, *Liaisons Sociales* A1, p. 5.

292 G. LYONCAEN, « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi », *Dr. Soc.* 1980, spéc. 8.

293 Article 1 de l'ordonnance n°82130 du 5 février 1982, article L. 1215 du Code du travail.

294 Nombre de salariés engagés à durée déterminée 310 000 en avril mai 1982, à 260 000 en mars 1984, puis 340 000 en mars 1988. En 1998 les embauches sous contrats précaires représentent plus de 80% des embauches totales.

tâche (par nature non permanente) peut faire l'objet d'un contrat à durée déterminée. Autrement dit, l'économie générale du texte est là : il s'agit de faire coïncider la logique de l'organisation de l'entreprise avec une certaine idée, non pas de droit pur, mais de politique de l'emploi, des formes juridiques d'embauche, même si certains tempéraments sont admis.[295]

Malgré un train impressionnant de réformes,[296] opérant un balancement entre plus de souplesse ou plus de rigidité dans la réglementation de l'alternative dans l'emploi, le principe dégagé en 1982, réaffirmé par l'ordonnance du 11 août 1986, demeure, à la suite de la loi du 12 juillet 1990 entérinant l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990,[297] toujours de droit positif. Cette construction légale de la notion d'emploi amène à en faire une notion différente en droit et en fait de la notion de tâche, emportant néanmoins un régime juridique unitaire mais ambivalent.

1 Unification en droit, rupture en fait, entre les situations juridiques d'emploi

Un auteur a écrit que « le droit considère comme illusoire le fait que le salarié ait un intérêt à la précarité de son emploi. »[298] On pourrait même prolonger la proposition en remarquant que le droit tend aussi à considérer comme inadaptées à l'entreprise les formes temporaires d'intégration du travailleur à celleci. Néanmoins, face à une réalité elle organise le recours aux formes atypiques « d'emploi », lesquelles seront perçues comme trop rigides pour les uns, ou au contraire pas assez restrictives pour les autres. En tous cas, conscient de la diversité des situations juridiques d'emploi le législateur a immédiatement exprimé sa volonté d'unifier, en droit, le régime des contrats de travail atypiques. C'est en effet, la loi du 3 janvier 1979 qui a affirmé pour la première fois que « sous réserve des règles relatives à la résiliation des contrats, les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée bénéficient de tous les avantages reconnus par la loi, les conventions collectives et les usages aux salariés liés par un contrat à durée indéterminée. »[299] En réglementant les formes de travail particulières, le législateur n'a pas entendu mettre en place un « droit atypique du travail. »[300] Cependant, si la législation en atténue les inconvénients, elle ne les supprime pas.[301] Cette unité proclamée en droit

295 L'ordonnance fixe une liste limitative des cas de recours aux contrats de travail atypiques. Circ. Du 23 fév. 1982, relative à l'application de l'ordonnance n°82.130, *J.O.* 13382, point 13.

296 C'est au gré des changements de majorité politique que se sont succédées les réformes, pas moins de quatre en l'espace de dix ans : loi du 3 janvier 1979 (L. n°79/11, *J.C.P.* 1979, III, 48037 et 48054), ordonnance du 5 février 1982 (L. n°82/130, *J.C.P.* 1982, III, 52313) modifiée par la loi du 25 juillet 1985 (L. n°85/772, *J.C.P.* 1985, III, 57501) qui vise à harmoniser le régime juridique du contrat à durée déterminée et du contrat de travail temporaire, réformée par l'ordonnance du 11 août 1986, et enfin loi du 12 juillet 1990. Le patronat plaide aujourd'hui pour une nouvelle refonte dans le sens de l'assouplissement du régime du contrat à durée déterminée, sans doute le résultat des élections législatives de mai 1997 ouvrira, ou non, ce chantier.

297 *Liaisons Sociales* n°6360 du 941990.

298 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°154.

299 Ancien article L. 12234 du Code du travail devenu article L. 12233.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

institue en fait une profonde différence entre les situations juridiques d'emploi, entre l'emploi *stricto sensu*, et la tâche.

a) Le principe d'unité des droits quelle que soit la situation juridique d'emploi

L'article L. 12233 du Code du travail pose donc un principe sans ambiguïté : la règle est celle de l'identité des droits, peu important la situation juridique de travail. C'est en quelque sorte la primauté du rapport contractuel qui rejaillit, l'exécution inhérente à tout contrat de travail s'applique et ne subit aucune altération en raison de la durée limitée du contrat. Le travailleur dont le contrat est limité dans la durée est un salarié de l'entreprise même s'il est décompté pour le calcul de l'effectif non pas pour un mais au prorata de son temps de présence dans l'entreprise au cours des douze mois précédents.

Ainsi, sur le plan des droits individuels pendant l'exécution du contrat de travail l'employeur est tenu de verser au salarié une rémunération correspondant à la qualification professionnelle exigée par le poste occupé,[302] c'estàdire au sens de l'article L. 1402 du Code du travail le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature.[303] Ce même principe s'applique aussi, par exemple, aux congés payés avec la précision selon laquelle le salarié qui n'est pas en mesure de prendre son repos pourra bénéficier de l'octroi d'une indemnité compensatrice de congés payés, quelle que soit la durée effective du travail accompli.[304] Plus originale est, sans doute, l'affirmation du renforcement du droit du salarié, intégré temporairement à l'entreprise à la formation professionnelle. En effet, si en vertu de ce principe de non discrimination fondé sur la situation juridique de travail, le salarié peut bénéficier des actions de formation professionnelle, la pratique montre que ces actions sont principalement attribuées aux salariés permanents, seuls susceptibles d'en faire profiter par retour l'entreprise. Néanmoins, la loi du 12 juillet 1990 a introduit dans le Code du travail des dispositions particulières aux travailleurs qui font l'objet d'engagements à durée déterminée. Ainsi, le bénéfice du congé formation est ouvert au travailleur qui a été titulaire d'un contrat à durée déterminée selon certaines conditions d'ancienneté de travail.[305] On remarquera encore que l'article L. 23131 alinéa 5 renforce la prévention du risque au travail pour les salariés intégrés temporairement à l'entreprise et occupés à des postes de travail présentant des risques particuliers par une formation renforcée à la sécurité ainsi que d'un accueil et d'une information adaptée.[306]

300 Selon l'interrogation formulée par Monsieur J. Pélissier, in « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.* 1985, 531.

301 En ce sens, J. PELISSIER, « Travail à durée déterminée et droits des salariés », *Dr. Soc.* 1983, 17. L'auteur remarque qu'un risque « d'éclatement de la collectivité de travail » rendant plus difficile la défense des intérêts collectifs n'est pas à négliger.

302 Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°524.

303 Circ. DRT 18/90 du 30 oct. 1990. Voir également l'article L. 12231 al. 2 du Code du travail sur les mentions obligatoires.

304 Sur ce point l'article L. 12233 apporte une dérogation au principe posé par l'article L. 2232.

Nonobstant la portée générale du principe d'unité des droits, la loi réserve certaines situations mais, en aucun cas, une convention collective ne saurait revenir sur cette règle et comporter des dispositions qui seraient réservées aux titulaires de contrat à durée indéterminée.[307] Néanmoins, licitement la convention collective ou les usages peuvent accorder des droits liés à l'ancienneté de service du salarié dans l'entreprise et ainsi priver, en fait, de leur bénéfice les salariés engagés temporairement. Enfin, il faut souligner que dans toutes les hypothèses le terme du contrat, en ce qu'il est extinctif, fait disparaître avec lui les protections particulières dont bénéficie le travailleur ; il en est ainsi pour toutes les causes de suspension du contrat.[308]

A l'issue du contrat de travail, et malgré la spécificité des règles applicables, on a pu souligner, là encore, une relative identité de régime entre les deux situations juridiques d'emploi.[309] Toutefois, cette identité a partiellement été gommée au moins en ce qui concerne le délai de prévenance que la loi du 25 juillet 1985 a supprimé.[310] Reste l'indemnité de fin de contrat qui, si elle peut dans certaines hypothèses être plus élevée que l'indemnité légale prévue en cas de rupture d'un contrat à durée indéterminée, n'en reste pas moins différente dans sa nature puisqu'à la différence de l'indemnité de licenciement elle constitue un complément de salaire.[311]

[305] Article L. 93113 et suiv. du Code du travail. Voir C. AHUMADA, « Formation et contrat à durée déterminée », *R.P.D.S.* 1991, 239. Article L. 93115 : « *L'ouverture du droit au congé de formation est subordonnée pour les intéressés aux conditions d'ancienneté suivantes : a) vingt quatre mois, consécutifs ou non, en qualité de salarié, quelle qu'ait été la nature des contrats successifs, au cours des cinq dernières années ; b) dont quatre mois, consécutifs ou non, sous contrat de travail à durée déterminée, au cours des douze derniers mois. Pour l'appréciation de l'ancienneté dans la branche professionnelle requise par les deuxième et troisième alinéas de l'article L 931 2 du présent code pour l'ouverture du droit au congé de formation, la durée des contrats de travail à durée déterminée est prise en compte, quelles que soient les branches professionnelles dans lesquelles ils ont été exécutés par le salarié. Toutefois, pour les salariés relevant, à la date où le congé est demandé, d'entreprises artisanales occupant moins de dix salariés, les durées mentionnées ci dessus sont portées à trente six mois au cours des sept dernières années, dont huit mois au cours des vingt quatre derniers mois. Ces durées sont prises en compte selon des modalités fixées par décret. L'ancienneté acquise au titre des contrats d'insertion en alternance, des contrats d'apprentissage, des contrats emploi solidarité et des contrats locaux d'orientation ne peut être prise en compte pour le calcul des quatre mois mentionnés au b. Il en est de même des contrats conclus avec des jeunes au cours de leur cursus scolaire ou universitaire. Ces dispositions s'appliquent également à l'ancienneté acquise au titre des contrats de travail à durée déterminée qui se poursuivent par des contrats à durée indéterminée.* »

[306] En outre, l'article L. 1223 2° prohibe tout recours au contrat à durée déterminée pour faire effectuer des travaux particulièrement dangereux qui figurent sur une liste fixée par arrêté ministériel. Egalement, directive européenne 91/383 du 25 juin 1991, *J.O.C.E.* du 2971991.

[307] Cass. Crim. 14 mai 1985, *Juri social* 1986, F.4. La disposition est réputée non écrite.

[308] A propos de la suspension du contrat de travail, infra n°243 et suiv.

[309] J. PELISSIER, « Travail à durée déterminée et droits des salariés », *Dr. Soc.* 1983, 17.

[310] Sur cette évolution, G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°339 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Sur le plan des droits collectifs,[312] la durée limitée de la relation contractuelle contrarie à un double niveau l'exercice de fonctions représentatives. Il n'est, d'abord, pas certain que le salarié non permanent ne tempère son action dans le but d'obtenir sinon la transformation de sa situation temporaire en situation durable du moins un renouvellement de son contrat, à supposer d'ailleurs qu'il ait été, au préalable, élu ou mandaté. Enfin, la loi pose certaines conditions d'ancienneté, lesquelles s'apprécient plus ou moins restrictivement. Ainsi, pour être électeur trois mois de travail effectif sont nécessaires, sans pour autant qu'ils soient continus dès lors que, selon la jurisprudence, le lien avec l'entreprise manifeste une « permanence suffisante. »[313] En revanche, pour être éligible, la durée de travail effective est non seulement plus longue, elle est portée à un an, mais surtout pour les délégués du personnel et les membres du comité d'entreprise, à l'exception du représentant syndical, l'ancienneté doit être continue.[314] En tout état de cause, le mandat prend fin avec l'arrivée du terme du contrat, l'employeur ayant cependant l'obligation de consulter l'inspecteur du travail.[315]

L'édifice légal semble avoir trouvé son équilibre entre des situations économiques différentes traitées concurremment dans l'alternative dans l'emploi mais dont le régime juridique a voulu être unifié. Pourtant, il a été reconnu que le principe d'égalité des droits n'entraîne pas une totale identité de droits.[316] Cette remarque vaut d'être précisée.

b) La rupture d'identité et de droits selon la situation juridique d'emploi

L'occupation temporaire d'un emploi ou le recrutement lié à l'exécution d'une tâche précise et par nature limitée dans le temps ne permet pas au salarié d'envisager dans l'entreprise une carrière. Sans doute aujourd'hui, pour le travailleur réputé permanent cette idée s'éloigne aussi. Cela amène la doctrine à penser en terme non plus de carrière dans l'entreprise mais de carrière du salarié.[317] Mais il n'est pas sûr que l'on peut dans le système juridique actuel mettre sur un pied d'égalité la carrière d'un travailleur précaire, qui passe de contrat atypique en situation atypique de travail, et celle que pourrait mener

311 Article L. 1229. Sur la nature de l'indemnité de licenciement, v. infra n°149 et suiv.

312 Il faut ici réserver la situation des salariés intérimaires car ils sont salariés de l'entreprise de travail temporaire et non l'utilisateur. C'est donc dans l'entreprise de travail temporaire que leurs droits à une représentation collective sont organisés.

313 Cass. Soc. 4 juin 1986, *Bull. V.,* n°275. Voir articles L. 4125, L. 4212 et L. 4312 du Code du travail.

314 Article L. 4238 et L. 4335 du Code du travail. La solution est différente pour le travailleur saisonnier : Cass. Soc. 10 mai 1984, *Dr. Ouv.* 1985, 62. Cette condition de continuité n'est pas requise non plus pour le délégué syndical, Cass. Soc. 23 mars 1982, *Bull. V.,* n°215. Cette différence de régime provient de la rédaction des textes.

315 Articles L. 41218 al.7, L. 4252 al. 2, L. 4362 du Code du travail.

316 J. PELISSIER, « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.* 1985, 531.

317 En ce sens, G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°106. Voir infra n°544 et suiv.

un salarié mobile dans l'emploi. Au reste il faudrait aussi s'interroger sur les possibilités effectives de cette mobilité professionnelle tant interne qu'externe à l'entreprise.[318] C'est ici à dessein que peut être repris le terme de précarité pourtant précédemment exclu. En effet, si pendant l'exécution du contrat de travail l'unité du régime est assurée, elle ne l'est plus ni en droit ni en fait à la rupture de celuici.

Pendant l'exécution du contrat, l'identité des droits est juridiquement assurée. Toutefois en fait, le poids de l'ancienneté dans l'acquisition de droits ou d'avantages tempère cette unité. La rémunération en fournit un exemple puisque le salarié temporaire, s'il a droit effectivement au salaire correspondant au poste de travail occupé, ne peut prétendre percevoir une rémunération identique au salarié remplacé. La part d'individualisation liée notamment à l'ancienneté dans l'emploi marque une évidente atteinte à une stricte identité des droits. Et l'on sait combien justement sont importants les avantages tirés de la continuité de la prestation de travail dans le droit français, avantages d'ailleurs accordés par le patronat à une époque où la stabilisation de la maind'oeuvre était rendue nécessaire. De plus, on soulignera une inégalité de fait face au droit à l'intégrité physique du travailleur lorsque celuici occupe une fonction non permanente dans l'entreprise. Ainsi, à titre d'exemple, en France, le taux et la fréquence des accidents du travail avec arrêts de travail étaient en 1986 de 12,1% pour les intérimaires contre 5,5% pour l'ensemble des salariés.[319] Ce constat, que ne peut justifier l'évolution des techniques, est la traduction de la méconnaissance tant du métier que de l'entreprise et du poste de travail. La loi du 2 août 1990 tente de compenser l'absence de durabilité de la relation par un effort d'information sur le risque professionnel lié au poste et par une prise en charge par l'encadrement de ces travailleurs.[320] Mais surtout ce qui pointe, c'est la précarisation de la situation du salarié à l'issue du contrat.

En effet, il est patent qu'entre les années soixantedix et les années quatrevingtdix le marché du travail atypique s'est transformé. On est passé d'une gestion des qualifications professionnelles (marché « typique ») à un mode erratique de mise au travail. Comme le relève Monsieur le professeur LyonCaen,[321] deux marchés du travail coexistent ; un premier marché, de droit commun, au moins pour l'instant, qui est utilisé au maximum de ses possibilités pour les cadres et les salariés très qualifiés et un second marché qui coïncide avec les contrats de types particuliers.[322] C'est à ce titre que la notion de précarisation se justifie et la notion d'emploi précaire prend alors un sens. C'est ce que relève Monsieur Supiot,[323] pour qui dans la notion d'emploi précaire « c'est d'avantage la

318 Infra n°569 et suiv.

319 Source Ministère du travail, conditions d'emploi, bilan 1990.

320 Supra n°83. H. BLAISE, « A la frontière du l'illicite et de l'illicite : le prêt de maind'oeuvre », *Dr. Soc.* 418.

321 G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz 1995.

322 Infra n°469 et suiv.

323 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

notion d'emploi qui n'est pas à sa place, dès lors qu'un état professionnel ne peut être fondé sur ces prétendus emplois », doublant cette remarque d'une formule selon laquelle « l'emploi précaire est le travail sans l'emploi. » On pourrait ajouter, sans trahir l'auteur, que c'est la perte de toute identité professionnelle.

Les questions amenées par ce constat, dépassent, pour l'heure, le cadre de ce développement.[324] Mais il faut cependant poser les jalons de cette réflexion. Effectivement, le recrutement par contrat atypique représente désormais plus de 70% des embauches contre 29% pour celles réalisées par contrat à durée indéterminée, cette situation affectant par ailleurs surtout les jeunes et les femmes.[325] A s'en tenir à une lecture juridique de ces chiffres, il faudrait considérer que l'emploi permanent régresse au profit de tâches occasionnelles. Une telle interprétation serait pourtant erronée. La vérité tient plus à un détournement de la finalité du contrat atypique et donc à une violation de la loi. Des analyses montrent que le recours au contrat atypique sert soit de période transitoire en vue d'un recrutement sur un emploi[326] (il serait une période d'essai) soit il est utilisé pour occuper de véritables emplois permanents. Malgré un contentieux abondant,[327] et un renforcement des droits accordés au salarié en cas de violation des dispositions relatives aux contrats atypiques, notamment par la création de sanctions pénales, le traitement judiciaire du contrat atypique apparaît marginal. Ainsi au plan pénal pour 1992, le travail temporaire représente 2,72% des infractions constatées contre 0,05% pour les contrats à durée déterminée ![328] La limitation juridique des cas de recours aux formes particulières d'emploi n'est donc pas satisfaite. A cela au moins deux raisons. La première tient, peutêtre, à l'étendue des droits reconnus au salarié illicitement recruté par un contrat temporaire. Il n'a, pendant l'exécution de son contrat aucun intérêt à soulever l'illégalité de sa situation, laquelle, en tout état de cause et à l'issue de son contrat, ne lui confère que des droits d'ordre pécuniaire et non un droit à la poursuite d'une relation contractuelle. C'est, en effet, après la rupture du contrat que se pose la question de sa requalification. La seconde raison est plus difficile à éluder. Il s'agirait de comprendre les mobiles de l'employeur quant au recours à un mode de gestion dit flexible de la maind'oeuvre alors que juridiquement le contrat de travail à durée limitée est extrêmement rigide. Deux exemples l'attestent. Le contrat à durée déterminée n'est pas aisément modifiable car les conditions de travail qui relèvent, au sens de la jurisprudence nouvelle,[329] de l'exécution du contrat de travail de droit commun sont ici un élément

[324] Voir infra n°477 et suiv.

[325] *Le Monde* 2526 déc. 1994.

[326] V. HENGUELLE, « Les emplois sur contrat à durée déterminée : un mode d'accès à l'emploi stable ? », *Travail et Emploi*, n°58. L'auteur se base sur la distorsion entre les entrées et les sorties de contrat à durée déterminée que ne saurait expliquer la possibilité de recourir au contrat atypique conclu pour le lancement d'une nouvelle activité. Voir infra n°482 et suiv.

[327] La lecture des revues spécialisées suffit à s'en convaincre.

[328] E. SERVERIN, « L'application des sanctions pénales en droit du travail, un traitement marginal », *Dr. Soc.* 1994, 654.

[329] Issue des arrêt de 1996. Voir infra n°206 et suiv.

contractuel. Ainsi le fait que le contrat soit conclu pour une tâche précisément définie et de courte durée devrait conduire à une interprétation restrictive des possibilités de sa modification sauf à dénaturer le motif ayant concouru à sa conclusion.[330] De même, si l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et si sa liquidation n'est pas immédiatement prononcée, une phase de continuation de l'exploitation sera décidée. Pendant la période dite d'observation, la loi du 25 janvier 1985 autorise des licenciements selon la procédure particulière visée par l'article 45.[331] Mais on remarquera que si la loi autorise de façon restrictive les ruptures du contrat de travail, elle ne vise que le licenciement.[332] Dès lors, les salariés engagés temporairement verront la stabilité de leur relation renforcée par rapport aux salariés permanents, ce qui n'est pas sans paradoxe car l'entreprise va se priver des compétences de ses salariés permanents au profit de ceux ayant une qualification professionnelle moindre, une connaissance partielle de l'entreprise, ce qui ne va guère dans le sens de son sauvetage. Des arguments en sens contraire pourraient être opposés, mais il n'est pas sûr que dans une application stricte de la loi, ils conservent toute leur pertinence.

Néanmoins, c'est sur une disposition cardinale de l'opposition entre la tâche et l'emploi qu'il faut conclure. L'article L. 12233 du Code du travail dispose que « ***sauf dispositions législatives expresses, et à l'exclusion des dispositions concernant la rupture du contrat de travail (...)*** » les mêmes dispositions s'appliquent aux salariés liés par un contrat à durée déterminée. L'exclusion opérée par le législateur est ici fondamentale. En effet, le contrat limité dans le temps assure intrinsèquement sa propre stabilité ; les parties s'engagent sur un terme. Le droit à la poursuite du contrat est donc borné, limité par la date de cessation de ses effets, ou l'événement certain qui en sera la cause. Tout autrement doit se concevoir le droit à la poursuite de l'exécution du contrat lorsque celuici est lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Seule l'idée d'occupation de l'emploi tel que précédemment envisagé attrait à elle des mécanismes de protection. A cet égard, l'agrégation des règles du droit de la rupture du contrat de travail autour de la notion d'emploi semble particulièrement significative. Ainsi, comme le relève un auteur c'est « l'espèce licenciement économique qui est définie de façon positive par le droit », et non celle de licenciement personnel, l'auteur préférant dès lors la notion de licenciement non économique.[333] Une question est donc de savoir si le droit peut prendre l'emploi comme fin.[334] A défaut de la réalisation d'un droit à l'emploi, à tout le moins

330 En ce sens, A. DUNES, « Le rupture anticipée du contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1980, 68 ; G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°333 et suiv.

331 Infra n°279.

332 L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise ne justifie pas une rupture anticipée du contrat de travail. Cass. Soc. 20 oct. 1993, *Gaz. Pal.* Pan. 263.

333 J.M. BERAUD, *Manuel de droit du travail et de droit social*, 4ème éd., 1994, n°162.

334 Une autre question indissociable de celleci doit conduire à s'interroger sur la pertinence de la construction de règle sur un modèle remis en cause. Infra n°531 et suiv.

peuton tenter de rechercher si le droit du travail ne place pas la stabilité du lien contractuel au coeur de ses préoccupations.

2 L'emploi permanent, une nature différente en droit et en fait de la tâche

Ce qui est permanent est ce qui dure sur une longue durée, ce qui est continu ; à l'inverse, ce qui n'est pas permanent est provisoire. La permanence est un attribut bien connu du droit, notamment du droit public avec le principe de la permanence des institutions, notamment celle de la justice. Mais de surcroît, l'idée même de permanence est à la source de la règle de droit, au sens matériel ou formel. La règle de droit est, notamment, générale et permanente, c'estàdire qu'elle a vocation à s'appliquer jusqu'à son abrogation. Ramenée à la notion d'emploi dans l'entreprise l'idée de permanence marque sans ambiguïté qu'elle est le résultat d'une division du travail rattachée à l'activité normale et donc permanente de l'entrepriseorganisation. En effet, celleci déploie son activité autour d'un noyau dur d'emplois qui dans le postulat édicté par le législateur ne peuvent être que supportés par une relation juridique durable, non provisoire. Le régime du contrat à durée déterminée établit seul cette opposition structurale entre l'emploi et la tâche, un certain nombre d'outils parachevant cette construction.[335]

a) Une définition structurale de l'emploi permanent

Dans l'opposition conceptuelle entre l'emploi et la tâche, le législateur élabore négativement la notion d'emploi autour de trois critères. Tout d'abord, partant d'un constat objectif lié à l'organisation de l'entreprise, il énonce que le contrat à durée déterminée ne peut pas être lié à un emploi. Il a pour objet une tâche non liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Ensuite, et par exception, si le contrat à durée déterminée peut être lié à l'occupation d'un emploi, en tout état de cause ce ne peut être que pour un temps limité. Enfin, c'est aussi parce que non lié à la fonction productive de l'entreprise propre à l'emploi, qu'un contrat à durée déterminée peut être conclu, sa finalité étant alors différente.

a 1 : L'activité normale et permanente de l'entreprise point d'opposition entre l'emploi et la tâche

La loi dispose que le contrat à durée déterminée ou le contrat de travail temporaire ne peuvent pas avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.[336] Elle précise ensuite que sous réserve de dispositions

[335] G. LYON-CAEN, « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », *Dr. Soc.* 1988, 548.

[336] Le législateur vise non seulement le contrat à durée déterminée, article L. 1221 du Code du travail mais également le contrat de travail temporaire, article 1242 du Code du travail. En réalité les deux contrats appréhendent le même phénomène, l'un concerne l'embauche directe à durée déterminée, l'autre l'utilisation d'un travailleur pour une durée limitée par le relais d'un entreprise de travail temporaire. Notons dès à présent que sous les réserves propres au régime du travail temporaire, et pour l'objet qui est le nôtre, il n'y a pas de différence entre ces deux contrats. Aussi pour une question de facilité de rédaction, on ne fera mention que du contrat à durée déterminée, mais les renvois aux dispositions légales distingueront les deux situations.

spéciales, le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour une tâche précise et temporaire, et seulement dans des cas limitativement énumérés.[337] De la combinaison de ces règles, il résulte que le législateur entend d'abord la notion de tâche comme un ensemble de fonctions qui ne sont pas liées à l'activité normale et permanente de l'entreprise, c'estàdire qui n'entrent pas normalement dans son organigramme tel qu'il peut être défini eu égard à son activité normale et permanente.[338] La tâche, à la différence de l'emploi, est donc étrangère à la sphère normale de l'activité principale ou des activités connexes, de type administratif, sans lesquelles l'entreprise ne peut pas fonctionner. Ainsi, et sauf dérogations légales expresses, l'activité, divisée en unités de travail, que génère l'entreprise est par nature un emploi. C'est de ce postulat que partent les juges du fond lorsqu'ils énoncent que la création de l'entreprise ne justifie pas l'engagement des salariés par voie de contrat à durée déterminée, ou que la nature juridique du contrat permettant l'exploitation d'une entreprise,[339] ici un contrat de concession, légitimerait un tel mode de recrutement du personnel.[340] La notion de tâche se distingue de l'objet, ou des objets, de l'entreprise qui constituent le cycle normal de son activité ou qui y sera rattaché par suite de l'évolution de cet objet. Ainsi, selon la Cour de cassation, par opposition à la notion d'emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, la tâche ne peut pas être en relation avec une activité régulière de l'entreprise. Tel est le cas pour un salarié occupé à la production de journaux télévisés, activité régulière de la société qui l'employait peu important que l'emploi soit à temps partiel dès lors qu'il répondait au besoin permanent de l'entreprise.[341] C'est cette même conception de la dualité emploi/tâche qui avait motivé une solution dans laquelle les juges du fond avaient requalifié le contrat en contrat à durée indéterminée d'un enseignant engagé pour assurer pendant toute la durée de l'année scolaire l'enseignement du français et de la culture générale, disciplines enseignées de façon permanente dans l'établissement.[342] C'est encore cette conjonction entre l'emploi et l'activité normale et permanente de l'entreprise qui permet au juge de revenir sur la qualification de contrat à durée déterminée s'il est conclu au motif du lancement d'une nouvelle activité, lorsque précisément l'activité s'est

337 Article L. 1221 alinéa 2 et article L. 12421 du Code du travail.

338 Circ. DRT 1890 du 30 oct. 1990, *F.R.S.* 2590, p. 3.

339 C.A. Pau, 2 avril 1993, S.A.R.L. SDF, cité par G. Poulain, Le contrat à durée déterminée, *Juris Classeur* Travail, Fasc. 242 n°11, 1994.

340 C.A. Aix en Provence, 12 juin 1991, Friou, cité par G. Poulain, Le contrat à durée déterminée, *Juris Classeur* Travail, Fasc. 242 n°11, 1994.

341 Cass. Soc. 8 janv. 1997, *C.S.B.P.* n°88, A. 13. « Attendu que (...) l'emploi, même s'il était à temps partiel avec des alternances de périodes travaillées et de périodes non travaillées, répondait au besoin permanent de la « cinq », en sorte qu'il ne pouvait être pourvu que par un contrat à durée indéterminée ».

342 Cass. Soc. 10 juin 1991, *R.J.S.* 89/92, n°965. Même solution encore pour une salariée ayant exercé une activité d'animatrice pendant plus de cinq ans sans autre interruption que celle des congés légaux annuels, Cass. Soc. 22 janv. 1992, *R.J.S.* 2/92, n°124.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

stabilisée et a été intégrée à l'organisation normale de l'entreprise.[343] La Cour de cassation approuve ainsi la Cour d'appel, qui pour requalifier un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, relève que si la nouvelle activité d'un employeur constitue une expérience, en sorte que les emplois créés ne constituent pas des emplois permanents, il n'en est plus de même deux années plus tard au moment où le contrat est renouvelé.[344] L'écoulement du temps raccorde donc la tâche à l'activité de l'entreprise, son caractère permanent modifiant substantiellement sa nature, elle est un emploi.

La définition de la tâche s'oppose à celle de l'emploi par une analyse organisationnelle de l'entreprise. Son utilisation comme motif de recours au contrat atypique doit donc être strictement appréciée. Les caractères de la tâche, précise et temporaire, y invitent. La précision de la tâche doit être comprise comme une double exigence : non seulement le besoin doit être identifié avant la conclusion du contrat mais il est encore indispensable que la « mesure » de la tâche soit connue avec précision. Le législateur confirme le caractère exceptionnel de ce mode de recrutement en exigeant que la tâche soit temporaire mais qu'au surplus le contrat soit conclu de date à date. Une telle exigence est critiquée parce que la nature occasionnelle de la tâche rendrait moins pressante la mesure du temps.[345] On ne peut nier la rigidité introduite ici, mais elle est la marque de l'analyse fonctionnelle de la notion d'emploi dans sa dimension structurale et temporelle.

a 2 : La nécessaire limitation dans le temps de la tâche par opposition à la permanence de l'emploi

Si le législateur prohibe le recours aux contrats de travail atypiques afin d'effectuer un recrutement pour un emploi, en revanche, il admet que, dans des cas limitativement énumérés, un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise peut faire l'objet d'un contrat à durée déterminée.[346] Cette approche n'est pas contradictoire avec la définition proposée de l'emploi permanent et s'inscrit dans le cadre de la réglementation de l'alternative dans l'emploi aux fins de recrutement du salarié. Tout d'abord, une telle construction peut se montrer opportune ; en fait, afin de ne pas rendre ni trop rigide ni trop coûteuse la gestion de la maind'oeuvre nécessaire à l'entreprise ; en droit, ensuite, il est soutenu que c'est une interprétation extensive de l'article L. 1211 du Code du travail qui prévaut.[347] Ainsi selon Monsieur Poulain,[348] le recours au contrat à durée déterminée n'est

343 Loi n°97954 du 16 oct. 1997 relative aux « Emploisjeunes », *Liaisons Sociales* n°7758 du 10 nov. 1997.emploisjeunes

344 Cass. Soc. 29 oct. 1996, *Bulletin trimestriel n°36 de droit du travail*, n°225.

345 En ce sens, G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°34.

346 Article L. 12212 et article L. 1242 du Code du travail.

347 Article L. 1242 du Code du travail pour le contrat de travail temporaire.

348 G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°19 et suiv.

licite que si deux conditions sont remplies : l'existence d'une tâche précise et son caractère occasionnel. L'auteur s'oppose ainsi à une conception dite restrictive qui écarterait tout recours au contrat de travail atypique dès lors qu'il est rattaché à l'activité normale et permanente de l'entreprise.[349] Si, à l'évidence, c'est bien l'approche de Monsieur Poulain qui doit être retenue, on peut cependant penser que le fondement n'est pas à rechercher dans une analyse extensive du dispositif.

Effectivement, il est soutenu que l'emploi, au sens d'utilisation de la force de travail, peut être considéré comme l'objet du contrat.[350] Si l'on comprend bien, il semble que ce soit en réalité la prestation de travail qui soit ici visée et non l'emploi directement, simplement parce que l'emploi pourrait être modifié sans porter atteinte au contrat luimême ; le salaire est le plus souvent cité en exemple.[351] Sans doute, la remarque est juridiquement exacte lorsque c'est de « l'emploi-fonction » qu'il est question. Une appréciation plus nuancée peut être proposée, si l'on admet que l'emploi exprime un lien de droit, d'une certaine qualité, objet de protection.[352] Au demeurant, ce qui apparaît plus sûrement est que, au delà de la prestation de travail, la qualification professionnelle joue un rôle essentiel dans la formation et l'exécution du contrat de travail. On peut même penser que c'est sur la rencontre de la mise à disposition d'une certaine compétence professionnelle par le salarié et les compétences requises pour occuper un emploi déterminé que se forme le contrat de travail.[353] Ainsi, en restant sur le terrain de l'analyse contractuelle, la cause subjective au choix du contrat de travail, pour l'employeur, est déterminée par la nature de l'emploi pris dans son sens générique.[354] Or précisément, le législateur précise ce qu'il faut entendre soit par emploi soit par tâche. L'alternative dans l'emploi est réglementée, « elle ne peut trouver sa cause dans la volonté des parties ».[355] Aussi, lorsqu'est admis le recours au contrat atypique ce n'est pas pour pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; la cause serait alors illicite parce que contraire à l'article L. 1221 du Code du travail. Le contrat de travail atypique ne peut pas avoir pour objet de pourvoir à l'occupation d'un emploi. En revanche, s'il est lié à un emploi, il ne peut être conclu que si, et seulement si, il est temporaire. La liste limitative donnée par l'article L. 12211 du Code du travail l'illustre parfaitement.[356] C'est une

[349] En ce sens F. SARAMITO, « Le régime actuel du contrat à durée déterminée », *Dr. Ouv.* 1987, 39. Voir pour un exemple C.A. Paris, 11 oct. 1988, société Damu, cité par G. Poulain, Le contrat à durée déterminée, *Juris Classeur* Travail, Fasc. 242 n°8, 1994

[350] Voir M.L. MORIN et L. MALLET, « Le détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660, spéc. paragraphe 2 ; également M. FABREMAGNAN « Travail et droit des contrats », colloque Nantes (Le travail en perspectives), cité par Madame Morin « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998.

[351] Notamment, infra n°199 et suiv.

[352] Infra n°133 et suiv., n°203 et suiv.

[353] Infra n°158 et suiv.

[354] M. DESPAX et J. PELISSIER, *La gestion du personnel, aspects juridiques*, t. 1, 2ème éd. Cujas, n°84 et suiv.

[355] G. POULAIN, « La réforme du contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1982, *Les réformes*, p. 357.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

analyse de l'organisation de l'entreprise qui domine la réglementation du travail atypique. Tant le motif de remplacement d'un salarié absent que l'accroissement temporaire d'activité soulignent cette construction ; l'emploi à caractère saisonnier, sans la démentir, nécessite plus de précision.

Concernant, en premier lieu, le recrutement par contrat atypique d'un salarié en vue de remplacer un salarié absent ou en cas d'accroissement temporaire d'activité,[357] il apparaît assez clairement, qu'*a posteriori*, le contrat est directement rattaché à un emploi. Cet emploi est déjà existant lorsqu'il a pour objet un remplacement ; il a simplement vocation à exister en cas d'accroissement temporaire de l'activité puisque justement il est lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Pourtant, dans ces deux situations le législateur autorise le recours au contrat atypique, le garde-fou est alors le caractère temporaire de l'affectation ou de l'activité.

Tout d'abord, le législateur autorise le recours au contrat de travail atypique lorsque le titulaire permanent d'un emploi est absent ou lorsque son contrat de travail est suspendu,[358] ou encore en cas de départ définitif d'un salarié précédent la suppression de son poste de travail,[359] ou dans l'hypothèse inverse en attente de l'entrée effective d'un salarié recruté par contrat à durée indéterminée sur cet emploi. De ces situations diverses ce sont, sans doute dans la pratique, les cas d'absence ou de suspension qui justifient le plus souvent le recours à un contrat particulier. Elles ne semblent pas sur le plan des principes appeler de remarques spéciales et n'apportent, il est vrai, aucun élément direct afin d'éclairer la notion d'emploi puisqu'il est déjà concrétisé par une autre situation d'emploi. Le salarié est recruté non pour occuper directement l'emploi ; c'est son contrat qui est lié à l'occupation d'un emploi dont le salarié titulaire ne peut pas, à un instant précis, remplir son obligation principale de fourniture du travail. Néanmoins, dans le cadre de l'absence, une hypothèse particulière, mais qui dans la pratique peut tendre à se généraliser, doit être examinée. Il faut ici partir d'un exemple le plus simple pour aller à une situation plus complexe. Un salarié titulaire d'un emploi dans une entreprise obtient que le temps du travail de son emploi soit ramené à mitemps. La question qui se pose est alors de savoir, si l'employeur peut avoir recours à un contrat à durée déterminée pour le temps de l'emploi ainsi libéré. La réponse à la question est commandée par le caractère temporaire ou non de l'altération quantitative de l'emploi, pour savoir si elle affecte alors l'organigramme de l'entreprise. En effet, si le passage à mitemps est temporaire, on doit pouvoir considérer que le recours à un contrat à durée déterminée serait licite, il n'y aurait pas, dans cette configuration, une modification de l'emploi, seules les conditions matérielles d'exécution seraient provisoirement affectées. Mais cette solution, retenue par l'administration du travail, ne va pas de soi car le temps partiel ne correspond pas

356 Article L. 12421 du Code du travail.

357 Article L. 12211 du Code du travail et L. 12421.

358 Sous la réserve expresse que la cause de la suspension n'est pas la suite d'un conflit collectif. Article L. 1223 alinéa 1 et article L. 12423 du Code du travail.

359 Les institutions représentatives du personnel doivent alors être saisies.

exactement à l'absence.[360] *A contrario*, tout autre serait l'hypothèse où l'emploi serait effectivement modifié, la division d'un emploi à temps plein entraînant la création d'un emploi à mitemps lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et, à ce titre insusceptible d'être pourvu par un contrat atypique.[361]

Qu'en estil, encore, lorsqu'un salarié est valablement recruté par un contrat à durée déterminée en vue du remplacement d'une salariée en congé maternité laquelle à l'issue de celuici prend un congé parental,[362] mais qui opterait pour une réduction d'horaire, et non point pour un congé ? Ici, le problème ne se pose pas dans les mêmes termes, l'emploi dans sa structure n'est pas modifié. Mais, se pose toujours la question récurrente de ce qui peut être entendu comme une absence temporaire. Dans cette situation, l'objet du contrat à durée déterminée est affecté car que le contrat soit conclu de date à date, c'estàdire uniquement pour le congé maternité, ou qu'il soit conclu sans terme précis, la situation du salarié sera modifiée. La poursuite du contrat ou son renouvellement, non soumis à l'obligation du délai de carence, supposera alors l'accord du salarié. Son refus, sans effet en cas de renouvellement, sera plus délicat à gérer dans le cadre de la poursuite du contrat, l'employeur devant soit renoncer à la modification soit se voir imputer la rupture et être condamné à payer une indemnisation du préjudice fondée sur la durée prévisible du contrat prématurément rompu.[363]

Enfin, à propos du surcroît temporaire d'activité, il faut relever ici que la tâche, pour laquelle est embauché le salarié, est directement liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Ce seul constat devrait suffire à écarter le recours au contrat atypique. Mais pour des facilités de gestion supposées et plus encore parce que l'emploi n'est pas existant dans l'organigramme de l'entreprise sa conclusion est autorisée dès lors qu'elle est strictement délimitée dans le temps : dans cette situation, le terme du contrat doit être déterminé lors de la conclusion du contrat.[364] L'objectif est donc d'empêcher que la tâche, ici différenciée de l'emploi uniquement par son caractère temporaire, ne se transforme en véritable emploi et contrarie le principe posé par l'article L. 1221 du Code du travail précité. Tout comme en ce qui concerne la commande exceptionnelle à l'exportation, il apparaît donc nécessaire que l'entreprise ne puisse pas faire face au moment de la survenance de l'accroissement d'activité avec son personnel permanent normal. Ainsi en cas de contestation de l'utilisation de contrats atypiques dans ces situations, l'employeur devra non seulement justifier l'accroissement de son activité mais également le caractère temporaire de celuici. La Cour de cassation ayant rappelé, à ce titre, que la seule mention du motif du surcroît d'activité par l'employeur est à lui seul insuffisant.[365]

[360] Voir Circ. DRT 18/90 du 30 oct. 1990 et G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°137.

[361] En ce sens, C.A. Aix en Provence, 20 oct. 1992, *R.J.S.* 1992, n°1436.

[362] Articles L. 122281 et suiv. du Code du travail. D. CORRIGNANGARCIN, « A propos du congé parental d'éducation : portée de la suspension légale du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1993, 728.

[363] Cass. Soc. 13 mai 1992, *R.J.S.* 6/92, n°721.

[364] Article L. 12211 III ne vise pas le cas de l'article L. 12211 3°. Egalement article L. 12422.

En second lieu, concernant l'emploi saisonnier ou l'emploi d'usage,[366] on relèvera tout d'abord la difficulté pour le législateur de s'en tenir aux catégories juridiques qu'il induit. En effet, conformément au principe de rattachement selon lequel seul l'emploi par nature permanent, par opposition à la tâche quant à elle temporaire, peut supporter un contrat à durée indéterminée, il faut admettre que l'utilisation de la notion « d'emploi saisonnier » apparaît alors impropre.[367] Pour autant, ce flottement terminologique ne remet pas en cause la notion d'emploi. En réalité, il semble ici que l'ancienneté de la notion ait pris le pas sur une rigueur plus conceptuelle. « L'emploi » saisonnier est défini comme « des travaux qui sont normalement appelés à se répéter chaque année, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs et qui sont effectués pour le compte d'une entreprise dont l'activité obéit aux mêmes variations. »[368] L'exigence est double afin que soit reconnu à un « emploi » un caractère saisonnier ; il faut, d'une part, que le caractère intermittent de « l'emploi » résulte d'une contrainte extérieure à l'employeur, autrement dit que le caractère saisonnier ne dépende pas de la volonté du chef d'entreprise et, d'autre part, que le travail saisonnier soit limité dans le temps pour conserver un rapport direct avec la saison. Ces conditions permettent donc d'établir une distinction très nette entre la permanence de l'entreprise et « l'emploi saisonnier », lequel ne peut correspondre à la totalité de la période d'ouverture de l'entreprise. Si tel était le cas « l'emploi » saisonnier serait un emploi permanent insusceptible de faire l'objet d'un contrat de travail atypique. Ainsi, il a été jugé que le chauffeur d'un car scolaire, engagé cinq années de suite sans autres interruptions que celles des vacances scolaires, ne peut pas être qualifié « d'emploi saisonnier » dès lors que l'emploi est lié à l'organisation de l'enseignement,[369] ou encore d'un salarié embauché durant toute la durée d'ouverture d'un établissement thermal,[370] enfin, par exemple, d'un professeur de danse engagé pour la durée de l'année scolaire.[371] Dans tous les cas, et comme tous les secteurs d'activité peuvent être concernés,[372] il appartient à l'employeur de démonter le caractère saisonnier de « l'emploi » occupé par le salarié recruté temporairement.

365 Cass. Soc. 18 janv. 1995, *R.J.S.* 3/95, n°209 ; Cass. Soc. 5 déc. 1989, *Bull. V.,* n°694, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1990, 525. Cette solution concerne évidemment tous les cas de recours au contrat à durée déterminée, la simple référence au cas de recours légaux est insuffisante, Cass. Soc. 4 déc. 1996, *Bulletin trimestriel 37 de droit du travail*, n°227, *Dr. Soc.* 1997, 90.

366 Il n'apparaît pas opportun ici d'entreprendre, pour ellemême, une étude du contrat d'usage. Dans la problématique les principes et les questions se montrent identiques.

367 Article L. 12211 3° du Code du travail et article L. 12421 3°.

368 Circ. DRT n°18/90 du 30 oct. 1990 et définition donnée par l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990.

369 Cass. Soc. 13 nov. 1990, *R.J.S.* 12/90 n°949

370 Cass. Soc. 22 janv. 1991, *Bull. V.,* n°30. Solution identique pour un salarié embauché pendant toute la durée d'ouverture d'un restaurant, Cass. Soc. 2 fév. 1994, *Dr. Soc.* 1994, 372. Cass. Soc. 20 janv. 1991, *R.J.S.* 3/91, n°316, ou encore pour un musicien appelé à intervenir lors de chaque numéro d'une émission de télévision, Cass. Soc. 10 avril 1991, *J.C.P.* 1991, éd., E., I, 95.

371 Cass. Soc. 18 janv. 1995, *R.J.S.* 3/95, n°210.

Une telle analyse paraît cohérente ; cependant le jeu contractuel vient la perturber. En vertu de l'article L. 122315 alinéa 1 le contrat de travail à caractère saisonnier peut comporter une clause de reconduction pour la saison suivante, l'alinéa second du même article prévoyant qu'une convention collective peut envisager que tout employeur ayant occupé un salarié dans un emploi à caractère saisonnier doit lui proposer, sauf motif réel et sérieux, un emploi de même nature, pour la saison de l'année suivante. Du jeu de ces dispositions conventionnelles, le juge tire le principe que la décision de non renouvellement à l'échéance d'une saison doit être assimilée à un licenciement.[373] L'effet de la disposition conventionnelle, sans modifier la nature juridique du contrat ni même le caractère de l'activité salariée, inscrit la relation de travail dans la permanence et lui fait produire des effets de droit propres au contrat à durée indéterminée. La solution est tout autre si aucune clause ne permet la reconduction de la relation de travail pour la saison suivante. La Cour de cassation affirme avec netteté que la relation prise dans sa globalité ne peut pas être considérée comme étant à durée indéterminée, en dépit d'ailleurs de renouvellements systématiques.[374] Seule une concordance entre la durée de la relation contractuelle et l'ouverture de l'entreprise est de nature à déqualifier « l'emploi saisonnier » en emploi permanent lié de fait à l'activité normale et permanente de l'entreprise.[375] Si la spécificité du travail lié à la saison n'est pas à remettre en cause, en revanche, la disparité des situations tenant soit à l'application d'une convention collective soit à la volonté de l'employeur d'insérer dans le contrat une clause de renouvellement, ne peut pas être approuvée. Elle souligne, en réalité, l'ambiguïté même de la notion « d'emploi saisonnier » qui se fonde sur une activité certes temporaire mais qui, en permanence se renouvelle. Or, il ne semble pas possible de prétendre détacher ces emplois de l'organisation de l'entreprise. A cet égard, l'introduction d'une période d'essai à chaque renouvellement peut surprendre.[376] En effet, ne créetelle pas une distorsion entre l'appréciation de l'aptitude professionnelle du travailleur et l'obligation d'adaptation du salarié à son emploi inhérente au contrat de travail de droit commun ? Il y a là pour l'employeur motif à non renouvellement du contrat, normalement justifié par le défaut de compétence du salarié par rapport à son emploi, et absence d'obligation de maintenir la qualité de la compétence pour employer le travailleur.

a 3 : La finalité de l'emploi permanent

372 Cass. Soc. 10 janv. 1990, *R.J.S.* 3/91, n°313. L'administration du travail souligne, pour sa part et sans que cela n'ait donc un caractère exhaustif, des domaines où l'emploi saisonnier se rencontre : industrie agroalimentaire, ou tourisme. L. CASAUX, « Le travail saisonnier non précaire. », *Dr. Soc.* 1988, 175.

373 Cass. Soc. 10 janv. 1987, *Bull. V.,* n°2 ; 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°486 ; 19 nov. 1987, *Bull. V.,* n°665.

374 Cass. Soc. 31 janv. 1985, *Bull. V.,* n°74, renouvellement pendant vingttrois ans ; Cass. Soc. 26 mai 1988, Nikki.

375 Jurisprudence constante : Cass. Soc. 13 déc. 1978, *Bull. V.,* n°854 (hôtel ouvert pendant la saison et relation ininterrompue pendant vingtdeux ans) ; Cass. Soc. 22 janv. 1991, *Bull. V.,* n°30 ; Cass. Soc. 2 fév. 1994, *Dr. Soc.* 1994, 372.

376 Article L. 122315 alinéa 2 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Si l'emploi et la tâche peuvent être opposés en ce qu'ils sont ou non intégrés de façon permanente à la structure organisationnelle de l'entreprise, il est un point sur lequel les deux notions convergent, c'est leur finalité. L'emploi et la tâche sont exclusivement tournés vers l'activité de production de l'entreprise.[377] Toutefois, dans le cadre de l'article L. 1222 du Code du travail il est prévu que :

« Le contrat de travail peut également être conclu pour une durée déterminée :

1. lorsqu'il est conclu au titre des dispositions législatives et réglementaires destinées à favoriser l'embauchage de certaines catégories de personnes sans emploi ;

2. lorsque l'employeur s'engage, pour une durée et dans des conditions qui seront fixées par décret, à assurer un complément de formation professionnelle au salarié. »

Par ce dispositif, le législateur montre que l'enjeu de la qualification professionnelle est central.[378] Elle est au coeur des politiques d'emploi, son acquisition structurant, par ailleurs le marché externe du travail. Ainsi, il est de plus en plus fréquent de trouver dans l'entreprise une frange de travailleurs, qui n'occupe pas un emploi, ni même une tâche, mais sont en qualification.[379] Cette situation dans l'entreprise se caractérise par la finalité du contrat qui est organisée autour de la transmission d'un savoirfaire. Le tutorat est un modèle emprunté à l'organisation des corporations de métiers établies sous l'Ancien régime et n'a cesser depuis de prospérer et dont la forme la plus aboutie est aujourd'hui le contrat d'apprentissage.[380] Il en résulte que l'objet de ces contrats n'est pas une

[377] Y compris dans le cadre de l'article L. 12212 II lorsque le contrat à durée déterminée peut être conclu, pour une durée maximum de 9 mois, afin de réaliser des travaux urgents nécessités par des mesures de sécurité.

[378] Infra n°158 et suiv

[379] Dans cette perspective on remarquera que la formation est un véritable enjeu qui occupe une place considérable dans l'activité nationale, plus d'un quart de la population active étant en formation en qualité de formé ou de formateur. Sur cet aspect voir notamment, P. SANTELEMANN, « Insertion et formation professionnelle des jeunes, quel droit à la qualification ? », *Dr. Soc.* 1993, 418 et « La reconnaissance de la qualification professionnelle », *ibid.* 1014 ; J.M. LUTTRINGER, « Entreprise et formation professionnelle », in Mélanges G. LyonCaen, Paris, Dalloz 1989, p. 363 et suiv. ; Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995.

[380] Concernant l'évolution de l'apprentissage, se reporter notamment aux ouvrages suivants : P. QUEF, *Histoire de l'apprentissage. Aspects de la formation technique et commerciale*, *L.G.D.J.*, 1964 ; G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, P.U.F., Droit social, 1995, notamment page 89 et suiv. ; G. PIGNARRE, *L'apprentissage*, Litec 1992. On relèvera ensuite que la question de l'apprentissage est encore sur le métier et devrait conduire le gouvernement Juppé à élaborer un nouveau projet de loi ; un rapport le précède : Rapport Chamard janv. 1994, *Liaisons sociales* n°11/94, V. C'est l'apprentissage qui a servi de modèle pour la désignation, d'abord sous l'impulsion de la négociation collective sur le fondement de la loi du 24 février 1984, à la mise en place d'un ou plusieurs tuteurs dans l'entreprise chargée des jeunes. Par exemple dans le cadre du S.I.V.P., art. 7 de la loi du 31 déc. 1991.

prestation de travail ayant pour contrepartie un salaire, la période de formation n'est pas une modalité d'exécution du contrat, elle est son essence même. La finalité de ces contrats spéciaux est donc tout autant d'acquérir une formation professionnelle que de tisser un lien avec la vie sociale par la voie de l'insertion professionnelle.[381] Toutefois, en dépit de l'article L. 1222 précité, ces contrats ne montrent guère d'unité juridique. Tout d'abord, on observera une certaine dilution de la notion de formation, celleci n'étant pas toujours qualifiante ; leur dénomination en rendant assez bien compte.[382] Enfin, et alors même qu'ils ne peuvent se substituer à des emplois permanents, temporaires ou saisonniers[383] et si, par principe, ils sont des contrats de travail à part entière, ils sont généralement supportés par un contrat à durée déterminée mais peuvent parfois l'être par un contrat à durée indéterminée. Tel est notamment le cas du contrat d'adaptation lorsqu'un jeune est embauché pour tenir un emploi permanent dans l'entreprise (sic).[384] On ne peut ici que relever la contradiction entre le dispositif général de l'article L. 1222 et certains régimes spéciaux. La Cour de cassation, sur ce point, a d'ailleurs adopté une solution originale mais qui doit cependant être approuvée. En effet, le contrat de travail doit être à durée indéterminée lorsqu'il vise un emploi de l'entreprise. La rédaction du

[381] La législation actuelle est réglée par les dispositions des L. 9801 et suiv. du Code du travail. Leur développement est ancien. A titre d'exemple, ont été crées et parfois juxtaposés des contrats subventionnés avec comme premier élément de cette construction le contrat emploiformation créé en 1975, décret du 4 juin 1975, modifié par un décret du 22 sept. 1982 puis du 19 mai 1983 qui distingue emploiorientation et emploiformation. Mais la loi du 20 décembre 1993 (loi quinquennale) a supprimé ce dispositif pour le remplacer par le contrat d'insertion professionnelle plus connu sous son sigle : C.I.P., décret n°94255 du 30 mars 1995. Face au tollé et aux manifestations suscitées par cette réforme le retrait de ce texte a été décidé par le gouvernement Balladur ; les contrats d'orientation et d'adaptation ayant été maintenus jusqu'au 1er juillet 1995. A propos du C.I.P., voir notamment l'analyse critique de G. COUTURIER, « Le contrat d'insertion professionnelle », *Dr. Soc.* 1994, 204. Parmi ces contrats on peut encore citer le contrat emploi solidarité (C.E.S.) mis en place par la loi n°89905 du 19 déc. 1989, article 5, modifié par une loi du 31 déc. 1991 et enfin par la loi du 20 déc. 1993, codifié à l'article L. 32247 et suivants du Code du travail. L'objet de ce contrat est de permettre une insertion des jeunes sans emploi par le développement d'activités répondant à des besoins collectifs non satisfaits. Toutefois, de l'aveu même des services du ministère du travail, ce contrat est un pis aller, et il est souligné que doivent être conclus par priorité des contrats qui permettent d'acquérir une véritable formation professionnelle (sic) ; 680 000 contrats ont été néanmoins signés pour 1994.

[382] On passe ainsi du contrat de qualification (article L. 9811 du Code du travail (contrat par ailleurs le plus usité : 115 442 en 1994, selon les statistiques de la D.A.R.E.S.) au contrat d'adaptation (article L. 9816 du Code du travail) les vicissitudes liées à la survie de ce type de contrat marquent sans doute aussi les tâtonnements de la politique de l'emploi, en témoignent la naissance et les diverses résurrections du contrat d'adaptation : mis en place par une loi du 30 nov. 1984, modifié par la loi du 31 déc. 1991, il est supprimé par la loi du 20 déc. 1993 à compter du 1er juill. 1994 mais prorogé jusqu'au 1er juill. 1995 pour être pérennisé par une loi D.D.O.S. du 4 fév. 1995 ! En ce sens voir J. BICHOT, « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Dr. Soc.* 1987, 755) au simple contrat d'orientation (article L. 9817 du Code du travail le contrat a été pérennisé par une loi D.D.O.S du 4 fév. 1995, art. 84. Ce type de contrat ouvre droit pour l'employeur à un certain nombre d'exonérations notamment concernant les cotisations patronales dues au titre des assurances sociales maladie, maternité, invalidité, décès, vieillesse et veuvage, article L. 9819, accident du travail et allocations familiales.)

[383] Article L. 9817 alinéa 1 du Code du travail.

[384] Article L. 9816 alinéa 2 du Code du travail.

texte aurait pu laisser penser que lorsqu'un emploi permanent est pourvu par un contrat d'adaptation celuici doit être à durée indéterminée, mais, qu'en revanche, l'employeur a le choix entre le recours au contrat à durée indéterminée ou au contrat à durée déterminée lorsque l'emploi n'est pas permanent,[385] cette solution étant d'ailleurs celle des juges du fond.[386] Mais la Cour de cassation s'est orientée, pour sa part, dans une interprétation différente du texte puisqu'elle considère que lorsque l'emploi n'est pas permanent l'employeur ne bénéficie d'aucune option, il doit conclure un contrat à durée déterminée ; la nature de l'emploi conditionnant la nature du contrat.[387] La solution est donc assez singulière pour être soulignée et approuvée car elle marque la volonté des juges d'accorder une protection particulière aux jeunes en formation, évinçant, peutêtre artificiellement, le recours au contrat de droit commun, le contrat à durée indéterminée, qui offre dans cette hypothèse moins de garanties, sa gestion y compris sa rupture étant beaucoup plus rigide dans le cadre d'un contrat à durée déterminée.

Toutefois, l'hétérogénéité tenant à la nature juridique du contrat de travail ne remet pas en cause l'idée défendue selon laquelle l'emploi ou la tâche ont seuls pour objet une activité productive. La jurisprudence de la Cour de cassation concernant la violation de la finalité de ces contrats de formation l'atteste. En effet, si le contrat de travail emporte la subordination juridique du travailleur appréciée à l'aune de la finalité de l'entreprise, tout autre est l'approche de la subordination de la personne en qualification. Si elle demeure soumise aux règles générales et permanentes de la discipline, cellesci ne peuvent pas être complètement assimilées à la notion de discipline de production.[388] En effet, il faut que les modalités concrètes du déroulement du contrat de formation soient conformes à la finalité qui est la sienne, c'estàdire que ne soit pas caractérisée l'existence d'un contrat de travail à part entière. Autrement dit, le travailleur en formation ne peut pas uniquement avoir une fonction de production dans l'entreprise. Ainsi, il a été jugé que l'absence de formation doit entraîner la requalification du contrat de qualification en contrat de droit commun, c'est-à-dire en contrat à durée indéterminée. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la chambre sociale en date du 18 novembre 1992 par lequel les magistrats de la Cour suprême ont cassé la décision des juges de fond qui avaient statué sans avoir vérifié si la clause essentielle du contrat relative à la formation professionnelle avait été exécutée.[389]

385 Voir infra n°212 et suiv.

386 C.A. Grenoble, 15 mai 1990, arrêt cité par H. BLAISE, note sous Cass. Soc. 15 avril 1992, *J.C.P.*, éd. E, II, 364, p. 261.

387 Cass. Soc. 15 avril 1992, *J.C.P.*, éd. E, II, 364, p. 261, note H. BLAISE.

388 Infra n°478 et suiv.

389 Cass. Soc. 18 nov. 1992, *Bull. V.,* n°560, D. 1993 Somm. 256. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt du 31 mars 1994, pourvoi n°9244.424, selon lequel le respect de l'obligation de formation est un élément essentiel au contrat de qualification. Si cette obligation n'est pas remplie la rupture du contrat s'analyse en un licenciement. Dans le même sens, Cass. Soc. 12 avril 1995, *Bull. V.,* n°145, la formation théorique étant un élément essentiel du contrat de qualification, commet une faute grave l'employeur qui, contrairement aux engagements souscrits, met obstacle à ce que la salariée suive régulièrement les cours théoriques à l'acquisition d'une qualification.

De même, mais sur un autre point, la Cour de cassation a opportunément rappelé le caractère essentiel de cette formation qui lorsqu'elle fait défaut emporte la requalification du contrat et qui doit amener l'employeur à un jugement mesuré quant à l'appréciation de l'aptitude professionnelle du salarié, laquelle ne peut justifier une rupture du contrat notamment lorsque les faits reprochés ont été commis par le salarié au début de sa formation.[390] Enfin, et encore dans le même ordre d'idée on relèvera que dans le cadre d'un contrat d'orientation, le jeune travailleur ne peut pas effecteur des heures supplémentaires.[391]

b) Les garanties légales posées au respect de l'emploi permanent

La construction légale de la notion d'emploi permanent est présidée par deux principes : le premier établit un rapport consubstantiel entre l'organisation de l'activité de l'entreprise et l'emploi, lequel est lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Un second principe garantit, quant à lui, qu'en tout état de cause l'occupation temporaire d'un emploi ou la réalisation d'une tâche sont nécessairement limités dans le temps. Le législateur a, d'ailleurs, précisément quantifié ce temps puisqu'il énonce qu'en principe le contrat à durée déterminée ne peut pas être conclu pour une durée supérieure à dixhuit mois.[392] L'esprit des textes, autorisant le recours au contrat atypique pour des formes atypiques d'emploi (la tâche) ou en vue de l'occupation temporaire pour une cause précisément définie d'un emploi permanent, conduit également à penser que, comme le souligne le préambule de l'accord national interprofessionnel, le contrat à durée déterminée n'a pas pour objet de maintenir un volume permanent « d'emplois » non permanents. Afin de garantir ces principes, des dispositions sont mises en place, certaines visant des situations ponctuelles. On relèvera ainsi l'interdiction faite à l'employeur de recruter des salariés afin de pourvoir la catégorie des postes de travail qui a été concernée par une mesure de suppression d'emploi dans un délai de six mois.[393] C'est dans le même esprit que le comité d'entreprise doit être consulté sur les conditions d'emploi du personnel de l'entreprise.[394]

[390] Cass. soc 1er juill. 1992 SA Sovel c\ Mme Gondrexon : les erreurs et des négligences professionnelles commises par une salariée au début de sa formation ne présentent pas un caractère de gravité suffisant pour justifier une rupture anticipée de son contrat d'adaptation ; l'appréciation est identique concernant un salarié embauché sous contrat à durée indéterminée : les erreurs professionnelles commises par le salarié alors qu'il est en formation ne constitue pas une faute grave, Cass. Soc. 25 fév. 1992, Carlesso c/ Sté éts Barquis ; enfin en l'absence de toute formation, l'employeur ne peut pas reprocher au salarié son incompétence, Cass. Soc. 23 janv. 1991, SA Cabinet Berthier c\ Mlle Kleinpritz.

[391] Article L. 9818 alinéa 3 du Code du travail.

[392] Article L. 12212 du Code du travail et article L. 12422 II.

[393] Article L. 12221 du Code du travail. Cette interdiction est cependant tempérée soit que le contrat conclu n'excède pas 3 mois soit que son motif de conclusion concerne une commande exceptionnelle à l'exportation dont l'importance nécessite la mise en oeuvre de moyens quantitativement ou qualitativement exorbitants de ceux que l'entreprise utilise ordinairement.

[394] Article L. 4321 du Code du travail. Sur la notion de condition d'emploi, infra n°399 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Mais, ce sont les règles propres au régime du contrat atypique qui organisent les gardefous à la conclusion de contrats à durée déterminée pour l'occupation d'emplois dans l'entreprise. Ces garanties peuvent être regroupées : certaines mêlent dans le formalisme spécifique au contrat atypique des considérations de fond et de forme, d'autres tiennent aux modalités de reconduction du contrat atypique.

b 1 : Les conditions de fond et de forme encadrant le recours au contrat atypique

L'article L. 12231 du Code du travail dispose que le contrat à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif. Ce texte ajoute que le contrat écrit doit notamment faire figurer le nom et la qualification du salarié remplacé ou bien la désignation du poste de travail et la date d'échéance du terme.[395] La nécessité de l'écrit comme condition de validité du contrat est remarquable. Ainsi, il apparaît que le recours au formalisme tend tout autant à assurer au salarié une information relative à ses conditions de travail qu'une information particulière qui lui garantit que l'employeur use, à bon droit, d'un contrat de travail atypique. Au fond, il s'agit de rendre apparent non seulement pour le salarié mais aux yeux du juge en cas de litige les conditions de l'emploi : quel est le motif et selon celuici, quel salarié permanent est remplacé, quelle est sa qualification, quel est le poste de travail effectivement occupé et la nature des activités du salarié pendant son séjour dans l'entreprise, la durée du contrat. Autant d'éléments qui permettront, *a posteriori*, de confronter la situation de fait aux conditions de droit, lesquelles sont vérifiées avec rigueur par le juge qui exige l'indication précise du motif, les circonstances objectives qui fondent le recours et enfin la nature des tâches et les raisons de leur caractère temporaire.[396] Par un arrêt, la Cour de cassation a d'ailleurs tiré les conséquences de cette rigueur. Elle estime que puisque le contrat à durée déterminée doit comporter la définition précise de son motif, cette énonciation fixe les termes du litige au cas où la qualification du contrat se trouverait contestée. Une telle mesure marque un très net renforcement du formalisme.[397]

De même, la précision du terme du contrat qui doit figurer dans l'écrit, s'inscrit dans la construction de la notion d'emploi permanent. De la même manière que le législateur opère une distinction basée sur la qualité de l'emploi (temporaire ou permanent), il

395 L'article L. 12231 vise d'autres mentions et pose sa sanction. Mais ces points ne présentent pas d'intérêt direct. Sur la requalification, voir infra n°145 et suiv.

396 Cass. Soc. 6 mai 1997, *Bull. V.,* n°160 ; Cass. Soc. 20 mai 1997, *R.P.D.S.,* 1997, p. 85, *Semaine Sociale Lamy* n°853 du 15/9/1997 (arrêt non publié au Bulletin. En outre, dans son rapport annuel le conseiller référendaire semble relativiser la portée de cette décision) ; C.A. Paris, 26 nov. 1992, *R.J.S.* 1993, n°97 ; Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Bull. V.,* n°625 ; le motif est apprécié à la date de conclusion du contrat, Cass. Soc. 11 avril 1991, *Bull. V.,* n°184.

397 Cass. Soc. 4 déc. 1996, *Dr. Soc.* 1997, 90, obs. C. ROYLOUSTAUNAU, *R.J.S.* 2/97, n°124. L'auteur relève la similitude avec la motivation de la lettre de licenciement (voir Cass. Soc. 26 fév. 1992, *R.J.S.* 4/92, n°413). Mais il observe cependant que le juge perd ainsi son pouvoir de requalification ce qui ôte au salarié le bénéfice du choix de la sanction (requalification du contrat ou rupture avant terme) l'intérêt pécuniaire n'étant pas de valeur égale.

complète l'idée de limitation dans le temps par la fixation d'une durée maximale du contrat à dixhuit mois. Ainsi, par principe, le contrat atypique doit comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion.[398] Ce n'est que dans des cas limitativement énumérés que le contrat atypique peut être conclu pour un délai plus long ou être à terme incertain dès lors que l'événement cause d'extinction a, quant à lui, un terme certain. On remarque, sur ce point, que la loi n'autorise la conclusion du contrat à terme incertain que lorsque celuici est lié à l'occupation d'un emploi existant mais dont le salarié permanent n'est pas en mesure de fournir sa prestation de travail. Ainsi, la Cour de cassation admet, dans cette configuration, que le contrat est valable tant que le salarié permanent, titulaire de l'emploi, n'est pas licencié.[399] Telle est la situation d'un salarié remplaçant un salarié absent suite à un accident puis mis en invalidité.[400]

La législation relative à la réalisation d'une tâche, non liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise ou l'occupation temporaire d'un emploi dans l'entreprise, est conçue comme une législation d'exception et est sanctionnée par une mesure originale, la requalification du contrat atypique en contrat à durée indéterminée.[401] Ainsi, dès que la relation contractuelle se poursuit après le terme prévu dans le contrat, celuici est requalifié, il devient automatiquement, en vertu de l'article L. 122310 du Code du travail, un contrat à durée indéterminée.[402] De même, l'article L. 122313 dispose que le contrat à durée déterminée conclu en méconnaissance d'un certain nombre de conditions de fond est réputé à durée indéterminée. La question relative à l'application de cette sanction à propos des conditions de forme, c'estàdire l'absence d'écrit, d'une mention ou le défaut de définition précise du motif n'a pas , à ce jour, reçu de solution sous l'empire de la loi du 12 juillet 1990. Toutefois, la doctrine s'entend pour penser que les solutions dégagées antérieurement seront encore appliquées,[403] tout en distinguant cependant selon l'importance des mentions ; seulement celles relatives à la légitimité du recours au contrat atypique ouvraient droit à une requalification, à la demande exclusive du salarié.[404] Si dans ces hypothèses, la demande en requalification édictée dans l'intérêt du salarié justifie que lui seul puisse invoquer la violation des règles, on doit néanmoins constater la discordance entre la sanction juridique et la notion d'emploi. En effet, il y aurait et

398 Article L. 12212 et L. 12422 du Code du travail.

399 Ou qu'il rompt volontairement son contrat.

400 Cass. Soc. 17 déc. 1991, *Dr. Trav*. 1992, n°7, p.5, § 2.

401 La question de la requalification sera traitée spécifiquement plus après, infra n°145 et suiv.

402 Cass. Soc. 17 déc. 1985, *Bull. V.,* n°621 ; Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Bull. V.,* n°626.

403 Ainsi, sous l'empire des textes anciens la Chambre sociale estimait que l'omission des mentions obligatoires ou le défaut complet d'écrit entraînaient la requalification du contrat : Cass. Soc. 19 nov. 1987, *Bull. V.,* n°656. Cass. Crim. 25 fév. 1986, *Bull. Crim.* n°78.

404 G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°257, 272.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

abstraitement, au moins dans certaines hypothèses excluant une volonté de l'employeur de recourir frauduleusement aux contrats atypiques,[405] un certain artifice à considérer que la tâche s'est, *ipso facto*, muée en emploi.[406] L'analyse est, sur ce point précis, différente lorsqu'il s'agit d'envisager la reconduction du contrat.

b 2 : Les conditions de prorogation ou de renouvellement du contrat atypique

Au principe de la concordance établie entre l'activité normale et permanente de l'entreprise et l'emploi, ce n'est qu'à titre dérogatoire que doit être envisagée la succession de contrats atypiques. Aussi, ce n'est qu'à titre exceptionnel que le contrat peut être renouvelé, ou qu'une suite de contrats peut être organisée. L'objectif est bien ici de garantir qu'un emploi ne soit pourvu qu'avec un contrat typique ou d'emploi.

Concernant d'abord le renouvellement, l'article L. 12212 du Code du travail légitime cette pratique pour autant que le contrat soit conclu à terme précis et qu'en aucun cas sa durée initiale et la durée du renouvellement ne dépassent la durée totale autorisée, en principe dixhuit mois. A cet égard, une interprétation restrictive de l'article précité ne s'impose pas et lorsque le renouvellement n'est pas initialement prévu par le contrat, celuici doit rester possible. L'esprit des textes le commande, d'une part, parce que la législation tente d'être la moins rigide possible et, d'autre part, parce que le renouvellement limité ne porte pas atteinte au principe de non pérennisation de la tâche.

Concernant enfin la succession de contrats, la loi organise une double distinction selon le poste de travail et selon la personne. Tout d'abord, dans l'esprit de l'évolution jurisprudentielle et législative,[407] un principe est posé selon lequel un même salarié ne peut pas être réengagé immédiatement par la voie d'un contrat temporaire sur un poste identique de celui occupé et y compris sur un poste différent.[408] Le salarié embauché verrait sa relation contractuelle requalifiée en contrat à durée indéterminée,[409] dès lors

405 C'estàdire à l'exception de la poursuite du contrat après son terme.

406 Sauf circonstances exceptionnelles les parties ne sont pas en mesure de prouver que le contrat a gardé sa nature temporaire, fûtce dans l'intérêt du salarié. Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Bull. V.,* n°626. Parmi ces circonstances exceptionnelles le cas où un chauffeur routier qui le jour de l'échéance de son contrat se trouvait en Grèce. Le contrat est prolongée pour la durée nécessaire au retour. Cass. Soc. 8 nov. 1989, n°4118D.

407 Par exemple Cass. Soc. 7 mars 1973, *Bull. V.,* n°139 : « Les renouvellements successifs et sans interruption avaient pour effet eu égard au principe de stabilité de l'emploi prévue par la convention collective, et compte tenu de la non arrivée du terme d'un terme véritable de transformer les engagements en contrat à durée indéterminée. » Comparer, avec Cass. Soc. 6 juill. 1956, *Dr. Soc.* 1956, 548, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, chaque contrat était indépendant l'un de l'autre.

408 On remarquera que cette interdiction est fondée sur l'article L. 122310 du Code du travail qui dispose que « *si la relation contractuelle se poursuit après l'échéance du contrat, celui ci devient à durée indéterminée.* » En ce sens, G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°45 et suiv. Pourtant, il semble que littéralement le texte ne vise que la poursuite du contrat après son terme. Néanmoins, une telle analyse s'impose dans l'esprit de loi et est affirmée plus nettement dans l'accord national interprofessionnel du 20 mars 1990.

que l'ensemble des contrats révèle manifestement l'organisation d'un système permanent de contrats à durée limitée.[410] Cette solution est pourtant expressément écartée par l'alinéa 2 de l'article L. 122310 qui admet la conclusion avec le même salarié de contrats à durée déterminée successifs.[411] Ainsi un même salarié pourrait, selon ce texte, remplacer successivement plusieurs salariés absents. Encore fautil que chaque contrat soit autonome l'un par rapport à l'autre.[412] Toutefois, sur ce point les Hauts magistrats semblent particulièrement vigilants. Ainsi est cassé l'arrêt qui bien que quatrevingtquatorze contrats se soient succédés sur une période de quatre années pour faire face au remplacement de salariés absents et pour exécuter des tâches précises et temporaires, avait admis que cette succession de contrats n'avait pas eu pour effet de créer entre les parties une relation indéterminée.[413] La motivation de l'arrêt de cassation est intéressante, elle souligne en effet que pendant ces quatre années la salariée avait conservé la même qualification et le même salaire quel que soit le remplacement effectué, ce dont il résultait que l'intéressée occupait un emploi permanent de l'entreprise.[414] C'est arrêt est significatif parce qu'il met la qualification professionnelle au coeur de l'analyse, qu'il requalifie non pas la relation de travail mais l'objet de la prestation (l'occupation d'un emploi permanent) et qu'il rend efficace l'objectif du législateur de ne pas créer un système permanent d'emplois non durablement pourvus.

Enfin, le législateur impose le respect d'un délai d'attente égal au tiers de la durée initiale du contrat précédent soit pour l'embauche du même salarié ou d'un autre sur un poste similaire ou différent.[415] L'utilisation, par l'article L. 122311, de la notion de poste est ici intéressante. Le poste de travail n'est pas un emploi, qu'en aucun cas le salarié engagé par contrat à durée déterminée peut occuper. On peut penser que dans la logique de l'organisation de l'entreprise le poste de travail se définit comme un ensemble constitué de tâches d'exécution, de fonctions et des responsabilités auxquelles devront répondre une compétence professionnelle apportée par un travailleur référé à un emploi permanent.[416] Il peut alors apparaître que la notion de poste de travail établit une relation trop étroite avec l'organisation de l'entreprise. Le contrat à durée déterminée matérialise

409 En ce sens, Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°480.

410 Voir, G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°66.

411 En cas d'absence, de suspension du contrat, d'emploi saisonnier ou d'usage.

412 Cass. Soc. 31 janv. 1991, *Bull. V.,* n°42 ; Cass. Soc. 12 mars 1987, *Bull. V.,* n°142.

413 C.A. Limoges, 8 fév. 1993, *D.* 1993, 431, note J.MOULY.

414 Cass. Soc. 4 déc. 1996, *Bulletin trimestriel 36 de droit du travail*, n°226.

415 Article L. 122311 et L. 1247 du Code du travail. A contrario, rien ne s'oppose à ce qu'un même salarié soit recruté sur un poste de travail différent, non immédiatement mais sans avoir à respecter le délai d'attente.

416 En ce sens, Voir M.L. MORIN et L. MALLET, « Le détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660, spéc. paragraphe 1. Infra n°195 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

une situation juridique de travail nécessairement éphémère ; il est recruté pour accomplir une tâche, une mission de courte durée ou pour effectuer le remplacement d'un salarié absent. Pourtant, au sens de cette disposition il faut circonscrire le poste de travail précédemment occupé. Pour apprécier si le délai s'impose, il convient donc de comprendre ce que le législateur entend par « poste de travail du salarié ». C'est la souplesse du dispositif qui est ici en cause et donc l'appréciation de la licéité de la conclusion d'un contrat atypique. En effet, le délai de carence, tout en préservant une certaine souplesse de gestion de la maind'oeuvre, a pour finalité d'éviter l'instauration d'une pratique de continuité dans la succession des contrats atypiques. Deux interprétations sont possibles, la première, restrictive, ne prendrait en compte que l'exécution matérielle du travail, la seconde, extensive, ferait référence à la qualification professionnelle nécessaire pour accomplir ce type de fonction. Sur ce point la position de l'administration du travail peut sembler ambiguë parce que, si à juste titre, elle affirme que l'identité de poste doit s'entendre de tout poste relevant de la même qualification, ce ne serait que lorsque le poste ne peut pas être individualisé.[417] L'idée d'individualisation semble inappropriée pour répondre à la finalité de la loi. Surtout, on peut penser que cette individualisation ne renvoie, en réalité, à aucune division de l'activité de l'entreprise, ce ne serait qu'un poste de travail abstrait qui viendrait temporairement se greffer à un poste de travail quant à lui référé à un emploi, élément de l'organisation de l'entreprise. Cette interprétation semble rejoindre celle de Monsieur Poulain,[418] pour lequel la notion d'identité de poste de travail doit bien s'apprécier en fonction de la nature des travaux confiés, c'estàdire par rapport à une qualification professionnelle objective nécessaire pour l'accomplissement de la tâche.[419]

Cette discrimination qualitative dans les situations juridiques de travail est essentielle. Elle n'est pas une simple construction intellectuelle souhaitant établir des catégories. L'emploi doit être distingué de la tâche parce que les régimes juridiques sont différents et partant les droits du salarié.

Chapitre II : La dynamique juridique de protection de l'emploi

Au premier abord, l'emploi peut être appréhendé du point de vue de l'entreprise. Cette approche renvoie à une conception abstraite de l'emploi puisqu'il peut être considéré comme un élément de l'organisation de l'entreprise. Une telle perspective a sans doute une autonomie propre qui n'intéresse pas directement le droit du travail. Pourtant, c'est bien la notion « d'emploifonction » qui opère le passage de l'emploi de l'ordre gestionnaire ou économique à l'ordre juridique. En effet, on sait que le législateur fait reposer sur une dualité de nature la dichotomie entre les situations juridiques de travail dépendant. Le

417 Circ. 18/90 du 30 oct. 1990, *J.C.P.* 1990, éd. E., III, 64328. Cette idée ne semble pas entièrement reprise par la Circ. 92/14 du 29 août 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E., III, 65737.

418 G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°55.

419 En ce sens, Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 90525, p.88, Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°480 ; Cass. Crim. 28 mai 1991, cité par Circ. du 29 août 1992.

critère discriminant est la permanence de l'élément de l'organisation de l'entreprise et on peut soutenir que ce critère qualitatif fonde en droit l'autonomie de la notion d'emploi en tant que catégorie juridique opératoire. Il en résulte qu'il s'établit un rapport irréductible entre un élément de fait « l'emploifonction » et la nature juridique du contrat de travail, l'emploi ne peut effectivement être juridiquement réalisé dans l'ordre juridique que par un contrat à durée indéterminée. Cette unité des temps de l'emploi et du contrat de travail, leur interdépendance, sert d'assise à une finalité de protection de l'emploi du salarié.

En droit, la protection peut s'entendre comme un ensemble de correctifs qui tendent à rétablir un équilibre postulé, notamment entre des cocontractants.[420] Traditionnellement, le droit du travail est l'un des domaines privilégiés dans lequel des règles de protection sont édictées au profit du salarié en raison même du contrat de travail qui place le travailleur en état de subordination. Le droit du travail serait un élément de justice sociale gouverné par le principe essentiel d'égalité quelle que soit la nature des situations juridiques de travail en cause. Ainsi les règles de sécurité de la personne au travail s'appliquent que le salarié soit engagé sous contrat de travail à durée déterminée ou à durée indéterminée. De même les règles de protection du salaire sont indifférentes à la nature du contrat de travail. On pourrait alors conclure que l'emploi n'est pas, en soi, objet ou même fondement de protection. On peut penser que cette analyse aurait pu être encore soutenue avant les années quatrevingtdix, elle apparaît aujourd'hui ne plus rendre compte du droit positif. Monsieur Supiot relève que la sécurité physique est naturellement prolongée par l'idée de sécurité économique par le travail.[421] Or précisément la sécurité économique par le travail ne trouve son expression pleine et entière que dans un contrat de travail stable mais surtout pérenne ou, concurremment, lorsque le marché du travail permet aux salariés dont le contrat est borné dans le temps de réembaucher sans difficulté. Si on admet l'idée qu'il n'y a pas de marché, et spécifiquement de marché du travail, sans droit du travail,[422] c'estàdire de contribution du droit au fonctionnement du marché du travail, on peut penser que l'état du marché n'est pas sans incidence sur l'orientation du droit.[423] A supposer que les acteurs du droit s'intéressent à l'emploi *stricto sensu* (Section 1), le droit positif, en opposant les situations de travail selon leur nature et partant leur régime juridique, rend possible l'émergence d'une créance d'emploi au profit du titulaire d'un emploi dans l'entreprise, manifestation de la protection de l'emploi dans l'entreprise (Section 2).

Section 1 : La juridicisation de l'emploi

420 Sous la direction de J. GHESTIN, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Bibliothèque de droit privé, t. 261, *L.G.D.J.,* 1996. Supra n°5 et suiv.

421 A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 74 et suiv. Supra n°11et suiv.

422 F. GAUDU, « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 942.

423 Les critiques dirigées contre le droit du travail qui nuirait au plein emploi semblent accréditer la contribution du droit du travail à la régulation du marché du travail, cf. B. TEYSSIE, « Remarques sur le droit du travail », Mélanges Colomer, p. 495.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Dans un article ayant trait au droit et à la direction du personnel,[424] Messieurs LyonCaen et Jeammaud remarquaient que des règles intéressent la gestion juridique de l'emploi. Ces règles ont pour finalité moins de fonder les prérogatives patronales que de les limiter, les soumettre à des conditions et de procurer des garanties aux salariés. Ces règles concernent l'emploi et s'imposent comme des limites au pouvoir patronal dans l'exercice de gestion du personnel, c'estàdire des situations juridiques de travail et des situations d'emploi. Ce constat conduit implicitement à admettre que des normes substantielles prennent pour objet sinon l'emploi en tant que tel à tout le moins le pouvoir d'organiser l'entreprise. A ce titre, on peut rechercher quels sont les modèles qui servent de référence à l'action publique en matière d'emploi. L'évolution de l'objet des politiques publiques d'emploi apparaît significative. En effet, on peut remarquer que, dans un premier temps, l'action était globalisante tendant à une régulation de type macroéconomique du marché de l'emploi. Il semble qu'aujourd'hui que, concurremment à cette action, les politiques d'emploi cherchent à agir directement sur le marché interne de l'emploi dans l'entreprise notamment par l'édiction de règles relatives aux situations de travail dans l'entreprise ainsi que par la voie d'incitations financières. Si une telle évolution de la représentation de l'emploi dans les politiques publiques est confirmée, on pourra conclure que l'emploi en tant que situation juridique est bien objet de règles (Paragraphe I). Cette référence à l'emploi tendrait alors à renforcer l'emploi comme modèle. Le mouvement de juridicisation autour du pouvoir de gestion de l'employeur, souligné par la doctrine, inclinerait alors à voir dans l'emploi une valeur digne de protection (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le développement des règles autour de l'emploi

On peut partir ici du constat dressé par Monsieur Jeammaud[425] ; pour l'auteur, l'emploi est au coeur d'une évolution des règles. Mais il reste à savoir si cette évolution a une incidence sur la teneur ou la position du droit du travail. Il semble qu'une tentative de réponse peut être conduite en deux temps. Le premier serait de montrer que, dans la teneur des normes, l'emploi est désormais considéré comme une « valeur ».[426] En effet, une telle démonstration ne s'impose pas d'ellemême. La considération que l'emploi est objet des normes a donné lieu à des développements en ce qui concerne la situation juridique d'emploi, c'estàdire le régime légal de l'alternative dans l'emploi conduisant à une représentation, *a posteriori*, de l'emploi. En revanche, le Code du travail ne semble pas traiter de façon univoque de l'emploi en tant que tel, sinon pour aborder sa remise en cause dans la définition du licenciement pour motif économique.[427] De plus, lorsque l'emploi est envisagé au titre des « politiques d'emploi », il faut comprendre non pas les politiques ayant pour objet les situations juridiques mais l'emploi macroéconomique dans son opposition au chômage, ayant pour finalité de réguler le marché du travail, lequel a

[424] A. LYONCAEN et A. JEAMMAUD, « Droit et direction du personnel », *Dr. Soc.* 1982, 56.

[425] A. JEAMMEAUD, « Crise et relations du travail », in *droit de la crise, crise du droit ?*, P.U.F. 1997.

[426] Le second consistera à mettre en évidence un droit de l'emploi, infra n°133 et suiv. et 569 et suiv.

[427] Supra n°7 et suiv.

besoin de règles générales et stables qui relèvent de la responsabilité de l'Etat.[428] Pourtant, l'idée même d'une politique de l'emploi macroéconomique ne va pas de soi. Tout d'abord, par principe si elle se justifie dans une économie libérale son contenu est nécessairement limité au respect de la liberté de l'industrie et du travail. Il en résulte que dans un premier temps au moins, la politique de l'emploi ne peut pas être confondue avec l'interventionnisme de l'Etat sur le marché du travail. Ce point amène à constater, ensuite, que le contenu des « politiques d'emploi », telles qu'elles sont envisagées aujourd'hui, a un caractère récent. Il est aussi significatif de remarquer que les interventions de l'Etat trouvent leur cause dans des situations de crises conjoncturelles ou structurelles.[429] On peut constater que depuis près de cinquante ans, l'emploi comme objet des politiques d'emploi constitue, selon l'expression de Monsieur Gazier, un chantier politique et réglementaire permanent.[430]

Toutefois, il semble qu'une évolution puisse être relevée dans le contenu même des politiques publiques d'emploi menées par l'Etat, signe d'une compréhension différente de la notion d'emploi. Cette évolution ne va pas sans soulever quelques interrogations.

1 La situation individuelle d'emploi objet des normes

Les caractères de cette évolution de l'objet des politiques d'emploi tiennent, en effet, à la compréhension de la notion d'emploi. Ainsi traditionnellement, l'emploi, au sens macroéconomique, est étroitement lié à l'environnement économique et social, ce qui renvoie pour son traitement à des mesures qui concernent l'ordre de la gestion économique. Il semble en résulter que l'aspect juridique des solutions est secondaire ou bien fortement empreint par le caractère instrumental des normes. Ainsi, au titre des politiques d'emploi il est traité tout à la fois des questions salariales, de la fiscalité ou encore de l'habillage juridique des situations d'emploi.[431] On peut, ainsi, opérer une classification dans le contenu des normes entre le traitement de l'emploi macroéconomique, objet traditionnel des politiques d'emploi, et le traitement du travail, ou plus précisément des conditions de travail, où l'aspect juridique est dominant. Or, il semble que les intérêts manifestés en faveur de l'emploi dans le cadre des politiques d'emploi évoluent. Dans un premier temps il apparaît que l'Etat s'était contenté de réguler au mieux les entrées et les sorties des salariés sur le marché du travail, son intervention était limitée à la distribution de l'activité. A cet égard, l'évolution du droit du licenciement se révèle significative ; seul auparavant était sanctionné l'abus de droit. Tout aussi caractéristique est l'évolution du Fonds national de l'emploi. Mis en place par la loi du 18 février 1963, le Fonds national de l'emploi, qui n'est en réalité qu'une ligne budgétaire, avait pour objectif initial la continuité de l'activité des travailleurs salariés à travers les

[428] G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1994, n°226 et suiv. ; F. GAUDU, « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 422.

[429] 1848, 1945.

[430] B. GAZIER, *Economie du travail et de l'emploi*, Dalloz 1991, n°262.

[431] Infra n°551 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

transformations qu'implique le développement économique en favorisant l'adaptation de ces travailleurs aux emplois nouveaux.[432] Précisément, l'évolution des missions du Fonds national de l'emploi qui supporte les politiques publiques d'emploi, présente un intérêt tout à fait particulier parce qu'il marque la prise en compte récente de l'emploi en tant que situation juridique.

Pendant longtemps, l'action des pouvoirs publics s'était bornée à une action de type qualitative (formation professionnelle) et/ou quantitative de la maind'oeuvre excluant tout regard direct sur l'entreprise marquant le caractère strictement privé de cette dernière dans laquelle le chef d'entreprise a le choix des décisions économiques. Ainsi, les politiques d'emploi ont tenté d'assurer un ajustement du marché du travail, plus facile à résoudre lorsque l'offre d'emploi des entreprises est supérieure à la demande d'emploi des travailleurs. Très pratiquement, la sécurité de l'emploi a été pour l'Etat envisagée non pas comme la protection de l'emploi dans l'entreprise mais comme la mobilité des travailleurs sur le marché du travail. Pendant la période 19631974, l'orientation du Fonds national de l'emploi en témoigne[433] ; cette approche n'est évidement pas sans lien avec la doctrine dite du « plein emploi ». La progression constante du chômage a fait évoluer l'action et partant l'objet des politiques d'emploi. On peut penser que l'emploi dans sa définition qualitative est une pièce essentielle non seulement de l'organisation de l'entreprise et donc du droit du travail mais aussi une pièce de l'organisation sociale.[434] Le contrat de travail à durée indéterminée est posé comme un référant, il est érigé en valeur parce que représentant un intérêt à protéger. Là encore, l'évolution du droit du licenciement semble un fil conducteur dans le regard que l'on peut porter sur la teneur des règles. Toutefois, il serait excessif de voir là une linéarité parfaite, l'analyse rétrospective ne devant pas tromper. Pourtant, si l'action classique sur l'emploi se joue encore hors de l'entreprise, il faut observer que s'ébauche une action dans l'entreprise. On passe alors d'une conception macroéconomique de l'emploi à l'emploi microéconomique compris comme une situation juridique précise.

Ainsi l'action du Fonds national de l'emploi s'oriente vers la prise en charge des indemnités complémentaires de chômage partiel afin de maintenir le salarié dans son emploi ; est aussi créé un fonds d'action sociale pour aider à la mise en place d'actions de formation par les entreprises.[435] On assiste donc à une diversification des interventions du Fonds national de l'emploi dont une partie s'intéresse aux situations juridiques d'emploi dans l'entreprise. Sur ce point les années quatre vingt dix marquent un tournant significatif avec l'incitation au développement de la gestion prévisionnelle des emplois par l'octroi d'aides instituées afin d'inciter les entreprises à négocier l'adaptation des salariés à l'évolution de l'emploi,[436] ou encore à la réduction du temps de travail. Cette évolution qui

[432] J. VILLEBRUN, « La loi du 18 déc. 1963 et le Fonds national de l'emploi », *Dr. Soc.* 1965, 88.

[433] F. COLIN, « le Fonds national de l'emploi 19631983 », *La Documentation française*, 1983 ; J.Y. HOCQUET, « Les conventions du FNE », *Dr. Soc.* 1985, 651 ; D. BALARMY, Traitement des restructurations par l'administration du travail », *Dr. Soc.* 198, 11.

[434] Infra n°531 et suiv.

[435] Accord cadre du 15 janvier 1990.

marque un recentrage sur l'entreprise oriente aussi sur un plan formel l'action des pouvoirs publics. On peut effectivement relever que la prise en compte de l'emploi dans l'entreprise amène les autorités compétentes à utiliser la voie de la convention plutôt que l'acte unilatéral. Le caractère « patrimonial » de l'entreprise justifie sans doute ce support juridique. En effet, si les politiques d'emploi peuvent imposer des règles d'ordre public lorsque l'objet de ces normes relèvent des conditions de travail, l'intervention sur la gestion des situations d'emploi dans l'entreprise, même indirecte, nécessite un accord. Cela résulte directement de l'article L. 3222 alinéa 2 du Code du travail. On observera que ce texte n'envisage les conventions avec les entreprises que de manière incidente (le cas échéant). Or de la pratique il appert que la mise en oeuvre des dispositifs issus du Fonds national de l'emploi sont en majorité des conventions.

On observera que le recours à la technique contractuelle n'est pas neutre, ces justifications sont diverses.[437] Tout d'abord, si la contrainte s'avère un moyen peu efficace lorsqu'il s'agit de mettre en place des aides aux entreprises, l'accord permet surtout d'en conditionner l'octroi. La convention permet ainsi à l'Etat de parvenir à des fins qu'il a, au préalable, définies. Ces recours dénotent un changement dans la compréhension de l'emploi en tant qu'objet des normes ; ce sont bien là des situations d'emploi dans l'entreprise qui sont visées et non pas des règles de régulation du marché du travail, même si les effets attendus s'y répercutent nécessairement. Ensuite, un autre aspect ne doit pas être négligé, le recours au contrat permet à l'autorité publique de conserver une certaine marge de manoeuvre dans la mesure où elle conserve un pouvoir discrétionnaire de conclure ces conventions. De plus, à supposer qu'une aide soit envisagée elle ouvre à l'autorité un espace de négociation où, en contrepartie des aides octroyées, elle obtiendra de l'entreprise des engagements conformément à ses objectifs, notamment la stabilité de l'emploi.[438] On pourrait ainsi dire que sont combinés des techniques anciennes de régulation du marché du travail, externes à l'entreprise, et des procédés nouveaux d'orientation de gestion de l'emploi, marché interne à l'entreprise.

La prise en compte de l'emploi, en tant que situation juridique, dans les règles semble aussi influer directement sur le contenu de la négociation dans l'entreprise,[439] l'orientation des politiques publiques n'y étant sans doute pas totalement étrangère. Ainsi, l'article L. 3227 du Code du travail prévoit que peuvent être conclus des accords tendant à la réalisation d'actions de formation en vue de favoriser l'adaptation des salariés aux évolutions de l'emploi dans l'entreprise, ces accords ouvrant droit au bénéfice d'une aide de l'Etat. L'emploi (comprenons les situations juridiques) avant d'être objet d'engagement

436 Circulaire du 3 mars 1989, CDE 89/12 et CDE 89/13 dispositif « LIGE » et loi du 2 août 1989, articles L. 32231 et L. 3227 du Code du travail. Infra n°420 et suiv.

437 Sur ce point, M. HECQUARDTHERON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », *A.J.D.A.* 20 juin 1993, p. 451 ; N. KERCHEN et A. NENOT, « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi », *Dr. Soc.* 1989, 17.

438 Voir l'étude *Les politiques publiques d'emploi et leurs acteurs*, P.U.F., 1995, Cahier du Centre d'Etudes de l'Emploi n°34.

439 Infra n°399 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

est d'abord objet de négociation (mais entendu au sens des conditions de travail).[440] Autrement dit, une évolution récente peut être mise à jour, l'emploi es qualité devient effectivement objet des règles. Ce constat tend à clairement opposer « l'emploi macroéconomique » et « l'emploi microéconomique » dans l'entreprise, strictement entendu comme une situation d'emploi juridiquement supportée par un contrat de travail à durée indéterminée. A cet égard, la pertinence de la notion d'emploi semble renforcée puisqu'elle érige l'emploi en modèle de droit commun de la mise au travail et qu'elle attrait un ensemble de règles protectrices.

Indépendamment du droit du licenciement, et sans prétendre à une quelconque exhaustivité, on peut illustrer, par quelques exemples, cette prise en compte de l'emploi par les règles. En premier lieu, afin de souligner la « modélisation » de l'emploi on rappellera la loi du 9 juin 1992 qui a réformé la profession des dockers.[441] Ce texte est illustratif parce qu'il a renouvelé une profession pour laquelle le schéma de la relation de travail autour du triptyque entreprise/contrat de travail/emploi n'existait pas. En effet, les dockers, ouvriers professionnels occupés au chargement et au déchargement des navires, étaient soumis à un statut qui avait organisé, avec le concours de l'Etat, « la permanence de la maind'oeuvre dans l'intermittence du travail par le versement d'une indemnité de garantie pour inemploi ».[442] Ce statut tout à fait singulier ainsi que les restructurations importantes des ports avaient créé une situation originale puisque les ouvriers dockers recrutés à la journée par un système de vacation n'étaient liés à aucune entreprise ; il s'en était suivi une absence totale de gestion de la maind'oeuvre cause d'un sureffectif important dans les années quatrevingt. Désormais, l'article L. 5112II du Code maritime dispose que « relèvent de la catégorie des dockers professionnels mensualisés les ouvriers qui concluent avec un employeur un contrat de travail à durée indéterminée. » C'est sur le fondement du droit commun de la relation de travail qu'est redéfinie la relation juridique qui s'institue entre le dockers et un employeur fondée comme le souligne le dispositif légal sur un emploi stable, le recrutement ne pouvant d'ailleurs répondre qu'à cette forme juridique.[443] On observera ici la prégnance du modèle de l'emploi dans la recomposition des relations juridiques au sein d'une profession fondée sur la permanence de la relation alors même que le caractère de l'activité est par nature l'intermittence et que tendent à se développer des situations particulières d'emploi.[444] En réalité comme l'a déjà souligné M. Gaudu, il semble apparaître que l'Etat considère comme illusoire le fait que les salariés aient un intérêt à la précarité de l'emploi.

440 A. LYONCAEN, « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 657. Infra n°399 et suiv.

441 Loi n°92496 du 9 juin 1992.

442 Notamment, Th. AUBERTMONPEYSSEN, *Répertoire Dalloz*, 1994.

443 Article L. 5112II du Code Maritime. On observera ainsi que les dockers titulaires d'une carte professionnelle doivent en cas de rupture de leur contrat de travail être reclassé dans un emploi d'ouvrier docker professionnel. Voir également le cas de recours exceptionnel aux dockers occasionnels visé par l'article L. 5115 du même Code.

444 Infra n°459 et suiv.

La même remarque peut être faite à propos des « emploisjeunes » institués par la loi du 16 octobre 1997,[445] et ce malgré un certain flou conceptuel qui n'est pas sans rejaillir sur les catégories juridiques. En effet, dans un champ d'application limité au secteur non marchand ou non lucratif, le législateur tend à favoriser la conclusion de contrats de travail destinés à satisfaire des besoins émergents ou des besoins non satisfaits. Ces contrats sont destinés aux « jeunes »,[446] et doivent être conclus, par priorité, pour une durée indéterminée,[447] au moins lorsque la nature juridique de l'employeur ne s'y oppose pas.[448] La définition de ces « emploisjeunes » est intéressante en ce qu'elle établit nettement un lien entre la nature juridique du contrat et l'objet en construction, l'emploi, qui a vocation à devenir pérenne. Le contrat l'est tout autant parce qu'il établit une relation triangulaire entre Etat/entreprise/salarié, l'Etat, assurant pour une très large part, le financement de ces nouveaux emplois puisqu'il assure une prise en charge à hauteur de quatrevingt pour cent du salaire minimum de croissance.

Enfin, certaines formes de « négociation » sur l'emploi prennent de l'ampleur ; elles s'articulent autour de compromis dans la conduite, d'une part, des politiques publiques d'emploi menées par l'Etat et, d'autre part, de la gestion de l'entreprise par le chef d'entreprise. La meilleure illustration est fournie par la loi du 11 juillet 1996,[449] dite « loi Robien ».[450] Faisant suite à la signature de l'accord national interprofessionnel sur l'emploi du 31 octobre 1995,[451] le Parlement a adopté une loi « tendant à favoriser l'emploi », en instaurant un allégement de charges sociales patronales pour les entreprises qui réorganisent et réduisent significativement la durée du travail, tout en développant ou en préservant l'emploi. Par le biais du dispositif instauré il s'établit donc bien une relation entre l'orientation de gestion interne de l'entreprise et la volonté de l'Etat de lutter contre le chômage en faisant bénéficier l'entreprise d'allégement de cotisations sociales en contrepartie soit de nouvelles embauches soit du maintien dans l'emploi dans le cadre d'un projet de licenciement pour motif économique.[452] Le traitement

445 Articles L. 3221418 et suiv. du Code du travail.

446 De 18 à 26 ans. Voir l'étude de Monsieur Bouilloux, *L'âge du salarié*, Thèse Lyon, 1993.

447 En ce sens, circulaire CDE n°97/25 du 24 oct. 1997, voir *Liaisons Sociales* n°7758. Il est aussi vrai que des contrats à durée déterminée peuvent être conclus, mais ils ont alors une durée de soixante mois.

448 Tel est le cas pour les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public.

449 Loi n°96502 du 11 juillet 1996, *J.O.* du 12 juillet 1996.

450 Notamment, F. FAVENNECHERY, « Loi Robien : créations d'emplois, alternatives aux licenciements ou opportunité », *Dr. Soc.* 999 ; G. BELIER, « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. Soc.* 1008.

451 Infra n°404 et suiv.

452 A cette fin, une convention d'aménagement et de réduction du temps de travail est signée entre l'Etat et l'employeur, afin que ce dernier puisse bénéficier de l'allégement de cotisations patronales pour une durée de sept ans maximum. Sur la pratique de la loi « Robien » : voir *Semaine sociale Lamy* n°831, 17 mars 1997, http://www.loi robien.com (site Internet officiel !)

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

macroéconomique de l'emploi (depuis plus de vingt envisagés sous son aspect négatif de traitement du chômage) trouve donc son expression au sein de l'entreprise par des actions concernant les situations juridiques d'emploi (emploi microéconomique). Sur ce point, on regrettera que la loi ne soit guère explicite sur le terrain des situations juridiques, embauches ou maintien dans l'emploi. La circulaire du 9 octobre 1996[453] laisse néanmoins transparaître la volonté du législateur de voir pourvus, dans le cadre du volet dit « offensif », des emplois supportés par des contrats de travail à durée indéterminée même si le recours aux contrats « précaires » n'est pas exclu. Toutefois, ce texte exprime assez clairement le lien entre le développement de l'activité et l'amélioration des performances de l'entreprise et l'emploi dans l'entreprise puisque l'opération doit, selon les termes de la circulaire, se traduire par des « emplois durables » (sic). L'effet sur l'emploi est différent dans le cadre du volet dit « défensif » puisque la réduction du temps de travail doit favoriser le maintien dans l'emploi des salariés dont le licenciement est envisagé. Dans cette hypothèse, la loi vise à un maintien proportionnel des emplois par rapport à réduction du temps travaillé, on assiste ici finalement à un maintien des situations d'emploi (aspect qualitatif) malgré une atteinte quantitative du temps de travail à fournir.[454]

2 Une mise en situation de l'emploi source de questionnements nouveaux

Il convient de faire un double rappel. En premier lieu, l'emploi en tant qu'élément de l'organisation de l'entreprise concrétise par un contrat de travail à durée indéterminée répond au principe de la liberté de gestion et de direction de l'entreprise qui gouverne l'alternative dans l'emploi. Autrement dit, l'emploi, tel qu'on peut l'appréhender, doit être compris comme l'habillage juridique d'une construction de gestion opérée par le chef d'entreprise. Cet habillage s'inscrit cependant dans un cadre d'ordre public que l'employeur doit respecter ; c'est ainsi que l'on a pu remarquer que la notion d'emploi est construite par le droit. En second lieu, on a pu observer que les règles sont d'abord restées extérieures à la situation d'emploi dans l'entreprise, leur action s'orientant tantôt en amont de la conclusion du contrat de travail, tantôt en aval après sa rupture, marquant en fait une action sur le marché du travail externe à l'entreprise. Il semble que cette perspective sans être abandonnée soit aujourd'hui complétée par une action directe sur les situations d'emploi dans l'entreprise.

Il en résulte que si l'emploi peut toujours être appréhendé comme une « chose » de l'entreprise, l'intervention de plus en plus fréquente de l'Etat, notamment par l'octroi d'aides, invite à s'interroger sur le caractère strictement privé de l'emploi. Mais au préalable, encore fautil que l'emploi soit un objet que les normes puissent positivement saisir.

Les normes prennent donc l'emploi comme objet, c'estàdire les situations juridiques créées par l'employeur. Deux séries de problèmes sont alors posées quant à la possibilité de faire de l'emploi un objet support de règles à portée normative c'estàdire créatrices

[453] Circulaire CDE N°96/30 du 9 octobre 1996.

[454] Sur ce point, infra n°486 et suiv.

d'obligations et quant à la possibilité de l'Etat de financer l'emploi dans l'entreprise.

Sur le premier point, si on admet que l'emploi résulte d'un acte de gestion de l'activité de l'entreprise, il faut se demander quelle peut être la portée des garanties nécessaires à l'intervention d'un tiers, ici l'Etat, faute de faire alors de l'emploi l'objet d'un véritable engagement. En effet, que ce soit dans le cadre de la loi « Robien » ou des « emploisjeunes », l'Etat participe directement au financement de l'emploi ; cela devrait donc amener un contrôle de la gestion des emplois subventionnés. Pourtant le droit positif exclut *a posteriori* toute immixtion dans la gestion de l'entreprise. Seul est admis le contrôle des accords qui mettent en place les subventions liées aux emplois. Sur ce point, le contrôle de l'Etat va pouvoir se fonder sur l'article 1er du décretloi du 25 juin 1934 modifié par l'article 14 du décret du 2 mai 1938 qui institue au profit de l'Etat un pouvoir de contrôle sur le bénéficiaire d'aides publiques sanctionné par un reversement des subventions.[455] Les lois du 11 juillet 1996 et du 16 octobre 1997 reprennent ce mécanisme. Malgré les subventions et l'instauration d'une relation tripartite Etat/entreprise/salarié, il demeure que l'emploi reste de la compétence exclusive du chef d'entreprise (pouvoir de gestion et de direction). On peut dès lors se demander si l'emploi comme objet des règles n'est pas simplement l'objet apparent d'une dialectique plus complexe. Ne peuton pas voir dans les accords nés de la « loi Robien » une opération sur le travail dans l'entreprise en terme de productivité et de coût ? En effet, les règles qui prennent pour objet l'emploi se révèlent le plus souvent comme des instruments de mise en place d'une nouvelle organisation du travail laquelle est simplement finalisée par un effet attendu sur l'emploi, création ou maintien. Dès lors l'emploi apparaît moins comme un objet direct, que comme un objet indirect des normes.[456] C'est cette interrogation qu'il faudra prolonger lorsque les situations juridiques d'emploi sont objets de négociation en vue de parvenir à des engagements de garantie d'emploi. On peut, dès à présent, se demander, si l'emploi, qui trouve sa ressource dans une manifestation de volonté du chef d'entreprise, n'est pas rétif à tout support d'obligation juridique dès qu'il est, en réalité, question de sa gestion[457] ?

Sur le second point, à supposer résolue la question de la pertinence de la production de règles sur ce qui, finalement, n'est pas autre chose que le pouvoir de l'employeur, il convient de s'interroger sur la licéité du financement public de l'emploi spécifiquement au regard du droit communautaire. L'engagement financier de l'Etat en matière d'emploi n'est pas nouveau et s'est développé parallèlement au traitement des difficultés des entreprises. Ainsi par exemple, les comités administratifs institués en vue du traitement des difficultés des entreprises se sont vus assigner à partir de 1982 des objectifs de prévention et de lutte contre le chômage, orientation nettement confirmée notamment par une circulaire du 20 février 1992.[458] Or le traité de Rome, dans son article 92 en ce qu'il interdit les aides dans la mesure où elles affectent les échanges entre les Etats membres,

455 Par exemple, C. Et. 23 mars 1990, *Lebon* 1990, p. 594.

456 La loi « Aubry » du 13 juin 1998 (*Lamy dossier spécial*, 35 heures, juillet 1998) conserve la même perpective et prolongé avec quelques modifications la loi 11 juin 1996 dite « Robien ».

457 Sur l'ensemble de la question, infra n°432 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

invite à s'interroger sur la compatibilité de ces actions de promotion ou de protection de l'emploi. Il ne semble pas que la Cour de Luxembourg ait eu à trancher directement cette question. Elle a néanmoins incidemment rappelé, par un arrêt du 26 septembre 1996,[459] que les interventions du Fonds national de l'emploi sont susceptibles d'être qualifiées « d'aides » au sens de l'article 92 du traité, lesquelles sont susceptibles de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d'autres, et donc de fausser le jeu de la concurrence.[460] Sur ce point, la doctrine, sans apporter de réponse catégorique, remarque que la prise en charge par l'Etat de tout ou parties des charges sociales peut entrer en contradiction avec les règles communautaires[461] ; tel est notamment le cas pour le dispositif institué par la loi « Robien ».

Les observations faites cidessus n'apportent pas d'éléments nouveaux dans la recherche de la définition de l'emploi dans l'entreprise telle que précédemment envisagée. Pour autant, elle n'est pas vaine. Effectivement, l'étude des règles concernant « l'emploi » laisse poindre que l'emploi est, non seulement, traité par les règles comme une catégorie juridique, mais encore comme un objet construit en référence à cette définition de l'emploi dans l'entreprise. Cette perspective permet d'opposer clairement « l'emploi macroéconomique » et « l'emploi microéconomique », elle semble ancrer la définition proposée dans l'ordre des concepts.

La notion d'emploi semble donc opératoire en droit du travail. Dès lors, si l'on admet que la notion d'emploi attrait à elle une construction normative, on peut tenter, *a posteriori*, d'en rechercher la cohérence. En effet, les modes de production des normes, et singulièrement en droit du travail, ont une résonance sociale. A cet égard, la représentation de l'emploi que donnent les règles affirme l'emploi comme un cadre pertinent de protections.

Paragraphe II : L'articulation des protections autour de l'emploi

Le but des politiques sociales est de garantir à chacun la sécurité économique, c'estàdire de garantir un revenu direct ou indirect dont dépend l'acquisition d'un certain nombre de droits. Ainsi, selon Monsieur Laroque,[462] les politiques de sécurité sociale entendues comme des politiques de sécurité économique comportent quatre volets : la sécurité de

458 Sur ce point, C. SAINTHALARY HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrétien, n°190 et suiv.

459 C.J.C.E. 26 sept. 1996, *Dr. Soc.* 1997, 185 et les observations de Monsieur Antoine LyonCaen, « Le financement public d'un plan social estil condamné par le droit communautaire ? »

460 En l'espèce la société Kimberly Clark avait bénéficié d'une aide du FNE de 27,25 millions de francs afin d'éviter 207 licenciements.

461 Voir notamment, A. LYONCAEN, article précité ; G. LYONCAEN, « L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence », *Dr. Ouv*. 1992, 313 ; A. LYONCAEN, B. GOLDMAN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, n°973.

462 P. LAROQUE, « De l'assurance sociale à la sécurité sociale », *Rev. Int. Trav.* 1948, 621. Egalement, J.J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz 1993, 12ème éd., n° 7 et suiv.

l'emploi, la sécurité du gain, la sécurité de la capacité de travail et un système de distribution de revenu de remplacement pendant les périodes d'inactivité forcée. Il s'agit bien d'assurer au travailleur dont la seule ressource est la location de sa force de travail, un revenu. Le salaire est ainsi placé au coeur de l'échange dans le contrat de travail ; il trouve sa cause dans la mise à disposition par le travailleur de sa force de travail. Les causes de suppression du revenu salarié sont diverses, elles se retrouvent tout autant dans la diminution des capacités physiques ou intellectuelles du travailleur que dans la remise en cause de l'emploi. Mais dans cette diversité, il y a une identité des fins puisqu'il importe de préserver au moins partiellement, de façon directe ou indirecte d'ailleurs, le revenu. Toutefois, une telle approche de la protection sous l'angle du revenu est limitée dans ses effets et réductrice dans son approche parce qu'elle ne tient pas compte d'autres mécanismes de protection, tel que, par exemple la protection du mandat du représentant du personnel, dont l'objet est ici fort différent du revenu. Pourtant, ces protections ont l'emploi pour point commun ; tantôt l'emploi est le moyen de la protection, tantôt l'emploi est le but de la protection.

1 L'emploi vecteur de protections

L'occupation d'un emploi par le salarié marque l'entrée du travailleur dans l'entreprise. Cependant, la concrétisation juridique réalisée par et autour du contrat de travail ne rend pas directement compte de l'ensemble des droits du travailleur. Ainsi, d'une part, le contrat individuel de travail voile l'intégration à la collectivité de travail et les droits qui en résultent ; d'autre part, son abstraction autour de la location de la force de travail tend à masquer la personne du travailleur. Pourtant l'appartenance à la collectivité comme la prise en compte de l'individu font l'objet de droits. Or c'est précisément parce que le contrat est pour une part incapable de rendre compte de ces dimensions, en ellesmêmes protégées par la loi, que l'emploi est pris comme tuteur de l'organisation de la protection. L'admission d'un droit implique sa protection, que seul l'emploi, c'estàdire le maintien du salarié dans sa situation juridique, semble pouvoir assurer efficacement. L'emploi est ici pris comme objet indirect du droit protégé ; il est le moyen de la protection de ce dernier.

a) L'emploi vecteur de la protection des représentants du personnel

La manifestation de cette protection s'est concrétisée à propos du droit à la représentation du personnel pour la défense des intérêts collectifs des travailleurs ; ce que Monsieur Supiot nomme la liberté individuelle d'agir collectivement, qui rend compte aussi bien de la liberté des salariés à s'unir (liberté syndicale), de combattre (droit de grève) et de négocier ensemble (droit à la négociation collective).[463] Ainsi, selon la convention n°98 de l'O.I.T. « ***les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous les actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi*** », liberté syndicale notamment garantie par le préambule de la Constitution de 1946 et l'article L. 4122 du Code du travail. Plus généralement, l'exercice des droits collectifs confère au salarié un statut protecteur qui conduit à évincer les règles normales du contrat de travail.[464] Selon un auteur, c'est ainsi l'expression du pouvoir direct sur le

[463] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 140.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

salarié en tant que tel qui est évincée par le statut.[465] Certes, les institutions représentatives du personnel ou la délégation syndicale trouvent dans d'autres mécanismes, comme l'entrave, leurs moyens de protection. Mais la protection du représentant du personnel, du délégué syndical, passe effectivement par la protection de son emploi qui permet d'assurer efficacement la protection des représentants.

A cette fin, le législateur a institué une protection exorbitante du droit commun qui institue un contrôle de la décision patronale lorsqu'elle affecte la poursuite du contrat de travail. Non seulement la protection de l'emploi permet de maintenir le contrat de travail mais également la situation juridique qui en découle. Le salarié doit en effet recouvrer son emploi lorsque son contrat est illicitement rompu. En l'absence de rupture du contrat de travail, c'est aussi l'emploi, envisagé ici dans son contenu, qui est protégé contre toutes mesures discriminatoires affectant par exemple la carrière professionnelle du salarié protégé,[466] l'atteinte constituant, en outre, une entrave à l'exercice de la fonction représentative.[467] Par exemple, en ce qui concerne la rupture du contrat de travail du salarié protégé, le droit commun du licenciement est écarté, la rupture du contrat est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail, autorisation qui doit être également sollicitée lorsque l'employeur entend modifier le contrat de travail. Le contrôle opéré par l'inspecteur du travail avant toute phase contentieuse déborde le cadre strict du contrat pour s'étendre à l'institution représentée par le salarié. Ainsi, l'employeur ne peut pas imposer une modification affectant les conditions d'emploi ou l'exercice des fonctions représentatives.[468] Le caractère impératif du statut protecteur l'emporte. De même dans le cadre du licenciement, l'inspecteur du travail doit vérifier, en préalable, que le licenciement envisagé ne doit pas être en rapport avec le mandat normalement exercé par le délégué ou avec son appartenance syndicale.[469] C'est ensuite que le contrôle va s'attacher à la matérialité du motif invoqué par l'employeur. Ce contrôle est un contrôle approfondi qui révèle une quasi substitution dans les pouvoirs d'appréciation de l'employeur. Ainsi, lorsque une faute disciplinaire est invoquée il appartient, selon le Conseil d'Etat, à l'inspecteur du travail de rechercher si les faits reprochés sont d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement compte tenu des règles applicables au contrat et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi.[470] De même

464 Protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun, Cass. Ch. mixte 21 juin 1974, *Bulletin civil*, n°3 ; Cass. Ass. Plén. 28 janv. 1983, *Bulletin civil*, n°1.

465 J.M. Verdier « Du contrat au statut : du droit individuel aux libertés publiques », *J.C.P.* 1971, 2422.

466 Même si, comme l'observe Monsieur Couturier, les règles légales de protection ne garantissent pas directement un déroulement de carrière. Certains accords d'entreprise s'y attachent cependant. Voir G. COUTURIER, *Droit du travail 2/ Les relations collectives de travail*, n°133.

467 Cass. Cass. Crim. 28 mai 1968, *Bull. Crim.* n° 181 ; 10 déc. 1970, *ibid.* n° 336.

468 Cass. Crim. 31 janv. 1974, *Dr. Ouv.* 1974, 162 ;9 fév. 1982, *D.* 1983, IR, p. 205.

469 C. Et. 5 juin 1976, SAFER d'Auvergne, *Dr. Soc.* 1976, 347 ; C. Et. 10 mars 1997, *R.J.S.* 5/97, 567.

lorsque la demande de licenciement est fondé sur un motif de caractère économique il appartient à l'inspecteur du travail de rechercher si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié en tenant compte de la nécessité des réductions d'effectifs envisagées et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise,[471] voire dans le groupe.[472] On relèvera enfin, que ce contrôle a été étendu à l'inaptitude du représentant du personnel, le conseil d'Etat ayant jugé qu'il appartient à l'inspecteur du travail de rechercher si l'aptitude ou l'insuffisance professionnelle est telle qu'elle justifie le licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé, des caractéristiques de l'emploi occupé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi.[473]

Cette protection se manifeste distinctement par le pouvoir conféré à l'inspecteur du travail de refuser le licenciement pour un motif d'intérêt général, mais plus encore par le droit à réintégration du salarié protégé irrégulièrement licencié.

En premier lieu, qu'il s'agisse d'un licenciement fondé sur un motif économique ou non, le Conseil d'Etat réserve la faculté pour l'inspecteur du travail de refuser son autorisation de licencier pour des motifs d'intérêt général qui relève de son pouvoir d'appréciation.[474] Ainsi, l'inspecteur du travail est fondé à refuser un licenciement alors même que le salarié aurait commis un fait suffisamment grave qui justifierait la rupture de son contrat en invoquant ce motif d'intérêt général.[475] Toutefois, le Conseil d'Etat apporte une restriction au pouvoir de l'autorité administrative dans cette appréciation puisqu'il ne doit pas en résulter une atteinte excessive aux intérêts en présence, singulièrement l'atteinte portée aux intérêts de l'entreprise.[476]

[470] C. Et. 5 juin 1976, précité. Mais on soulignera que la charge de la preuve appartient au salarié. Elle est difficile à rapporter et le juge semble assez exigeant malgré cette difficulté probatoire. Il a en effet été jugé que les juges du fond ne sont aucunement liés par les motifs des décisions administratives refusant l'autorisation de licenciement du salarié, il appartient au juge d'apprécier luimême la valeur des griefs faits au salarié et le bienfondé des décisions prises par l'employeur. Par exemple, Cass. Soc. 1er oct. 1991, *Dr. Soc.* 461, voir les remarques de G. COUDRAIS, « La sécurité de l'emploi des salariés dits « protégés » : une jurisprudence en peau de chagrin », *Dr. Soc.* 1992, 459.

[471] C. Et. 18 fév. 1977, Abellan, *Recueil Lebon*, p. 97, *Dr. Soc.* 1977, 160 ; C. Et. 9 déc. 1985, *Dr. Soc.* 1986, 469. Sur le périmètre du reclassement, infra n°384 et suiv.

[472] C. Et. 19 déc. 1985, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, n°87491, p. 366.

[473] C. Et. 4 déc. 1987, *D.* 1989, SC, p. 143 ; 6 mars 1987, *ibid.* ; Cass. Soc. 4 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994, 714.

[474] Voir par exemple, C. Et. 19 nov. 1980, *Recueil Lebon* 1980, p. 432.

[475] Ainsi par exemple dans un souci d'apaisement dans un conflit collectif. Mais selon le Conseil d'Etat ce motif d'intérêt général ne peut pas être invoqué à seule fin d'éviter la disparition d'une organisation syndicale dans l'entreprise, C. Et. 12 sept. 1994, *R.J.S.* 12/94, n° 1405. Mais en revanche relève du motif d'intérêt général la disparition de toute représentation dans l'entreprise, C. Et. 11 juill. 1991, *R.J.S.* 10/91, n° 1114.

[476] C. Et. 9 oct. 1987, *Dr. Ouv.* 1988, 268.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Surtout, en second lieu, c'est la reconnaissance par la jurisprudence puis par la loi du droit à réintégration dans son emploi du salarié illicitement licencié qui établit le caractère instrumental de l'emploi comme moyen de protection des droits collectifs. Le licenciement du salarié protégé repose sur la saisine de l'inspecteur du travail. Ainsi l'employeur qui méconnaît cette obligation ou qui rompt le contrat de travail bien que l'autorisation lui soit refusée doit maintenir le salarié dans son emploi et ses fonctions.[477] Si antérieurement la jurisprudence s'en tenait à une interprétation minimale de l'obligation de réintégrer puisqu'elle estimait alors que cette obligation constituait une obligation de faire dont l'inexécution ne pouvait donner lieu qu'à l'allocation de dommagesintérêts en vertu article 1142 du Code civil.[478] Désormais, depuis l'arrêt « Revêt Sol », la Cour de cassation énonce clairement le principe du droit à réintégration du salarié protégé dans son emploi.[479] La loi a depuis repris ce droit au moins lorsque le salarié protégé est licencié suite à l'annulation sur recours hiérarchique d'une autorisation administrative[480] ; cette solution devant en outre être appliquée lorsque le salarié a été licencié sans autorisation, ce dernier ne pouvant avoir des droits restreints. La réintégration, demandée par le salarié protégé, doit donc s'effectuer, par priorité, dans l'emploi antérieur[481] ou lorsque celuici n'existe plus ou n'est pas vacant dans un emploi similaire, le représentant du personnel retrouvant son mandat sauf si l'institution a été renouvelée, le délégué syndical devant quant à lui faire l'objet d'une nouvelle désignation.[482] La jurisprudence précisant la notion d'emploi équivalent confirme que l'emploi est bien le moyen de la protection, il n'est pas protégé pour luimême puisque, outre le maintien de la situation juridique d'emploi du salarié protégé, il est constant que les juges vérifient que l'emploi proposé permette au salarié de pouvoir exercer son mandat.[483] En conséquence, l'employeur doit tout mettre en oeuvre afin de rendre effective la réintégration, son refus le rendrait coupable du délit d'entrave,[484] ce délit étant également constitué lorsque l'employeur réintègre le salarié

477 Civ. Soc. 3 juin 1948, *D.* 1948, 510, *Dr. Soc.* 1948, 98 ; Cass. Crim. 21 fév. 1984, *Bull. Crim.* n°66 ; Cass. Soc. 24 fév. 1990, *Bull. V.,* n°32.

478 Par exemple, Cass. Soc. 27 nov. 1952, *D.* 1953, 239 ; 13 avril 1961, *D.*, 1961, 401.

479 Cass. Soc. 14 juin 1972, *J.C.P.* 1972, II, 17275, note G. LYONCAEN, *D.* 1973, 114.

480 Articles L. 41219, L. 4253 et L. 4363 du Code du travail.

481 L'employeur n'a pas d'option, il doit réintégrer dans son emploi le salarié protégé. Cass. Soc. 24 janv. 1990, *Dr. Soc.* 1990, 333, rapport Ph. Ph. WAQUET, « L'employeur atil le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi », ou « dans un emploi équivalent ? »; 14 août 1988, *Bull. V.,* n° 39.

482 Cass. Soc. 7 mars 1990, pourvoi n°8960.389.

483 Cass. Soc. 26 fév. 1992, *R.J.S.* 4/92, n° 465 ; Cass. Crim. 23 janv. 1990, *Dr. Ouv.* 1990, 445 ; Cass. Soc. 24 janv. 1990, précité.

484 Cass. Crim. 17 nov. 1987, *Jurisocial* 1988, F. 10 ; Ch. Mixte 18 janv. 1980, *D.* 1980386, note J. PELISSIER et A. JEAMMAUD, il doit réparation du préjudice causé au salarié.

dans l'entreprise sur un emploi qui ne correspond pas à la qualification de l'intéressé.[485]

b) L'emploi vecteur de la protection de la personne

Sur un autre plan, le contrat de travail dans son rapport à l'individu au travail rend possible une certaine abstraction de la personne au travers de l'idée de la force de travail.[486] Pourtant, il n'est pas possible de nier l'engagement de la personne physique parce que la mise en oeuvre de la qualification professionnelle est liée à la capacité physique du travailleur, mais également parce que le salarié en tant que personne est sujet de droits. Si les libertés individuelles sont protégées en dehors de l'entreprise, l'intégration du salarié à celleci laisse ouverte la réflexion sur la pénétration des libertés individuelles dans l'entreprise. Ce débat se nourrit au contact des évolutions sinon de la dilution du rapport de travail dans ses unités de temps et de lieu. Mais en dehors de toute discussion sur le cantonnement des libertés au temps et au lieu de travail et hors des interférences possibles entre la sphère professionnelle et la « sphère privée » de l'individu, il faut remarquer que la transposition des solutions juridiques apportées aux atteintes aux droits de la personne s'avère imparfaite lorsqu'elles sont appliquées dans l'entreprise. Le droit de la responsabilité, civile et/ou pénale, par la voie de l'indemnisation sanctionne la violation du droit, c'estàdire l'atteinte à la personne mais elle n'a pas pour fonction la protection du travailleur. La situation contractuelle engageant la personne du salarié dans l'entreprise rend pourtant nécessaire la protection des droits de la personne. Leur reconnaissance ne peut pas se satisfaire de la protection du droit en luimême, la protection de la situation juridique du salarié est indispensable, l'emploi s'en faisant le vecteur.

Ainsi, dans l'admission des droits reconnus à l'individu marquant la dimension de la personne au travail, nombre d'entre eux sont les conséquences d'une altération temporaire de la mise à disposition de sa capacité professionnelle par le salarié, laquelle, au coeur de l'échange contractuel, pourrait fournir un motif de rupture du contrat de travail. Ces situations sont diverses, elles résultent de l'accident du travail, de la maladie non professionnelle ou encore de la maternité ; les intérêts protégés n'étant d'ailleurs pas d'égale valeur aux yeux du législateur. Néanmoins, la protection de ces droits emprunte le passage de l'emploi, seul moyen d'assurer la protection du travailleur. Cette situation, dans une relation contractuelle à exécution successive, est particulièrement originale. En effet, non seulement le salarié est admis, au nom de la protection de ce droit, à ne pas fournir sa prestation mais en outre la protection s'étend à l'emploi du travailleur. Tout d'abord c'est le droit qui en lui même est reconnu. Aux fins de sa protection un mécanisme original de protection est instauré : le salarié peut légitimement ne pas fournir sa prestation de travail moyennant quoi l'employeur n'a pas d'obligation de paiement du salaire, mais le défaut de prestation n'est pas, en soi, une cause légitime de rupture du

485 Cass. Crim. 29 nov. 1988, *J.C.P.* 1989, éd. E, II, 15441.

486 Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, Litec 1992 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994 ; FABREMAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

contrat. L'exécution de celuici est temporairement suspendu et à l'issue de la période de suspension le salarié recouvre son emploi.[487] Cette solution, déjà protectrice, a longtemps seule prévalu. Mais ce mécanisme de protection centré sur le droit luimême et le maintien du contrat de travail ont été renforcés. La protection du droit s'est étendue non pas au seul contrat mais à l'emploi avec l'affirmation d'un droit au reclassement. En effet, l'employeur doit reclasser le salarié dont la capacité physique est altérée et partant sa capacité professionnelle à tenir l'emploi contractuellement déterminé. Une telle solution était traditionnellement justifiée au motif que le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle n'avait pas à supporter le risque de l'entreprise. L'obligation de reclassement du salarié, depuis la loi du 31 décembre 1992, doit aussi être mise en oeuvre en cas d'inaptitude physique non liée à un risque professionnel.[488] De la protection des droits de la personne au travail, au maintien du salarié dans l'emploi, on passe à une protection de l'emploi en tant que tel.

2 L'emploi objet protégé

On peut envisager l'emploi sous un double aspect. En premier lieu, il s'est agi de déterminer quels rapports entretiennent l'emploi et l'entreprise. A cet égard, l'hypothèse retenue est que l'emploi peut être compris comme le résultat d'une division de l'activité intégrée à l'entreprise ; c'est la dimension économique de l'emploi. A supposer effectué le choix de l'emploi par l'entreprise, c'estàdire que soit reconnue une situation d'emploi, il est apparu, en second lieu, que la qualité de l'emploi pourvu commandait l'habillage juridique du contrat de travail. Ainsi, lorsqu'est pourvu un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, il doit être juridiquement supporté par un contrat de travail à durée indéterminée ; c'est la dimension juridique de l'emploi. Il y a donc dans ces deux dimensions de l'emploi (économique et juridique) une irréductibilité de droit. Il en résulte que l'occupation par un salarié d'un emploi dans l'entreprise place cette situation dans un rapport juridique déterminé. En ce sens, l'emploi est bien une situation juridique que le droit prend en considération parce qu'il y attache des conséquences juridiques particulières. Il en résulte que si l'on entend étudier la protection de l'emploi, c'est à la protection de la situation juridique née de l'emploi qu'il convient de s'intéresser.

Mais de ce constat il ne s'évince pas que l'emploi, ainsi défini, est juridiquement protégé. La question qui se pose est donc de savoir si l'emploi peut être objet de protection. Avant d'entreprendre l'exposé de la construction juridique de la protection de l'emploi, il importe, en préalable, d'observer que si l'idée de la protection de l'emploi est ambivalente et rencontre certains obstacles, il y a néanmoins un intérêt à la protection de l'emploi.

a) L'ambivalence de la protection de l'emploi

Dans sa définition de l'emploi, Monsieur Gaudu observait déjà que la situation juridique d'emploi est une situation contradictoire en ce qu'elle oppose dans leurs buts les parties

[487] Infra n°255 et suiv.

[488] Article L. 122244 du Code du travail ; infra n°321 et suiv.

au contrat de travail.[489] Ainsi l'auteur relevait que les salariés cherchent à donner à la relation le plus de stabilité possible alors que l'employeur s'efforce de trouver une utilisation optimale de la maind'oeuvre. On remarquera que le législateur offre d'ailleurs bien des outils juridiques au chef d'entreprise afin qu'il organise l'entreprise en fonction des besoins économiques de son activité. On peut y voir la marque de l'instrumentalisation du droit du travail,[490] qui s'est néanmoins construite autour du modèle de l'emploi. L'entreprise a, en effet, besoin d'un salariat stable. Il serait donc, partiellement inexact de n'envisager l'intérêt porté à l'emploi que du seul point de vue du salarié. Ainsi, il ne faut pas occulter le fait que le contrat de travail répond pour l'entreprise à la mise en oeuvre d'une stratégie de gestion. Le contrat de travail, notamment à durée indéterminée, est le moyen de la réalisation de ces objectifs. Par exemple, le pouvoir disciplinaire de l'employeur doit être finalisé par l'oeuvre de production de l'entreprise.[491] De même dans certaines hypothèses, la jurisprudence accueille la demande de dommagesintérêts formulée par l'employeur en cas de brusque rupture par le salarié de son contrat de travail ou de démission abusive.[492] Enfin, des clauses insérées au contrat de travail, comme la clause de déditformation ou la clause de nonconcurrence, peuvent être analysées comme des moyens pour l'entreprise de protéger l'emploi, les juges semblant d'ailleurs analyser la validité de ces clauses à l'aune de l'intérêt propre de chaque partie à l'emploi.[493]

b) Des obstacles à la protection de l'emploi ?

L'emploi, avant de créer une situation juridique, est d'abord un acte de gestion. Le chef d'entreprise exerce donc une prérogative inhérente à sa qualité, dont le fondement est irréductiblement d'ordre patrimonial.[494] L'emploi est la chose privée de l'employeur. Autrement dit, les décisions du chef d'entreprise en matière d'emploi relèvent de la gestion de l'entreprise et elles s'imposent au salarié au titre de la subordination née du contrat de travail. A cet égard, les auteurs, comme Durand, qui ont critiqué le fondement

489 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°69.

490 A. JEAMMAUD et A. LYONCAEN, « Droit et direction du personnel », *Dr. Soc.* 1982, 56. Pour les auteurs la loi a organisé une gestion microéconomique du droit du travail.

491 Supra n°60 et suiv. et infra n°228 et suiv.

492 Article L. 12213 du Code du travail dispose que « *La résiliation d'un contrat de travail à durée indéterminée, à l'initiative du salarié, ouvre droit, si elle est abusive, à dommagesintérêts.* » La brusque rupture est caractérisée par le non respect du délai de préavis par le salarié ; Cass. Soc. 9 mai 1990, *D.* 1990, IR, p. 143. La démission est jugée abusive lorsqu'elle traduit la volonté de nuire ; Cass. Soc. 26 juin 1959, *Bull. IV.,* n° 833. On remarquera aussi que le salarié engagé à durée déterminée et donc contractuellement tenu par le terme de son contrat, rompt abusivement le contrat à durée déterminée même s'il s'agit pour lui de s'embaucher à durée indéterminée chez un autre employeur ; Cass. Soc. 5 oct. 1993, *R.J.S.* 11/93, n°1073. Comp. article L 12238 du code du travail avec l'article L. 322420 relatif au contrat emploijeunes.

493 Infra n°228 et suiv.

494 En ce sens, J. SAVATIER, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Soc.* 1982, 1.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

patrimonial du pouvoir, n'en arrivent pas moins à la même conclusion : la gestion de l'entreprise relève du chef d'entreprise seul. Pour Durand, le pouvoir de direction permet à l'employeur d'utiliser la force de travail au mieux des intérêts de l'entreprise et l'employeur, seul juge des besoins de son entreprise et des modalités d'organisation, est libre de fermer son établissement ou de supprimer certains emplois.[495] Ainsi, alors même que le pouvoir de gestion serait finalisé par l'intérêt de l'entreprise, le bien commun de celleci ne rend pas compte d'un intérêt collectif ou individuel à l'emploi. Dans l'ordre économique, le chef d'entreprise serait souverain.[496]

En outre, la recherche menée dans la compréhension de la notion d'emploi laisse entrevoir des difficultés tenant à la délimitation du domaine de la protection en raison même de la définition proposée de l'emploi eu égard à ses deux composantes, économique et juridique.

Remarquons d'abord que, dans son aspect juridique, l'emploi (contrat de travail à durée indéterminée) est gouverné par le principe du droit de résiliation unilatérale.[497] Ainsi si le droit de licencier connaît aujourd'hui des restrictions importantes, le droit de rupture est maintenu marquant nettement l'expression du pouvoir de gestion de l'employeur. La proposition d'une construction de la protection de l'emploi ne peut donc être qu'une protection limitée.

On peut ensuite constater, en se plaçant dans le cadre de la dimension économique de l'emploi, qu'en tant que division de l'entreprise sa protection n'est possible que pour autant que l'entreprise est ellemême économiquement viable. Il est permis d'illustrer cette relativité de la protection dans le jeu des règles issues de la loi du 25 janvier 1985 relative au traitement judiciaire des entreprises en difficulté.[498] Par son article premier, la loi dispose qu'« il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. » Certes, le législateur a tenu compte de l'emploi en mettant l'intérêt de l'emploi sur un pied d'égalité avec la poursuite de l'activité et l'apurement du passif, mais la poursuite de plein droit des contrats de travail ne doit pas empêcher le redressement de l'entreprise.[499] Ainsi, alors que l'article 45 de la même loi subordonne les licenciements économiques à leurs caractères urgents, inévitables et indispensables, il est admis notamment que l'urgence est établie lorsque le fait de différer les licenciements serait de

495 P. DURAND et R. JASSAUD, *Traité de Droit du travail*, t. 1, Dalloz 1947, n°340 et suiv.

496 Voir l'arrêt « Brinon », Cass. Soc. 31 mai 1956, *D.* 1958, 1 note LEVASSEUR.

497 Article 1780 du Code civil « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. » ; article L. 1224 du Code du travail « Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ciaprès définies. » De plus la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 (loi n°861320 du 30 déc. 1986) a rendu à l'employeur le plein exercice du droit de licencier.

498 Loi n°8598 du 25 janv. 1985 relative au « redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ».

499 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°737 et suiv.

nature à compromettre de manière irréversible la survie de l'entreprise. De même, le caractère inévitable et indispensable des licenciements s'apprécie par rapport à la situation de l'entreprise. Le caractère indispensable des licenciements s'impose dès lors que le refus de ces licenciements serait de nature à pérenniser ou à accroître les difficultés de l'entreprise et conduit au prononcé de la liquidation de l'entreprise.[500] Elément de l'activité de l'entreprise l'emploi ne peut être envisagé en dehors de l'organisation avec laquelle il fait corps. On retrouve d'ailleurs cette limite à la protection de l'emploi dans le contrôle opéré par les juges de la cause justificative du licenciement pour motif économique dans la formule selon laquelle une réorganisation non liée à des difficultés économiques ou des mutations technologiques peut constituer un motif économique si cette réorganisation est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.[501] Dans l'ordre économique l'emploi est donc lié à l'entreprise. Pourtant malgré ces obstacles théoriques et pratiques, il y a un véritable intérêt à la protection de l'emploi.

c) L'intérêt à la protection de l'emploi

La notion d'emploi fournit un cadre pertinent à l'exercice d'une activité professionnelle salariée dans l'entreprise. Il a même été remarqué que c'est autour de cette compréhension de l'emploi microéconomique que s'est structuré le modèle du travail dans nos sociétés industrielles.[502] Ainsi, la situation d'emploi dans l'entreprise contribue à l'intégration sociale de l'individu parce que le travail salarié, c'estàdire l'emploi, est à la source de l'acquisition des droits sociaux.[503] La permanence spécifique à la relation juridique d'emploi a fondé ce système et répond non seulement à un intérêt individuel, l'intérêt du salarié à la stabilité de sa situation, mais aussi à un intérêt, sinon un impératif, collectif. Il en résulte que, et cela est significatif du passage de l'emploi macroéconomique à l'emploi microéconomique, l'emploi va émerger comme une revendication, comme un droit, à partir du moment où sa remise en cause est massive. L'idée que le droit du travail s'intéresse à la protection de l'emploi peut trouver là un fondement d'autant que ce droit est, par nature, un droit de protection. A priori rien ne s'oppose donc à ce que la fonction de protection propre au droit du travail ne s'étende pas à l'emploi, qui est une de ses composantes. Au contraire même, c'est au regard de la finalité de la protection, c'estàdire assurer le maintien du salarié dans l'emploi, que l'opposition entre les situations juridiques supportées par un contrat de travail se renforce. Autrement dit, la définition proposée de l'emploi peut seule porter l'objectif de protection. En effet, la reconnaissance de règles de protection de l'emploi ne vaut que pour autant que les droits du salarié au maintien dans

[500] Voir n°279 et suiv.

[501] Cass. Soc. 26 janv. 1994, n°105P ; Cass. Soc. 5 avril 1995, Vidéocolor, *Bull. V.,* n°123, *R.J.S.* 5/95 n°497, *Semaine sociale Lamy*, n°740, rapport BOUBLI, *D.* 1995, 503, note M. KELLER, *J.C.P.* 1995, éd. G., II, 22443, note PICCA, *Liaisons sociales* n°7260, obs. BELIER, *C.S.B.P.* n°70, p. 175, *Dr. Soc.* 1995, 487 ; 27 juin 1996, n°3040D.

[502] Supra n°4 et suiv. Voir également infra n°551 et suiv.

[503] Sur ces points, infra n°569 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'emploi résultent de l'occupation d'un emploi.

Section 2 : La protection de l'emploi : essai d'une construction juridique

Bien que reposant sur un principe d'égalité des droits entre salariés,[504] la dualité des régimes juridiques applicables aux situations de travail trouve une expression forte dans la non applicabilité du droit du licenciement aux contrats conclus pour une durée limitée dans le temps.[505] En effet, le recrutement d'un salarié en vue de la réalisation d'une tâche précise et de courte durée ne peut s'opérer que dans un cadre juridique rigide qui limite l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur sur ces situations particulières de travail ; les obligations sont bornées par la précision de leur objet.[506] En revanche, si la détermination contractuelle de l'emploi fixe les droits et les obligations des parties au contrat de travail, la vocation pérenne de l'emploi nécessite aussi son adaptation à l'évolution de l'organisation de l'entreprise. Ainsi, seul le contrat à durée indéterminée doit (peut) changer pour durer,[507] cette proposition n'étant pas transposable au contrat de travail à durée déterminée. C'est de la confrontation de la nécessité d'adapter la situation de l'emploi dans l'entreprise aux moyens utilisés par le chef d'entreprise afin de parvenir à un équilibre entre la quantité et la qualité des compétences professionnelles requises, à l'aune d'un environnement économique et social en crise, que peut être abordée une réflexion d'ensemble sur la protection de l'emploi dans l'entreprise. Un premier élément consiste à mettre en lumière l'inclination du droit positif, un second répond à l'objectif de la recherche qui est de tenter de proposer un système d'analyse cohérent. L'évolution du droit positif trouve notamment son expression dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation et, sur ce point, on peut se reporter aux propos de Monsieur le conseiller Waquet pour lequel « ***le licenciement doit traduire l'impossibilité de conserver le salarié dans l'entreprise.*** »[508] En prenant appui sur cette directive, il convient de se demander si une construction théorique peut s'articuler autour de l'emploi. On peut entrevoir assez rapidement que la notion « emploifonction » n'est pas à même d'être le vecteur d'une protection générale, sa remise en cause étant d'ailleurs la cause même de mécanismes tendant à éviter le licenciement. Au demeurant, il apparaît que le contrat de travail, pourtant marqué du sceau de l'adaptabilité,[509] ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des moyens mis en oeuvre afin de maintenir le salarié dans

504 Article L. 12233 du Code du travail : « *Sauf dispositions législatives expresses, et à l'exclusion des dispositions concernant la rupture du contrat de travail, les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles qui résultent des usages, applicables aux salariés liés par un contrat de travail à durée indéterminée, s'appliquent également aux salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée.* »

505 Article L. 12233 du Code du travail précité.

506 Infra n°478 et suiv.

507 F. GAUDU, *Le contrat de travail*, Connaissance du droit, Dalloz 1996, p. 91.

508 Ph. WAQUET, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur a cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1992, 980.

l'entreprise. Pourtant, on peut penser que c'est dans la consubstantialité entre le contrat de travail et l'emploi que doit être trouvée l'assise de la protection de la situation juridique d'emploi du salarié (Paragraphe I). A supposer possible l'objectivation des « droitsdéfense » de la situation d'emploi du salarié, il importe de déterminer le degré de contrainte nécessaire porté par les règles de droit qui sont sollicitées. Ainsi, la sanction relative à la protection de l'emploi s'avère déterminante de la reconnaissance de l'intérêt porté à la protection de l'emploi (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le droit au maintien dans un emploi : la reconnaissance juridique du lien d'emploi

La dualité des protections autour de l'emploi laisse supposer que les mécanismes de protection de l'emploi sont eux-mêmes composites. La définition proposée de l'emploi dans ses dimensions économiques et juridiques tend à le confirmer. Ainsi, en érigeant l'emploi comme objet de protection, il serait légitime de rechercher une concordance entre les règles juridiques de protection de l'emploi et l'emploi microéconomique. Pourtant, d'emblée, une telle corrélation apparaît vaine. Si on peut démontrer que des règles de droit forment un ensemble cohérent et qu'en ce sens l'emploi est une catégorie du droit du travail, sans doute la finalité assignée aux règles ne peut pas prétendre assurer la pérennité économique d'un quelconque objet, même si, en revanche, le droit peut participer à créer un environnement normatif propice. D'ailleurs, le licenciement pour motif économique n'est il pas tourné pour partie au moins vers la suppression d'emploi[510] ! L'emploi microéconomique n'est donc pas, en soi, objet de protection.

Une autre dimension de l'emploi apparaît dans le contrat de travail qui en est le support juridique. On pourrait donc penser que les règles de protection de l'emploi ont en fait pour objet le contrat de travail. Dès lors, il n'y aurait pas à proprement parler de protection de l'emploi mais protection du contrat. Mais cette approche n'est pas plus satisfaisante que la précédente. En effet, au même titre que la suppression de l'emploi microéconomique, la modification du contrat de travail participe de la définition du licenciement pour motif économique. De plus, et alors que la protection de l'emploi du salarié trouve sa ressource dans le contrat de travail par l'affirmation de la bonne foi contractuelle qui permet d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, l'obligation de reclassement engage à une réfaction profonde du contrat de travail. Mieux enfin, le droit du salarié au bénéfice de la priorité de réembauchage s'exerce lorsque le lien de droit a été rompu.

Néanmoins, d'une façon générale l'idée de protection de l'emploi du salarié ne peut pas se départir du schéma contractuel et s'articule autour de la notion d'emploifonction. La protection de l'emploi semble pouvoir être recherchée dans la force d'un lien unissant

509 A. BOUILLOUX, « L'adaptabilité du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 487.

510 Article L. 3211 du Code du travail dispose que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. »

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

le salarié à l'entreprise : la protection de l'emploi tendrait donc au maintien du salarié dans une situation juridique d'emploi, que l'emploi économique ait disparu ou bien que le contrat de travail ait été modifié voire rompu. Il semble, en conséquence, que la situation d'emploi laisse apparaître un lien d'emploi, manifestation des règles en faveur de l'emploi. Ce lien d'emploi étant l'expression sociale de l'emploi. Il convient donc de délimiter le domaine de ce lien afin de pouvoir en déterminer les manifestations pour tenter, enfin, d'en saisir la nature juridique.

1 Domaine du lien d'emploi

La protection du lien d'emploi nécessite que soit clairement repérée la situation juridique qui est en cause. Ainsi, parmi les situations juridiques de travail salarié, il convient d'opérer une distinction entre la situation d'emploi *stricto sensu* et les autres situations de travail subordonnées. Le cadre de construction de la protection de l'emploi ne peut reposer que sur une analyse qualitative de l'emploi, c'estàdire sur le contrat de travail à durée indéterminée. L'affirmation n'est pas purement tautologique, c'est l'occupation par le salarié d'un emploi dans l'entreprise qui fonde la mise en oeuvre des règles de protection de l'emploi.

Toutefois, il faut encore que la situation juridique d'emploi soit ferme. En effet, il résulte de l'article L. 1224 du Code du travail que « le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserves des règles [relatives à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée]. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai. » Il s'affirme ainsi que le droit de rompre le contrat de travail à l'expiration de la période d'essai est « un droit conditionné ». En réalité, la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur n'est pas l'expression d'un droit mais du pouvoir, c'estàdire « ***une prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui***. »[511] Ainsi, pendant l'essai l'employeur n'a pas à motiver la rupture du contrat de travail ; en cas de contestation fondée sur le motif de la rupture,[512] le salarié devra agir sur le fondement de l'abus de droit. En revanche, passée la période d'essai, l'acte de licenciement doit être justifié, l'éventuelle controverse reposera sur la justification du licenciement. Il semble, et cela devra être précisé,[513] que les règles de droit attachées à la rupture du contrat de travail constituent la pierre angulaire de la protection de l'emploi.

L'idée de protection apparaît effectivement induire la mobilisation de mécanismes de protection lorsque l'emploi occupé par le salarié est remis en cause. Cette observation amène au constat suivant : en droit positif, et spécifiquement dans notre droit légiféré, la protection de l'emploi n'est pas consécutive à un ensemble de règles qui prend l'emploi directement pour objet. Néanmoins, il ne fait aucun doute que des faits mobilisent des

511 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica 1985, n°236 et suiv.

512 Autre est la question de savoir, si le moment de la rupture intervient bien pendant la période d'essai, infra n°171 et suiv.

513 Infra n°296 et suiv.

règles aux fins de la protection de l'emploi ; la dualité des protections, relevée plus avant, semble le confirmer. Autrement dit, s'il n'y a pas en droit du travail une règle expresse qui établit la protection de l'emploi en tant que telle, des dispositions légales, conventionnelles et jurisprudentielles permettent d'envisager une construction juridique de la protection de l'emploi. On peut dès lors soutenir que l'emploi n'est pas protégé par objet mais protégé par finalité.

En conséquence, il faut convenir que :

1. la protection de l'emploi impose que soit reconnue une situation individuelle d'emploi. La protection de l'emploi trouve sa cause dans l'occupation par un salarié d'un emploi dans l'entreprise juridiquement concrétisé par un contrat de travail à durée indéterminée.

2. les règles de protection de l'emploi sont composites. Elles sont générées par une remise en cause de la situation d'emploi trouvant leur cause soit dans l'atteinte à l'emploi dans sa dimension fonctionnelle, soit dans l'atteinte au contrat de travail en considérant, d'une part, l'obligation pour l'employeur de fournir l'emploi contractuellement convenu mais également, d'autre part, l'obligation pour le salarié de mettre à disposition ses compétences professionnelles pour l'emploi convenu.

3. la protection de l'emploi procède d'une démarche téléologique. Il en résulte que pas plus « l'emploifonction » que « l'emploicontrat » ne peuvent rendre compte de l'étendue de la protection. La protection de l'emploi suppose donc la reconnaissance d'un lien d'emploi entendu comme le droit du salarié à être maintenu dans un emploi malgré la remise en cause de sa situation juridique d'emploi.

2 Les manifestations du lien d'emploi : le licenciement mesure subsidiaire de gestion de l'emploi

Quels sont les moyens juridiques permettant d'assurer la protection de l'emploi du salarié ? Il n'y a pas dans notre droit positif de disposition substantielle qui affirme cette protection. Néanmoins, Monsieur Gaudu faisait déjà observer que, sous l'angle individuel, la situation juridique d'emploi permet au salarié de voir la stabilité de son emploi protégée par un certain nombre de règles qui rendent la rupture du contrat de travail plus coûteuse, ce mécanisme reposant essentiellement sur les garanties liées à l'ancienneté. Ainsi selon l'auteur, par la reconnaissance d'une situation juridique d'emploi le salarié obtient un statut qui lui garantit un certain droit à la poursuite de l'exécution de son contrat de travail.[514] Cette stabilité est envisagée comme une opération de soustraction au pouvoir de l'employeur.[515] C'est donc bien la remise en cause de la stabilité de la relation d'emploi, laquelle procède d'une manifestation de pouvoir de l'employeur, qui justifie l'application des règles de protection. Cet exercice du pouvoir, en ce qu'il porte atteinte à

[514] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°214, 269 et 352.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'emploi, se résorbe en droit dans l'acte de résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'employeur, c'estàdire dans le droit du licenciement. A cet égard, un auteur a pu remarquer que ce sont les règles du droit de licenciement, d'ordre public, qui permettent d'assurer avec plus ou moins d'efficacité la stabilité de l'emploi.[516] Si manifestement, les mécanismes de protection de l'emploi sont hétérogènes, tous, à l'exception de la priorité de réembauchage, peuvent être analysés comme des obstacles au pouvoir de licencier. C'est l'appréhension de cette contrainte au pouvoir qui peut justifier l'usage du terme « protection » plutôt que celui de « stabilité », marquant la reconnaissance par le droit positif d'obligations à la charge de l'employeur limitant son pouvoir de gestion de l'emploi.

Une telle mise en perspective ne va pourtant pas de soi. En effet, malgré les réformes opérées par les lois du 3 juillet 1973 et du 3 janvier 1975, la doctrine observait que les salariés ne sauraient espérer, dans le cadre du droit positif du licenciement, voir consacrer un droit au maintien dans l'emploi.[517] Tout à fait significativement aussi, le droit du licenciement pour motif économique s'était articulé avec les politiques macroéconomiques d'emploi sans lien avec la protection de l'emploi.[518] En outre, le contrôle administratif du licenciement n'était alors pas considéré comme un facteur de stabilité de l'emploi.[519] De plus l'exigence de la cause réelle et sérieuse de licenciement instituée en 1973 n'a pas changé depuis. Pourtant dès le début des années 1990, une doctrine autorisée a souligné que le licenciement ne pouvait être envisagé que comme *l'ultima ratio* des mesures de gestion de l'emploi.[520] Il semble ainsi apparaître que dans l'exercice du pouvoir de gestion des situations d'emplois, l'employeur ne peut plus, sans perdre toute justification de la mesure, faire un choix contraire au maintien du salarié dans un lien d'emploi sauf à démontrer que ce choix est inévitable. Autrement dit, l'exercice par l'employeur de ses prérogatives en méconnaissance de son obligation de maintien du lien d'emploi rend la rupture du contrat de travail irrégulière. On peut considérer que les règles substantielles ayant trait à la rupture du contrat de travail instituent un degré de justification de la décision patronale sur lequel se sont appuyés les juges afin de rehausser le degré de leur contrôle assurant de la sorte la protection de l'emploi.

En vertu de l'article L. 122143 du Code du travail, il appartient au juge d'apprécier le

515 On peut toutefois se demander si l'instauration par la loi de conditions à l'exercice régulier du pouvoir dans l'entreprise retranche véritablement au pouvoir ? Ne faudraitil pour cela que l'acte pris irrégulièrement soit nul ? Infra n°149 et suiv.

516 En ce sens, G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°107.

517 Selon J. Cl. JAVILLIER, « Permanences et remises en question dans le droit du licenciement », *Dr. Soc.* 1981, 298

518 Supra n°4 et suiv. et infra n°336 et suiv.

519 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°408.

520 A. LYONCAEN, « Adapter et reclasser, quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine sociale Lamy* ; du même auteur, « La raison des juges », *Liaisons sociales* fév. 1994, p. 51 ; J. PELISSIER, Rapport pour les Entretiens de Nanterre 18 et 19 mars 1994, *J.C.P.* 1994 ; Ph. WAQUET, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement » *Dr. Soc.* 1992, 980.

caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur à l'appui du licenciement prononcé. La « cause réelle et sérieuse » appartient à la catégorie des « notions cadres »,[521] dont le contenu, par nature, n'est pas défini sinon définissable.[522] Pourtant, lors des débats parlementaires, la cause sérieuse avait été expliquée par le ministre du travail comme « la cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible, sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail, et qui rend nécessaire le licenciement. »[523] Cette définition s'approche singulièrement de l'opinion selon laquelle le licenciement doit être envisagé comme l'expression ultime de l'acte de gestion de l'emploi.

Ainsi dans l'ordre de la justification du pouvoir de gestion de l'emploi, il apparaît que deux conditions de fond traversent désormais le droit du licenciement[524] : il incombe à l'employeur, d'une part, d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi et, d'autre part, de rechercher un emploi de reclassement lorsque le licenciement du salarié est envisagé. Ce qui est remarquable c'est que l'accomplissement de ces obligations influe sur la justification du licenciement quelle que soit la cause qualificative de celuici, sauf faute disciplinaire. Par exemple, l'employeur ne devrait plus pouvoir opposer au salarié son incompétence professionnelle avant de s'être acquitté de son devoir de formation au même titre que l'inadaptation professionnelle ne saurait fonder un licenciement économique motivé par la transformation de l'emploi. Par exemple encore, la loi du 31 décembre 1992 impose le reclassement du salarié inapte à son poste de travail à la suite d'une maladie ou d'un accident non professionnels, obligation de reclassement mise en oeuvre également lorsque le licenciement repose sur un motif économique. Le défaut de formation du salarié et/ou l'absence de recherche d'un reclassement rendent le licenciement irrégulier ; ces deux obligations fixent une limite au pouvoir de gestion de l'emploi du salarié. Sur ce point il importe, dès à présent, de souligner que la Cour de cassation a juridiquement fondé ces obligations sur l'exécution de bonne foi du contrat de travail (article 1134 alinéa 3 du Code civil). Autrement dit, c'est l'exécution de bonne foi par l'employeur du contrat de travail qui confère au motif de licenciement son caractère sérieux.[525]

De plus, comme l'ont relevé, d'autres auteurs,[526] la justification est également d'ordre

[521] Sur ce point, voir S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Thèse Lyon 1997, spéc. pp. 40 et suiv., 59 et suiv.

[522] En ce sens, A. LYONCAEN, Intervention lors de la table ronde organisée par le Parquet général de la Cour de cassation sur « Le contrôle par la Cour de cassation de la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1986, 199 ; « Je me demande si la définition de la cause sérieuse n'est pas un tâche impossible. »

[523] *J.O. débats, A.N.* 30 mai 1973, p. 1619, col. 2.

[524] On ne peut pas réduire la protection de l'emploi à l'obligation de reclassement et au devoir d'adaptation du salarié, d'autres mécanismes y contribuent (infra deuxième partie). Néanmoins, ces deux obligations sont significatives parce qu'elles affirment un degré de résistance du lien d'emploi à sa rupture et qu'elles conduisent le juge à un contrôle d'opportunité du licenciement.

[525] Infra n°299 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

« procédural ». Monsieur Antoine LyonCaen l'exprime ainsi, il s'agit de pouvoir vérifier les différentes étapes d'un raisonnement. Cela conduit, d'une part, à accroître l'objectivité de la décision[527] et, d'autre part, à appeler un contrôle plus approfondi de la décision qui remet en cause l'emploi du salarié. Il en résulte ainsi que si la notion de cause réelle et sérieuse n'a pas bougé depuis 1973, l'interprétation de la notion s'est, en revanche, trouvée profondément modifiée. Le contrôle du caractère sérieux du licenciement, évinçant certains motifs comme la maladie, imposant des obligations comme le reclassement, fixe l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur, partant l'étendue de la protection du salarié au maintien de sa situation juridique.

Sans doute, un ensemble de règles hétérogènes applicables en raison de l'occupation par le salarié d'un emploi dans l'entreprise permettent de mettre en lumière un droit pour le salarié à être maintenu dans un emploi. Pourtant, si l'orientation du droit du travail prend progressivement l'allure d'un droit de l'emploi, il faut prendre avec mesure cette inclination. En effet, si la reconnaissance d'une situation d'emploi fonde un droit pour le salarié à voir cette situation juridique protégée, le droit ainsi reconnu demeure un droit limité.

En premier lieu, dans le raisonnement juridique si la protection de l'emploi peut être opposée comme un droit à l'employeur, les prérogatives de l'employeur restent intactes, il n'y a pas à proprement parlé de retranchement dans le pouvoir. L'employeur perd la justification de l'usage de ses prérogatives, sanctionné par l'octroi d'indemnités mais ne se voit pas opposer la nullité de l'acte injustifié.[528] Dans l'arrêt Brinon,[529] les Hauts magistrats énonçaient « que l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard ce ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail. » L'arrêt rendu à propos du pouvoir de direction économique pouvait être, en réalité, étendu à la mise en oeuvre de l'ensemble des prérogatives patronales. On pouvait en déduire que le chef d'entreprise prenait seul les décisions et que, de surcroît, il n'avait pas à rendre compte de ses décisions. Aujourd'hui, si le chef d'entreprise décide toujours seul, il doit en revanche justifier la remise en cause de l'emploi, l'exercice régulier de ses pouvoirs s'appréciant notamment à l'aune du maintien du salarié dans un emploi.[530] Mais en contrepartie il semble aussi poindre que la protection du lien d'emploi s'accompagne d'une rigueur nouvelle dans l'appréciation, par le juge, des conséquences du refus du salarié de se soumettre à l'exercice régulier des pouvoirs de l'employeur. L'affirmation selon laquelle constitue en principe une faute grave le refus par le salarié d'un changement des conditions de travail est, à ce titre,

526 A. LYONCAEN et A. JEAMMAUD, « Droit et direction du personnel », *Dr. Soc.* 1982, 57 ; A. LYONCAEN, « La raison des juges », *Liaisons Sociales* fév. 1994, n° 86, p. 51 ; « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655.

527 Voir notamment la jurisprudence relative à la perte de confiance.

528 Voir infra n°149 et suiv.

529 Cass. Sect. soc., 31 mai 1956, « Brinon », *D.* 1958, J. 21, note LEVASSEUR.

531

La seconde limite tient à ce que les règles de droit posées en faveur du maintien du lien d'emploi ne peuvent obliger qu'à ce qui est économiquement possible. Indépendamment du degré de juridicité porté par le principe d'exécution de bonne foi du contrat de travail, les obligations qui en découlent sont limitées non seulement par la viabilité économique de l'entreprise mais également par ses possibilités d'offre d'emploi. Sur le premier point, dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985,[532] les licenciements sont autorisés par le juge commissaire lorsque le maintien des emplois est susceptible d'affecter le redressement de l'entreprise.[533] Tout aussi révélatrice est la solution adoptée par la Cour de cassation dans le contrôle de la justification de la cause économique, notamment la réorganisation de l'entreprise, laquelle s'apprécie à l'aune de la sauvegarde de la compétitivité de cette dernière.[534] Enfin, le maintien du lien d'emploi n'est possible qu'autant que l'entreprise, ou le groupe auquel elle appartient, est dans la mesure de fournir un emploi de reclassement ; la taille de l'entreprise, ses capacités techniques et financières sont des éléments déterminants.[535] Par exemple, la pertinence du plan social doit être appréciée en fonction des moyens dont dispose l'entreprise,[536] le reclassement ou le réembauchage par rapport à la qualification professionnelle du salarié et les emplois disponibles.[537]

3 La nature juridique du lien d'emploi

530 Par exemple, Cass. Soc. 26 janv. 1994, *Bull. V.*, n°26. Cet arrêt est tout à fait topique, en l'espèce, le refus d'un agrément ministériel avait entraîné la fermeture d'un casino. Or il ressort de l'examen des faits que c'est le choix du gérant qui a occasionné le refus d'agrément et non des difficultés économiques comme tentait de le dire l'employeur. L'arrêt est un arrêt de cassation aux motifs qu'« statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, dont il résultait que, par sa propre faute, l'employeur avait été conduit à rompre les contrats de travail. » Voir aussi, Cass. Soc. 13 janv. 1993, *Bull. V.*, n°9 et 12 janv. 1994, *R.J.S.* 2/94, n°134, dans le cas où la situation économique résulte d'une attitude intentionnelle et frauduleuse du chef d'entreprise.

531 Par exemple, Cass. Soc. 10 juill. 1996, *Dr. Soc.* 1996, 976.

532 Article 45.

533 Toutefois, on soulignera que les licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ne dispensent par l'employeur de ces obligations afin de maintenir le salarié dans un emploi. L'obligation de protection de l'emploi est dans cette hypothèse nécessairement limitée aux moyens de l'entreprise. Sur ce point, Cass. Soc. 3 mars 1998, arrêt n°1126 P+B.

534 Cass. Soc. 5 avril 1995, Vidéocolor, *Bull. V.*, n°123, *Semaine sociale Lamy*, n°740, rapport BOUBLI, *D.* 1995, 503, note M. KELLER, *J.C.P.* 1995, éd. G., II, 22443, note PICCA, *Liaisons sociales* n°7260, obs. BELIER, *C.S.B.P.* n°70, p. 175,

535 Infra n°355 et suiv.

536 Cass. Soc. 12 nov. 1997, pourvoi n°9516.947.

537 Infra n°361 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

L'aboutissement d'une construction est de présenter un ensemble cohérent ; dans l'ordre du droit, un essai de construction juridique de la protection de l'emploi autour du lien d'emploi devrait amener, d'une part, à définir le lien d'emploi comme un droit, et à reconnaître, d'autre part, que ce droit apporte à son titulaire des prérogatives supplémentaires, différentes de celles déjà connues. Cependant, la contradiction peut être apportée sur deux plans :

en premier lieu, Monsieur Gaudu a soutenu que la situation d'emploi se caractérise par le droit du salarié à la poursuite d'un contrat successif ;

en deuxième lieu, en l'état du droit positif, il n'est pas permis d'affirmer que le lien d'emploi est, en soi, un droit opposable à l'employeur, le lien d'emploi ne marque pas un droit nouveau.

Ce double constat ne limite pourtant pas l'intérêt de la recherche. Tout d'abord, on peut retenir une conception plus restrictive de la notion d'emploi que celle admise par Monsieur Gaudu. Les situations d'emploi ne sont pas homogènes, et seule une conception stricte de la notion d'emploi permet non seulement de rendre compte des règles de protection de l'emploi, mais surtout de justifier la notion. A cet égard, il convient donc de donner un contenu « au droit » du salarié à la poursuite d'un contrat de travail à durée indéterminée, lorsque précisément son exécution est remise en cause. Ensuite, s'il n'y a pas de droit directement invocable à la protection de l'emploi, la notion de lien d'emploi permet de synthétiser une série de prérogatives que le salarié peut opposer à l'employeur lorsque l'emploi occupé est remis en cause ; tels sont par exemple le droit à la suspension du contrat de travail, le droit au maintien du contrat en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, du bénéfice d'une priorité de réembauchage ou encore du droit au reclassement dans un emploi équivalent. Il traduit, en outre, une certaine inclination dans la création et l'interprétation des règles de droit, laissant entrevoir l'armature d'un droit de l'emploi.[538] Ces mécanismes, qui seront étudiés ultérieurement, tendent indubitablement à protéger l'emploi du salarié, c'estàdire à le maintenir dans un lien d'emploi. Ce lien d'emploi manifeste donc un certain degré de résistance de la situation d'emploi malgré les vicissitudes qui sont susceptibles d'affecter la situation d'emploi du salarié.

Si le lien d'emploi n'est donc pas un droit opposable en tant que tel à l'employeur, il apparaît, néanmoins, comme une expression caractéristique de la situation juridique d'emploi qui fonde un ensemble de « droitsdéfense » de l'emploi du salarié. Aussi, peuton tenter, à défaut de pouvoir ériger le lien d'emploi en droit autonome, de s'interroger sur la nature de la situation juridique d'emploi. Monsieur Gaudu soutient que la situation d'emploi est, au moins dans l'une de ses manifestations, une situation réelle ;[539] sa démonstration se fait sur le fondement de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail qui dispose qu'en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, le contrat de travail du salarié est maintenu de plein droit entre employeurs successifs. Monsieur Mouly

[538] En ce sens, A. JEAMMAUD, « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, crise du droit*, P.U.F. 1997.

[539] Spécialement, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°676 et suiv., voir aussi *Dr. Soc.* 1987, spéc. pp, 422423.

à propos de la priorité de réembauchage aboutit à la même conclusion.[540] Dans le cadre de l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail le droit à la poursuite du contrat de travail confère au titulaire de l'emploi un droit au maintien dans l'emploi opposable à l'ayantcause à titre particulier de l'employeur cocontractant. Le nouvel employeur est donc tenu d'exécuter les obligations personnelles résultant de la propriété de l'emploi. Sur ce point, Monsieur Gaudu estime que l'application de cette disposition permet de saisir l'entreprise comme une chose ; l'auteur admet donc que l'emploi est un élément de l'entreprise mais semble aussi implicitement approuver la proposition selon laquelle il n'y a pas de transmission autonome de l'emploi. L'auteur parle d'ailleurs de lien d'entreprise.[541] Cette consubstantialité entre l'entreprise et l'emploi semble aussi être à la base du raisonnement de Monsieur Mouly. En effet, dans le cadre de la priorité de réembauchage il ne peut y avoir directement de lien *intuitus rei* avec l'emploi parce que, par hypothèse le droit à réembauchage postule que le contrat de travail matérialisant l'emploi ait été rompu, le lien dépendant donc de l'entreprise. Toutefois, à bien des égards le rattachement à l'entreprise apparaît insuffisant. Ainsi, à admettre que l'entreprise est au moins un ensemble de biens dont l'emploi est partie intégrante, comment justifier que la priorité de réembauchage soit opposable au nouvel acquéreur puisque l'emploi division de l'entreprise a été supprimé ? Tel est pourtant, opportunément, la solution adoptée par la Cour de cassation.[542] De même, le lien avec l'entreprise peutil justifier que le reclassement doit être recherché dans le périmètre du groupe précisément plus vaste que celui de l'entreprise. Enfin, en quoi le rattachement à l'entreprise peutil justifier le droit à la suspension de l'exécution du contrat de travail accordé au salarié, ou encore le devoir de formation ?

Le lien d'emploi, support des manifestations de la protection de l'emploi, semble donc s'affranchir de cadres d'analyses (entreprise et contrat) qui tendraient à en limiter la portée. Sans doute l'affirmation selon laquelle la protection de l'emploi se construit moins par son objet que par sa finalité permet aussi de justifier que le lien d'emploi ne se définit pas comme un droit. En revanche, ce lien d'emploi marque l'intérêt de l'emploi en faveur du salarié. Il en résulte que la reconnaissance d'une situation juridique d'emploi impose à l'employeur le respect de prérogatives déterminées qui concourent à protéger l'emploi du salarié. Le choix volontaire de l'emploi par l'employeur emporte donc l'application de règles de protection qui contribuent au maintien du salarié dans un lien d'emploi. La situation juridique d'emploi réalisée par un contrat de travail à durée indéterminée offre donc un degré de résistance par son contenu, elle rend notamment applicables des règles d'ordre public dont celles relatives à la rupture du contrat de travail, elle offre encore un degré de résistance par sa ressource propre fondée sur le principe de l'exécution de bonne foi du contrat de travail. Si le contrat de travail trouve dans les mécanismes de protection une nouvelle dynamique, cela confirme aussi un changement important dans sa vision qui ne peut pas être réduite à un simple rapport d'échanges. Il se confirme le

[540] J. MOULY, note sous Cass. Soc. 26 fév. 1992, *J.C.P.* 1992, éd. G., 21883 ; infra n°269 et suiv.

[541] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°678,

[542] Cass. Soc. 26 fév. 1992, précité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

rejet du caractère strictement marchand du travail, et rend sans doute plus pertinente l'approche de l'emploi en ce qu'il renvoie à un certain statut.[543] L'admission d'un lien d'emploi conduit à formuler l'hypothèse selon laquelle le contrat de travail à durée indéterminée rend l'employeur débiteur d'une créance d'emploi, et non pas simplement de l'obligation de fournir un travail. Cette exigence de l'emploi caractérise le contrat de travail à durée indéterminée, lien de droit entre le salarié et l'employeur. A cet égard, l'emploi invite à ce que soient conciliés l'intérêt propre de l'entreprise, support de l'emploi, et l'intérêt du salarié, titulaire de l'emploi. Comme le souligne Monsieur Gaudu, la situation d'emploi est une situation contradictoire. L'évolution du droit positif amène pourtant à voir dans le jeu des règles de droit moins une confrontation qu'une tentative de conciliation des intérêts portés dans l'emploi.

L'opposabilité de « droitsdéfense » de l'emploi que veut exprimer la notion de lien d'emploi manifeste un équilibre entre les prérogatives de gestion de l'emploi parce que dans un système d'économie libérale l'entreprise n'a pas pour but premier de fournir des emplois, et les « droitsbesoins »[544] des salariés qui trouvent leurs sources dans le contrat de travail et spécifiquement dans le contrat de travail à durée indéterminée en raison de la permanence qu'il porte intrinsèquement. La reconnaissance pour le salarié de l'intérêt porté à la stabilité de sa situation juridique imprime donc au droit du travail une direction nouvelle d'interprétation et qui s'inscrit dans le sens de sa finalité plus globale de protection du salarié. L'émergence dans le contrat de travail à durée indéterminée d'une créance d'emploi ne permet cependant pas de reconnaître au salarié un droit au maintien dans l'emploi à tout prix. Le lien d'emploi est, on l'a dit, un droit nécessairement limité aux moyens de l'entreprise. La médiation qui se construit autour de l'emploi suscite *in fine* deux remarques.

Premièrement, il s'agit d'écarter les critiques. Tout d'abord, une critique peut s'élever à l'encontre de l'intérêt de l'emploi manifesté en faveur du salarié, une telle protection serait antiéconomique. Cela revient à poser la question du degré de protection souhaitable. L'idée même de médiation d'intérêts antagonistes autour de l'emploi doit écarter cette critique, l'orientation de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation en fournit la démonstration. Il n'y a pas de remise en cause patrimoniale de l'entreprise mais, sans doute, lorsqu'elle en a les possibilités, l'entreprise doit supporter les inconvénients du maintien du salarié dans un emploi. Mais alors un autre risque n'est pas moindre, c'est le rejet de l'emploi en tant que mode d'organisation de l'entreprise, à supposer qu'un tel mode d'organisation soit opérationnel et que les règles juridiques

543 En ce sens, A. LYONCAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. Soc.* 1998, 316. Selon l'auteur l'emploi n'est pas le travail, mais une forme de travail, un travail en tant qu'il est associé à un certain statut. Il semble que la portée du terme « statut » doit être comprise dans son sens sociologique, c'estàdire comme un état de fait, et non au sens du droit public, c'estàdire comme l'ensemble des dispositions légales et réglementaires fixant la situation des fonctionnaires en ce qui concerne l'entrée au service, le déroulement de la carrière, son déroulement, les droits et obligations, la discipline et la sortie du service (Cf. Vocabulaire Cornu).

544 Expression empruntée à Monsieur Jeammaud, in *Consécration et usage de droits nouveaux*, C.E.R.C.R.I.D., 1985. Ce sont les créances sociales qui naissent de l'exécution du contrat de travail qui font du contrat de l'emploi l'assise du statut social. A plus de 80% la population active en France est salariée. Voir infra n°536 et suiv.

gouvernant les choix de gestion de l'emploi (alternatives à et dans l'emploi) soient respectées.[545] Ensuite, la critique peut aussi trouver un fondement juridique. Cela a d'ailleurs été affirmé, le devoir d'adaptation, l'obligation de reclassement résulteraient d'un forçage du contrat de travail.[546] On objectera que l'obligation de reclassement a un fondement légal et si l'exécution de bonne foi a trouvé une expression tardive dans notre droit positif elle est une directive légale d'exécution des conventions (article 1134 alinéa 3 du Code civil). De même doit être rejeté l'argument de l'insécurité juridique née de l'intérêt porté à la protection de l'emploi, parce qu'au contraire l'employeur connaît précisément l'étendue de ses obligations, il n'y a pas insécurité juridique il y a une plus grande lisibilité dans l'usage des prérogatives patronales de gestion de l'emploi. Enfin, la mise en oeuvre de la protection de l'emploi serait contraire au principe de l'immutabilité du contrat. Sur ce point, la part de l'emploi dans le contrat au regard de l'importance jouée par la qualification professionnelle fait tomber pour partie cet argument.[547] De plus, si un *mutus consensus* est le plus souvent trouvé entre les parties au contrat dans l'évolution de ce dernier, fréquemment modifié positivement en faveur du salarié, l'adaptation et le reclassement s'inscrivent dans l'évolution inhérente à l'emploi marquant d'un trait fort l'adaptabilité naturelle du contrat de travail à durée indéterminée. Sans doute le lien d'emploi atteste, sous un autre angle, la prise en compte de la personne dans le contrat de travail,[548] écartant de fait, sinon de droit, l'emploi comme une variable d'ajustement économique de l'activité de l'entreprise.

Deuxièmement, il s'agit de soutenir que la définition proposée de l'emploi met la situation juridique d'emploi et les règles de protection dans un rapport de consubstantialité, seule une définition stricte de l'emploi rendant opératoires des règles de protection. L'emploi apparaît donc comme un intérêt digne de protection, sans toutefois que cet intérêt ne profite exclusivement à l'une ou l'autre des parties à la relation d'emploi. Dans le prolongement de cette observation, peuton suggérer que si l'emploi est un intérêt juridiquement protégé, la médiation qui s'organise autour de la situation d'emploi dépasse le cadre du droit. On ne peut feindre d'ignorer que les règles de gestion de l'emploi dans l'entreprise ont des incidences hors de l'entreprise mettant en lumière la dimension sociale de l'emploi. Peuton dès lors encore conclure que l'emploi est « la chose » privée de l'employeur ?

Du reste, en admettant que la protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise ne peut pas faire l'objet d'un droit directement invocable par le salarié, l'examen des sanctions attachées à la méconnaissance des prérogatives attribuées au salarié finalisées par le maintien de sa situation juridique apporte sans doute un éclairage à l'intérêt porté à l'emploi.

[545] Infra n°482 et suiv.

[546] Infra n°319 et suiv.

[547] Sur ce point voir infra n°187 et suiv. et n°199 et suiv.

[548] Pour une analyse complète, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. p.67 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Paragraphe II : Les sanctions relatives à la protection de l'emploi

Monsieur Gaudu soutient que la situation d'emploi fait naître au profit du salarié un droit à la poursuite du contrat de travail. Mais l'auteur observe que ce droit est simplement garanti par une créance d'argent conditionnelle.[549] Monsieur Javillier a également affirmé que le droit de l'emploi cède devant le droit des obligations,[550] autrement dit, il ne saurait y avoir de droit de l'emploi tant que sa sanction ne se manifeste pas par la réintégration du salarié dans son emploi. Cette observation questionne l'effectivité de la protection. En effet, si la finalité de la protection de l'emploi est bien celle du maintien du salarié dans un lien d'emploi, une réparation par équivalent ne satisfait pas ce but. A l'évidence, du point de vue du salarié un devoir d'adaptation à l'emploi ou l'obligation de reclassement méconnus par l'employeur et indemnisés au titre du licenciement irrégulier ne protègent pas son emploi. Avant de s'interroger sur l'efficacité de la protection de l'emploi, il convient de distinguer la sanction de la violation des « droitsdéfense » de l'emploi de la sanction des règles gouvernant le régime juridique de la situation d'emploi.

1 La requalification, sanction de la méconnaissance de la situation juridique d'emploi

Les règles de protection de l'emploi trouvent leur ressource dans une situation d'emploi c'estàdire par l'occupation d'un emploi dans l'entreprise. La qualification « emploi » est donc cardinale en ce qu'elle fonde la protection. La qualification de la situation d'emploi revient dans un premier temps aux parties à la relation de travail, mais spécifiquement à l'employeur « maître de l'emploi ». Effectivement, si la relation de travail se noue par un accord de volontés, la définition de l'organisation de l'entreprise, la division de l'activité en emplois, relève du pouvoir de gestion du chef d'entreprise. Dans la reconnaissance d'une situation d'emploi, l'acte de gestion de l'emploi se manifeste à un double niveau, d'une part, dans l'alternative à l'emploi c'estàdire dans la qualification « contrat de travail » et, d'autre part, dans l'alternative dans l'emploi c'estàdire dans le respect des règles relatives à la nature juridique du contrat de travail. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, la violation de l'habillage juridique de la situation de travail est sanctionnée par la requalification de la situation juridique. La requalification d'une situation juridique consiste pour le juge à restituer à un fait ou à un acte son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.[551] Malgré cette unité, la doctrine distingue nettement ces deux situations, la question de la requalification de la situation juridique à proprement parlé, requalificationinterprétation et celle de la nature du contrat de travail, requalificationsanction.[552] On ne saurait contester le point selon lequel le

549 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

550 J.Cl. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droits des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 101.

551 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F.

fondement juridique des pouvoirs dévolus au juge procède de deux sources distinctes, d'une part, l'article 12 alinéa 2 du N.C.P.C. pour la requalificationinterprétation et, d'autre part, des textes spéciaux pour la requalificationsanction. Sans doute encore, la requalificationsanction n'est pas ouverte à l'employeur alors qu'il a qualité pour agir en requalificationinterprétation, même si les hypothèses semblent à la marge.[553] Enfin, on ne peut pas négliger la part réduite de l'autonomie du juge lorsque dans le cadre de la requalificationsanction, celleci procède par voie de réputation.[554] Néanmoins, le caractère de sanction mis en exergue dans le cadre de la requalification de même nom peutil être totalement écarté lorsque la requalification s'opère au niveau de la situation juridique ellemême ?

Si effectivement la requalificationinterprétation procède d'un pouvoir dévolu au juge, on doit souligner que dans cette opération de rattachement d'une situation juridique à une catégorie juridique, la qualification « contrat de travail » est une qualification d'ordre public ; elle est même la première notion d'ordre public en droit du travail.[555] Dès lors, le redressement d'une qualification conventionnelle confrontée à la violation de règles d'ordre public ne procèdetil pas d'une sanction ? De plus, si l'analyse des effets de la requalification s'articule autour de l'ensemble des droits que le salarié tient d'un contrat de travail, par exemple rémunération au moins égale au SMIC, ces droits sont, le plus souvent, par rapport à la rupture de la situation juridique en cause. Dans la pratique, le travailleur va en effet réclamer le bénéfice de l'ensemble des droits afférents à un contrat de travail y compris de sa rupture laquelle s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. La réparation du préjudice, dans ces conditions, est difficilement détachable de toute idée de sanction. Enfin, dans ces deux hypothèses la technique de requalification exprime la valeur portée par l'emploi, droit commun des situations juridiques de travail subordonné. La démarche judiciaire ou légale au travers de la requalification se fonde sur le principe de la réalité des situations saisies.

Lorsqu'il s'agit pour le juge de se prononcer sur le respect de la catégorie « contrat de travail », il se prononce sur la violation des frontières du salariat qui sert de fondation au statut protecteur du salarié.[556] Ainsi, on a pu voir que ce sont des indices, rapportés par le travailleur,[557] qui vont permettre au juge de donner à la situation de fait,

552 S. FROSSARD, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, Thèse Lyon 1997, pp. 89 et suiv. ; C. ROYLOUSTAUNAU « Réflexions sur le rôle du juge dans la requalificationsanction du contrat à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990 », *J.C.P.* 1991, éd. E., 101.

553 Ainsi, on peut douter de l'intérêt d'un employeur à agir en justice afin de demander la requalification d'un contrat d'entreprise, par exemple. Mais en outre, sur le plan même des principes on peut s'interroger sur l'admissibilité d'une requalificationinterprétation du contrat à durée déterminée. Pour une proposition, S. FROSSARD, Thèse précitée, page 89 et suiv.

554 Article L. 122313 du Code du travail.

555 J.M. BERAUD, *Manuel de droit du travail et de droit social*, Litec 1996.

556 En ce sens, M.T. AUBERTMONPEYSSEN « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. Soc.* 1997, 616.

indépendamment de la dénomination du contrat et aussi de l'acte de gestion de l'employeur, son exacte qualification. Il s'agit d'écarter la fraude à l'emploi lorsque la situation correspond en réalité à l'occupation d'un emploi effectif dans l'entreprise marquant là une division interne de l'activité normale et permanente de l'entreprise.[558]

Lorsque le juge est amené à établir la nature juridique du contrat de travail, il va devoir se prononcer précisément sur la qualité de la situation juridique, c'estàdire sur la qualification « emploi ». Autrement dit, il n'est pas discuté de l'intégration du salarié à l'entreprise, mais du caractère de cette intégration, permanente ou pas. L'article L. 1225 du Code du travail dispose que le contrat de travail est par principe conclu à durée indéterminée. En revanche, il peut être conclu à durée déterminée dans les situations expressément visées par la loi.[559] Les règles gouvernant l'alternative dans l'emploi sont sanctionnées par des règles originales qui accentuent la valeur portée par la notion d'emploi, marquant le caractère d'ordre public de la qualification « contrat de travail à durée indéterminée ». La sanction emprunte la voie de la requalification, mais celleci s'impose au juge. En vertu de l'article L. 122313 du Code du travail, le contrat à durée déterminée conclu en méconnaissance des conditions de fond et/ou des conditions de forme est réputé conclu à durée indéterminée.[560] La portée de cette disposition, introduite par la loi du 12 juillet 1990, est considérable parce qu'elle introduit une présomption irréfragable,[561] véritable mesure de protection réservée au salarié.[562] De plus, la Cour de cassation en fait une application stricte en décidant que le défaut des mentions, en l'occurrence le nom et la qualification du salarié remplacé, emporte la requalification de plein droit du contrat à durée déterminée.[563] Rendu sous le visa général de l'article

557 Sur la présomption de non salariat posée par la loi du 11 fév. 1994, voir infra n°518 et suiv. L'employeur pourra apporter la preuve que le contrat de travail est fictif, Cass. Soc. 18 juin 1996, *Bulletin trimestriel 34 de droit du travail*, n°101.

558 Par exemple, Cass. Soc. 20 nov. 1985, *Bull. V.*, n°541 ; 17 avril 1991, *Bull. V.*, n°200 (requalification d'un contrat de société) ; 19 juin 1991, *Bull. V.*, n°316 ; 3 oct. 1991, *Bull. V.*, n°473.

559 Supra n°90 et suiv.

560 Article L. 122313 du Code du travail dispose : « *Tout contrat conclu en méconnaissance des dispositions des articles L. 1221, L. 12211, L. 12212, L. 1222, L. 1223, L. 12231, alinéa premier, L. 122310, alinéa premier, L. 122311 et L. 122312 est réputé à durée indéterminée.* »

561 L'employeur ne peut pas apporter la preuve contraire, Cass. Soc. 21 mai 1996, *R.J.S.* 7/96, n°773. Sur l'évolution du droit, cf. J. SAVATIER, « La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Dr. Soc.* 1987, 407 ; G. POULAIN, « La présomption de l'article L. 12231 du Code du travail relatives aux contrats de travail à durée déterminée irréguliers », *Dr. Soc.* 1989, 361.

562 Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.*, n°481, *D.* 1988, SC, 97, J.M. BERAUD. L'action en requalification depuis un arrêt du 1er déc. 1993 est ouverte à l'A.G.S. Ce droit propre ne remet pas en cause le caractère de protecteur de l'action en requalification. Cass. Soc. 1er déc. 1993, *Bull. V.*, n°297 ; 1er mars 1994, *Dr. Soc.* 1994, 577 et 12 avril 1995, *R.J.S.* 5/95, n°492.

563 Cass. Soc. 6 mai 1997, *Bull. V.*, n°160, *R.J.S.* 6/97, n°664. Cf. le débat ouvert : C. ROYLOUSTAUNAU, « Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1997, 922 et P. FIESCHIVIVET, *Semaine sociale Lamy* 1997, p. 3.

L. 12231 du Code du travail, cet arrêt peut être interprété comme visant l'ensemble des mentions écrites, dont il est vrai que toutes, à l'instar du nom de la caisse de retraite complémentaire, n'intéressent pas au premier chef la qualité de la situation juridique de travail, et partant la protection de l'emploi du salarié. Enfin, l'article L. 122310 alinéa 1 du Code du travail dispose que lorsque le contrat à durée déterminée se poursuit après l'échéance de son terme il devient à durée indéterminée. On peut remarquer que, dans cette hypothèse, le jeu de la requalification est moins celui d'une sanction que le rétablissement de la qualification nécessaire correspondant à la réalité, c'estàdire à l'occupation d'un emploi dans l'entreprise.[564]

La qualité de l'emploi apparaît bien, à l'aune de la requalification des situations juridiques, chargée de valeur digne de protection. Par contraste, on peut remarquer que si la violation des règles de gestion ayant trait à la qualité de l'emploi justifie la requalification de la situation juridique, en revanche, la méconnaissance de la quantité d'emploi, fonde encore une action en requalification en contrat de travail de travail à temps plein ; mais la présomption, ainsi instituée, n'est pas irréfragable ; l'employeur peut apporter la preuve contraire.[565]

Par la voie de la requalification le juge redresse les qualifications, on peut, toutefois, s'interroger sur la portée exacte de la protection instituée. En effet, l'opération de requalification permet à l'intérieur de l'ordre juridique de satisfaire des intérêts ; mais ceuxci sont avant tout d'ordre juridique. Pratiquement, le redressement judiciaire de la qualification de l'acte s'opère, le plus souvent, lors d'une phase contentieuse suite à la rupture de la situation juridique en cause. Or l'efficience de la protection de l'emploi suppose de se placer en amont de la rupture de la relation contractuelle. La concrétisation d'une situation d'emploi par requalification ne met pas en oeuvre des mécanismes de protection de l'emploi. Cette remarque renvoie à la sanction de la méconnaissance des « droitsdéfense » parce que *de lege lata* la sanction du licenciement irrégulier s'effectue par l'indemnisation du salarié et non pas par la nullité de l'acte irrégulier.

2 L'indemnisation, seule sanction de la méconnaissance du lien d'emploi ?

De façon originale, l'extinction du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou par arrivée du terme, justifie au bénéfice du salarié l'octroi d'indemnités. Dans le premier cas, en vertu de l'article L. 12234 du Code du travail, le terme du contrat à durée déterminée ouvre droit à une indemnité de précarité égale à 6% de la rémunération, cette indemnité est, selon le texte même, destinée à compenser la précarité de la situation du salarié. Dans le second cas, l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation du contrat de travail fait bénéficier le salarié, qui compte deux ans d'ancienneté, sauf faute grave, d'une

564 Par exemple, Cass. Soc. 14 fév. 1996, *Bulletin trimestriel 33 de droit du travail*, n°5, salarié ayant pris des commandes après l'échéance du terme de son contrat à durée déterminée. Poursuite de la relation contractuelle après l'échéance du terme ; Cass. Soc. 29 oct. 1997, *Bulletin trimestriel 36 de droit du travail*, n°255, les emplois crées étaient des emplois permanents, les contrat se sont poursuivis plus de deux ans après leur conclusion.

565 La requalification automatique concerne la qualité de l'emploi et non sa quantité, Cass. Soc. 29 janv. 1997, *Bulletin trimestriel 37 de droit du travail*, n°27. Article L. 21243 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

indemnité de licenciement au moins égale à 10% du salaire par année de présence dans l'entreprise (article L. 1229 du Code du travail). Il est donc remarquable que le législateur impose une indemnité de sortie de la relation de travail alors que l'une et l'autre des parties ont rempli leurs obligations. Cette indemnité semble bien liée à la perte de « l'emploi ». On observera pourtant que l'indemnité de précarité s'analyse comme un salaire, alors que l'indemnité de licenciement, qui n'est pas la contrepartie du travail fourni, n'a donc pas le caractère de salaire.[566] Elle est forfaitaire et allouée en fonction de l'ancienneté.[567]

La nature indemnitaire de la perte de l'emploi, qui ne doit pas être confondue avec la sanction du licenciement irrégulier, est surprenante parce que l'employeur ne fait qu'user d'un droit. Selon Monsieur Savatier, l'indemnité de licenciement est avant tout un avantage lié à l'ancienneté visant à récompenser la fidélité du salarié. L'argument n'est pourtant pas totalement convainquant parce que s'il s'agissait de récompenser la fidélité du salarié, on pourrait penser qu'elle est due lorsque celuici démissionne. Ainsi, tout comme le licenciement est un droit pour l'employeur, la démission, qui marque la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, devrait au regard de l'ancienneté acquise, c'estàdire des services rendus à l'entreprise, ouvrir droit à une indemnité comparable. Tel n'est pas pourtant pas le cas. L'indemnité peut donc être envisagée comme la réparation de la perte de l'emploi et tendrait alors à réparer un préjudice de nature économique.[568] Selon Monsieur Gaudu,[569] cette indemnité concourt à la stabilité du contrat de travail parce qu'elle rend la rupture effectivement plus onéreuse pour l'employeur. En ce sens, elle assure la stabilité de la situation juridique d'emploi, en revanche, une telle indemnité de licenciement n'assure pas la protection de l'emploi.

Le lien d'emploi n'a pas de consistance juridique en tant que droit opposable à l'employeur, il a, néanmoins, un coût. Ainsi, la méconnaissance des « droitsdéfense » de l'emploi par l'employeur, appréciée à l'aune de la qualification « licenciement », ouvre droit pour le salarié à des dommagesintérêts. L'article L. 122144 alinéa 1 du Code du travail dispose que « ***si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L. 1229*** . »[570] La violation des règles manifestant un droit pour le salarié au maintien dans un emploi s'analyse bien en une sanction ; c'est une amende civile dans sa composante forfaitaire.[571] Le caractère strictement indemnitaire du licenciement irrégulier n'enlèvetil cependant pas toute portée significative aux mécanismes de protection de l'emploi ? En effet, la pratique judiciaire

[566] Cass. Soc. 9 mars 1957, *D.* 1958, 91, *Dr. Soc.* 1957, 278.

[567] Cass. Soc. 31 mai 1978, *Bull. V.*, n°415.

[568] En ce sens M. KELLER, « La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi », *Dr. Ouv.* 1996, 264.

[569] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

incline à n'octroyer au salarié irrégulièrement licencié que les six mois de salaire légalement fixés par l'article L. 122144 du Code du travail.[572] Sans doute, ne fautil pas sous estimer la rigueur de cette indemnité lorsqu'au surplus l'employeur peut être tenu par le juge de rembourser tout ou partie des allocations chômage payées au salarié irrégulièrement privé de son emploi.[573] Néanmoins, le droit de l'emploi peutil se satisfaire de cette solution, ou bien fautil envisager la nullité du licenciement irrégulier et consécutivement la réintégration du salarié afin que soit pleinement affirmé le droit au maintien dans l'emploi du salarié ? *De lege lata*, la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse ne peut pas être imposée à l'employeur. Une proposition de réforme estelle alors souhaitable ? Un examen de la place de la nullité dans le droit du licenciement doit conduire à proposer une solution.

Décrite sous l'angle de ses effets, la nullité est l'anéantissement rétroactif, prononcé par un juge, d'un acte qui ne remplit pas les conditions légales pour sa formation. La nullité de l'acte unilatéral « licenciement » qui rompt le contrat de travail devrait donc conduire à considérer que le contrat n'est pas rompu, qu'il doit continuer à s'exécuter et que l'employeur doit notamment fournir le travail et payer le salaire. Pourtant, en étudiant « les nullités du licenciement », un auteur laissait déjà suggérer l'absence de régime unitaire de la nullité du licenciement,[574] l'hétérogénéité procédant tout autant des causes de la nullité du licenciement que de ses effets.

570 Pour les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou occupé dans une entreprise de moins de onze salariés l'article L. 122145 dispose que « A l'exception des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 12214 relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions de l'article L. 122144 ne sont pas applicables aux licenciements des salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et aux licenciements opérés par les employeurs qui occupent habituellement moins de onze salariés. Les salariés mentionnés à l'alinéa précédent peuvent prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité calculée en fonction du préjudice subi. ».

571 Cass. Soc. 25 sept. 1991, *Dr. Soc.* 1991, 762, conclusion PICCA. G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1994, n°420.

572 Il conviendrait aussi sans doute de s'interroger sur la pratique de la défense salariale afin de savoir si les dossiers présentés devant les formations de jugement présentent une argumentation sérieuse afin d'établir un préjudice réel causé au salarié.

573 Article L. 122124 alinéa 2 dispose notamment que « Le tribunal ordonne également le remboursement par l'employeur fautif aux organismes concernés de tout ou partie des indemnités de chômages payées au salarié licencié du jour de son licenciement au jour du jugement prononcé par le tribunal dans la limite de six mois d'indemnités de chômage par salarié concerné. Ce remboursement est ordonné d'office par le tribunal dans le cas où les organismes concernés ne sont pas intervenus à l'instance ou n'ont pas fait connaître le montant des indemnités versées. Une copie certifiée conforme du jugement est adressée par le secrétariat du tribunal à ces organismes. ». Ce texte a été modifié dans un sens moins rigoureux par la loi du 30 septembre 1986, puisque antérieurement l'employeur était tenu au remboursement de toutes les indemnités chômage. Il en résulte que les juges du fond apprécient souverainement, dans la limite prévue par la loi, la part des indemnités de chômage devant être remboursée aux organismes concernés, Cass. Soc. 22 avril 1992, *R.J.S.* 6/92, n°727.

574 G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », *Dr. Soc.* 1977, 215. G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1996, n°135 et suiv.

En premier lieu, du point de vue des causes de la nullité du licenciement, on distingue nettement que cette sanction frappe, d'une part, le licenciement des salariés spécialement protégés, parmi lesquels les représentants du personnel,[575] la femme enceinte[576] ou encore le salarié victime d'un accident du travail[577] et, d'autre part, les licenciements dont le motif est attentatoire à des libertés et droits fondamentaux.[578] En revanche, en droit positif la nullité du licenciement n'est pas la sanction du licenciement irrégulier (article L. 122144 précité). En outre, l'analyse des débats parlementaires lors du vote de la loi du 13 juillet 1973 fait clairement ressortir que cette sanction a été expressément écartée.[579]

En second lieu, les effets attachés au prononcé de la nullité ne sont pas tous identiques. Effectivement, à supposer que la nullité ait été demandée par le salarié, la nullité se traduit tantôt par une indemnisation spécifique, c'est le cas pour le licenciement d'une salariée enceinte,[580] tantôt par la réintégration, véritable corollaire de la nullité.

Ce bref rappel du domaine des nullités du licenciement laisse apparaître une opposition entre les licenciements dont la cause justificative n'est pas conforme aux exigences légales et les licenciements dont la cause est illicite c'estàdire celle qui porte atteinte aux principes supérieurs d'ordre public.[581] Il en ressort que le droit positif range la protection de l'emploi dans la sphère de « l'irrégulier » et non pas de l'illicite. Pour autant, *de lege ferenda*, la nullité du licenciement doitelle être envisagée ?

Des arguments en faveur de la nullité du licenciement prononcé en méconnaissance du lien d'emploi peuvent être avancés. Tout d'abord, à supposer admise la reconnaissance par le droit d'un intérêt à la protection de l'emploi, l'issue strictement indemnitaire de la violation des « droitsdéfense » de l'emploi apparaît de moindre efficacité lorsque finalement l'employeur peut licencier, à condition d'en payer le prix.[582] Ensuite, il résulte désormais, depuis la loi du 27 janvier1993, que « la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés

[575] Aucun texte ne fonde la nullité du licenciement ; la solution a pourtant été affirmé dès 1948 par la Cour de cassation dans l'arrêt Raymondis, Civ. soc. *Bull. IV.,* n°557, *J.C.P.* 1948, II, 4462, *Dr. Ouv.* 1948, 441. Cass. Soc. 14 juin 1972, Revêt sol, *Bull. V.,* n°425, *J.C.P.* 1972, II, 17275, *D.* 1973, 104, *Dr. Soc.* 1972, 471, *Dr. Ouv.* 1972, 276.

[576] Article L. 122252 et L. 12230 du Code du travail.

[577] Article L. 122322 du Code du travail.

[578] Articles L. 12245 du Code du travail, L. 5211. Sur cette distinction, G. COUTURIER, ouvrage précité.

[579] Amendement n°44, présenté par M. CAU, *J.O. A.N.* 30 mai 1973, p. 1628 col. 1 : « le tribunal constate et ordonne la réintégration du salarié dans tous ses droits antérieurs. », voir J. PELISSIER, *La réforme du licenciement*, Sirey 1974, p. 163 et suiv.

[580] Article L. 12230 al. 2 du Code du travail.

[581] G. COUTURIER, article précité.

[582] En ce sens, J.M. BERAUD, *Manuel de droit du travail et de droit social*, Litec, 1996, n°182.

s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (...). »[583] La Cour de cassation a entendu donner toute sa portée à ce dispositif puisqu'elle exige, d'une part, que le plan de reclassement soit sérieux[584] et, d'autre part, elle a surtout jugé qu'il résulte de l'article L. 32141 alinéa 2 du Code du travail que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents, et en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif.[585] Par ce dispositif instituant un mécanisme de protection de l'emploi, le reclassement, et la sanction de sa violation, la nullité du licenciement, l'intérêt porté à l'emploi serait consacré. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité d'une telle systématisation.

Il faut d'emblée ne pas placer la discussion sur le terrain des arguments classiques de la nullité et de son corollaire la réintégration. En effet, l'état du droit positif démontre, tout d'abord, qu'en l'absence de fondement textuel il peut y avoir place pour la nullité du licenciement.[586] Ensuite, il faut écarter l'argument selon lequel la réintégration serait une atteinte intolérable au pouvoir de l'employeur, si l'acte est déclaré nul, la nullité doit opérer dans tous ses effets et, en l'absence de contestation sérieuse sur le fond, le juge des référés doit l'ordonner sous le joug d'une astreinte qui en commande l'effectivité. Dès lors, ne se pose plus le problème des effets du temps sur la réintégration.[587] En revanche, on peut penser que le débat de la nullité du licenciement au regard du droit au maintien dans l'emploi doit être porté sur la plan des valeurs. Autrement dit, la violation du droit au maintien du salarié dans un lien d'emploi estil porteur d'un intérêt aussi éminent que la protection des droits fondamentaux ou des libertés publiques ? Une chose est de démontrer que les règles de droit prennent en compte les intérêts du salarié au maintien de sa situation juridique, autre chose est d'ériger cet intérêt en droit absolu.

Cependant, en admettant que la nullité n'est pas une sanction adaptée à la violation des règles de protection de l'emploi du salarié, on ne peut pas non plus se satisfaire complètement du quantum de la sanction infligée à l'employeur.

En premier lieu, il conviendrait d'harmoniser les sanctions des articles L. 122144 et

583 Article L. 32141 alinéa 2 du Code du travail. Sur l'ensemble de la question, infra n°376 et suiv.

584 Cass. Soc. 17 mai 1995, *Bull. V.,* n°159, Cass. Soc. 10 juin 1997, *Bull. V.,* n°216.

585 Cass. Soc. 13 fév. 1997, *Bull. V.,* n°64, Samaritaine, *D.* 1997, 171, A. LYONCAEN, *Dr. Soc.* 1997, 249, conclusion DE CAIGNY, note COUTURIER, *R.J.S.* 1997, n°269, *C.S.B.P.* 1997, 105 note PHILBERT, *Dr. Ouv.* 91, note MOUSSY.

586 Tel est bien le cas pour les représentants du personnel. Voir aussi l'affaire Clavaud, Cass. Soc. 28 avril 1988, *Dr. Ouv.* 1988, 249 ; P. CHIROL, note sous C.A. de Riom, *Dr. Ouv.* 1986, 204 ; M. HENRY, « La nullité du licenciement sanctionnant sa liberté d'expression par un salarié », *Dr. Ouv.* 1987, 1 ; H. ECOUTIN, « Libertés fondamentales et licenciement », *Dr. Soc.* 1998, 428 ; A. JEAMMAUD et M. LE FRIAND, « Liberté d'expression et nullité d'un licenciement », *Dr. Ouv.* 1988, 249.

587 Sur ces questions, B. DESJARDINS, « La réintégration », *Dr. Soc.* 1992, 766 ; H. SINAY, « Rigueur et ampleur de la réintégration (19921993) », *Dr. Soc.* 1994, 552 ; M. HENRY, « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. Ouv.* 1995, 371. Voir infra les circonstances de l'arrêt Samaritaine ; les salariés ont été réintégrés près de trois ans après la première saisine du juge !

L. 122145 du Code du travail. Rien ne justifie, en effet, qu'un salarié ayant moins de deux d'ancienneté ou parce qu'occupé dans une entreprise de moins de onze salarié, soit différemment traité sur le plan de la réparation de son préjudice.[588] En second lieu, il apparaît dans la pratique une double restriction : d'une part, la sanction forfaitaire, lorsqu'elle est de droit, absorbe en quelque sorte l'entier préjudice ; d'autre part, lorsque le préjudice est réparé, quel que soit le fondement juridique, on peut douter qu'il le soit à la hauteur véritable du préjudice causé au travailleur irrégulièrement privé de son emploi. Or on a déjà souligné que l'emploi met en jeu non seulement les droits du salarié mais il affecte aussi l'ordre social puisque la collectivité prend en charge l'indemnisation du chômage. Pour prendre un exemple significatif, en l'état actuel du marché du travail, un salarié âgé de plus de quarantecinq ans et peu qualifié risque de ne pas retrouver d'emploi avant de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein. Les exemples pourraient être multipliés avec des paramètres constants tels que le sexe, l'âge, la qualification professionnelle, la branche d'activité, par ailleurs utilisés afin de dresser des statistiques.

Un choix de politique juridique et de politique judiciaire peut être proposé. L'employeur est seul maître de l'emploi, mais il doit en assumer la pleine et entière responsabilité. Le licenciement irrégulier doit donc, d'une part, être sanctionnée au titre d'une amende forfaitaire et, d'autre part, correspondre au préjudice exactement subi par le travailleur. *De lege ferenda*, la sanction de la violation des règles de droit doit être maintenue et étendue à l'ensemble des salariés. Mais il faut, de surcroît, que la défense salariale propose un dossier fixant au regard des paramètres proposés l'évaluation exacte du préjudice subi et que par conséquent les juges allouent ces dommagesintérêts. A cet égard, mais dans un contexte différent, la Cour de cassation utilise une formule qui apparaît pleinement appropriée ; elle énonce précisément, lorsque la sanction prévue par l'article L. 122144 du Code du travail n'est pas applicable que la violation de règles substantielles, en l'occurrence le non respect de l'ordre des licenciements, « constitue pour le salarié une illégalité qui entraîne pour celuici un préjudice, pouvant aller jusqu'à la perte injustifiée de son emploi, lequel doit être intégralement réparé, selon son étendue par les juges du fond ».[589]

Cette réparation de l'entier préjudice permet d'aller dans le sens de l'affirmation de la responsabilité de la gestion de l'emploi.[590] Elle a en outre pour elle une certaine adaptabilité aux circonstances économiques (marché du travail) et personnelle (situation du salarié) dont on ne peut pas nier l'influence sur l'orientation récente des règles et de leur interprétation. La prise en compte de ce préjudice économique ne serait d'ailleurs pas l'apanage du droit du travail ; elle existe en cas de méconnaissance par le bailleur du droit au renouvellement du bail commercial institué par le décret du 30 septembre 1953 au bénéfice du commerçant.

588 Il faut rappeler que dans le cadre de l'article L. 122144 le salarié a droit forfaitairement à une indemnité de six mois de salaire, alors que l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse s'effectue en fonction du préjudice réel, article L. 122145.

589 Article L. 32111 du Code du travail. Par exemple, Cass. Soc. 19 mars 1998, pourvoi n°9545.541.

590 Infra n°576 et suiv.

Conclusion du titre premier

Du point de vue de l'entreprise, l'emploi peut être appréhendé comme une division du travail ; du point de vue du salarié, l'emploi est une situation juridique. Mais dans les deux cas, il apparaît qu'un caractère qualitatif, la permanence, établit une concordance entre cet élément de l'organisation et la nature du lien juridique qui s'instaure entre l'entreprise et le salarié. Cette correspondance amène à conclure que le contrat de l'emploi ne peut être que le contrat de travail à durée indéterminée. L'opposition selon la nature juridique du contrat de travail selon sa durée se renforce singulièrement sous l'angle de l'emploi. En effet, si toutes les situations juridiques de travail subordonné accordent un droit au salarié à la poursuite de l'exécution du contrat de travail, on peut alors que le régime légal du contrat de travail à durée déterminée est aménagé *a priori* ; ce droit, dans le cadre du contrat à durée indéterminée, se construit empiriquement. Cette différence ne doit pas surprendre parce que le principe qui gouverne l'opposabilité de ce droit à l'employeur n'est pas, dans ces situations, le même. Si dans le cadre du contrat de travail à durée indéterminée le principe est bien celui pour les parties, et spécifiquement pour l'employeur, le droit de rompre le contrat, tel n'est pas le cas pour le contrat de travail à durée déterminée. La stabilité juridique du contrat à durée déterminée organise la protection de cette situation de travail particulière, en revanche, la permanence de l'emploi invite à organiser la protection de la situation d'emploi. La protection des situations juridiques de travail apparaît ainsi intimement liée à une opération de qualification juridique, dans un premier temps à la qualification « contrat de travail » puis, dans un second temps, à la qualification « emploi ». Cette approche abstraite, au niveau des catégories, caractérise l'emploi. Elle est suffisante pour rendre applicable aux situations d'emploi des règles dont la finalité est d'assurer l'effectivité du droit à la poursuite du contrat de travail. Toutefois, on peut vouloir comprendre concrètement comment s'exprime, à un autre niveau, l'emploi. Localisé juridiquement dans l'entreprise, il convient aussi de s'intéresser au contenu du contrat de travail à durée indéterminée. En effet, on peut penser que le contenu du contrat de travail, lien de droit entre l'entreprise et le travailleur, a vocation à être déterminé par rapport à « l'emploifonction ». Autrement dit, il s'agit de rechercher ce que les parties à la relation contractuelle peuvent subjectivement s'approprier de l'emploi. Il s'agira alors d'examiner les conséquences de cette détermination de l'emploi par le contrat de travail.

titre II : l'emploi dans le contrat de travail

On sait que la notion d'emploi est multiforme et que cette hétérogénéité ouvre sur des niveaux différents d'analyse de l'emploi. Ainsi, le marché du travail renvoie à une approche macroéconomique de l'emploi, ce marché de « l'emploi » pouvant notamment se situer au niveau des Etats, de bassins dits « d'emplois » et de l'entreprise. La diversité des approches de la notion d'emploi peut être justifiée par l'atypisme du travail luimême.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Toutefois, on peut relever que malgré la diversité intrinsèque du travail (il est domestique ou professionnel, dépendant ou indépendant, gratuit ou à titre onéreux etc.), le travail ou l'emploi demeure hétéronome ; ils s'exercent, en effet, dans des cadres juridiques prédéterminés. La saisie du travail par le droit atténue l'hétérogénéité des situations de travail en raison même de l'opération de qualification juridique qui permet un classement des situations de fait en cause. Ainsi, on a pu remarquer que la concrétisation de l'emploi en droit du travail est indissociable du support juridique « contrat de travail ». Il en résulte une certaine unité qui conduit à la spécificité même de l'emploi en tant que catégorie pertinente du droit du travail si l'on admet que l'emploi ne peut être juridiquement supporté que par un contrat de travail à durée indéterminée. L'unité entre le fait « emploi » et le droit procède bien de la nature juridique du contrat de travail. Le constat de cette interdépendance amène nécessairement à s'interroger sur les points de rencontre entre les deux notions.

L'intérêt de la recherche est d'autant plus manifeste que dans l'étude du contrat de travail la notion d'emploi n'apparaît pas en tant que telle, à tout le moins chez les juristes.[591] En revanche, la posture des économistes du travail semble différente.[592] En effet, lorsqu'ils analysent la relation salariale on croit comprendre que le contrat de travail localise le salarié dans l'organigramme de l'entreprise.[593] Ce positionnement semble essentiel parce qu'il renvoie à l'objet de la location. Le contrat de travail semble permettre de rapprocher dans le champ du droit deux abstractions, la force de travail du salarié, d'une part, et l'emploi, élément de l'activité de l'entreprise, d'autre part. L'éclairage apporté par les gestionnaires semble mettre en lumière, pour le juriste, les composantes essentielles du contrat de travail. On peut donc penser que l'emploi entretient un lien étroit avec le contrat de travail. Deux approches peuvent mener à la vérification de cette hypothèse. En premier lieu, on peut observer que l'analyse du contrat de travail met en exergue la prestation de travail laquelle est observée du côté du salarié (obligation d'exécuter le travail demandé) et du côté de l'employeur (obligation de fournir le travail contractuellement promis). On peut penser que cette prestation de travail, conformément à l'article 1108 du Code civil, doit être au moins déterminable ce qui implique que lors de la formation du contrat de travail le salarié soit informé de l'étendue de son obligation de mise à disposition de sa force de travail. Par sa détermination, la prestation de travail apparaît finalisée et on peut penser que cette finalité s'établit par référence à un emploi, élément de l'entreprise. Le lien entre le salarié et l'emploi se manifeste dans la notion de qualification professionnelle qui opère le rattachement entre le salarié et l'emploi dans l'entreprise.[594] La qualification professionnelle fixe l'offre et la demande d'emploi, elle établit un lien fort de nature contractuelle (Chapitre I). Le caractère contractuel de la

[591] Cf. notamment G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, 2ème éd. 1982. Cependant, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

[592] Notamment, B. GAZIER, *Economie du travail et de l'emploi*, Dalloz 1991, spéc. n°20 et suiv.

[593] Voir également, L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660. Infra n°192 et suiv.

[594] B. GAZIER, ouvrage précité n°77 ; infra n°158 et suiv.

qualification ne semble pas devoir ouvrir à controverse, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes. Toutefois, si la qualification professionnelle est bien un point de rencontre entre l'emploi et le contrat de travail, on peut poursuivre l'investigation pour, éventuellement, en trouver d'autres. La recherche d'autres points de rencontre entre l'emploi et le contrat de travail doit pouvoir être confrontée à l'approche qualitative de la notion d'emploi. Ainsi, mis face à face, on pourra observer les interférences entre l'emploi et le contrat afin de déterminer la quotepart de l'emploi dans le contrat de travail (Chapitre II).

Chapitre I : La qualification professionnelle articulation entre l'emploi et le contrat de travail

Les offres d'emplois des entreprises, les demandes d'emplois des travailleurs constituent le marché du travail. Les travaux des économistes ont montré qu'il n'y a pas un seul marché du travail mais plusieurs, lesquels sont cloisonnés. La frontière de partage résulte de la qualification professionnelle. Le terme de « qualification » renvoie ici à l'idée d'appréciation qualitative tant du travailleur que de l'emploi à pourvoir.[595] A cet égard, la qualification professionnelle, entendue dans cette double dimension, est au coeur de l'emploi.[596] En premier lieu, la qualification professionnelle du travailleur désigne l'aptitude d'une personne à occuper un emploi, celui qui lui est confié.[597] Cette qualification professionnelle est personnelle au travailleur.[598] Elle résulte généralement de sa formation initiale complétée par son expérience professionnelle. Ce sont les qualités de cette compétence individuelle que le travailleur sera amené à faire valoir lors d'une phase de recrutement. L'acquisition d'une qualification professionnelle est essentielle et promue au rang de droit constitutionnel. Le préambule de la Constitution de 1946 dispose en effet

595 A titre d'exemple, il existe un marché du travail des ingénieurs, lequel se subdivise en marché du travail des informaticiens parmi eux certains ayant pour spécialité tel ou tel type de machine, ou un type de problème particulier (conception de logiciels, maintenance de réseaux). On peut aussi opérer une distinction structurante d'un marché par rapport à l'ancienneté, ingénieurs débutants et ingénieurs expérimentés.

596 Monsieur Supiot relève cette dualité en soulignant que « la notion de qualification professionnelle est ambiguë car elle sert aussi bien à désigner une qualité de la personne (sa compétence professionnelle) que la nature des prestations dont la personne est débitrice », « la qualification se substitue alors à l'objet certain qui fait la matière de l'engagement » ; in *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. pages 121 et 122.

597 J. YUNG HING, *Aspects juridiques de la qualification professionnelle*, thèse Toulouse, 1982, éd. C.N.R.S. 1987.

598 La qualification professionnelle du travailleur a connu dans son aspect qualitatif de profondes mutations et a corrélativement modifié la structure des sociétés industrielles. Elle a, en effet, été à l'origine de la reconnaissance des métiers, notion qui impliquait une compétence particulière proche de l'art. Le compagnon était un compagnon de l'art. Il réalisait pour obtenir la maîtrise un ouvrage d'art. Mais le métier n'a pas résisté à l'organisation taylorienne du travail, qui en segmentant les tâches, a déconstruit cette cohérence d'agrégation des compétences autour de la mise en oeuvre de la qualification professionnelle du travailleur. L'organisation moderne du travail a de même fait disparaître la notion d'autonomie dans le travail, et a conduit à rejeter le métier hors de l'entreprise. C'est aujourd'hui l'apanage de l'artisan ; l'artisan est un travailleur indépendant qui vit du produit de son travail manuel, ce qui implicitement suppose la mise en oeuvre d'une qualification propre.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

dans son alinéa 13 que « ***la Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture*** ». Ce droit est mis en oeuvre par la loi, laquelle institue une obligation nationale de formation professionnelle continue qui a pour objet de « ***permettre l'adaptation des travailleurs au changement des techniques et des conditions de travail, de favoriser leur promotion sociale par l'accès aux différents niveaux de culture et de la qualification professionnelle et leur contribution au développement culturel, économique et social*** ».[599] Ainsi comme le souligne l'article L. 9003 du Code du travail « ***tout travailleur engagé dans la vie active ou toute personne qui s'y engage a droit à la qualification professionnelle et doit pouvoir suivre, à son initiative, une formation lui permettant, quel que soit son statut, d'acquérir une qualification correspondant aux besoins de l'économie prévisibles à court ou moyen terme (...)*** ». Les besoins de l'économie sont aussi ceux de l'entreprise, c'est le second volet de la qualification professionnelle. Il ne s'agit plus ici de la qualification du travailleur mais de la qualification du travail. La qualification du travail est techniquement celle de l'emploi à pourvoir c'est-à-direla mesure du degré de l'activité technique et intellectuelle à déployer afin que les tâches qui composent l'emploi puissent être accomplies.

Théoriquement c'est de cette rencontre, entre qualification personnelle et qualification du travail, de leur concordance, que sera définie la qualification conventionnelle ou contractuelle du salarié ; elle est le lien entre la qualification de la personne et la classification des emplois.[600] Cette qualification va correspondre à la qualification attribuée au travailleur lors de l'embauche, c'est une opération propre à l'entreprise dont les droits et les obligations des parties vont dépendre. En ce sens, comme l'ont souligné de nombreux auteurs, elle domine l'organisation des relations de travail,[601] (Section 1). Les effets de la qualification professionnelle sont déterminants quant à l'exécution du contrat de travail. Il semble effectivement que la qualification professionnelle détermine le

599 Article L. 9001 du Code du travail.

600 Ce constat a largement été souligné par la doctrine qui remarque que cette concordance est plus théorique que pratique (notamment, P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 1, n°44 et suiv. ; M. DESPAX, « La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques », *J.C.P.* 1962, Doct. 1710 ; M. DESPAX et J. PELISSIER, *La gestion du personnel, aspects juridiques*, t. 1, 2ème éd. Cujas, n°84 et suiv. Sur le plan juridique, le salarié ne peut obtenir réparation du préjudice résultant de cette discordance entre sa qualification personnelle et la qualification contractuelle qui lui a été reconnue, Cass. Soc. 2 juill. 1974, *Bull. IV*., n°399, « Le salarié n'a aucun droit à obtenir un poste conforme à sa formation et à son expérience personnelle à moins qu'une convention collective ou même les usages ne prévoient pour l'employeur de tenir compte de ces facteurs au moment de l'embauche. » Sur le plan économique, les conséquences de cette inadéquation entre offre et demande ne sont pas sans poser de nombreux problèmes. Ainsi, des études de l'I.N.S.E.E. font clairement ressortir que sur près de trois millions de chômeurs environ un million de demandeurs d'emploi sont peu ou pas qualifiés et que leurs demandes s'accordent mal avec la tendance croissante de l'élévation du niveau de qualification des postes de travail, à laquelle a répondu la montée du niveau général de la formation même si encore un emploi sur cinq est considéré comme requérant peu ou pas de qualification (source Emploi et chômage des non qualifiés en France, Economie et statistique, n°273, 199394). Le constat qui s'impose est que, sembletil, ce n'est pas le manque d'emplois qualifiés qui est cause de chômage pour cette frange de travailleurs, mais c'est au contraire la pénurie de postes qualifiés qui conduit les travailleurs les plus qualifiés à se rabattre sur des emplois qui le sont moins. Cette tendance s'observe de façon plus éclairante encore dans le secteur public où une sur qualification des postulants aux concours est soulignée.

contenu des droits et obligations des parties au contrat (Section 2). Qualification professionnelle et l'emploi sont irréductibles l'un à l'autre ; on peut penser qu'ils sont des composantes du contrat de travail.

Section 1 : Les fonctions de la qualification professionnelle dans la phase de construction du contrat de travail

L'acquisition d'une qualification professionnelle est de prime abord extérieure à la notion d'emploi, au moins entendu dans son sens microéconomique. Elle est préalable et participe par la formation professionnelle à l'organisation du marché du travail ; mais elle n'aurait pas de sens si son but n'était pas l'entreprise. Aussi il importe de s'intéresser à cette étape où un lien va se tisser entre le travailleur et l'emploi dans l'entreprise ; ce rattachement s'opère par la qualification professionnelle, laquelle est l'enjeu du recrutement. La période du recrutement peut se diviser en deux étapes : l'une, précontractuelle, est celle de la recherche du salarié compétent pour occuper l'emploi à pourvoir, l'autre est post contractuelle, une situation juridique d'emploi est forgée même si elle n'est pas encore ferme, l'employeur comme le travailleur devant apprécier qualitativement l'emploi.

L'intérêt des juristes ne s'est pas manifesté à l'égal entre ces deux périodes, seule la seconde retenant leur attention. En effet, hormis l'intervention de l'Etat en vue de réguler le marché du travail, les procédures de recrutement n'avaient pas fait l'objet d'un encadrement normatif avant la loi du 31 décembre 1992, très largement inspirée du rapport de Monsieur Gérard LyonCaen, relatif aux libertés publiques dans l'entreprise.[602] Cet intérêt récent du législateur doit sans doute être recherché dans la volonté d'encadrer le développement de pratiques parfois douteuses. Pour autant le phénomène n'en reste pas moins assez neuf pour ne pas dire « conjoncturel » tant il semble s'être accru avec la crise économique. Passant effectivement d'un marché du travail fluide à un marché saturé, le processus de recrutement du personnel de l'entreprise ne souffre pas d'erreur, surtout lorsque l'emploi à pourvoir requiert une haute compétence professionnelle.[603] De même l'expansion du travail intérimaire, dont on sait qu'il touche essentiellement des emplois peu qualifiés, peut, à l'inverse, s'analyser sous l'angle du rejet par le chef d'entreprise du risque et surtout de la charge du recrutement.[604] Il convient donc de s'intéresser à la procédure de recrutement au regard de la qualification puis à l'appréciation de la qualification au regard de l'emploi.

601 Dans le sens de cette définition instrumentale, voir notamment : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 1, n°44 et suiv., « La qualification personnelle exerce une influence profonde sur la condition juridique du salarié et elle forge également son statut professionnel. » ; G.H CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°176 et suiv. ; N. CATALA, Traité de Droit du travail, *L'entreprise*, Dalloz 1980, n°12 et suiv.

602 Loi n°921446 du 31 déc. 1992, codifiée notamment aux articles L. 1216 à L. 1218 du Code du travail. Rapport du professeur G. LYONCAEN, *Les libertés publiques dans l'entreprise*, La documentation française, 1992.

603 En ce sens, J.Cl. JAVILLIER et Y. CIAVATTI, *Recruter*, Editions Liaisons, 1991, page 21 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Paragraphe I : La recherche de la qualification professionnelle adéquate à l'emploi : le recrutement

Le rapprochement entre l'offre et la demande s'opère sur le marché du travail et a pour objet un échange, lequel se réalise par le contrat. Mais ce marché s'il a vocation à satisfaire les besoins du travailleur et de l'entreprise n'en doit pas moins remplir une fonction d'intérêt général, le marché du travail est ainsi un marché « finalisé » qui se voit assigné par le droit une fonction « *a posteriori* ».[605] Cet interventionnisme tend à encadrer la procédure de recrutement, en définissant, d'une part, les acteurs et, d'autre part, les moyens. A cet égard, le développement de « l'intermédiation »[606] des cabinets privés de recrutement n'est pas sans lien avec les principes de pertinence et de transparence de la méthode désormais fixés par la loi du 31 décembre 1992. Ce sont ces deux principes qui doivent retenir l'attention parce qu'ils permettent de fixer un cadre à l'opération de recrutement laquelle est finalisée par l'emploi à pourvoir.

1 L'exigence de transparence de la procédure

Les dispositions légales qui ont trait à la publicité des offres et des demandes d'emplois sont réglées par les articles L. 3114 et suivants du Code du travail qui, en substance, interdisent les formes anarchiques de publicité. Les offres doivent être précises et ne comporter aucune allégation fausse ou susceptible d'induire en erreur le candidat quant à l'origine, la nature et la description de l'emploi ou du travail.[607] De plus et d'une façon générale, les offres ne sauraient en aucun cas contenir de dispositions à caractère discriminatoire.[608] Le recrutement, qu'il soit réalisé directement par l'entreprise ou que celleci mandate un tiers, doit respecter des règles applicables sans distinction. Désormais, des textes, issus de la loi du 31 décembre 1992, visent le support et le contenu de l'offre fixant les limites de l'investigation. Quelques jalons importants avaient

604 Sur la relation triangulaire et la responsabilité de l'entreprise de travail temporaire dans la fourniture d'une maind'oeuvre ayant la qualification correspondante à l'emploi, voir C.A. Paris 11 juill. 1985, *D.* 1985, IR, p. 394 ; Civ. 1ère 28 mai 1980 *Bull. I.,* n°157. L'entreprise de travail temporaire est débitrice d'une obligation de moyens, sa responsabilité est engagée si elle n'a pas effectuée toutes les vérifications nécessaires sur les qualités et aptitudes professionnelles du personnel qu'elle met à disposition.

605 F. GAUDU, « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 941, spéc.; n°2, « l'Etat, c'est une évidence, doit chercher à organiser le marché du travail. », *ibid*.

606 Le terme « intermédiation » est emprunté à Y. Rousseau, in « Conseils en recrutement, chasseurs de tête et notion de placement », *Dr. Doc.* 1990, 545, lequel souligne qu'il s'agit d'un néologisme interne aux services de l'Agence nationale pour l'emploi pour désigner l'opération de placement.

607 Article L. 31141 Du Code du travail issu de la loi du 1er fév. 1995. Des juges du fond avaient fait droit à la demande formulée par un salarié embauché sous contrat à durée déterminée, à qui l'employeur avait laissé croire dans l'annonce d'offre d'emploi et dans la lettre d'engagement que le contrat de travail serait à durée indéterminée, et qui avait quitté son emploi, C.A. Nîmes, 22 oct. 1987, cité par *Légi social*, sup. n°225, « Le recrutement du salarié ».

608 Articles 416 du Code pénal, L. 12245 du Code du travail

déjà été posés par la jurisprudence[609] et la Commission Nationale Informatique et Liberté, laquelle par le biais d'une délibération avait fait connaître ses orientations dès 1985 concernant le traitement des données transmises au recruteur lors de la procédure.[610] Pour l'essentiel ces principes ont été repris par le législateur et énoncés dans les articles L. 1217 et L. 1218 du Code du travail qui disposent que « ***le candidat à l'emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard (...). Les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des salariés et des candidats à l'emploi doivent être pertinents au regard de la finalité poursuivie*** ». « ***Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à l'emploi.*** »

Avant de s'intéresser à la portée de ces textes, il convient d'en définir le domaine. Les textes visent le salarié embauché lorsqu'il est soumis à des tests d'évaluation,[611] ils sont également applicables au candidat à l'emploi. La notion de « candidat » appelle quelques remarques. En effet, s'il ne fait pas de doute que le candidat à l'emploi ne doit pas être confondu avec le demandeur d'emploi inscrit à l'A.N.P.E., il n'apparaît pas que l'on puisse limiter, d'une part, la qualité de candidat à l'emploi au seul cas où le travailleur répond à une offre et, d'autre part, opérer une distinction selon le degré d'engagement de la procédure de recrutement. En effet, il a été soutenu que ne sont visées par ces textes que les personnes répondant à une offre d'emploi et que la notion de candidat à l'emploi est finalisée par l'objectif des textes applicables et qu'ainsi l'article L. 1218 a un champ d'application limité ne visant que les derniers candidats retenus.[612] Il n'est pas contestable que des entreprises aient à faire face à plusieurs centaines voire milliers de réponses par an aux offres d'emploi. On peut ainsi penser limiter le domaine de ces textes à la seule hypothèse où l'employeur offre un emploi. En effet, les demandeurs d'emploi ont largement recours aux candidatures spontanées et, il n'est guère concevable d'exiger des

609 Un arrêt de le chambre sociale en date du 17 oct. 1973 (*J.C.P.* 1974, II, 17698 et *Dr. Soc.* 1974, 290, J. SAVATIER) est cité comme étant le premier arrêt rendu sur ce point. La C.N.I.L. rend sa délibération (n°8544 le 15 octobre 1985) relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de conseil en recrutement (*J.O.* du 27 nov. 1985 et *B.S.* 6/89, page 264, A. DUNES, art. Précité). Une convention du Conseil de l'Europe du 18 janv. 1981 porte sur le transfert transfrontalier des données nominatives qui créent avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés une réglementation sur la collecte et le traitement des données. Enfin, à la demande du ministre du travail, un rapport concernant les libertés publiques et l'emploi est demandé au professeur LyonCaen, rapport publié à la documentation française en 1992.

610 Délibération du 15 octobre 1985, Rapport 1986. La C.N.I.L., dans sa, rappelait un certain nombre de principes directeurs, fondés sur l'application de la loi du 6 janvier 1978.

611 La teneur des disposions relatives au bilan de compétences, article L. 9004 et suivant du Code du travail, sont par ailleurs sensiblement les mêmes.

612 J.E. RAY, « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 (dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles) », *Dr. Soc.* 1993, 103 ; également du même auteur, L'opération de recrutement, in *Les aspects juridiques du recrutement*, Droit t. III, Litec 1994.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

employeurs de révéler *a posteriori* leurs méthodes de recrutement. Toutefois, dès qu'un employeur fait suite à la demande, les textes doivent recevoir application. Le candidat à l'emploi, au sens des textes, doit être compris comme celui qui est engagé dans une phase de pourparlers, pour reprendre ici une terminologie civiliste, la qualité de l'offrant déclenchant l'application des textes n'étant pas opératoire.

En outre, il n'est pas possible de limiter la procédure de recrutement à sa dernière phase, c'estàdire à celle de l'entretien. La procédure de recrutement débute dès lors que l'employeur manifeste sa volonté de pourvoir un emploi et ne peut donc pas être restreinte à la demidouzaine de candidats qui seront effectivement reçus par la personne chargée du recrutement au sein de l'entreprise parce que des méthodes de sélection auront été utilisées en amont.[613] L'article L. 1217 alinéa 1 impose donc que le candidat soit expressément et préalablement informé de la mise en oeuvre des méthodes et techniques d'aides au recrutement. Il s'agit pour l'employeur de faire connaître au candidat, à chaque stade la procédure de recrutement où une opération de sélection s'effectue, quels sont les moyens mis en oeuvre pour opérer cette sélection. Pratiquement, et alors que la nécessité de l'écrit n'a pas été retenue par le texte final, son utilité semble avérée. En effet, si l'on admet que c'est à chaque étape de sélection que l'information doit être donnée, elle le sera, dans les faits, par écrit en raison du support utilisé pour faire connaître l'offre d'emploi. De même, dès lors que le candidat est retenu après une phase de présélection, il devra en être averti, sans doute par lettre, laquelle doit alors répondre à l'exigence de transparence des méthodes. Enfin, à n'en pas douter, l'écrit demeure pour l'employeur le meilleur moyen de résoudre les litiges éventuels dans la mesure où, en cas de contentieux, l'employeur pourra fournir la preuve qu'il a porté l'information à la connaissance du candidat.[614]

Il en résulte que le candidat à l'emploi acquiert un certain nombre de prérogatives concernant le traitement d'un fichier qui serait constitué. La C.N.I.L. dans sa délibération du 15 octobre 1985, rappelle qu'il est interdit de collecter et de conserver, sauf accord express du candidat, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales, les informations relatives à la santé ou à la vie sexuelle des personnes. Dès lors que le candidat accepte la constitution d'une fiche, le recruteur devient débiteur d'une obligation de secret, laquelle ne peut pas être opposée au candidat qui possède un droit d'accès et de rectification sur les informations recueillies.[615] Sur ce point, le candidat doit donc non seulement pouvoir contrôler les données qui ont été

613 Selon Mme Aubry, sur 100 candidats à un emploi seuls 10 % sont reçus à un entretien. De plus, elle précise qu'un candidat, «ce n'est pas seulement celui qui est reçu, c'est toute personne qui pose sa candidature à une offre d'emploi». Il est aussi précisé que les textes ont vocation à s'appliquer lorsque le demandeur d'emploi candidate spontanément et que l'employeur répond positivement, *J.O.A.N.*, 18 déc. 1992, p. 7570, col. gauche. En revanche, ce qui semble exclu c'est d'imposer à l'employeur de donner une réponse à chaque offre ou demande d'emploi ni même, alors qu'il répondrait, de motiver sa réponse. Une telle motivation n'apporte rien en terme de protection pour le candidat et conduirait à l'usage d'une clause de style indiquant que si le candidat n'a pas été retenu c'est parce qu'il a été jugé moins apte qu'un autre à tenir l'emploi proposé.

614 Dans le même sens, voir circulaire D.R.T. n°93/10 du 15 mars 1993 concernant l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés publiques, spéc. IIA1.

retenues mais également avoir accès aux appréciations qui ont été portées et connaître les motifs pour lesquels sa candidature n'a pas été retenue. Enfin, de l'avis de la C.N.I.L. les informations concernant un candidat ne doivent pas être conservées audelà de la durée de la mission de recrutement pour laquelle la candidature a été présentée, solution qui s'impose parce que la conservation et l'exploitation ultérieure de ces données contreviendraient à la législation sur le placement.

2 L'exigence de pertinence des informations

La garantie de pertinence est posée par l'alinéa 2 de l'article L. 1217,[616] qui fixe une double limite : quant à aux moyens utilisés dans la collecte des informations et quant à leurs finalité. Selon Monsieur LyonCaen il s'agit, d'abord, de prévenir les risques d'utilisation des tests biologiques et génétiques.[617] Pour l'auteur, le recrutement est l'application d'un savoir à l'appréciation des hommes, il en résulte que les méthodes employées doivent être conformes à l'exigence de validité scientifique, faute de quoi elles doivent être considérés comme illicites. Cependant, si certaines méthodes peuvent être pertinentes sur le plan scientifique, leur utilisation ne saurait l'être eu égard à leur finalité.[618] En conséquence, il appartiendra aux juges de définir la pertinence des méthodes ou techniques d'aides au recrutement au regard non seulement de leur validité scientifique mais encore par rapport à leur finalité. Ensuite, et alors que le texte n'y renvoie pas expressément, il convient de combiner ce dispositif de protection du candidat à l'emploi avec les règles posées par la loi du 6 janvier 1978 et la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 sur le traitement des données.

Il convient ensuite de s'intéresser à l'objet même de la procédure de recrutement c'est-à-direà l'information. Liminairement, on soulignera que l'employeur qui propose une offre d'emploi est tenu selon le droit commun d'en préciser les termes, à défaut de n'être point une offre. Les contours de l'emploi doivent être précisés : sa localisation géographique, les compétences professionnelles et le niveau de rémunération semblent en être les éléments essentiels. L'exigence de clarté et de précision s'impose d'autant plus que le candidat ne dispose d'aucun moyen pour vérifier la justesse des informations qui lui sont livrées. Il est tenu et limité par les termes de l'offre d'emploi. Dès lors, une définition précise de l'emploi à pourvoir doit borner les droits et obligations des acteurs du recrutement ; pour l'employeur il s'agit de savoir si le candidat correspond « au profil » recherché.

615 La C.N.I.L. précise que tout candidat peut obtenir communication des informations le concernant, les modalités du droit d'accès devant être clairement exposées.

616 Ce principe de pertinence figure également dans la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ratifié en 1985 par la France, ainsi que dans la recommandation n°89 du Conseil de l'Europe du 18 janv. 1989 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi.

617 Rapport précité n°102 et suivants.

618 Par exemple, les tests psychologiques à but clinique, adde, circulaire précitée.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

L'appréciation des compétences techniques du travailleur ne doit pas poser de problème. Elle doit s'effectuer objectivement par rapport aux diplômes, au cursus professionnel du travailleur ainsi que sur le résultat de tests ayant pour objet l'appréciation de la compétence personnelle confrontée à la qualification professionnelle requise. Il incombe donc au candidat à l'emploi de fournir la preuve de sa qualification individuelle. Cela suppose que soit aussi délimité le champ de la demande de l'employeur. Concernant le diplôme, l'employeur est en droit de demander sa production, de même que le relevé de notes concernant une matière précise si cette demande a un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ;[619] ces documents sont objectifs, ils constate un niveau d'études. En revanche, le dossier scolaire du candidat, en raison de son caractère personnel, ne doit pas pouvoir être demandé.[620] Enfin, l'employeur peut solliciter la remise du certificat de travail qui lui fournira des indications précises concernant la durée d'exercice des fonctions dans la précédente entreprise mais surtout la nature de l'emploi occupé.[621] C'est donc une conception fonctionnelle de l'information recueillie qui doit est retenue.

Mais un tel examen estil suffisant ? L'entreprise peut vouloir mieux connaître celui qu'elle embauche et s'intéresser à la personnalité du travailleur. La personnalité de l'individu relève de la sphère privée, mais on peut penser qu'elle est un élément important eu égard, par exemple, aux responsabilités liées à l'emploi. Qu'elles s'appliquent distinctement à l'homme ou au travailleur, les règles qui organisent la protection des droits publics et politiques y compris le respect de sa vie privée sont nombreuses (convention n°96 de l'O.I.T., préambule de la constitution de 1946, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, article 9 du Code civil, article 416 du Code pénal, article L. 12245 du Code du travail ou encore article L. 12225 du Code du travail relatif à la protection de la maternité). Pourtant, ces textes ont pu paraître peu opératoires dans le cadre précis du recrutement afin de fixer le domaine de ce que le recruteur peut exiger de savoir sur le candidat à l'emploi.[622] Un nouveau texte, l'article L. 1216 du Code du travail dispose désormais que « ***les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct avec l'emploi proposé (...). Le candidat est tenu d'y répondre de bonne foi.*** »

La rédaction du premier alinéa de l'article L. 1226 entretient une certaine confusion.

619 B. TEYSSIE, spéc. note n°30.

620 En ce sens, *Rép. min J.O. débat*, *Dr. Ouvr.* 1980, 393 et *Rép. min J.O. déb.*, *Dr. Ouvr.* 1987, 267, Rapport LYONCAEN.

621 L'article L. 12216 du Code du travail énonce que le certificat de travail remis obligatoirement au salarié à l'expiration de son contrat de travail contient exclusivement la date de son entrée et celle de sa sortie, et la nature de l'emploi, ou le cas échéant, des emplois successivement occupé ainsi que les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus.

622 En ce sens J.E. RAY, « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 (dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles) », *Dr. Soc.* 1993, 103, précité ; contra G. ADAM, « Critique d'une étude critique de J.E. RAY, *Dr. Soc.* 1993, 333.

Si l'on comprend assez bien ce que peut être l'information relative à l'appréciation des compétences professionnelles, qu'en estil de la capacité du travailleur puisque, sauf à être redondant, l'usage du terme « capacité » doit signifier autre chose que les capacités professionnelles. On peut penser qu'il s'agit d'autoriser une demande d'information débordant du strict champ de l'aptitude professionnelle pour glisser vers la personnalité du candidat. Cette opinion fut celle du Ministre du travail de l'époque qui soulignait « qu'il ne faut pas confondre personnalité et vie privée », justifiant l'enquête de personnalité.[623] La circulaire ministérielle précise cette analyse en affirmant que « l'appréciation de la capacité professionnelle du candidat ou du salarié s'étend à ses compétences, à ses connaissances techniques mais aussi à ses facultés d'adaptation, son aptitude à s'intégrer dans une équipe ou à l'animer (...) et porte sur les éléments de la personnalité du candidat permettant d'apprécier ces qualités. »[624] Estil possible de tracer une frontière nette entre investigation sur la personnalité de la personne et vie privée ? La première n'est elle pas contenue dans la seconde ? Selon l'avis de Monsieur LyonCaen, l'évaluation a pour seule finalité la recherche des aptitudes du candidat à l'emploi ; elle exclut toute investigation portant sur la personnalité, la vie privée, les droits constitutionnels du candidat.[625] Cette analyse restrictive n'a pas été retenue, mais une seconde limite borne la demande d'information : les renseignements doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé.

Les informations relatives à la confession religieuse du candidat pourraient donc être licites lorsqu'elles présentent un lien direct et nécessaire avec l'emploi, cela confère son but à l'information. Connaître les pratiques religieuses d'un candidat peut présenter un lien direct avec le recrutement par caractérisation de l'emploi, notamment en raison de localisation géographique d'exécution de la prestation. Un raisonnement similaire peut être tenu à propos de l'aptitude physique du travailleur pour savoir si dans le cadre des sélections à l'embauche des questions peuvent être posées relativement à l'état physique du travailleur. La santé relève de la sphère privée et est protégée en tant que telle. Le législateur accorde une protection générale par l'article L. 12245 du code du travail, il s'attache aussi à conférer une protection spéciale aux femmes enceintes en interdisant à l'employeur de rechercher, ou faire rechercher, toutes informations relatives à l'état de grossesse.[626] Au moment de l'embauche, l'aptitude physique à l'emploi est une question essentielle aussi estil légalement prévu que tout salarié doit faire l'objet d'un examen médical avant l'embauchage ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai qui suit l'embauchage.[627] L'employeur a tout intérêt à respecter cette prescription laquelle a

623 Propos de Mme Aubry, rapporté par le Professeur J.E. Ray, article précité.

624 Circulaire précitée.

625 Rapport précité, n°123. Dans le sens de cette interprétation restrictive a été déposé un amendement par le groupe communiste dit amendement Mickey, amendement qui fut rejeté.

626 La femme candidate à un emploi n'est pas tenue de révéler son état de grossesse. Cela concerne aussi la femme titulaire d'un contrat de travail, sous réserve des cas où elle demande le bénéfice de dispositions concernant son état. Article L. 12225 du Code du travail, loi du 11 juillet 1975. G. SUTTER, « Du droit de la maternité au droit de la procréation », *Dr. Soc.* 1982, 710.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

pour objet de déclarer le candidat apte ou inapte à l'exercice du travail. A cette fin, l'employeur doit informer précisément le médecin du travail et le salarié des caractéristiques précises de l'emploi qui pourront justifier d'une demande d'information plus précise, dès lors que cette information est directe et nécessaire. Se trouveront ainsi pleinement justifiées une demande d'examens complémentaires[628] ou, par exemple, la démarche tendant à obtenir un certificat médical attestant que le travailleur n'est pas atteint de telle ou telle maladie.[629]

L'obligation de pertinence entre l'information et l'emploi limite la nature des renseignements que l'employeur est en droit de demander au salarié. En conséquence, à une demande licite d'informations, le salarié doit répondre de bonne foi, cette obligation étant déjà posée par la jurisprudence antérieure à la loi du 31 décembre 1992. Dans un arrêt du 25 avril 1990, la chambre sociale a souligné qu'il ne pouvait pas être reproché à un salarié de n'avoir pas révélé ses antécédents judiciaires, son silence n'ayant pas un caractère dolosif au regard des fonctions exercées.[630] En l'espèce, le salarié avait été engagé par une association pour la réadaptation des blessés de la route en qualité de veilleur de nuit. Dans le même sens, elle a condamné une entreprise qui ne s'était pas renseignée plus complètement sur le candidat. Si cette solution doit être approuvée, la motivation dans son entier suscite peutêtre quelques interrogations. En effet, si la Haute juridiction met en exergue l'absence de diligence de l'employeur, elle souligne aussi qu'il n'avait pas procédé à des « investigations plus poussées ».[631] Le terme investigation est-il approprié dans le cadre du recrutement ? L'employeur comme tout contractant a certes l'obligation de se renseigner, mais eu égard à l'exigence de transparence, on peut penser que la recherche d'informations doit être « contradictoire », l'investigation, à supposer qu'elle ne réponde pas à ce principe, ne saurait être envisagée comme un moyen licite d'information.

627 Article R. 24148 du Code du travail.

628 Article R. 24152 du Code du travail

629 Dès lors que l'information présente un lien direct et nécessaire avec l'emploi à pourvoir. En ce sens, B. TEYSSIE, « Personnes, entreprises et relations de travail », *Dr. Soc.* 1988, 374. Cependant, cette réponse n'est pas sans poser des problèmes eu égard à un questionnement sur un dépistage de la séroposivité ou de la toxicomanie. De plus, on peut se demander si les employeurs ne vont pas avoir tendance à développer les demandes relatives à l'état de santé du travailleur candidat à un emploi au regard de l'article L. 122244 du Code du travail qui impose une obligation de reclassement du salarié devenu physiquement inapte à leur emploi, à l'instar du salarié victime d'un accident du travail. Cette réforme issue de la loi du 31 décembre 1992 reprend la jurisprudence développée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui imposa qu'un salarié devenu inapte physiquement à son emploi bénéficie d'un droit au reclassement. Par exemple, voir Cass. Soc. 30 juin 1988, *Bull. V.,* n°404, Cass. Soc. 8 juill. 1992, *R.J.S.* 89/92 n°973 et infra n°321 et suiv.

630 Cass. Soc. 25 avril 1990, *Bull. V.,* n°186.

631 Cass. Soc. 3 juill. 1990, *Bull. V.,* n°329. En l'espèce, le salarié avait été engagé comme directeur d'un société qui était placé en redressement judiciaire. Dans son curriculum vitae, le salarié avait mentionné son dernier poste occupé mais n'avait pas précisé que l'entreprise dont il était le directeur avait déposé son bilan.

La protection de la vie privée est le principe. Ce n'est que par exception qu'il peut être empiété sur ce domaine lorsque l'emploi requiert une telle recherche, ce qui au préalable suppose que le candidat soit informé des caractéristiques techniques de l'emploi mais également des éléments qui dépassent le cadre strict de l'appréciation de l'aptitude professionnelle et qui met l'homme au coeur de l'emploi. Mais l'affirmation d'un principe estil à lui seul suffisant ? A l'évidence l'exigence morale qui induit le respect dû par chacun à l'autre n'a pas suffi, il a fallu le droit.[632] Dans cette perspective, le législateur est allé plus loin que les propositions issues du rapport.[633] Deux dispositions organisent le respect des droits et des libertés dans l'entreprise.[634] Toutefois, malgré ce dispositif la pratique risque d'être décevante tant le domaine d'action des acteurs semble limité et les sanctions inefficaces sinon improbables.

Concernant le domaine de ces textes le législateur a réparti le contrôle entre les délégués du personnel et le comité d'entreprise. La mission des délégués du personnel apparaît la plus générale puisqu'ils sont présentés comme les gardiens des droits et des libertés individuelles. A cette fin, ils mettent en oeuvre un droit de dénonciation des atteintes qui leur permet de saisir immédiatement l'employeur. Toutefois, cette action de protection est limitée à la défense des salariés dans l'entreprise or, le recrutement peut s'opérer en dehors de celleci. Si la proximité et la légitimité de l'institution peuvent justifier un tel choix, il en réduit aussi le champ d'action, à considérer aussi qu'ils bénéficient de moyens propres pour agir.[635] En revanche, l'obligation qui pèse sur l'employeur d'informer le comité d'entreprise préalablement à la mise en oeuvre des méthodes ou techniques d'aides au recrutement des candidats peut s'avérer plus efficace. En effet, cette disposition devrait permettre au comité d'avoir, par exemple, communication du contrat de conseil conclu entre le cabinet de recrutement et l'entreprise. Ce contrat devrait alors porter mention des procédures d'évaluation utilisées, à tout le moins une clause déclarative de respect des prescriptions légales,[636] la non communication des informations étant constitutive du délit d'entrave aux fonctions du comité d'entreprise. Toutefois, on ne peut trop espérer de cette information à laquelle il est assez facile de déférer, la stipulation contractuelle étant simplement déclarative. A cet égard, un pouvoir d'enquête du comité d'entreprise pourrait être envisagé, limité il est vrai aux seules frontières de l'entreprise. Mais demeure un problème d'ordre probatoire. Comment un

632 On peut renverser la proposition de la conclusion finale de l'article de Monsieur Teyssié, qui s'en remettait à la morale face à l'insuffisance du droit.

633 En effet, dans son rapport, Monsieur LyonCaen n'envisageait pas explicitement l'intervention des institutions représentatives du personnel au niveau de la procédure de recrutement. Concernant le respect des droits et libertés dans l'entreprise, le critère de déclenchement de leur intervention était aussi plus restrictif.

634 Cf. les articles L. 42211 et L. 43221 du Code du travail.

635 Cependant, Cass. Soc. 10 déc. 1997, *Dr. Soc.* 1997, 127 obs. BOSSU, *R.P.D.S.* 1997, p. 81, arrêt rendu sous le visa des articles L. 1202 et L. 4221 du Code du travail.

636 La réglementation de la profession doit être envisagée et un code de déontologie élaboré.

candidat pourratil prouver que lors d'un entretien il a été interrogé sur des domaines sans lien direct et nécessaire avec l'emploi à pourvoir ? Comment le comité d'entreprise rapporteratil la preuve de l'utilisation de techniques « irrationnelles » lors de la procédure d'évaluation ? La matérialité des faits peut être un obstacle sérieux à toutes actions même si certains actes sont plus ostensibles que d'autres, comme le non respect de la confidentialité des informations recueillies.

Enfin, à supposer l'obstacle probatoire franchi, reste à évaluer la sanction. A notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée spécifiquement sur le respect des méthodes d'investigation, sa jurisprudence concerne la rétention ou la divulgation de fausses données par le salarié. Si elle devait le faire sur la demande d'un candidat évincé, l'action serait fondée sur le droit commun de la responsabilité et pourrait aboutir à l'octroi de dommages et intérêts ; l'appréciation de leur montant marquant alors le véritable intérêt de la protection accordée, le candidat ayant perdu une chance de pouvoir professionnellement prétendre à un emploi. L'action pourrait être éventuellement intentée par un salarié motif pris d'un fait recueilli par des méthodes contraires aux règles en vigueur ; dans cette hypothèse un licenciement prononcé sera dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Paragraphe II : L'appréciation de la qualification professionnelle nécessaire à l'emploi : l'essai

Selon une conception communément admise, la période d'essai est présentée comme le droit pour l'employeur de pouvoir juger des aptitudes professionnelles du salarié, lequel peut aussi vérifier si l'emploi proposé lui convient.[637] Sur le terrain juridique, l'essai ouvre, aux parties, un droit réciproque de rupture du contrat de travail. Mais si le contrat est formé,[638] pendant la période d'essai les parties ne sont pas sous l'emprise des règles de protection de l'emploi. L'article L. 1224 du Code du travail dispose, en effet, que ***« le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties sous réserve de l'application des règles cidessous définies [articles L. 1225 et suiv.]. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».*** L'essai se caractérise donc par une période d'insécurité pour le salarié pendant laquelle l'employeur peut mettre à l'épreuve le salarié nouvellement recruté et le cas échéant s'en séparer sans forme[639] et sans avoir à alléguer de motifs.[640] Sauf dispositions

[637] G.H CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°151 et suiv. ; B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°453 ; G. LYON CAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°206.

[638] La période d'essai doit être distinguée du simple essai professionnel auquel peut être soumis un candidat à l'embauche, ici le contrat n'est pas encore formé, de la période de probation qui s'inscrit, quant à elle, dans le cadre du déroulement du contrat, imposant donc à l'employeur le respect des formalités du droit du licenciement, par exemple : Cass. Soc. 26 mai 1993, pourvoi n°8040.895 ; C.A. Paris 26 janvier 84 et C.A. Aix 2 nov. 1987, cité par *Lamy social*, 1995.

[639] H. SINAY, « Le travail à l'essai », *Dr. Soc.* 1963, 180. ; Ph. AUVERGNON, « Les ruptures en périodes d'essai », *Dr. Soc.* 1992, 796.

conventionnelles plus favorables, le salarié ne peut pas prétendre à aucune garantie, tout au plus, et s'il en fait la démonstration, une action fondée sur l'abus de droit lui est ouverte afin de faire sanctionner l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'employeur.[641] Sur ce point, et malgré une doctrine hostile,[642] la jurisprudence de la Cour de cassation est inflexible : les règles protectrices ne sont pas applicables aux femmes enceintes,[643] au salarié conseiller prud'homme[644] ; seul le salarié accidenté du travail bénéficie de la protection issue de l'article L. 122322 du Code du travail qui empêche l'employeur, en l'absence de toute faute grave ou d'une impossibilité de maintenir le contrat, de résilier le contrat pendant la période de suspension quand bien même elle serait intervenue pendant la période d'essai.[645]

L'objet de la période d'essai tend à permettre à l'employeur de porter un jugement de valeur sur les qualités professionnelles du salarié. Mais, comme pour la phase de recrutement, l'appréciation de la compétence professionnelle dépasse le cadre de la simple exécution matérielle des tâches. Selon la Cour de cassation, l'employeur n'a pas à se limiter aux strictes capacités professionnelles du salarié, son jugement peut valablement porter sur l'aptitude du salarié à l'emploi. Il y a donc bien, dans la dimension de l'emploi plus que la simple prestation de travail ; s'y rajoute la personne du travailleur.[646] La finalité de l'essai en fixe les limites.

En premier lieu, relativement à l'objet de la période d'essai, l'employeur doit mettre le salarié en mesure d'exécuter normalement son travail en lui confiant un poste conforme à sa qualification professionnelle. La Cour de cassation l'a précisé : la période d'essai

[640] Cass. Soc. 2 juin 1981, *Bull. V.,* 482, *D.* 1982, 206, note J. MOULY.

[641] « Mais attendu que si, en principe, chaque partie au contrat de travail est libre de le rompre, sans donner de motif, au cours de la période d'essai, il n'en résulte pas que cette rupture ne puisse être fautive », Cass. Soc. 5 mars 1987, *Bull . V.,* n°111 ; 20 avril 1989, *ibid.* n°179.

[642] Notamment A. Jeammaud selon lequel on doit « affirmer clairement qu'il s'agit d'un licenciement auquel s'appliquent toutes les dispositions du droit du licenciement que n'écarte aucune formule expresse de la loi », in « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 206, Ph. AUVERGNON, art. précité.

[643] L'article L. 122252 du Code du travail n'est pas applicable, Cass. Soc. 8 nov. 1983, *Bull. V.,* n°346.

[644] Cass. Soc. 13 mars 1985, *Bull . V.,* n°160 ; *D.* 1985, 442, note J. MOULY.

[645] La rupture est nulle de plein de droit, Cass. Soc. 5 juin 1990, *Bull . V.,* n°266 ; 19 avril 1989, *ibid.* n°295.

[646] Cass. Soc. 29 mai 1986, *Bull. V.,* n°260 ; C.A. Paris, 27 fév. 1987, *D.* 1987, IR, p. 34, « la période d'essai a pour finalité de permettre à l'employeur d'apprécier non seulement si le salarié possède les connaissances techniques et l'expérience correspondante à sa qualification, mais encore si l'ensemble de ses qualités et de ses aptitudes le rend susceptible de s'adapter au milieu professionnel qui sera le sien ainsi qu'aux aspects propres de la vie de l'entreprise. » On est assez loin d'une appréciation objective des compétences professionnelles seule souhaitable lorsque la rupture du contrat n'a pas à être motivée. Dans le cadre du licenciement fondé sur ce dernier depuis des arrêts rendus en 199 doivent être fondés sur des éléments objectifs. Cf. Cass. Soc. 29 nov. 1990, *D.* 1991, 190, note PELISSIER ; 9 janv. 1991, *Dr. Soc.* 1992, 38 ; Cass. Soc. 25 juin 1991, *R.J.S.* 10/91, n°1081.

correspond à une période de travail effectif pendant laquelle les parties doivent normalement exécuter leurs obligations.[647] Il en résulte que l'employeur ne saurait, sans faute, rompre le contrat après sa conclusion mais avant tout début d'exécution,[648] ou encore tester l'aptitude du travailleur à un autre emploi que celui pour lequel il a été embauché.[649] En conséquence, la période d'essai ne doit pas être détournée de sa finalité pour notamment faire échec aux règles de protection de l'emploi lorsque, par exemple, l'employeur avait entendu dès l'origine de l'embauche limiter l'emploi du salarié à la durée de l'essai,[650] ou une fois l'essai renouvelé, la rupture intervient le dernier jour et alors que le salarié était ensuite réembauché par contrat à durée déterminé sur le même emploi.[651]

En deuxième lieu, c'est aussi précisément par rapport à sa durée que la validité de l'essai doit être appréciée. En l'absence de dispositions légales ou conventionnelles, les plus nombreuses qui régissent cette durée, les parties sont en principe libres de convenir de la période d'essai et corrélativement de sa durée.[652] Conformément à sa finalité, cette période doit être en rapport avec le temps raisonnablement nécessaire à l'employeur pour apprécier les compétences professionnelles du salarié compte tenu de l'emploi occupé. La nature des fonctions exercées est un élément essentiel dans l'appréciation du caractère excessif ou non de la durée de l'essai.[653] Lorsque la période d'essai est jugée hors de proportion avec le temps nécessaire pour tester le salarié, les juges estiment que la rupture du contrat s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Cette requalification relève du pouvoir souverain des juges du fond,[654] et si la Cour de cassation contrôle très précisément la motivation des juges du fond c'est parce que la qualification juridique en cause est d'ordre public.[655]

647 Cass. Soc. 5 janv. 1978, *Bull. V.,* n°13.

648 C.A. Poitiers, 29 avril 1986, cité par Ph. AUVERGNON, art. précité, note (14).

649 C.A. Versailles, 15 avril 1988, *ibid.* note (88). En l'espèce le salarié est engagé comme DirecteurAdjoint et voit son contrat rompu en période d'essai car il n'est pas apte a remplir les fonctions de Président Directeur Général.

650 Cass. Soc. 5 oct. 1993, *Bull. V.,* n°223 ; ou encore que la preuve était rapportée que l'employeur a laissé un salarié commencé l'essai alors qu'il connaissait déjà le motif pour lequel il y mettrait fin, 27 nov. 1990, *ibid.* 566.

651 Cass. Soc. 23 nov. 1994, pourvoi n°9141.659.

652 Cass. Soc. 4 nov. 1965, *D.* 1966, 140, note G. LYONCAEN.

653 Cass. Soc. 7 janv. 1992, pourvoi n°8845.393.

654 Cass. Soc. 7 janv. 1992, *Bull. V.,* n°226 ; 28 fév. 1990, *Cah. prud.* 1991, p. 21 ; 9 juin 1988, *Bull. V.,* n°348. Par exemple, Cass. Soc. 21 déc. 1977, *Bull. V.,* n°727 ; 9 juin 1988, *ibid.* n°348. En revanche, un essai de 1 an a été déclaré opposable au salarié en se fondant sur l'application d'une convention collective applicable à l'ensemble du personnel à défaut d'autres stipulations contractuelles, C.A. Paris, 19 nov. 1985, *J.C.P.* 1986, éd. E., I, 15562.

655 Cass. Soc. 23 mars 1993, *C.S.B.P.* 1993 n°50, B. 77 et l'observation de J. Y. FROUIN, art. Précité, selon lequel le contrôle est ici particulièrement étroit et confine au contrôle du fond du droit.

Cette appréciation finalisée de l'essai conduit cependant les juges à des solutions relatives. Ainsi la Cour de cassation a admis, alors que la convention collective prévoyait un essai d'une durée maximum de un mois, qu'à bon droit les juges du fond avaient pu valider le fait pour un salarié d'avoir accepté de façon expresse et écrite la proposition de l'employeur tendant au renouvellement de l'essai. Cette renonciation, non équivoque et certaine, était justifiée par un motif exceptionnel tenant à la nature des fonctions proposées au salarié.[656] Fondée sur la renonciation au bénéfice d'une disposition conventionnelle plus favorable, cette solution tout en soulignant le contrôle exercé par la Cour de cassation, marque, dans cette espèce, clairement la finalité assignée par les juges à l'essai. Toutefois, on peut penser que cette solution n'est plus de droit positif dans la mesure où la Chambre sociale a, par des arrêts récents, affirmé avec netteté le principe selon lequel lorsque la convention collective ne comporte aucune disposition quant au renouvellement de la période d'essai, ce renouvellement n'est pas possible quelles que soient les dispositions du contrat de travail.[657] Enfin, pour s'en tenir à une lecture finalisée de la durée de l'essai, plus discutable apparaît la ligne de conduite des juges qui s'en tenant à l'effet impératif de la norme supérieure sur le contrat individuel ne recherchent pas si en raison de la nature de l'emploi occupé l'application d'une durée uniforme à tous les salariés est conforme à l'objet de l'essai.[658] Sans doute lorsque la source de l'essai est le contrat, les juges recherchent si la durée n'est pas excessive,[659] mais lorsque l'essai s'impose en raison d'une convention collective, la recherche du juge n'apparaît pas aussi approfondie.[660]

En troisième lieu, la finalité de l'essai impose que celuici trouve sa place au début de l'exécution de la relation contractuelle ; *a fortiori*, l'essai ne saurait donc être imposé au cours du contrat. Il convient cependant de se demander si ce principe peut recevoir exception lorsque le contrat est modifié,[661] la modification prenant ici la forme d'une transformation de l'emploi.[662] On pourrait penser que les motifs de validité de l'essai

656 Cass. Soc. 15 oct. 1987, *Juri social* 1987, S.J., 225 ; C.A. Bordeaux 29 nov. 1988, cité par Ph. AUVERGNON, note n°(60) ; également, Cass. Soc. 5 oct. 1978, *Juri Social* F. 88, pour une durée d'essai plus longue que celle prévue par le règlement intérieur jugée non excessive eu égard aux fonctions exercées.

657 Cass. Soc. 30 mars 1995, *C.S.B.P.* 1995 n°70, S. 77 ; 22 oct. 1991, *C.S.B.P.* 1991, n°39, page 123.

658 C.A. Paris 27 fév. 1987, précité.

659 Cass. Soc. 7 janv. 1992, précité ; 28 fév. 1990, pourvoi n°8742.657.

660 Toutefois, certaines conventions collectives optent pour une durée modulée de l'essai selon la qualification professionnelle ou le coefficient hiérarchique.

661 L'inclusion d'une période d'essai mérite que l'on s'y arrête, d'autant que la mobilité professionnelle est sans nul doute un outil nécessaire à la protection de l'emploi, infra n°308 et suiv. et n°572 et suiv. On notera par ailleurs qu'en cas de modification du contrat de nature disciplinaire une période d'essai ne peut pas être demandée au salarié, Cass. Soc. 17 fév. 1993, *Bull. V.,* n°55.

662 Infra n°193 et suiv.

soient trouvés dans la notion d'emploi. En effet, si l'emploi nouveau n'est pour l'essentiel pas différent de l'ancien, on peut douter de sa justification ; *a contrario*, un emploi différent pourrait l'autoriser. Le problème peut être étendu, au regard du droit positif, à deux situations proches : d'une part, la succession de situations juridiques avec un même employeur pour des fonctions similaires et, d'autre part, une même situation juridique pour laquelle les fonctions du salariés sont modifiées.

Dans le premier cas, la loi fournit un élément de réponse lorsqu'un contrat à durée indéterminée fait suite à un contrat à durée déterminée, l'article L. 122310 dernier alinéa dispose que « ***la durée de ce contrat est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat*** ». Ici, aucune distinction n'est faite selon « l'emploi » postérieurement occupé, la période d'essai est licite.[663] La solution retenue ne tient pas compte de la finalité de l'essai, du moins si on considère que dans les deux situations de travail la qualification professionnelle mise en oeuvre est identique. Les situations juridiques de travail dans l'entreprise sont autonomes. Telle est aussi, dans une autre hypothèse, la solution adoptée par la Cour de cassation lorsque deux contrats juridiquement distincts se succèdent, contrat d'apprentissage et contrat à durée indéterminée, pour un emploi strictement identique. En l'espèce, un jeune apprenti boucher ayant effectué son apprentissage de deux ans chez un employeur se voit proposer, chez le même employeur, un emploi de boucher lequel sera ferme après une période d'essai de un mois ; l'essai n'ayant pas été jugé concluant le contrat nouvellement formé est licitement rompu en vertu de l'article L. 1224 du Code du travail.[664] Cette solution est critiquable même si le contrat d'apprentissage et le contrat de travail, à proprement parlé, n'ont pas le même objet. Mais on peut relever que le contrat d'apprentissage « ***est un contrat de travail de type particulier par lequel l'employeur s'engage, (...), à assurer à un jeune travailleur une formation professionnelle méthodique et complète (...)*** ».[665] Aussi, et spécialement dans cette hypothèse, on peut se demander si la finalité de la période d'essai, qui est d'apprécier les qualités professionnelles du travailleur se justifie bien. Il peut sembler contradictoire d'avoir assuré une formation méthodique à un jeune salarié, lui proposer une embauche et découvrir

663 Cette solution est confortée par l'article L. 122315 du Code du travail, relatif au contrat saisonnier et à la clause de reconduction. Il peut être défini par voie conventionnelle les conditions afférentes à la période d'essai. Si l'effet du temps peut justifier l'essai, on ne peut s'empêcher de remarquer que, d'une part, la clause de reconduction induit la connaissance, par l'employeur, de la capacité professionnelle du salarié déjà employé, et d'autre part que la loi vise elle même la reconduction sur un emploi de même nature, souvent par ailleurs peu qualifié. Aussi, la période d'essai instilletelle un retour à plus de précarité (même si elle est légalement limitée, article L. 12232 du Code du travail), dans un contrat par nature précaire, que la clause de reconduction devrait avoir pour effet d'atténuer. La contrainte pour l'employeur de la clause reconduction et la liberté recouvrée pendant l'essai sont donc à somme nulle. Toutefois, voir Cass. Soc. 12 avril 1995, *R.J.S.* 5/95 n°495.

664 Cass. Soc. 4 mars 1992, *Bull., V.,* n°150, *R.J.S.* 4/92 n°403. « Mais attendu que le contrat pouvait être assorti d'une période d'essai permettant à l'employeur d'apprécier l'aptitude du salarié à accomplir la tâche qui lui était confiée, alors même que le salarié venait de recevoir une formation dans la même entreprise dans le cadre d'un contrat d'apprentissage ». Voir aussi, Cass. Soc. 28 juin 1989, *R.J.S.* 89/89 n°660, *D.* 1990, 227, note J. MOULY et l'appréciation de J.Y. FROUIN, article précité.

665 Article L. 1171 du Code du travail.

pendant la période d'essai l'incapacité professionnelle de l'ex apprenti[666] ! Ces solutions introduisent une période d'instabilité contractuelle et l'absence de protection pour le salarié sans rapport avec la finalité de l'essai.

Dans le second cas, c'est la même situation juridique d'emploi qui s'exécute, mais les fonctions du salariés sont transformées. Si l'on suit la logique de l'emploi, le salarié dont on modifie le contrat par transformation de ses fonctions pourrait être soumis à une période d'essai. Cette solution n'est pas satisfaisante parce qu'elle remet en cause les droits du salarié et notamment les règles de protection de sa situation juridique. Toutefois, malgré cette réserve de principe, la jurisprudence semble admettre la licéité d'une période d'essai en cours d'exécution du contrat de travail. Mais, derrière le seul énoncé de cette affirmation, se profilent des conditions qui incitent à nuancer la portée de la solution. En effet, il résulte des décisions rendues que pour valider l'introduction d'une période d'essai en cours d'exécution du contrat, il faut que le salarié ait eu la volonté claire et non équivoque de renoncer aux garanties légales attachées à l'existence du contrat initial.[667] La novation serait alors, à part entière, un mode de rupture conventionnel du contrat de travail,[668] ce n'est plus seulement une obligation qui serait éteinte mais bien le contrat dans son ensemble. On retrouve, par cette voie, la première situation où la licéité de la période d'essai est admise lorsque deux contrats distincts se succèdent. Pour la Cour de cassation, le bouleversement de l'économie du contrat en raison de la modification de l'emploi, doublée de la renonciation du salarié, emporte novation non pas seulement des obligations visées, mais du contrat dans son entier, celui cessant de produire ses effets pour laisser place à une situation juridique totalement nouvelle. La solution adoptée n'est pas pourtant satisfaisante.

Tout d'abord, même si les conditions de la novation permettent théoriquement d'assurer la protection des intérêts en cause, l'idée de renonciation par le salarié à ses droits mérite une grande réserve ; l'idée de renonciation du salarié à ses droits en cours d'exécution du contrat heurte de front la « notion antagoniste de subordination ».[669]

666 Tel est le cas lorsque le salarié engagé par un T.U.C. a ensuite bénéficié chez le même employeur d'un C.E.S. à temps partiel puis d'un contrat à durée indéterminée à temps plein. En effet, il n'apparaît nullement que les qualités et les compétences que l'employeur était en droit d'exiger de son salarié dans le nouvel emploi (sic) étaient différentes de celles dont il avait pu faire preuve dans ses fonctions antérieures», C.A. de Dijon, 8 déc. 1992, *R.J.S.* 3/93 n°341. Dans le même sens on relèvera un jugement du Conseil de Prud'hommes de Lille en date du 27 mars 1989, *Dr. Ouv*. 1986, 343, qui relève qu'est non avenue un essai imposé à un salarié embauché sous contrat à durée déterminée renouvelé pour un même emploi. La Cour d'appel de Paris a, également, déclaré illicite une période d'essai souscrite pas un salarié qui venait de démissionner qui effectuait son préavis et dont l'employeur avait proposer une nouvelle embauche avec effet rétroactif au jour de la démission, C.A. Paris 22 oct. 1994, *R.J.S.* 11/94 n°1556.

667 Cass. Soc. 29 mai 1991, n°2160D Vicenti c/Union Mutualiste des Travailleurs, *R.J.S.* 8/91 n°810, non publié au Bulletin. Pour un arrêt plus ancien, voir également Cass. Soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°484, 1er moyen. Egalement, C.A. Bourges 26 fév. 1988, *D.* 1989, Jurisp., 202, note J. MOULY. Cet arrêt est donné en référence pour étayer la thèse de la validité de la période d'essai conclu dans cette hypothèse par B. Teyssié in, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°453.

668 Contra J. MOULY, note sous Cass. Soc. 28 juin 1989, préc.

669 G.H. CAMERLYNCK, « La renonciation du salarié », *Dr. Soc.* 1960, 628.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Ensuite, cette solution permet d'éluder les règles d'ordre public relatives au droit du licenciement qui, en ellesmêmes, assurent la protection des situations d'emploi, ancienne et nouvelle. Une chose est, en effet, de juger de l'incapacité professionnelle du salarié à s'adapter à ses nouvelles fonctions à l'aune de l'exécution de bonne foi du contrat de travail, l'employeur doit justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors que la mesure n'est pas trop hâtive et qu'il a techniquement assuré une formation suffisante au salarié visé, ou au cours d'une période d'essai qui juridiquement écarte les mécanismes de protection de l'emploi. En conséquence, entériner la licéité de la période d'essai en cours d'exécution du contrat ruine toute une construction de la protection de l'emploi dès lors qu'elle prétend s'appuyer sur la dynamique de la mobilité professionnelle dans l'entreprise.[670]

Section 2 : Les fonctions de la qualification professionnelle dans l'exécution du contrat de travail

« Organiser le travail, c'est décrire et délimiter des fonctions puis les grouper par ordre, genres, espèces et variétés. »[671] L'organisation répond à un besoin moderne né de l'organisation industrielle du travail nécessaire à l'entreprise. L'organisation interne de l'entreprise est servie par la discipline de production qui tend, aussi, à la hiérarchisation des emplois, corrélativement des hommes qui les occupent.[672] La discipline de production tente d'être appréhendée par les gestionnaires qui cherchent à produire des régularités, sources d'efficacité. La classification des emplois participe à cette rationalisation de l'organisation interne de l'entreprise ; c'est une opération de gestion. La classification n'est autre que la qualification du travail, prérogative du chef d'entreprise et a pour objet « l'emploifonction », qui comprend l'ensemble des fonctions techniques requises pour l'accomplissement des tâches. Ce sont les éléments objectifs de l'emploi. La classification est, selon la définition du B.I.T., « une méthode logique et, dans une certaine mesure, objective, qui permet de classer les emplois les uns par rapport aux autres. »[673] Mais la classification doit tenir compte des capacités professionnelles des salariés, c'est-à-dire de la qualification individuelle, véritable état professionnel du travailleur, ces éléments constituant la part subjective de l'emploi parce que rattachée à la personne. L'opération de classification, préparatoire au recrutement, vise à atteindre un degré d'objectivité dans l'analyse et la détermination des emploi, abstraction faite de la personnalité des travailleurs. Le rattachement entre la personne et le poste s'opère par le classement du

670 A ce titre la solution de la clause de retour dans l'emploi, préconisée par certains auteurs (notamment J. MOULY, note sous C.A. Bourges 26 fév. 1988, préc., spéc. § II et G. POULAIN, *Juris Classeur*, fasc. 3010, 5.1993, n°15) apparaît satisfaisante. En effet, cette clause permet de préserver un lien d'emploi, à la condition pourtant que le salarié ne refuse pas le retour dans son ancien emploi. Le salarié s'exposerait alors à un licenciement pour faute fondée sur la violation d'un engagement contractuel.

671 Proudhon.

672 Supra n°55 et suiv.

673 B.I.T., *Etudes et documents*, nouvelle série n°56, juin 1964, p. 117118, cité par N. CATALA, Traité de Droit du travail*, L'entreprise,* Dalloz 1980, n°12.

travailleur. C'est, autrement dit, l'attribution de la qualification contractuelle c'est-à-direle lien entre la personne et les fonctions qui donnent corps à l'emploi. La classification est une opération distincte de l'opération de classement, qui intervient donc antérieurement et qui procède d'une nécessité d'organiser l'entreprise. L'une des conséquences immédiates du classement est de hiérarchiser les salariés à l'intérieur de l'entreprise.[674]

Mais il apparaît aussi que la classification dépasse la seule sphère de l'entreprise. Pour l'historien, l'acte de classer des emplois, des postes, des hommes et des femmes au travail est de nature sociale. « Les classifications peuvent s'analyser simultanément comme un outil de gestion du personnel, un mode d'acquisition et d'évaluation de la qualification, une forme de la représentation salariale, un moyen de restructuration du marché du travail, la traduction enfin d'un compromis social. »[675] Hors de l'entreprise, la classification renvoie alors moins à son caractère objectif, l'emploi, qu'à la qualité du travailleur, c'est-à-dire à son état professionnel. Elle devient une norme d'identification professionnelle du salarié structurant la société.[676] Ainsi c'est autour de la classification professionnelle que l'I.N.S.E.E. a élaboré en 1951 un code des catégories socioprofessionnelles qui permettait de classer la population en un nombre restreint de grandes catégories présentant chacune une certaine homogénéité sociale, les critères constitutifs de ces codes étant la profession (le métier), le secteur d'activité (agriculture), le statut (salarié ou non salarié), la qualification professionnelle, la position hiérarchique et l'importance de l'entreprise.[677] Peutêtre à ce stade retrouveton l'effet socialisateur du métier, même si celuici en tant que tel a, sembletil, été rejeté du domaine salariat. En effet, si le système d'institutionnalisation des classifications remonte aux arrêtés Parodi et Croizat,[678] les métiers avaient déjà eu cette fonction de stratification de la société.

Dans cette perspective d'organisation de l'emploi dans l'entreprise, le classement du travailleur a pour principal effet de lui faire acquérir un statut professionnel ; la classification créée alors des catégories professionnelles. Toutefois, si cette fonctionnalité du classement ne doit pas être sousestimée, eu égard à ses incidences, il a été montré que les classifications ne se bornent pas à être uniquement descriptives autrement dit attributives d'un statut social. Elles sont des règles qui permettent des actions instituant aux parties au contrat un ensemble de droits et d'obligations. Les classifications sont présentées comme des règles de travail ou de structures.[679]

674 Ainsi qu'on a pu l'écrire la classification est un ordre hiérarchique. Ph. LANGLOIS, « La hiérarchie des salariés », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 185.

675 M. REBERIOUX, « L'historien devant les classifications professionnelles », *Travail et Emploi* n°38, déc. 1988, p.

676 Cf. P. SANTELMAN, « La reconnaissance de la qualification professionnelle », *Dr. Soc.* 1995, 1014.

677 Depuis 1982, L'I.N.S.E.E. utilise une nouvelle classification celle des professions et catégories socioprofessionnelles qui prennent en compte d'autres distinctions telles que la nature juridique de l'emploi (privé ou public), l'origine socioprofessionnelle des inactifs.

678 Arrêtés des 22 septembre 1945 et 31 janvier 1945, v. infra n°180 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Paragraphe I : La fonction organisationnelle : le classement des emplois

Lors de l'embauche, le salarié est évalué à un certain niveau de qualification qui le situe dans un ordre hiérarchique interne à l'entreprise. Cette opération de classement, de nature contractuelle, va le faire entrer dans la collectivité de travail. L'intégration du salarié dans cette collectivité va se situer à un double rang. L'un, plus général et historiquement le plus ancien, est celui de son classement dans une catégorie professionnelle, l'autre le situe dans une hiérarchie plus complexe propre à la branche d'activité de l'entreprise qui résulte de la mise en place des grilles de classification.

1 Les catégories professionnelles

Les catégories professionnelles résultent du lent processus d'industrialisation des économies libérales, du passage d'une économie agraire à une économie artisanale puis industrielle. C'est donc autour du métier, issu des corporations, que s'est constitué un corps de travailleurs qualifiés détenteur d'un « savoirfaire », les gens de métiers. Parallèlement, et en raison d'une division des tâches qui n'a cessé de se développer, dès la fin du XIX^{ème} siècle, mais à l'inverse, s'est constitué un corps de manoeuvres quant à eux peu qualifié.[680] Progressivement, s'est dessinée au sein de l'entreprise industrielle une structure sociale fondée sur la qualité du travail opposant ouvriers et employés aux cadres.

Concernant les ouvriers et employées, il est remarqué que l'opposition classique demeure plus sociologique que juridique.[681] Le législateur n'a pour sa part quasiment pas tenu compte de cette différenciation. Sur le plan légal, la distinction des ouvriers et des employés ne présente aujourd'hui plus d'intérêt.[682] C'est en fait sur le plan conventionnel que la distinction peut encore trouver un intérêt en raison du pouvoir de qualification autonome reconnu aux parties à la convention. En effet, un accord, ou une convention collective, peut licitement définir des droits conventionnels, soumis à des conditions conventionnelles, dès lors que des dispositions d'ordre public ne sont pas heurtées. A titre

679 A. LYONCAEN, « Le droit et les classifications », *Travail et Emploi* n°38, déc. 1988, p. 21.

680 Voir notamment, R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Fayard 1995 ; G. AUBIN, J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, P.U.F., Droit social, 1995. Cependant voir l'analyse de F. GAUDU, Thèse précitée n°14. Selon l'auteur, « il existe aussi une différence entre la situation juridique de l'employé et celle de l'ouvrier : le premier, le plus souvent est embauché sous contrat à durée déterminée (...). Pour ce salarié l'engagement de longue durée constitue moins un asservissement qu'une garantie. Pour l'ouvrier, au contraire, l'embauche se fait ne général sous contrat à durée indéterminée, souvent à la journée ou à la semaine. C'est en fait, et souvent en droit, le situation des « employés » est relativement plus stables (...). »

681 P. DURAND, *Traité de droit du travail*, t. 2, n°38 et suiv. ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°141 et suiv. ; G. LYON CAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°109 ; Ph. LANGLOIS, « La hiérarchie des salariés », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 185. Il est ainsi observé que si les employés sont peut être plus proches de la bourgeoisie et d'un niveau culturel plus élevé. Néanmoins, hors des frontières hexagonales, cette dichotomie semble de plus grande importance.

d'exemple, un accord d'entreprise peut décider de réserver l'octroi d'un avantage à ceux qui, au sens de cet accord, auront la qualité « d'employé ».[683] Afin d'attribuer aux salariés l'une ou l'autre qualité la jurisprudence s'en rapportait à la nature du travail effectué. Des fonctions purement matérielles conduisaient les juges à classer le travailleur parmi les ouvriers, un travail intellectuel permettait la qualification d'employés ; la jurisprudence recherchant l'activité principale du salarié lorsque la nature de son travail était manuelle et intellectuelle.[684]

C'est la catégorie des personnels d'encadrement qui donne une certaine consistance aux catégories professionnelles. En effet, les cadres constituent une catégorie socioprofessionnelle (hétérogène) marquée par la situation particulière occupée par ses membres, lesquels oscillent entre direction et subordination. L'évolution récente tend d'ailleurs à montrer que cette catégorie professionnelle a vocation à croître ce qui rejaillit sur la structure du monde du travail dont l'épicentre n'est sans doute plus « l'ouvrier ». La loi et les conventions collectives ont conféré aux cadres un véritable statut.[685] La loi donne une définition fonctionnelle de la catégorie « cadre » en ce qui concerne la constitution de collèges électoraux en vue des élections des conseillers prud'homaux,[686] il n'existe cependant pas de définition générale. Il apparaît que la qualité de cadre implique des fonctions de surveillance et de direction sur un personnel subordonné, ou la mise en oeuvre d'une technicité qui laisse au salarié une marge d'initiative et de responsabilité. Ainsi cette qualité semble subordonnée à la double condition de la reconnaissance d'une qualification personnelle du salarié résultant d'un diplôme ou de l'acquisition d'une expérience professionnelle, entérinée par l'employeur, lui permettant d'occuper des postes à forte technicité et à l'exercice par délégation de l'employeur d'un pouvoir de commandement sur d'autres salariés, ce second critère apparaissant déterminant dans les solutions qui constituent la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en ce domaine.[687] Le statut du cadre rejaillit essentiellement sur ces conditions

682 Tout au plus la disposition relative au mode de rémunération de ces deux catégories est positive. En effet, selon les termes de l'article L. 1432 alinéa 1 et 2, les ouvriers en l'absence de convention ou d'accord de mensualisation doivent être payés au moins deux fois par mois, à seize jours au plus d'intervalle. Ce texte toujours en vigueur semble d'ailleurs totalement anachronique en raison de la généralisation de la rémunération mensuelle opérée par la loi n° 7849 du 19 janvier 1978. Cette loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle renvoie à l'accord interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation. Cet accord énonce, dans son préambule que la mensualisation progressive du personnel ouvrier répond, à la fois, à un besoin d'équité et à l'évolution souhaitable des conditions de travail.

683 Par exemple, Cass. Soc. 11 juin 1975, *Bull. V.,* n°320. L'arrêt casse la décision des juges du fond qui, sur le seul fondement de l'existence d'un accord de mensualisation, avait étendu aux ouvriers un avantage jusque là réservé aux employés.

684 Cass. Soc. 20 janv. 1955, *Bull. IV.,* n°56. Pour le caractère dépassé de cette analyse, cf. Ph. Langlois, art. précité.

685 G. LYONCAEN, « Les cadres », *D*. 1961, chron. p. 111.

686 Article L. 5122 du Code du travail.

687 Cass. Soc. 6 oct. 1977, *D*. 1977, IR, 491 ; 31 mai 1978, *ibid*. 371 ; 4 avril 1990, *Bull. V.,* n°162. La charge de la preuve incombe à celui qui invoque cette qualité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

de travail, notamment quant à la durée du travail. Il est, en effet, admis que les cadres échappent à la réglementation sur les heures supplémentaires étant entendu que selon la Cour de cassation la seule qualité de cadre ne suffit pas à exclure le droit à leur paiement ; il faut encore que leur rémunération laisse apparaître l'existence d'un salaire forfaitaire comprenant les dépassement d'horaires résultant des impératifs de la fonction exercée.[688]

En réalité, les catégories professionnelles n'emportent pas de conséquences spécifiques quant à l'application des règles gouvernant l'emploi, seules sont affectées les conditions de travail. Mais il semble en résulter que si une plus grande flexibilité des conditions de travail est imposée aux cadres, en contrepartie, ils constituent le noyau dur des titulaires d'emplois dans l'entreprise. Pour les autres catégories professionnelles l'observation pourrait être inverse. L'absence, néanmoins relative, de flexibilité dans le travail, conduirait l'entreprise à « jouer » de la flexibilité des situations atypiques de travail. La qualification professionnelle ne serait donc pas sans incidence sur la qualité de l'emploi.[689]

2 Les grilles de classification

La classification des emplois est une opération de gestion interne à l'entreprise. Toutefois, la mise en oeuvre de cette opération résulte d'un processus conventionnel qui s'élabore, le plus souvent, au niveau de la branche. En somme, l'entreprise ne fait qu'appliquer, éventuellement adapter, une grille des emplois négociée dans un cadre plus vaste, où toute cohérence n'est pourtant pas exclue. Cette application des grilles de classification est un phénomène assez récent qui rend compte de l'évolution du travail, c'estàdire de la structure des emplois dans l'entreprise.

La loi du 25 mars 1919, fondatrice du régime juridique des conventions collectives, a également amorcé une uniformisation des conditions de travail entre le salariés et a eu tendance à gommer les mérites et les hiérarchies.[690] De plus les revendications salariales et les interventions ponctuelles du législateur ont entériné la nécessité « d'étalonner » les salaires par rapport aux métiers.[691] Le système des classifications sera effectivement mis en place par la loi du 24 juin 1936 qui va redonner un élan à la négociation collective et réglementer les salaires par rapport à des catégories professionnelles prédéfinies. Cette politique contractuelle sera reprise avant la seconde Guerre Mondiale par les arrêtés du

688 Cass. Soc. 14 juin 1990, ibid. *Bull. V.,* n°285. La Cour de cassation valide également les conventions de forfait pour certains personnels d'encadrement qui n'ont pourtant pas le statut de cadre. Par exemple d'un chef d'atelier, d'un agent de maîtrise ou d'un chef de chantier.

689 Infra n°459 et suiv.

690 Cf. M. DESPAX, Droit du travail, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, n°14 et suiv. ; G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, P.U.F., Droit social, 1995, P.U.F., n°333 ; Ph. LANGLOIS, art. précité.

691 Ainsi les décrets Millerand du 10 août 1899 garantissent aux travailleurs des « salaires normaux ». La loi du 10 juillet 1915 fixe un salaire minimal pour les travailleurs à domicile.

er septembre 1939 qui entérinèrent les salaires fixés par les principales conventions collectives. La fixation autoritaire des salaires ne fut pas abandonnée à la fin de la guerre, les circonstances économiques la rendant nécessaire. Mais étendue alors à l'ensemble des travailleurs, ce fut une véritable méthode qui s'imposa avec l'établissement d'une échelle des emplois, consacrée par les arrêtés Parodi, du 22 septembre 1945, et Croizat, du 31 janvier 1946. Ces arrêtés instituèrent le classement des emplois, lequel influença la structure interne des entreprises.

Rétrospectivement, ces premiers arrêtés de classification peuvent néanmoins apparaître en décalage par rapport à la réalité de l'organisation du travail dans l'entreprise. En effet, le système de classification reposait encore sur les métiers c'est-à-dire sur la prise en compte de la qualification individuelle du travailleur. Or, l'entreprise était déjà acquise à la division du travail qui appelle une appréciation objective, fonctionnelle, de l'emploi.[692] C'est cependant sur le métier que s'est opéré le classement des emplois salariés autour de grandes catégories : ouvriers employés, agents de maîtrise et cadres. Chacune de ces catégories était ellemême divisée en catégories intermédiaires.[693] L'objectif de ces arrêtés était alors de permettre une homogénéisation des salaires en indiquant, par niveau, la rémunération maximale pour tel ou tel type d'emploi une fois effectué le classement du salarié. La trace de ces arrêtés de classement fut profonde dans la structuration du salariat des « trente glorieuses »[694] bien que sur le plan légal le contrôle des salaires fût abandonné par la loi du 11 février 1950.

Bien que l'organisation des emplois soit un opération de gestion interne à l'entreprise et, quoique l'employeur conserve la faculté de négocier une grille de classification à ce niveau, on peut remarquer que traditionnellement en France la branche s'est imposée comme niveau pertinent de construction de la grille de classification. La branche, dans le

[692] Sur le plan théorique, l'économiste Adam Smith, dès 1776 (« Recherche sur la nature et causes de la richesse des nations ») envisageait la division technique du travail qui consiste à subdiviser les tâches et à spécialiser les travailleurs afin d'obtenir des gain de productivité important. Cf. *Alternatives Economiques* n°121, nov. 1994, A. SMITH le père du capitalisme libéral ; cette pensée sera notamment mise en oeuvre par Taylor et Ford qui donnèrent à la division du travail un essor considérable ; également mais dans un autre domaine, Charlie Chaplin, *Les temps modernes*, 1936.

[693] Ces sous catégories ont par ailleurs fortement marqué le vocabulaire du travail ; il s'agissait du *Manoeuvre ordinaire* (ouvrier qui ne participe pas à la fabrication et à qui sont confiés des travaux très simples ne nécessitant aucune adaptation et n'exigeant aucun effort important ; *du Manoeuvre spécialisée 1 er échelon* (ouvrier chargé d'effectuer des travaux simples et courants de fabrication, d'entretien, de manutention, ne nécessitant qu'une mise au courant très sommaire) ; *Manoeuvre spécialisé 2 e échelon* ; *Ouvrier spécialisé 1 er échelon* (ouvrier qui sans avoir une connaissance générale du métier, participe à la fabrication en effectuant des travaux nécessitant une formation spéciale de quelques semaines) ; *Ouvrier spécialisé 2 e échelon* ; *Ouvrier qualifié 1 er échelon* (ouvrier exécutant des travaux qualifiés exigeant des connaissances qui ne peuvent être acquises que par une formation professionnelle d'une certaine durée ou de la pratique suffisante d'un métier, pouvant être sanctionnée par une épreuve ou par un certificat d'aptitude professionnelle) ; *Ouvrier qualifié 2 e échelon* ; *Ouvrier qualifié 3 e échelon* ; *Ouvrier hautement qualifié* (ouvrier qui répondant à la définition de l'ouvrier qualifié 3 e échelon [chargé de travaux qualifiés particulièrement difficiles exigeant la connaissance très étendue de son métier] exécute des travaux de haute valeur technique et qui impliquent de grandes responsabilités).

[694] J. FOURASTIE, *Les Trente Glorieuses*, Pluriel, 1979, spéc. page 93 et suiv.

système conventionnel français, a été longtemps considérée comme un « règlement professionnel » que l'accord d'entreprise devait simplement compléter. Mais en pratique, on observera qu'au niveau de la branche sont négociées les méthodes de classement, la grille de classification pouvant être adaptée dans l'entreprise, une trop grande rigidité s'imposant de la branche conduirait à remettre en cause le pouvoir d'organisation du chef d'entreprise.

Les classifications manifestent surtout l'intérêt porté au concept d'emploi en tant que modèle de droit commun de la mise au travail dans l'entreprise. En effet, au moins implicitement, la classification des emplois suppose que l'objet du classement corresponde à une certaine forme permanente d'organisation de l'activité de l'entreprise. A cet égard, les grilles de classification définissent le contenu de l'emploi par la description des moyens, des objectifs, des responsabilités nécessaires à l'accomplissement du travail. On retrouve dans le classement, l'organigramme de l'entreprise, son découpage interne en emplois.[695]

Mais l'enjeu des classification est aussi externe à l'entreprise dans la mesure où l'élaboration des grilles a des incidences sur le marché du travail par la fixation des minima conventionnels, les méthodes de définitions des emplois (diplôme, mérite) conditionnant la mobilité des salariés. Des études ont montré l'évolution lente du contenu des grilles de classification[696] ; l'abandon du modèle ParodiCroizat est très progressif alors que les métiers s'adaptent aux nouvelles technologies ou en émergent. Ce décalage trouve une expression singulière dans la loi, laquelle se borne à fixer une périodicité de la négociation au niveau de la branche[697] ; il résulte ainsi de l'article L. 13212 du Code du travail que « ***les organisations qui sont liées par une convention de branche, ou à***

695 Supra n°30 et suiv.

696 Les accords de Grenelle, après la loi du 11 février 1950, ouvriront un vaste chantier de refonte des classifications fondé sur des méthodes plus modernes prenant en compte quatre critères abstraits : l'autonomie, la responsabilité, le type d'activité et les connaissances requises (voir *Liaisons Sociales* du 5 juin 1968). Cette révision donnera naissance notamment à l'accord national du 23 juillet 1975 dans la métallurgie et à l'accord du 10 août 1978 dans la chimie ; se reporter à *Liaisons sociales*, qualification du travail, sept. 1977, *Liaisons Sociales* n°4295 du 24 juill. 1975 et 4685 du 13 juill. 1978. Cf. J. SAGLIO, « Les négociations de branches et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification », *Dr. Soc.* 1987, 20. Selon cet auteur les accords de classification peuvent désormais se regrouper autour de quatre catégories : premièrement les « accords de type Parodi » qui s'organisent autour du métier, l'énumération du poste se suffisant à elle seule la description des emplois n'étant qu'exceptionnelle ; deuxièmement les « accords classant » qui fixent des critères d'évaluation qui permettent d'homogénéiser des critères fondés sur l'autonomie et la responsabilité ; troisièmement les accords « Parodi amélioré », qui décrivent très précisément les postes qui permet de se faire une idée assez précise des machines utilisées, des tâches et responsabilités que requiert le travail, ainsi que l'organisation dans laquelle s'insère ce poste ; enfin quatrièmement les accords de type « fonction publique aménagée », dans lesquels les définitions des postes sont restreintes mais où sont développées des considérations portant sur des garanties statutaires, les seuils d'accès en fonction des diplômes et les filières de carrières.

697 L'article L. 1403 du Code du travail pose le principe suivant : « *les catégories et les critères de classification et de promotion professionnelles ainsi que toutes les autres basent de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent être commun au travailleur des deux sexes.* » Mais ici, plus qu'une règle relative à l'élaboration de la grille, le législateur en affirme que la construction de celleci ne peut créer de disparité de régime entre hommes et femmes.

défaut, par des accords professionnels, se réunissent au moins une fois par an pour négocier sur les salaires et, au moins une fois tous les cinq ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications. » La loi vise une obligation d'examen, la négociation ne devant s'engager que lorsque cet examen aboutit à la conclusion de la nécessité d'une révision. Les premières négociations de branche se sont déroulées à partir de 1983, une circulaire ministérielle faisant d'ailleurs obligation pour les branches qui n'aurait pas contenu de grille d'en élaborer une.[698] Suivant cette obligation quinquennale d'examen, les négociations ont du avoir lieu en 1988, 1993 puis 1998. Toutefois, selon l'étude de monsieur Saglio, les négociations s'étendent sur plusieurs années, elles dépendent de facteurs techniques tels que l'adaptation d'une grille préexistante, de sa création ou encore de l'habitude de négociation des acteurs ; ainsi celle de la métallurgie engagée suite aux accords de Grenelle fut entamée en 1969 et s'est achevée en 1975. Sans doute la volonté du législateur est celle de s'adapter aux évolutions toujours plus rapides, mais le dispositif mis en place reste finalement assez éloigné des pratiques malgré son caractère incitatif.[699] Il n'en reste pas moins que le système des classifications marque la prégnance de l'emploi, ce qui est en contradiction avec le discours sur la fin de l'emploi comme mode pertinent du travail humain.

Paragraphe II : La fonction protectrice de la qualification professionnelle

Le classement du travailleur dans la hiérarchie de l'entreprise confère au salarié un « statut », il est le résultat d'une opération contractuelle portée par le contrat. Cependant, la classification est le plus souvent abordée comme une règle descriptive dont le principal effet est de créer un ordre salarial, c'estàdire de définir une hiérarchie des salaires. En outre, si l'on admet que la qualification professionnelle est une composante de l'emploi, le classement qui en découle a une fonction plus dynamique visàvis de l'emploi du salarié. La qualification professionnelle qui entre dans le contrat de travail permet d'assurer au salarié une certaine stabilité de son contrat de travail. Par le classement une valeur est affectée à la prestation, mais c'est aussi l'étendue de la prestation qui est déterminée.

1 La fonction attributive des minima salariaux

La fixation du salaire, prérogative patronale, a connu un certain nombre d'atteintes. En effet, l'Etat pour des raisons économiques et sociales a du mettre en place des salaires minima afin d'assurer le revenu des travailleurs.[700] Ce mouvement fut généralisé par les arrêtés Parodi et Croizat, les salaires étant alors réajustés périodiquement par le Ministre du travail. Cette politique de soutien aux bas salaires sans être totalement abandonnée

[698] Circulaire D.R.T. n°15 du 25 oct. 1983, *J.O.* du 10 janvier 1984, par. 3112.

[699] Il est relevé qu'un mouvement de fond de modernisation des classifications s'est engagé depuis 1990 mais demeure assez disparate selon les branches d'activités. Pour un aperçu plus général se reporter à *Liaisons Sociales* du 1996, n°7227, Bilan de la négociation collective de 1994. En effet, la politique contractuelle a été relancé à l'initiative du Président de la République suite au constat selon lequel ne nombreuses branches professionnelles avaient des salaires minima inférieurs au S.M.I.C. (rép. à Q.E. n°29203, *J.O. A.N.* du 19 nov. 1990, p. 5347 ; rép. à Q.E. *J.O. A.N.* du 30 sept. 1991, p. 4051). De plus pour 1993, le C.N.P.F. a préconisé la persévérance dans ces domaines, salaires minima et classification (recommandation du 16 nov. 1992).

fut, à partir de 1950,[701] renvoyée à la négociation collective ce qui permit une homogénéisation du marché du travail au niveau des branches professionnelles. C'est au niveau de la branche que sont élaborées les grilles de classification en fixant un ordre salarial par détermination d'une valeur au salaire minimum, ce salaire étant une référence obligatoire pour l'entreprise entrant dans le champ d'application de l'accord.[702] L'article L. 1335 du Code du travail donne un fondement légal au principe selon lequel les salaires sont hiérarchisés en fonction de la qualification contractuelle accordée au salarié, cette hiérarchie s'établissant au niveau de la branche. Toutefois, le principe demeure d'abord celui de la libre détermination du salaire par accord des parties, principe consacré dans une décision du Conseil Constitutionnel qui énonce que « la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature relève de contrats librement passés entre employeurs et salariés. »[703] Mais, si le niveau de la branche s'avère être un niveau pertinent de négociation, l'objet de cette négociation (emplois et salaires correspondant) demeure relatif dans la mesure où il existe une distorsion de fait entre ce niveau et l'entreprise ; les salaires réels n'étant pas déterminés.[704] Tenant compte de cette distorsion, le législateur oblige donc, au niveau de l'entreprise, à une négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs.[705] La rémunération réelle, le salaire est donc moins celui de la grille de classification que celui du contrat de travail qui laisse à l'employeur, sous réserve de l'ordre public salarial (salaire minimum légal ou salaire minimum conventionnel) toute latitude de conduite de la politique salariale dans l'entreprise.[706] Lorsqu'il existe une grille de classification applicable dans l'entreprise, l'attribution de la qualification contractuelle va situer le salarié dans la hiérarchie des emplois et fixer son salaire minimum de base. Le positionnement hiérarchique détermine

700 Pour les travailleurs à domicile, lois des 10 juillet 1915 et 14 décembre 1928 instaurant des salaires minima au temps et à la pièce.

701 Loi du 11 février 1950, relative aux conventions collectives et procédures de règlement des conflits collectifs, qui rétablit la liberté des salaires. Souci de protection mais également reflet des crises économiques motivèrent plusieurs autres mesures de blocage des salaires : lois des 29 décembre 1979 et 14 juin 1979 ne visant que quelques catégories de salaire et en dernier lieu la loi du 30 juillet 1982 dont le moindre des paradoxes fut d'être concomitant avec la loi du 13 nov. 1982 qui organisait la négociation annuelle d'entreprise sur les salaires, article L. 132 27 du Code du travail !

702 Article L. 1335 du Code du travail, les conventions collectives de branche susceptibles d'être étendues doivent contenir obligatoirement et notamment « *les éléments essentiels servant à la détermination des classifications professionnelles et des niveaux de qualification* » ainsi que « *les salaire minimum national professionnel du salarié* » ; « *les coefficients hiérarchiques afférents aux diverses qualifications professionnelles* ».

703 Conseil Const., 11 juin 1963, *D*. 1964, 109, note L. HAMON.

704 Techniquement, la fixation des minima conventionnels peut être déterminés selon deux méthodes : ou bien il est fait référence à la valeur du point, dans ce cas le salaire mensuel est obtenu en multipliant le coefficient du salarié par la valeur de ce point, ou bien par la fixation des salaires horaires ou mensuels applicables à chaque coefficient hiérarchique.

705 Articles L. 13212 et L. 13227 du Code du travail. Il existe entre les deux nivaux un lien de fait entre la négociation périodique et la convention de branche, la négociation tenant compte de ce qui est convenu dans la branche.

l'étendue des droits et obligations des parties au contrat. La classification détermine le salaire du et non pas le salaire payé.

Les contestations relatives au classement sont d'ordre salarial et manifestent un non respect du contrat. Il appartient au juge, à la demande du salarié, d'opérer le « redressement » entre l'affectation réelle du salarié et sa qualification contractuelle. La difficulté tient à l'appréciation, *in concreto*, des fonctions effectivement exercées comparativement à la description abstraite de l'emploi tel que visé par la grille de classification, c'est notamment l'hypothèse du « sous classement ». Il y a sous classement lorsque le salarié est affecté dans un emploi de catégorie inférieure à celui contractuellement retenu.[707] Le salarié est alors en droit d'obtenir l'emploi, c'estàdire un poste de travail, les avantages et le salaire, correspondant à la qualification contractuellement reconnue.[708] Il appartient au salarié de déterminer la nature du travail effectivement fourni, l'objet de la preuve étant ici d'établir la discordance entre les fonctions confiées et celles devant correspondre au niveau de classification contractuel.[709] En ce domaine, il s'agit de prouver un fait, tous les moyens de preuve étant admissibles et un certain nombre d'indices peuvent être tirés du bulletin de salaire. En effet, le bulletin de paie renseigne sur le mode de calcul de la rémunération doit également contenir des mentions obligatoires dont l'emploi du salarié ainsi que sa position dans la classification conventionnelle.[710] A l'inverse, l'employeur peut toujours surpayer c'est-à-direverser un salaire correspondant à une catégorie d'emploi supérieur à celle contractuellement fixée.[711] L'étendue des droits du salarié est alors différente. En effet, si ce surpaiement est valable, le salarié ne peut pas se prévaloir d'une qualification contractuelle différente et, par exemple, demander le bénéfice d'avantages liés à son salaire effectif mais ne

[706] Il ne faut toutefois pas sous estimer le rôle de la négociation dans les branches traditionnellement « fortes » telles que la chimie ou la métallurgie où s'exprime avec dynamisme la représentation syndicale. Il a cependant été remarqué le caractère « référent » et « illusoire » des grilles de branche dès lors qu'a été ouvert l'espace de négociation au niveau de l'entreprise, créant des pratiques peu conformes ; en ce sens, EYRAU, JOBERT et ROZEMBLATT, *Travail et Emploi* 1988, page 64 et suiv. Par exemple, il est aussi de plus en plus prôné par les employeurs la volonté d'individualiser le salaire par l'introduction par voie d'accord collectif de mécanismes tendant à l'individualisation de la rémunération par le jeu de primes instillant un degré plus ou moins variable de la rémunération. Ces tentatives rencontrent d'importantes résistances de la part des organisations syndicales salariées car outre le débat sur l'appréciation des éléments techniques qui permettent d'apprécier objectivement ces éléments de variabilité (prise en compte du mérite), il y a là une remise en cause de la collectivité de travail. Voir notamment P. HOFMAN, *Sem. Soc. Lamy*, 1985, p. ; J.Cl., JAVILLIER, *Dr. Soc.* 1987, 68 ; B. WALLON, «L'individualisation des salaires, discours économiques et pratiques», *Problèmes économiques*, n°2088, 1988.

[707] Cf. M. DESPAX, « La qualification professionnelle et ses problèmes juridiques », *J.C.P.*, éd. G., I, 1710.

[708] Cass. Soc. 7 mars 1990, *Bull. V.,* n°104 ; 9 juill. 1989, *ibid.* n°20 ; 24 avril 1980, *ibid.* n°348 ; 6 juill. 1976, *ibid.* V n°475, *D.* 1978, 274, note J. MORELY ; 24 oct. 1960, *Bull. IV.,* n°927.

[709] Cass. Soc. 11 déc. 1990, *Bull. V.,* n°632, 15 oct. 1987 *ibid.* n°577.

[710] Article R. 1432 du Code du travail, issu de la loi du 22 août 1988. Ce n'est là qu'une présomption simple, le salarié pouvant par le biais de témoignages ou d'attestations rapporter la nature exacte des tâches qu'il accomplit.

correspondant pas à son positionnement hiérarchique. Mais, si l'employeur décide d'une réduction de ce salaire, il s'agira d'une modification du contrat, acceptée ou refusée par le salarié.[712]

Sur un autre plan, un contentieux né de l'actualisation des grilles de classification peut avoir des répercutions sur le salaire. Les arrêtés Parodi et Croizat et plus récemment encore le protocole d'accord de Grenelle ont amorcé un mouvement de refonte qui fait l'objet, tout les cinq ans au niveau de la branche, d'un examen obligatoire. Une jurisprudence, peu renouvelée, est venue apporter quelques précisions relatives à la modification des grilles de classification.[713] Il a ainsi été jugé que le salarié soumis à la nouvelle classification ne peut pas opposer son ancien classement, il perd son titre et son indice,[714] le nouvel accord pouvant cependant prévoir un mécanisme destiné à éviter ce déclassement. Toutefois, si le salarié n'a pas de droit sur « les mots, les lettres ou les chiffres » qui composent son classement, il ne peut pas être privé du niveau de rémunération atteint. Le changement de classification résultant d'un nouvel accord ne peut pas entraîner une baisse du salaire déjà acquis.[715] Il aura droit, pour l'avenir, au maintien de son salaire antérieur aussi longtemps qu'il ne sera pas inférieur au salaire correspondant à son nouveau classement ou aussi longtemps que l'employeur ne décidera pas, unilatéralement, de le modifier.[716]

Le respect de la qualification est donc le respect du contrat. En ce sens, elle participe au maintien de la stabilité du lien d'emploi car elle permet de limiter l'arbitraire patronal ; elle participe à donner corps au statut de l'emploi. Mais comme le souligne un auteur,[717]

711 Le surpaiement ne doit pas être confondu avec le surclassement. Effectivement, le surclassement entraîne obligation pour l'employeur de payer le salaire en fonction de la position hiérarchique contractuellement attribuée au salarié, ce dernier bénéficiant ici d'une qualification contractuelle supérieure à laquelle il aurait pu normalement prétendre au regard de sa qualification personnelle.

712 Cass. Soc. 5 mars 1987, *Bull. V.,* n°115 ; Cass. Soc. 10 avril 1986, *Dr. Soc.* 1986, 867.

713 Ce que le professeur LyonCaen appelle le contentieux du titre, «Le droit et les classifications», *Travail et Emploi*, déc. 1988, page 21. On observera qu'en France 80% des salariés ne sont pas couverts conventionnellement, *Le Monde* du 12 août 1998.

714 Cass. Soc. 27 nov. 1986, pourvoi n°8346.078, un changement de titre, sans modification des fonctions, ni de position hiérarchique ni de rémunération, alors que le titre nouveau correspond mieux aux véritables attributions, ne saurait être assimilé à un déclassement professionnel ; Cass. Soc. 4 janv. 1979, *Bull. V.,* n°5, *D.* 1979, IR, p. 326, obs. Ph. LANGLOIS ; Cass. Soc. 22 mars 1979, *ibid.* n°266.

715 Cass. Soc. 24 nov. 1992, *R.J.S.* 1/93 n°59 ; 22 avril 1992, *ibid.* n°767.

716 Le niveau de rémunération constitue, en effet, un avantage individuel acquis. Mais du fait de son intégration dans le contrat (Cass. Soc. 27 fév. 1991, *Bull. V.,* n°103 ; 19 juill. 1987, *ibid.* n°402) il peut être remis en cause par l'employeur, analysé comme une modification substantielle du contrat de travail, soumise à l'acceptation expresse du salarié, faute de quoi l'employeur devra licencier.

717 A. LYONCAEN, art. précité.

outre la détermination du salaire et les revendications qui en découlent, la classification permet également de définir la sphère de mobilité du salarié à l'intérieur de l'entreprise. La classification assure une pluralité de fonctions, elle est multifonctionnelle.

2 La fonction stabilisatrice du contrat de travail

Elément fixé lors de la conclusion du contrat, la classification n'en est pas moins évolutive, elle manifeste l'adaptabilité du contrat de travail.[718] Lors de l'embauche le salarié est positionné dans un ordre hiérarchique qui marque le point de départ de son parcours professionnel interne à l'entreprise. Toutefois, le salarié ne peut pas prétendre à une « carrière professionnelle » parce que la promotion relève du choix discrétionnaire de l'employeur ; le salarié n'a pas un droit à l'avancement.[719] Cependant, les accords collectifs sont venus tempérer ce constat en organisant une mobilité automatique assise notamment sur l'ancienneté du salarié. Dans ces hypothèses, la modification de la classification a un caractère positif, elle s'accompagne d'une hausse du montant de la rémunération.[720]

La nature contractuelle du classement justifie que la qualification professionnelle soit utilisée par le salarié comme un moyen de résister aux pouvoirs de l'employeur. Il convient de distinguer les situations selon lesquelles l'atteinte portée au classement remet en cause le contrat de travail de luimême. En effet, si le degré de résistance du contrat dépend pour partie de la place de l'emploi dans le contrat, la modification de l'emploi n'offre pas une ligne de résistance de force égale selon qu'il s'agit de la mise en oeuvre du pouvoir de direction ou du pouvoir disciplinaire.

L'atteinte à l'emploi peut résulter, en premier lieu, d'un acte de gestion de l'emploi. Le degré de résistance résulte pour une part de la confrontation entre la définition des emplois opérée par la grille de classification et les conditions de réalisation de la prestation de travail par le salarié. Effectivement, cette grille peut décrire avec plus ou moins de précision les tâches affectées à tel ou tel emploi.[721] A titre d'exemple, la convention collective nationale du Crédit Agricole définit l'emploi de « secrétaire » par ses

[718] Dans le même sens, M. DESPAX, art. précité. A. BOUILLOUX, « L'adaptabilité du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1998, 487.

[719] Cass. Soc. 20 mars 1990, *R.J.S.* 5/90 n°377 ; 10 mai 1989, *J.C.P.* 1989, éd. E. II, 15578, obs. GATUMEL ; l'employeur est seul juge de l'opportunité de la promotion et donc libre dans l'exercice de son pouvoir de direction de décider pour chaque salarié de l'avancement ou du salaire lorsque rien ne lui est imposé par le contrat, l'accord collectif ou des dispositions légales, Cass. Soc. 9 juill. 1985, *Bull. V.,* n°419, sauf discrimination injustifiée.

[720] Lorsque l'employeur propose au salarié en même temps qu'une promotion au sein de l'entreprise, un salaire mensuel fixe supérieur à celui qu'il percevait auparavant, assorti d'une commission de nature à éviter toute diminution de la rémunération globale, le refus de modification proposée confère au licenciement prononcé une cause réelle et sérieuse, en ce sens, Cass. Soc. 4 avril 1978, *J.C.P.* 1978, éd. G., I, 7287, obs. TEYSSIE. Il s'agit là d'une manifestation du pouvoir d'organisation inhérent à la qualité d'employeur.

[721] Voir la typologie dressée par Monsieur Saglio, J. SAGLIO, « Les négociations de branches et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification », *Dr. Soc.* 1987, 20.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

fonctions.[722] Ainsi une secrétaire peut être indifféremment affectée à telle ou telle unité, sans modification du contrat, dès lors que sa position hiérarchique et la nature de ses fonctions ne sont pas modifiées.[723] A l'inverse, il pourrait être contractuellement spécifié que l'emploi de secrétaire est celui affecté à un service en particulier. Le changement géographique serait alors constitutif d'une modification du contrat soumise à l'acceptation du salarié. En conséquence, en opposant la définition de son emploi, dont le contenu est plus ou moins précis, soit en raison de la grille de classification soit du contrat, le salarié peut légitimement refuser d'accomplir des tâches qui ne relèvent pas de l'emploi convenu,[724] la jurisprudence ayant admis qu'il importait d'ailleurs peu que le niveau de rémunération soit maintenu.[725] La qualification professionnelle apparaît donc comme un élément de définition de l'emploi occupé dans l'entreprise et partant du contrat de travail puisqu'elle permet de tracer, avec une certaine précision, la frontière de ce qui relève des conditions de travail ou du contrat. Ainsi, l'attribution d'un niveau hiérarchique fondé sur la qualification professionnelle détermine, pour une part, l'autre revenant aux clauses du contrat, la sphère de mobilité du salarié dans l'entreprise.[726]

Toutefois, l'opposabilité du classement s'avère relative dans l'hypothèse du prononcé d'une sanction disciplinaire. En effet, au sens de l'article L. 12240 du Code du travail,[727] le déclassement du salarié constitue une sanction lorsqu'il est pris par l'employeur à la suite d'un agissement considéré par lui comme fautif. La mesure est de nature à affecter la fonction, la carrière du salarié et sa rémunération puisque le déclassement professionnel correspond à un changement d'emploi, la baisse corrélative de la rémunération n'étant, selon la Cour de cassation, qu'un effet de la sanction emportant modification du contrat.[728] Dans cette hypothèse, la Cour de cassation juge que le salarié ne peut pas, sans faute, refuser de se soumettre à la sanction, du moins lorsque la sanction n'est ni injustifiée ni

[722] C.C.N. du Crédit Agricole, Annexe Titre I, classification des emplois, mise à jour mai 1995. Secrétaire d'unité : il assiste le responsable de l'unité dans l'organisation, la planification et l'accomplissement de son travail. Il réalise les travaux de secrétaire de l'unité. Il peut effectuer des travaux administratifs variés nécessitant des connaissance ou un savoirfaire particulier.

[723] Par exemple, Cass. Soc. 14 mai 1987, *Bull. V.,* n°325 ; 20 juill. 1982, *ibid.* page 359.

[724] Par exemple enjoindre à une salariée, sténodactylographie, de nettoyer un bureau pendant une période d'indisponibilité de la femme de service qui en est chargée, s'agissant d'un travail normalement dévolu à une salariée d'une classification différente, Cass. Soc. 15 déc. 1982, *Juri social* 1983, F.14.

[725] Cass. Soc. 22 mai 1979, *Bull. V.,* p. 318 ; 12 mai 1976, *ibid.* p. 223.

[726] Infra n°211 et suiv.

[727] Article L. 12240 du Code du travail, « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement considéré par lui comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non, la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière, ou sa rémunération.* »

[728] L'article L. 12243 du Code du travail prohibe les sanctions pécuniaires. Aussi, pour être licite la baisse de rémunération doit correspondre à une modification de l'emploi. La jurisprudence est désormais bien établie : Cass. Soc. 17 fév. 1993, *R.J.S.* 4/93 n°394 ; 22 janv. 1992, *ibid.* 3/92 n°182 ; C. Et. 10 juill. 1987, *Juri Social* 1987, S.J. 205.

disproportionnée à la faute commise.[729] La force obligatoire du contrat confrontée à l'exercice légitime par l'employeur de son pouvoir disciplinaire apparaît entamée ; l'emploi convenu n'offrant plus qu'un degré limité de résistance.

Sur un autre plan, la qualification professionnelle, sans être directement un élément de résistance au pouvoir, permet au juge d'opérer un contrôle de la décision patronale. Cette mesure résulte de la définition légale du licenciement pour motif économique qui dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 2 août 1989, que « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, (...) ». La suppression d'emploi est un élément constitutif de sa définition,[730] visant, selon la Cour de cassation, tout autant la suppression des tâches composant l'emploi que leur répartition à d'autres salariés.[731] Dans ces hypothèses, il y a suppression de l'emploi « fonction », c'estàdire d'un élément de la structure organisationnelle de l'entreprise. Une discussion contentieuse peut s'engager sur la réalité de cette suppression invoquée, laquelle sera objet du contrôle judiciaire. Le contrôle porte dans un premier temps sur la qualification « licenciement pour motif économique ». A ce stade, que l'emploi soit supprimé, transformé ou que le contrat soit substantiellement modifié importe peu, le législateur ayant opté, conformément à la jurisprudence pour une définition large du motif économique.[732] Dans un second temps, le juge va s'intéresser à la réalité du motif invoqué, en l'occurrence la suppression de l'emploi et rechercher, notamment, si le salarié a été remplacé. En effet, ce que n'admettent pas les juges c'est que les fonctions attachées à l'emploi soient confiées à un salarié recruté directement ou indirectement, concomitamment ou postérieurement à la suppression d'emploi invoquée. Les décisions rendues, tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat, sont, en ce domaine, nombreuses.[733] Le problème est alors d'identifier l'emploi pour savoir s'il est ou non supprimé, étant précisé que l'emploi est ici entendu dans son sens objectif se limitant aux

729 Cass. Soc. 9 oct. 1991, *Bull. V.,* n°400 ; *D.* 1991, IR, p. 247 ; *Dr. Soc.* 1991, 787.

730 Antérieurement à la rédaction nouvelle de l'article L. 3211 du Code du travail, il était discuté pour savoir si le licenciement de nature économique était subordonné à la suppression d'emploi ; notamment, *J.O. Débats A.N.* 1974, page 7759, J. PELISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey 1977 p. 19 et suiv. ; A. JEAMMEAUD, « Notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 1981, 275 ; J.M. SPORTOUCH, *Le contrôle des licenciements économiques*, Thèse Lyon, 1981, spéc. page 30 et suiv.

731 Cass. Soc. 2 juin 1993, *R.J.S.* 7/93 n°728 ; 29 janv. 1992, *Bull. V.,* n°52 ; 10 mai 1978, *ibid.* n°340, « La suppression d'un poste, même si elle s'accompagne de la répartition des tâches à accomplir par le salarié licencié entre les salariés demeurés dans l'entreprise, est une suppression d'emploi ».

732 Voir, J. PELISSIER, « La cause économique de licenciement », *R.J.S.* 89/92 page 527.

733 Voir notamment : F. MODERNE, « L'ambiguïté de la notion de licenciement pour motif économique dans la jurisprudence administrative », *Dr. Soc.* 1985, 822 ; *Cahiers Sociaux du Barreau de Paris*, « Les licenciements pour motifs économiques : deux années de jurisprudence de la Cour de cassation », n°43 page 243 et suiv. et « Licenciements économiques (cinq années de jurisprudence) », sup. au n°62, spéc. pages 12 et 13.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

éléments de l'organigramme,[734] tels que définis par le classement, c'estàdire et y compris les qualités objectives pour occuper le poste. Aussi, le juge devra tenir compte de la qualification personnelle du salarié et de la qualification professionnelle requise par l'emploi

Ainsi selon juges, les tâches confiées au salarié recruté ne doivent pas être de même nature, ou, selon une autre formule, le salarié ne doit pas être affecté à un poste similaire. Un tel critère de contrôle permet de caractériser le motif de licenciement en le démarquant sûrement du motif inhérent à la personne du salarié. Cependant, d'une apparente simplicité lorsqu'il y a réduction de l'effectif,[735] le contrôle se révèle plus complexe à mettre en oeuvre lorsque des opérations de gestion d'emploi, notamment des recrutements, sont opérés par le chef d'entreprise. Les juges du fond doivent s'assurer que les tâches constitutives de l'emploi, c'estàdire le poste de travail, ont été supprimées ou redistribuées ; c'est le repérage de l'emploi dans l'organigramme de l'entreprise qui est visé, il doit en avoir formellement disparu. Mais, lorsqu'est invoqué un remplacement l'approche gestionnaire de l'emploi peut être insuffisante parce que la matérialisation de l'emploi peut être équivoque. Autrement dit, le poste de travail ne suffit pas à caractériser dans toutes ses composantes l'emploi.[736] Il semble que les juges ne s'en tiennent d'ailleurs pas à ce seul critère fonctionnel, mais la motivation des arrêts ne laissant guère filtrer les éléments de l'analyse. Il semble néanmoins se révéler que les juges s'attachent non seulement à la spécification de l'emploi (place dans l'organigramme, tâches le composant) mais également aux qualifications professionnelles en cause, celles du

734 Un auteur avait déjà exprimé cette distinction entre une conception objective de l'emploi qui se limiterait aux éléments décrits dans l'organigramme de l'entreprise et une conception subjective et contractuelle de l'emploi où toute modification substantielle des conditions de travail vaudrait suppression d'emploi ; J.M. SPORTOUCH, *Le contrôle des licenciements économiques*, Thèse Lyon, 1981, spéc. page 30 et suiv. Il faut remarquer que la définition légale posée par l'article L. 3211 disjoint désormais la suppression d'emploi de la modification du contrat de travail de nature économique, sans pour autant parvenir à plus de clarté. En effet, certaines modifications du contrat peuvent être constitutives de la suppression d'emploi telle que la modification de la qualification professionnelle qui est un élément substantiel du contrat, alors que d'autres modifications n'affectent pas l'emploi, ainsi d'une baisse de rémunération. En ce sens voir M. COFFINEAU : *A.N.*, 2° s° 19881989, rapp. n°690, p. 156. « La suppression de l'emploi peut être indirecte lorsque le poste est à ce point transformé que sans avoir totalement disparu, il ne peut plus être considéré comme complètement identique. »

735 Par exemple, Cass. Soc. 29 juin 1994, *C.S.B.P.* 1995, supplément au n°62, p. 12 ; C. Et. 16 fév. 1983, n°38 791, cité par F. MODERNE, art. précité, spéc. note (10).

736 Une précision intéressante a cependant été récemment donnée par le juge : depuis l'arrêt Vidéo color pour apprécier si l'emploi est supprimé il convient d'examiner « le milieu », sans doute donc la localisation géographique de l'emploi. A l'évidence, le transfert d'activité de Lyon à Belo Horizonte constitue une suppression d'emploi, le milieu étant différent, constituant par la même une modification substantielle du contrat. Cass. Soc. 5 avril 1995, Vidéocolor, *Bull. V.,* n°123, *R.J.S.* 5/95 n°497, *Semaine sociale Lamy*, n°740, rapport BOUBLI, *D.* 1995, 503, note M. KELLER, *J.C.P.* 1995, éd. G., II, 22443, note PICCA, *Liaisons sociales* n°7260, obs. BELIER, *C.S.B.P.* n°70, p. 175, *Dr. Soc.* 1995, 487. Mais sans doute, comme l'indique M. Couturier, le milieu ne se borne pas seulement à la localisation de l'emploi, comp. Cass. Soc. 18 nov. 1982, *Bull. V.,* n°631, cf. note sous C.A. Lyon 11 mai 1993, *J.C.P.*, éd. E., II, n°22238 ; dans le même sens J. SAVATIER, « Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1993, 746.

travailleur et de l'emploi. En conséquence, et si l'on admet que la qualification professionnelle est le lien entre la qualification du travailleur et la qualité du travail, c'est-à-diredu poste, seule une appréciation de celleci permet de dire si l'emploi est effectivement supprimé.[737] C'est sous cette approche que doit s'effectuer le contrôle de la réalité de la suppression d'emploi.

C'est à l'aune de cette approche que peuvent se comprendre certaines décisions de la Cour de cassation. Ainsi, il a été admis qu'un salarié recruté postérieurement puisse reprendre certaines tâches d'un salarié licencié, dès lors que les fonctions de l'ancien salarié avaient été intégrées, que c'était un autre emploi qui était occupé, faisant ressortir l'existence d'une suppression d'emploi.[738] Sans doute, seules la qualité du travail et subséquemment la qualification du salarié recruté ont permis aux juges du fond d'affirmer que l'emploi était bien supprimé. C'est en ce sens que sont censurés les juges du fond qui pour décider qu'un licenciement ne procède pas d'un motif économique, ne recherchent pas si l'emploi salarié de l'intéressé n'a pas été supprimé.[739] En revanche, c'est à bon droit que les juges constatent que peu après l'expiration du contrat de travail, l'employeur avait engagé une salariée occupant un poste similaire, sans faire état de circonstances nouvelles et décident que le licenciement ne procède pas d'un motif économique.[740] Au demeurant, cette appréciation laisse entier le caractère sérieux du motif du licenciement invoqué au regard bien évidement de l'obligation pour l'employeur de proposer un reclassement au salarié dont l'emploi est supprimé[741] et révèle la difficulté tenant à la date d'appréciation du motif du licenciement, même si par une décision pourtant nette, la Cour de cassation a posé le principe que seule la date de la rupture doit être prise en compte pour en apprécier le bien fondé.[742]

[737] C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression de Monsieur Gaudu selon laquelle : « l'entreprise cesse d'acheter une force de travail d'un certain genre, pour employeur une maind'oeuvre d'un autre type », in « Commentaire de la loi du 2 août 1989 relative à la prévention et du licenciement pour motif économique et un droit à la conversion », *A.L.D.* 1990, p. 1 spéc. n°59.

[738] Cass. Soc. 6 juill. 1994, S.A. Droulin c/ Mme Armant, n°3271 D, 29 janv. 1992, *R.J.S.* 3/92 n°264, 10 mai 1978, *Bull. V.,* n°260.

[739] Cass. Soc. 10 janv. 1995, *Droit du travail 1995, 1*er *trim.,* n°27.

[740] Cass. Soc. 22 janv. 1995, *R.J.S.* 4/95 n°361 ; 10 mai 1995, SATGA Mas Dannels ; C.A. Paris 1er juill. 1992, *R.J.S.* 10/92 n°1217 ; 24 avril 1990, *R.J.S.* 6/90 n°479, 2ème espèce. La suppression effective de l'emploi constitue toujours l'élément déterminant du caractère économique de la cause de licenciement. Ainsi, une embauche effectuée à bref délai pour exercer des fonctions identiques à celles du salariés licencié, démontre la persistance de l'emploi et exclut la qualification de licenciement pour cause économique.

[741] Jugé par exemple, que le licenciement d'un salarié n'a pas de cause économique lorsque sa compétence et son expérience professionnelle lui permettait d'occuper un emploi vacant, pourvu ultérieurement par un recrutement extérieur, Cass. Soc. 1er avril 1992, *Bull. V.,* n°228. Voir infra n°319 et suiv.

[742] Cass. Soc. 26 fév. 1992, *Bull. V.,* n°130, solution également retenu par le Conseil d'Etat pour lequel c'est au moment où l'acte est pris que doit se prononcer le juge et non en fonction d'éléments de droit ou de fait intervenus postérieurement, cf. F. MODERNE, art. précité ; contra Cass. Soc. 4 nov. 1992, *C.S.B.P.* n°45, A.54.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

C'est également en ce sens que doivent être lues les décisions selon lesquelles est bien une suppression d'emploi le fait de licencier un salarié pour le remplacer par des collaborateurs bénévoles, en l'espèce sa femme et sa fille, ou par un directeur général,[743] « il n'est pas interdit à l'employeur de faire appel à des tiers non salariés de l'entreprise. »[744] La logique des magistrats dans de telles figures permet d'affirmer la spécificité de l'emploi alors que l'on peut remarquer qu'abstraitement n'ont pas disparu les fonctions ni le rapport entre le travail et la qualification de celui qui l'effectue. Cependant cette analyse conforte l'idée que seule la situation de travailleur subordonné donne naissance à l'emploi et au statut y afférent notamment l'intégration dans une hiérarchie constitutive de droits pour le salarié.

Chapitre II : Les rapports de l'emploi et du contrat de travail

Le droit saisit l'emploi et on peut soutenir qu'il en donne une définition juridique de nature qualitative qui engage l'application d'un certain nombres de règles. Ainsi par un choix de gestion de l'entreprise, l'employeur peut réaliser, par la mise au travail d'une personne, une situation d'emploi. La réalisation de cette situation juridique est plus ou moins formalisée par le contrat de travail. L'emploi est donc juridiquement supporté par un contrat de travail, spécifiquement à durée indéterminée, sur lequel se superpose un cadre juridique collectif né de la négociation professionnelle ; les droits qui constituent la substance de la condition du salarié ne proviennent donc plus seulement du contrat individuel *stricto sensu*.[745] Ainsi, l'intervention de l'Etat, des partenaires sociaux ainsi que les propositions doctrinales, sans remettre en cause le rôle du contrat de travail, l'auraient confiné à une simple fonction de révélateur marquant l'entrée du travailleur dans l'entreprise.[746] Toutefois, les parties au contrat demeurent libres, dans le respect des règles légales et conventionnelles, de déterminer par le choix du contenu du contrat ce

[743] Cass. Soc. 7 oct. 1992, *Liaisons Sociales* 6801 D2 et 29 janv. 1992, *ibid. ;* également, 17 mai 1994, *R.J.S.* 7/95 n°848 ; 10 mars 1993, *R.J.S.* 5/93 n°495.

[744] C.A. Bourges, 16 sept. 1994, *R.J.S.* 4/95 n°326. Toutefois, l'affirmation ne saurait être absolue dans la mesure où l'employeur ne pourrait pas affecter durablement des travailleurs temporaires, pourtant non liés à l'entreprise par un contrat de travail, sur les postes des salariés licenciés. C'est ce qui résulte d'une part de la lecture combinée des arrêts du 1er déc. 1993, *R.J.S.* 1/94 n°13 et du 19 déc. 1991, *R.J.S.* 2/92 n°140, et surtout d'autre part, de l'article L. 1242 du Code du travail qui dispose que «le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise». En conséquences n'est donc pas illicite lorsqu'un emploi est supprimé d'affecter, à certaines occasions, la réalisations des tâches à des « extras », Cass. Soc. 17 mai 1994, *R.J.S.* 7/95 n°848.

[745] A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°280.

[746] Effectivement en tissant une toile d'ordre public et corrélativement en n'autorisant, sauf dérogation, la négociation qu'*in favorem*, le rôle du contrat s'est borné à devenir un « acte condition ». Cf. P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, T. II, Dalloz 1950, n°115 et suiv. ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. pages 17 à 21, pour une analyse historique et comparative. L'actualité du contrat de travail est néanmoins soulignée, cf. A. LYONCAEN, « Actualité du contrat de travail, brefs propos » *Dr. Soc.* 1988, 540, C. BOYERSAUZE, *Vers un renouveau du contrat de travail ?*, Thèse Lyon 1996.

qu'il représentera de l'emploi occupé dans l'entreprise. Facteur de rattachement du fait au droit, le contrat demeure donc une source essentielle dans la détermination des obligations du salarié dépassant une simple fonction instrumentale afin de conférer au salarié un « statut » dont le lien d'emploi rend compte.

La situation juridique d'emploi semble ainsi entretenir une corrélation forte entre l'objet saisi par le droit et son support juridique. La définition de l'objet de l'obligation principale du contrat de travail renvoie à la prestation, objet de l'obligation, qui porte le projet économique des parties à la relation de travail. La confusion souvent entretenue entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation laisse au moins penser que les caractères juridiques de l'un sont transposables à l'autre. La prestation doit être déterminée et déterminable. On peut donc penser que la mise à disposition de la force de travail par le salarié doit correspondre à une quantité et une qualité de travail suffisamment précise. L'hypothèse soutenue est que les éléments nécessaires à la formation du contrat de travail ont trait à l'emploi c'estàdire aux compétences professionnelles du travailleur et aux qualités professionnelles requises par « l'emploifonction ». Il s'établit donc une interdépendance forte entre le support juridique (le contrat) et son contenu (l'emploi). Il peut donc être intéressant de rechercher dans le contrat de travail la part représentée par l'emploi, intérêt accru au regard de l'orientation récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation de déterminer une armature « universelle » au contrat de travail (Section 1). Mais cette recherche objective peut s'avérer insuffisante dans la mesure où le contrat laisse évidemment une place importante à l'expression des volontés. Le contrat de travail n'est donc pas que la concrétisation du lien juridique d'une relation de travail, il est également le support d'obligations qui définissent plus précisément la subordination du salarié.[747] On peut observer qu'un certain nombre de ces obligations concernent la prestation de travail c'estàdire l'emploi (Section 2).

Section 1 : La place de l'emploi dans le contrat de travail

L'hypothèse retenue est donc la suivante : l'emploi est une composante du contrat de travail. Cela signifie que l'emploi entre dans la composition du contrat de travail. La question est alors de savoir si la corrélation entre l'emploi et le contrat de travail est totale ou seulement partielle. La réponse à cette question peut procéder de l'analyse de la jurisprudence relative à la modification du contrat de travail. Autrement dit, il s'agit de confronter les éléments du contrat à la proposition de définition de l'emploi. En effet, on peut penser que l'emploi participe à la définition de la catégorie « contrat de travail ». La vérification de cette hypothèse peut se faire à un double niveau : en premier lieu, l'emploi est de l'ordre de la nature juridique de la catégorie « contrat de travail » (Paragraphe I), il est, en second lieu, dans la substance du contrat de travail à durée indéterminée (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'emploi et la nature du contrat de travail

Le contrat est généralement défini comme un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. Le choix de l'instrument juridique « contrat » répond aux besoins des

[747] G.H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°41et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

parties cocontractantes et le contenu du contrat en reflète l'effet attendu. Pourtant la liberté de choix de l'instrument juridique le plus adéquat et la détermination de son contenu ne sont pas absolus ; l'ordre public limite la liberté contractuelle.[748] Tel est le cas lorsque le but recherché par les agents économiques dans le contrat a pour objet la mise à disposition de la force de travail de l'homme. Les parties à un contrat de louage voient, en effet, l'autonomie de leur volonté restreinte. En ce domaine, le droit du travail se singularise particulièrement parce que l'opération de rattachement à la nature juridique du contrat de louage de service est ellemême d'ordre public. En effet, la qualification « contrat de travail » retentit sur le statut social du travailleur et n'est donc pas à la libre disposition des parties à la relation de travail.[749] Dans l'ordre de la qualification des situations appréhendées par le droit et, quoique le vocable « emploi » soit polysémique, la doctrine s'entend pour considérer que l'emploi désigne la situation individuelle que procure un rapport de travail subordonné. On peut donc dire que l'activité humaine subordonnée à autrui, considérée en ellemême, est le contrat de travail, cette situation juridique étant dénommée « emploi ». A supposer le choix de l'emploi effectué par les parties à une relation juridique, c'est alors la qualification juridique « contrat de travail » qui s'impose. On peut donc soutenir que la notion « emploi » participe à la définition de la nature juridique de la situation de fait saisie par le droit. En ce sens, le contrat de travail réalise une situation juridique d'emploi. Pourtant, l'analyse des règles juridiques applicables au contrat de travail invite à une distinction de fond relevant non pas de la catégorie « contrat » mais tenant à la nature juridique du contrat de travail.[750]

En effet, le législateur opère une distinction entre le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail à durée indéterminée ; cette dualité est décisive. Cependant, il est généralement admis que cette dichotomie est sans incidence sur la teneur des situations juridiques en cause ; toutes seraient des situations juridiques d'emploi.[751] Cette analyse ne rend toutefois pas compte de l'autonomie acquise par la notion « emploi » et partant des effets qu'elle induit. On peut effectivement soutenir que la notion d'emploi est une catégorie opératoire du droit du travail. Cette proposition résulte de la combinaison de deux règles. La première érige en principe que le contrat de travail à durée indéterminée est le contrat de droit commun (article L. 1215 du Code du travail). La seconde vise, dans une double limitation, le recours au contrat de travail à durée déterminée, d'une part, il ne peut être conclu que pour les cas limitativement énumérés par la loi et ne peut en aucun cas pourvoir une activité normale et permanente de l'entreprise et, d'autre part, sauf exception, la durée de ce contrat ne peut pas excéder dixhuit mois (articles L. 12212 et suivants du Code du travail). Seul le contrat de travail à durée indéterminée concrétise en droit un emploi. Il apparaît donc que si les situations

748 J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°104 et suiv.

749 Ass. Plén. 4 mars 1983, *Bull. Civ.* n°3. Supra n°44 et suiv.

750 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

751 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986 ; G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°83.

juridiques d'emploi ont vocation à régir l'exercice d'une prestation subordonnée de travail, il convient de distinguer les situations d'emploi*, stricto sensu*, et les autres situations juridiques de travail supportées par un contrat de travail qui ne se rattachent pas à l'occupation d'un emploi dans l'entreprise. On peut soutenir que l'opposition entre le contrat de travail à durée déterminée et le contrat de travail à durée indéterminée est fondée non seulement sur la durée du contrat mais aussi sur le rattachement qualitatif à l'organisation de l'entreprise ; la permanence d'un élément de l'organisation de l'entreprise, l'emploi, oblige à la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée. Il en résulte que l'occupation d'un emploi dans l'entreprise caractérise la nature juridique du contrat de travail.

Cette approche de l'emploi permet d'éclairer le rapport entre le contrat de travail et l'entreprise. A cet égard, on peut remarquer que le rattachement de la nature juridique du contrat de travail s'établit par une concordance avec l'organisation de l'entreprise. De ce point de vue, l'emploi peut être compris comme un élément de la structure de l'entreprise, ce que ne semble pas démentir, par exemple, la définition du licenciement pour motif économique (article L. 3211 du Code du travail). Dans le langage du droit du travail, cette compréhension fonctionnelle ou instrumentale de l'emploi rappelle la notion de poste de travail. Ces deux éléments semblent assez souvent confondus, il convient cependant d'affiner l'analyse. A titre d'exemple, la définition du licenciement pour motif économique s'articule notamment autour de la notion d'emploi, supprimé ou transformé, et non pas autour de la notion de poste de travail. Pourtant, l'examen de la jurisprudence laisse nettement apparaître une équivalence entre la suppression d'emploi et la suppression du poste de travail.[752] De même, le salarié inapte physiquement est déclaré inapte à occuper son emploi mais, dans le même texte, article L. 122325 du Code du travail, le législateur indique que l'employeur doit aménager le poste de l'intéressé afin de le reclasser. En réalité, ce sont bien les conditions matérielles d'exécution du travail qui dans un premier temps doivent être transformées, c'estàdire le poste de travail, afin que le salarié puisse recouvrer son emploi. Ce n'est que lorsque l'inaptitude ne permet plus de tenir le même type d'emploi que le reclassement dans un autre emploi doit être envisagé. L'emploi, élément de l'organisation de l'entreprise ne peut donc pas être, par principe, confondu avec le poste de travail. Il désigne plus largement un ensemble de postes que la qualification professionnelle du salarié lui donne vocation à occuper.

De plus, une disposition du Code du travail semble significative. Au titre des mentions obligatoires devant figurer dans le contrat à durée déterminée (article L. 12231), le législateur vise non seulement la désignation du poste de travail mais aussi l'emploi occupé. L'usage de deux termes différents implique une distinction. Si l'on admet une définition stricte de l'emploi, dans le cadre du contrat à durée déterminée l'emploi ne doit être visé que lorsqu'il s'agit de pourvoir au remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat est suspendu, ou encore en l'attente du recrutement.[753] Dans les autres cas c'est le poste de travail qui doit être visé puisque par définition le contrat à durée déterminée ne

[752] Dans le même sens, Rapport n°690 1989, M. Coffineau, *A.N.* p. 156. Voir par exemple, Cass. Soc. 29 avril 1997, n°1777D. Cette confusion ressort lorsque la discussion contentieuse porte sur l'effectivité de la suppression d'emploi, les tâches effectuées par le salarié licencié ontelles été redistribuées ? En cas de recrutement concomitant au licenciement, le salarié occupetil le poste de travail ?

peut pas pourvoir un emploi. Il en résulte que si tous les contrats de travail donnent au salarié vocation à occuper un poste de travail, en revanche, un emploi ne peut être occupé que par un salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée.

On peut donc admettre que le poste de travail désigne l'ensemble des tâches matérielles ou fonctions auxquelles le salarié est affecté,[754] en ce sens, il est « le reflet de l'organisation concrète du travail. »[755] Pour s'en tenir à la situation d'emploi *stricto sensu*, le rapport entre « l'emploifonction » et le poste de travail se dessine donc plus finement. L'emploifonction fixe abstraitement le contenu des postes de travail, dans cette perspective le poste de travail est alors une approche plus précise notamment en ce qu'il « personnalise » l'emploi en raison de son occupation par un salarié. Si l'on voulait établir un organigramme de la structure de l'entreprise, on pourrait considérer que l'activité normale et permanente de l'entreprise se divise en « emploisfonction », lesquels peuvent être sous divisés, au sein d'une même catégorie, en postes de travail. On peut donc dire qu'une catégorie d'emploi marque une proximité entre les postes de travail appartenant à cette catégorie,[756] les postes n'ayant pas à être identiques mais suffisamment proches. Il faut en tirer des conséquences sur le plan juridique. Si l'emploi est référé par rapport à une qualification professionnelle nécessaire pour accomplir la prestation de travail, on peut penser qu'un salarié a vocation à occuper les différents postes de travail relevant d'une catégorie d'emploi déterminée. Autrement dit, l'emploi marquerait un espace de mobilité du salarié sur des postes de travail, espace d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. A titre d'exemple, une salariée embauchée comme secrétaire a vocation à occuper un emploi de secrétaire, peu important qu'il soit situé dans une partie de l'entreprise plutôt qu'une autre, peu important le service d'affectation. Dans le langage de la Cour de cassation, la mobilité du salarié sur des postes relevant de la même catégorie d'emplois semble devoir appartenir au domaine des conditions de travail. En revanche, la modification de l'emploi du salarié ressortirait du domaine de la modification du contrat de travail, correspondant notamment à un déclassement ou à une perte des responsabilités confiées au salarié.[757]

La distinction entre l'emploi et le poste de travail ne semble donc pas pouvoir se départir de la question de savoir ce qui relève ou non du contrat de travail, l'emploi pouvant être considéré comme un sousensemble du contrat de travail. De plus, sous l'angle de la protection, la distinction entre l'emploi et le poste apparaît nettement.[758] La protection de l'emploi ne peut pas être assimilée à la protection du poste de travail, en

753 Articles L. 12211 du Code du travail.

754 En ce sens, L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

755 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°258.

756 Dans le même sens, M.L. Morin, article précité.

757 Infra n°203 et suiv.

758 Dans le même sens, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

tout cas pas au sens du maintien d'une situation juridique. En effet, on a pu voir que l'analyse de la suppression ou de la transformation de l'emploi peut être comprise comme une suppression du poste de travail ou un réaménagement tel qu'il va affecter la qualification professionnelle nécessaire et partant le contrat de travail. La protection de l'emploi nécessite parfois une modification du contrat qui peut ellemême modifier le poste de travail. Pourtant, la frontière que devrait tracer le contenu du contrat entre l'emploi et le poste de travail est plus difficile à saisir lorsque précisément certains éléments relevant *a priori* des caractéristiques du poste de travail sont contractualisés. Le problème peut se poser à propos de la durée du travail, des horaires ou bien du lieu d'exécution de la prestation. Par exemple, lorsqu'un salarié, employé à temps complet, accepte un travail à temps partiel, il ne fait aucun doute que son contrat est modifié[759] et on peut penser que son emploi l'est aussi. En revanche, le poste de travail dans sa définition matérielle peut rester identique. Il est alors permis de soutenir que la négociation du contrat de travail prend pour objet l'emploi à occuper. Le contrat de travail va permettre de matérialiser, dans l'organigramme de l'entreprise, l'occupation d'un « emploifonction » mais il va aussi rendre subjective une situation juridique d'emploi,[760] la définition contractuelle de l'emploi pouvant, dans une hypothèse extrême, aller jusqu'à une « appropriation » par le contrat du poste de travail. L'emploi semble donc ressortir de l'armature du contrat.[761]

Paragraphe II : L'emploi et la substance du contrat de travail

La question peut être posée simplement : quelle est dans le contrat la part de l'emploi ? La réponse s'avère d'une redoutable complexité. Elle renvoie, en effet, à un questionnement plus vaste qui interroge la structure du contrat de travail. A supposer qu'une frontière puisse être tracée entre les éléments de l'armature du contrat et ce qui relève des conditions de travail, selon la terminologie désormais adoptée par la Cour de cassation, il convient de se demander quels sont, parmi les éléments de l'armature du contrat, ceux qui caractérisent l'emploi du salarié. La question pourrait être ainsi formulée : toute modification de l'emploi estelle une modification du contrat de travail et, inversement, toute modification du contrat emportetelle modification de l'emploi ? On peut d'emblée penser que toute modification du contrat n'est pas constitutive d'une modification de l'emploi, par exemple, la modification du salaire ne semble pas affecter l'emploi, du moins si on considère l'emploi dans sa dimension qualitative[762] ou bien dans sa dimension fonctionnelle. Pourtant, si la modification du salaire n'affecte pas l'emploi directement, la situation juridique du salarié, caractérisée par sa stabilité, est quant à elle menacée puisque le refus de la modification peut conduire à la rupture du contrat de

759 Cass. Soc. 2 mars 1994, *R.J.S.* 4/94, n°376.

760 La situation d'emploi se singularise par l'occupation par un salarié d'un emploi avec des conditions spécifiques qui peuvent avoir été négociées. La subjectivité propre à la situation d'emploi s'affirme aussi lors de l'exécution du contrat, notamment par l'ancienneté acquise par le salarié ; il y a une individualisation de la situation d'emploi.

761 Voir notamment les remarques de M. Jeammaud, « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 1981, 267.

762 C'estàdire la nature de la situation juridique de travail.

travail. Dans l'approche du rapport de l'emploi au contrat de travail, l'adoption d'une compréhension étroite de la notion d'emploi peut donc laisser suggérer que l'emploi n'est qu'un sousensemble du contrat. En revanche, une approche plus extensive, confrontée à la protection de l'emploi du salarié, pourrait conduire à l'intrication des deux notions.

1 L'emploi sousensemble du contrat de travail

La polysémie du terme « emploi » nécessite d'en donner une définition au risque de contresens dans la discussion. Ainsi, examinant le rapport entre le contrat de travail et l'emploi Monsieur Gaudu a estimé que l'emploi, dans le contrat de travail, représente la part du flexible, c'estàdire de ce qui est unilatéralement modifiable par l'employeur. Dans la terminologie actuelle de la Chambre sociale de la Cour de cassation, on comprendrait les conditions de travail. Cette approche se justifie dans la perpective d'une approche extensive de la situation juridique d'emploi. On peut en avoir une approche plus ramassée, limitée au contrat de travail à durée indéterminée. Si l'on retient une telle approche, le rapport entre l'emploi et le contrat de travail renvoie à la cohérence qualitative qui les unit. La qualité intrinsèque de l'emploi trouve son expression dans la nature de la situation juridique de l'emploi ainsi que dans sa localisation.

a) L'emploi déterminant de la situation juridique de travail

On a pu soutenir qu'entre l'emploi et le contrat de travail s'établit un rapport « qualitatif ». Il en résulte que l'emploi, entendu comme un élément de l'organisation lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, ne peut être juridiquement supporté que par un contrat de travail à durée indéterminée. *A fortiori*, la reconnaissance de l'occupation d'un emploi dans l'entreprise caractérise la relation juridique de travail qui s'établit entre le travailleur et cette dernière ; il s'agit d'un contrat de travail. L'emploi entretient donc une corrélation décisive dans la qualification de la situation juridique en cause, situation juridique de travail subordonné mais également dans la détermination de la nature de cette situation juridique, situation d'emploi *stricto sensu*. Il en résulte, en premier lieu, que la modification de la qualification « contrat de travail » s'analyse en une modification du contrat de travail ; tel est le cas, par exemple, lorsqu'est substitué un contrat d'entreprise à un contrat de travail. Il y a, de même, modification du contrat de travail lorsque la nature du contrat de travail est modifiée, dans le cas notamment où un contrat de travail à durée indéterminée serait transformé en contrat de travail à durée déterminée ; la nature de la situation juridique est changée. Cette approche se limite à la détermination de la situation juridique en cause. Or lorsqu'une relation de travail subordonnée est qualifiée « situation d'emploi » il semble possible de déceler dans l'emploi d'autres éléments contractuels, ne serait ce que parce que le contrat de travail opère un rattachement fonctionnel du salarié par intégration à l'entreprise.

En effet, la qualité de l'emploi détermine la nature du support juridique mais elle renvoie aussi à un élément de l'organisation. Le rapport étroit qui s'établit peut être appréhendé au travers de la notion « d'emploifonction » qui permet de localiser l'emploi, cette localisation semblant être de nature contractuelle.

b) « L'emploifonction », élément de l'armature du contrat de travail

Dans son rapport avec l'entreprise, l'emploi peut aussi être conçu comme un élément de l'organisation de l'entreprise.[763] On peut estimer que l'occupation d'un emploi dans l'entreprise localise le salarié sur un plan professionnel et sur un plan géographique ; la question posée est de savoir si cette localisation relève bien de l'armature du contrat de travail.

L'hypothèse retenue est que le contrat de travail se forme, notamment, autour des compétences professionnelles tant du salarié, cette compétence professionnelle personnelle sera mise à disposition de l'employeur, que de l'emploi, c'estàdire de la qualification professionnelle requise et abstraitement définie pour occuper l'emploi. C'est en ce sens que l'on peut admettre que la qualification professionnelle lors de la conclusion du contrat de travail est par nature une opération contractuelle.[764] Dans cette perspective, « l'emploifonction » appartient bien à l'armature du contrat de travail, mais de façon indirecte par le biais de la qualification professionnelle. En effet, le salarié est recruté non pas pour occuper un poste de travail déterminé, mais un emploi auquel sont référées des fonctions et des responsabilités relevant d'une catégorie précise d'emplois. Il en ressort que le contrat établit un positionnement du salarié dans l'organisation de l'entreprise et que cette position à laquelle s'agrègent des actes, des responsabilités, forme un sousensemble du contrat de travail. La qualification professionnelle retenue par les parties concrétise l'emploi occupé par le salarié dans l'entreprise. Il en résulte que c'est par rapport à l'emploi que doivent éventuellement être appréciées les prestations demandées par l'employeur. En effet, l'étendue du pouvoir de direction doit être bornée par l'emploi occupé.[765] Enfin, considérer « l'emploifonction » comme un élément de l'armature du contrat permet d'abonder dans le sens de la nécessaire détermination des obligations nées du contrat de travail.[766] En effet, à supposer que l'employeur n'est pas en mesure de définir exactement la prestation de travail du salarié, l'opération de recrutement comme le classement du salarié opèrent un rattachement à une catégorie d'emplois. Ce référencement rend nécessairement déterminable l'étendue de la prestation de travail même si le contenu du poste de travail et les conditions de travail demeurent imprécis ; cette détermination est d'autant plus indispensable que la subordination du salarié est nécessairement limitée.[767]

La localisation de l'emploi dans l'organigramme de l'entreprise est aussi géographique si l'on considère que l'entreprise fixe un cadre spatial à l'exécution du travail.[768] A cet égard, l'arrêt Vidéocolor rendu par la Cour d'appel de Lyon apporte quelques éléments de réflexion.[769] Dans cette espèce, afin de dire que le licenciement

763 Supra n°30 et suiv.

764 Supra n°158 et suiv.

765 Supra n°55 et suiv. et 187 suiv.

766 Sur ce point, E. DOCKES, « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1997, 140.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

pour motif économique était dépourvu de cause réelle et sérieuse, les juges du fond avaient estimé que la délocalisation d'emplois de Lyon à Bello Horizonte (Brésil) n'était pas assimilable à une suppression d'emploi. Cette solution est cassée par la Cour de cassation et la cassation de l'arrêt approuvé par la doctrine qui souligne qu'un emploi dans une entreprise de Lyon n'est un emploi dans une entreprise de Bello Horizonte.[770] Cependant, cette solution rendue à propos de la suppression d'emplois ne permet pas d'affirmer catégoriquement que la localisation géographique est d'essence contractuelle d'autant, qu'en l'espèce, il était question plus de la situation de l'entreprise que de la localisation de l'emploi dans l'entreprise. Au contraire même, certains auteurs se prononcent sur le rejet du lieu de travail comme élément de l'armature du contrat.[771] Pourtant, l'incertitude concernant le caractère contractuel du lieu de l'emploi est troublante. En effet, la qualification contractuelle fixe la mobilité professionnelle du salarié parmi les emplois dans l'entreprise. Il n'en serait pas moins fondé que le contrat de travail, qui opère un rattachement à un emploi dans l'entreprise borne au périmètre de la structure à laquelle l'emploi est référé (entreprise ou établissement) la mobilité géographique du salarié, sauf clause spécifique de mobilité. Au demeurant, l'orientation récente de la Cour de cassation qui tend à construire l'armature du contrat gagnerait sans doute en lisibilité en retenant ou en rejetant le caractère par nature contractuel du lieu de travail. Or sur ce point, les solutions d'espèces entament la rigueur de l'opposition entre la nature de l'élément modifié et le degré de la modification. On peut, par exemple, comparer deux arrêts. Dans une première espèce, la Cour de cassation approuve les juges du fond qui ont considéré que le transfert du siège social de Paris à l'HaylesRoses (région parisienne) est une modification du contrat de travail que le salarié est en droit de refuser.[772] En revanche, dans une autre espèce, une salariée est licenciée pour faute grave après avoir refusé le changement du lieu de travail consécutif à un transfert du siège social alors que la salariée, devant débuter son travail à 5h45 du matin, n'avait pas

767 Ainsi, si en droit commercial un local peut être destiné « tous usages », un contrat de travail ne saurait valablement être conclu « tous emplois ». En ce sens, E. DOCKES, article précité. Egalement, M.L. MORIN et L. MALLET, « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660. L'argumentation de Madame Morin est, sur ce point, moins convainquante, en effet, l'auteur prend appui sur la fait que dans le contrat de travail à durée indéterminée, il est précisément fait référence aux tâches. En outre, on relèvera que d'autres dispositions rendent juridiquement impossible l'indétermination complète de l'obligation de fourniture de travail : ainsi de la nécessité d'une offre d'emploi précise (supra n°165), et de l'article L. 1202 du Code du travail (infra n°228 et suiv.).

768 La référence à l'enceinte de l'entreprise n'est cependant pas toujours pertinente lorsque, par nature, le salarié a vocation à se déplacer. C'est notamment le cas pour les agent commerciaux. Mais dans cette hypothèse, on soulignera que pour la Cour de cassation, la secteur géographique est un élément contractuel. Par exemple, Cass. Soc. 10 déc. 1996, *R.J.S.* 1/97, n°200 ; 6 mai 1997, n°1841D., *Semaine Sociale Lamy* n°853 du 1591997.

769 C.A. Lyon, 11 mai 1993, Vidéocolor, *J.C.P.* 1994, éd. E., II, 547, note COUTURIER. Egalement, J. SAVATIER, « Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1993, 746.

770 G. COUTURIER et J. SAVATIER, articles précités.

771 Spécialement B. BOUBLI, *Semaine Sociale Lamy* n°597, du 27.4-92 et n°835 du 14.4.97.

de moyens de transport pour se rendre sur le nouveau lieu de travail.[773] Ces solutions contraires ne peuvent s'expliquer que parce que les hauts magistrats laissent à l'appréciation souveraine des juges du fond la qualification « modification du contrat ». Une telle latitude est peu compatible avec la détermination d'une armature objective du contrat de travail. De deux choses l'une, le lieu de travail est ou n'est pas un élément par nature contractuel. L'insécurité juridique qui en résulte doit amener à une solution.[774] Ainsi, on peut soutenir que, lorsqu'aucune clause de mobilité n'est pas expressément stipulée au contrat, le lieu d'exécution du travail, c'estàdire la localisation de l'emploi, est un élément déterminant du contrat de travail. Il n'y a, en effet, guère de justification à considérer qu'il faut une manifestation expresse de volonté pour faire entrer dans l'armature du contrat le lieu de travail.[775] Si le lieu de l'emploi est bien un élément de l'armature du contrat alors tout changement doit s'analyser en une modification du contrat de travail qui requiert l'acceptation du salarié.[776] La solution proposée pourra être critiquée en ce qu'elle est trop rigide. On observera toutefois que faire entrer le lieu de travail dans le contrat n'exclut en rien la mobilité dans l'entreprise sur des postes de travail appartenant à une même catégorie d'emplois. En outre, c'est au salarié qu'il appartiendra de se prononcer sur la suite de son contrat de travail en acceptant ou en refusant la modification, laquelle en cas de contestation devra être justifiée par l'employeur.

Sous l'angle de l'organisation, l'emploi apparaît donc comme un sousensemble du contrat de travail, le contrat pouvant être modifié sans que « l'emploifonction » ne le soit luimême. Pourtant, on peut penser que cette approche n'est pas totalement satisfaisante, d'autant que la notion d'emploi peut aussi être comprise plus largement comme le lien social protégé qui justifie de l'application de règles visant à maintenir le salarié dans une situation d'emploi.[777] De plus, il est possible de rendre plus relative une approche de

772 Cass. Soc. 18 déc. 1996, pourvoi n°9346.183, *C.S.B.P.* n°88, p. 87. Voir aussi 14 mai 1997, *R.J.S.* 6/97, n°657, *Dr. Soc.* 1997, 741 (mutation de Lyon à Saint Ouen).

773 Cass. Soc. 16 juill. 1997, *Liaisons Sociales* n°7716.

774 Les précisions apportées par Monsieur le conseiller Waquet ne sont pas plus satisfaisantes. Selon M. Waquet, un salarié n'est pas tenu de changer de ville, il y aurait modification du contrat de travail, en revanche, le salarié doit accepter un changement d'atelier ou de quartier. Ainsi, un changement de Lyon à Villeurbanne serait une modification du contrat de travail alors que les deux communes sont limitrophes et donc à certains endroits séparées d'une rue !

775 En sens contraire pourtant, M. Boubli, article précité. Voir aussi *Lamy social* 1998, n°1055. De plus, en allant au bout de ce raisonnement il conviendrait d'admettre l'inutilité de la clause de mobilité puisque le lieu du travail n'est pas un élément contractuel. A défaut, il faudrait établir une jurisprudence de « carte routière » !

776 On peut craindre la multiplication des clauses de mobilité géographique, mais le juge doit pouvoir en contrôler la mise en oeuvre. En outre, le caractère contractuel de la localisation géographique permettrait de distinguer plus clairement encore l'emploi du poste de travail, la mobilité dans les postes de travail relevant de l'ordre des conditions de travail dès lors que la qualification professionnelle n'est pas affectée.

777 Supra n°133 et suiv.

l'emploi cantonnée à la qualification de la situation en cause et à son rattachement à l'entreprise. Tout d'abord, on peut observer que lorsqu'un contrat de travail à temps plein est transformé en contrat de travail à temps partiel, il y a modification du contrat. Mais, cette modification n'affecte pas la nature juridique du contrat, celuici reste par exemple à durée indéterminée et, du point de vue du salarié, cette modification du contrat peut ne pas retentir sur le contenu de sa prestation de travail au moins en ce qui concerne les fonctions. C'est la quantité de travail qui est réduite. Néanmoins, du point de vue de l'entreprise, il y modification de l'organigramme, un emploi à temps plein ne pouvant pas être considéré comme équivalent un emploi à temps partiel.[778] Ensuite, s'il semble que les horaires de travail de relèvent pas, *a priori*, du contrat de travail,[779] ils peuvent néanmoins caractériser l'emploi, et c'est à ce titre qu'ils affectent l'économie du contrat lorsqu'ils sont modifiés.[780] Enfin, la modification du salaire est, dans cette perspective, particulièrement topique. En effet, le montant de la rémunération est, au moins indirectement, dépendant de la qualification professionnelle du travailleur, c'estàdire de sa référence à un emploi.[781] De plus, la baisse de la rémunération est souvent envisagée comme une contrepartie du maintien du salarié dans son emploi,[782] la loi du 13 juin 1998 dite loi Aubry, tendant à généraliser cette situation. Dans l'ensemble de ces hypothèses, si l'emploi dans une approche étroite de la notion n'est pas modifié, la situation juridique du salarié est remise en cause. Autrement dit, il semble difficile de détacher la modification du contrat de travail du maintien du salarié dans un lien d'emploi.

2 L'interdépendance du contrat de travail et du lien d'emploi

Quel que soit le motif de la modification du contrat de travail, la proposition de l'employeur porte en elle l'éventualité de la rupture du contrat.[783] En effet, le caractère contractuel de la relation de travail interdit que l'une des parties puisse modifier, même de façon peu importante, un élément du contrat. Ce principe a reçu une application particulière dans le cadre de la réorganisation ou de la restructuration de l'entreprise. La Cour de cassation a, en effet, jugé que les propositions de modification, effectuées dans un tel cadre,

778 Cette observation vaut tout particulièrement dans le cadre d'application de la loi du 11 juin 1996 (loi Robien) et désormais de la loi n°98461 du 13 juin 1998 (loi « Aubry » d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, cf. *Lamy dossier spécial* 35 heures, juillet 1998). Les embauches obligatoires lorsqu'un accord de réduction du temps de travail est mis en place sont décomptées en équivalent temps plein.

779 Le changement de l'horaire de travail ne semble pas être une modification du contrat de travail : Cass. Soc. 21 mars 1990, *Somm. de droit du travail* page 1804 ; Cass. Soc. 24 nov. 1992, *R.J.S.* 1/93, n°5.

780 Il faut effectivement se garder d'être trop catégorique, les horaires ont pu être considéré comme un élément substantiel : Cass. Soc. 22 mai 1975, *Bull. V.,* n°264 ; Cass. Soc. 2 juill. 1987, *Dr. Soc.* 1988, 142 ; Cass. Soc. 2 juill. 1997, *C.S.B.P.* n°94, A.53, *Liaisons sociales* n°7710. Ainsi, le passage d'un horaire de jour à un horaire de nuit est une modification du contrat de travail : Cass. Soc. 19 fév. 1997, *Semaine Sociale Lamy* n°853 du 1591997.

781 Supra n°180 et suiv.

782 Infra n°420 et suiv. et n°432 et suiv.

conduisent à envisager une éventuelle rupture pour cause économique de ces contrats, et imposent donc à l'employeur l'élaboration d'un plan social.[784] Mais on a aussi observé que la modification du contrat est un moyen de maintenir le salarié dans un lien d'emploi. A cet égard, la dimension économique comme la dimension juridique de l'emploi s'avèrent insuffisantes pour rendre compte de la finalité de mécanismes qui tendent à la protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise. On a ainsi pu proposer que les situations juridiques d'emploi laissent apparaître un lien d'emploi vecteur de la fonction sociale attachée à l'idée même d'emploi.[785] Il n'est plus alors complètement artificiel de remarquer que la modification du contrat de travail affecte nécessairement l'emploi du salarié. Deux arguments peuvent être apportés à l'appui de cette proposition.

En premier lieu, on peut supposer que l'orientation impulsée par la Cour de cassation, à partir de 1992, dans la théorie de la modification du contrat de travail peut fonder une concordance entre la représentation de l'emploi et l'armature du contrat de travail. En effet, par l'abandon de la distinction entre modification substantielle et modification non substantielle, l'analyse de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation doit permettre de déterminer un contrat de travail standard reposant sur une armature contractuelle. L'analyse de la modification du contrat de travail doit, effectivement, reposer sur la nature de l'élément modifié et non plus sur le degré ou l'importance de la modification. Malgré les incertitudes conceptuelles qui demeurent,[786] la définition de l'armature du contrat de travail devrait par conséquent ramener à une approche plus étroite du champ des éléments contractuels. A cet égard, l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation permet de dégager quelques certitudes relatives à la nature contractuelle d'éléments, spécialement de la nature juridique de la situation et la qualification professionnelle, qui recoupent les caractères mêmes de l'emploi. De surcroît, en délimitant la sphère du contrat et, conséquemment, en abandonnant au champ du pouvoir de direction les conditions de travail, on peut supposer que ce qui relève de l'expression normale de la subordination n'affecte pas l'emploi. De ce point de vue, on observera que dans l'ordre de la gestion de l'entreprise, la définition du licenciement pour motif économique, en qualifiant la rupture du contrat de travail par sa cause,[787] contribue dans ses effets, la remise en cause de la situation juridique du salarié, a une concordance entre l'emploi et le contrat.

En second lieu, à l'aune du principe d'exécution de bonne foi du contrat de travail, on

783 Il est classiquement admis par la doctrine que le pouvoir de modifier substatiellement le contrat de travail est une modalité de le résulier unilatéralement, considérant la proposition de modification comme assortie d'une condition résolutoire en cas de refus de l'autre partie. En ce sens, P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, t., II, Dalloz 1950, n°410 ; G.-H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°390 et suiv.

784 Cass. Soc. 3 déc. 1996 Framatome, *Bull. V.,* n°411 (arrêt 2), *Dr. Soc.* 1997, 18 rapport Ph. WAQUET. Infra n°349 et 411.

785 Notamment, supra n°133 et suiv..

786 Supra n°199 et suiv.

787 Article L. 3211 du Code du travail (suppression, transformation ou modification substantielle du contrat de travail).

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

peut observer l'enrichissement, au profit du salarié, de l'obligation de l'employeur de fournir du travail. L'objet du contrat est, sur un strict plan juridique, de créer des obligations et ce sont ces obligations qui ont un objet. Pour l'employeur, même si le Code du travail ne définit pas ces obligations,[788] spécialement celles relatives à la prestation de travail, on sait néanmoins qu'il doit fournir le travail promis. Si l'employeur ne le fait pas, il méconnaît une obligation de faire et engage sa responsabilité contractuelle.[789] On peut donc remarquer que cette obligation de fournir du travail a un retentissement particulier dans la qualification de la rupture du contrat de travail. Ainsi, dans l'ordre économique, c'estàdire de la gestion de l'entreprise, lorsque l'employeur a des difficultés pour fournir le travail, le législateur a prévu un mode alternatif à la rupture du contrat de travail par la mise au chômage partiel ou total du salarié.[790] Lorsque l'impossibilité devient définitive c'est alors la rupture du contrat qui sera envisagée non sans que l'employeur ait l'obligation de rechercher le maintien du salarié dans un emploi, selon les possibilités de l'entreprise.[791] Dans cette hypothèse, le contrat de travail doit être impérativement rompu dans le respect des règles du droit du licenciement pour motif économique. Ces règles, qui tendent à la protection de l'emploi du salarié, soulignent que l'employeur doit assumer la responsabilité de la gestion de l'emploi.[792] En revanche, la solution est différente lorsque l'employeur peut justifier d'un cas de force majeure. Sur ce point, on observera que la jurisprudence circonscrit le domaine d'application de la force majeure, notamment dans l'examen du caractère irrésistible de l'événement invoqué. En effet, pour être recevable, s'il faut que cet événement soit imprévisible et irrésistible, il apparaît que les juges exigent, de plus, que l'employeur soit dans l'impossibilité absolue de fournir le travail.[793] C'est sous cette condition que l'employeur peut prétendre se dégager de sa responsabilité dans la gestion de l'emploi ; en effet, la force majeure conduit à une rupture automatique du contrat sans que l'employeur n'ait à verser des indemnités de licenciement et de préavis.

Surtout, la responsabilité de l'employeur face à l'emploi du salarié se manifeste par le devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi et par l'obligation de reclassement, laquelle semble n'être exclue qu'en cas de faute du salarié. Ainsi, fondée sur la bonne foi contractuelle, on peut penser que l'une des obligations principales de l'employeur est aujourd'hui plus celle de fournir un emploi, c'estàdire de maintenir le salarié dans un certain « statut », que de fournir le travail. Le rattachement de la formation

788 Voir notamment, P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, t., II, Dalloz 1950, n°321.

789 En ce sens, Cass. Soc. 26 oct. 1977, *Bull. V.,* n°561 ; 23 nov. 1989, *R.J.S.* 1/90, n°79 ; 11 déc. 1991, *Dr. Soc.* 1992, 191.

790 Infra n°253.

791 Supra n°133 et suiv. et infra n°319 et suiv.

792 Infra n°576.

793 Voir Cass. Soc. 2 mai 1978, *Bull. V.,* n°313, comp. avec 6 mai 1982, *D.* 1983, SC, 361 Ph. LANGLOIS ; 5 fév. 1992, *C.S.B.P.* 1992, S.49 ; 15 fév. 1995, *Dr. Soc.* 1995, 384, *R.J.S.* 4/95, n°371.

professionnelle à l'exécution du contrat et la prégnance du lien d'emploi marquent la prise en compte dans le contrat de travail de l'emploi, du droit du salarié à la poursuite d'une relation juridique dans l'entreprise d'une certaine qualité. La ressource notamment contractuelle (article 1134 alinéa 3 du Code civil),[794] du lien d'emploi renforce, sans doute, la part de l'emploi dans le contrat de travail.

Section 2 : La contractualisation de l'emploi

La relation d'emploi se noue autour du contrat de travail qui, semblable à une structure en « mille feuilles »,[795] est composée de plusieurs strates, dont l'assise serait l'essence du contrat de travail sur laquelle se superposent ensuite le droit légiféré et conventionnel, coiffée enfin d'une ultime feuille d'individualisation. Cette singularité de la relation de travail procède de la technique contractuelle qui permet aux parties de prendre en compte des éléments qui, par expression de la volonté, deviendront essentiels. Or cette individualisation conduit à faire entrer dans le contrat de travail des éléments mais aussi des sujétions que la loi, les textes réglementaires ou conventionnels n'imposent pas, et qui ne relèvent pas non plus de l'armature du contrat luimême.[796] Autrement dit, la contractualisation de l'emploi permet à l'employeur d'étendre le champ de la subordination, dans la limite du licite, d'aller plus avant dans la définition de sujétions que la simple mise en oeuvre du pouvoir n'aurait pas autorisée, heurtant non sans paradoxe, le contrat. On sait que la subordination, critère du contrat de travail, confère à l'employeur un pouvoir de commandement ainsi qu'un pouvoir de sanction. Mais cette approche ne rend pas compte d'un autre aspect de la subordination qui n'est pas celui déduit du contrat mais celui qui est créé par le contenu même du contrat.[797]

La protection du salarié s'est notamment appuyée sur un contenu des règles au caractère largement impératif ; à cet égard, le cantonnement du pouvoir réglementaire est significatif. C'est donc en redécouvrant l'outil juridique « contrat » que l'employeur tente sinon de contourner à tout le moins de s'adapter à ces contraintes. Ce retour au contrat par le développement de clauses semble s'inscrire dans le cadre de la prévision de la gestion des situations d'emploi. En effet, la définition de l'armature du contrat de travail si elle établit, en substance, les frontières de la subordination laisse encore place à une certaine imprécision de sa teneur. Donner corps à ce contenu par le contrat c'est fixer

[794] Elle est aussi d'ordre légal, infra n°319 et suiv., à propos du plan de reclassement.

[795] La comparaison culinaire n'est pas loin non plus de l'observation de M. Supiot qui relève que le contrat de travail est devenu la forme juridique obèse que l'on connaît aujourd'hui, in *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. p. 28.

[796] En ce sens, voir G. LYONCAEN et J. PELISSIER, *Droit du travail*, 15ème éd., n°164 e). On remarquera d'ailleurs que ces auteurs ne consacraient dans cette édition (1990) que quelques lignes à ce problème alors que la 17ème édition aborde dans un paragraphe cette problématique (Les clauses concernant l'emploi, n°210). Voir notamment, M.C. ESCANDEVARNIOL, « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 478.

[797] Selon M. Béraud, il y a là un risque de subornation du contrat par le pouvoir, in « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 529.

l'avenir par la règle, ce peut être également pour l'entreprise le moyen de faire valoir l'intérêt qu'elle porte à l'emploi. En contractualisant l'emploi, l'employeur assure une plus grande maîtrise de l'emploi (Paragraphe I). Toutefois, ce retour au contrat, dont on peut pressentir qu'il n'est qu'une expression originale du pouvoir de l'employeur, n'est pas sans poser de nombreux problèmes (Paragraphe II).

Paragraphe I : Domaine de la contractualisation de l'emploi

Le rattachement de l'emploi au contrat est consubstantiel à la formation de ce dernier, les obligations qui en résultent sont alors déterminées. Pourtant malgré le rapport de miroir que l'on peut déceler entre le contrat de travail et l'emploi, il est un nombre d'éléments, intéressant l'emploi, qui ne ressortent pas de l'armature du contrat ou bien, s'ils en relèvent, qui offrent au salarié un point de résistance à la gestion de l'emploi par l'employeur. Ainsi, lorsque les parties aux contrats s'entendent sur un type d'emploi, la teneur exacte de la prestation de travail est déterminée mais simplement par référence à une catégorie d'emploi. Cette référence n'implique pas, par exemple, un quota de production à atteindre ; une clause spéciale du contrat est alors nécessaire. De même, la mobilité géographique du salarié ne peut pas se déduire implicitement du contrat de travail, même si la nature de l'emploi occupé peut la rendre indispensable ; là encore, l'introduction d'une clause s'avère nécessaire. On peut donc observer que le contrat de travail peut donner, au travers de ses clauses, une vue plus individuelle de la situation d'emploi,[798] chacune d'elle, au regard de sa finalité, soulevant des interrogations spécifiques.[799] Sans entreprendre une étude exhaustive et systématique de ces clauses, on peut remarquer qu'elles intéressent la prestation de travail ou encore l'intérêt porté par l'entreprise à l'emploi.

1 La contractualisation de la prestation de travail

On peut penser que la prestation de travail dépend, en genre, de l'armature du contrat de travail, c'estàdire du type d'emploi pour lequel le salarié est recruté. En revanche, la définition du contenu du poste de travail relèverait des conditions de travail, l'exécution matérielle des fonctions, référée à un emploi, présentant une certaine indétermination dans laquelle le pouvoir de direction de l'employeur aurait vocation à s'exprimer. On peut donc conclure que sans donner une substance précise à la prestation de travail l'emploi fixe les frontières de la subordination du salarié. Cependant, l'employeur peut souhaiter fixer plus finement la teneur de la prestation de travail en ajoutant au contrat des stipulations qui engageront le salarié.

Lorsque le salarié s'engage à tenir un emploi, il promet la mise à disposition de ses compétences professionnelles et, si quantitativement sa prestation de travail est définie, c'est d'abord par rapport au temps de travail. Mais un résultat peut être spécifiquement déterminé. C'est l'objet de **la clause de quota** qui se présente comme un élément du

[798] On peut donc penser que ce n'est pas seulement au moment de la rupture du contrat de travail que l'emploi est le plus facile à saisir, comp. F. Gaudu, in *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°256.

[799] Mais toutes ces clauses renvoient aussi à des problèmes communs examinés plus loin.

contrat imposant au salarié un « quantum » de travail à réaliser.[800] Si l'insertion d'une telle clause ne soulève pas de problème particulier, il n'en va pas de même des conséquences que l'employeur peut tirer de l'inexécution de l'engagement. On peut, en effet, se demander quel rapport peuvent entretenir le motif de l'insuffisance professionnelle et celui pris de la non réalisation du quota puisque l'insuffisance de résultat se réfère ici à une clause qui peut prédéterminer un jugement d'aptitude professionnelle.[801] On sait, en effet, que l'employeur, tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, a le devoir d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi ce qui devrait l'empêcher de tirer argument de l'incompétence sans qu'au préalable une formation n'a été dispensée au profit du salarié défaillant. Bien que les qualités requises pour la réalisation d'un objectif soient plus en rapport avec la personne qu'avec l'emploi, on peut néanmoins penser que ce devoir d'adaptation sert, ici aussi, de mesure de l'exécution loyale du contrat de travail.[802] De plus, si la Cour de cassation n'a pas eu, pour l'heure, à répondre directement à cette question, elle a déjà apporté un élément de réponse atténuant les conséquences liées à la non réalisation de l'objectif. En effet, dans le cadre plus général de l'insuffisance professionnelle, la Cour de cassation a admis que les juges du fond puissent tenir compte de l'environnement extérieur de l'entreprise alors que, dans un premier temps, il était jugé que l'insuffisance de résultats reprochée au salarié, liée aux circonstances économiques, n'affectait en rien le caractère réel et sérieux de la rupture qui n'était pas abusive.[803] Désormais, c'est à bon droit que, tenant compte des raisons tenant à la situation générale où se trouvait l'entreprise, les juges du fond ont pu relever que le licenciement du salarié, qui n'avait pas manqué à ses obligations professionnelles, ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse.[804] Cette analyse *in concreto* peut elle être transposée lorsque le salarié

[800] On retiendra la dénomination « quota » par facilité d'écriture. Mais il convient de souligner qu'en raison du caractère contractuel de ces clauses, les appellations sont diverses, tout en répondant à une définition générale, et c'est donc normalement que le dispositif des arrêts rendus en la matière reprend la dénomination formulée par les parties. Cette pluralité soulève donc un problème de connaissance du champ du contentieux couvert par la chambre sociale de la Cour de cassation. G. COUTURIER, Droit du travail, *Relations individuelles*, spéc. n°199, p. 301 ; C.E.R.I.T., Université de Nancy II, »La fixation des objectifs à atteindre par le salarié », cahier n°2 nov. 1990 ; D. NAZETALLOUCHE, *Juris Classeur*, Fasc. 3060, 21993, »Rupture du contrat », spéc. n°21 à 26 ; *Encyclopédie Dalloz*, Contrat de travail (rupture licenciement pour motif personnel : conditions), janv. 1991, spéc. n°373 à 379.

[801] Infra n°313 et suiv.

[802] Infra n°304 et suiv.

[803] Cass. Soc. 5 oct. 1983, *Bull. V.,* n°472, voir également, Cass. Soc. 29 nov. 1979, *Juri social* 1980, F. 14, arrêt de cassation, Cass. Soc. 31 janv. 1983 *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 83441, p. 218, Cass. Soc. 20 fév. 1986, *Bull. V.,* n°26, arrêt de cassation : l'insuffisance de résultat constitue en principe pour l'employeur un motif réel et sérieux de licenciement, peu important que cette insuffisance fut due, en l'absence de toute faute de l'intéressé, à sa seule inexpérience professionnelle.

[804] Cass. Soc. 4 juin 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 87495, p. 477. Cette marque du contrôle effectué par les juridictions inférieures ne se cantonne pas au seul contexte économique, mais apprécie *in concreto* la situation : les objectifs n'étaient pas réalisables, Cass. Soc. 4 juin 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 87495, p. 476 ; la politique de commercialisation de l'employeur était défectueuse, Cass. Soc. 12 mars 1992, pourvoi 9141.400.

s'est engagé contractuellement à un objectif ? On pourrait en douter parce que la force obligatoire de la stipulation exclurait toute approche contextuelle. Autrement dit, l'objectivation serait absolue dans la mesure où la contractualisation des résultats justifierait le licenciement dès qu'ils ne sont pas atteints.[805] La Cour de cassation n'a cependant pas validé une telle approche, ajustant sa solution à celle qu'elle avait formulée à propos de l'insuffisance professionnelle. Elle a ainsi admis, alors que des quotas avaient été contractuellement acceptés par le salarié et qu'aucun des objectifs fixés par l'employeur n'avaient été atteints dans aucune agence, que la défaillance du salarié ne pouvait pas justifier le licenciement qui ne procédait donc pas d'une cause réelle et sérieuse.[806] Cette évolution marque l'introduction d'un contrôle assez fin par les juges du fond de la situation, laissée à leur souveraine appréciation dès lors que leur décision est suffisamment motivée, exempte de contradiction. La ligne jurisprudentielle suivie par les juges peut ainsi être esquissée : la clause de quota s'impose au salarié sauf abus de droit[807] ; la réalisation de l'objectif contractuellement acceptée constitue une obligation de résultat pour le salarié et justifie le licenciement du salarié défaillant dans la mesure où il n'est pas rapporté que cette défaillance ne lui est pas personnellement et/ou exclusivement imputable.[808] Cette solution satisfaisante devra néanmoins encore être confrontée au devoir d'adaptation mis à la charge de l'employeur.

On a remarqué que le contrat de travail inscrit la relation de travail dans un contexte spatiotemporel, il localise l'emploi. Toutefois, bien que l'emploi borne l'espace de mobilité du salarié,[809] la situation d'emploi n'est pas statique. Elle a non seulement vocation à évoluer mais sa modification est parfois indispensable à la protection de l'emploi.[810] Le terme de mobilité recouvre des situations diverses ; la mobilité peut être géographique, professionnelle ou disciplinaire ; mais il semble que seule la mobilité géographique nécessite une clause spécifique du contrat de travail.[811] En effet, la mobilité dans l'emploi peut se concrétiser par un changement du lieu d'exécution de la prestation de travail. Dans cette hypothèse, c'est parce qu'on peut penser que le lieu du travail relève de l'armature du contrat que la sollicitation du contrat apparaît indispensable. Maîtriser l'espace de l'emploi, tel est l'objet de **la clause de mobilité** par laquelle le salarié accepte

805 A. LYONCAEN, *D.,* SC 1988, 321, sous Cass. Soc. 10 mars 1988, *Bull. V.,* n°167.

806 Cass. Soc. 8 oct. 1992, pourvoi n°9143.498, Cass. Soc. 24 janv. 1991, pourvoi n°8845.664 et déjà Cass. Soc. 6 fév. 1990, pourvoi n°8743.729, comp. avec Cass. Soc. 18 mars 1986, *Bull. V.,* n°90.

807 Cass. Soc. 31 oct. 1989, préc. ; Cass. Soc. 29 mai 1990, préc. ; Cass. Soc. 9 avril 1992, préc.

808 Cass. Soc. 7 nov. 1990, préc. ; Cass. Soc. 25 sept. 1990, pourvoi n°8643.547 ; Cass. Soc. 16 janv. 1992, pourvoi n°8642.347.

809 Supra n°199 et suiv.

810 Voir infra n°296 et suiv.

811 Un numéro spécial de la revue Droit Social a été consacré à « Un nouveau droit de la mobilité » ; *Dr. Soc.* 1989, 427 et suivante, spéc. J.E. RAY, « La mobilité du salarié, aspects individuels », page 432. Voir aussi, M. DESPAX et J. PELISSIER, *La gestion du personnel, aspects juridiques*, t. 1, 2ème éd. Cujas, n°138 et suiv.

de se soumettre à un changement du lieu de travail, c'estàdire à travailler dans une structure différente de celle à laquelle son emploi est référé. L'employeur, demandeur à la mobilité de son personnel, ne modifie alors pas le contrat de travail, il exige simplement son exécution.[812] Toutefois, si la clause de mobilité offre à l'employeur un droit entier elle ne lui permet cependant pas d'affecter les autres éléments de l'emploi.

Cependant, malgré l'engagement souscrit par le salarié, la jurisprudence tempère, dans sa mise en oeuvre, l'exécution de la clause de mobilité ; le droit de l'employeur est limité sur le fond et encadré en la forme. En la forme, la limitation tient sans doute aux effets engendrés par l'application de la clause. En effet, à défaut de modifier le contrat de travail, la mutation engage un bouleversement substantiel de la vie personnelle du salarié, le contraignant le plus souvent avec sa famille à un changement de domicile. Aussi, l'employeur doit laisser un temps suffisant au salarié pour préparer son départ, ce « devoir de correction »[813] illustrant, dans cette hypothèse, la loyauté dans l'exécution de la convention.[814] Sur le fond, la mise en oeuvre de la clause de mobilité ne doit s'accompagner « ni d'ajout, ni d'abus ».[815] On sait, en effet, que le seul jeu de la clause n'emporte pas modification du contrat mais son exécution, cette simple exécution du contrat ne pouvant donc pas entraîner, par ricochet, la modification d'autres éléments du contrat de travail.[816] Surtout, la clause de mobilité doit respecter sa finalité, c'estàdire être un outil au service de la bonne organisation de l'entreprise. La clause ne peut donc pas être activée, par exemple, pour infliger une sanction à un salarié.[817] Dans ces hypothèses, l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur n'est pas conforme à la finalité qui lui est assignée et c'est notamment à propos des clauses de mobilité que le juge est amené à se

812 La mise en oeuvre d'une clause de mobilité constitue un changement des conditions de travail, que le salarié ne peut pas refuser sans commettre une faute. Voir notamment, Cass. Soc. 12 juin 1997, *R.J.S.* 7/97, n°794 ; 30 sept. 1997, *Semaine Sociale Lamy* 20101997, n°858 ; jurisprudence abondante.

813 J.E. RAY, art. préc., page 434 et note n°18.

814 Cass. Soc. 9 juin 1988, *jurisp. Soc. U.I.M.M.* 1988, p. 471 (il a été souverainement apprécié par les juges du fond qu'était brusque l'affectation de salariés prévenus une semaine à l'avance pour se rendre sur un nouveau chantier). Cass. Soc. 16 fév. 1987, *jurisp. Soc. U.I.M.M.* 1988, p. 470 (pour une affectation sous quarante huit heures sur un poste situé à 150 kilomètres, bien que la salariée ait contracté un engagement prévoyant sa mobilité. Le comportement de l'employeur rend la rupture imputable à ce dernier.)

815 J.E. RAY, art. préc.

816 Pour un salarié soumis à une clause de mobilité par l'effet de laquelle la mutation emporte pour le salarié un blocage de salaire pendant un an ; Cass. Soc. 4 déc. 1986, *Dr Ouv.,* 1987, p. 324, arrêt de cassation ; Cass. Soc. 31 oct. 1989, pourvoi n°8644.500 ; Cass. Soc. 28 nov. 1989, pourvoi n°8743.561, *ibid.* ; Cass. Soc. 20 fév. 1992, pourvoi n°8940.124, *ibid.*, « Mais attendu qu'ayant, hors toute dénaturation, retenu qu'il résultait de la mutation décidée par l'employeur l'attribution d'une qualification inférieure, et une diminution de la rémunération, constituant une modification substantielle du contrat de travail non acceptée par le salarié, le conseil de prud'hommes a justement décidé que la rupture était imputable à l'employeur ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches. » A l'inverse, si l'emploi du salarié n'est pas modifié, le salarié n'est pas fondé à refuser l'exécution de son contrat ; Cass. Soc. 6 avril 1994, pourvoi n°9242.368, *ibid.*, cassation partielle.

demander, en cas de contestation par le salarié, si la mise en oeuvre de la clause est conforme à l'intérêt de l'entreprise. Les décisions sont peu nombreuses mais elles soulignent la vigilance du juge quant au respect de la finalité de la clause de mobilité.[818]

A supposer saisie la question de l'espace de l'emploi, le contrat peut aussi s'intéresser au temps. La gestion occupe aussi une place centrale dans l'organisation du travail au sein l'entreprise dans la définition de l'emploi. Le temps est l'une des mesures possibles du travail, il est aussi celui du contrat.[819] L'adaptation du temps au travail s'offre, pour l'employeur, sous une double possibilité d'agir cumulativement sur le contenu du contrat par la réduction et/ou une modulation du temps de travail ou bien par une action sur la nature juridique du contrat, fixant l'alternative dans l'emploi. C'est sur cette dernière action relative à la nature du contrat qu'il importe de s'arrêter. En effet, on peut ici se demander si la liberté contractuelle ne peut pas s'affranchir de la rigidité de nature introduite entre les notions d'emploi et de tâche. Autrement dit, estil possible de fixer un terme à un contrat de travail conclu à durée indéterminée, par l'insertion d'une **clause de durée**, sans dénaturer l'idée même d'emploi ?

On peut tout d'abord se demander si l'employeur peut librement choisir d'effectuer une embauche sous contrat à durée indéterminée plutôt qu'à durée déterminée[820] ? Le dispositif législatif conduit à reconnaître à l'employeur, en raison de son pouvoir de gestion et de la hiérarchie posée par les textes, une véritable option.[821] C'est ce qu'il

817 Cass. Soc. 12 mars 1992, pourvoi n°9045.400. La modification du secteur imposée au salarié constitue non pas l'application du contrat de travail mais une sanction disciplinaire, la procédure instaurée par la loi du 4 août 1982 devant être respectée. Voir encore, C.A. Grenoble, 3 fév. 1997, *Semaine Sociale Lamy* du 6 oct. 1997, n°856.

818 Cass. Soc. 9 mai 1990, pourvoi n°8740.261, *C.S.B.P.* n°21, A.41. Les juges du fond « ont pu relever que le changement d'affectation de Mme Mutel était de nature à lui nuire, non seulement en raison du fait que les programmes de commercialisation dont elle devait être chargée dans son nouveau secteur, étaient, à court terme, nettement moindre que ceux du secteur jusqu'alors le sien, mais également parce qu'aucun programme n'était prévu à moyen et long terme, ce qui détruisait l'avenir professionnel du salarié (...), et que bien que le contrat comportât une clause mobilité, la mutation de la salariée sur un secteur de moindre importance, alors qu'il n'était pas justifié que la décision de l'employeur était dictée par l'intérêt de l'entreprise, constituait en réalité de la part de celuici un abus de pouvoir » ; également, Cass. Soc. 21 mars 1991, pourvoi n°8942.597, le changement d'affectation de la salariée avait comme véritable but de provoquer son départ ; CA Toulouse 7 fév. 1997, *Semaine Sociale Lamy* 6 oct. 1997, n°556

819 A. LYONCAEN, « Le recours au travail à durée limitée », *Dr. Soc.* 1983, 5.

820 La problématique, en l'état du droit positif, ne peut être posée que dans ce sens. En effet, les articles L. 1211 et suivants du Code du travail établissent un ordre public de prohibition. Il ne peut être conclu de contrat à durée déterminée que pour pourvoir un emploi qui n'est pas lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise et pour les motifs limitativement définis.

821 Effectivement, on peut penser que l'employeur ne négocie pas avec le salarié sur la nature juridique du contrat ; il y a là une véritable adhésion et seules les modalités d'exécution de la prestation peuvent faire l'objet d'une discussion. Cela tient à l'infériorité économique du salarié mais aussi à l'impossibilité pour le salarié d'appréhender la structure organisationnelle de l'entreprise et donc d'apprécier l'opportunité économique et la régularité juridique de l'opération. En ce sens, F. GAUDU, Thèse préc. n°154 et suiv.

ressort de la combinaison de l'article L. 1215 et de l'article L. 1221 du Code du travail.[822] Le recours au contrat de travail à durée déterminée, de nature dérogatoire, ne s'oppose pas à ce qu'un employeur choisisse de conclure un contrat à durée indéterminée là où la loi autorise le recours au contrat à durée déterminée.[823] Les intérêts à la conclusion d'un tel contrat ont d'ailleurs été soulignés[824] : *a priori* ce contrat n'est soumis à aucune formalité à la différence du contrat à durée déterminée,[825] sa durée répond à l'exact besoin de l'entreprise, la possibilité d'apprécier l'aptitude professionnelle du salarié n'est pas strictement encadrée[826] enfin, et ce n'est pas le moindre des paradoxes, la rupture du contrat à durée indéterminée s'avère en droit plus aisée.[827]

Autre est la question de savoir s'il est possible de limiter dans le temps un contrat conclu pour une durée indéterminée. La licéité d'une telle opération est envisagée par le législateur qui a exclu du champ d'application du contrat à durée déterminée le contrat de chantier dès lors que celuici n'est pas conclu pour un chantier s'exécutant à l'étranger.[828] Le contrat de chantier est un contrat à durée indéterminée formé pour la réalisation d'une prestation précisément définie dans son objet ou dans sa durée[829] ; au caractère éphémère du chantier, puisque son achèvement est sa finalité, le législateur impose la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Rien ne semble donc, *a priori*, s'opposer à la validité de la clause de durée. Encore fautil qu'elle soit explicite. En effet, si la rédaction d'un écrit ne s'impose pas,[830] il est indispensable que le salarié ait, dès la conclusion de son contrat, connaissance de la durée limitée du contrat.[831] L'employeur, optant pour la conclusion d'un contrat à durée indéterminée conclu en vue de la réalisation d'une tâche

[822] La jurisprudence a validé cette solution : Cass. Soc. 13 janv. 1982, *Cahiers Prud'homaux*, n°5, 1982. qu'un contrat à durée indéterminée soit conclu pour le remplacement d'un salarié absent, par exemple en raison d'une maladie

[823] Ce choix de gestion n'est que rarement abordé sous cet angle. On relèvera cependant : M. DESPAX et A. ARSEGUEL, *Revue française de comptabilité*, 1979, page 41 et suivantes ; Anonyme, « Le contrat à durée indéterminée conclu pour une courte durée ou un ouvrage particulier », *Cahiers Prud'homaux* n°10, 1982, chronique page 1 ; M. DESPAX. et J. PELISSIER., *La gestion du personnel, aspects juridiques*, t. 1, 2ème éd. Cujas, n°30 et suiv. ; A. ARSEGUEL, « Problématique nouvelle dans le choix du type de contrat de travail », *G.P.* 1984, doctrine page 585 ; A. ARSEGUEL, « Le contrat à durée indéterminée à caractère précaire », *J.C.P.* 1989 éd. E, I, 15 365 ; E. WAGNER, « Le recours au contrat à durée déterminée estil obligatoire ou facultatif ? » *Quotidien Juridique*, janvier 1991 ; G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, préc. n°448 à 491 ; D. FABRE, « Le contrat de travail conclu pour un motif précis », *Droit du travail*, janvier 1994. Cette proposition est pourtant critiquée, voir E. Wagner, article précité. Pour l'auteur, le dispositif légal est un dispositif de protection d'ordre public auquel les parties ne peuvent se soustraire par leur volonté, dispositif qui n'a de sens qu'en raison de la nature temporaire de la tâche support de la relation contractuelle. Aussi, lorsque le recours aux contrats de travail à durée déterminée est licite, il est obligatoire et non pas facultatif.

[824] D. FABRE, « Le contrat de travail conclu pour un motif précis », *Droit du travail*, janvier 1994.

[825] Article L. 12231 du Code du travail.

[826] Article L. 12232 du Code du travail.

[827] Comp. article L. 12238 du Code du travail et L 122142 du même Code

[828] Article D. 1212 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

précise, doit en informer le salarié cocontractant dès l'embauche.[832]

Des problèmes sérieux se posent, en revanche, quant à la rupture du contrat à durée indéterminée auquel est annexé une clause de durée.

En premier lieu, on peut se demander si la clause de durée ou de chantier ne peut pas être assimilée à une clause de garantie d'emploi. La clause de garantie d'emploi manifeste l'intention de l'employeur d'assurer au salarié la stabilité de son contrat de travail pendant une période contractuellement convenue. Elle a pour conséquence de rendre irrégulière la rupture intervenue pendant cette période qui ne serait pas justifiée par une faute grave ou la force majeure.[833] Tel n'est pas l'objet de la clause de durée qui borne quantitativement la réalisation de l'emploi. Sauf disposition non équivoque, ces deux clauses ne peuvent donc pas être confondues. En second lieu, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si la stipulation peut constituer, en ellemême, une cause réelle et sérieuse de rupture. Par la réalisation de la clause, les obligations vont s'éteindre, l'effet du contrat serait alors parfait. Toutefois, juridiquement fondée cette solution n'est licite, en droit du travail, qu'à la condition du respect, par l'employeur, des règles du droit du licenciement qui sont d'ordre public. C'est le sens des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de contrat de chantier.[834] L'application du droit du licenciement implique donc l'appréciation, par les juges du fond, de la cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé. En effet, si le licenciement est motivé par l'application de la clause, en cas de litige, les juges, confrontés à la stipulation,

829 Pour une définition similaire mais qui insiste sur le fait que l'exécution des travaux s'effectue à l'extérieur de l'entreprise, Voir, « Le contrat à durée indéterminée conclu pour une courte durée ou un ouvrage particulier », *Cahiers Prud'homaux,* n°10, 1982, chronique page 1. Si cette remarque peut s'avérer juste à certains égards, il ne semble pas que cette extériorité soit un élément de la définition du contrat de chantier. En revanche, il importe de bien distinguer le contrat de chantier du contrat conclu pour travailler sur des chantiers, lequel est aussi un contrat à durée indéterminée mais dont la prédétermination liée à l'emploi est la mobilité (se reporter aux n°211 et 212) et non la durée du contrat. D. LARGER, « Le particularisme du droit du travail dans les chantiers du bâtiment et travaux publics », *Dr. Soc.* 1980, Spe 71.

830 L'article L. 1211 du Code du travail dispose simplement « *qu'il [le contrat de travail] peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter.* »

831 Cass. Soc. 14 mars 1984, *Juri social* 1983, F. 58. Voir également, Cass. Soc. 14 mars 1983, *Bull. V.,* n°145 ; Cass. 20 nov. 1986, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 87486, p. 136 et suiv. (« les juges du fond qui ont constaté que l'employeur n'établissait pas que lors de l'engagement du salarié, celuici eût été avisé qu'il était embauché sur un seul chantier, et que M. K. avait d'ailleurs travaillé sur deux chantiers successifs, ont pu estimer, au vu des éléments fournis par les parties, que la seule fin des travaux du dernier chantier où était occupé le salarié ne constituait pas un motif réel et sérieux de licenciement. ») ; Cass. Soc. 18 déc. 1986, *Bull. V.,* n°623 ; Cour d'appel de Rouen 11 juin 1974, *Cahiers prud'homaux*, n°8, p. 177 ; comp. Cass. Soc. 10 janv. 1979, *Cahiers Prud'homaux*, n°6, 1979, page 92. Voir, B. TEYSSIE, Droit du travail 2. *Relations collectives de travail*, 2ème éd., Litec 1993, n°1170 et note (174).

832 En ce sens, Directive 91/533/C.E.E., *J.O.C.E.* 18 oct. 1991, spéc. art. 2 c) et e), *J.C.P.* 1991, III Textes, 65122. Cette directive n'a été que partiellement transposée en droit interne, l'article L. 1221 du Code du travail ne posant pas la rédaction d'un écrit comme une obligation.

833 *A fortiori* pour faute lourde. Pour une analyse plus complète de la clause de garantie d'emploi, voir infra n°417428 et suiv.

devront procéder à une analyse du motif invoqué par l'employeur ; la lettre de licenciement fixant les termes du litige. A supposer que la clause, motif invoqué, soit la cause exacte de la rupture du contrat de travail, la rupture sera justifiée. En revanche, si la clause alléguée n'est pas la cause exacte, le licenciement devra être dit irrégulier. S'il est acquis que la rupture s'analyse bien en un licenciement, il convient encore d'en déterminer la nature, laquelle n'est pas sans incidence sur la mobilisation des mécanismes de protection de l'emploi.[835]

La solution peut sembler aller de soi puisque l'article L. 32112 du Code du travail dispose dans son alinéa premier que « ***ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent, un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif*** ».[836] Autrement dit, la rupture du contrat de chantier n'est pas qualifiée « licenciement économique » ; seules sont applicables les règles relatives au licenciement pour motif personnel, excluant le devoir d'adaptation ou l'obligation de reclassement. Pourtant, cette disposition appelle des réserves quant au rejet de la qualification « motif économique ». En effet, s'il est un point acquis dans la définition du licenciement économique c'est bien qu'il résulte d'un motif non inhérent à la personne du salarié, or la réalisation de l'objet du contrat ne peut pas en relever, tout au contraire.[837] On pourra objecter que l'article L. 32112 du Code du travail est un texte spécial qui déroge à l'article L. 3211 du même Code. Mais, il faut souligner que ce texte spécial n'est pas conforme à la Directive du 17 février 1975, modifiée par la Directive du 24 juin 1992,[838] qui n'exclut nullement de son

834 Par exemple, Cass. Soc. 10 juill. 1986, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 87486, p. 136 ; Cass. Soc. 18 déc. 1986, *Bull. V.,* n°623. Spécialement, Cass. Soc. 13 janv. 1982, *Cahiers Prud'homaux,* n°5, 1982, précité (les juges du fond, appréciant en fait la réalité des motifs invoqués à la date de la lettre de licenciement, ont exactement estimé que l'obligation pour l'employeur de réintégrer dans son emploi une salariée absente pour maladie, constituait une cause réelle et sérieuse du licenciement de la remplaçante sur lequel l'employeur n'était pas tenu de revenir, ce qui exclut dès lors tout caractère abusif. En l'espèce une salariée avait été embauchée sans contrat en remplacement d'une employée indisponible. Cass. Soc. 20 oct. 1982, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 83439, 2nd moyen ; Cass. Soc. 13 nov. 1986, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 87486, page 136 ; Cass. Soc. 19 déc. 1990, pourvoi n°8840.494, pour une salariée engagée pour remplacer une salariée en congé maternité et licenciée à son retour.

835 Infra n°233 et suiv.

836 Cette disposition est issue de la loi du 30 déc. 1986, art. 21. Mais, cette disposition législative ne fait qu'entériner un problème déjà évoqué par la Cour de cassation qui avait dans une solution prétorienne posé le principe que « les articles L. 3213 et 7 [anciens] ne concernent que les licenciements pour motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel et ne sont pas applicables à ceux qui, à la fin d'un chantier de travaux publics, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de cette profession », cité par G.H. CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Dalloz, également Cass. Soc. 22 avril 1977, *Bull. V.,* n°268, cité par *Cahiers Prud'homaux,* n°10, 1982, chronique page 1 ; plus récemment, C.A. Paris, 21 oct. 1988, S.A.R.L. Démolition Bel air et Cass. Soc 25 avril 1990 n°1737, cité in *Le contrat de travail*, F. Lefebvre, 1990, n°870. Cette solution figure également dans la Circ. min. du 2 juill. 1975, *Dr. Soc.* 1975, 239, complétée par Circ. C.D.E. n°68 du 123 nov. 1978, relative au contrôle de l'emploi.

838 Directive 75/129/C.E.E. du 17 février 1975 (*Dr. Soc.* 1987, 309) concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, modifiée par l'article premier de la Directive C.E.E. n°9256 du 24 juin 1992.

champ d'application le contrat de chantier.[839] En outre, on observera que si « l'emploifonction » peut clairement apparaître dans son rapport avec l'armature du contrat de travail c'est lorsque, précisément, une clause limite l'emploi dans sa définition quantitative en laissant intact la qualité de l'objet juridiquement saisi.[840]

2 La contractualisation des caractéristiques de la personne au travail

Le travail est une dimension de la personne et la difficulté tient au passage, dans le contrat de travail, du corps à la force de travail.[841] En effet, la satisfaction économique de l'emploi est attachée à la personne du travailleur ; il n'y a pas de machine qui occupe un emploi. Pourtant, il a toujours été admis que les services humains puissent faire l'objet de conventions. Il y a donc une nécessaire séparation entre l'individu et la force de travail, le contrat de travail exprimant cette fiction qui permet de parvenir indirectement à un résultat insusceptible d'être directement atteint. Pour autant, si l'on peut admettre que la force de travail est dans le commerce, il est certain que les éléments de la personne sont soustraits à la commercialité. Estil alors licite de faire entrer dans le contrat les qualités de la personne ?

On sait que le contrat de travail est un contrat conclu *intuitus personae,* la personne du travailleur en est donc un élément essentiel. Mais il ne faut pas se méprendre, ce sont les qualités professionnelles de la personne qui sont essentielles. En effet, le contrat de travail se forme sur l'adéquation entre les compétences personnelles du travailleur (qualification professionnelle) et les compétences nécessaires pour occuper l'emploi. Le caractère substantiel de la qualité des compétences professionnelles ne fait pas de doute et leur altération peut, sous condition d'adaptation ou de reclassement du salarié, justifier la rupture du contrat de travail. L'abstraction du corps dans le contrat de travail peut parfois disparaître, pour faire des caractéristiques de l'individu un élément du contrat. De rares décisions des juges du fond, mais le contentieux n'est jamais tout à fait révélateur, fournissent quelques exemples. Ainsi par deux fois au moins, les juges du fond ont eu à connaître de dispositions contractuelles relatives au corps du travailleur. Dans une

837 A cet égard, Monsieur Savatier (in *Dr. Soc.* 1978, 295 note sous Cass. Soc. 22 avril 1977) relevait déjà la contradiction en empruntant cependant une voie différente : « On peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux revenir sur l'idée qu'il n'y a pas de licenciement, mais simple arrivée du terme, à l'expiration du chantier ou de la saison, plutôt que d'admettre que les usages d'une profession peuvent emporter des congédiements « normaux », échappant à la réglementation de la loi de 1975. » Et de citer un peu plus loin le Commissaire DONTOUX, selon lequel « il n'y a que deux motifs de licenciements le motif économique et le motif personnel ; le motif économique recouvrant tous les motifs qui ne sont pas personnels au salarié », *Dr. Soc.* 1978, spe. 52. Ce qui est en jeu précisément c'est le pouvoir de direction du chef d'entreprise qui modifie l'organisation de la structure de l'entreprise.

839 En ce sens, A. JEAMMAUD, *Le licenciement*, Dalloz, Connaissances du droit, 1993, page 99.

840 Contra D. FABRE, précité.

841 Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, Litec 1992, Bibliothèque du droit de l'entreprise et du même auteur, « L'objet du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1992, 859 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., Les voies du droit, 1994, spéc. page 51 et suiv. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes*, P.U.F. 16ème éd. 1987, n°15 : le contrat de travail « est une aliénation de l'énergie musculaire ».

espèce, une clause d'un contrat imposait un certain poids limite dit « poids santé » à une salariée qui, ancienne obèse, était devenue animatrice pour une célèbre marque de produits de régime. Cette clause a été reconnue licite et non constitutive d'une atteinte à la vie privée au motif que l'emploi occupé par la salariée nécessitait qu'elle soit un exemple de l'état à atteindre et la preuve qu'il peut être atteint (sic). En l'espèce, le contrat de travail de la salariée avait été suspendu jusqu'au retour à un poids « normal ».[842] De même, dans un autre cas, les juges du fond ont entériné le licenciement d'une mannequin embauchée pour la pose de modèles au motif que l'intéressée ne présentait plus les mensurations adéquates en raison d'un changement de morphologie, le détournement de pouvoir n'ayant pas été retenu.[843]

Ces décisions marginales semblent donc admettre la licéité de ces dispositions qui mettent le corps du salarié dans la sphère du contrat. Un double critère paraît fonder leur justification : il est fait état, d'une part, de la spécificité de l'emploi occupé et, d'autre part, la connaissance de l'étendue des obligations par le salarié est soulignée. Cette limite tenant à la connaissance par le salarié du caractère essentiel représenté par les caractéristiques de son corps est, à l'évidence, indispensable. Néanmoins, il se pose encore la question de savoir si un emploi peut justifier l'insertion d'une telle clause même si, en l'occurrence, la spécificité des emplois, animatrice d'une société d'amaigrissement ou mannequin, semblent fonder cette spécificité. Toutefois, la nature de l'emploi occupé peut apparaître comme une limite particulièrement imprécise. Ainsi, on peut se demander si un poste de contact avec la clientèle peut justifier l'insertion de critères contractuellement définis mettant en jeu non pas l'apparence de la personne mais bien son corps ? Un premier élément de réponse tiendrait en ce que le recrutement en vue de pourvoir un emploi ne peut contenir de restrictions à caractères discriminatoires, mais la preuve s'avère difficile à rapporter. On peut surtout admettre, indépendamment des compétences professionnelles objectivement déterminées, que le corps de l'homme ne peut pas être traité comme une chose et partant être évalué en argent ; le corps ne représentant pas, en soi, une valeur patrimoniale active répondant à des obligations.

3 La contractualisation de l'intérêt de l'entreprise pour l'emploi

La caractérisation contractuelle de l'emploi permet de rendre distinctif certains éléments relatifs à la prestation de travail. On peut penser qu'il y a là une marque de l'intérêt porté à l'emploi, faisant ressortir une relation dynamique entre le contrat de travail et l'emploi. Du point de vue de l'entreprise, l'intérêt à l'emploi semble encore plus significatif lorsque des clauses intéressent l'emploi alors que le lien contractuel a été rompu.[844] Les effets de droit que le contrat de travail continue à produire, malgré sa rupture, contribuent à éclairer le rapport de travail et les interdépendances entre « l'emploifonction » et le salarié. C'est sous cet angle que peuvent notamment être appréhendées les clauses de non

[842] C.A. Douai 20 oct. 1983, Société poids santé c/ Duvivier décision non publiée, source F. L. *Contrat de travail*, 1990, n° 21570, page 493.

[843] C.A. Paris 22ème ch., 14 mars 1989, sté P. Balmain c/ Degonse, décision non publiée, source *ibid*.

[844] Le contrat, même éteint, continue de produire des effets de droit. Cf. F. PETIT, « L'après contrat », *Dr. Soc.* 1995, 589.

concurrence et de déditformation. L'objet de ces stipulations contractuelles laisse bien apparaître « l'emploifonction » entendu comme un élément de l'organisation de l'entreprise. La substantialité des compétences professionnelles apparaît tant au moment du recrutement que pendant l'exécution du contrat de travail, notamment eu égard au devoir d'adaptation à la charge de l'employeur. Aussi, on peut comprendre que le départ du salarié de l'emploi occupé dans l'entreprise soit susceptible d'engendrer, effectivement ou potentiellement, un préjudice contre lequel l'entreprise entend se prémunir. La mise en oeuvre de ces clauses manifeste l'intérêt contradictoire du travailleur et de l'entreprise à l'emploi.[845]

Le savoirfaire acquis au sein l'entreprise, la formation dispensée par elle au salarié, la connaissance de procédés de fabrication,[846] les relations du salarié avec la clientèle invitent l'entreprise à se protéger parce que le salarié emporte un acquis professionnel né de l'occupation d'un emploi dans l'entreprise. Pendant l'exécution du contrat de travail,[847] le salarié est tenu, en vertu de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, d'une obligation d'exécution de bonne foi. Derrière cette obligation générale, la doctrine et la jurisprudence ont notamment fait ressortir à la charge du salarié une obligation de fidélité et une obligation de loyauté.[848] Ainsi, pendant la durée de son contrat, le salarié ne doit pas, même s'il n'est pas débiteur d'une clause d'exclusivité, se livrer à des actes de concurrence envers son employeur ; il commettrait une faute.[849] En somme ce que la

845 Infra n°228 et suiv ; F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

846 Le législateur a tenu compte de cette possibilité de divulgation des secrets de fabrication en édictant une obligation de secret professionnel à l'encontre de salariés investis dans l'entreprise d'une mission de représentation des intérêts individuels ou collectifs des salariés et de certains tiers et que leur activité rendrait susceptibles de connaître ces informations : articles L. 122148 pour le conseiller du salarié, R. 24146 pour le médecin du travail, L. 2366 pour les membres du C.H.S.C.T., L. 4327 pour les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux, L 6117 pour les ingénieurs de prévention, L. 61111 pour les inspecteurs du travail et enfin L. 61112 pour les contrôleurs du travail. D'une façon plus générale encore, participant à l'exécution loyale et de bonne foi qui pèse sur les parties au contrat, le salarié a un devoir de discrétion qui s'apprécie au regard de ses responsabilités. Sa violation peut être constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. Audelà de cette obligation très générale, l'employeur peut imposer une obligation de discrétion généralisée à l'ensemble du personnel notamment par le biais du règlement intérieur, C. Et. 26 nov. 1990, n°96.564. La violation d'une clause du règlement intérieur est passible de sanction disciplinaire dont un licenciement pour faute. Edictée dans ce cadre d'une façon générale, elle peut aussi être insérée dans les contrats de travail, et revêtir alors une force contraignante tout aussi importante et permettre de légitimer une sanction.

847 On remarquera cependant que si la clause de nonconcurrence est pleinement effective après la rupture du contrat de travail, il ne doit pas être négligé que si par principe le salarié réserve le monopole de son activité à son employeur et que la loi limite ce cumul d'emplois, article L. 3242 du Code du travail, le débat actuel concernant le partage du travail, notamment par les aides au développement du travail à temps partiel, risque de remettre en cause cette approche. On peut en effet, pronostiquer l'émergence des activités « parallèles » ou « pluriactivité », si tant est que la flexibilisation du temps permette cellesci. La question de l'obligation de nonconcurrence risque alors de prendre un nouveau tour.

848 Voir aussi n°304 et suiv.

849 Cass. Soc. 23 sept. 1991, pourvoi n°9141.312, *Dr. Soc.* 1992, 919 (pour l'hypothèse d'une faute lourde, l'intention de nuire étant rapportée).

jurisprudence réprime, au plan civil, ce sont les actes effectifs de concurrence ce qui n'exclut pas que le salarié prépare sa future activité alors que le contrat de travail n'est pas encore rompu.[850]

La spécificité de **la clause de nonconcurrence** est de produire effet lorsque le contrat de travail est rompu. Cette clause interdit au travailleur, dans un temps et/ou une zone géographique déterminée, d'exercer une activé professionnelle dépendante ou indépendante en relation avec l'emploi précédemment occupé dans l'entreprise.[851] Le préjudice concurrentiel devrait pouvoir être résolu sur le terrain de la responsabilité civile.[852] Toutefois, la victime de la concurrence se trouve souvent confrontée à un problème de preuve qui rend l'action assez difficile ; une faute doit être prouvée. La neutralisation contractuelle du préjudice concurrentiel semble donc une réponse adaptée pour l'entreprise mais elle heurte de front le principe de la liberté du travail désormais visé par la Cour de cassation.[853]

Si la liberté contractuelle demeure le principe, à l'évidence, elle ne suffit plus à rendre opposable au travailleur une clause de non concurrence. La validité de la clause est subordonnée à la protection indispensable des intérêts de l'entreprise.[854] Le présupposé édicté par cette nouvelle condition tend à substituer une protection *a priori* à une appréciation de nature objective autour de l'intérêt en conflit : l'emploi. En effet, la référence à l'intérêt légitime de l'entreprise doit conduire le juge à rechercher dans l'emploi ce qui doit être protégé. Estce l'intérêt de l'entreprise parce que l'emploi occupé

[850] Cette obligation de « plein droit » qui s'impose au salarié lui laisse cependant la possibilité de créer une société concurrente, ou de prospecter des entreprises concurrentes pour une future embauche dès lors que l'activité concurrente ne sera effective qu'après la rupture du contrat de travail ; Cass. Com. 6 mars 1990, *Bull. V.,* n°62.

[851] J. AMIELDONAT, note sous Cass. Soc. 14 mai 1992, *J.C.P.* 1992 éd. E., II, 341 et *J.C.P.* éd. G., II, 21889 ; H. BLAISE, « La clause de nonconcurrence dans le contrat de travail », *B.S.* 12/83, 451 ; D. CORRIGNANCARSIN, « Validité des clauses de nonconcurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise », *Dr Soc.* 92967. F. GAUDU, « Fidélité et rupture », *Dr. Soc.* 1991, 419. *Liaisons Sociales*, « Obligation de nonconcurrence et clause de nonconcurrence », numéro spécial, 7 fév. 1991, n°10 886 ; P.H., MOUSSERON, « La fidélisation du personnel », *Dr. Soc.* 1989, 479 ; C. PIZZIODELAPORTE, « La clause de nonconcurrence : jurisprudence récente », *Dr. Soc.* 1996, 145 ; Y. SERRA, *Encyclopédie Dalloz*, travail, « L'obligation de nonconcurrence », 1994 ; Y. SERRA, note sous Cass. Soc. 14 mai 1992, *D.* 1992, 350 ; Y. SERRA, « Les obstacles conventionnels au recrutement », in *Les aspects juridiques du recrutement*, Droit t. III, Litec 1994 ; J.J. SERRET, « Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié », *Dr. Soc.* 1994, 759. Y. TASSEL, « L'obligation de non réembauchage », *Dr. Soc.* 1977, 180.

[852] Inscrite dans le cadre de la responsabilité civile, et en l'absence de toute clause, la concurrence pour être sanctionnée doit être déloyale. L'action implique l'existence d'un préjudice ; Cass. Com. 10 janv. 1989, *D.* 90 SC, p. 75, note Serra. Ainsi, le fait de s'établir pour exécuter une activité similaire n'est pas fautif, sauf clause de nonconcurrence ; Cass. Soc. 19 déc. 1990, pourvoi n°8841. 649 *;* ou le fait d'entraîner un déplacement de clientèle en l'absence de toute manoeuvre ne caractérise pas le concurrence déloyale, Cass. Com. 8 janv. 1991, pourvoi n°8911. 367 *;* pour un cas où elle est retenue, Cass. Soc. 18 janv. 1978, pourvoi n°7013. 202, *ibid.*

[853] Cass. Soc. 19 nov. 1996, *Bull. V.,* n°392, *Dr. Soc.* 1997, 95 obs. G. COUTURIER.

[854] Cass. Soc. 14 mai 1992, Godissart, *Bull. V.,* n°309 ; *D.* 1992, 350 ; *Dr. Soc.* 1992, p. 976.

par le salarié, en ce qu'il est un élément où s'agrègent des techniques, des connaissances, de l'information nécessite une neutralisation temporaire de l'exploitation par le salarié de sa qualification professionnelle ; estce au contraire, la protection de l'exploitation de cette qualification seul support de revenu pour le travailleur ?

Cette analyse doit s'établir *in concreto*, c'estàdire par rapport à la nature de l'emploi et suppose qu'il soit donc tenu compte à la fois des spécificités techniques de celuici ainsi que des capacités professionnelles requises pour occuper les fonctions qui le composent. Pareille condition doit conduire le juge à une analyse pragmatique de l'effet concurrentiel du départ du salarié au regard de l'emploi occupé et de l'activité de l'entreprise. On peut ainsi supposer que plus la qualification professionnelle offerte par le travailleur sur le marché du travail est rare plus la limitation d'emploi peut être importante dans l'espace et devra corrélativement être limitée dans le temps.[855] A l'inverse, si la compétence professionnelle est « commune », disponible sur le marché du travail, l'intérêt de l'entreprise commande alors d'étendre la protection plus sur la durée que dans l'espace. Dans ces hypothèses, on remarquera d'ailleurs que le risque concurrentiel porte tout autant sur la technicité requise par les fonctions que les contacts du salarié avec la clientèle attachée à l'entreprise, ce contact devant de luimême limiter l'étendue géographique de l'interdiction.[856] Il semble résulter de la jurisprudence que la validité de la clause de non concurrence doit être appréciée par rapport à son effet utile compris comme la protection de l'intérêt porté par l'entreprise à l'emploi. A cet égard, l'emploi occupé apparaît bien comme un paramètre d'appréciation de la justification de la mise en oeuvre par l'employeur de ses prérogatives. On regrettera cependant que ce critère de justification ne conduise pas encore le juge à tirer toutes les conséquences induites par l'effet nécessaire de l'interdiction de concurrence. Tel est spécialement le cas lorsque le contrat de travail est rompu pendant la période d'essai. De jurisprudence constante, la clause s'applique en l'absence de stipulation contraire dès la formation du contrat.[857] Cette solution n'est pas opportune eu égard à la spécificité de cette période d'exécution du contrat. On peut, en effet, s'interroger sur l'effectivité du risque concurrentiel tant au regard du caractère éphémère du passage dans l'entreprise qu'en raison de la finalité de l'essai. Il devrait être tenu compte, non seulement de qualification professionnelle, de la nature de l'emploi et de l'activité de l'entreprise mais encore de la durée d'exécution du contrat.

855 Cass. Soc. 5 mars 1987, *D.* 1987, SC, p. 179, SERRA, pour une clause ne prévoyant aucune limite territoriale ; Cass. Soc. 18 déc. 1986, *Jurisp. Soc.* U.I.M.M., 87491, p. 359 ; Cass. Soc. 16 mai 1972, *Bull. V.,* n°348.

856 Les décisions relatives aux clauses de nonconcurrence des salariés coiffeurs ou des garçons de café en apportent l'illustration : clause interdisant tout réembauchage dans un certain rayon, Cass. Soc. 11 janv. 1971, *Bull. V.,* n°39 ; nullité de la clause sur l'ensemble du territoire national, Cass. Soc. 31 mars 1981, *D.* 1982, IR, p. 202, obs. SERRA. Pour les garçons de café : clause d'un an interdisant toute embauche dans une entreprise concurrente exerçant la même activité de brasserie sur le territoire de Maubeuge, Cass. Soc. 1er mars 1995, *R.J.S.* 4/95 n°377.

857 Les juges du fond doivent rechercher si les parties ont entendu exclure le jeu de la disposition pendant l'essai, faute de quoi la clause est réputée prendre effet dès la signature du contrat. Cass. Soc. 8 fév. 1982, *Bull. V.,* n°514, *D.* 1984, IR, SERRA, 163, obs. BERAUD ; 22 juin 1994, *D.* 1995, 82, note SERRA.

La question de la qualification professionnelle est un enjeu pour l'entreprise, elle doit anticiper les évolutions techniques en fonction de ses besoins, nécessairement renouvelés, et composer avec les qualifications disponibles sur le marché du travail. Les intérêts qui en relèvent sont multiples et contradictoires. Jusqu'à ce que la Cour de cassation ne mette à la charge de l'employeur un devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi,[858] on pouvait remarquer que le législateur avait une perception peu dynamique de la formation professionnelle puisqu'elle ne semblait pas intrinsèquement intéresser le contrat de travail. En effet, si la formation répond à une obligation légale, cette obligation ne vise, en réalité, qu'une obligation de financement et n'ouvre pas un véritable droit à la formation pour le salarié.[859] Toutefois, depuis l'arrêt Expovit, la gestion de la formation professionnelle dans l'entreprise ne peut plus être posée dans les mêmes termes puisque selon cette décision l'entreprise est désormais investie, au nom de l'exécution de bonne foi du contrat, d'un devoir d'adaptation du salarié à son emploi, c'estàdire de la mise en concordance de la qualification personnelle du salarié à la qualification requise par l'emploi occupé.[860] Le licenciement ne peut donc plus être envisagé comme un outil pertinent d'adaptation de la qualité de la maind'oeuvre face à l'évolution technique de l'emploi en cas de distorsion entre les compétences professionnelles disponibles et les compétences nécessaires. La question est alors de savoir si le poids financier de la formation dispensée aux salariés doit être supportée exclusivement par l'entreprise ou si cette dernière peut en renvoyer au moins indirectement une partie sur le salarié formé ?

La clause de déditformation, a pour objet d'obliger le salarié à payer des dommagesintérêts à l'employeur au cas où il n'exécuterait pas une obligation d'engagement minimal de service mise à sa charge en contrepartie d'une formation. Par analogie, ces clauses de déditformation s'inspirent du système en vigueur dans la fonction publique pour certains agents qui, titularisés dès leur première année de formation, doivent en contrepartie souscrire un engagement de servir l'Etat pendant une durée minimale. La Cour de cassation a admis la validité de la clause de déditformation en se fondant sur l'autonomie de la volonté des cocontractants malgré des oppositions théoriques formulées sur le terrain de la liberté du travail et du droit de la formation.[861] Toutefois, des conditions précises ont été posées quant à la validité de la clause. Il faut évidemment qu'une formation ait été dispensée ; une clause de dédit sans formation serait nulle.[862] De surcroît, il est nécessaire que la participation financière de l'employeur soit allée au delà de l'obligation légale qui pèse sur lui.[863] Cette condition est rappelée de façon régulière par la Cour de cassation qui affirme que la formation assurée par l'employeur doit entraîner des frais réels audelà des dépenses imposées par la loi ou par la convention collective applicable dans l'entreprise,[864] ce qui nécessite de procéder à une évaluation chiffrée de la part de formation prise en charge par l'employeur réduite du

858 Cass. Soc. 25 fév. 1992, Expovit, *Bull. V.,* n°122. Infra n°299 et suiv.

859 En ce sens, J.M. LUTTRINGER, « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », *Dr. Soc.* 1994, 283 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°94. Spécialement infra n°309 et suiv.

860 Supra n°158 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

temps passé par le salarié au service de l'entreprise depuis la prise d'effet de la clause.[865] Enfin, il résulte de l'article L. 98110 alinéa 4 du Code du travail, que la clause de déditformation est prohibée dans le cadre des contrats de types particuliers qui ont pour finalité d'être le support d'une action de formation.[866] On sait aussi que le contrat de travail de droit commun met à la charge de l'entreprise l'évolution des compétences afin de

[861] Cass. Soc. 23 nov. 1983, *Bull. V.,* n°576. « Monsieur X. qui avait bénéficié de la formation professionnelle, dont la société avait avancé le coût, conservait la faculté de rompre à tout moment le contrat de travail ; que la stipulation du remboursement des frais, uniquement destinée à ne pas lui permettre de conserver sans contrepartie le bénéfice de la formation, n'était pas illicite, en l'absence de modalités spéciales non alléguées ni réalisées en l'espèce. » On relèvera par ailleurs que l'apparition de la clause de déditformation est bien antérieure au dispositif législatif relatif à la formation professionnelle instauré en 1971. Toutefois, le législateur a posé des limites : ainsi, dans le cadre du plan de formation et lorsqu'un accord interprofessionnel étendu prévoit les actions de formation, si cette formation se déroule en dehors du temps de travail, l'employeur ne peut pas faire souscrire au salarié une clause de déditformation dont la rémunération n'est pas supérieure à trois fois le S.M.I.C, Article L. 9333 du Code du travail et D. 9333 du Code du travail. On rappellera également que les organisations syndicales, au niveau de la branche, sont invitées, article L. 93327° du Code du travail, à négocier sur les clauses financières convenues entre l'employeur et le salarié avant l'engagement de la formation en cas de démission. Le texte indique que les sommes alors perçues doivent être affectées par l'entreprise au financement des actions dans le cadre du plan de formation. Cette disposition ne remet pas en cause le droit pour l'employeur de réclamer le jeu de la clause en cas de licenciement imputable au salarié. En revanche, et contrairement à la clause de nonconcurrence, la clause ne serait pas due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou en cas de licenciement abusif ; c'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris. C.A. Paris, 7 janv. 1971, cité par *Liaisons Sociales* du 27 mai 1993, n°11450, « formation professionnelle, départ en formation des salariés », n°52 ; dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, Cass. Soc. 26 fév. 1991, *R.J.S.* 10/91 n°1073.

[862] Peu importe le moment de la formation dès lors qu'elle est effective, ainsi a été validée une clause de déditformation dispensée pendant l'essai, Cour d'appel de Versailles 3 avril 1990, *R.J.S.* 6/90 n°456. Il s'agissait en l'espèce de l'application d'une clause pendant une période d'essai de six mois, la formation ayant occupé les quatre premiers mois, le salarié s'étant désengagé à l'issue de la formation. En revanche, si l'employeur ne respecte pas son engagement d'assurer une formation promise (200 heures) au salarié, il ne peut pas prétendre au versement de l'indemnité, Cass. Soc. 28 mars 1995, pourvoi n°9145.088.

[863] L'employeur en matière de formation n'est tenu qu'à une obligation de financement qui lorsque l'entreprise occupe au minimum dix salariés doit correspondre, au titre des actions définies par l'article L. 9501, à un pourcentage minimal de 1,5% des salaires payés pendant l'année en cours (article L. 9511 du Code du travail). Cette participation passe à 0,15% pour les entreprises de moins de dix salariés, article L. 9521, et pour les travailleurs indépendants même s'ils n'ont aucun salarié (article L. 9531).

[864] « Les clauses de déditformation sont licites dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels audelà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner », Cass. Soc. 17 juill. 1991, *Bull. V.,* n°373 ; Cass. Soc. 9 fév. 1994, pourvoi n°9144.644.

[865] C.A. Paris, 30 sept. 1982.

[866] Article L. 98110 alinéa 4 du Code du travail qui dispose : « *est nulle et de nul effet toute clause de remboursement par le jeune à l'employeur des dépenses de formation en cas de rupture du contrat de travail* ». Contrat de qualification (article L. 9811) ; contrat d'adaptation (article L. 9816) ; contrat d'orientation (article L. 9817) et contrat d'insertion en alternance (article L. 9811). Infra n°469 et suiv.

protéger l'emploi du salarié. Par principe, le salarié n'a donc pas à assumer la responsabilité de l'obsolescence de ses compétences professionnelles. Or le recours à la technique contractuelle tend à affecter l'équilibre protecteur dès que les « droitsdéfense » de l'emploi sont contrebalancés par des obligations nouvelles qui affectent « l'employabilité » du travailleur. En effet, si l'entreprise a bien intérêt à organiser son propre marché interne de l'emploi, n'existetil pas un risque de tarissement de la mobilité des salariés les plus qualifiés tant il est plus aisé pour fidéliser à l'entreprise d'asservir par le contrat que de payer le prix d'une compétence ? Une réflexion doit donc être conduite au regard, notamment de l'enjeu de l'emploi, sur la validité et la mise en oeuvre des clauses relatives à l'emploi.

Paragraphe II : Les limites à la contractualisation de l'emploi

La contractualisation de l'emploi peut illustrer la corrélation qui existe entre le contrat de travail et l'emploi, mais le retour au droit commun des obligations dans la relation de travail soulève, au delà de problèmes spécifiques déjà évoqués, des interrogations plus générales.[867] En effet, le contrat est utilisé par l'entreprise comme un outil de gestion de l'emploi. Du point de vue du travailleur, l'emploi occupé dans l'entreprise est non seulement la source du revenu mais un acquis professionnel dont il doit pouvoir profiter, cela justifie que la protection de l'emploi soit envisagée. De même si la protection des intérêts de l'entreprise est légitime, les effets attachés à la force obligatoire du contrat peuvent en contrarier le contrôle puisque le contrat exclut, en principe, tout contrôle d'opportunité. Toutefois, on sait que depuis une loi du 31 décembre 1992, l'article L. 1202 du Code du travail interdit d'apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.[868] L'examen des clauses relatives à l'emploi peut être mené sur deux fronts complémentaires : l'un traditionnel de confrontation à l'ordonnancement juridique applicable à l'entreprise, l'autre ouvert à l'appréciation de l'utilité de la stipulation contractuelle au regard de l'intérêt de l'entreprise.

1 L'encadrement de la liberté contractuelle

Si les conventions légalement formées ont force de loi (article 1134 du Code civil), l'article 6 du même code dispose « ***qu'on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*** ». L'objet et la cause du contrat sont subordonnés à un ordre supérieur garant d'intérêts qui dépassent les volontés individuelles. C'est à ce titre que sont reconnues applicables dans l'entreprise un certain nombre de libertés qui délimitent, pour chacun, une sphère où l'individu est maître de choisir ses comportements sans avoir à subir la contrainte d'une volonté étrangère.[869] A cette déférence du contrat, s'ajoute aussi le respect aux autres sources de droit

[867] Notamment, G. COUTURIER, « Les techniques civilistes et le droit du travail », *D.*, 1975, Chron., XXIV ; J.J. DUPEYROUX, Avant propos au colloque : « Droit civil et droit du travail : l'impasse », *Dr. Soc.* 1988, 371.

[868] Loi n°921446 du 31 déc. 1992. Il est remarquable que ce texte figure sous le titre « contrat de travail » au chapitre des dispositions générales. Voir également, supra n°228 et suuiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

applicables dans l'entreprise qui ont le même objet que la stipulation contractuelle.

a) Le respect de la liberté du travail

On peut remarquer que l'emploi est l'assise des droits sociaux pour le travailleur puisque l'ouverture des droits et leurs quotités en dépendent. L'image ne serait pas trop forte de penser que l'emploi, pour le travailleur, est un élément de son patrimoine. Aussi, à défaut de pouvoir opposer un droit à l'emploi, le travailleur devrait disposer librement de sa force de travail. Or la clause de nonconcurrence interdit, dans une certaine mesure, de chercher un nouvel emploi, la clause de dédit formation entrave, quant à elles, la liberté de rupture en y affectant un coût. Pourtant, dans une société qui place le travail au coeur des relations sociales, la liberté du travail ne peut qu'occuper une place centrale.[870] Cette liberté n'est pourtant pas expressément proclamée, elle est déduite de l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 qui dispose ***« qu'il sera libre à tout citoyen d'exercer tel négoce, art ou profession qu'il jugera bon (...)*** », mais la doctrine a su montrer que cette liberté constitue par ailleurs un principe fondamental promu au rang de norme constitutionnelle.[871] La Cour de cassation en matière de clause de nonconcurrence, jusqu'à un arrêt du 19 novembre 1996,[872] tendait à poser en prémisse la liberté contractuelle et recherchait ensuite si le contenu de la clause était licite. Par cet arrêt de cassation, au double visa de l'article 7 de la loi précitée et du principe constitutionnel de la liberté du travail, les hauts magistrats adoptent une démarche ordonnée du syllogisme qui place en majeure le principe de la liberté du travail.[873] Aussi, on peut légitimement attendre que le raisonnement faisant primer les droits de l'individu soit étendu pour l'examen d'autres clauses. Ainsi, si le contrat de travail s'attache à la satisfaction de besoins économiques et nécessite que la force de travail soit mise dans le commerce, la personne est, quant à elle, soustraite de la commercialité. Ce principe est constant et

869 J. RIVERO, « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. Soc.* L'auteur souligne que ces libertés publiques sont reconnues par la jurisprudence, notamment par l'arrêt Corona (C. Et. 1er fév. 1980, *Dr. Soc.* 1980, 310, *Juri social*, 1980, F. 62.) relatif à des dispositions du règlement intérieur qui « portent atteinte aux droits de la personne » et les conclusions du commissaire du Gouvernement Bacquet selon lequel « les mesure du règlement intérieur relatives à l'organisation générale de l'entreprise ne sauraient comporter en principe des atteintes aux libertés publiques et notamment au droits de la personne. »

870 D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995, propose une étude critique de ce que l'on peut poser comme un principe. L'auteur recherche comment on est parvenu à faire du travail le centre de nos relations individuelles et sociales. Infra n°538 et suiv.

871 G. LYONCAEN, « Les principes généraux en droit du travail », Etudes offertes à G.H. Camerlynck, Dalloz 1978, page 40 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. Soc.* 1982, 621. L'article L. 4121 al. 1 du code du travail dispose par ailleurs « l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République, en particulier la liberté individuelle du travail » ; J. PELISSIER, article précité.

872 Cass. Soc. 19 nov. 1996, *Bull. V.,* n°392, *Dr. Soc.* 1997, 95 obs. G. COUTURIER.

873 Solution préconisée par Monsieur Pélissier in « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. Soc.* 1988, 387, spéc. I. A. 2 et article précité.

trouve un renforcement dans les articles 16 et suivants du Code civil qui affirment la primauté de la personne interdisant notamment qu'il soit porté atteinte à la dignité de la personne et déclarant nulles les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain.[874] En conséquence, les clauses qui lient l'occupation d'un emploi à un état physique de la personne, comme les clauses de poids, devraient être déclarées illicites.

b) La conformité à la convention collective

Le contrat est créateur de droits, mais il est aussi soumis à l'ordonnancement juridique, notamment celui de l'entreprise, il est alors récepteur du droit. Concernant les clauses relatives à l'emploi, la question de l'articulation du contrat par rapport à la convention collective n'est pas novatrice. Néanmoins, on peut se demander si une convention collective peut imposer, sans le relais du contrat de travail, des sujétions au salarié qui intrinsèquement ne relèvent pas du contrat de travail. En effet, l'insertion de telles clauses permet à l'employeur d'étendre le champ de l'exécution normale du contrat, de dépasser le cadre général et normal de la prestation de travail dans la définition des obligations liant le salarié. L'article L. 1352 du Code du travail semble cependant répondre par l'affirmative. On sait, de plus, qu'une convention collective peut subordonner des droits conventionnels à des obligations qu'elle institue ellemême. Mais dans cette hypothèse la solution est justifiée parce que cette obligation est la contrepartie d'un droit. Tel n'est pas le cas d'une clause d'essai qui évince les règles instituant les « droitsdéfense » de l'emploi, ce n'est pas le cas encore pour une clause de nonconcurrence qui porte atteinte à la liberté du travail, pour une clause de quota ou une clause de dédit formation. Pourtant la Cour de cassation, retenant le principe de l'effet impératif de la convention a retenu cette solution notamment à propos des clauses de nonconcurrence.[875]

Cette jurisprudence n'emporte toutefois l'adhésion. En premier lieu, on peut soutenir que le silence du contrat de travail doit être interprété comme une disposition plus favorable que la sujétion imposée par la convention. Il n'y a pas alors déclin de l'effet normatif de la convention collective mais simplement application du principe de faveur, le

874 Article 16 et 165 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain. Voir pour les premiers commentaires : BYC, *J.C.P.* 1994, I 3788 ; J. MASSIP *G.P.* avril 1995, p. 433 ; également, « Le corps humain et le droit », travaux de l'association H. CAPITANT, t. XXVI, 1975, spéc. la contribution de F. CHABAS, « Rapport sur le corps humain et les actes juridiques en droit français. »

875 La Cour de cassation a d'ailleurs opéré un revirement de jurisprudence. Dans un arrêt du 5 déc. 1974 (*Bull. V.,* n°594), elle refusait à défaut de mention expresse dans le contrat et alors que la convention collective prévoyait cette obligation de nonconcurrence, que cette dernière soit opposable au salarié. Les juges du fond statuaient également dans ce sens, C.A. Dijon, 18 juin 1969, *D.* 1969, 690, note DESPAX, « La convention collective ne pouvait directement mettre à la charge d'une ancienne salariée une obligation de nonconcurrence, alors que rien dans le contrat de travail de celleci n'avait été prévu à cet effet. Une telle obligation ne peut dès lors peser sur le salarié qu'à travers le relais du contrat individuel de travail ». Mais la Chambre sociale est revenue sur cette position dans un arrêt du 9 juill. 1976, *J.C.P.* 1978 II n°18853, obs. Y. MAYAUX ; *D.* 1977, 338, note CRIONET. La même solution est appliquée à propos de la période d'essai : en l'absence de clause contraire dans le contrat de travail les dispositions de la convention collective s'appliquent « de plein droit », Cass. Soc. 13 mars 1990, *R.J.S.* 5/90 n°346.

contrat de travail n'envisageant pas une obligation étant réputé plus favorable que la convention collective.[876] Mais on peut aller plus loin et se demander si la convention collective, source de droit pour le salarié, peut, par principe, être une source d'obligation. Ainsi, la doctrine estime que si la convention collective peut réglementer l'usage d'une clause de nonconcurrence, par exemple, elle ne peut pas en imposer l'usage.[877] Au demeurant, la jurisprudence exige que le débiteur ait connaissance de l'étendue exacte des obligations mises à sa charge. A défaut, la clause est jugée inopposable lorsque relativement à une clause d'essai les juges estiment que dans le silence du contrat l'employeur devait mettre en état le salarié de connaître l'étendue de ses obligations résultant de l'application de la convention collective.[878] La même solution a été adoptée lorsque l'employeur veut opposer au salarié la réalisation de l'objet pour lequel le contrat était conclu.

En second lieu, on peut penser que l'usage du pronom « nul » dans la rédaction de l'article L. 1202 du Code du travail a vocation à désigner l'employeur, les cocontractants euxmêmes ou n'importe quel tiers au contrat de travail dès lors que l'acte ou l'action porte atteinte aux droits et libertés.[879] Cette disposition invite le juge, en cas de litige, à un contrôle de l'utilité de la mesure critiquée. Dans le cadre des clauses relatives à l'emploi, on peut penser que le caractère souvent général des dispositions des conventions collectives ne fonde pas, sans le relais du contrat de travail, une justification pertinente *a priori*. Par exemple pour une clause de nonconcurrence, en vertu l'article L. 1202 du Code du travail une convention collective ne saurait imposer *de jure* à l'ensemble des salariés relevant d'une catégorie professionnelle, les agents de maîtrise ou les cadres, l'obligation de nonconcurrence. En effet, ce ne sont pas tous les emplois relevant de cette catégorie qui peuvent justifier une clause de nonconcurrence. L'introduction de clauses particulières dans le contrat de travail tend à renforcer le caractère subjectif de chaque situation d'emploi. Les sujétions qui en découlent doivent voir leur validité confrontée à l'emploi luimême, l'article L. 1202 y invite en faisant référence à la nature de la tâche à accomplir.

2 La conformité de la clause à l'intérêt de l'emploi

L'entreprise en raison de son fonctionnement, de sa finalité, impose un ordre et limite les

876 A cet égard, on peut souhaiter que les rédacteurs des conventions collectives prennent soin d'exiger un renvoi exprès au contrat afin de rendre l'obligation opposable au salarié.

877 M. DESPAX, Droit du travail, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, 2ème éd. n°59 et suiv. ; Y. SERRA, *La concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz 1991, n°108 et suiv. ; G. COUTURIER, Droit du travail, P.U.F. 1994, t. 2, *Les relations collectives*, n°207 ; dans le même sens encore, Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec 1990, n°171.

878 Cass. Soc. 23 avril 1997, *Bull. V.,* n°143, *Dr. Soc.* 1997, 641 obs. G. COUTURIER ; Cass. Soc. 29 mars 1995, *Bull. V.,* n°112, *D.* 1996, 127.

879 L'article L. 1202 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

libertés du salarié, mais les contraintes ne sauraient être totales. Or les clauses spéciales insérées dans le contrat de travail permettent à l'employeur de s'assurer de l'exécution du contrat par l'extension du champ de la subordination, celles inhérentes au contrat de travail à laquelle s'ajoutent celles créées par le contenu du contrat. La nature des conséquences juridiques s'en trouve ainsi modifiée puisque la mise en oeuvre de la clause affecte non pas le contrat dans son essence mais sa simple exécution, la Cour de cassation jugeant que le refus d'exécuter le contrat constitue une faute qui peut être qualifiée de grave. La contractualisation de sujétions particulières opère donc un glissement de qualifications juridiques. En effet, l'exécution, ou plutôt l'inexécution du contrat relève du droit disciplinaire, ce qui peut avoir pour effet d'évincer par ricochet d'autres qualifications.[880] Tel est par exemple le cas pour la clause de mobilité qui permet à l'employeur de changer le lieu d'affectation du salarié sans affecter l'armature du contrat de travail. En l'absence de clause de mobilité, le contrat devrait être considéré comme modifié, et la cause de la modification relever notamment du livre III du Code du travail. Le jeu du contrat conduit donc à évincer des règles d'ordre public ce que condamne pourtant l'article 6 du Code civil, qui interdit de déroger par voie de convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. Pourtant, les conséquences de la validité *a priori* des clauses relatives à l'emploi sont importantes, une sanction disciplinaire allant jusqu'au licenciement peut être prononcée et, sous couvert d'accord de volontés, le salarié perd le bénéfice des « droitsdéfense » de l'emploi. La Chambre sociale de la Cour de cassation n'en a pas moins validé la licéité de ces clauses, laissant néanmoins la voie ouverte à leur contrôle même si pendant longtemps le principe de la force obligatoire des contrats a prévalu.

En effet, on peut remarquer que l'utilisation de l'outil « contrat » permet à l'employeur d'obtenir ce que le salarié aurait pu légitiment lui refuser sur le terrain du pouvoir. Le mécanisme de la clause de mobilité est particulièrement significatif. La frontière entre le contrat et le pouvoir devient difficile à cerner.[881] De plus, en matière contractuelle le pouvoir du juge se révélait particulièrement réduit, la Cour de cassation déniant aux juges du fond tout pouvoir d'appréciation de l'utilité de la clause.[882] Cependant, la loi du 31 décembre 1992 soumet le contenu du contrat de travail à l'examen du juge. L'article L. 1202 du Code du travail confirme, d'une part, que les clauses soumettant le salarié à des obligations pouvant porter atteinte à ses droits et libertés ne sont pas forcément illicites mais, d'autre part, la loi en subordonne la validité aux principes de finalité et de proportionnalité. On remarque l'évidente similitude de rédaction de ce texte avec l'article L. 12235 alinéa 1 du Code du travail[883] ; on peut donc rechercher dans l'interprétation de cette disposition un fil conducteur. Cependant, sur le plan procédural, on peut constater

880 Sur le mécanisme des qualifications conventionnelles induites, S. FROSSARD, *Les qualification juridiques en droit du travail*, Thèse Lyon 1997, p. 209 et suiv.

881 J.M. BERAUD, « L'évolution de la jurisprudence récente en droit du travail », in *Travail et Emploi Rhône Alpes*, 4ème trim. 1993, 1er trim. 1994, page 27 et du même auteur, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 529.

882 Spécialement, Cass. Soc. 13 oct. 1988, bull494, voir également les articles de M. Béraud, précités.

que le règlement intérieur peut être soumis à un contrôle *a priori* de sa légalité,[884] ce qui n'est pas le cas au titre de l'article L. 1202. Un tel examen apparaît difficilement transposable lorsque le salarié, demandeur à l'action, est lié par son contrat de travail. L'exception d'illégalité que porte l'article L. 1202 du Code du travail pourra donc être mobilisée lors de la mise en oeuvre de la clause. Il appartiendra au juge de rechercher si l'atteinte portée aux droits et libertés du salarié est justifiée par des contraintes spécifiques relatives soit à l'organisation de l'entreprise ou à la nature de l'emploi occupé.

On peut penser que les principes de finalité et de proportionnalité recoupent, au moins pour partie, la notion « d'intérêt de l'entreprise » utilisée par la Cour de cassation. Cette notion « d'intérêt de l'entreprise » est une création jurisprudentielle et lui donner un contour s'avère difficile. Néanmoins, cette notion cadre a une finalité,[885] le recours à l'intérêt de l'entreprise est utilisé pour poser des limites à l'exercice par l'employeur de ses prérogatives.[886] Sa fonction est de servir d'étalonnage de la décision patronale, le contrôle du juge est désormais un contrôle de la pertinence des clauses. Il en résulte que l'exercice du commandement d'exécution du contrat n'est pas *ipso facto* légitime, un cran est passé, il ne s'agit plus ici de se positionner face à l'allégation d'un détournement de pouvoir, il s'agit de finaliser l'acte. Autrement dit, l'intérêt de l'entreprise ne peut pas être compris seulement comme une justification au service de l'employeur. Le salarié doit pouvoir discuter de cette opposition afin de savoir si l'équilibre, postulé par le contrat est respecté. La notion d'intérêt de l'entreprise aurait ainsi une fonction de conciliation.[887] L'hypothèse doit être précisée parce que les intérêts du salarié et de l'entreprise sont

883 Article L. 1202 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » ; article L. 12235 : « *Le règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement . Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*. » Voir arrêt Corrona, C. Et., 1er fév. 1980, *Dr. Soc.* 1980, 310, *Juri social*, 1980, F. 62.

884 Articles L. 12236 et L. 12237 du Code du travail.

885 La notion d'intérêt de l'entreprise est plus fonctionnelle que conceptuelle. En ce sens, H. Le NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise*, Thèse, Rennes, 1985. J.E. RAY et J.M. MOUSSERON, *Doit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons, 1991, n°205 ; G. COUTURIER, « L'intérêt de l'entreprise », Ecrits en l'honneur du Professeur J. Savatier, P.U.F. 1992 et M. DESPAX, *L'entreprise et le Droit*, *L.G.D.J.*, 1957, n°393.

886 En ce sens, M. Couturier, article précité. Selon l'auteur toute affirmation de l'intérêt de l'entreprise comporte nécessairement une limitation des droits de l'entrepreneur.

887 H. Le NABASQUE, précité, n°71 ; La justification de la notion d'intérêt de l'entreprise est de « concilier les intérêts des salariés avec l'autorité de l'employeur et les nécessités de gestion. » Cette formule rend compte de la difficulté de cerner cette notion d'intérêt de l'entreprise à laquelle on associe le pouvoir de l'employeur mais également les nécessités de gestion. Mais on soulignera la complexité des rapports entre ces intérêts voire même leur opposition. En effet, l'intérêt de l'employeur peut être aisément différencié de l'intérêt des gestionnaires, lesquels sont aussi différents des intérêts des associés.

contradictoires.[888]

Si l'on veut confronter dans une optique de conciliation les intérêts de l'entreprise et du salarié, il importe, afin de rendre fonctionnelle cette conciliation, de rechercher un point de comparaison commun. On peut ainsi examiner au delà de l'idée générique « d'intérêt de l'entreprise » ce qui doit être légitimement protégé, en la cause, pour l'entreprise de même que pour le salarié. L'emploi, l'intérêt de l'emploi, peut être un dénominateur commun ; il est porteur en lui d'un conflit. En effet, on ne peut pas écarter tout intérêt de l'entreprise à la protection de l'emploi, support de son activité économique et l'intérêt du salarié à la protection son « statut » juridique et social s'impose. Les décisions rendues dans le domaine des clauses créatrices de sujétions particulières dans le champ de l'emploi semblent confirmer que l'intérêt de l'entreprise est jaugé au travers du prisme de l'emploi : connaissance de procédés de fabrication, relation avec la clientèle, investissement important en matière de formation professionnelle notamment confrontés à la liberté du salarié d'exercer une activité professionnelle. L'article L. 1202 du Code du travail semble bien ouvrir un véritable contrôle judiciaire du contrat de travail. L'évolution est importante ; comme le souligne M. Béraud, « le contrat se trouve donc soumis au même type de contrôle que la décision patronale unilatérale, il n'est plus légitime du seul fait qu'il est contrat. Plus qu'une évolution, il pourrait bien y avoir là une révolution. »[889]

Conclusion du titre second

Le rapport établi entre l'entreprise et l'emploi opère rattachement à un ordre juridique, celui du travail subordonné. Ce rattachement est objectif, mais on peut penser qu'il ouvre lors de sa formation sur une situation, quant à elle, subjective. Cette subjectivité s'exprime par et dans le contrat de travail, contrat classé parmi les contrats *intuitus personae*.[890] Si la personne du cocontractant est importante dans la relation professionnelle c'est bien parce que la prestation de travail procède des compétences professionnelles que le salarié peut mettre à la disposition de l'entreprise.[891] L'employeur lorsqu'il entend pourvoir un emploi ne recherche pas n'importe quelle « force de travail » mais une certaine compétence professionnelle requise par la définition même de « l'emploi-fonction ». De ce point de vue, il y a une forme de personnification de l'emploi, plus précisément même du poste de travail, une fois l'embauche conclue. Il apparaît alors que l'emploi n'entretient pas avec le contrat de travail qu'une relation de genre. L'examen conduit au constat de

[888] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°69, « La situation d'emploi est par nature contradictoire parce que les parties au contrat recherchent des buts différents, chacun se servant de l'emploi pour tenter de donner à la relation les caractéristiques qui lui conviennent. » Le salarié recherche la stabilité de son contrat de travail, l'entreprise entend protéger un élément « d'actif. ».

[889] J.M. BERAUD, « L'évolution de la jurisprudence récente en droit du travail », in *Travail et Emploi Rhône Alpes*, 4ème trim. 1993, 1er trim. 1994, page 27 ; « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 529.

[890] G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F., 3ème éd., 1996 ; M.-A. PEANO, « *L'intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, 129.

l'intrication du contrat et de l'emploi. On peut, en effet, estimer que les composantes de l'emploi relèvent de l'armature du contrat. A l'inverse, sans doute trouvera-t-on des éléments contractualisés par les parties, une place de parking par exemple, sans rapport avec « l'emploi-fonction ». Toutefois, le principe de l'intangibilité du contrat amène aussi à considérer que toute remise en cause d'un élément du contrat porte atteinte à l'emploi, au lien d'emploi biensûr. Il n'est donc pas erroné de considérer que la problématique de la protection de l'emploi se transporte très largement sur le terrain de la rupture du contrat de travail. A l'évidence, les mécanismes de protection de l'emploi sont mobilisés lorsque la situation juridique d'emploi est elle-même remise en cause. Dans cette perspective, l'idée première de la remise en cause de l'emploi semble renvoyer à des considérations d'ordre économique, relevant de l'ordre de l'organisation de l'entreprise. Cette approche serait cependant réductrice, certes le contrat de travail subit les contraintes d'organisation de l'entreprise, mais la remise en cause de l'emploi peut aussi être générée par le salarié lorsque ses capacités professionnelles sont altérées. C'est notamment sous ces deux angles que l'analyse des mécanismes de protection de l'emploi doit être envisagée. Elle permettra en outre de vérifier que la protection de l'emploi exprime du point de vue des intérêts en cause une conciliation entre l'ordre du possible du point de vue de l'organisation de l'emploi par le chef d'entreprise et l'ordre du socialement souhaitable du point de vue du salarié.[892]

[891] Ce n'est pourtant pas sous cet angle que *l'intuitus personae* est généralement présenté, Cf., PEANO, article précité. L'étude porte sur la prise en compte des éléments de la personnalité du salarié ce qui semble pourtant relever d'une autre problématique, à tout le moins ne devraitelle pas couvrir les capacités professionnelles du travailleur ? Les éléments de la personnalité sont accessoires et doivent être en rapport avec l'emploi pour être des éléments pertinents lors de la procédure de recrutement. Supra n°160 et suiv.

[892] Infra n°531 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Partie II : La construction juridique de la protection de l'emploi

En érigeant l'emploi comme modèle du travail salarié, la société industrielle a consacré une double dépendance pour le travailleur. L'une est juridique, le contrat de travail place le salarié dans un rapport de subordination, l'autre est sociale parce que l'emploi sert de fondation aux garanties sociales développées en faveur des travailleurs salariés. Cette dépendance a orienté de façon décisive la fonction du droit du travail. Il est en effet présenté comme un ensemble de règles destiné à protéger le salarié, même si cette représentation doctrinale est critiquée. Si l'on accepte la démonstration selon laquelle l'emploi est une catégorie pertinente du droit du travail, il concrétise parmi l'hétérogénéité des situations juridiques d'emploi la situation juridique de droit commun et ne justifie, *a priori*, que la fonction de protection propre au droit du travail ne soit pas adaptée à la protection de l'emploi qui est l'une de ses composantes. D'ailleurs, si l'étude juridique de l'emploi entreprise par M. Gaudu tend à la mise en cohérence d'un système normatif, l'auteur n'envisage l'emploi que sous l'uniformité d'une situation juridique. Aussi, indépendamment de la nature du contrat de travail l'auteur observe qu'une situation juridique d'emploi fait naître pour le salarié un droit à la poursuite de l'exécution de son contrat de travail. Toutefois dans cette perspective, la stabilité du lien contractuel ne peut pas être appréciée de la même façon selon qu'elle concerne un contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée. Elle n'est pas de même nature parce que dans le contrat à durée déterminée les cocontractants ont, dès l'origine, fixé l'ampleur du besoin que le contrat de travail a pour vocation de satisfaire.[893] Cette prévision justifie la

stabilité juridique inhérente au contrat à durée déterminée. En revanche, si par opposition l'emploi doit être strictement compris comme étant lié à une division de l'activité normale et permanente de l'entreprise, le droit à la poursuite du contrat de travail apparaît subordonné spécialement à l'organisation économique de l'entreprise, mais surtout d'une façon plus générale au droit reconnu à chaque partie de rompre unilatéralement un contrat de travail à durée indéterminée. L'idée de stabilité du contrat de travail semble alors relative. Au surplus, il est observé que l'idée de protection est très vague, sinon ambivalente.[894]

La situation juridique née de l'occupation d'un emploi par un salarié ne saurait être soustraite à cette dialectique qui traverse l'ensemble du droit du travail. La notion d'emploi porte d'ailleurs en ellemême un conflit d'intérêts entre la part d'actif qu'il représente pour l'entreprise et la revendication de l'emploi comme un « droit » pour le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée. Dès lors, en tenant pour acquise la démonstration de M. Gaudu selon laquelle la situation d'emploi fait naître pour le salarié un droit à la poursuite de son contrat de travail, il semble intéressant de rechercher quels sont les principes, les mécanismes qui assurent ce droit, lorsque spécifiquement le travailleur occupe un emploi dans l'entreprise. A cet égard, la validité de l'opposition entre les situations juridiques d'emploi, loin de s'estomper, se renforce. Ainsi, audelà de la polysémie du terme emploi une convergence semble se dessiner entre l'emploi (au sens macroéconomique) dans son opposition au chômage, et l'emploi (au sens microéconomique) comme situation juridique protégée. A la question posée de savoir si à l'intérieur du droit du travail il est pertinent de rechercher un système de règles tendant à assurer la protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise, on a pu répondre par l'affirmative. Cette construction se manifeste par l'existence d'un lien d'emploi. Ce lien permet, en effet, d'élaborer une construction ordonnée autour de la notion d'emploi rendant cohérent un ensemble de normes orientées vers la même finalité, fût elle empreinte d'ambivalence. Effectivement, on sait que l'emploi met en cause, non seulement des intérêts propres aux acteurs de l'emploi dans l'entreprise mais, plus encore, l'intérêt général parce que l'emploi fonde un statut social. Dans cette perspective que doiton comprendre par « protection de l'emploi » ?

En effet, en érigeant l'emploi comme objet de protection, il serait légitime de rechercher une concordance entre les règles juridiques de protection de l'emploi et l'emploi microéconomique. Mais, on a pu remarquer qu'une telle corrélation apparaît vaine. L'emploi microéconomique n'est donc pas, en soi, objet de protection. Une autre dimension de l'emploi apparaît dans le contrat de travail qui en est le support juridique. On pourrait donc penser que les règles de protection de l'emploi ont en fait pour objet le contrat de travail. Dès lors, il n'y aurait pas à proprement parler de protection de l'emploi mais protection du contrat. Mais, on a relevé que cette approche n'est pas plus satisfaisante que la précédente.[895]

[893] Le contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, il est conclu pour une tâche précise et temporaire.

[894] En ce sens, G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Néanmoins, d'une façon générale l'idée de protection de l'emploi du salarié ne peut se départir du schéma contractuel et s'articule autour de la notion d'emploi. La protection de l'emploi semble pouvoir être recherchée dans la force d'un lien unissant le salarié à l'entreprise : la protection de l'emploi tendrait au maintien du salarié dans une situation juridique d'emploi, que l'emploi économique ait disparu ou bien que le contrat de travail ait été modifié voire rompu. Il importe alors de rechercher quels sont les moyens juridiques qui permettent de faire valoir pour le salarié un droit au maintien du lien d'emploi (Titre I). Mais la reconnaissance de ce droit au maintien dans un emploi ne vaut que pour autant qu'il est juridiquement attaché à l'occupation d'un emploi concrétisé par un contrat de travail à durée indéterminée. Assez paradoxalement, cette tendance récente du droit du travail atténue la différenciation entre les situations juridiques d'emploi. En effet, la précarité économique, propre aux formes atypiques de travail, qui affecte désormais les situations d'emploi, engendre une précarité sociale née de la discontinuité entre les périodes de travail et de chômage. Dans cette perspective, au titre pourtant des politiques d'emploi, s'opère une dénaturation de la catégorie « emploi ». Cette contradiction résulte de la confusion du niveau d'analyse de la notion d'emploi (emploi macroéconomique et emploi microéconomique) dans la lutte contre le chômage. En conséquence, la remise en cause de l'emploi comme situation juridique de droit commun rendrait vaine toute construction tendant à la protection du lien d'emploi. La discussion est aujourd'hui largement ouverte, il conviendra d'examiner les pistes proposées (Titre II).

titre I: les mécanismes de protection de l'emploi

L'exigence de la protection de l'emploi dans le droit du travail invite liminairement à rechercher le fondement de cette orientation nouvelle. Sans qu'il soit utile d'analyser le mouvement économique des pays industrialisés, même pour le juriste, le constat de l'évolution croissante du chômage s'impose : passant, pour la France, d'environ sept cent mille personnes en 1968 à plus de trois millions en 1996.[896] Les règles de droit du travail ne pouvaient manifestement pas ne pas tenir compte de l'évolution du contexte économique. Comme le soulignait un auteur en 1988, « le droit du travail doit favoriser l'emploi et non lui nuire. »[897] Pourtant si cette ligne d'analyse s'impose plus encore aujourd'hui, on doit bien constater qu'elle implique une évolution remarquable, non achevée d'ailleurs, d'équilibre, au sein de notre société, entre l'entreprise et l'intérêt général. Ainsi, la protection de l'emploi dans l'entreprise ne peut se départir d'un débat de

[895] Supra n°133 et suiv.

[896] Source I.N.S.E.E. Il s'agit ici simplement de donner les chiffres qui en euxmêmes sont sujets à de multiples interprétations, les modes de calcul ayant été modifiés à de nombreuses reprises. Voir notamment *Le Monde* 1er août 1996, pour une fourchette allant 3 065,6 (juin 1996) à 3 383,5 millions de demandeurs d'emploi. Pour une vue complète de l'évolution du travail en France, O. MARCHAND et C. THELOT, *Le travail en France 18002000*, Nathan, Paris, 1997.

[897] G. LYONCAEN, « Le droit du travail dans les nouvelles politiques d'emploi » *Dr. Soc.* 1988, 548.

fond sur les fonctions de cette dernière, sur les conflits d'intérêts en présence et partant sur le pouvoir et son exercice par le chef d'entreprise. Le rapport demandé par le Président de la République en 1975 ayant pour thème la réforme de l'entreprise rendait déjà compte de ces interrogations.[898] Il était remarqué que si l'entreprise a bien une fonction essentielle dans nos sociétés industrialisées, parce qu'elle est la base de notre économie, sa gestion ne peut plus être guidée par la seule rationalité économique mais qu'elle doit faire une place importante aux objectifs d'ordre humain et social.[899] Cependant, si on insistait sur la rénovation du dialogue social ainsi que sur la participation des travailleurs, il n'était alors guère question de l'emploi saisi comme situation juridique dans l'entreprise. En effet, la politique de l'emploi et la contribution de l'entreprise à l'intérêt général s'attachaient alors plus à l'entrée dans l'emploi par la création de nouveaux postes de travail et à ce qui était alors les prémices du grand chantier de la formation professionnelle. Mais de la protection de l'emploi menacé il n'était pas véritablement discuté tant le marché du travail demeurait encore fluide, et rendre l'entreprise débitrice d'une obligation de sécurité de l'emploi semblait quelque peu saugrenu.[900]

Cependant, n'est-il pas hasardeux, parce que ne reposant sur aucune vérification scientifique, de prétendre justifier l'évolution de la teneur des règles de droit en confrontation avec un contexte économique certes mesurable mais ouvrant sur la notion d'intérêt général difficile à définir et à cerner ? Pourtant, cette notion d'intérêt général renvoie aux fonctions assignées à l'entreprise et à la dualité sa fonction économique et ses missions sociales. L'intervention du droit du travail se situerait donc cette opposition entre le « social », malgré l'imprécision conceptuelle du terme,[901] et « l'économique ». Ramener à l'action du droit, c'est alors opposer la rationalité juridique définie comme une limitation mutuelle des intérêts en présence, à la rationalité économique de l'entreprise tournée vers la recherche de la productivité et la réduction des coûts, dont celui de l'emploi semble toujours compressible. Il est donc permis de rechercher, à l'aune d'un environnement économique, quels sont les intérêts socialement les plus dignes de protection et de surmonter cette opposition par la recherche d'une valeur supérieure entre, d'une part, les intérêts de l'entreprise et ceux des travailleurs et, d'autre part, une conception de la société c'estàdire des buts qu'elle entend s'assigner. Or il appartient bien au droit d'exprimer ces buts, dont celui du respect de la personne est une expression irréductible. En conséquence, parce que l'entreprise a un besoin certain d'un salariat attractif, parce que les salariés aspirent à une juste répartition des charges et parce que, à quelque moment que ce soit, l'intérêt général commande qu'il soit tenu compte de l'homme, il peut être légitimement assigné au droit, plus spécifiquement au droit du travail,

898 Rapport du comité présidé par P. SUDREAU, *La réforme de l'entreprise*, Collection 10/18, 1975.

899 Rapport précité, pages 21 et suiv.

900 *Ibid.* page 196. « Certains tiennent même aujourd'hui les entreprises responsables de la sécurité de l'emploi (...) ».

901 Voir notamment, G. LYONCAEN, « Divagations sur un adjectif qualificatif » Mélanges J. Savatier, page 345 et A. JEAMMAUD, « Justice et économie : et le social ? », Revue Justices, Dalloz, 1995, p.107.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

une fonction, une finalité de protection du travail, de l'emploi tenu par un salarié dans l'entreprise, dès lors que l'on admet la place essentielle occupée par le travail salarié dans nos sociétés industrialisées.

En somme, cela revient à souligner l'instrumentalisation du droit du travail au service ici de la protection de l'emploi des salariés. Protéger l'emploi c'est situer le pouvoir du chef d'entreprise dans l'organisation et la gestion de l'entreprise notamment au regard de la rupture du contrat de travail. Il a été écrit que réaliser le droit de l'emploi ce serait prendre l'emploi comme but, mais que si l'employeur conserve le pouvoir de licencier, il ne saurait y avoir de droit à l'emploi.[902] Certes, le pouvoir de rompre le contrat n'est pas remis en question mais on peut remarquer que dans l'ordre du pouvoir le licenciement tend à devenir *l'ultima ratio*. Autrement dit, l'exercice du pouvoir par l'employeur est désormais soumis à la contrainte de la protection de l'emploi, sans que l'action de gestion de l'entreprise ne soit toutefois paralysée. Ainsi, il apparaît que le repérage des obligations juridiques qui correspondent à une véritable contrainte confrontée aux pouvoirs de direction et de gestion de l'employeur permet d'appréhender cette évolution de la manière la plus féconde.

Appréhender les mécanismes de protection et leur donner une cohérence permet de rendre compte de l'exigence de l'emploi comme paramètre nouveau du droit du travail.[903] Sans doute cette exigence prend corps dans la construction plus vaste d'un droit de l'emploi dont on a justement fait remarquer qu'il a pour principal objet le contrat de travail, tant en amont puisqu'il tend à en faciliter la conclusion, qu'en aval pour en préserver l'existence. C'est sur ce second point que l'on entend se situer, c'estàdire celui de la protection de l'emploi du salarié en raison de la remise en cause de l'emploi laquelle trouve son origine dans une décision de gestion qui affecte également le contrat de travail. C'est donc bien autour du contrat qu'il faut approfondir l'analyse, le contrat dans son contenu et dans son adaptation au changement.[904] En effet, le contrat de travail demeure bien la pierre angulaire de la construction du droit du travail et partant du droit de l'emploi dont il semble être le principal ressort. Ainsi, les mécanismes de protection de l'emploi ne doivent pas être regardés comme de simples alternatives au licenciement, ils sont de véritables éléments de contrainte qui heurtent les pouvoirs de direction et de gestion de l'employeur.

Fruit d'une lente évolution dont on peut dire que l'emploi n'était pas objet de protection mais plutôt moyen de protection, c'est autour du contrat que s'organise sa propre pérennité. Au fond, des mécanismes découverts ou adaptés du droit des obligations, la contrainte légale ont progressivement endigué la rupture *de facto* du contrat de travail en raison de la survenance d'un élément contrariant son exécution. Par la reconnaissance d'un lien d'emploi s'organise la protection de l'emploi (Chapitre I). Toutefois, si ce modèle de protection du lien juridique s'est, pendant longtemps, révélé

902 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°70 et suiv. Supra n°133 et suiv.

903 Droit de l'emploi, Dalloz Action, 1997, déjà A. BENOIT, *Vers un droit de l'emploi*, Thèse Paris I, 1976.

904 A. LYONCAEN, « Actualité du contrat de travail, brefs propos », *Dr. Soc.* 1988, 540 ;

suffisant, c'est par un resserrement autour du pouvoir que l'exigence de l'emploi s'est imposée. Dès lors, s'il n'a pas été question de remettre en cause le droit de rompre unilatéralement le contrat par l'employeur, c'est bien vers un encadrement du pouvoir de disposer de l'emploi que le droit positif s'est orienté (Chapitre II). Sans doute auraton remarqué, mais cela ne peut surprendre dès lors qu'il s'agit de limiter un pouvoir, que cette protection de l'emploi est posée comme une contrainte. Elle se définit négativement par rapport aux prérogatives inaliénables du chef d'entreprise propriétaire des moyens de production. Aussi, peutil être fructueux de rechercher dans la volonté des acteurs de l'entreprise une démarche positive de maintien de l'emploi, par le biais de la négociation (Chapitre III).

Chapitre I : La protection de l'emploi par le maintien d'un lien d'emploi

Les règles sont constituées à partir d'une situation juridique précise. L'emploi, en tant que situation juridique justifietil la finalité de protection assignée aux règles ? En effet, on peut soutenir que l'emploi est une situation objective liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise saisie par le droit, dont seul le contrat de travail à durée indéterminée doit rendre compte. On a ainsi pu dire que l'emploi est un élément de la structure de l'entreprise et que le contrat de travail à durée indéterminée est fonctionnellement approprié pour concrétiser l'emploi. A la différence, la tâche, par nature précise et temporaire, portée par le contrat à durée déterminée a une utilité économique réduite que le terme ou la réalisation de l'objet épuisent. De la sorte, et plus spécifiquement en droit du travail, si l'on peut parler de stabilité du contrat à durée déterminée c'est au nom de la force obligatoire de la volonté des parties de s'engager jusqu'à l'échéance fixée. En revanche, dans le cadre du contrat de travail à durée indéterminée si le droit de résiliation unilatérale marque une protection de la liberté individuelle, on peut se demander, indépendamment des règles régissant sa rupture, si les parties n'ont pas un intérêt à la stabilité du contrat de travail conclu à durée indéterminée ? L'occupation d'un emploi ne génèretelle pas une nécessaire protection de la relation contractuelle. Autrement dit, les règles juridiques, en droit du travail, ne tendraientelles pas à un équilibre « naturel » entre la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée et la permanence de l'emploi ?

Effectivement, il ne peut échapper que les obligations nées du contrat de travail intéressent directement l'emploi puisque l'obligation du travailleur consiste en la mise à disposition de ses compétences professionnelles et, que si l'employeur doit en contrepartie verser un salaire, il doit avant tout fournir du travail. L'emploi dans l'entreprise matérialise donc une division de l'activité de l'entreprise, organisé selon une rationalité de production. On peut donc supposer que l'occupation d'un emploi dans l'entreprise justifie les exigences de durée et de stabilité induites par le contrat de travail à durée indéterminée. Aussi, il faut se demander quels sont les moyens que le droit mobilise afin de faire coïncider l'activité économique (l'emploi) et son support juridique (le contrat de travail à durée indéterminée). En effet, tant pour le salarié que pour l'entreprise l'inscription de la relation de travail dans la durée implique une souplesse indispensable que le contrat de travail semble à même de fournir. A cet égard, deux remarques s'imposent. En premier lieu, il serait réducteur d'analyser le maintien du contrat de travail

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

seulement du point de vue de l'exigence morale attachée à la protection de la personne ; il est néanmoins vrai qu'elle est aussi indispensable parce qu'à la source d'autres protections, notamment sociales et qu'elle est le moteur de l'évolution récente du droit positif. Mais, la stabilité du contrat sert également l'intérêt de l'entreprise parce qu'elle loue une compétence professionnelle appropriée à la qualification requise par l'emploi. L'emploi conjugue donc des intérêts tendant à la stabilité du lien contractuel. En second lieu, il convient de souligner la difficulté de mettre en cohérence la diversité des mécanismes qui tendent à assurer la stabilité du contrat de travail. D'une part, si le contrat semble, par sa ressource propre, concourir à l'objectif de stabilité de la relation d'emploi, on vise là le mécanisme de la suspension, il apparaît, d'autre part, qu'il s'avère aussi insuffisant. La loi a été amenée à instituer des règles de stabilité en faveur du salarié, on pense ainsi à la poursuite du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur ou à la priorité de réembauchage. Le constat de la diversité des sources, tendant cependant à une finalité unique, apporte donc un argument décisif à l'intérêt porté à l'emploi, plus précisément au lien d'emploi unissant l'entreprise au travailleur titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Ainsi que le souligne la doctrine,[905] le contrat de travail est appelé à se transformer, il s'adapte naturellement à l'évolution de la relation de travail, « il doit changer pour durer ». Mais l'idée d'adaptation ne rend pas totalement compte de l'intérêt de l'emploi en vue du maintien du salarié dans l'entreprise. En revanche, le maintien d'un lien d'emploi, comme mécanisme de protection de l'emploi, semble plus approprié.[906] En effet, l'intérêt de l'emploi est à même de justifier le maintien du contrat de travail malgré l'inexécution des obligations essentielles ; le maintien du lien d'emploi semble garanti par la ressource du contrat de travail au travers d'un droit à la suspension de l'exécution du contrat (Section 1). Mais, alors que la ressource du contrat s'avère insuffisante à garantir le maintien du lien d'emploi (respect de l'effet relatif des conventions, rupture du contrat), l'étude de certains dispositifs légaux laisse transparaître au profit du titulaire de l'emploi un droit d'opposer une prérogative de maintien du lien d'emploi (Section 2).

Section 1 : Un droit à la suspension de l'exécution du contrat de travail

Le contrat, loi des parties aux termes de l'article 1134 du code civil alinéa premier, doit être exécuté ; son inexécution est un fait contraire au droit. Conclu afin de produire des effets de droit, l'exécution des obligations localise le contrat dans le temps. Ainsi selon l'analyse doctrinale convientil alors de distinguer les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive, cette distinction permettant de rendre compte du facteur temps dans l'exécution du contrat.[907] A l'évidence, le contrat de travail, contrat de

905 F. GAUDU, *Le contrat de travail*, Connaissance du droit, Dalloz 1996 ; voir également, A. BOUILLOUX, « L'adaptabilité du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1998, 487.

906 Supra n°133 et suiv.

907 J. GHESTIN, Traité de droit civil, t. II, *La formation du contrat*, 3ème éd., 1993, n°30 ; et du même auteur, *Les effets du contrat*, t. III, n°116 ; J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, *L.G.D.J.*, 1969.

louage, suppose par sa nature même une exécution prolongée ; il s'inscrit dans une certaine durée.[908] Cette emprise sur l'avenir marque tout à la fois la force de la volonté des parties, leur confiance, mais aussi la faiblesse d'un instrument face à l'aléa. En effet, selon une jurisprudence établie[909] et, sauf accord des volontés, l'engagement initial est immuable, le contrat à exécution successive engendre une certaine rigidité, compensée cependant par une souplesse lorsque entravé dans son exécution par un obstacle temporaire, le juge impose le maintien du contrat.[910] Il a ainsi été souligné, que l'inexécution de ce contrat, parce que la volonté des contractants anticipe sur l'avenir, affecte non seulement les parties mais également plus ou moins directement les tiers, le contrat ne remplissant plus alors son utilité économique.[911] Toutefois, concernant le droit commun des contrats, cette mesure de suspension n'est envisagée que comme une voie de justice privée activée par le créancier de l'obligation temporairement non exécutée. Cet effet suspensif relève de l'exception d'inexécution qui est la prérogative pour chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle il est tenu tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. Le mécanisme de la suspension n'a donc pas d'existence autonome, sauf à avoir fait l'objet d'une stipulation spécifique dans le contrat.

En droit du travail, à l'inverse, la mesure de suspension du contrat apporte une protection immédiate aux contractants, spécialement au salarié, alors même qu'aucune disposition particulière ne figure dans le contrat. Il s'agit là d'une déformation d'une règle civile établie par le juge adaptée aux nécessités propres du contrat de travail.[912] A ce titre, la doctrine remarque que le mécanisme de la suspension du contrat révèle l'esprit contemporain du droit du travail qui tend à assurer la stabilité de l'emploi.[913] Si ce constat mérite d'être souligné, il doit aussi être précisé. En effet, l'expression stabilité de l'emploi recouvre le droit au maintien du contrat de travail opposable à la rupture, mais également l'effet du mécanisme de la suspension c'estàdire le retour dans l'emploi occupé initialement par le salarié. C'est dans cette vision d'ensemble que la suspension du

908 Cette conception inscrivant la relation de travail dans la durée a marqué une rupture avec le mode d'embauche journalière.

909 Cass. Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876, 1, 193. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, n°144.

910 Le mécanisme de la suspension fut d'abord introduit dans notre droit positif par le juge civil. A propos de la maladie, Cass. Civ. 3 déc. 1934, *D.H.* 1935, 84

911 Voir notamment, J. TREILLARD, « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du lien contractuel*, sous la direction de P. DURAND, *L.G.D.J.*, 1960, page 60 ; P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, T. II, Dalloz 1950, n°414 et suiv. ; J.F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979, Chron. XV ; G.H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°282.

912 Voir, J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. Soc.* 1988, 387.

913 Notamment, A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°606 et suiv., G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°203 et suiv. ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°245 ; Ph. LANGLOIS, « Contre la suspension du contrat de travail », *D.* 1992, Chron., XXIX.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

contrat doit être comprise comme un véritable mécanisme de protection de l'emploi. Mais, c'est aussi ce qui a conduit un auteur à préciser que « ***la stabilité de l'emploi n'est qu'une donnée, tout au plus un moyen au service d'une finalité qui transcende la suspension***. »[914] En ce sens, la suspension du contrat comprise également comme un mécanisme de retour dans l'emploi occupé est bien un moyen de protection et non l'objet même de la protection. Autrement dit, et le développement du champ d'application de la suspension l'atteste, la stabilisation de la relation de travail par cet outil du contrat vise d'abord à affirmer un droit ou une liberté en relation avec la personne du travailleur. Tel fut originellement le cas pour la suspension du contrat du salarié victime d'un accident du travail, ou de la salariée pendant sa maternité. Mais on peut aussi remarquer que, les causes de suspension se multipliant, les finalités ont changés et sans doute s'orienteton aujourd'hui plus vers une protection de l'emploi. La conception synallagmatique du contrat est ici occultée et il revient pour partie à l'employeur en maintenant le contrat, et pour partie à la collectivité en assurant une continuité du revenu, de protéger l'emploi.[915]

Enfin, on remarquera que ce mécanisme de protection de l'emploi, s'accorde assez bien, avec l'idée que seul un emploi permanent justifie de techniques spécifiques de protection. En effet, la notion de contrat à exécution successive engendre une dualité entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée. Dans le cadre du contrat à durée déterminée, qui n'a pas pour objet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, et alors même que le travailleur bénéficie du droit à la suspension de son contrat de travail, une disposition expresse édicte que « ***la suspension du contrat à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance de ce contrat.*** »[916] Ainsi, et lorsque le contrat est conclu de date à date, la suspension du contrat pour cause de maladie ne fait pas obstacle à l'échéance du terme, il prendra fin à la date fixée sans être prolongé de la durée de la suspension. Il en va de même lorsque qu'en vertu de l'article L. 5211 du Code du travail, le contrat de travail est suspendu pour fait de grève,[917] ou lorsque la suspension es relations contractuelles trouve sa cause dans un arrêt de travail consécutif à un accident du travail.[918]

Paragraphe I : Les hypothèses du droit à la suspension du contrat de travail

La suspension est donc une technique de protection de l'emploi qui consiste à maintenir

914 J.M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Thèse Lyon,1980, page 117. L'auteur remarque ainsi, avec justesse, que « lorsque le législateur décide que l'employeur doit laisser à ses salariés le temps nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, la suspension du contrat de travail n'a pas été posée en tant que moyen de sauvegarder la stabilité d'un emploi qui aurait été menacé, mais en tant que donnée nécessaire au fonctionnement de l'institution. » Contra Ph. LANGLOIS, art. précité.

915 En ce sens, A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 74 et suiv.

916 Article L. 12235 du Code du travail.

917 La grève prolongée audelà du terme prévu ne saurait entraîner la prorogation du contrat conclu de date à date, Cass. Soc. 21 nov. 1984, *Bull. V.,* n°445.

918 Article L. 132323 du Code du travail ; Cass. Soc. 4 nov. 1988, *Cah. Prud'h.* 1989, page 58.

le rapport contractuel malgré un événement qui entraîne provisoirement l'inexécution des obligations nées du contrat.[919] Elle permet donc d'exprimer la protection de valeurs que le jeu traditionnel du contrat ne permettrait pas d'assurer et marque ainsi l'empreinte de la personne physique dans le contrat à côté de sa fonction strictement économique. Un lien d'emploi unit donc le salarié à l'entreprise et justifie, comme l'ont déjà montré certains auteurs, qu'au delà de la notion abstraite de suspension du contrat, il s'agit plus exactement de suspension des obligations principales et plus spécifiquement de l'obligation pour le salarié de fournir sa prestation de travail. Effectivement, parce que le contrat est maintenu les obligations accessoires, secondaires, quant à elles demeurent,[920] tout lien avec l'entreprise, et spécifiquement avec l'emploi, n'étant pas totalement distendu. Nées de réponses jurisprudentielles, reprises parfois par le législateur ou crées par lui, les causes de suspension du contrat n'ont cessé de se multiplier rendant vain tout effort de systématisation.[921] Néanmoins, on observera que deux conditions essentielles doivent être réunies. Il faut, d'abord, un obstacle à l'exécution normale du travail, ce qui permet d'écarter du propos les suspensions causées par la prise des repos ou congés qui relèvent de l'accomplissement du contrat. Il est indispensable, enfin, que cet obstacle soit de nature temporaire, tout empêchement définitif tenant soit à la fourniture soit à la prestation de travail devant conduire à la rupture du contrat, par la voie balisée du licenciement. Reste aussi, à exclure du champ de la suspension/protection celle qui trouve sa source dans le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, même s'il n'est pas tout à fait incongru de remarquer que la mise à pied disciplinaire ou préventive comporte pour le salarié une certaine part de protection ; l'une et l'autre ne sontelles pas pour la première dans l'échelle des sanctions une de celles qui maintient le salarié dans l'entreprise malgré sa faute, la seconde devant permettre à l'employeur de mesurer la portée des faits reprochés avant d'opter pour la sanction ?

Cependant, malgré la multiplicité des causes de suspension, conviendil encore de distinguer selon que le salarié ou l'entreprise en a l'initiative.

1 La suspension à l'initiative du salarié

Empêchant la rupture, en raison même du motif, cause de l'inexécution de la prestation de travail, mais ne paralysant pas le droit de l'employeur de rompre le contrat, c'est en faveur du salarié que se sont développés les motifs légitimes de suspension du contrat. Mais les mobiles inspirant, au début de ce siècle, le législateur mêlaient tout autant la protection de l'individu au travail que l'intérêt pour l'Etat d'organiser la défense nationale. Ainsi les premières lois organisant la suspension du contrat de travail visaient les salariés appelés pour des périodes militaires soit en raison de l'incorporation pour le Service National, soit pour un engagement pour durée de guerre.[922] Quant aux premières

[919] J. SAVATIER et J. RIVERO, *Droit du travail*, n°450 et suiv.

[920] J. PELISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in Etudes de droit du travail offertes à A. Brun, Librairie économique et sociale 1974, p. 427 ; également J.M. BERAUD, thèse précitée.

[921] O. GODARD, Suspension du contrat, *JurisClasseur*, Fasc. 2815.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

dispositions reconnaissant la dimension de la personne au travail, elles légitimèrent un droit à suspension du contrat de travail pour la femme enceinte[923] alors que, et malgré la loi de 1888 relative à la responsabilité de l'employeur en matière d'indemnisation des salariés victimes d'un accident du travail il fallut attendre une décision de la Cour de cassation du 10 juillet 1975 pour que le recours à la notion de force majeure soit abandonné au profit du licenciement,[924] et une loi du 7 janvier 1981 pour que soit clairement posé le principe de la suspension du contrat de travail pendant l'arrêt provoqué par un accident du travail ou une maladie professionnelle.[925]

Sans reprendre de façon systématique et exhaustive l'ensemble des causes offrant au salarié un véritable droit temporaire à la suspension de son obligation de fournir sa prestation de travail, tout au moins peuton tenter d'en dresser un panorama en faisant ressortir les fondements justifiant ce mécanisme.

En premier lieu, soulignant l'importance de la personne dans la relation de travail, une nécessaire protection du corps du salarié s'est imposée même si le fondement initial doit être recherché plus dans la protection de la maind'oeuvre (préserver la capacité de travail des salariés) que dans la reconnaissance pour le travailleur d'un droit à son intégrité physique.[926] L'état de santé du travailleur, le rendant inapte à exécuter temporairement ses obligations, a ouvert un droit à la suspension du contrat. Cette protection minimale d'abord posée comme principe par la jurisprudence a expressément été reconnue par la loi en matière d'accident du travail (article L. 122321 du Code du travail) et consacrée implicitement par la loi du 31 décembre 1992 (article L. 122244 du Code du travail) pour la maladie ordinaireIndépendamment de la maladie, l'état de grossesse de la femme justifie, au titre de la protection de la maternitéun droit à la suspension de l'exécution du contrat de travail pour une période qui commence six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine dix semaine après la

922 Notamment loi du 18 juillet 1901, loi du 2 août 1949 et loi du 27 mars 1956. Cf. J. TREILLARD, article précité. On sait cependant que désormais en vertu de l'article L. 12218 du Code du travail le contrat de travail du salarié appelé au Service National est rompu, sauf disposition conventionnelle contraire mais que le salarié bénéficie à l'issue de cette période d'un droit de reprise de son emploi avec bénéfice des avantages qu'il avait acquis au moment de son départ. Par exemple, Cass. Soc. 14 mars 1983, *Bull. V.,* n°147 ; Cass. Soc. 4 mars 1992, *ibid.* n°156.

923 Loi du 27 nov. 1909 instaure la suspension du contrat de la femme pour huit semaines qui précèdent et suivent l'accouchement. La loi du 4 janv. 1928 porte cette durée à douze semaines.

924 Cass. Soc. 10 juill. 1975, *Bull. .V.,* n°339. Se reporter notamment à l'étude de G.H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°271.

925 Loi n°833 du 7 janv. 1981, article L. 122322 du Code du travail.

926 Lequel ne sera d'ailleurs explicitement reconnu que par la loi n°821097 du 23 déc. 1982, article L. 23181 du Code du travail. Cette disposition permet au travailleur de se retirer d'une situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente pour lui un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Toutefois ce droit de retrait, qui en raison d'un abandon légitime de poste de travail ne doit entraîner ni perte de salaire ni sanction disciplinaire, ne peut s'assimiler à un droit à suspension dès lors que l'employeur peut lui confier un autre travail correspondant à sa qualification professionnelle, article L. 2318 du Code du travail.

date de celuici.[927]

En second lieu, le mécanisme de la suspension du contrat est mis en oeuvre afin d'assurer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, et s'attache alors moins à la protection de l'emploi.[928] Au demeurant, elle demeure le moyen le plus efficace pour permettre aux représentants, élus ou désignés, d'exercer leurs missions pendant le temps de travail et de ne subir, grâce au crédit d'heures, aucune perte de salaire.[929] Mais également, comme l'a remarqué M. Béraud, la suspension du contrat a pour effet fondamental, outre de suspendre les obligations principales liées à l'exécution du contrat, de distendre également le lien de subordination.[930] Or, bien que se trouvant dans l'aire de l'entreprise, c'est le mécanisme de la suspension qui permet au salarié en mission de garantir sa liberté d'action, l'instauration de bons de délégation ainsi que l'obligation d'information n'étant justifiés que lorsqu'ils sont nécessaires à la bonne organisation de l'entreprise ou à sa sécurité.[931] A ces missions de représentation collective, au sein de l'entreprise, peuvent être rattachées les causes de suspension ayant trait à l'exercice par le salarié de fonctions « citoyennes » ou « politiques ». Ainsi les contrats de travail des salariés représentants au conseil d'administration des sociétés anonymes, des conseillers prud'homaux,[932] des conseillers du salarié,[933] du parlementaire[934] ou de l'élu local sont, selon des modalités diverses, suspendus.

En troisième lieu, et à elle seule, la suspension du contrat pour fait de grève manifeste l'instrumentalisation de ce mécanisme comme moyen de protection d'une liberté reconnue constitutionnellement.[935] En effet, ce n'est qu'en prenant parti contre la

[927] Article L .12226 du Code du travail, issu de la loi n°77766, du 12 juillet 1977 ;

[928] Supra n°123 et suiv.

[929] Selon les articles L. 41220, alinéa 5, L. 4241, alinéa 2, L. 4341, alinéa 3, du Code du travail, le temps de délégation « *est de plein droit considéré comme temps de travail effectif et payé à échéance normale.* »

[930] J.M. BERAUD, thèse précitée, page 177 et suiv.

[931] Par exemple, Cass. Crim. 12 avril 1988, *Bull.* Crim. n°155 ; Cass. Soc. 28 fév. 1989, *Bull. V.,* n°143.

[932] Article L. 5141 du Code du travail, relatif à l'exercice des fonctions. De surcroît, l'article L. 5143 du même Code enjoint aux employeurs « *d'accorder aux salariés, membres d'un conseil de prud'hommes, sur leur demande, dès leur élection et pour les besoins de la formation des autorisations d'absence, dans la limite de six semaines par mandat (…).* »

[933] Article L. 1221414, issu de la loi du 18 janv. 1991, dans une limite de quinze heures par mois.

[934] Article L. 122241 du Code du travail, ouvre droit au candidat à un crédit de vingt jours ouvrables. Mais ces jours sont soit imputés sur la durée des congés payés du salarié et à défaut ne donne pas lieu à rémunération de la part de l'employeur. L'article L. 122242 ouvre droit, quant à lui à une suspension du contrat de travail du salarié élu jusqu'à l'expiration de son mandat.

[935] L'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame : « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.* »

rupture de la relation contractuelle qu'est assuré l'exercice du droit. On le sait, le débat doctrinal fut âpre et ce n'est qu'en 1951, que la Haute Juridiction trancha, pour des faits antérieurs à la loi du 4 février 1950, en faveur de la suspension et non point de la rupture.[936] Il faudra donc que la loi précitée, reprenant cette importante solution jurisprudentielle précise expressément que « ***la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié*** » ; le contrat est donc suspendu.[937]

En quatrième lieu, il apparaît remarquable dans l'évolution législative actuelle que tend à s'affirmer de façon très nette un droit pour le travailleur à la suspension temporaire de son contrat. Effectivement, une fois encore, cet instrument permet de servir les finalités politiques exprimées par le corps social tel que, par exemple, celle de la famille en ouvrant droit, sous certaines conditions, à un congé parental d'éducation.[938] A cet égard, le droit conventionnel a notablement enrichi la liste légale des congés exceptionnels pour événements familiaux[939] qui suspendent pour une brève durée l'exécution du contrat et invitent à remarquer l'émergence d'un véritable droit, conditionné, pour le salarié de s'absenter. L'exemple le plus signifiant est le congé sabbatiqueau regard spécialement de sa durée.[940] Mais surtout, et alors que la voie ne semble pas encore pleinement explorée, il faut souligner que la suspension peut se mettre effectivement au service de l'emploi. On peut ainsi interpréter le dispositif de congé formation qui permet au salarié, à son initiative, d'obtenir une interruption d'une durée limitée de l'exécution de son contrat afin d'accéder à un niveau supérieur de qualification, de changer d'activité et de s'ouvrir plus largement à la culture et à la vie sociale.[941] De moindre considération, car limité à une très courte de durée, on rattachera également à ce mouvement le bilan compétence. Ce qui reste donc à tracer en ce domaine, est sembletil, de l'avis d'une doctrine autorisée, un réaménagement de l'exécution du contrat de travail afin de faire se succéder, sans que le lien d'emploi avec l'entreprise ne soit rompu, des périodes de travail *stricto sensu* alternées avec des périodes de formation du travailleur.[942] Concernant l'emploi, le mécanisme de la suspension aurait donc vocation à disparaître puisque l'objet du contrat

936 Cass. Crim. 28 juin 1951, *Dr. Soc.* 1951, 474, rapport PATIN, *D.* 1951, 542 et Cass. Soc. 28 juin 1951, *Dr. Soc.* 1951, 532 ; *Les grands arrêts* n°10.

937 Cass. Soc. 25 avril 1952, *Dr. Soc.* 1953, 433 et 535 ; 9 mars 1978, *Jurisp. Soc. U.I.M.M*, 1978, 209. On remarquera que sauf au RoyaumeUni, la grève en ellemême ne rompt pas le contrat de travail. Cf., G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°980.

938 Article L. 122281 du Code du travail.

939 Article L. 2261 du Code du travail : mariage, naissance, décès.

940 Article L. 122327 du Code du travail qui dispose que « *le salarié a droit, dans les conditions (…), à un congé sabbatique, d'une durée minimale de six mois et d'une durée maximale de onze mois, pendant lequel son contrat de travail est suspendu.* »

941 Article L. 9311 du Code du travail. On soulignera, que selon des études internes à l'A.F.P.A. les congés individuels formation se sont depuis les années quatrevingt totalement détournés de leur ouverture culturelle et sociale, ces stages étant mis à profit par le salarié pour assurer lui même l'évolution de sa qualification professionnelle ou se réorienter.

serait redéfini non plus uniquement autour de l'exécution par le salarié d'une prestation mais autour du concept plus vaste d'activité.[943]

2 La suspension à l'initiative de l'employeur

Présenté comme un instrument de protection de l'emploi au service du salarié, la suspension du contrat de travail joue un rôle de sauvegarde du lien contractuel encore plus manifeste lorsqu'une menace sur l'emploi est imputable à l'employeur.[944] En effet, si pour prévenir une désorganisation de la production l'employeur peut toujours retarder certaines demandes de suspension,[945] la non fourniture de travail par l'employeur, au regard d'une analyse synallagmatique stricte du contrat, a pour conséquence le nonpaiement du salaire. De plus, hors contexte économique, l'employeur peut être amené à décider unilatéralement de ne plus fournir le travail pour « sauvegarder l'outil de travail ».[946] En somme, à une inexécution de la prestation de travail en raison de la grève, peut répondre une inexécution de fourniture de travail, à la remarque que le lockout patronal est imposé à des salariés non grévistes. Dans un cas comme dans l'autre un régime spécifique a été élaboré afin de faire face tant à l'aléa économique qu'à la fermeture temporaire de l'entreprise pour fait de grève.

Concernant, la suspension pour cause économique, l'article L. 35125 du Code du travailmet en place un droit à une allocation spécifique au profit des « ***salariés qui, tout en restant liés à leur employeur par un contrat de travail, subissent une perte de salaire imputable soit à la fermeture temporaire de l'établissement qui les emploie, soit à la réduction de l'horaire de travail habituellement pratiqué dans l'établissement en deçà de la durée légale du travail***. » Cette disposition invite donc à distinguer la réduction de l'horaire de la fermeture temporaire de l'établissement, seule cause de suspension du contrat de travail. Recouvrant, en fait, diverses situations mais ayant toutes un motif économique, on parle alors de « mise à pied économique ».[947] La fermeture d'établissement peut aussi trouver son origine dans un événement relevant de

942 Voir infra n°544 et suiv. Notamment pour les premières pistes de cette réflexion : D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994 ; A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995.

943 Pour une analyse critique, voir infra n°531 et suiv.

944 G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°224.

945 Par exemple, si l'employeur ne peut refuser une demande de suspension du contrat, il peut néanmoins différer le départ en congé : article L. 1223220 du Code du travail pour le congé sabbatique ; article L. 9313 du Code du travail pour le congé formation. Au demeurant, l'employeur peut dans ces hypothèses faire appel à du personnel de remplacement, tel étant l'objet de contrat à durée déterminée (article L. 1221 et L. 12211 1°) ou du contrat de travail temporaire (article L. 1242).

946 B. TEYSSIE, Droit du travail 2. *Relations collectives de travail*, 2ème éd., Litec 1993, n°843.

947 Ou bien de « chômage partiel total », de « chômage partiel bloqué » ou encore « d'horaire zéro ».

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

la force majeure, on parle alors de « chômage technique. »[948] Pourtant dans les deux cas, que les éléments caractérisent la force majeure ou que la fermeture résulte de l'aléa économique,[949] seule la notion de suspension permet de rendre compte de la situation,[950] l'employeur ne remplit pas son obligation, de fourniture du travail et, parce que le travailleur n'en accomplit aucun, il ne perçoit pas de rémunération. L'analyse contractuelle, maintenue par la Cour de cassation,[951] apparaît rigoureuse pour le salarié et le fait par contrecoup participer au risque de gestion de l'entreprise duquel il doit pourtant être dégagé. C'est pourquoi, le législateur a instauré une contribution à la charge de l'Etat sous la forme d'une allocation spécifique qui se double d'une aide conventionnelle pour les salariés relevant d'une branche d'activité où un accord d'indemnisation complémentaire a été conclu. En outre, et alors que la perte de rémunération est partiellement comblée, l'absence de fourniture de travail devrait s'analyser en une modification du contrat que le salarié n'est pas tenu d'accepter, auquel cas l'employeur devra licencier, le motif étant d'ordre économique.[952] Toutefois, comme le signalait une partie de la doctrine,[953] il semble qu'une distinction s'impose selon la durée de la mise au chômage puisque le salarié ne pourrait se prévaloir d'une modification de son contrat de travail qu'en cas de chômage partiel total à durée indéterminée. *A*

948 G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F., 1990, n°224.

949 L'aléa économique doit être distingué de la force majeure et la Chambre sociale, à juste titre, refuse cette assimilation. Cass. Soc. 28 avril 1986, *Bull., V.* n°179, *D.* 1987, 475, note KARAQUILLO ; Cass. Soc. 30 janv. 1996, *Dr. Soc.* 1996, 422 ; 20 fév. 1996, *R.J.S.* 4/96, n°388 ; 20 oct. 1993, *Bull., V.* n°240.

950 Sur le plan collectif, la fermeture totale, d'une partie de l'établissement ou encore affectant au moins un groupe différencié de salariés affectés à la même activité (Circ. Du 15 juill. 1985, « chômage partiel total », *Liaisons Sociales,* 1985, législ. n°5687) implique que l'employeur ait consulté le comité d'entreprise, sur le fondement de l'article L. 4321 du Code du travail (compétence générale en matière d'emploi). Cass. Crim. 7 oct. 1980, *Liaisons Sociales*, n°4971 ; Cass. Soc. 29 janv. 1981, *Jurisp. Soc. U.I.M.M*, 1981, n°417.

951 Cass. Soc. 7 mars 1989, *Bull. V.,* n°184 ; Cass. Soc. 9 mars 1989, *Bull. V.,* n°206 ; Cass. Soc. 7 mars 1990, *Jurisp. soc. U.I.M.M.*,1990, p. 229. Le salarié ne peut demander réparation à son employeur pour cette suspension de son contrat de travail que si celuici a manqué à ses obligations légales ou conventionnelles, c'estàdire de démontrer que l'employeur n'a pas été diligent pour requérir auprès de services compétents l'autorisation de recourir au chômage partiel bloqué. Cass. Soc. 12 juill. 1989, *Bull. V.,* n°533 ; *C.S.B.P.* 1989, A. 44, 2ème esp. « La mise en chômage partiel, qui suspend l'exécution du contrat de travail, ouvre droit, non au paiement d'un salaire, mais à l'allocation spécifique prévue à l'article L. 35125 du Code du travail, sauf manquement de l'employeur à ses obligations légales ou conventionnelles »; Cass. Soc. 30 sept. 1992, *Dr. soc.* 1992, 999, *Bull. V.,* n°490, Egalement, Cass. soc. 26 novembre 1987, *Bull. V.,* n°694, *D.* 1988, SC., 311, 1ère esp., obs. A. LYONCAEN, *J.C.P.* 1988, éd. E. II, 15125, p. 147, n°8, obs. P.H. ANTONMATTEI ; Cass. Soc. 9 mars 1989, *Bull. V.,* n°206, *J.C.P.* 1989, éd. E. II, 15578 ; n°10, obs. P.H.ANTONMATTEI ; Cass. Soc. 12 mars 1991, *D.* 1991, IR., 91.

952 En ce sens, Cass. Soc. 5 oct. 1979, *Bull. V.,* n°687. Pourtant, de façon discutable la Chambre sociale semble admettre que la modification ne peut pas être considérée comme substantielle lorsqu'elle est de courte durée. Cass. Soc. 7 mars 1989, *Bull. V.,* n°184 ; 5 juill. 1989, *ibid.* n°505 ; 25 avril 1990, *R.J.S.* 1990, n°465. En outre, s'agissant des représentants du personnel, l'employeur devra mettre en oeuvre la procédure protectrice c'estàdire en demander l'autorisation à l'inspecteur du travail. Cass. Soc. 15 fév. 1984, *Dr. Ouv*. 1984, p. 393.

, la mise au chômage partiel pour une durée brève et limitée dans le temps ne modifierait pas le contrat. Par une décision récente, la Cour de cassation a énoncé que « ***la mise au chômage partiel du personnel, pendant la période d'indemnisation prévue par l'article L. 35125 du Code du travail ne constitue pas une modification du contrat de travail.*** »[954] Cette décision ne remet pas en cause la protection du lien d'emploi assurée par le mécanisme de la suspension du contrat de travail. Mais à la lumière de l'évolution jurisprudentielle relative à la modification du contrat de travail,[955] on remarquera que la non fourniture du travail entre dans le champ des « conditions de travail » lesquelles relèvent du pouvoir de direction de l'employeur. C'est souligner, par contrecoup, que le refus par le salarié du changement de ses conditions de travail peut constituer une faute grave, alors que le montant du salaire, élément contractuel par nature, est pourtant affecté. Ne voiton pas une prima de la rationalité économique sur le raisonnement juridique,[956] que la protection de l'emploi du salarié doit être satisfaite aux jeux du juge, même au prix d'un raisonnement peu convainquant.

Le lockout patronal relève d'une tout autre logique et fait l'objet d'une conception stricte. En effet, si le lockout est une riposte à la grève, il n'est pas un droit pour le chef d'entreprise. Lorsque l'employeur se soustrait unilatéralement à son obligation principale de fournir du travail et corrélativement prive le salarié de sa rémunération, par la fermeture de l'entreprise ou d'un de ses secteurs de production, il doit justifier d'une situation contraignante rendant impossible la poursuite normale de son activité.[957] Alors seulement échappetil à sa responsabilité contractuelle. Le juge[958] recherche les faits justificatifs légitimant la décision patronale tantôt dans la force majeure qui, à l'instar du chômage partiel, empêche temporairement le fonctionnement normale de l'entreprise.[959] Ainsi par exemple, la régularité de la fermeture de l'entreprise a été admise lorsque l'entreprise n'est plus approvisionnée en électricité[960] ou encore, lorsqu'ayant sollicité des

953 Notamment, G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1996, n°173 ; G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1994, n°225.

954 Cass. Soc. 18 juin 1996, *Dr. Soc.* 1996, 978, *C.S.B.P.* n°84, p. 269, *Semaine Sociale Lamy* n°807, p. 7.

955 Supra n°192 et suiv.

956 Une conséquence notable est de ne pas mettre à la charge de l'employeur le droit du licenciement pour motif économique.

957 Cf. B. TEYSSIE, Droit du travail 2. *Relations collectives de travail*, 2ème éd., Litec 1993, n°866 et suiv. ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°1021 et suiv.

958 Cf. notamment, J.Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 4ème éd. 1992, *L.G.D.J.*, n°592 et suiv. Egalement, J.E. RAY, « Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève. Evolution jurisprudentielle et légale (19881991) », *Dr. Soc.* 1991, 768.

959 Il est abondamment souligné que la référence à la force majeure n'est pas, sur le plan théorique, totalement satisfaisante. Il s'agit plus d'une situation contraignante, le caractère d'irresistibilité étant seul retenu. Cf. ouvrages précités. Cass. Soc. 25 fév. 1988, *Bull. V.,* n°135, *J.C.P.* 88, éd. E, II, 15235, obs. B. TEYSSIE.

960 Cass. Soc. 18 janv. 1979, *Bull. V.,* n°52 ; 17 mars 1983, *ibid.* n°174 ; 25 fév. 1988, *ibid.* n°135.

pouvoirs publics une évacuation des lieux de travail, celleci n'est pas réalisée.[961] Mais en tout état de cause l'empêchement de fournir du travail doit être absolu, il ne suffit pas que le travail des salariés ait été rendu plus difficile ou plus onéreux.[962] Les juges se fondent aussi sur l'expression du pouvoir de direction de l'employeur, voire de son devoir, afin que soit assurée la sécurité dans l'entreprise, notamment dans des cas où un risque de violence est sérieux[963] ; l'appréciation de la licéité du lockout se faisant sur le plan des rapports collectifs.[964] Le déclenchement de la grève appartient aux salariés, la fermeture temporaire de l'entreprise à l'employeur et l'initiative de la suspension engendre des conséquences spécifiques notamment sur le plan de la rémunération. Exercice d'un droit, la grève ne peut être sanctionnée sauf faute lourde, le salarié ne percevant simplement plus son salaire. A l'égard des non grévistes, l'employeur, sauf cause légitime, ne peut sans faute ne plus fournir le travail et donc suspendre la rémunération. Dès lors, dans l'hypothèse du prononcé d'un lockout irrégulier l'employeur commet une faute contractuelle et sera tenu de réparer par des dommagesintérêts le préjudice résultant pour le travailleur de la perte de salaire.[965]

Paragraphe II : Les effets de la suspension de l'exécution du contrat de travail

Pendant la suspension de son contrat de travail, le salarié continue juridiquement à appartenir à l'entreprise. La suspension du contrat fait partie du dispositif de protection de l'emploi dans le sens où, sans aller jusqu'à interdire le licenciement, ce mécanisme ne permet pas au chef d'entreprise de tirer de la cause de l'inexécution un motif de rupture du contrat.[966] C'est donc bien autour de la résistance du contrat à la rupture que doivent s'analyser les principaux effets de la suspension, sans toutefois omettre que cette mise en sommeil du contrat laisse intact pour le salarié comme pour l'employeur des droits et obligations.

1 Le droit au maintien du lien d'emploi

961 Cass. Soc. 18 oct. 1952, *Dr. Soc.* 1953, 32

962 Cass. Soc. 10 janv. 1973, *D.* 1973, 453, obs. H. SINAY, *Dr. Soc.* 1973, 433, obs. J. SAVATIER.

963 Cass. Soc. 2 déc. 1964, *Bull. V.,* n°809, *Les grands arrêts*, n°26 ; Cass. Soc. 8 déc. 1977, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1977, p. 57 ; Cass. Soc. 21 mars 1990, *Bull. V.,* n°131.

964 On ne retiendra pas pour cette étude la justification fondée sur l'exception d'inexécution lorsque l'exercice du droit de grève est manifestement illicite, grève perlée, grève tournante. En effet, l'exception d'inexécution ne concerne que les salariés grévistes, dont le contrat d'ailleurs n'est pas suspendu. Cf. J.M. SPORTOUCH, « La fermeture d'entreprise en cas de conflit collectif », *Dr. Soc.* 1988, 682.

965 Cass. Soc. 24 janv. 1968, *Bull. V.,* n°51 ; Cass. Soc. 26 janv. 1972, *Dr. Soc.* 1972, 395, obs. J. SAVATIER ; Cass. Soc. 1er juill. 1985, *Juri social*, 1985, F.77.

966 Notamment, Ph. LANGLOIS, « Contre la suspension du contrat de travail », *D.* 1992, Chron., XXIX.

Eriger le mécanisme de la suspension comme un instrument de protection de l'emploi ne peut procéder que d'une analyse finalement assez récente. En effet, assurer que le contrat n'est pas rompu par le seul fait de l'inexécution par le salarié de son obligation de fournir sa prestation de travail est une chose. Une autre est de permettre que pendant cette période il ne puisse être tiré argument de la cause de la suspension pour mettre fin au contrat, d'une part, et que, d'autre part, le salarié recouvre l'emploi qu'il occupait avant l'interruption temporaire de celuici. Mais là encore, une approche globale des causes de suspension est rendue difficile. Néanmoins, une ligne conductrice semble pouvoir être dégagée au regard des valeurs qui sont protégées.

a) L'encadrement du droit de licencier

L'évolution du droit positif permet de constater que la protection de l'emploi s'est d'abord faite dans le sens de l'affirmation du licenciement comme voie obligée de la rupture, et ensuite par l'énoncé de principe selon lequel la cause de la suspension ne peut fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement. Sans reprendre l'ensemble de cette évolution ni même s'en référer à la notion de prise d'acte par l'employeur, on remarquera, à titre d'exemple, que dans le cadre de la suspension du contrat pour maladie le juge avait décidé que si la maladie n'est pas en ellemême une cause de rupture, celleci, lorsqu'elle se prolonge, pouvait devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat.[967] Il a fallu attendre un arrêt de la Chambre sociale en date du 8 octobre 1977 pour revenir sur le terrain du droit du licenciement mais en laissant au travailleur la charge de la rupture, au motif de son imputabilité.[968] Ce n'est que par un arrêt du 13 juin 1990, que la Chambre sociale de la Cour de cassation a, enfin, tiré toutes les conséquences de la qualification de la rupture en reconnaissant au salarié le droit à l'indemnité de licenciement non seulement légale mais le cas échéant conventionnelle.[969]

Parallèlement, si la suspension doit offrir au salarié une forme de garantie d'emploi, c'est aussi dans la mesure où l'employeur ne peut fonder la rupture sur la cause de la suspension, valeur ainsi protégée. Le principe fut initié avec la solution apportée par la jurisprudence dans l'hypothèse de la maladie,[970] puis expressément édicté par les textes spéciaux relatifs à la maternité,[971] aux accidents du travail et maladies professionnelles,[972] ainsi qu'à la grève.[973] On observera que cette protection, pour les cas visés, est renforcée

967 Cass. Soc. 14 déc. 1960, *J.C.P.* 1961, II, 1985. Pour une critique de cette jurisprudence, se reporter à G.H. CAMERLYNCK, « La maladie du salarié constituetelle un cas de force majeure ? », *J.C.P.* 1961, II, 1609.

968 Cass. Soc. 29 juin 1977, *Bull. V.,* n°433. Le salarié ne pouvait pas alors prétendre aux indemnités de licenciement. Voir également X. BLANCJOUVAN, « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. Soc.* 1981, 207.

969 Cass. soc. 13 juin 1990, *Dr. soc.* 1991, 113. Cass. soc. 14 juin 1990 et Cass. soc.25 octobre 1990, *ibid.* Cf. J. SAVATIER, « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat de travail provoquée par l'état de santé du travailleur », *Dr. Soc.* 1991, 113.

970 En dernier lieu, Cass. Soc. 6 juill. 1994, *C.S.B.P.* 1994, n°63, B. 160 ; Cass. Soc. 10 oct. 1995, *R.J.S.* 12/95; n°1239.

973 Article L. 5211 Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

par l'article L. 12245 du Code du travail qui dispose notamment « *qu'aucune personne ne peut être (…) licenciée en raison de (…) en raison de son état de santé, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, de son handicap, ou qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard du salarié est nul de plein droit.* » Sans doute le législateur (la maladie non professionnelle faisant partie du champ d'application de cette disposition) a voulu mettre en lumière les valeurs dont la protection est assurée par la suspension ; il s'agit là d'un véritable renforcement du droit à l'inexécution du travail, avéré par la nullité d'une rupture fondée sur sa cause.

Cependant, la suspension du contrat ne paralyse pas totalement le pouvoir de l'employeur de licencier. Certes, et dans tous les cas, la cause de suspension ne peut fonder le motif de la rupture, mais il faut constater que relativement à un droit ou à la valeur protégée, la résistance du contrat à la rupture peut être renforcée. Elle l'est par une limitation des prérogatives de l'employeur et théoriquement par la sanction attachée à la méconnaissance de ces restrictions. La protection de l'emploi par la suspension est donc graduelle.

Lorsque sont visés la maternité ou l'accident professionnel, selon une rédaction voisine, l'employeur ne peut résilier le contrat que s'il justifie d'une faute grave du salarié, ou de l'impossibilité où il se trouve de maintenir, pour un motif étranger à la cause de la suspension, le contrat. Concernant la grève, le contrat ne peut être rompu sauf faute lourde du salarié.[974] Dans ces hypothèses, c'est avant tout le pouvoir disciplinaire de l'employeur qui est restreint. Ainsi, par exemple, pour la maternité ce n'est qu'au stade de la faute grave de l'intéressée, c'estàdire de celle qui met immédiatement l'employeur dans l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse, que la rupture peut être prononcée.[975] Quant à la faute lourde du salarié gréviste, faute personnelle, elle doit démontrer une faute que l'état d'insubordination ne peut justifier.[976] En revanche, le pouvoir de gestion et de direction du chef d'entreprise n'est pas affecté puisque peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement l'impossibilité pour le chef d'entreprise de maintenir le contrat, dont on a souligné qu'elle est, néanmoins, une notion

971 Le Conseil d'Etat avait déjà posé le principe de l'interdiction de congédier une salariée en état de grossesse et estimé que ce principe s'appliquait à toutes les femmes, occupant un emploi subordonné quel que soit le secteur de leur activité (public ou privé), leur statut ou leur absence de statut. C. Et. Ass. 8 juin 1973, *J.C.P.* 1973 II, 17957, note SAINTJOURS, *Dr. Soc.* 1976, 137, obs. LACHAUME.

972 Articles L. 12225, L. 122252 (on relèvera, en outre, que la protection contre le licenciement ne coïncide pas avec la durée de la suspension ; elle s'étend audelà afin d'éviter, au moins en principe, une rupture dès le retour de la salariée) et L. 122252 du Code du travail.

974 Article L. 122252, pour la maternité avec la précision que la faute grave ne doit pas être liée à l'état de grossesse ; articles L. 122322 et L. 5211 du Code du travail.

975 Avoir participé à des agissements frauduleux, Cass. Soc. 8 janv. 1991, *R.J.S.* 3/91, n°321. Mais la faute grave ne doit pas être liée à l'état de grossesse qui expliquerait alors le comportement fautif ; Cass. Soc. 3 juin 1971, *Bull. V.,* n°413 ; Cass. Crim. 9 avril 1976 *Bull. Crim.,* n°111.

plus étroite que celle de motif économiquedans le sens où l'existence d'une cause économique ne suffit normalement pas à la caractériser.[977] Il semble cependant que sur ce point la Cour de cassation ait tendance à infléchir sa position à travers une motivation qui n'affirme plus explicitement que le motif économique ne constitue pas nécessairement une impossibilité de maintenir le contrat mais que notamment les difficultés économiques peuvent constituer l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident.[978]

Indépendamment du motif propre de rupture, le caractère renforcé de la protection se situe sur le terrain des conséquences tirées de la violation par l'employeur de son impossibilité de licencier pendant la période de suspension. Il est prévu que le licenciement prononcé en méconnaissance des principes cidessus énoncés est nul.[979] Cependant, la nullité et son corollaire, la réintégration, reçoivent de la part du juge une application disparate et singulièrement anémiée.[980] De la sorte, concernant la maternité, la nullité visée par les textes devrait amener à la réintégration de la salariée, mais les juges, interprétant littéralement l'article L. 12230, estiment que malgré la nullité le contrat est rompu. L'issue est donc indemnitaire.[981] En revanche, s'appliquant à l'accident du travail ou à la grève les juges ont admis que la nullité entraîne pour le salarié le droit d'obtenir sa réintégration.[982] Ce sont là les garanties d'emploi les plus fortes.

Dans une moindre mesure, bien que cela soit discuté,[983] ce droit renforcé s'atténue lorsqu'en dehors de tout texte spécial, c'est la personne, au travers de son état de santé, qui est protégée. L'employeur ne peut pas se fonder sur la maladie pour justifier de la rupture du contrat de travail du salarié absent, l'article L. 12245 du Code du travail l'interdit. Toutefois, il peut être mis fin au contrat dès lors que le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse. En l'occurrence, cette cause peut licitement être trouvée

976 G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°1014 et suiv. Sont notamment relevés les actes portant atteinte à l'intégrité physique des personnes, à la liberté d'aller et venir, à la liberté de travailler ou des actes de dégradation volontaire de matériel.

977 J.Y. FROUIN, « La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident », *R.J.S.* 12/95, page 773. Cass. Soc. 30 janv. 1991, *Bull. V.,* n°43 et 16 déc. 1992, *ibid.* n°597.

978 Cass. Soc. 25 mai 1993, *Bull. V.,* n°142 ; Cass. Soc. 16 mars 1994, *Dr. Soc.* 1994, 517 ; Cass. Soc. 28 fév. 1995, *C.S.B.P.* 1995 n°69, S. 70.

979 Articles L. 12230 alinéa 2, L. 122322 alinéa 3, L. 12245 dernier alinéa, L. 5211 alinéa 3.

980 Voir, J. DJOUDI, « Les nullités dans les relations individuelles de travail », *D.* 1995, chron., 192. Supra n°149 et suiv.

981 Cass. Soc. 8 mars 1978, *Bull. V.,* n°172 ; Cass. Soc. 27 nov. 1990, *C.S.B.P.* 1991, n°48, S.28.

982 Pour l'accident du travail : Cass. Soc. 18 fév. 1988, pourvoi n°8543.794 ; pour la grève : Cass. Soc. 26 sept. 1990, *Bull. V.,* n°387 ; Cass. Soc. 4 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994, 720.

983 J.Y. FROUIN, article précité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

dans les conséquences attachées à l'absence pour maladie. En effet, de jurisprudence constante, que l'absence du salarié pour maladie soit de brève durée mais répétée ou qu'elle soit de longue durée, l'employeur peut arguer de la nécessité de remplacer ce salarié en raison de la désorganisation de l'entreprise, et ainsi justifier le licenciement.[984] Cela signifie que si les juges constatent que l'employeur a pu pallier les conséquences de l'absence par un remplacement temporaire, par une réorganisation des tâches, il ne peut pas être considéré comme s'étant trouvé dans la nécessité de remplacer le salarié. Le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse.[985] Mais comme y invite M. Frouin, indépendamment du motif économique, ne fautil pas plaider pour une voie étroite du licenciement et ne l'ouvrir que lorsque le remplacement devient irrémédiable ? La Cour de cassation a déjà remarqué que dans le cas où l'employeur a recours à un contrat à durée déterminée, il ne peut s'en prévaloir pour motiver le licenciement.[986] Rendue à propos d'un contrat à terme précis, on peut penser que cette solution puisse être étendue au contrat à durée déterminée conclu sans terme précis en vertu de l'article L. 12212 III du Code du travail.[987] En effet, puisque remplacement temporaire il y a, l'argumentation de désorganisation doit être rejetée. De plus, avec la découverte, en droit du travail, de l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat par les parties, et l'obligation désormais faite à l'employeur de reclasser le salarié à l'issue de la période de suspension,[988] ne fautil pas conclure à un maintien du lien contractuel, lien d'emploi, jusqu'à la reprise du travail ?

b) Le retour dans l'emploi[989]

Il se présente comme le corollaire indispensable de la suspension. L'efficacité du mécanisme de protection de l'emploi par la suspension du contrat n'a de sens que si le salarié retrouve son emploi dans l'entreprise. De là dépend l'effectivité du droit, de la protection que l'on entend donner. Aussi il n'est pas surprenant que dans la majorité des

984 Voir notamment l'analyse de J.M. BERAUD, « Maladie et perte d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 579 ; F. TAQUET, « Maladie et rupture du contrat de travail : les nouvelles tendances de la jurisprudence », *Liaisons Sociales Mensuel* n°50, mai 1991. Cass. Soc. 29 avril 1976, *Bull. V.,* n°245 ; Cass. Soc. 22 mars 1978, *D.* 1978, 554, note J. PELISSIER ; Cass. Soc. 6 juin 1984, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, n°457, p. 512 ; 25 juill. 1984, *ibid*.. n°463, p; 211 (absences répétées) ; Cass. Soc. 11 déc. 1991, *Bull. V.,* n°571.

985 J.M. BERAUD, op. cit. ; Cass. Soc. 25 mai 1989, *R.J.S.* 7/89 n°572 ; 3 juill. 1990, *R.J.S.* 8/90, n°653 ; 13 mars 1991, *R.J.S.* 5/91, n°563 ;

986 Pour un contrat à durée déterminée à terme précis, Cass. Soc. 31 mai 1989, *R.J.S.* 7/89 n°571 ; voir les observations critiques de H. BLAISE, « Maladie et inaptitude, causes de rupture du contrat de travail », *R.J.S.* 6/90, page 315.

987 Voir cependant l'interrogation de M. Béraud, au motif que le caractère temporaire de la suspension devrait fonder l'employeur à tirer les conséquences juridiques de cette réalité. Contra, J.F. FROUIN, art. précité.

988 Article 1134 al. 3 du Code civil et article L 122244 du Code du travail. Voir, infra n°321 et suiv.

989 On doit préférer cette expression à la notion de réintégration qui s'impose comme étant le corollaire du prononcé d'une nullité d'un licenciement et la distinguer nettement de celle de reclassement, qui vise d'autres situations issues éventuellement d'une période de suspension du contrat (cf. infra n°319 et suiv.).

cas de suspension, le législateur ait précisé que la salarié « ***retrouve son emploi ou un emploi similaire*** »[990] ou que la « ***salariée est réintégrée dans l'emploi occupé*** »,[991] les seules exceptions notables étant celle du salarié gréviste, l'issue de la suspension n'est pas envisagée et celle du salarié rapatrié suite à un détachement auprès d'une filiale étrangère, le texte spécifiant qu'il doit « ***lui être procuré un emploi compatible avec ses précédentes fonctions.*** »[992] C'est que, et quelle que soit la situation envisagée, le contrat n'est pas rompu, il doit donc continuer à s'exécuter comme avant la suspension. En ce sens, le retour dans l'emploi s'oppose à la modification unilatérale du contrat à l'initiative de l'employeur. Il faut donc préciser la portée du droit reconnu au salarié.

Tout d'abord, il semble que le législateur impose une hiérarchie dans l'obligation faite à l'employeur pour la mise en oeuvre du retour dans l'emploi.[993] En effet, il attache un possessif (son) à l'emploi visé et, à défaut, il est fait état d'un emploi similaire lorsque manifestement le retour dans l'ancien emploi s'avère impossible. Fautil en déduire, que l'expression « son emploi » doit être comprise comme le retour dans le poste précédemment occupé ? La réponse est affirmative et a clairement été posée par la Cour de cassation à propos du retour dans son emploi d'un salarié dont le contrat de travail a été suspendu à la suite d'une maladie professionnelle et déclaré apte au poste de travail précédemment occupé.[994] En effet, l'alternative introduite par la conjonction « ou » perdrait tout intérêt si le retour dans l'emploi devait s'effectuer dans un emploi équivalent. De plus lorsque l'emploi dont il est question n'est pas assimilé au poste précédemment occupé le législateur use d'une formule plus large telle que celle de l'article L. 122148 du Code du travail, précité. C'est bien autour de ce principe que semble se positionner la Cour de cassation lorsqu'elle précise que l'emploi similaire ne peut être proposé que si l'emploi initial n'est plus disponible.[995] Ce n'est donc, ici, qu'en assimilant l'emploi au poste que peut se mesurer l'étendue de l'obligation initiale de l'employeur, car ce qui peut

990 Articles L. 122324 accident du travail), L. 122283 (congé parental d'éducation), L. 1223212 (congé création d'entreprise), L. 1223221 (congé sabbatique).

991 Formule spécialement utilisée pour la femme enceinte car celleci, en vertu de l'article L. 122251 du Code du travail, peut être, à son initiative ou à celle de l'employeur, temporairement affectée dans un autre emploi.

992 Article L. 122148 du Code du travail. Mais en raison de la spécificité de la situation, cette disposition n'ôte rien à l'unité du dispositif général. V. notamment, F. GAUDU, « Le retour du salarié », *Dr. Soc.* 1991, 906 et Ph. COURSIER, « L'obligation de rapatriement et de reclassement des salariés mis à disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. Soc.* 1994, 19.

993 Lorsqu'est en cause une suspension due à l'état de santé du salarié, le retour dans l'emploi n'a évidemment de sens que si le travailleur est déclaré apte à la reprise de son emploi. Autrement dit, la condition préalable est une déclaration d'aptitude du médecin du travail qui ouvre droit à défaut à un reclassement (cf. infra n°328 et suiv.).

994 Cass. Soc. 22 oct. 1997, *R.J.S.* 12/97, n°1260, « La déclaration d'aptitude du salarié au poste de travail occupé avant la suspension de son contrat de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle par le médecin du travail, emporte, pour le salarié concerné, le droit à réintégration dans son emploi. »

995 Cass. Soc. 27 oct. 1993, *Bull. V.,* n°253, *R.J.S.* 12/93 n°1213, à propos du congé parental d'éducation.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

amener à proposer un emploi similaire n'est que la disparition, en raison d'une réorganisation de l'entreprise, des fonctions composant le poste de travail du salarié. Il convient cependant de préciser que la garantie de retour dans l'emploi rend possible un changement des conditions de travail dès lors que ce changement n'affecte pas l'emploi, comprenons ici les fonctions du salarié.[996]

Cependant, il s'impose que la garantie d'emploi ne s'arrête pas au poste précédemment occupé par le salarié absent, car la suppression du poste ne rend pas le retour dans l'emploi impossible. L'employeur doit alors des postes de même nature référés à la catégorie d'emplois que la salarié peut occuper et, à défaut seulement, proposer un emploi similaire. A l'évidence c'est à ce stade que l'obligation de retour dans un emploi équivalent doit être confrontée à la notion de modification du contrat.[997] Au terme de la suspension une modification du contrat ne peut intervenir qu'avec l'accord de l'intéressé.[998] Si l'identité de poste ne peut être assurée, l'employeur doit assurer la continuité du contrat en reconduisant ses éléments contractuels par nature (substantiels) comme le lieu de travail, la nature des fonctions, sa classification professionnelle et surtout la rémunération dont elle dépend.[999] Mais, selon un auteur,[1000] tous les éléments du salaire ne sauraient être maintenus, notamment ceux exclusivement liés à l'ancien emploi occupé, tels que les sommes versées au titre de frais professionnels ou de primes correspondant à une pénibilité, une insalubrité, une dangerosité qui n'affecte pas l'emploi similaire. Formulée à propos des accidents du travail, cette remarque peut être approuvée à la réserve importante que ces primes sont versées par hypothèse en raison de l'objet de la prestation, élément du contrat qui ne peut pas être modifié sans l'accord du salarié.

Il faut enfin souligner que d'autres règles de protection de l'emploi ont vocation à s'appliquer. En effet, l'employeur a un devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi.[1001] Le maintien de la concordance entre le qualification professionnelle du salarié et la qualification requise par l'emploi doit être assurée, spécifiquement lorsque la suspension est de longue durée. En outre, la maladie ou l'accident, causes de suspension, fondent aussi lorsque le salarié n'est plus apte physiquement à tenir son poste de travail une obligation de reclassement à la charge de l'employeur.[1002] Dans le

996 Sur le rapport du contrat de travail/emploi, voir supra n°4 et suiv. Par exemple, un employeur ne peut pas transformer un emploi précis en un agglomérat de tâches secondaires sans modifier le contrat de travail, Cass. Soc. 23 janv. 1997, *Liaisons sociales* n° 7601.

997 Ainsi, l'obligation de retour dans l'emploi n'est pas remplie lorsque la nouvelle affectation du salarié comporte une modification substantielle, Cass. Soc. 4 déc. 1990, *R.J.S.* 1/91, n°12 (accident du travail); Cass. Soc. 1er avril 1992, *Bull. V.,* n°236, *R.J.S.* 5/92, n°627 (congé parental d'éducation) ; Cass. Soc. 8 juin 1994, *C.S.B.P.* n°62, A. 41 congé sabbatique).

998 Cass. Soc. 13 janv. 1993, *Semaine Sociale Lamy* sup. n°661.

999 Cette exigence est formellement soulignée, par exemple : article L. 122324 du Code du travail.

1000 B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°1044.

1001 Infra n°299 et suiv.

même ordre de questionnement, il reste à se demander qu'elle est la sphère géographique de cette obligation de retour dans un emploi similaire ? Permettant de maintenir le lien d'emploi entre le salarié et l'entreprise, on verra que les juges dans le cadre de l'obligation de reclassement ont étendu cette obligation au niveau du groupe.[1003] Concourant au même objectif, le retour dans l'emploi se concrétise dans le même espace.

Obligation de faire, l'obligation de restituer son emploi ou, à défaut un emploi similaire, permet au salarié, de prétendre, en cas d'inexécution, aux indemnités légales et conventionnelles de licenciement sans cause réelle et sérieuse et à l'octroi de dommagesintérêts, liés au caractère irrégulier de la rupture.[1004]

2 Les droits liés au maintien dans l'emploi

Du point de vue du salarié, seule l'obligation de fournir sa prestation de travail est suspendue. Elle a pour conséquence immédiate le non versement la rémunération ; c'est là, la conception du salaire : il n'est pas versé si aucun travail n'est fourni. Pourtant, ce principe est d'application exceptionnelle lorsque le contrat de travail est suspendu. Surtout, le lien avec l'entreprise n'est pas rompu, le salarié conserve certains droits, acquisition de l'ancienneté, droits collectifs, dont il faut brièvement rappeler la portée et qui expriment le maintien du lien d'emploi malgré l'inexécution de l'obligation de mise à disposition de la force de travail.

Concernant en premier lieu l'ancienneté du salarié,[1005] il faut, d'une part, rappeler qu'elle est souvent une des conditions d'acquisition d'avantages légaux ou conventionnels, et qu'à ce titre elle est, en soi, un facteur de protection de l'emploi parce qu'elle rend plus onéreuse la rupture du contrat de travail. Quant au salaire, le principe est son nonpaiement. Toutefois, ce principe est de portée limitée dans la mesure où il ne s'applique que lorsque le salarié est à l'initiative de la suspension que ce soit par exemple dans le cas de la grève ou du congé sabbatique. Et encore, il est parfois écarté comme dans le cas du congé individuel formation pour lequel le salarié conserve, en partie, un droit à rémunération.[1006] En revanche, lorsque le salarié n'est pas à l'initiative du déclenchement de la suspension du contrat, divers mécanismes se substituent au versement du salaire. En cas de chômage partiel, les salariés bénéficient d'une indemnisation par la voie d'une allocation spécifique.[1007] Cette indemnisation prend fin au bout de quatre semaines. Au delà de cette durée, et alors que les contrats n'ont pas été rompus, c'estàdire qu'aucun licenciement n'a été prononcé par l'employeur, les salariés

[1002] Infra n°321 et suiv.

[1003] Infra n°384 et suiv.

[1004] Cass. Soc. 16 mars 1989, *Bull. V.,* n°231 (congé sabbatique).

[1005] G. VALLEE, « La notion d'ancienneté en droit du travail français », *Dr. Soc.* 1992, 871.

[1006] Article L. 93182 et suiv. Du Code du travail. Le même principe s'applique pour le bilan compétence, article L. 93125 du Code du travail.

sont considérés comme étant à la recherche d'un emploi et ont vocation à percevoir les allocations du régime de l'assurance chômage. Cette situation ne peut perdurer que pendant trois mois car, passé ce délai, il faut une décision spéciale du préfet pour maintenir le droit aux allocations pendant une période maximale de cent quatrevingtdeux jours. Manifestement, audelà de cette période, il convient de s'interroger sur le caractère temporaire condition de la suspension. Pour sa part, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel la poursuite du chômage partiel bloqué audelà de la période légale d'indemnisation équivaut à un licenciement, l'employeur devant soit fournir le travail soit mettre en oeuvre la procédure de licenciement.[1008] Au moins dans cette hypothèse, il faut bien admettre que le droit à la suspension dépérit avec le temps.[1009] Cette solution apparaît radicale et peu protectrice de l'emploi du salarié, même si elle permet d'ouvrir droit aux indemnités chômage. Elle laisse aussi suggérer la consubstantialité entre l'emploi et l'entreprise au point que l'arrêt prolongé d'activité fait, en quelque sorte, présumer de la disparition de l'entreprise. Toutefois, et à supposer que l'activité reprenne, il serait envisageable de poser le principe que les licenciements prononcés sont de nul effet.[1010]

D'absence totale de salaire, il n'est pas non plus question lorsque la suspension trouve sa cause dans un affection de l'état de santé du salarié. Il s'agit là d'un risque garanti même si la maladie ordinaire n'est pas prise en charge comme le risque professionnel sans que le maintien d'une rémunération puisse se traduire par aucun avantage supérieur par rapport à ce que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé.

Enfin, lorsque le salarié ne peut prétendre, en raison de la suspension de son contrat, à sa rémunération habituelle, on peut se demander s'il est en droit d'obtenir un complément de salaire, par le biais d'un autre contrat pour le compte d'un autre employeur. Le principe est celui de la liberté du travail.[1011] En conséquence de quoi la suspension autorise la conclusion et donc l'existence de plusieurs contrats simultanés. Ce principe trouve notamment à s'illustrer en cas de mise à pied économique.[1012] Toutefois, cette liberté doit être bornée par l'obligation de nonconcurrence du salarié qui trouve à s'appliquer lors des périodes de relâchement du lien contractuel et ce même si le contrat de travail ne comporte aucune clause d'exclusivité. Le salarié ne saurait avoir une activité

1007 Articles L. 35121, R. 35150 et R. 35151 du Code du travail. Cass. Soc. 27 nov. 1991, *Bull. V.,* n°536 ; 3 sept. 1992, *ibid.* n°490. Le salarié ne peut obtenir que le versement d'une allocation spécifique et non le versement du salaire. On remarquera que cette allocation peut être versée aux salariés subissant un lockout de plus de trois jours après décision du Ministre.

1008 Cass. Soc. 7 mars 1989, *Bull. V.,* n°184 ; 27 nov. 1991, *ibid.* n°536 et Cass. Soc. 8 juill. 1992, *R.J.S.* 1/92, n°1138.

1009 Contra, J.Y. FROUIN, « La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident », *R.J.S.* 12/95, p. 773.

1010 Cette solution a été retenue par la Cour de cassation dans le cadre d'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail ; infra n°276 et suiv.

1011 J.M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Thèse Lyon,1980, pages 161 et suiv. ; également J. PELISSIER, « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in Etudes de droit du travail offertes à A. Brun, Librairie économique et sociale 1974, p. 427.

ou se livrer à des actes qui concurrencent son employeur.[1013] Enfin, dans d'autres cas, ce comportement est incompatible avec la cause qui a déterminé la suspension. Il en est ainsi de la maladie, dont le caractère fictif serait démontré,[1014] du congé de formation, le salarié s'engageant à une fréquentation effective du stage contrôlée par l'employeur,[1015] ou enfin de la grève.[1016]

Section 2 : Un « droit de suite » attaché à l'emploi

Les situations juridiques de travail organisent intrinsèquement la stabilité de la relation contractuelle, peu important d'ailleurs que cette situation juridique ait, ou n'ait pas, pour objet un emploi. C'est ainsi que le mécanisme de la suspension du contrat de travail s'applique à toutes les situations juridiques de travail,[1017] c'estàdire à toute situation contractuelle de travail dépendant. Mais on pu relever que cette protection n'a pas la même portée lorsqu'elle a pour objet un emploi. De la sorte, indépendamment du jeu contractuel, la notion d'emploi génère un processus de protection qui acquiert sa cohérence si l'on admet la dimension « sociale » de l'emploi. En effet, ce n'est pas au sens de l'emploi élément de l'organisation de l'entreprise, ni au sens de l'emploi du contrat de travail que la notion de protection de l'emploi doit être comprise, mais dans la valeur que l'emploi porte en tant que fait générateur d'acquisition des droits sociaux fondamentaux.[1018] En somme, c'est moins l'emploi économique ou le contrat de travail qui sont protégés que le maintien dans un lien d'emploi qui est recherché au travers de

[1012] Cass. Soc. 9 déc. 1971, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.* 1971, n°312, p. 11. Cass. Soc. 27 nov. 1991, *Bull. V.,* n°537, *R.J.S.* 1/92 n°43, pour un congé sabbatique. Pour une solution médiane, article L. 122285 du Code du travail relatif au congé d'adoption qui dispose que « *le salarié en congé parental d'éducation ou qui travaille à temps partiel pour élever un enfant ne peut exercer, par ailleurs, aucune activité professionnelle autre que les activités d'assistante maternelle (…).* »

[1013] Par exemple : Cass. Soc. 5 mai 1971, *Bull. V.,* n°327, p. 276 ; Cass. Soc. 18 mai 1978, *Cah. Prud'h.* 1979, p. 33 ; Cass. Soc. 21 fév. 1980, *Bull. V.,* n°171 ; le comportement du salarié peut caractériser la faute lourde, des faits établissant l'intention de nuire, Cass. Soc. 23 sept. 1992, *Dr. Soc.* 1992, 919.

[1014] Par principe le salarié absent pour maladie ne saurait exercer une autre activité professionnelle ce qui serait contraire à la finalité de la suspension qui est la récupération physique. L'indisponibilité ne serait donc pas réelle et l'exercice de l'activité constitutif d'une faute qualifiée éventuellement de grave. Cass. Soc. 6 déc. 1979, *Bull. V.,* n°592 ; Cass. Soc. 10 mars 1986, *Légi Social*, sup. au n°229, oct. 1993 ; Cass. Soc. 21 juill. 1994, *R.J.S.* 89/94 n°974. Toutefois, la Cour ne considère par ce motif comme une cause réelle et sérieuse lorsque l'activité est de courte durée et qu'elle est exercée sans recherche de profit. Cass. Soc. 14 fév. 1980, *Bull. V.,* n°146 (travaux de maçonnerie dans un pavillon appartenant au salarié ; Cass. Soc. 8 avril 1992, *R.J.S.*

[1015] Article R. 93114 du Code du travail.

[1016] Cass. Soc. 24 juill. 1952, *Dr. Soc.* 1952, 683.

[1017] Le mécanisme du droit à la suspension se distingue ainsi du mécanisme de suspension/protection de la situation juridique d'emploi.

[1018] Supra n°1118 et n°133 et suiv., infra n°551 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

certains mécanismes. On a dit aussi, que la construction de cette protection était essentiellement défensive c'estàdire qu'elle est la conséquence d'un acte de remise en cause de la situation d'emploi par modification du contrat de travail ou suppression de l'emploi. Ces actes de remise en cause de l'emploi ont des faits générateurs divers mais les règles qui saisissent ces actes ont une finalité commune : le maintien du salarié dans un lien d'emploi.

Ce droit au maintien dans un lien d'emploi a un fondement théorique incertain[1019] ; néanmoins, il rend compte de la persistance du rapport contractuel de travail. La doctrine a pu voir ici l'émergence du concept d'entreprise, spécialement en cas de transfert du contrat de travail résultant d'une modification de la situation juridique de l'employeur.[1020] Mais cette analyse est insuffisante pour rendre compte d'autres situations qui font naître, au profit de celui qui occupe un emploi, un droit au maintien dans un lien d'emploi. Le contrat de travail, tout autant que le rapport juridique avec l'employeur ne sont pas à même de fonder ce lien notamment lorsque le contrat de travail est rompu. Alors que le fondement théorique est incertain, la source de l'obligation de maintien dans un lien d'emploi est légale ou conventionnelle. C'est d'abord la loi qui oblige au transfert du contrat de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur (article L. 12212 al. 2 du Code du travail), c'est encore la loi qui institue au profit du travailleur licencié pour motif économique une priorité de réembauchage (article L. 32114 du Code du travail).[1021]

Ainsi, comme l'a soutenu Monsieur Gaudu,[1022] la situation juridique d'emploi fait naître au profit du salarié un droit à la poursuite de son contrat de travail. Mais ce droit est un droit général qui est renforcé par un droit particulier lorsque le salarié occupe un emploi dans l'entreprise. Ce n'est plus seulement un droit à l'exécution du contrat de travail, c'est un droit au maintien dans un lien d'emploi qui est opposable à l'employeur. A cet égard, le même auteur remarquait que la situation juridique d'emploi est, dans certaines manifestations, une situation « réelle », même si, juridiquement, l'analogie est imparfaite.[1023] Le lien d'emploi, tout aussi imparfaitement, peut trouver une traduction dans un « droit de suite » attaché à l'emploi en tant qu'il permet au titulaire de l'emploi d'opposer un droit au maintien dans un lien d'emploi au débiteur de l'emploi. Ce « droit de suite » qui s'insère dans un droit plus général au maintien du lien d'emploi est opposable à l'employeur en cas de modification de la situation juridique de l'employeur (Paragraphe I), et de façon originale, en cas de rupture du contrat de travail, comprenons ici le contrat

1019 Supra n°133 et suiv.

1020 Supra n°39 et suiv.

1021 Cela n'exclut pas tout arrangement contractuel de stabilité d'emploi dans les situations susvisées. A propos de la priorité de réembauchage, voir par exemple, Cass. Soc. 25 juin 1986 *Bull. V.,* n°335 ; 22 juill. 1986 *Bull. V.,* n°468 ; 17 janv. 1989, *Bull. V.,* n°28 ; 25 mai 1986, *Bull. V.,* n°399 et 12 déc. 1992, *Bull. V.,* n°705.

1022 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

1023 Supra n°39 et suiv.

d'emploi (Paragraphe II).

Paragraphe I : Maintien du lien d'emploi en cas de modification de la situation juridique de l'employeur

Si l'on admet le rapport fonctionnel qu'entretiennent l'emploi et l'entreprise au sens où dans l'entreprise l'emploi caractérise une division de l'activité intégrée à son organisation, il convient alors de s'interroger sur l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail. Selon cette disposition, en cas de modification de la situation juridique de l'employeur, les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et l'entreprise transférée. Il résulte de ce texte que le changement d'employeur ne doit pas affecter les situations juridiques d'emploi. La règle édictée est bien une règle de protection du lien qui existe, indépendamment de la personne de l'employeur, entre le salarié et son emploi. Pourtant, cette règle de protection, dont la finalité n'est pas contestée, a cela de particulier qu'elle prend formellement pour objet non pas l'emploi mais l'entreprise.[1024] La question qui se pose est alors de savoir ce qu'il faut entendre par entreprise puisque le transfert de celleci conditionne l'application de la règle de protection. Le champ d'application de l'article L. 12212 est controversé mais il semble que la discussion doit être conduite eu égard à la finalité du texte qui est d'assurer le maintien du salarié dans l'emploi. De la délimitation du champ de la règle dépend l'espace de protection, étape préalable à l'examen de sa portée.

1 L'emploi, condition ou effet de l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail ?

La question doit être considérée par rapport au champ d'application du texte, mais aussi par rapport à sa finalité. A cet égard, un consensus doctrinal dans la présentation de cette disposition doit être relevé[1025] ; la règle « est destinée à garantir aux salariés la stabilité de leur emploi ». Dès lors, si le maintien de l'emploi est lui seul visé, pourquoi ne l'envisager que comme un effet et non pas comme la condition nécessaire mais suffisante à l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail ?

Les objections ne manquent cependant pas. En effet, ce sont l'entreprise et le contrat de travail qui sont au coeur de la disposition légale, et non l'emploi. Pourtant, ces notions sont consubstantielles l'une à l'autre. De plus, il faut aussi remarquer que la notion de modification dans la situation juridique de l'employeur n'est guère explicite. Par exemple, toutes les opérations juridiques influant sur la situation juridique de l'employeur n'ont pas d'incidence sur la poursuite des contrats de travail ; tel est le cas d'une S.A.R.L. qui se transforme en S.A.[1026] A l'inverse, il est des situations qui ont des incidences directes sur le maintien des contrats de travail, telle que la cession partielle d'activité, mais qui ne modifient en rien la situation juridique de l'employeur. Tel est le cas de la perte de marché

[1024] Sur cet aspect, F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°602.

[1025] G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°123 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°1081 ; J.Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 4ème éd. 1992, *L.G.D.J.*, n°113. Pour nuancer, comp. supra n°1118.

ou des changements de concessionnaires. De plus, la référence à la notion d'entreprise est ellemême critiquée : elle est « floue, incertaine, équivoque », ou « déformée » et « détournée de son sens habituel. »[1027] Il semble donc que la notion d'entreprise soit porteuse de trop de complexité pour être un critère d'analyse pertinent. D'ailleurs, la C.J.C.E. et la Cour de cassation lui ont préféré le concept d'entité économique autonome.

Faire de l'emploi sinon le critère du moins, en suivant la méthodologie suggérée par le juge communautaire,[1028] un élément déterminant de la méthode d'analyse des situations de fait pour décider de l'application d'un texte qui ne vise pas autre chose que le maintien des contrats de travail, ne paraît pas déraisonnable. Dans cette perspective, l'entrepriseorganisation économique trouve sa cohérence, elle est le regroupement d'hommes et de moyens, le support d'un rapport de travail réalisé dans l'emploi, luimême intégré à l'entreprise.[1029] En conséquence, si l'on excepte la phase jurisprudentielle (19851990) pendant laquelle la Cour de cassation a posé l'exigence d'un lien de droit comme condition d'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail, le problème juridique est centré sur l'approche des éléments constitutifs du transfert emportant de droit le transfert des contrats de travail en cours. Autrement dit, il s'agit de donner un contenu au concept d'entité économique autonome, et particulièrement de savoir jusqu'à quel degré il est possible de reconnaître une entité, spécifiquement dans un emploi.

Dans cette recherche, la Cour de cassation ne semblait pas éloignée des solutions adoptées par la Cour de justice, même si elle réaffirmait que la seule perte d'un marché ne rend pas applicable l'article L. 12212 alinéa 2. Ainsi, à la lecture des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation, il apparaît que pour envisager le transfert des contrats de travail, il est indispensable que des éléments supports de l'activité, formant une entité économique autonome, soient euxmêmes transmis. La nature de ces éléments importe peu : ce sont des biens corporels ou des biens incorporels. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir dit applicable l'article L. 12212 alinéa 2 en cas de cession d'une marque[1030] ou en cas de cession de clientèle.[1031]

Il apparaît en revanche décisif pour le juge que soit caractérisée l'entité susceptible

1026 Article 36 de la loi du 24 juillet 1966 qui fait obligation à une S.A.R.L. de se transformer en S.A. lorsque le nombre des associés dépasse le nombre de cinquante. Mais en vertu de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966, la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle.

1027 G. PICCA, conclusions sous Cass. Soc. 12 juin 1986, *Dr. Soc.* 1986, 1.

1028 Ainsi dans l'affaire Spijkers du 18 mars 1986, motif n°13 (*Rec. C.J.C.E.* p. 1119), les juges de la Cour de Luxembourg invitent les juges nationaux « à prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait caractérisant l'opération en cause (...). Les éléments ne sont que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient de ce fait être appréciés isolément. »

1029 En ce sens, A. LYONCAEN, note sous Ass. Plén. 16 mars 1990, *D.* 1990, 306. L'auteur ajoute que l'entreprise nécessite un minimum d'organisation dû à la pluralité des emplois.

1031 Cass. Soc. 9 mars 1994, *Bull. V.,* n°83 ; *Dr. Soc.* 1994, 514, *Somm. de droit du travail* n°151, 2414.

d'être transférée ; elle doit être autonome et elle doit conserver son identité après le transfert. L'entité est autonome lorsqu'elle est dotée d'une structure distincte, d'une clientèle ou des moyens de fonctionner.[1032] Ainsi, il a été jugé que la reprise par un office de tourisme d'un service d'accueil qui continue avec les mêmes fonctions dans les mêmes locaux est un transfert d'entité économique autonome.[1033] De même, le rachat d'un stock, une installation dans les anciens locaux comprenant des éléments d'exploitation qui avait été transférés[1034] caractérisent une entité économique autonome, ou encore, un rayon équipé en vue de la vente au détail de produits de boucherie répondant aux besoins de la clientèle d'un supermarché.[1035] Enfin, est une entité économique autonome l'activité de menuiserie distincte de l'activité de production et de distribution de graines.[1036] A bien comprendre la Cour de cassation, il semble que l'autonomie, nécessairement recherchée lorsque seulement une partie de l'activité est cédée, doit être déduite des éléments qui la composent, du matériel, une clientèle, en somme d'éléments d'exploitation. Ainsi la notion d'autonomie permettrait de déceler une activité susceptible de fonctionner en ellemême. Ce serait une « sous organisation » de l'entreprise pouvant être ordonnée en toute indépendance. Ce sont donc des considérations de fait propres à chaque espèce qui conduisent les juges à refuser la qualité « entité économique » à un service de rédaction d'un hebdomadaire,[1037] à une activité de transport dès lors que les bus servant au transport n'ont pas été transférés.[1038] Il en est de même lorsque les produits d'une marque sont cédés mais que le cédant conserve son propre circuit de distribution et qu'il continue de commercialiser ses produits sous une autre marque.[1039] Ce caractère explique alors que des salariés doivent être affectés spécialement à des postes servant cette activité pour pouvoir être transférés.[1040]

Mais il faut encore que l'entité économique autonome conserve son identité, c'estàdire que soit poursuivie la même activité ou une activité similaire. En fait, ce que

1030 Cass. Soc. 19 fév. 1981, *Bull. V.,* n°144 ; 17 mars 1988, *Bull. V.,* n°186 ; Cass. Soc. 4 oct. 1995, *R.J.S.* 11/95, n°1116, une clientèle potentielle pour fonctionner suffit, il en est ainsi pour la cession d'une marque automobile pour un secteur géographique donné.

1032 En ce sens, Ph. WAQUET, « L'application par le juge français de la directive communautaire du 14 fév. 1977 », *Dr. Soc.* 1995, 1007.

1033 Cass. Soc. 28 juin 1995, *Bull. V.,* n°219.

1034 Cass. Soc. 4 juill. 1990, *Bull. V.,* n°345.

1035 Cass. Soc. 26 sept. 1990, *Bull. V.,* n°388.

1036 Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°651.

1037 Cass. Soc. 18 fév. 1992, *Bull. V.,* n°94.

1038 Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°652.

1039 Cass. Soc. 20 oct. 1993, *R.J.S.* 12/93, n°1180 ; Cass. Soc. 19 déc. 1990, *Bull. V.,* n°679.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

semble exiger la Haute juridiction c'est que l'autonomie nécessaire et constatée pour le transfert chez le cédant soit maintenue. La notion d'activité identique est donc inhérente à l'existence d'une entité économique autonome. Ainsi lorsque l'activité perd son identité parce qu'elle est complètement modifiée,[1041] ou bien qu'ayant une première fois été cédée l'activité ne peut plus faire l'objet d'un transfert parce que les chauffeurs ne transportent plus exclusivement les mêmes marchandises.[1042] Telle est enfin la solution lorsque un service public disparaît, la reprise de son activité par un organisme de droit privé n'entraînant pas le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité,[1043] l'hypothèse inverse ayant aussi été retenue.[1044]

Toutefois, les solutions dégagées par la jurisprudence prêtent le flanc à critiques parce qu'elles amputent artificiellement le champ d'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail. En effet, si on veut bien ne pas perdre de vue la finalité de protection de l'emploi par le maintien des contrats de travail en cours, pourquoi ériger en principe que l'emploi ne peut être supporté que par des éléments d'exploitation ? L'entrepriseorganisation ordonne une activité. Il est évident que le plus souvent l'emploi est associé à un élément d'exploitation, élément d'actif de l'entreprise ; ce sont incontestablement des signes révélateurs du transfert. Mais il est tout aussi concevable que l'emploi généré par cette activité n'ait besoin d'aucun élément important pour exister. Ainsi, dans l'espèce où le transfert des chauffeurs d'autocars est refusé parce que les véhicules ne sont pas euxmêmes transférés, la Cour de cassation fait une application rigoriste du présupposé selon lequel à elle seule la perte d'un marché ne peut opérer un transfert des contrats de travail sans que ne soient transférés des éléments d'actifs.[1045] Une solution contraire avait pourtant été retenue dans une espèce similaire.[1046] A la

[1040] Cass. Soc. 23 fév. 1994, *Bull. V.,* n°64. Lorsque le salarié n'exerce pas son activité dans la branche cédée, le contrat de travail ne se poursuit pas de plein droit.

[1041] Cass. Soc. 16 oct. 1984, *Bull. V.,* n°377 ; également 9 juin 1983, *Bull. V.,* n°318, transformation d'une activité « d'hôtel de voitures » en une activité de concession automobile.

[1042] Cass. Soc.12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°654.

[1043] Cass. Soc. 1er déc. 1993, *Bull. V.,* n°295 ; *R.J.S.* 1/94, p. 19 conclusions CHAUVY. Selon l'auteur, « le service public administratif ne saurait être qualifié d'entité économique : d'entreprise au sens juridique du terme. La condition première posée par la loi pour le maintien des contrats, « l'entreprise », fait ici défaut, quand bien même l'activité ait été la même. »

[1044] C'estàdire dans le cas de la reprise d'une activité par une administration. Cass. Soc. 7 fév. 1980, *Bull. V.,* n°115 ; 2 oct. 1985, *Bull. V.,* n°429 ; 7 oct. 1992, *Bull. V.,* n°499 ; *J.C.P.* 1992, II, 21 973, obs. Ph. WAQUET ; Cass. Soc. 6 déc. 1995, *R.J.S.* 3/96, n°251.

[1045] Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°652. Dans une autre hypothèse la Cour retient le transfert parce que les juges du fond ont constaté dans le cadre d'une reprise de concession de gestion de l'eau, la reprise par le nouvel exploitant des installations, Cass. Soc. 3 mars 1993, *Bull. V.,* n°75. Tel était bien le cas dans l'affaire camping touring club de Paris, Ass. Plén. 16 mars 1990 et S.A. Nimoise de tauromachie, *Bulletin,* n°4.

[1046] Cass. Soc. 9 mai 1974, *Bull. V.,* n°278.

question « à partir de quand est constituée une entité », la Cour de cassation apporte donc une réponse claire mais insatisfaisante puisqu'elle exige un support pour considérer que le contrat de travail puisse être transféré. Elle dénie à l'emploi, *per se*, le caractère d'entité économique autonome, alors même qu'elle reconnaît qu'une activité est poursuivie ! Telle est sa justification lorsqu'elle rejette le transfert des contrats de travail en raison du statut public de l'entreprise reprise, en l'espèce le théâtre lyrique de Lille.[1047]

Aussi, ce raisonnement ne serait acceptable que s'il prenait en compte non pas le support de l'emploi mais l'emploi, c'estàdire la possibilité pour le salarié de poursuivre l'exécution de tâches qui sont maintenues malgré le changement d'employeur. La notion d'entité économique ne peut donc pas faire abstraction de l'emploi comme élément nécessaire mais suffisant de l'activité d'une entreprise. Ainsi et à juste titre, point n'est besoin que l'activité transférée soit rattachée à l'activité principale parce que toute activité génératrice d'emploi est indispensable pour que l'activité principale de l'entreprise puisse s'exercer.[1048] Par exemple dans le secteur bancaire, sans doute l'activité principale est une activité de services financiers et non point le nettoyage des locaux d'accueil du public, ni même le gardiennage ; ces deux activités sont pourtant indispensables, qu'elles soient intégrées à l'entreprise ou « externalisées ». Dans ces situations, qui donnent souvent lieu à contentieux, l'entreprise fonctionne avec très peu d'éléments corporels ou incorporels. L'entreprise se constitue autour des contrats commerciaux conclus par elle, c'estàdire autour des marchés. Fautil pour autant admettre, comme l'exige la Haute juridiction, qu'en cas de reprise d'une activité démembrée ou d'une succession sur un même marché soient cédés des éléments d'exploitation ?

En contrepoint, la Cour de Luxembourg, dans l'arrêt Schmidt, n'apparaît pas aussi tranchée que celle du juge national.[1049] En effet, dans cette affaire aucun élément d'exploitation n'a été transmis, en revanche ce que retient le juge c'est que « la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche » (point 13), l'absence de transfert d'éléments d'actifs n'étant pas déterminante. Dès lors, la notion d'entité économique autonome abstraction faite de l'emploi n'a pas de sens ; elle n'a de réalité que par rapport aux emplois ou même à un emploi unique, comme dans l'arrêt Schmidt. Telle n'est cependant pas l'analyse de la Cour de cassation.[1050]

Mais il faut encore que l'activité transférée, c'estàdire les emplois soient vraiment des emplois susceptibles d'être rattachés à une activité. Or, il semble que c'est bien cette exigence qui est formulée par l'arrêt Ledernes Hoverdorganisation de la C.J.C.E., en date du 19 septembre 1995.[1051] Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg refuse l'application

[1047] Cass. Soc. 1er déc. 1993, *Bull. V.,* n°295, précité.

[1048] Cass. Soc. 19 fév. 1981, *Bull. V.,* n°144 ; Cass. Soc. 8 nov. 1983, *Bull. V.,* n°535 ; C.J.C.E. 10 fév. 1988, Watson Rask, *Dr. Soc.* 1988, 457, « l'activité transférée constituait pour l'entreprise cédante une activité accessoire sans rapport nécessaire avec son objet, ce qui ne saurait avoir pour effet d'exclure cette opération du champ de la directive. »

[1049] C.J.C.E. 14 avril 1994, Schmidt, *R.J.S.* 5/94, n°630.

[1050] Cass. Soc. 13 déc. 1995, *Somm. de droit du travail* n°170, 2715 (marché de services).

de la directive de 1977 à un chantier commencé par une entreprise et transféré à une autre avec l'autorisation du maître d'ouvrage. L'argument décisif est ici tiré du fait que pour opérer un transfert il est indispensable que l'entité économique soit organisée de manière stable, que l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé (point 20). Ce qui semble donc importer est moins la continuité d'une quelconque entreprise que les possibilités d'emploi rendues possible par la stabilité de l'activité.[1052] Cette solution est dans en ce sens parfaitement compatible avec la solution dégagée par l'arrêt Bork International selon lequel l'arrêt temporaire de l'activité de l'entreprise, n'est pas de nature à lui seul à exclure l'application de la directive communautaire.[1053] Cette interprétation va dans le sens de la protection de l'emploi. Reste que, si l'emploi protégé est lui même marqué du sceau de la permanence[1054] et, qu'en conséquence, il est nécessairement porté par un contrat de travail à durée indéterminée, il faudrait alors exclure le contrat à durée déterminée qui justement n'a pas pour objet, en vertu de l'article L. 1221 du Code du travail, de supporter une activité normale et permanente de l'entreprise. En réalité, la solution ne peut pas être abordée sous cet angle parce que l'opération de transfert s'effectue en vertu de la loi laquelle vise le contrat de travail sans qu'il soit ici question de sa nature, le transfert du contrat à durée déterminée s'impose donc par application de la loi.[1055]

Il semble donc possible de soutenir, à la lumière des arrêts de la Cour de justice, que la notion d'entité économique autonome peut aussi être analysée comme la recherche de la possibilité d'emploi dès lors que l'emploi n'est pas dénaturé,[1056] qu'il conserve une certaine identité et qu'il est permanent, c'estàdire qu'il est une division de l'activité de l'entreprise. On en revient à une lecture extensive de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail. Estce aller trop loin ? Nul doute que cela sera affirmé. Mais on peut penser que cette lecture est cohérente avec la finalité d'un texte qui tend à protéger l'emploi. Cette

1051 C.J.C.E. 19 sept. 1995, *J.C.P.* 1995, éd. E., pan. 1270 ; *Dr. Soc.* 1996, 80 et l'article de P.H. ANTONMATTEI, précité.

1052 Dans ce sens G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°125.

1053 C.J.C.E. 15 juin 1988, Bork International, *Rec . C.J.C.E.*, 3057 ; *R.J.S.* 1/89, p. 17. Cette solution est également retenue par la Cour de cassation : Cass. Soc. 13 juin 1990, *Bull. V.,* n°276, pour une réhabilitation des locaux ; Cass. Soc. 6 nov. 1991, *R.J.S.* 12/91, n°1295 ; 8 juill. 1992, *Dr. Soc.* 1992, 838 ; 20 oct. 1994, *Dr. Soc.* 1995, 57. Déjà lorsque dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, malgré les licenciements opérés par le syndic, le cessionnaire doit reprendre les salariés, Cass. Soc. 26 mars 1981, *Bull. V.,* n°266. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, Cass. Soc. 25 juin 1996, *R.J.S.* 10/96, n°1017 ; 8 juill. 1992, *R.J.S.* 89/92, n°964.

1054 Supra n°64 et suiv.

1055 Un doute pourrait naître du fait que l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail se trouve inséré dans la section relative à la résiliation de contrat de travail à durée indéterminée. On relèvera ainsi que la Cour de cassation a fait application de ce dispositif pour un contrat d'apprentissage, Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Bull. V.,* n°621 ; Cass. Soc. 28 mars 1996, *Bull. V.,* n°125.

1056 Cette notion d'entité économique identique, ou emploi, n'est pas sans résonance avec la notion d'emploi de même nature, cf. supra n°97 et suiv.

interprétation fut naguère celle de la Cour de cassation.[1057] Plus encore aujourd'hui elle serait en cohérence avec sa jurisprudence qui place le maintien du contrat de travail au centre de ses préoccupations. D'ailleurs cette approche n'est pas totalement écartée par certains juges du fond. Ainsi dans un arrêt du 31 mai 1990, la Cour d'appel de Paris articule son raisonnement autour de l'emploi.[1058] Dans cette espèce, le propriétaire d'une brasserie restaurant cède son fonds à la société Mac Donald, laquelle refuse, en arguant de la perte d'identité de l'activité, la transmission des contrats de travail. A tort répondent les juges du fond après une étude approfondie des postes de travail dans les deux entreprises considérées, pour conclure que « le pouvoir de gestion de l'employeur doit cependant être concilié avec les dispositions d'ordre public de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail qui a pour finalité de garantir, en principe, les salariés contre le risque de licenciement en cas de cession d'entreprise ; que cette conciliation ne pouvait s'opérer que par l'examen, au cas par cas, de la situation de chaque salarié au regard des nouvelles modalités d'exploitation imposées par le repreneur du fonds, la décision étant prise ensuite, de manière circonstanciée et motivée, de reprendre ou non le contrat de travail selon que l'emploi du salarié se trouvait être ou non effectivement supprimé, et qu'il paraissait ou non possible de lui conserver ses fonctions après toutes modifications ou adaptations éventuelles. » Une telle motivation doit être approuvée, et semble étonnamment s'inscrire dans l'obligation de reclassement et d'adaptation qui pèse sur l'employeur.

On peut proposer une méthode de mise en oeuvre de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail, centrée sur l'emploi.[1059] Autrement dit, la poursuite d'une activité identique ou similaire, peu important que s'y agrègent des éléments d'exploitation, qui offre les mêmes possibilités d'emploi doit être une condition nécessaire mais suffisante au maintien des contrats de travail. Toutefois, il convient de lever préalablement un obstacle concernant le caractère d'ordre public de cette disposition. De jurisprudence constante, la Cour de cassation en rappelle le principe.[1060] Du caractère d'ordre public, on tire la conséquence que la norme substantielle est impérative et qu'on ne peut pas l'écarter par une disposition contractuelle ; c'est donc l'impossibilité de déroger à la règle au détriment des salariés. Mais on en déduit aussi son automaticité, ce qui place la question sur un terrain différent. Une chose est, en effet, de dire que l'on ne saurait se retrancher derrière la liberté contractuelle pour écarter l'application de cette disposition, une autre est d'en proposer une application circonstanciée. La loi, et spécifiquement l'article L. 12212 alinéa 2, ont vocation à régir de façon uniforme des situations concrètes extrêmement variées. Une interprétation trop extensive est rejetée, mais n'appliquer la règle que lorsque un élément d'exploitation est transféré, n'est pas plus satisfaisant.

1057 Cf. supra n°39 et suiv. Egalement, H. SINAY, « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *S.J.* 1961, n°1647.

1058 Cour d'appel de Paris, 31 mai 1990, inédit.

1059 Dans le même sens, E. WAGNER, « Le nouveau champ d'application de l'article L. 12212 alinéa 2, à la suite des arrêts du 16 mars 1990 », *Dr. Ouv.* 1990, 217.

1060 Cass. Soc. 3 mars 1971, *Bull. V.,* n°168 ; 19 mai 1976, *Bull. V.,* n°291 ; Cass. Soc. 13 juin 1990, *Bull. V.,* n°273.

Il apparaît en conséquence que centrer la méthode sur l'emploi ouvre une voie médiane qui permet de prendre en compte les intérêts légitimes tant des entreprises que des salariés. L'application de l'alinéa second de l'article L. 12212 devrait donc reposer sur l'examen des situations respectives des entreprises concernées par l'opération juridique au regard des possibilités d'emploi. Ainsi, dans l'entreprise d'origine, lorsqu'une entité économique est transmise, un marché perdu, ou une concession non renouvelée, il serait légitime de se demander avant toute automaticité du transfert des contrats de travail, si l'entreprise ne peut pas reclasser ses propres salariés dans des emplois équivalents, autrement dit sans modification du contrat. En effet, il existe de fait une corrélation directe entre le transfert d'une entité, la perte d'un marché ou le non renouvellement d'une concession et la suppression des emplois attachés à l'activité, ou aux emplois constituant euxmêmes l'activité économique perdue. La responsabilité de l'emploi doit donc être à la charge de l'entreprise qui l'a initialement organisé. De la sorte, disparaît la critique économique faisant de l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail un facteur perturbateur du marché. Ce ne serait que lorsque l'impossibilité du reclassement serait rapportée par l'employeur initial, qu'il conviendrait alors d'examiner les possibilités d'emploi dans l'autre entreprise. Il s'agit dès lors de caractériser les emplois maintenus ou créés (dans la terminologie actuelle l'entité économique autonome) dans la structure organisationnelle de l'entreprise succédant à l'ancien employeur.

Aussi lorsque cette opération porte sur des éléments d'actifs, qui supportent sans doute une activité économique matérialisée par l'emploi, les contrats doivent être transférés dès lors que l'emploi n'est pas modifié. Dans cette logique, il n'apparaît plus anticoncurrentiel de faire supporter à l'entreprise qui rachète un autocar, la reprise du chauffeur si, et seulement si, d'une part, l'employeur initial a démontré son impossibilité de maintenir le salarié dans un emploi de même nature et si, d'autre part, l'entreprise d'accueil maintient une activité de transport. L'identité d'activité doit donc être vérifiée et ne pas simplement s'arrêter, par exemple, à la nature des marchandises transportées pour refuser le transfert des contrats ![1061] Cela implique en outre que le repreneur ne modifie pas artificiellement son activité, faute de quoi cette dénaturation ne serait pas opposable au salarié, mais cela implique aussi qu'il assure, si nécessaire, l'adaptation du travailleur à l'emploi occupé.[1062]

Enfin, lorsqu'aucun élément d'actif n'est transféré, ce qui est généralement le cas lors de la perte d'un marché, certes le prestataire de services ne fait qu'exécuter un contrat d'entreprise, mais il déploie une activité dont la permanence ne dépend pas de lui mais bien du besoin de son cocontractant. Autrement dit, il y a là un emploi généré par les deux

[1061] « Mais attendu qu'ayant relevé que les chauffeurs de la société Herta passés au service de la société TFE lors de la convention conclue entre ces deux sociétés n'avaient pas été par cette dernière exclusivement affectés au transport des marchandises de la première, la cour d'appel a fait ressortir que l'entité économique transférée de la société Herta à la société TFE avait, par la suite, perdu son identité ; qu'elle a, dès lors, décidé, à bon droit, que, lors de la résiliation de ladite convention, il n'y avait pas lieu à application de l'article L. 12212, alinéa 2, du Code du travail ; », Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°654.

[1062] L'adaptation du salarié à son emploi s'entend d'un réajustement de la qualification personnelle du travailleur à la qualification requise pour l'occupation du poste de travail tel que défini dans la nouvelle organisation. Elle n'opère donc pas une transformation d'emploi. Sur cette question, voir infra n°300 et suiv.

entreprisesorganisation, aussi bien du prestataire que de l'utilisateur qui, quant à lui, n'a fait qu'« externaliser » une activité accessoire mais indispensable à sa propre activité.[1063] Là encore, il faut se demander si l'entreprise évincée conserve des possibilités d'emplois de reclassement malgré la perte d'un marché. Si tel est le cas, il ne serait guère raisonnable de vouloir transmettre des contrats à l'entreprise qui enlève ou reprend le marché. En revanche, à défaut d'emploi de reclassement, le salarié sera licencié, la cause de la rupture étant de nature économique. Dans cette configuration, il n'apparaît pas inopportun de se retourner vers le successeur dans le marché pour se demander si le marché source d'activité, intégrée à l'organisation, ne génère pas d'emploi et imposer la reprise du contrat de travail, d'autant que succédant sur un même marché, l'activité conserve *a priori* son identité. Cette présomption de transfert devrait être combattue par l'impossibilité de maintien de l'emploi ; la charge de la rupture incombant alors à l'entreprise initiale. Cette solution paraît respecter les intérêts des acteurs, salariés et entreprises et faire supporter une obligation de reclassement à celui qui dispose de l'emploi.[1064]

2 La protection de l'emploi par application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail

L'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail est, sans doute le texte qui, le premier, a introduit dans notre ordonnancement juridique un dispositif de protection de l'emploi.[1065] Cependant, le principe de protection de l'emploi n'est traditionnellement envisagé que sous l'angle de la portée de ce texte. Or ce principe de protection dépend d'abord des conditions d'application du texte luimême. Ce n'est donc qu'une fois le texte déclaré applicable que la règle de protection de l'emploi devient effective. En effet, s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.[1066] Sur le plan théorique, l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail déroge donc au principe de l'effet relatif des contrats.[1067] C'est en vertu de la loi que le contrat de travail en cours subsiste, sans que le nouvel employeur puisse prétendre être un tiers au contrat conclu avec le précédent employeur.[1068] Sur un plan pratique, il faut relever l'effet

1063 En ce sens, E. WAGNER, article précité. Infra n°500 et suiv.

1064 Pour être complet ici, on rajoutera qu'un projet de refonte de la directive 77/187 est sur le métier, et qu'il serait beaucoup plus restrictif en ce sens qu'en donnant une définition de l'entité économique autonome il exigerait des éléments d'exploitation transférés condamnant l'interprétation selon laquelle seul le transfert d'une activité est suffisant mais nécessaire. Voir sur ce point, J. DEPREZ, « Transfert d'entreprise », *R.J.S.* 5/95, 315, spéc. §3.

1065 Il est, en tout cas, présenté comme tel : P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, t. II, Dalloz 1950, n°411 et suiv. ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°596 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 18ème éd., Dalloz 1996, n°327. Pour nuancer, comp. supra n°11 et suiv.

1066 Article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail ; Directive n°77/187 du 14 février 1997, article 4.

1067 Article 1165 du Code civil.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

très large d'application du dispositif mis en place. En effet dès lors que le dispositif est applicable, ce sont tous les contrats de travail qui sont transmis, c'estàdire toutes les situations juridiques de travail, peu important leur nature. Sont ainsi transmis non seulement les contrats de travail à durée indéterminée et les contrats à durée déterminée, de type particulier ou non,[1069] dès lors qu'ils sont en cours.[1070]

Après avoir brièvement rappelé les conséquences attachées au principe de maintien du lien d'emploi, il conviendra de mesurer la portée exacte de la protection ainsi accordée au regard du droit que tient l'employeur de gérer l'emploi, c'estàdire de le remettre en cause par modification du contrat ou par sa suppression.

a) Le principe de maintien du lien d'emploi

Les conséquences attachées au principe du transfert des contrats de travail sont bien connues. En premier lieu, il convient d'en rappeler le caractère impératif. Il en résulte que la poursuite du contrat s'impose au nouvel employeur. Cette contrainte légale de reprise du contrat est la manifestation de la règle de protection de l'emploi.

Comme il oblige l'employeur, l'impératif de poursuite de la relation contractuelle s'impose également au salarié ; celuici doit continuer à fournir sa prestation de travail au profit du nouvel employeur,[1071] pour autant que ce transfert n'emporte pas, en luimême modification du contrat de travail. L'acceptation du salarié est alors requise. En l'absence de modification du contrat, la question qui se pose est de savoir quels sont les effets juridiques du refus par le salarié du transfert du contrat de travail. Un point ne fait pas de doute, le refus, manifestation unilatérale de la volonté du salarié, entraîne la rupture du contrat de travail ; mais de quelle qualification ressort la rupture ? Selon la Cour de cassation, de jurisprudence constante, le refus du salarié s'analyse en une démission[1072] ; la doctrine est tout aussi catégorique, le salarié ne peut que démissionner.[1073] On fera sur ce point deux observations. Tout d'abord, on peut hésiter sur la qualification « démission » attachée à la rupture. Ne serait ce point une faute ? On peut penser qu'il ne saurait en

1068 Cass. Soc. 13 juin 1990, *Bull. V.*, n°273. Pour un contrat d'apprentissage, Cass. Soc. 31 oct. 1989, *D.* 1989, IR, 291.

1069 Cass. Soc. 28 mars 1996, *R.J.S.* 5/96, n°852.

1070 Un contrat suspendu est un contrat en cours, Cass. Soc. 13 nov. 1980, n°7940.783, de même qu'un contrat dont la rupture a été prononcée dès lors que le préavis s'effectue, Cass. Soc. 6 nov. 1991, n°9040.798.

1071 Cass. Soc. 16 janv. 1990, *Bull. V.,* n°11, « Attendu que, selon ce texte, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, c'est par le seul effet de la loi que les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise et que cette transmission s'impose au salarié comme à l'employeur. »

1072 Cass. Soc. 9 mai 1979, *Bull. V.,* n°283 ; Cass. Soc. 29 mai 1985, *Bull. V.,* n°307 ; Cass. Soc. 5 nov. 1987, *Bull. V.,* n°616, *D.* 1987, IR, p. 230, que c'est dès lors à bon droit qu'elle a décidé que le refus sans motif valable de Mme Pradel de poursuivre le contrat de travail avec la société Delagnes s'analysait en une démission privative de toute indemnité.

1073 G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°127.

être ainsi parce que le salarié ne méconnaît pas une obligation de nature contractuelle, c'est la loi qui impose le transfert aux parties à la relation contractuelle. Cependant, il fut aussi remarquer que si le changement d'employeur ne s'analyse pas, en soi, en une modification d'un élément essentiel du contrat, c'est donc qu'il en est sa simple exécution. Or on sait que le refus d'exécuter le contrat, lorsque seules les conditions de travail sont changées, peut être sanctionné en invoquant à l'appui de la décision une faute grave.[1074] Voilà une qualification juridique rigoureuse mais paradoxalement moins sévère que celle jusqu'alors retenue. De plus, la qualification « démission » n'est pas pleinement satisfaisante, eu égard notamment à la finalité de protection de l'emploi instituée par ce texte. En effet, dans sa jurisprudence relative à la démission, la Cour de cassation a pris soin de donner une définition précise de la démission. Il est ainsi exigé une volonté libre et non équivoque émanant du salarié de rompre le contrat de travail.[1075] Selon la jurisprudence de la Chambre sociale, le refus de travail, ou de reprise du travail, caractérise la volonté non équivoque de démissionner.[1076] Tel est bien l'hypothèse en cas de refus du transfert du contrat à un nouvel employeur. Pourtant, une manifestation non équivoque de volonté s'entend aussi d'une volonté éclairée. Or on sait qu'en ce domaine, la Cour de cassation n'impose pas, préalablement au transfert, une obligation d'information individuelle des salariés concernés.[1077] Ne seraitil pas souhaitable, eu égard à la rigueur des effets de la qualification retenue, d'instaurer une procédure d'information du salarié quant à l'étendue de ses droits mais aussi de ses obligations ? Effectivement, la démission est privative des indemnités d'assurance chômage, puisqu'en vertu de l'article L. 3511 du Code du travail, le travailleur doit être involontairement privé d'emploi. Ainsi, en cas de refus, la solution déduite de l'application d'un texte ayant pour finalité la protection de l'emploi apparaît particulièrement sévère.[1078]

Analysé sous l'angle du contrat, le changement d'employeur n'est pas un acte qui affecte la situation juridique en cause. Autrement dit, le contrat de travail est maintenu dans tous ses éléments ; il n'est donc pas rompu ni même modifié. En conséquence, le nouvel employeur ne peut pas imposer une période d'essai.[1079] Le transfert assure donc la continuité de la relation contractuelle et, sur le plan des relations individuelles de travail, le nouvel employeur devra tenir compte des droits que le salarié tient de son contrat. Essentiellement, le salarié transféré conserve le bénéfice de l'ancienneté acquise au

[1074] Voir supra n°192 et suiv.

[1075] J. MORVILLE, « Une jurisprudence abondante, mais nuancée », *C.S.B.P.* 1994, sup. au n°62, p. 51.

[1076] Par exemple, à l'issue des congés, Cass. Soc. 17 oct. 1985, *Bull. V.,* n°467.

[1077] Cass. Soc. 16 janv. 1974, *Dr. Soc.* 1974, 475, Cass. Soc. 17 avril 1985, n°8343.044. Mais le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur l'opération de transfert, article L. 4321 du Code du travail.

[1078] Pour être tout à fait précis, il faut réserver la situation du journaliste en raison du jeu de la clause de conscience, article L. 7617 du Code du travail. Cass. Soc. 15 nov. 1989; *Bull. V.,* n°666, *D.* 1989, IR, 313.

[1079] Cass. Soc. 1er fév. 1995, *Dr. Soc.* 1995, 383.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

service du précédent employeur.[1080] Cet effet est essentiel dans l'objectif de la protection du lien d'emploi puisque l'écoulement du temps, comme l'a montré M. Gaudu, consolide l'emploi.[1081] Cependant, il convient de mesurer la portée exacte de la protection instituée par l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail. En effet, ce dispositif met en échec le principe de l'effet relatif des conventions ; en cela il assure le maintien dans l'emploi. Mais cette protection est une protection ponctuelle, attachée à l'opération de transfert d'une entité économique autonome. En conséquence, le principe posé par l'article L. 12212 alinéa 2 exclut toute action sur l'emploi dès lors qu'elle trouve sa cause immédiate dans l'acte de transfert des contrats de travail. Toutefois, cette « paralysie » du pouvoir de gestion de l'emploi doit être précisément cernée.[1082] En effet, si l'efficacité de la protection est bornée par un lien causal entre l'acte de gestion et l'opération de transfert, c'est dire, *a contrario*, que l'absence de causalité rend licite les opérations de gestion de l'emploi. Toutefois, cet examen de la cause ne sera débattu devant le juge qu'en présence d'une contestation soulevée par le salarié. Le transfert ouvre ainsi à l'encontre des mesures de gestion des emplois liés à l'entité économique transférée une « période suspecte » non seulement en amont parce le cédant peut être tenté de dégrever de la charge de l'emploi l'entité cédée, mais aussi en aval dès lors que le nouvel employeur va vouloir exercer ses prérogatives de gestion sur les emplois intégrés à son entreprise.

b) La gestion de l'emploi avant son transfert

Division l'activité de l'entreprise, l'emploi est directement concerné par les mesures de gestion de l'entreprise. Si l'employeur assure la direction de l'emploi, il doit aussi en assumer la charge. De fait, c'est souvent le constat objectif de la situation de l'entreprise qui est la cause des mesures de gestion d'emploi, qu'elles visent positivement à la création d'emplois ou, négativement, des suppression d'emplois. Or l'article L. 12212 du Code du travail, par le principe de maintien des contrats de travail en cours, opère une déconnexion entre des faits qui affectent la situation de l'entreprise et toutes les mesures de gestion de l'emploi trouvant leur cause dans la modification juridique de l'employeur. Autrement dit, si l'employeur peut gérer l'emploi, les actes de gestion ne peuvent trouver leur cause dans le changement d'employeur ; fondées sur des considérations économiques, l'opération juridique ne doit pas interférer sur la situation juridique de travail des salariés. Cependant, à défaut d'interdire toute mesure de gestion de l'emploi, la mise en oeuvre du transfert d'entreprise entache de « suspicion » les actes de gestion de l'emploi. En effet, le cédant afin de favoriser la cession d'entreprise peut être tenté de dégrever l'outil de production des charges que fait naître l'emploi.

Le caractère d'ordre public du dispositif rend illicite toute clause contraire au maintien de plein droit des contrats de travail. Les juges ont été amenés à sanctionner les comportements des employeurs qui avaient pour but de rendre inapplicable ce texte.

1080 Cass. Soc. 28 mai 1997, *C.S.B.P.* 1997, p. 232.

1081 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°154. Cass. Soc. 18 déc. 1991, *Bull. V.,* n°590.

1082 Sur ce point, voir F. LYONCAEN, « Restructuration et relations individuelles de travail : aspects pratiques », *Dr. Soc.* 1989, 96.

C'est sur le terrain de la fraude, c'estàdire sur la production d'un résultat illicite en utilisant un acte qui ne l'est pas, que les juges se sont placés. Par exemple, seraient frauduleuses une mutation, une rupture du contrat de travail, décidées dans le seul but d'éluder l'application du texte.[1083] Par un arrêt du 31 janvier 1974, la Cour de cassation a adopté une solution particulièrement stricte puisqu'elle paraissait interdire purement et simplement tous les licenciements pour motif économique[1084] ; l'entreprise à qui l'exploitation était transférée avait l'obligation de continuer les contrats de travail en cours du personnel transféré. Si cette solution renforçait indubitablement l'idée de protection de l'emploi elle devait aussi trouver ses limites dans une période de crise économique qui affecte la viabilité des entreprises. Aussi la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence pour admettre que l'employeur puisse réorganiser l'emploi avant la cession dès lors du moins que les mesures de gestion affectant l'emploi sont indépendantes de l'acte de transfert.[1085] La jurisprudence s'adapte en tenant compte de la situation économique de l'entreprise, particulièrement lorsqu'elle est soumise à une procédure de redressement judiciaire. Ainsi, l'influence de la situation économique de l'entreprise semble perturber le principe posé par l'article L. 12212, la jurisprudence opérant une distinction selon que l'entreprise est ou n'est pas soumise à une procédure de redressement judiciaire. La protection de l'emploi est tributaire de la situation économique de l'entreprise.

b 1 : La gestion de l'emploi avant transfert dans le cadre du redressement judiciaire

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise place celleci sous un régime d'administration judiciaire qui, en toute hypothèse, soumet le chef d'entreprise à un contrôle de ses actes de gestion pendant la période soit de la liquidation judiciaire lorsque l'entreprise ne peut pas être redressée, soit d'observation pendant laquelle les acteurs de la procédure élaborent un plan de redressement. Dans ce cas précis, la loi du 25 janvier 1985 traite particulièrement de la cession d'entreprise en en faisant une modalité à part entière du traitement des difficultés de l'entreprise marquant en cela une très nette différence avec la loi du 13 juillet 1967. Selon l'article 81 alinéa de la loi du 25 janvier 1985, la cession d'entreprise doit avoir pour objet « ***le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif*** . » On remarquera que ce dispositif s'inscrit dans l'esprit général de la loi qui, selon l'article premier, est d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et le désintéressement des créanciers. La cession d'entreprise, ici envisagée, entre bien dans le champ d'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail. Toutefois en dépit de ce dispositif et bien que le maintien de l'emploi soit placé sur le même plan que la sauvegarde de l'entreprise, on peut constater que la survie de l'entreprise cédée, partiellement ou totalement, conditionne la protection de l'emploi. Aussi, et tenant compte de la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi dans son article

[1083] Voir notamment, Cass. Soc. 29 nov. 1972, *Bull. V.*, n°655; 22 juin 1983, *Cah. Prud'h.* 1984, 49.

[1084] Cass. Soc. 31 janv. 1974, *Dr. Soc.* 1974, 472, obs. J. SAVATIER.

[1085] Par exemple, Cass. Soc. 15 oct. 1979, *Bull. V.,* n°458.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

63 alinéa 2 dispose que le plan de redressement peut prévoir des licenciements économiques qui doivent intervenir dans le délai de un mois après le jugement. C'est une atteinte à l'effet de l'article L. 12212, puisqu'un certain nombre de contrats de travail ne seront pas transmis au cessionnaire, des licenciements seront donc prononcés.

La solution retenue par le législateur est originale et rend plus relative la protection instituée par l'article L. 12212 du Code du travail. Cependant, elle s'impose répondant, en cela, à un souci d'efficacité économique.[1086] Les licenciements économiques prévus par le plan de redressement sont, par principe, réguliers même si une partie de l'entreprise est reprise.[1087] Néanmoins, la Cour de cassation demeure vigilante et une appréciation *in concreto* est menée par les juges du fond afin de rechercher si les licenciements prononcés ne l'ont pas été en fraude à l'application de l'article L. 12212. Deux arrêts rendus le même jour permettent d'illustrer cette approche pragmatique des situations de fait. Ainsi, dans une première espèce,[1088] un plan de redressement prévoit le licenciement de tous les salariés ; mais il est constaté que le cessionnaire a repris trentedeux salariés. Selon les juges, les contrats de travail des salariés repris subsistent par le seul effet de l'article L. 12212, les licenciements ultérieurs sont de nul effet. Dans une autre affaire jugée le même jour,[1089] la Cour de cassation estime que c'est sans fraude que des salariés licenciés, en application du plan de cession, avaient pu se voir proposer un contrat à durée déterminée, qu'en présence d'un nouveau contrat de travail, la cour d'appel avait pu décider que les licenciements avaient pris effet. D'apparence contradictoire ces solutions ne le sont pourtant pas ; une analyse en terme d'emploi permet de le démontrer.[1090] En effet, ce que les juges vont vérifier c'est que les emplois supprimés dans l'entreprise du cédant ne se retrouvent pas dans l'organisation de l'entreprise du cessionnaire. Si tel est le cas (première espèce) les licenciements prononcés l'auront été en méconnaissance du dispositif instaurant le maintien des contrats de travail, puisqu'il s'agit ici de réexploiter une entité économique composée des mêmes emplois, tout en refusant d'en assumer la charge. Les licenciements sont réputés n'avoir pas été prononcés et ce sont les contrats de travail initiaux qui devront s'exécuter. En revanche, dans la seconde espèce, si malgré leur licenciement les salariés sont valablement réembauchés par le cessionnaire c'est parce qu'ils ne sont pas affectés sur les emplois qu'ils occupaient auparavant dans l'entreprise du cédant ; ce sont des emplois différents, mieux en l'occurrence, puisqu'ils sont recrutés sur des contrats à durée

1086 Mais les règles de protection de l'emploi s'appliquent, notamment l'employeur doit mettre en oeuvre un plan social. Cass. Soc. 3 mars 1998, arrêt n°1126 P+B.

1087 Cass. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. V.,* n°655, *C.S.B.P.* 1991, A.15.

1088 Cass. Soc. 30 juin 1992, *Bull. V.,* n°427 ; 4 juill. 1990, *Bull. V.,* n°344.

1089 Cass. Soc. 30 juin 1992, *Bull. V.,* n°430.

1090 Si l'article L. 12212 assure le maintien de toutes les situations juridiques d'emploi, la question de la fraude aux droits des salariés affecte plus spécialement ceux titulaires d'un contrat à durée indéterminée. Seuls les contrats à durée indéterminée font d'ailleurs l'objet d'un licenciement.

déterminée, excluant la qualification « emploi ».[1091] C'est, enfin, sous cet angle que doivent être comprises les décisions qui font application de l'article L. 12212 aux cas où des licenciements pour motif économique ont été prononcés dans le cadre de la liquidation judiciaire. En effet, afin de pouvoir bénéficier de l'application de l'article L. 143111 du Code du travail,[1092] les licenciements en phase de liquidation judiciaire doivent être prononcés rapidement et donc indépendamment de la cession ultérieure d'unités de production, tel que l'envisage l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985. En pratique, des contrats de travail seront rompus avant que l'entité économique, dès lors déchargée de l'emploi, soit cédée. Dans cette hypothèse tout comportement frauduleux est, *a priori*, exclu. Cependant, la Cour de cassation a jugé que malgré la disparition temporaire du support économique des emplois et dès lors que cette entité économique autonome était poursuivie, il y a éventuellement lieu à l'application de l'article L. 12212 du Code du travail.[1093]

La situation de l'entreprise soumise à une procédure collective loin de remettre en cause la protection assurée par l'article L. 12212 du Code du travail semble contribuer à la recherche d'un équilibre entre les conditions nécessaires à la poursuite de tout ou partie de l'entreprise et le maintien de l'emploi. Il apparaît, implicitement du moins, que les exigences du repreneur sont prises en compte dans la gestion de l'emploi.[1094] Tel ne saurait être le cas lorsque l'entreprise n'est pas « en faillite ».

b 2 : La gestion de l'emploi avant transfert dans l'entreprise in bonis

Si sur le plan des régimes juridiques applicables à l'entreprise la notion d'état de cessation des paiements justifie l'application de règles spéciales qui concourent notamment à la sauvegarde de l'entreprise, au maintien de l'activité et de l'emploi, il n'est pas certain que les arguments d'opportunité économique avancés pour le traitement de l'emploi soient irrecevables pour l'entreprise *in bonis*. Une entreprise sans être en état de cessation des paiements peut néanmoins connaître des difficultés sérieuses qui l'obligent à céder des unités de production et les offres dépendre notamment des charges afférentes à l'emploi. Pourtant le principe selon lequel aucun acte de gestion de l'emploi ne peut trouver sa cause dans le changement d'employeur semble devoir s'appliquer

1091 A supposer que le régime juridique gouvernant l'alternative à l'emploi soit respecté. Supra n°101 et suiv.

1092 Cet article permet la prise en charge des indemnités de licenciement pour les licenciements prononcés dans les quinze jours qui suivent le jugement statuant sur la liquidation judiciaire, article L. 143111 2°.

1093 Cass. Soc. 21 mars 1990, *Bull. V.,* n°133 ; 7 nov. 1990, *Bull. V.,* n°519 ; Cass. Soc. 8 juill. 1992, *Bull. V.,* n°446.

1094 Cass. Soc. 21 mars 1990, *Bull. V.,* n°132, « Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que les dispositions de l'article L. 12212 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que sauf une fraude aux droits du salarié non alléguée en la cause, le syndic prononce des licenciements dans le cadre d'une réorganisation nécessaire à la poursuite de l'activité, la cour d'appel qui a retenu que le contrat de locationgérance prévoyait comme condition préalable à la reprise le licenciement d'un certain nombre de salariés, dont M. Attali, et que ces licenciements étaient nécessaires au sauvetage de l'entreprise, n'a fait qu'user du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122143 du Code du travail en décidant que le congédiement de ce salarié procédait d'une cause répondant aux exigences de ce texte ; ».

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

strictement. En d'autres termes cela signifie que la Cour de cassation n'admet pas que des licenciements soient prononcés afin de favoriser la cession.

L'énoncé du principe appelle deux remarques. En premier lieu, si les actes de gestion de l'emploi ne peuvent pas être causés par le transfert de l'emploi, ceux qui trouveraient leur origine dans une cause indépendante de cette opération, sous réserve de leur bien fondé, sont donc *a priori* licites. Ainsi une réorganisation peut justifier des licenciements dès lors que la réorganisation n'est pas directement motivée par le transfert des emplois attachés à l'entité économique cédée. En second lieu, on peut se demander si le premier employeur est fondé à prononcer des licenciements sur un motif économique que pourrait invoquer le second employeur. Comme le soulignait M. Gaudu, la fraude aux droits des salariés est ici exclue, simplement il s'agit d'anticiper des licenciements qui sont inéluctables. La Cour de cassation avait apporté une réponse positive à cette situation en jugeant que le licenciement d'une salariée prononcé, en raison de la suppression de l'emploi, en l'occurrence de serveuse, qui avait d'ores et déjà été décidé par les acquéreurs qui décidaient d'exploiter le fonds euxmêmes, constituait une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail.[1095] Quoique ne portant pas atteinte aux droits du salarié, cette solution sur le plan des principes n'apparaît pas satisfaisante parce qu'elle opère une disjonction entre le débiteur des indemnités afférentes à la rupture du contrat de travail, c'estàdire à la charge de l'emploi, et la qualité d'employeur puisqu'en vertu de l'article L. 12212 le cessionnaire est de plein droit le nouvel employeur. Mais audelà du seul enjeu pécuniaire qui semble ressortir d'une telle analyse, la solution retenue était insatisfaisante eu égard à la définition du licenciement pour motif économique introduite par la loi du 2 août 1989. Sans doute cette considération atelle joué dans le revirement opéré par la Chambre sociale qui énonce depuis un arrêt du 17 juillet 1990 que l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat de travail d'un salarié employé dans l'entreprise transférée.[1096] La solution est opportune non seulement parce qu'elle impute à l'employeur la charge financière de la rupture du contrat de travail, mais surtout parce que le droit du licenciement pour motif économique fixe un cadre pertinent à l'application des règles et qu'il fait désormais du licenciement l'ultime mesure après épuisement de celles qui permettent de maintenir le salarié dans un emploi. Pour prendre un exemple, l'obligation de reclassement qui participe à la protection de l'emploi du salarié s'apprécie dans le cadre du groupe auquel appartient l'entreprise qui a la charge de la gestion de l'emploi, attribuer cette obligation au cédant et non pas au cessionnaire peut faire perdre une chance au salarié d'être maintenu dans un emploi. En tout état de cause, une telle solution était manifestement contraire au principe de l'effet impératif et automatique de l'article L. 12212. C'est donc bien au nouvel employeur d'assumer la charge de l'emploi.

[1095] Cass. Soc. 18 mars 1982, *Bull. V.,* n°184.

[1096] Cass. Soc. 17 juill. 1990, *Bull. V.,* n°570 ; Cass. Soc. 27 juin 1995, *J.C.P.* 1996, éd. E., I, 517, *R.J.S.* 10/95, n°1013, « les dispositions de l'article L. 12212 ne font pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir antérieurement à la cession pour des raisons économiques ou techniques impliquant une suppression d'emploi mais l'intention manifestée par le cessionnaire de poursuivre seul l'exploitation ne saurait constituer pour le cédant une cause légitime de rupture du contrat de travail du salarié employé dans l'entreprise transférée. »

c) La gestion de l'emploi après son transfert

L'opération de changement d'employeur lorsqu'elle entre dans le champ d'application de l'article L. 12212 emporte transfert des emplois et donc de la responsabilité de l'emploi au nouvel employeur. Cela signifie que celuici doit fournir l'emploi aux salariés intégrés à son entreprise. Toutefois, il a depuis longtemps été souligné que ce dispositif de protection est relatif dans la mesure où la stabilité de l'emploi ainsi assurée peut n'être qu'un « sursis »,[1097] l'article 4 de la directive précisant d'ailleurs que le dispositif institué ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi. Pour autant, la relativité de la protection ainsi accordée au salarié mérite d'être nuancée. On a observé plus avant que si le pouvoir de gestion de l'emploi était limité, il ne l'était que pour autant que l'acte de remise en cause de l'emploi trouve sa cause dans le transfert. Le pouvoir de gestion est alors utilisé à une fin autre que celle en vue duquel il peut être légitiment mobilisé ; il fait échec au droit au maintien dans l'emploi que le salarié tient de l'application de l'article L. 12212 du Code du travail. En revanche, tout acte de gestion de l'emploi est *a priori* licite, c'estàdire sous réserve de sa justification, dès lors qu'il ne trouve pas sa cause dans l'acte de transfert. La Cour de cassation n'a eu de cesse de le rappeler : la continuation des contrats de travail en cours ne fait pas par principe obstacle à l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction[1098] ; aux pouvoirs du nouvel employeur d'organiser l'emploi.[1099] Il en résulte que le nouvel employeur peut solliciter l'exécution du contrat du salarié transféré, c'estàdire adapter les conditions de travail de ce dernier à l'organisation de son entreprise. Il s'en suit aussi que l'employeur peut remettre en cause l'emploi mais à la condition que la mesure de gestion affectant l'emploi soit guidée par l'intérêt de l'entreprise à défaut, la modification du contrat de travail[1100] ou sa rupture ne seront pas fondées.[1101] Le contrôle opéré par le juge du bien fondé de la mesure de remise en cause de l'emploi participe donc de la protection de l'emploi du salarié. Mais surtout, si le transfert des emplois légitime la réorganisation de l'entreprise du cessionnaire, les salariés transférés ne pourront pas être traités différemment des salariés déjà en place dans l'entreprise. En conséquence, l'ensemble des mesures de

[1097] M. DESPAX, Droit du travail, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, 2ème éd. Déjà, H. SINAY, « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *J.C.P.* 1961, éd. G., I, 1647 et SCHAEFFER, « L'envers de l'article 23 al. 7 I du Code du travail », *J.C.P.* 1963, éd. G., I, 1753.

[1098] Cass. Soc. 9 nov. 1977, *Bull. V.,* n°606.

[1099] Cass. Soc. 8 mars 1995, *Dr. Soc.* 508, obs. BLAISE.

[1100] Par exemple, Cass. Soc. 6 nov. 1985, *Bull. V.,* n°502, « Mais attendu que l'arrêt énonce exactement que l'application de l'article L. 12212 du Code du travail n'a pas pour effet de rendre immuables les conditions du contrat de travail qui subsiste avec le nouvel employeur ; » ; Cass. Soc. 1er juill. 1985, *Bull. V.,* n°377, pour une modification de la qualification professionnelle ; 10 déc. 1984, *Bull. V.,* n°475, 27 avril 1984, *ibid.* n°162.

[1101] Par exemple, Cass. Soc. 22 sept. 1993, *R.J.S.* 11/93, n°1072.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

protection de l'emploi devront s'appliquer sans que puisse s'opérer une discrimination entre les différents salariés. Au contraire même dans certaines hypothèses où sur le nouvel employeur pèse un devoir d'adaptation des salariés à leurs emplois dès lors que les procédés technologiques mis en oeuvre sont différents de ceux utilisés par le précédent employeur. Il ressort donc que le maintien du lien d'emploi entre employeurs successifs mis en oeuvre sur le fondement de l'article L. 12212 combiné à la responsabilité de tout employeur dans la gestion de l'emploi assurent convenablement la protection de l'emploi du salarié.

Paragraphe II : Maintien du lien d'emploi malgré la rupture du contrat de travail

Si le droit du travail a instauré, dans un premier temps, les priorités d'embauchages instituées notamment au profit de certains travailleurs (mutilés de guerre loi du 26 avril 1924 , pères de familles d'au moins trois enfants loi du 8 octobre 1940) cellesci sont assez vite tombées en désuétude dès lors que la maind'oeuvre était insuffisante afin de pourvoir aux besoins de l'économie nationale. Ces priorités auraient sans doute pu retrouver une certaine vigueur avec le développement du chômage mais, et fort heureusement, les faits générateurs (notamment fait de guerre) qui présidaient conjoncturellement à l'élaboration de ces priorités ont aujourd'hui disparu.[1102] Aussi, indépendamment, par exemple, de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés qui concerne une situation juridique d'emploi non encore née, c'est bien le chômage qui a conduit les partenaires sociaux à introduire dans l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 un dispositif original de priorité de réembauchage. Ainsi, l'article 25 (modifié par l'accord national interprofessionnel du 20 oct. 1986) dispose que « ***les salariés licenciés pour raisons économiques ou ayant accepté un contrat de conversion bénéficient d'une priorité de réembauchage durant un délai de un an à compter de la date de rupture de leur contrat (...)*** » ; cette disposition est désormais codifiée sous l'article L. 32114 du Code du travail. Ce dispositif appelle deux remarques. Tout d'abord, introduit par les partenaires sociaux en 1969, il est révélateur, d'une part, de l'esprit dans lequel était envisagé le chômage dans un contexte de fluidité du marché du travail mais aussi, d'autre part, d'une gestion économique de l'entreprise par la rupture du contrat de travail. Enfin, si la priorité de réembauchage est le plus souvent envisagée sous l'angle de la rupture du contrat de travail causée par un motif économique, il serait réducteur de ne l'envisager que sous cet aspect, la priorité de réembauchage ayant un champ d'application plus large. Il convient donc d'en préciser le domaine et les effets.

1 Champ d'application des priorités de réembauchage

Parmi les mécanismes permettant une protection de l'emploi un certain nombre sont assez voisins et la confusion n'est pas rare, y compris de la part du juge. Aussi avant d'étudier le domaine de la priorité de réembauchage il convient de la distinguer d'autres mécanismes qui assurent le maintien du salarié dans un lien d'emploi. Enfin, on

[1102] Il est à cet égard topique de constater que la terminologie a évolué, ce sont en droit positif des obligations d'emploi des travailleurs handicapés, des mutilés de guerre et assimilés, articles L. 3231 et suiv. du Code du travail.

remarquera que si la détermination du bénéficiaire de la priorité ne pose pas de problème, il est intéressant de pointer ceux ayant trait à la détermination du débiteur d'emploi.

a) Distinctions

Les distinctions s'articulent autour du contrat de travail. La priorité de réembauchage marque qu'il s'agit d'un mécanisme de reprise d'un nouveau contrat de travail qui suppose au préalable qu'une relation juridique ait été rompue, sans qu'il soit possible en raison de la diversité des situations envisagées de dire que cette rupture doit être à l'initiative de l'employeur.[1103] C'est néanmoins la rupture d'un premier contrat puis la conclusion d'un autre contrat qui permet d'abord de distinguer la priorité de réembauchage du mécanisme de retour dans l'emploi.[1104] Effectivement, on peut observer que dans le cadre du droit au retour dans l'emploi c'est le même contrat de travail qui se poursuit. Celuici ayant simplement été suspendu dans son exécution. Le salarié à l'issue de la période de suspension doit, par principe, retrouver son emploi ou à défaut un emploi similaire.

On remarquera ensuite que le fait générateur de la suspension doit conduire l'employeur à proposer au salarié, lorsque sa qualification professionnelle est affectée en raison d'une maladie ou d'un accident de travail, une modification du contrat de travail. Il s'agit là de la mise en oeuvre de l'obligation de reclassement, laquelle doit aussi s'appliquer lorsque la rupture du contrat de travail pour motif économique est envisagée.[1105] Mais dans ces hypothèses, si l'employeur avait objectivement un motif réel et sérieux de rompre le contrat, l'obligation de reclassement impose en préalable une offre de modification du contrat. Ainsi, et alors que le contrat de travail n'est pas rompu, c'est la modification du contrat qui emportera changement d'emploi.

Enfin, lorsque le contrat de travail est rompu, le lien d'emploi peut être activé par le mécanisme de la réintégration. Mais là encore la réintégration recouvre des situations diverses qui ne peuvent pas être mises sur un même plan.[1106] Ainsi, un auteur a observé que si la réintégration comme la priorité de réembauchage ont en commun de faire l'objet d'une manifestation de volonté émanant du créancier, la réintégration demandée, et judiciairement ordonnée, est de plein droit. En revanche, une manifestation de volonté du débiteur d'emploi est nécessaire afin que soit effective la mise en oeuvre de la priorité de réembauchage.[1107] Il faut en effet que l'employeur entende pourvoir à l'occupation ou à la création d'un emploi susceptible d'être occupé par le salarié. La mise en oeuvre de la

[1103] Comp. article L. 32114 du Code du travail (licenciement pour motif économique) et L. 12228 du Code du travail. Plus précisément, dans de nombreux cas la rupture du contrat de travail intervient après une période de suspension de plein droit du contrat de travail, cette rupture peut être à l'initiative du salarié, voire négociée, et ne pas résulter obligatoirement d'un licenciement.

[1104] Supra n°261 et suiv.

[1105] Infra n°336 et suiv.

[1106] Comp. la réintégration visée par l'article L. 12218 du Code du travail et la réintégration corollaire de la nullité du licenciement, par exemple article L. 5211 alinéa 3.

priorité de réembauchage nécessite donc de la part de l'employeur un acte de gestion de l'emploi.

b) Domaine

Il serait réducteur de n'envisager la priorité de réembauchage que sous l'angle de la rupture du contrat de travail causée par un motif économique. En effet, un certain nombre de textes prévoient expressément au profit d'un ancien salarié une priorité de réembauchage. Il serait tout aussi réducteur de limiter le fondement de cette priorité de réemploi à la loi, les conventions collectives de travail ou le contrat de travail luimême pouvant instaurer ce droit.[1108] Parmi les textes on relèvera l'article L. 12219 (service national), l'article L. 122242 (salarié membre d'une Assemblée), article 122281 (éducation de l'enfant), l'article L. 32114 (rupture du contrat pour cause économique).

En raison de la multiplicité des textes instituant une priorité de réembauchage, il peut paraître difficile de dégager un principe commun la justifiant ; les motifs étant différents. Néanmoins, la persistance du lien d'emploi malgré la rupture du contrat de travail peut être comprise comme le moyen d'exprimer une valeur protégée, l'emploi s'en faisant alors le vecteur. On peut néanmoins s'interroger sur la portée du terme priorité. Communément, la priorité s'entend comme le droit de passer le premier ; autrement dit la règle de priorité doit permettre de régler un conflit entre plusieurs prérogatives. Dans cette perspective de conflit, deux hypothèses peuvent être envisagées. Dans un premier cas, le conflit n'est point un conflit entre priorités mais un conflit de droits : d'un côté la liberté contractuelle de l'employeur, de l'autre la reconnaissance d'une priorité de réembauchage. La solution est simple, la priorité de réembauchage permet au travailleur qui a perdu son emploi d'obtenir de l'entreprise une offre prioritaire de reprise d'une relation contractuelle. Il en résulte ainsi une réduction de la liberté contractuelle de l'employeur puisque l'ancien salarié est bénéficiaire d'une priorité sur tout autre cocontractant pour un emploi disponible. Dans un second cas, il faut envisager un véritable conflit entre travailleurs titulaires d'une priorité.[1109] Rappelons tout d'abord, qu'entre les candidats à l'emploi, le chef d'entreprise doit retenir le postulant bénéficiaire d'une priorité. Quid si, parmi les candidats, deux au moins peuvent exciper d'une priorité[1110] ? Sur ce point la loi est muette et la Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer. Néanmoins, il faut d'emblée écarter la solution qui

[1107] Voir la présentation de J.M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, Thèse Lyon, 1979, pages 72 et suiv.

[1108] Par exemple, Cass. Soc. 25 juin 1986 *Bull. V.,* n°335 ; 22 juill. 1986 *Bull. V.,* n°468 ; 17 janv. 1989, *Bull. V.,* n°28 ; 25 mai 1986, *Bull. V.,* n°399 et 12 déc. 1993, *Bull. V.,* n°705.

[1109] L'hypothèse n'est pas d'école. On peut envisager non seulement un conflit entre priorités différentes (au titre de l'article L. 12219 et de l'article 32114) mais surtout en cas de licenciement pour motif économique ayant affecté des salariés ayant une qualification professionnelle très proche sinon identique.

[1110] On observera que le conflit peut s'exercer non seulement entre priorités de réembauchage mais encore entre une priorité de réembauchage et une obligation de reclassement voir même un retour à un emploi à temps plein, article L. 21245 du Code du travail.

consisterait à ce que le bénéfice de la priorité soit le prix d'une course entre les titulaires de cette prérogative ; une telle solution serait parfaitement inadaptée. En revanche, on peut hésiter entre deux systèmes : soit hiérarchiser les priorités, soit laisser à l'employeur l'opportunité du choix, sous réserve de toute discrimination, en fonction de la meilleure adéquation entre les compétences professionnelles et la qualification professionnelle requise par l'emploi.[1111] Il apparaît qu'aucune solution ne s'avère pleinement satisfaisante, mais il semble, qu'à défaut de tout texte fondant une hiérarchie entre les priorités (pourquoi faire primer le risque économique sur la perte d'aptitude professionnelle ou inversement), l'employeur, sous réserve de discrimination, doit pouvoir choisir le salarié dont la qualification professionnelle correspond le plus à l'emploi à pourvoir.[1112] Cette solution est conforme au principe de la liberté contractuelle, mais elle laisse clairement entrevoir l'absence d'unité dans la mise en oeuvre de ce « droit de suite » attaché à l'emploi malgré la rupture du contrat de travail.

c) Le débiteur de la créance d'emploi

La détermination du créancier titulaire de la priorité de réembauchage ne pose pas de problème, en revanche, il peut en surgir quant à la détermination du débiteur d'emploi. A cet égard, deux situations peuvent être repérées, l'une ayant trait à la modification de la situation juridique de l'employeur pendant le temps du droit à réembauchage, l'autre interrogeant l'espace pertinent de la priorité lorsque l'employeur débiteur appartient à une structure complexe.

En premier lieu, lorsque pendant la période correspondant à la priorité de réembauchage il intervient une modification de la situation juridique de l'employeur, la question a été posée de savoir si le salarié peut faire valoir son droit à l'encontre du nouvel employeur, en application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail.[1113] L'énoncé même de la question révèle la difficulté puisque le contrat de travail du salarié a été rompu, si bien qu'il puisse paraître abusif de vouloir opposer la priorité de réembauchage au nouvel employeur. Appelée à se prononcer sur ce point, la Cour de cassation, par un arrêt du 26 février 1992, a pourtant énoncé qu'« ayant constaté que la société s'était engagée à reprendre les activités médicales de l'association et à poursuivre les contrats de travail en cours, [la cour d'appel] a fait ressortir le transfert d'une unité économique et sociale conservant son identité et dont l'activité a été poursuivie et reprise, que par la suite [le salarié] était en droit de se prévaloir de la priorité de réembauchage. »[1114] Dès lors, il faut rechercher un fondement à l'application de l'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail alors même que le contrat de travail est rompu. On a précédemment défendu l'idée que l'article L. 12212 alinéa 2 s'appliquait en cas de

[1111] Sur ce point, voir *Droit de l'emploi*, Dalloz Action 1997, n°519, et D. CORRIGNANGARCIN, « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *R.J.S.* 10/94, p. 643.

[1112] C.A. Poitiers, 20 déc. 1990, *R.J.S.* 3/91, n°414.

[1113] Effectivement le contrat de travail n'est pas « en cours », article L. 12212 du Code du travail.

[1114] Cass. Soc. 26 fév. 1992, *Bull. V.,* n°128, *J.C.P.* 1992, éd. G., II, 21 883, note J. MOULY.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

transfert d'emploi compris en tant que division de l'activité de l'entreprise ; mais la difficulté tient ici précisément à l'absence d'emploi transmis, aucun support juridique ne fondant le transfert. Un auteur estime, pour sa part, que l'obligation de réembauchage dans cette configuration est indissociable de l'exploitation de l'entreprise, lui conférant ainsi un caractère *intuitus rei*.[1115] Mais on observera que l'on achoppe, là encore, sur le contenu à donner à l'entreprise, puisque justement dans l'exploitation transmise ne figure pas l'emploi, supporté par le contrat de travail, en tant qu'élément de l'exploitation grevé par une priorité de réembauchage. En effet, si le droit s'exerce contre l'entreprise, il semble difficile d'admettre que le droit soit attaché directement à cette dernière, sa composante « emploi » ayant été supprimée. La référence au lien d'emploi peut asseoir l'opposabilité du droit au cessionnaire qui dispose du pouvoir de gérer l'emploi, manifestation du pouvoir qui conditionne l'exercice même de la priorité de réembauchage.

En second lieu, on sait désormais que si par principe la priorité de réembauchage s'exerce à l'égard de l'employeur avec lequel le salarié était partie à la relation de travail, le changement d'employeur ne fait pas obstacle à l'exercice du droit. Autre est alors la question de repérer l'espace pertinent dans lequel va pouvoir s'exercer le droit au réembauchage, parce que de celuici dépend l'efficacité de la protection de l'emploi. Depuis un arrêt du 20 février 1991,[1116] la Cour de cassation a énoncé que dans le cadre du licenciement pour motif économique l'examen des possibilités de reclassement du salarié doit s'effectuer dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée.[1117] Il ressort que le groupe est un espace de solidarité propre à assurer le maintien de l'emploi du salarié affecté par un acte d'entreprise. En conséquence, étendre le droit à la priorité de réembauchage pour tout emploi disponible dans le groupe serait approprié à l'objectif de protection de l'emploi expressément retenu par ailleurs. Une telle approche est cependant critiquée notamment parce qu'elle compliquerait à l'excès la gestion du personnel et qu'elle méconnaîtrait l'autonomie juridique des sociétés composant le groupe.[1118] Ces arguments pourraient tout aussi bien être développés à propos de l'obligation de reclassement et ont été, dans ce cas, implicitement rejetés par les hauts magistrats. Pourtant par un arrêt de cassation du 6 avril 1994, la Chambre sociale énonce que « le droit des salariés à la priorité de réembauchage s'exerce à l'égard de l'entreprise. »[1119] Le groupe n'est donc pas un espace pertinent à l'exercice de la priorité de réembauchage. Une telle solution est regrettable non seulement parce qu'elle ne soulève pas plus d'obstacles pratiques que lorsque le groupe est désigné comme espace

[1115] J. MOULY, note précitée.

[1116] Cass. Soc. 20 fév. 1991, *Bull. V.,* n°86 ; Cass. Soc. 25 juin 1992, *Bull. V.,* n°420. Voir infra n°384 et suiv.

[1117] Pour le reclassement du salarié victime d'un accident du travail, Cass. Soc. 24 nov. 1995, *J.C.P.* 1996, éd. E., II, 774, infra n°384 et suiv.

[1118] D. CORRIGNANGARCIN, « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *R.J.S.* 10/94, p. 643. Voir infra n°388 et suiv., sur les limites au reclassement dans le groupe.

[1119] Cass. Soc. 6 avril 1994, *Bull. V.,* n°134.

pertinent dans le cadre du reclassement,[1120] mais parce que surtout c'est le droit accordé au salarié qui est réduit dans sa mise en oeuvre. Il n'est pas de raison pour que « les droits défense » de l'emploi soient d'étendue variable.

2 La mise en oeuvre de la priorité de réembauchage

Le contrat éteint laisse donc des traces.[1121] Aussi, il convient de se demander si ce lien d'emploi peut être envisagé comme le prolongement de la situation juridique antérieure. D'emblée, il faut remarquer que si le contrat de travail a été rompu, la situation juridique à venir est nécessairement nouvelle, c'estàdire qu'elle procède d'un nouveau contrat. Dès lors, si prolongement il y a, ce ne peut être qu'en vertu d'un texte exprès ou, à défaut, d'un accord entre les parties. Il s'agira donc de déterminer la portée de la reprise du lien contractuel entre l'ex salarié et l'entreprise. Mais on a dit également que la priorité de réembauchage n'est opposable à l'employeur que si celuici manifeste par un acte de gestion d'emploi sa volonté de pourvoir un emploi. Autrement dit, si la priorité de réembauchage est un droit, elle est conditionnée dans sa mise en oeuvre.

a) La priorité de réembauchage un droit conditionné

Que la priorité de réemploi trouve sa source dans la loi ou dans une convention, elle peut être analysée sur le plan de la technique juridique comme une offre de contrat adressée à une personne, l'ancien salarié. Mais il faut, d'une part, que celuici ait manifesté son intention d'être prioritairement destinataire de l'offre d'embauche et que, d'autre part, l'acte de gestion d'emploi de l'employeur le place dans les conditions propres à limiter sa liberté contractuelle.

a 1 : Les conditions de forme

Même si les modalités de mise en oeuvre sont différentes,[1122] il apparaît clairement que pour rendre la priorité de réembauchage opposable à l'employeur le travailleur doit exprimer au préalable son intention d'en bénéficier. Ainsi, l'article L. 32114 du Code du travail dispose que le travailleur doit dans un délai de quatre mois à compter de la date de rupture de son contrat manifester le désir d'user de cette priorité.[1123] La conséquence attachée à la manifestation de cette volonté est importante car le défaut de manifestation de volonté de la part du salarié délie l'employeur de son obligation de l'informer de tout

[1120] Infra n°384 et suiv.

[1121] En ce sens, J. MOULY, note sous Cass. Soc. 26 fév. 1992, *J.C.P.* 1992, éd. G., II, 21 883. Voir aussi, F. PETIT, « L'après contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, 597.

[1122] Les faits générateurs de l'obligation de manifestation de la volonté sont différents : rupture du contrat de travail (article L. 31114 (fin de mandat) article L. 122242). De même que si l'employeur doit notifier dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, dans la lettre de licenciement, la priorité de réembauchage, cette obligation n'est pas formalisée dans les autres textes. Cependant, il semble que pèse sur l'employeur une obligation d'infirmation du salarié quant à l'existence de ce maintien du lien d'emploi par le jeu de la priorité de réembauchage. Voir également l'omission de cette formalité quant à la convention de conversion, A. PHILBERT, Les licenciements pour motif économique, *C.S.B.P.* 1994, sup. au n°62.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

emploi devenu disponible.[1124] Bien que le législateur soit resté muet quant aux règles de forme à respecter pour présenter une demande de réembauchage, sans doute, la lettre recommandée avec accusé de réception constitue pour le salarié la forme la plus adéquate afin de prévenir toute contestation. C'est alors seulement que l'employeur sera tenu d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec la qualification professionnelle du travailleur.[1125] Il s'agit alors d'examiner les conditions de fond de mise en oeuvre de la priorité de réembauchage.

a 2 : Les conditions de fond

L'offre prioritaire de réemploi est en effet conditionnée par un acte de gestion de l'employeur puisqu'il est indispensable que ce dernier entende, pendant la durée d'exercice de la priorité,[1126] pourvoir un emploi. Cela signifie très clairement que, d'une part, l'employeur n'a pas à créer un emploi pour le bénéficiaire du droit et que, d'autre part, alors même que l'emploi serait existant l'employeur n'a pas l'obligation de le recruter ; il peut laisser l'emploi vacant. Autrement dit, si l'employeur ne procède à aucune embauche dans la catégorie professionnelle du travailleur pendant le temps de l'offre de réembauchage, l'employeur ne viole aucunement son obligation. En conséquence, l'employeur n'est tenu d'informer le travailleur que s'il entend recruter un salarié, telle est la condition impérative pour que le bénéficiaire de la priorité puisse opposer son droit à l'employeur. On le comprend donc l'atteinte à la liberté est simplement une atteinte à la liberté contractuelle, c'estàdire du choix du cocontractant, mais certainement pas une atteinte au principe de la liberté de gestion de l'employeur.

En revanche, dès lors que l'employeur effectue un recrutement, il doit adresser en priorité une offre d'embauche au bénéficiaire du droit. La question qui se pose est de savoir si cette obligation d'information concerne l'ensemble des opérations de recrutement, elle serait générale ou si, au contraire, elle a une portée limitée. A la lumière des textes, la question de l'étendue de l'obligation de l'offre de réembauchage doit être examinée quant à la nature de l'emploi offert et par rapport à la qualification professionnelle exigée par l'emploi. Les textes disposent, en effet, que l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec la qualification du travailleur.[1127]

[1123] Comp. article L. 12218 et articles L. 122242 al. 3 et 5. L'article L. 12219 ne fixe aucune procédure particulière, mais il faut ici procéder par analogie avec l'article L. 12218 du Code du travail. En effet, dans le cadre du service militaire, la priorité de réembauchage est une alternative à l'obligation de réintégration qui prime dans les prérogatives opposables à l'employeur. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de réintégration que le salarié bénéficie alors d'une priorité de réembauchage.

[1124] Cass. Soc. 2 mars 1989, *Bull. V.,* n°170.

[1125] Article L. 32114 du Code du travail. On remarquera que la Cour de cassation distingue l'absence d'information (irrégularité de fond) sanctionnée par l'article L. 122144 du Code du travail (indemnité minimale de deux mois de salaire) et l'omission de la mention de la priorité dans la lettre de licenciement (irrégularité de forme) dont la réparation est souverainement appréciée par le juge. Comp. Cass. Soc. 16 déc. 1997, Lubrano et Cass. Soc. 16 déc. 1997, Vidonne, *Liaisons sociales* n°7785.

[1126] Généralement pendant un an.

Sur le premier point, concernant la nature de l'emploi offert, deux aspects doivent être traités ; il s'agit, d'une part, du sens donné à la notion de disponibilité et, d'autre part, de la nature de la situation juridique d'emploi visée. A partir de quand un emploi estil disponible ? L'usage par le législateur du terme disponible est intéressant parce que ramené à la notion d'emploi il tendrait à marquer une certaine limite quant au pouvoir de gestion de l'employeur sur l'emploi. Effectivement, la disponibilité s'entend de ce dont on peut disposer. *A contrario* dire que l'emploi est indisponible c'est affirmer que l'employeur ne peut pas en disposer. Or, on sait que seul l'employeur à la maîtrise de l'emploi. Néanmoins, par l'interprétation jurisprudentielle de la disponibilité de l'emploi on apprend de la Cour de cassation qu'un emploi laissé vacant par suspension d'un contrat de travail n'est pas un emploi disponible.[1128] Comme le relève un auteur,[1129] la Chambre sociale assimile donc la disponibilité à la notion de vacance de l'emploi, c'estàdire au fait que l'emploi n'a plus de titulaire. Assurément cet élément d'analyse renforce le lien entre le salarié et son emploi.[1130] Toutefois, comme le souligne le même auteur cela conduit à évincer le travailleur bénéficiaire de la priorité de réembauchage dans les situations où la vacance de l'emploi est de longue durée. Des arrêts récents apportent cependant une certaine confusion dans la mesure où il semble en ressortir l'absence de tout contrôle par le juge de cassation de la notion « d'emploi disponible ».[1131] Ainsi par deux arrêts, la juridiction suprême a validé une interprétation très extensive des juges du fond qui ont admis la condamnation d'un employeur qui n'avait pas proposé des emplois temporairement vacants dont les titulaires étaient en arrêt maladie. Une telle solution amoindrit le droit du salarié à bénéficier d'un emploi et pas simplement d'un contrat de travail.

Mais l'explication peut être recherchée au regard de la nature de l'emploi à proposer. En effet, lorsque le législateur fait ici usage du mot emploi, on pourrait légitimement penser qu'il opère une qualification précise de la situation juridique qui doit être offerte au travailleur dont le contrat de travail a été rompu. De la sorte, l'employeur ne serait tenu que de proposer des emplois permanents supportés par un contrat à durée indéterminée et pas un « emploi précaire » supporté par un contrat de type particulier. Cette analyse permettrait d'éclairer non seulement la notion de disponibilité de l'emploi mais, en outre, elle appuierait l'analyse selon laquelle la priorité de réembauchage constitue le

1127 Notamment, article L. 3211 du Code du travail.

1128 Voir, Cass. Soc. 17 juin 1992, *Bull. V.,* n°343 (salarié en congé annuel) ; Cass. Soc. 17 déc. 1992 ; *R.J.S.* 3/93, n°263 (salarié absent deux mois) ; Cass. Soc. 12 déc. 1995, *Bull. V.,* n°404 (arrêt maladie).

1129 D. CORRIGNANGARCIN, note sous 17 juin 1992, *J.C.P.* 1993, éd. E., II, 22 076, voir aussi *J.C.P.* 1996, éd. E., II, 811. On soulignera encore sur ce point, que lorsque le salarié a manifesté son intention d'user de son droit à réembauchage, l'information est due dans le cas où le salarié a retrouvé un autre emploi. Cass. Soc. 21 nov. 1990, *Bull. V.,* n°575. Cette solution n'est cependant pas sans difficultés pratiques, par exemple si le salarié est lié par un contrat à durée déterminée.

1130 Infra n°133 et suiv.

1131 Cass. Soc. 9 et 16 déc. 1997, *Liaisons sociales* n°7785.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

prolongement de la situation juridique d'emploi antérieure.[1132] Par un arrêt du 26 janvier 1994,[1133] la Cour de cassation a jugé que l'obligation de l'employeur d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification n'est pas limitée aux emplois pourvus par un contrat à durée indéterminée ; autrement dit l'offre de réembauchage peut viser une situation limitée dans le temps. La Cour de cassation retient donc, dans cette hypothèse une interprétation très large de la notion d'emploi que contredit la notion de contrat à durée déterminée. Il en résulte donc que la priorité de réembauchage s'analyse pour l'employeur en l'obligation de faire une offre de contrat dès lors qu'il entend pourvoir à une situation juridique de travail disponible. Peu rigoureuse en théorie, cette solution est cependant opportune en fait parce qu'elle est adaptée à un objectif de sortie du chômage. Mais si l'on accepte cette solution qui, ne semble pas conforme à la lettre du texte,[1134] on peut se demander si, en l'espèce, la conclusion d'un contrat à durée déterminée vide définitivement le droit au réembauchage du travailleur ? On peut ainsi parfaitement imaginer que lorsque l'employeur offre d'effectuer un remplacement ou une tâche, il ne se libère pas de son obligation, laquelle serait reconduite à l'issue du terme du contrat à durée déterminée.[1135] La construction jurisprudentielle semble se vouloir pragmatique, mais de fait elle rend toute conceptualisation délicate faute de s'attacher à un respect strict des catégories juridiques repérées. La notion d'emploi identique ouvre ainsi la voie à la controverse.

En effet, il est disposé que l'employeur doit informer le travailleur de tout emploi disponible et compatibleavec sa qualification,[1136] sous entendu sa qualification professionnelle. On a remarqué précédemment que la qualification professionnelle du travailleur est l'élément déterminant dans la conclusion du contrat de travail puisqu'elle doit apporter une réponse appropriée à l'emploi, élément de l'organisation de l'entreprise.[1137] Dès lors, la notion de compatibilité entre la qualification professionnelle et l'emploi dans la mise en oeuvre de la priorité de réembauchage s'impose puisqu'un

[1132] J. MOULY, article précité.

[1133] Cass. Soc. 26 janv. 1994, *Bull. V.,* n°31, *Liaisons Sociales* n°7005, p.13, *R.J.S.* 3/94, n°238.

[1134] Les travaux parlementaires ne permettent pas une analyse plus fine.

[1135] Il faudrait alors trancher un problème pratique consistant à savoir si la période de réemploi doit être décomptée de la durée de la priorité de réembauchage. Il y a deux solutions, l'une consiste à imputer le temps du contrat à durée déterminée, l'autre à suspendre le délai pendant la durée d'exécution. Il faut remarquer que le fait générateur du droit à réembauchage est bien la rupture du premier contrat, mais admettre une telle solution c'est aussi donner effet à une situation juridique qui n'est pas une situation d'emploi stricto sensu. Par exemple, si le droit de réembauchage prend effet au 1er janvier et que la conclusion d'un contrat à durée déterminée de 5 mois intervient au 1er avril, dans le premier la cas le salarié ne pourrait prétendre à son droit que pour une durée de 3 mois, dans l'autre pour une durée de 9 mois.

[1136] Article L. 32114 du Code du travail, mais aussi articles L. 122242 et L. 12228. Pour l'article L. 12219 il faut, là encore, raisonner par analogie avec l'article L. 12218 du Code du travail.

[1137] Supra n°158 et suiv.

nouveau contrat de travail est conclu. La Cour de cassation exige, de ce fait, des juges du fond une extrême précision dans la motivation de leur décision lorsqu'ils sont saisis d'un litige relatif à l'adéquation entre l'emploi et la qualification professionnelle.[1138] Ainsi, il appartient bien au juge d'apprécier cette compatibilité entre l'emploi et la qualification du travailleur.[1139] Une telle décision ne doit pas surprendre parce que le juge ne se substitue aucunement au pouvoir de l'employeur pour apprécier les qualités professionnelles du salarié. Son contrôle est objectif au sens où, abstraitement, il peut évaluer si la qualification professionnelle du salarié est par nature compatible avec les emplois disponibles que l'employeur doit offrir.[1140] Cela signifie que l'emploi offert n'a pas à être strictement identique à l'emploi précédemment occupé,[1141] l'emploi peut correspondre à un poste de travail différent dès lors qu'il agrège les mêmes fonctions, lesquelles permettent d'appréhender précisément le rapport entre la qualification professionnelle et l'emploi.[1142] Mais il reste à préciser la sphère de compatibilité entre la qualification professionnelle et l'emploi.

L'arrêt précité du 30 juin 1992 soulevait un problème pratique. En l'espèce, le salarié avait suivi une formation dans le cadre d'une convention de conversion et avait donc modifié sa compétence personnelle. Aussi revendiquaitil des offres d'emplois compatibles avec sa nouvelle qualification. Tout d'abord, pour rendre opposable la nouvelle qualification professionnelle il est indispensable que le salarié ait informé l'employeur, l'article L. 32114 l'impose, tout comme y invite l'interprétation de l'article L. 12219 du Code du travail. Autrement dit, il apparaît que l'employeur doit alors proposer des emplois compatibles avec la nouvelle qualification professionnelle du travailleur mais encore fautil qu'objectivement le salarié puisse occuper cet emploi. C'est ainsi que la Cour de cassation a approuvé la motivation d'une cour d'appel qui constatait, alors que le salarié avait bénéficié d'une convention de conversion, que l'emploi en cause nécessitait des qualités professionnelles différentes de celles qui étaient reconnues à l'intéressé ce qui aurait nécessité un effort d'adaptation excédant le niveau de responsabilités et de capacités inhérent au poste anciennement occupé par le salarié.[1143] Cet arrêt présente

1138 Mais il incombe à l'employeur de démonter qu'aucun poste disponible ne correspondait à la qualification du salarié, Cass. Soc. 30 sept. 1997, arrêt n°3277 D, pourvoi n°9444200.

1139 Cass. Soc. 30 juin 1992, *Bull. V.,* n°431, « Qu'en statuant ainsi, sans préciser en quoi l'emploi ainsi pourvu était compatible avec le niveau de qualification atteint par M. Bonnel au terme du stage de formation qu'il avait suivi dans le cadre de la convention de conversion, le conseil de prud'hommes n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé. » Egalement 29 juin 1991, *Bull. V.,* n°275.

1140 En ce sens, Cass. Soc. 3 juin 1981, *Bull. V.,* n°496.

1141 Cass. Soc. 6 avril 1994, *C.S.B.P.* sup. au n°62, p. 49.

1142 Infra n°183 et suiv.

1143 Cass. Soc. 15 oct. 1996, *C.S.B.P.* sup. au n°93, p. 73, J.F. PAULIN, « A propos de la notion d'emploi compatible dans le cadre de la priorité de réembauchage », *Semaine sociale Lamy* du 1211998, n°869, *D.* 1998, SC, 254, H. TISSANDIER.

une particularité dans sa motivation en ce qu'il fait référence à l'adaptation du salarié à son emploi.[1144] Cette référence est à la fois curieuse et particulièrement intéressante ; curieuse parce que le devoir d'adaptation est spécifique à un contrat de travail en cours d'exécution, intéressante parce que si elle est reprise, elle renforce l'idée du lien d'emploi. En conséquence, l'employeur devrait proposer un emploi proche de la qualification professionnelle du salarié au besoin en assurant son adaptation.[1145] Mais à l'inverse, doitil aussi proposer des emplois de qualification inférieure ?

Il ne semble pas que, sur ce point, la Cour de cassation ait donné une réponse. Néanmoins, dans un arrêt du 6 avril 1994,[1146] elle rejette le pourvoi d'un employeur qui n'a pas proposé à un salarié cadre technicocommercial un poste d'agent technicocommercial. Un auteur soutient que si l'employeur doit proposer un emploi similaire ou équivalent son obligation ne saurait le conduire à proposer des emplois de qualification inférieure,[1147] refusant ainsi toute assimilation à l'obligation de reclassement, au motif que cette obligation de reclassement tire son origine des principes généraux du droit des contrats.[1148] Indépendamment du fait que l'on puisse discuter que parce que fondée sur l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil l'obligation de reclassement est d'essence contractuelle,[1149] une telle solution semble trop restrictive au regard de la finalité même de la priorité de réembauchage. Le but est évidemment la sortie d'une situation de chômage, ce qui fonde en opportunité qu'un contrat précaire puisse être proposé au titre de la priorité de réembauchage. En outre, telle est justement la finalité de l'obligation de reclassement qui privilégie la déqualification de l'emploi, acceptée par le salarié, plutôt que la privation d'emploi. La solution peut être jugée insuffisante pour le travailleur, elle est cependant opportune.

b) Les effets de la priorité de réembauchage

C'est sous cet aspect que se manifestent les différences entre les priorités de réembauchage. On peut ainsi nettement mettre à part la priorité de réembauchage du salarié licencié pour motif économique.

Effectivement, le dispositif mis en place reste totalement muet sur les effets attachés

[1144] Infra n°299 et suiv.

[1145] Sur la portée du devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, infra n°308 et suiv.

[1146] Précité, non publié au Bulletin de la Cour de cassation. Sur ce point voir, J.F. PAULIN, « A propos de la notion d'emploi compatible dans le cadre de la priorité de réembauchage », *Semaine sociale Lamy* du 1211998, n°869.

[1147] D. CORRIGNANGARCIN, « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *R.J.S.* 10/94, p. 643.

[1148] Voir infra n°346. On sait que le reclassement peut se faire dans un emploi de catégorie inférieure, entraînant une modification du contrat de travail.

[1149] Voir supra n°133 et suiv., infra n°346 et suiv. L'arrêt précité visant un devoir d'adaptation dans le cadre de la mise en oeuvre de la priorité de réembauchage, s'il est maintenu, contredirait ce lien strictement contractuel.

au réembauchage alors que, par exemple, la priorité visée par l'article L. 122242 du Code du travail prévoit expressément que le salarié bénéficie de tous les avantages qu'il a acquit au moment de son départ.[1150] Ainsi, alors que la période de non travail ne saurait être décomptée dans l'ancienneté acquise pour le calcul des droits,[1151] le salarié réembauché va pouvoir bénéficier des avantages liés à l'ancienneté acquise avant la rupture du contrat de travail. Ce dispositif est important parce qu'un certain nombre d'avantages légaux et conventionnels découlent précisément de l'ancienneté, notamment l'indemnité de licenciement. Il est tout aussi révélateur, sur un autre plan, du « prolongement » de la situation juridique antérieure acquise par le salarié que devrait reconstituer la priorité de réembauchage. En conséquence, il apparaît anormal que le salarié licencié pour motif économique ne puisse pas prétendre à la réactivation de ces droits. Sur cet aspect, l'article L. 32114 du Code du travail pourrait opportunément être modifié.

Chapitre II : La protection de l'emploi par l'encadrement du pouvoir de disposer de l'emploi

Certains mécanismes ayant pour fonction la protection de l'emploi, s'ils doivent être analysés à l'aune de la rupture du contrat, ne heurtent cependant pas de manière frontale l'exercice du pouvoir qu'a l'employeur de mettre fin à la relation de travail. Ce n'est certes plus un pouvoir discrétionnaire, mais avec l'embauche, d'une part, et la prérogative de mettre fin au contrat, d'autre part, s'exprime encore de nos jours le conditionnement juridique des rapports de production,[1152] ce rapport s'effectuant néanmoins toujours autour de la figure du contrat.

Pourtant, du contrat de louage au contrat de travail on est également passé d'un droit de la législation industrielle au droit du travail. Aujourd'hui, l'évolution qui se dessine est celle de l'émergence d'un droit de l'emploi, partie intégrante du droit du travail, dont l'une des spécificités tend à la conservation du lien d'emploi. Or si l'on admet, avec d'autres,[1153] que le contrat demeure bien le support du rapport de travail, il faut aussi le regarder non comme un élément figé mais tout au contraire comme une notion dynamique. En effet, appréhendé sous l'angle de la protection de l'emploi, le contrat dans sa vision classique apparaît transcendé par la finalité qui lui est désormais assignée. Certains y verront un enrichissement du contrat,[1154] d'autres son forçage,[1155] mais l'état du droit positif permet

[1150] Dans le même sens, article L. 12228 du Code du travail. L'article L. 12219 interprété à la lumière de l'article L. 12218 conduit à la même solution.

[1151] A propos du réembauchage d'un salarié parti faire son service national, Cass. Soc. 4 mars 1992, *Bull. V.,* n°156.

[1152] Collectif, *Le droit capitaliste du travail*, spéc. A. JEAMMAUD, pages 178 et suiv., P.U.G., 1980.

[1153] Notamment, A. LYONCAEN, « Adapter et reclasser, quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy* n°596 du 21.4.92 ; A. JEAMMAUD, « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 299.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

d'affirmer que le maintien de l'emploi est désormais érigé en impératif.[1156] A l'évidence, le contrat de travail ne peut plus être abordé comme rendant seulement compte des termes d'un échange entre versement d'un salaire en contrepartie de l'exécution d'une prestation de travail. Un nouvel équilibre est en train de naître entre la sécurité de d'emploi pour le salarié et l'exercice par l'employeur de ses pouvoirs, notamment celui de rompre le contrat.

Il importe donc de situer le pouvoir du chef d'entreprise de disposer de l'emploi. Mais il faut aussi remarquer que cette appréhension est nouvelle. En effet, et alors que la doctrine a toujours souligné le caractère progressiste du droit du travail,[1157] l'analyse centrée sur le maintien de l'emploi est rarement abordée comme tel.[1158] Pouvaitil en être véritablement autrement ? Sans doute non, parce que l'idée que le licenciement ne peut être que l'ultime mesure quand toutes les autres voies ont été explorées ne s'est pas imposée uniformément dans notre droit positif. De la sorte, les obligations de maintien dans l'emploi sont tout d'abord apparues avec la protection de la personne, une obligation de reclassement du salarié victime d'un accident du travail trouva ici fondement. En revanche, dans l'ordre économique, le licenciement et la formation professionnelle, traductions du pouvoir de direction et de gestion de l'employeur, n'avaient jamais fait l'objet d'une construction très contraignante à tout le moins d'un contrôle spécifique de la part du juge judiciaire. Or, un récent et important mouvement de fond fut engagé par la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui dans un premier temps énonça, dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, que :

« la société aurait pu proposer à la salariée des emplois de même nature existant dans d'autres régions et pour lesquels la société recrutait du personnel, (...) justifie que le licenciement ne relève pas d'un motif économique, est donc sans cause réelle et sérieuse »,[1159]

1154 A. LYONCAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.* 1992, 573.

1155 J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 25 fév. 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E., II, 360.

1156 Expression des propos de R. KESSOUS, « La recherche d'un reclassement dans le groupe préalable au licenciement économique », note sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 1992, *Dr. Soc.* 1992, 826.

1157 Voir notamment, P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, t. II, Dalloz 1950 ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1 ; G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994 ; dans cet ouvrage de référence la première partie est consacrée à l'emploi, mais dans une présentation classique de type analytique.

1158 Cependant, J.Cl. JAVILLIER, *Droit du travail*, 4ème éd. 1992, *L.G.D.J.,*. Dans son manuel, l'auteur présente dans une première partie intitulée Emploi et Travail un chapitre consacré à l'emploi dont une section est intitulée « La protection de l'emploi ». Egalement les contributions importantes du Professeur G. LYONCAEN, ainsi que l'apport majeur de F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, étant précisé que cette étude dépasse le simple cadre de la protection de l'emploi. Cette approche du droit positif a donné naissance à un ouvrage collectif à vocation pratique : *Droit de l'emploi*, collectif sous la direction de J. PELISSIER, Dalloz Action. Supra n°8.

1159 Cass. Soc. 22 janv. 1992, Lustucru, R.J.S. 3/92 n°267.

suivi peu de temps après par un arrêt de principe qui scella un point de départ en affirmant que :

« l'employeur tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. En faisant ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser le salarié dans un emploi compatible avec ses capacités, elle [la cour d'appel] a pu retenir que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. »[1160]

Cette amorce prétorienne étant ensuite suivie de l'amendement Aubry, introduisant dans l'article L. 32141 du Code du travail un alinéa deuxième disposant en substance que :

« La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'a pas été présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés. »[1161]

Manifestement, tant avec le devoir d'adaptation qu'avec l'obligation de reclassement du salarié le contrat marque une certaine résistance au pouvoir de l'employeur afin d'asseoir sa protection. Cette évolution est d'autant plus remarquable qu'elle se fonde sur la bonne foi contractuelle ; c'est peutêtre alors la conception du contrat qui se modifierait, son objet portant plus sur l'occupation d'un emploi salarié dans l'entreprise et l'appartenance à cette dernière que sur la nature de la tâche à accomplir et sa classification.[1162] Le régime juridique du devoir d'adaptation (Section 1) ainsi que l'obligation de reclassement du salarié (Section 2) sont donc des mesures de l'encadrement du pouvoir de disposer de l'emploi, le reclassement se présentant comme l'étendue du devoir d'adaptation.

Section 1 : Le devoir d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi

L'employeur est tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi ; en conséquence, il lui appartient d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois.[1163] Une abondante doctrine a souligné l'importance de l'arrêt Expovit et sa nouveauté puisqu'il fait expressément référence à la bonne foi contractuelle, principe général du droit des contrats, qu'il est rare de découvrir dans la motivation de la Chambre sociale de la Juridiction Suprême. Certains auteurs ont relevé les potentialités d'évolution de cette jurisprudence dans notre droit positif.[1164] On peut se demander si la puissance du principe

[1160] Cass. Soc. (formation plénière de la chambre sociale) 25 fév. 1992, « Expovit » Bull. V., n°122, R.J.S. 4/92, n°421 (arrêt de rejet), D. 1992, 294, 390, R.T.D.C. 1992, 760, Dr. Soc. 1992, 379, 573, C.S.B.P. n°54, 279.

[1161] Loi n°93121 du 27 janv. 1993, article 601. Voir notamment, C. SCIBERAS, « Naissance d'une loi : « l'amendement Aubry », sur les plans sociaux », Dr. Soc. 1994, 482.

[1162] J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 8 avril 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E., II, 360.

[1163] L'arrêt de principe semble être celui rendu par la Cour de cassation en date du 25 fév. 1992, « Expovit », *Bull. V.,* n°122, *R.J.S.* 4/92, n°421, *D.* 1992, 294, 390, *R.T.D.C.* 1992, 760, obs. J. MESTRE, *Dr. Soc.* 1992, 379, 573, *C.S.B.P.* n°54, 279 ; C.A. Versailles 26 mai 1992, Sahel, *R.J.S.* 10/92 n°1087 ; Cass. Soc. 23 sept. 1992, SA Résidence Maine Bretagne, *R.J.S.* 11/92 n°1246 ; Cass. Soc. 19 nov. 1992, *S.D.T.* n°140, mars 1993 et *R.J.S.* 1/93 n°19, 1ère espèce ; Cass. Soc. 19 oct. 1994, *Dr. Soc.* 1995, 64, *S.D.T.* n°2527. Cass. Soc. 4 avril 1995, *Dr. Soc.* 510 ; Cass. Soc. 10 juill. 1995, *Dr. Soc.* 1995, 832.

dégagé par la jurisprudence est susceptible de faire naître un droit nouveau pour le salarié. Il convient alors d'en mesurer la portée réelle, c'estàdire rechercher la contrainte introduite par l'exigence de ce devoir (Paragraphe II). Mais avant, il importe de s'arrêter sur la « découverte » par le juge de la bonne foi dans l'exécution du contrat de travail qui fonde le devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi (Paragraphe I).

Paragraphe I : La notion de bonne foi fondement du devoir d'adaptation du salarié à son emploi

L'article L. 1211 du Code du travail dispose notamment que ***« le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun*** », c'estàdire au Code civil. Un tel rattachement, selon Monsieur Pélissier, ne se justifie que lorsque la législation du travail ne contient aucune disposition particulière.[1165] Il faut donc donner un sens à cette notion d'adaptation du salarié à l'évolution de son contrat pour vérifier si ce fondement, la loyauté contractuelle, se justifie.

1 Le sens de l'adaptation du salarié à son emploi

La doctrine dans l'analyse des arrêts précités, n'a guère eu de doute quant au sens dans lequel il fallait interpréter ce principe selon lequel l'employeur doit adapter le salarié à l'évolution de son emploi.[1166] D'une part, la formule « parle » d'elle même et, d'autre part, les circonstances de fait dans lesquelles sont intervenues les premières décisions ne laissaient que peu hésiter de la direction donnée. Ainsi dans l'arrêt du 25 février 1992, une salariée, responsable du fichier informatique, est licenciée pour motif économique, son poste ayant été supprimé. Cependant les hauts magistrats constatent que la Cour d'appel avait relevé que la société avait par la suite engagée une facturière et que les juges du fond avaient fait ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser la salariée dans cet emploi compatible avec ses capacités. Le sens du devoir d'adaptation étant plus tard précisé par la Cour de cassation en relevant que si la salariée n'était pas préparée à occuper immédiatement le nouveau poste qui lui était proposé, et alors que l'employeur lui avait refusé la courte formation qu'impliquait ce reclassement, la Cour d'appel a pu décider que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique.[1167] Toutefois, il ne faudrait pas penser que le devoir d'adaptation du salarié à son emploi et l'obligation de reclassement doivent être confondus.[1168] En effet, si tous deux ont bien la même source,

[1164] Spécialement A. LYONCAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.* 1992, 573 ; « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy*, 21.4.92, n°596.

[1165] J. PELISSIER, « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. Soc.* 1988, 387.

[1166] M. DEFOSSEZ, note sous Cass. Soc. 22 fév. 1992, *D.* 1992, 390 ; A. LYONCAEN, articles précités ; F. FAVENNECHERY, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.* 1992, 561 ; M. DEL SOL, « Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante : des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées », *Dr. Soc.* 1994, 283.

[1167] Cass. Soc. 19 oct. 1994, précité.

[1168] Contra, M. DEFOSSEZ, note sous 25 fév. 1992, *D.* 1992, 390.

l'exécution de bonne foi du contrat par l'employeur, il apparaît que le devoir d'adaptation est de portée plus générale que l'obligation prétorienne de reclassement applicable seulement en cas de licenciement individuel pour motif économique.[1169] La cause du devoir d'adaptation est donc plus large et n'a pas, non plus, dans une conception dynamique de ce devoir le même temps, l'obligation de reclassement n'étant effectivement susceptible de produire ses effets qu'au moment de la rupture du contrat.[1170] Le devoir d'adapter le salarié à son emploi signifie que l'employeur doit adapter quelqu'un, le salarié, à quelque chose, son emploi, c'estàdire lui assurer une formation. Cette lecture est novatrice.

En effet, si l'on comprend ainsi le devoir d'adaptation mis à la charge de l'employeur, cette notion d'adaptation était connue du juriste mais son sens n'était pas celuilà. Hormis quelques dispositions, parmi lesquelles l'article L. 4322 alinéa second du Code du travail, qui vise l'élaboration d'un plan d'adaptation lorsque sont introduites dans l'entreprise des nouvelles technologies, le sens du mot adaptation a toujours été entendu comme étant l'adaptation de quelque chose, l'emploi, à quelque chose, l'organisation de l'entreprise. Ces acceptions du mot adaptation sont révélatrices de deux conceptions de la protection de l'emploi. D'une part, la conception patronale pour laquelle la sécurité de l'emploi a un caractère général et ne s'applique pas nécessairement dans le cadre de l'entreprise, c'est une vision traditionnelle telle qu'abordée par l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi et, d'autre part, l'approche des salariés, désormais du juge, c'estàdire de la primauté de la mobilité interne à l'entreprise sur une mobilité externe. Au fond, il s'agit d'opposer là, l'expression du pouvoir à l'expression d'un droit au maintien dans l'emploi.

C'est sous cet angle, expression du pouvoir de l'employeur, qu'a été abordée la notion d'adaptation notamment par Monsieur Gaudu.[1171] Selon l'auteur, l'adaptation doit être comprise comme la modification des conditions d'exécution du contrat, expression du pouvoir patronal.[1172] Ainsi, l'adaptation de l'emploi s'effectue pour les besoins du chef d'entreprise, notamment par la modification de la durée du travail, la modulation des horaires de travail ou l'affectation du salarié à une tâche nouvelle ; l'adaptation de l'emploi procédant tantôt du pouvoir sur les personnes, tantôt d'un pouvoir sur les normes juridiques. Le même auteur remarque également que, puisque l'adaptation est l'expression d'un pouvoir, elle induit concomitamment des règles qui tendent à limiter ce pouvoir en assurant la stabilité de l'emploi.[1173]

En droit, et centrée sur la manifestation du pouvoir, l'adaptation n'est pas autre chose que la modification du contrat de travail, émanation du pouvoir de direction du chef

[1169] Pour les licenciements collectifs, le reclassement à un fondement légal depuis la loi du 20 décembre 1993.

[1170] En ce sens A. LYONCAEN, articles précités.

[1171] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, spéc., n°76 et suiv. et n°326 et suiv.

[1172] Voir aussi, B. TEYSSIE, « L'adaptation de l'emploi à l'activité de l'entreprise », *J.C.P.* 1986, éd. E., 15147.

[1173] Thèse précitée, n°329.

d'entreprise. Celuici peut, si besoin est, modifier les conditions d'exécution du travail ; elle est une remise en cause de l'équilibre contractuel initialement convenu entre les parties.[1174] A certains égards, on peut cependant penser que l'initiative de l'employeur de modifier le contrat n'est pas sous tendu par la volonté de le rompre, la modification du contrat s'opposant alors à une conception rigide de l'emploi, c'estàdire à un emploi qui ne serait pas adaptable en fonction de l'activité économique de l'entreprise.[1175] Pourtant, toute modification du contrat, si elle ne peut être imposée au salarié, voit son effectivité dépendre d'une manifestation non équivoque de sa volonté,[1176] et conduit en cas de refus à la rupture de la relation contractuelle. On glisse donc vers le terrain de la rupture alors que la modification serait destinée au maintien de l'emploi par adaptation du contrat[1177] ; la loi du 2 août 1989, relative au licenciement pour motif économique, semblant d'ailleurs s'inscrire dans cette logique.[1178]

Toutefois, avec l'arrêt « Expovit », la valeur placée dans la portée du mot adaptation au sens de l'arrêt du 25 février 1992, n'est plus le signe de l'exercice de son pouvoir par l'employeur mais l'expression pour le salarié d'un droit au maintien de son contrat de travail, y compris par une formation, fûtce aussi par voie de modification substantielle du contrat afin d'assurer son reclassement.[1179] En somme, comme l'avait déjà remarqué Monsieur Antoine LyonCaen, il semble que l'on soit passé, dans le raisonnement du juge, du « registre des postes », par suppression ou création au « registre des compétences », c'estàdire dans la proposition aux salariés d'une adaptation aux emplois correspondant à la nouvelle organisation.[1180] Cette règle, les juges l'ont puisée dans la bonne foi contractuelle.

[1174] G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°283 et suiv. ; G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°216 et suiv. ; B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993 n°1071 et suiv. ; P.Y. VERKINDT, « Révision du contrat de travail », *Juris classeur, Travail, Traité*, Fasc. 302, 1992.

[1175] En ce sens, M. MORAND, *La modification du contrat de travail*, éd. Liaisons, 1992, introduction ; F. GAUDU, article précité.

[1176] Cass. Soc. 8 oct. 1987, Trappiez et Raquin, *Dr. Soc.* 1988, 140 ; cependant article L. 32112 du Code du travail qui dispose que « *lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321 1, envisage une modification substantielle des contrats de travail, il en informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la notification proposée.* »

[1177] M. MORAND, précité ; également F. FAVENNECHERY, article précité.

[1178] « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur (…) résultant (…) ou d'une modification substantielle du contrat de travail (…)* »

[1179] Cf., infra n°344 et suiv.

[1180] A. LYONCAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.* 1992, 573.

2 Le fondement du devoir d'adaptation : l'exécution de bonne foi du contrat

Que le juge se réfère à l'exécution de bonne foi du contrat ne saurait *a priori* surprendre, l'article 1134 al. 3 du Code civil dispose en effet que « ***elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi.*** » Cependant, la bonne foi contractuelle, que l'on peut rattacher au devoir de loyauté, est plus souvent opposable au travailleur qu'à l'employeur.[1181] Son application est ici originale. Par cette référence directe à la bonne foi contractuelle, la prégnance du contrat semble donc affirmée.

Pour autant, la référence au Code civil afin de trouver un fondement au devoir d'adaptation du salarié à son emploi estelle nécessaire ? Quelques dispositions éparses du Code du travail, dont une est postérieure à 1992, disposent, par exemple, dans le cadre du congé création d'entreprise que « ***les salariés qui reprennent leur activité dans l'entreprise à l'issue du congé (...) bénéficient d'une réadaptation professionnelle en tant que de besoin, notamment en cas de changement des techniques ou des méthodes de travail »***[1182] ***ou que « les salariés réembauchés dans l'entreprise en application de l'article L. 12228 et celui qui reprend son activité à l'issue d'un congé parental (...) bénéficient, notamment en cas de changement de techniques ou de méthodes de travail, d'un droit à une action de formation professionnelle*** . »[1183] Surtout, les articles L. 3221 et L. 9001 al. 2 du Code du travail ne disposentils pas, pour le premier,[1184] que les textes relatifs au Fonds National pour l'Emploi « ***ont pour objet de faciliter aux travailleurs salariés la continuité de leur activité à travers les transformations qu'implique le développement économique et de favoriser, à cette fin, en cas de changements professionnels dus à l'évolution technique ou à la modification des conditions de production, l'adaptation de ces travailleurs à des emplois nouveaux salariés (...)*** » ainsi que préparer « ***l'adaptation des salariés à l'évolution de l'emploi et des qualifications dans les entreprises et les branches professionnelles*** » pour le second[1185] que « ***la formation professionnelle continue fait partie de l'éducation permanente. Elle a pour objet de permettre l'adaptation des travailleurs au changement des techniques et des conditions de travail (...).*** »

Toutefois, la référence à la bonne foi contractuelle semble appropriée à la finalité de protection de l'emploi. On remarquera, en premier lieu, que la référence à la loyauté contractuelle est une règle générale qui s'applique à tous les contrats, y compris au contrat de travail. Cette bonne foi, en l'absence de définition juridique, doit être comprise

1181 Par exemple, l'obligation de fidélité qui pèse sur le salarié pendant l'exécution du contrat et en dehors de toute clause de nonconcurrence ou clause d'exclusivité.

1182 Article L. 1223216 du Code du travail, issu de la loi n°844 du 3 janv. 1984.

1183 Article L. 122287 du Code du travail, issu de la loi n°93121 du 27 janv. 1993.

1184 Loi du 30 déc. 1986, modifiée par le loi n°89549 du 2 août 1989.

1185 Loi n°731046 du 15 nov. 1973.

comme une directive qui sert de ligne de conduite au juge dans l'appréciation de la règle de droit, elle est l'exigence de loyauté dont le degré est déterminé par la jurisprudence à partir des bonnes pratiques contractuelles.[1186] En l'occurrence, il faut se demander quelle est la règle de droit utilisée comme prémisse dans le syllogisme judiciaire aboutissant à la conclusion que l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, doit assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ? Il semble que ce soit l'obligation pour l'employeur de fournir l'emploi qui fonde le devoir de rechercher toutes les solutions de maintien dans l'emploi avant de procéder au licenciement, ultime mesure. Le raisonnement fondé sur cette majeure écarte ainsi l'argumentation selon laquelle le juge aurait porté atteinte au principe énoncé par l'article L. 1224 du Code du travail qui dispose que « ***le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes (...).*** »[1187] C'est pourquoi la Cour de cassation ne s'est pas placée au niveau de la rupture mais bien à celui des principes généraux du droit des contrats.[1188]

Ainsi en deuxième lieu, ce qu'a recherché le juge par la mise en oeuvre de l'obligation de bonne foi, c'est bien le devoir pour l'employeur de poursuivre une stabilité réelle de la relation contractuelle afin de rejeter comme cause justificative de licenciement économique la simple allégation, fût elle réelle, des effets perturbateurs de la conjoncture économique ou les mutations technologiques dans l'organisation du travail. A bien regarder, cette interprétation, si elle n'est pas erronée, peut être rapprochée du fondement de la suspension du contrat de travail. L'employeur, débiteur d'emploi, ne saurait rompre *de facto* le contrat soit en raison d'une inexécution temporaire de l'obligation de fournir une prestation de travail soit au motif d'une suppression ou transformation d'emploi. L'employeur a le devoir de rééquilibrer le contrat afin de faire primer la survie de la relation contractuelle sur sa rupture. La technique juridique, au travers de la bonne foi, permet de traduire un équilibre entre respect des volontés individuelles et l'ordre public social.[1189] C'est au moins implicitement admettre que l'entreprise concourt à l'intérêt général.[1190]

Aussi en troisième lieu, par l'interprétation judiciaire des obligations contractuelles, le juge fixe les limites du pouvoir patronal, dont le devoir d'adaptation est une mesure.[1191] Le salarié peut opposer un droit à l'adaptation ou à la modification de son contrat lorsque son

1186 J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 37ème éd., 1993, n°252 et suiv. ; voir aussi, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *L.G.D.J.,* t. 209, 1989.

1187 Développée dans la note sous Cass. Soc. 25 fév. 1992, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1992, p. 240.

1188 Dans ce sens, J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 25 fév. 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E, II, 360. Selon l'auteur l'adaptation du contrat aux mutations de l'entreprise ne porte pas atteinte à la liberté de la personne de l'employeur, et paraît même être une conséquence logique de sa liberté de gestion de l'entreprise : il peut réorganiser l'entreprise comme il l'entend, mais en demeurant fidèle aux travailleurs auxquels il est lié par un contrat.

1189 J. GHESTIN, op. cit.

1190 Rapport du comité présidé par P. SUDREAU, *La réforme de l'entreprise*, Collection 10/18, 1975, spéc. page 195 et suiv.

emploi est menacé.[1192] Il apparaît que l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de travail place l'emploi dans le champ de l'exécution de la convention. Autrement dit, l'adaptation du contrat, ou sa modification doivent être comprises comme des mécanismes dynamiques d'exécution du contrat, finalisés par l'ambition du maintien de la relation d'emploi. Dans l'arrêt du 25 février 1992, le devoir patronal d'adaptation se résorbe dans l'obligation de reclassement du salarié.[1193] Mais ne fautil pas se demander si cette exigence n'est pas porteuse de l'émergence d'un droit à la mobilité professionnelle interne à l'entreprise, essentiellement axé sur la formation ?

Paragraphe II : Vers un droit à la mobilité professionnelle interne

Peuton douter que le droit du travail ne soit pas en mouvement,[1194] comme l'est le contexte économique ? Il est patent que le contrat de travail ne peut pas être figé à l'image de l'instant où l'accord des volontés lui a donné naissance. La nature même de la relation d'emploi, inscrite dans la durée, porte en elle les germes inévitables de son évolution, emportant naturellement un changement des conditions de travail voire d'emploi. Toutefois, pour certains salariés, cette évolution peut être à la source d'une inaptitude professionnelle[1195] tant l'introduction de nouvelles technologies peut avoir de répercussions sur la structure de l'emploi eu égard à la qualification professionnelle du travailleur. Ainsi, seule la mobilité professionnelle interne, qui ne peut s'articuler qu'autour de la formation du travailleur, rend compte de la nécessaire adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. La qualification professionnelle des salariés doit suivre les transformations de l'organisation productive, les évolutions de l'emploi.

Les textes déjà existants et la construction prétorienne de la Cour de cassation conduisent à se demander quels sont les liens entre le devoir d'adaptation et le droit spécifique de la formation professionnelle. L'un et l'autre ramènent à l'appréciation des capacités professionnelles du travailleur.

1 La relation entre le devoir d'adaptation et la formation professionnelle

Comme l'a remarqué Monsieur Luttringer, le devoir d'adaptation entretient avec la formation professionnelle des relations étroites mais non exclusives.[1196] En fait, il semble que la seule différence notable réside dans leur approche temporelle. Au fond, la

1191 A. LYONCAEN, « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.* 1992, 573.

1192 Le salarié doit pouvoir orienter le pouvoir de direction de l'employeur, en ce sens, P. DEJEAN, « Formation et pouvoir de l'employeur », *Dr. Soc.* 1998, 233.

1193 Cf., infra n°344 et suiv.

1194 J.E. RAY, *Droit du travail, droit vivant*, éd. Liaisons, 1998.

1195 J. PELISSIER, « Inaptitude et modification d'emploi », spéc. II (inaptitudeincompétence), *Dr. Soc.* 1991, 609.

1196 J.M. LUTTRINGER, « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », *Dr. Soc.* 1994, 283.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

formation professionnelle participe de l'exécution du contrat alors que le devoir d'adaptation se focalise au moment de la rupture du lien contractuel. En ce sens, le devoir d'adaptation devient bien la mesure de la loyauté contractuelle de l'employeur pendant l'exécution du contrat. L'importance de la bonne foi est indéniable, mais on peut aussi concevoir une construction plus dynamique de l'adaptation en recherchant les potentialités d'un droit du salarié à une formation.

En effet, on peut penser, que formation et adaptation concourent à un même objectif. Elles ont pour but commun d'établir une dynamique entre la qualification professionnelle initiale du salarié, contractuellement retenue, et l'évolution de l'emploi ou de l'organisation de l'entreprise. Il ne semble pas, comme cela a pu être proposé,[1197] qu'une distinction puisse être opérée entre formation et adaptation lorsque, du moins, on entend se placer dans une démarche dynamique de maintien dans l'emploi. L'adaptation comme la formation relèvent de la gestion l'emploi et entrent donc dans le champ de l'exécution du contrat.[1198] La formation continue du salarié n'est pas autre chose selon l'article L. 9001 alinéa deuxième du Code du travail. L'adaptation suppose donc un minimum de formation afin que le salarié puisse suivre l'évolution de son emploi.[1199] C'est le sens de la formation professionnelle continue qui n'a pas pour objectif premier de former à un nouvel emploi, ni celui, *a fortiori*, de l'adaptation qui doit s'effectuer selon les juges en fonction des capacités, c'estàdire des compétences déjà acquises du travailleur. Il ne s'agit donc pas d'adapter le salarié à un emploi totalement transformé.[1200] C'est en ce sens que la formation professionnelle doit être « intégrée » à l'entreprise.[1201] L'adaptation professionnelle du salarié devrait participer de cette logique, appelée par les gestionnaires : gestion prévisionnelle des emplois.[1202] C'est donc passer là d'une gestion

1197 F. FAVENNECHERY, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.* 1992, 561.

1198 F. FAVENNECHERY, article précité.

1199 Par exemple : Cass. Soc. 5 avril 1994, n°1790 D. ; Cass. Soc. 19 oct. 1994, *Bull. V.,* n°279 : « Mais attendu que l'employeur doit assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ; qu'après avoir relevé que la salariée n'était pas préparée à occuper immédiatement le nouveau poste qui lui était proposé, et que l'employeur lui avait refusé la courte formation qu'impliquait ce reclassement, la cour d'appel a pu décider que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique. » Cass. Soc. 15 oct. 1995, n°3808 D.

1200 Par exemple, la formation ou l'adaptation pendant l'exécution du contrat entre dans le cadre pour, un peintre en bâtiment, à l'acquisition des connaissances théoriques et pratiques relatives à l'utilisation d'un nouveau matériau.

1201 M. THERY, « la formation professionnelle intégrée », *Dr. Soc.* 1993, 683.

1202 Selon un l'accord C.I.C. (cité par A. SAURET, « La gestion prévisionnelle des emplois : aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1992, 253.) la gestion prévisionnelle et préventive de l'emploi est la capacité pour l'entreprise d'anticiper les mutations économiques, technologiques et organisationnelles pour en gérer au mieux les conséquences concernant l'évolution des compétences. C'est aussi la capacité de prendre en compte des ressources humaines comme facteur stratégique essentiel pour le développement de l'entreprise. En conséquence la gestion prévisionnelle et préventive de l'emploi a pour objectifs d'organiser à temps les reconversions nécessaires, de permettre une politique de recrutement adaptée, de favoriser les mobilités de personnel. Elle a, en outre, pour finalité de mieux utiliser les capacités ou potentiels des personnels et de permettre une gestion individuelle plus efficace.

quantitative de la main d'oeuvre, qui s'articule autour de la rupture du contrat, à une gestion qualitative de cette dernière, dont le devoir d'adaptation doit d'être l'expression. Il s'agit au fond d'assurer une coordination qualitative entre l'évolution du poste de travail et la compétence personnelle du salarié qui l'occupe. C'est dire que le devoir d'adaptation ne devrait pas seulement se cantonner à la rupture du contrat afin d'être opposable comme élément de critique du caractère réel et sérieux du licenciement pour motif économique, comme pour motif personnel lorsque l'employeur invoque l'inaptitudeincompétence du travailleur. Cette solution est celle retenue par la Cour de cassation qui a mis à la charge de l'employeur une obligation de formation des salariés auxquels il était demandé de fournir une prestation de travail autre que celle qui avait été convenue lors de la conclusion du contrat de travail.[1203]

Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette obligation. Pas plus l'adaptation que la formation ne constituent pour le salarié un droit directement opposable. Comme l'a déjà souligné la Cour de cassation, le travailleur n'a pas un droit à la formation,[1204] le salarié ne peut exiger qu'une formation lui soit donnée. Il n'a pas non plus un droit à l'adaptation. C'est dans cette logique que s'inscrit la motivation de l'arrêt « Expovit » du 25 février 1992, dans lequel la Cour énonce que c'est l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail qui a le devoir d'assurer l'adaptation du salarié à son emploi. C'est à dessein que les juges ont formulé l'exigence d'un devoir et non d'une obligation génératrice d'un droit. Le salarié ne peut pas se prévaloir d'une créance de formation. Il peut en revanche, pendant l'exécution de son contrat, faire valoir un droit à la suspension de celuici afin de bénéficier d'une action de formation au titre, par exemple, d'un congé individuel de formation. En effet, l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est une obligation générale dont le salarié ne peut spécifiquement obtenir l'exécution ; elle n'est qu'un « droitdéfense » de l'emploi.[1205] Ce n'est qu'au travers du pouvoir du juge d'apprécier la cause réelle et sérieuse de licenciement qu'il sera recherché si l'employeur a répondu à ce devoir, de nature morale, qui s'oppose à l'obligation juridique. Le devoir n'induit en effet aucune contrainte pour le débiteur.

Dans un cas comme dans l'autre, adaptation et formation renvoient à l'exécution du contrat de travail, c'estàdire à l'initiative du chef d'entreprise. C'est donc l'expression d'un pouvoir,[1206] à cela deux conséquences essentielles.

[1203] Pour le cas d'un salarié âgé de 61 ans et bien que la formation soit coûteuse (pilote d'avion à réaction) les juges ont décidé que le remplacement d'avions à hélices par des avions à réaction n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement du pilote auquel on a offert aucune formation ; Cass. Soc. 20 avril 1988, société Europe Aero Service ; Cass. Soc. 26 oct. 1989, Soucaille c/ Mme Vidal, cité par J. PELISSIER, art. précité. Déjà C.A. Paris, 27 mai 1984 (dans la mesure où la salariée était prête à faire un effort d'adaptation, il incombait à l'employeur de lui faire effectuer la formation nécessaire).

[1204] Cass. Soc. 4 janv. 1979, *Bull. V.,* n°3 ; Cass. Soc. 7 mai 1981, *Bull. V.,* n°393 (sauf clause dans le contrat, l'employeur n'a pas d'obligation de former un salarié) ; Cass. Soc. 23 oct. 1991, Gaudé (en refusant à un salarié le bénéfice d'un stage, l'employeur ne fait qu'user de ses prérogatives et n'avait pas commis de faute, ni de détournement de pouvoir ni discrimination. On est bien sur le terrain de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire).

[1205] Supra n°133 et suiv.

En premier lieu, si l'on admet que l'action d'adaptation ou de formation constituent une modalité d'exécution du contrat, le salarié ne peut refuser une action de formation initiée par l'employeur, il commettrait une faute.[1207] C'est bien ce qu'a admis la Cour de cassation, à propos d'un stage de formation,[1208] sauf au salarié à démontrer que la formation constitue une modification du contrat.[1209] Le devoir d'adaptation pèse aussi sur les épaules du salarié. Dans le cadre de la formation, les juges se situent donc sur le terrain disciplinaire. Cependant la nature disciplinaire du licenciement peut être écartée. En effet, si l'action de formation ou d'adaptation procèdent d'une suppression, d'une transformation ou d'une modification substantielle du contrat consécutive notamment à des mutations technologiques,[1210] le licenciement prononcé à la suite d'un refus d'adaptation repose sur un motif économique. Il s'agit ici pour les juges de rechercher quelle est la cause « première » du licenciement afin de lui donner son exacte qualification, les juges ne procédant d'ailleurs pas autrement en cas d'inaptitudeincompétence.[1211]

En second lieu, pendant que le salarié suit une action de formation il demeure sous la subordination de son employeur, son comportement, ses absences aux stages, non justifiées, pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires.[1212] Enfin, à l'issue du stage

[1206] Sur le plan juridique, le salarié ne peut prétendre à aucun droit à la formation, le choix du salarié qui sera envoyé en formation relève du pouvoir de l'employeur et ne peut être contesté qu'en rapportant l'usage discriminatoire de sa prérogative. Cependant ce pouvoir discrétionnaire peut connaître quelques limites conventionnelles : 1 le plan de formation peut prévoir qu'une formation sera donnée à une catégorie particulière de salariés, l'employeur doit respecter les termes de son engagement ; 2 l'article L. 4122 interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à une organisation syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la formation professionnelle. Sur le plan pratique, la mise en oeuvre de la politique de formation par les entreprises rejettent hors de ce système les petites structures et ce malgré les aides possibles de l'Etat (loi du 13 janv. 1991), ainsi que les salariés les moins qualifiés. On forme par priorité les salariés ayant déjà un haut niveau de compétence professionnelle.

[1207] De même que commettrait une faute le salarié formé qui refuserait d'exécuter des nouvelles tâches conformes à sa qualification et ne modifiant pas son contrat. C.A. Besançon, 22 sept. 1992, cité par J.M. LUTTRINGER, art. précité.

[1208] Cass. Soc. 4 mai 1990, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1990, p. 273; C.A. Angers, 8 sept. 1985, cité par J.M. LUTTRINGER, art. précité..

[1209] Il peut alors refuser la modification de son contrat, en ce sens : C.A. Besançon, 6 fév. 1979, cité par J.M. LUTTRINGER, art. précité.

[1210] Cf. article L. 3211 du Code du travail.

[1211] Cass. Crim. 5 juin 1984, Barmah France ; Cass. Crim. 5 juill. 1983, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1983, p. 420, cité par J. PELISSIER, art. précité ; Cass. Soc. 10 oct. 1990, *Bull. V.,* n°442 ; Cass. Soc. 15 oct. 1992, *Bull. V.,* n°513, *C.S.B.P.* 1992, A.40 (L'emploi de la salariée avait été transformé en raison de l'informatisation de l'entreprise, l'intéressée n'avait pu s'adapter aux nouvelles exigences technologiques afférentes à cet emploi) ; également, G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°326 et la note.

[1212] On remarquera que dans le cadre du C.I.F. et alors que le contrat de travail est suspendu, le salarié n'en doit pas moins fournir à son employeur un certificat d'assiduité.

de formation le salarié ne peut se prévaloir d'aucun droit à promotion, sauf si par le biais de cette formation le salarié justifie des conditions reconnues dans la grille de classification applicable dans l'entreprise.[1213] Ainsi, concurremment au devoir d'adaptation qui pèse sur les épaules de l'employeur, le salarié est tenu de suivre les actions de formation dans le but de maintenir son contrat de travail. Il s'agit en fait pour le salarié d'assurer son « employabilité »,[1214] c'estàdire de maintenir la qualité de sa qualification professionnelles, de ses compétences. Cependant, l'employeur reste juge de l'appréciation de la qualité professionnelle de ses collaborateurs.

2 L'appréciation de l'aptitude professionnelle du salarié

L'aptitude professionnelle du travailleur est au coeur de la procédure d'embauche, le point de rencontre entre l'offre et la demande d'emploi s'opérant en fonction de l'adéquation entre les qualités professionnelles du travailleur et l'emploi. La procédure de recrutement ainsi que la période d'essai permettent à l'employeur de s'en assurer,[1215] cette aptitude professionnelle étant par ailleurs reconnue contractuellement par la qualification contractuelle accordée au salarié.[1216] Pourtant, et alors que la qualification professionnelle est un élément du contrat, l'employeur peut la critiquer en invoquant l'insuffisance professionnelle (ou inaptitudeincompétence) du travailleur. Il apparaît donc que dans le cadre de l'organisation du travail par le chef d'entreprise, le pouvoir de gestion de l'emploi heurte le contrat.[1217] Cependant, on vient de le voir, le juge en se fondant sur la bonne foi contractuelle, impose à l'employeur un devoir d'adaptation du salarié à son emploi, c'estàdire la mise à niveau de la compétence professionnelle par rapport à l'évolution des techniques. L'employeur est donc fondé à contrôler l'aptitude professionnelle du salarié et à porter un jugement.

a) Le contrôle de l'aptitude professionnelle du salarié

La manifestation du pouvoir de l'employeur dans le contrôle de l'aptitude professionnelle du salarié peut prendre deux formes. Dans une première série de situations, sans aucune formalisation préalable l'employeur peut être amené à constater l'incompétence du travailleur dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Cette inaptitude–incompétence peut ou non relever d'une faute, mais résulte le plus souvent « d'une absence, sinon totale, du moins rédhibitoire car générale et durable de la

1213 Cf. supra n°180 et suiv.

1214 J.M. LUTTRINGER, article précité.

1215 Cf., supra n°160 et suiv., n°171 et suiv.

1216 Cf. n°187 et suiv.

1217 Cass. Soc. 4 janv. 1980, *Bull. V.,* n°6, « L'employeur est juge, sauf détournement de pouvoir, des mesures les plus appropriées pour redresser la situation de l'entreprise et de l'aptitude de chacun de ses salariés pour atteindre ce résultat. » Egalement, C. Const. 1988 *Dr. Soc.* 1988, 760,« L'employeur est libre du choix de ses collaborateurs ».

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

qualification ordinairement, conventionnellement ou raisonnablement requise pour occuper un ou des emplois déterminés. »[1218]

Dans une seconde série de situations, l'employeur peut organiser un contrôle de l'aptitude des salariés. Demeuré jusqu'à la loi du 31 décembre 1992 sans aucun encadrement législatif, quelques principes directeurs quant aux modalités de ces tests sont désormais assurés par les articles L. 1216 et L. 1217 du Code du travail, également applicables au recrutement.[1219] Il semble, en outre, qu'un régime du contrôle de l'aptitude professionnelle puisse s'inspirer des dispositions relatives au bilan de compétences.[1220] Tout d'abord, puisqu'il s'agit de vérifier la compétence professionnelle du salarié, il apparaît que l'évaluation doit présenter un lien direct et nécessaire avec la qualification de l'emploi occupé par le salarié. Ensuite selon les modalités d'organisation de l'appréciation s'appliqueront certains principes essentiels. Ainsi des principes de transparence, selon lequel le salarié doit préalablement être informé des méthodes et techniques mises en oeuvre à son égard, de celui de finalité et de la pertinence des méthodes et enfin de celui de la confidentialité des résultats obtenus par le travailleur.[1221] Techniquement, l'employeur peut procéder à ces tests d'évaluation dans le cadre d'un bilan de compétences et en demander la réalisation par un organisme extérieur à l'entreprise même si celuici ne figure pas sur la liste des organismes agréés.[1222]

b) Le jugement d'aptitude professionnelle

Nonobstant le contrôle de l'examen, il convient de s'interroger sur la nature du jugement d'aptitude. En effet, si après vérification de la compétence professionnelle, l'employeur prend une mesure et que celleci est de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération, fautil en déduire son caractère disciplinaire[1223] ? L'hésitation est permise dans la mesure où le législateur a appréhendé le droit disciplinaire et donc la faute par rapport à la sanction, c'estàdire la mesure qui va affecter le contrat de travail. Mais le droit disciplinaire repose sur un agissement considéré par l'employeur comme fautif. Or même si l'employeur n'a

[1218] Ph. ENCLOS, Institut Régional du Travail Nancy, note n°74, 1989. L'insuffisance professionnelle ne suppose pas de faute ni même que l'employeur ait à faire la preuve d'un préjudice quelconque. Cass. Soc. 9 juin 1983, *J.C.P.* 1984, éd. E, 13068 ; Cass. Soc. 4 déc. 1985, *J.C.P.* 1986, éd. E., I, 15578, obs. TEYSSIE.

[1219] Cf. supra n°160 et suiv.

[1220] Articles L. 9001, R. 950131 et suiv. du Code du travail.

[1221] Articles L. 1216, L. 1217 et L. 1218 du Code du travail. Pour une étude plus détaillée de ces principes mais à propos du recrutement, cf. supra n°160 et suiv.

[1222] Article R. 950131 alinéa 2 du Code du travail. Cependant, cet organisme doit présenter des garanties suffisantes notamment au niveau de l'organisation des tests et des rapports établis, articles R. 9001 et R. 9002 du Code du travail.

[1223] Article L. 12240 du Code du travail. L'employeur peut noter le salarié laquelle note influera sur l'évolution de sa classification, il peut rétrograder le salarié ou même envisager une mesure de licenciement.

aucun intérêt à porter le débat sur le terrain disciplinaire, il doit respecter une procédure et le contrôle du juge est plus approfondi,[1224] les mauvais résultats à un test d'aptitude apparaissent difficilement assimilables à une faute entendue comme étant disciplinaire. C'est bien dans cette voie que semble s'être engagée la Cour de cassation sans toutefois pouvoir totalement convaincre.[1225] En effet, non seulement il revient à l'employeur de choisir la qualification de la mesure, il incrimine ou non, juge et en tire des conséquences mais surtout, la mesure va affecter le contrat.[1226] A ce stade, la discussion se portera alors sur le terrain de la modification du contrat que le salarié pourra toujours refuser. Il appartiendra alors à l'employeur de revenir sur sa mesure ou de licencier, auquel cas le juge du contrat appréciera le bien fondé de la modification et pourra opposer à l'employeur son devoir d'adaptation.

Ainsi, l'issue du jugement d'aptitude dépend du moment où il est mis en oeuvre. Avant toute adaptation l'employeur ne justifiera du sérieux de la rupture du contrat que s'il a adapté le salarié à l'évolution de son emploi.

Lorsqu'il aura préalablement choisi d'assurer la formation du salarié, le caractère sérieux du motif de licenciement sera manifestement plus apparent. Mais l'employeur ne saurait agir avec précipitation. En effet, pour pouvoir légitimement se prévaloir de l'échec de l'adaptation l'employeur doit laisser un certain délai au salarié.[1227] L'adaptation suppose du temps sauf à rapporter que les salariés ont mis de la mauvaise volonté.[1228] Autrement dit, pendant un certain temps, dont la mesure doit dépendre de la qualification du travailleur et du degré d'adaptation exigé, il semble que le salarié puisse prétendre à un « droit à l'erreur »[1229]. En conséquence, lorsqu'est invoquée l'insuffisance professionnelle du travailleur, l'employeur devra apporter la preuve que la formation dispensée a été sérieuse et suffisante et qu'il a laissé un délai convenable au salarié pour intégrer sa formation. C'est à ces conditions que l'incompétence du salarié est susceptible

1224 Articles L. 12241 alinéa 2 et L. 12243 du Code du travail du Code du travail.

1225 Par exemple C.A. Paris, 28 mars 1984, Air France c/ Corbin, cité par J. PELISSIER, in *Juri social* déc. 1987, p. 47 (retrait de billet de transport à tarif réduit pendant le délai de un an pour des fautes professionnelles d'un commandant de bord.) Cass. Soc. 26 nov. 1987, cité par B. BOUBLI, arrêt de cassation d'une décision ayant reconnu le caractère disciplinaire du retrait d'une liste d'aptitude en fonction de critères professionnels.) Ainsi lorsque l'employeur n'invoque aucune faute le droit disciplinaire n'est pas applicable, Cass; Soc. 4 déc. 1986, *Bull. V.,* n°122. Ou encore selon la Chambre sociale « le seul fait de ne pas accorder à un salarié en raison de ses qualités professionnelles insuffisantes, l'augmentation de salaire dont bénéficient les autres salariés, ne constitue pas à l'égard de ce salarié une sanction", Cass. Soc. 23 oct. 1991, *Dr. Du travail*, 1991, n. 12, p. 8, § 517.

1226 Notamment, G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°394.

1227 C.A. Paris, 15 nov. 1983, *D.* 1984, I.R. 74 ; Paris, 26 mai 1987, *D.* 1987, I.R. 165 ; Cass. Soc. 16 janv. 1990, n°181 D ; Paris 15 nov. 1992, Versailles 26 mai 1992, cité par J.M. LUTTRINGER, « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », *Dr. Soc.* 1994, 283.

1228 C.A. Douai, 27 mars 1992, les salariés ont mis de la mauvaise volonté à s'adapter, cité par J.M. LUTTRINGER, article précité.

1229 A. BOUILLOUX, « L'adaptatibilité du contrat de travail » *Dr. Ouv.* 1997, 487.

de compromettre la bonne marche de l'entreprise. Des éléments objectifs doivent être rapportés. L'employeur ne peut ainsi pas se retrancher derrière le respect de son obligation générale de formation, laquelle est par ailleurs simplement une obligation de financement,[1230] sauf à justifier que le salarié a personnellement bénéficié d'une formation.

Reste enfin, le problème de la nature de rupture prononcée par l'employeur et de l'éventuelle sanction du non respect par l'employeur de son devoir d'adaptation.

Quant à la nature du licenciement prononcé, il faut ici distinguer deux hypothèses selon sa cause première et déterminante.[1231] Si la cause du licenciement est exclusivement l'inaptitudeincompétence du salarié, le licenciement est prononcé pour un motif personnel. En revanche, si l'évolution du poste de travail du salarié trouve sa cause dans une suppression ou transformation d'emploi liée notamment à des mutations technologiques, la cause première et déterminante de la rupture n'est plus l'inaptitude mais bien la transformation ou la suppression de l'emploi. La nature du licenciement ne fait pas de doute, elle est d'ordre économique. A ce principe, il doit être cependant apporté un tempérament lorsque, en raison du temps, le lien est rompu entre la cause première et la cause personnelle, cause secondaire.[1232] Ainsi, le salarié ne peut plus porter le débat judiciaire sur le terrain du licenciement pour motif économique, lorsque ayant été formé, il se trouve dans l'incapacité de s'adapter à son nouvel emploi. Hormis cette hypothèse de rupture dans le temps entre les causes de licenciement, la cause qualificative du licenciement est bien d'ordre économique. Pourtant, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décider que le licenciement ne repose pas sur un motif économique.[1233] On peut être *a priori* surpris par ce raisonnement. En effet, pour les hauts magistrats le manquement de l'employeur à son devoir d'exécuter le contrat de bonne foi en assurant l'adaptation du salarié à son emploi déqualifie le licenciement pour motif économique alors qu'il ne devrait affecter que sa justification, c'estàdire son caractère sérieux. Ce raisonnement a fait l'objet d'interrogations.[1234] Pourtant, comme le souligne Monsieur Antoine LyonCaen,[1235] ce raisonnement s'inscrit dans la logique d'absence de

1230 Article L. 9501 et suiv. du Code du travail.

1231 Sur la notion de cause qualificative et de cause justificative, se reporter à l'analyse de J. PELISSIER, « La cause économique de licenciement », *R.J.S.* 1992, 527.

1232 Dans ce sens, J. PELISSIER, « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 608.

1233 Cass. Soc. 25 fév. 1992, *Bull. V.,* n°122, Expovit. Mais également, Cass. Soc. 12 déc. 1991 *Bull. V.,* n°578, dans un cas de transformation d'emplois due à des mutations technologiques, la Cour estime que le licenciement des salariés pour inaptitude à occuper des emplois ainsi modifiés « avait été prononcé pour un motif inhérent à la personne du salarié. »

1234 J. SAVATIER, note sous Cass. Soc. 8 avril 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E., II, 360 ; dans le même sens J. PELISSIER, article précité.

1235 A. LYONCAEN, « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy*, 21.4.92 n°596.

contrôle par la Cour de cassation de la cause réelle et sérieuse, mais qu'en revanche, il participe de la démarche par laquelle elle entreprend de déterminer les conditions préalables auxquelles est subordonné un licenciement pour motif économique. Remarquons cependant, qu'évinçant la qualification « licenciement économique », la Chambre sociale prive le salarié du bénéfice des dispositions de protection notamment l'obligation de rechercher un emploi de reclassement. Ce n'est pas le moindre des paradoxes !

Mais dans les deux cas, si l'employeur n'a pas adapté le salarié en lui assurant une formation sérieuse,[1236] ou si le licenciement intervient de manière prématurée de telle sorte que le travailleur n'a pu réellement s'adapter, alors le licenciement prononcé sera dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Section 2 : L'obligation de reclassement du salarié dans un emploi

L'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi assure la pérennité du lien contractuel alors que les modalités du travail ont changé. Dans certaines hypothèses, l'exécution du contrat selon ses modalités originelles peut devenir impossible mais le reclassement du salarié dans un autre emploi doit primer sur la rupture de la relation contractuelle. Ainsi, dans la construction d'un droit de la protection de l'emploi, on peut distinguer deux temps. Le premier trouve son ressort dans le contrat luimême et doit permettre au salarié de s'adapter aux évolutions économiques et technologiques qui affectent l'emploi, mais ici l'équilibre initial du contrat n'est pas remis en cause. Le second se détache de l'exécution du contrat qui, en l'état, ne peut plus être maintenu. Pour autant, alors que l'employeur trouverait dans ce constat un motif réel et sérieux de licenciement, le contrat ne peut pas être valablement rompu, une obligation de reclassement est mise à la charge de l'employeur. Autrement dit, dans cette situation l'employeur doit proposer au salarié une modification de son contrat de travail, l'obligation de reclassement pouvant, à juste titre, s'analyser comme un contrepoids au droit de l'employeur de rompre le contrat de travail sans recherche préalable du maintien du lien d'emploi.[1237]

Le reclassement n'est donc pas, comme l'adaptation du salarié à son emploi, une simple mesure d'exécution du contrat. Il est au contraire sa remise en cause dans ses éléments essentiels tels que la classification professionnelle, les conditions matérielles d'exercice du travail, qui ont fondé l'accord des volontés. Le reclassement est l'affectation du salarié à un nouvel emploi et donne plus d'importance à une nécessaire mobilité professionnelle du salarié dans l'entreprise, déjà activée avec le devoir d'adaptation. Mais si l'on admet qu'il y a un « temps » du reclassement, il faut aussi souligner qu'il y a un degré, ici franchi, puisque le reclassement se fond avec le droit de la modification du contrat. Il en résulte que l'obligation de reclassement est, en principe, activée lorsque la rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur, est envisagée. Cependant, toutes les ruptures n'ouvrent pas un droit au reclassement. En effet, cette garantie de maintien

1236 C.A. Versailles, 26 mai 1992 ; Paris 29 mai 1992 et Poitiers 15 avril 1992, *R.J.S.* 10/92 n°1087.

1237 B. BOUBLI, « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », *R.J.S.* 3/96, p. 131.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

du lien d'emploi, ne saurait être accordée lorsque le comportement fautif du salarié est à l'origine de la rupture. En effet, si l'employeur doit en exécutant de bonne foi le contrat de travail tout entreprendre pour maintenir le salarié dans un emploi, *a priori*, le salarié qui perturbe la bonne marche de l'entreprise par son indiscipline, ne peut légitimement y prétendre.[1238] A l'exception du champ disciplinaire, il n'est donc plus de cause de licenciement où ne se manifeste pas cette obligation de reclassement. En effet, reprenant la distinction entre motif personnel et motif économique, on peut observer que dans le cadre du motif personnel l'obligation de reclassement se résorbe dans le devoir d'adaptation qui pèse, préventivement, sur les épaules de l'employeur et se fond dans le motif économique lorsque l'évolution de l'emploi, par son ampleur, révèle une véritable suppression ou transformation d'emploi.

Le champ d'application de l'obligation de reclassement relève d'abord, lorsqu'est visée la personne du salarié de l'inaptitude physique du travailleur à son emploi (Paragraphe I), enfin du motif économique (Paragraphe II). Née de faits générateurs distincts, le reclassement s'effectue dans un périmètre commun. il semble qu'un régime juridique identique (Paragraphe III).

Paragraphe I : Le reclassement en cas d'inaptitude physique du salarié à son emploi

Protéger le lien d'emploi contre les vicissitudes liées à l'activité de l'entreprise permet de prendre en compte la part essentielle sinon unique du revenu tiré du travail et d'assurer à l'individu un statut social à un moment où ce statut est remis en cause. L'objet de la protection est donc l'emploi. En revanche, et bien avant, l'irréductibilité entre la personne et l'emploi a conduit à admettre une protection de la personne dont l'efficacité n'est assurée que par la pérennité du lien d'emploi. Ainsi, l'emploi estil moyen et objet de protection.[1239] Si cette approche ne se départit pas, au moins pour le salarié, d'une conception patrimoniale de la force de travail,[1240] elle répond aussi à d'autres objectifs notamment de santé publique et plus prosaïquement à un souci de préservation de la capacité de travail de l'individu au service de l'entreprise. En l'état du droit positif, le droit à la santé apparaît avoir trouvé sa place dans l'ordonnancement juridique par l'énoncé de règles substantielles. Ainsi, la convention 155 de l'O.I.T., dans son article 5, énonce l'exigence de « l'adaptation du temps de travail, de l'organisation du travail et des

[1238] J.M. BERAUD, La discipline dans l'entreprise » in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 381. « La discipline n'a de sens qu'au regard des fins au service desquelles elle est placée. (...), pour l'entreprise, il s'agit d'acquérir une force de travail afin de pouvoir l'utiliser comme instrument dans un processus organisé par l'employeur pour la satisfaction d'intérêts définis par lui. » On peut alors parler de discipline de production. Voir Supra n°60 et suiv.

[1239] Supra n°122 et suiv.

[1240] Selon le Professeur P. CATALA, « la valorisation (...) de la force de travail correspond, pour le prolétaire, à une réalité, à savoir qu'il n'a que cela pour tout patrimoine », in n°27, 210 ; A. ROUAST, « Quelques réflexions sur l'originalité sociologique du contrat de travail », Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye, p. 663 ; Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, Litec 1992, Bibliothèque du droit de l'entreprise, n°329 et suiv.

procédés de travail aux capacités physiques et mentales des travailleurs. » En droit interne, la loi affirme la responsabilité de l'employeur en matière de conditions de travail relativement à l'hygiène (article L. 2321) et à la sécurité des travailleurs (article L. 2331 du Code du travail), le directeur départemental du travail pouvant mettre en demeure l'employeur de prendre toutes dispositions afin d'en assurer le respect.[1241] En outre, le législateur a organisé la surveillance de l'état de santé du travailleur grâce à l'intervention du médecin du travail, lequel doit notamment porter une appréciation de l'aptitude du salarié à son poste de travail.[1242]

Ainsi, la force de travail en tant qu'expression de l'aptitude de l'homme au travail peut être appréhendée comme l'exploitation d'un « bien » créateur de richesses,[1243] n'étant d'ailleurs source de valeur que par son exploitation, pour le travailleur. La notion de force de travail confirme l'idée selon laquelle l'aptitude professionnelle, comprise comme l'état d'une personne que l'on considère qualifiée pour jouer un rôle ou exécuter un acte,[1244] conditionne la naissance et la poursuite de la relation de travail.[1245] Dans cette relation de travail, supportée juridiquement par un contrat à exécution successive, il convient, dans l'aptitude, de dissocier ce qui relève strictement de la compétence professionnelle, de ce qui ressort de la mise en oeuvre de cette compétence. En effet, la compétence professionnelle est l'objet d'un accord entre le travailleur et l'employeur lors de l'embauche. La qualification professionnelle est une composante essentielle de l'emploi occupé par le salarié,[1246] son appréciation relevant, sous contrôle du juge, du pouvoir de l'employeur. En revanche, concernant la mise en oeuvre de la compétence, il s'agit moins de porter une appréciation sur la qualité de la compétence que sur sa mise à disposition, laquelle résulte directement de la subordination induite du contrat de travail. Ainsi, le travailleur qui refuse de mettre à disposition sa compétence commet une faute qui justifie la rupture de la relation contractuelle.[1247] Cette analyse fondée en droit sur le rapport né du contrat de travail trouve sa pleine justification puisque l'acte révèle l'insubordination du

[1241] Article L. 2315 du Code du travail, l'employeur est passible de peine de police, articles R. 23112 et 13 et article R. 2632 du Code du travail. Cass. Crim. 6 oct. 1981, *Juri social* 1981, F. 104. Voir notamment, I. VACARIE, « Travail et santé : un tournant », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 331.

[1242] Article L. 24010 et suivants du Code du travail. Sur le médecin du travail : Voir notamment, N. ALVAREZ, « La médecine du travail », *Dr. Ouv.* 1980, p. 307 ; J.J. DUPEYROUX, « La médecine du travail sur le fil du rasoir », *Dr. Soc.* 1980, 3 ; A. LYONCAEN, « Les répercussions des appréciations des médecins du travail », *Dr. Soc.* 1980, 98 ; J. SAVATIER, « Le médecin du travail et le sort du salarié », *Dr. Soc.* 1987, 604 ; B. TEYSSIE, « Prolégomènes sur la médecine du travail », *Dr. Soc.* 1987, 561.

[1243] Th. REVET, précité, n°337.

[1244] P.Y. VERKINDT, P. FRIMAT, E. ELOY, R. CUVELIER, *Aptitude physique et contrat de travail*, Edition Liaisons, 1990.

[1245] Supra n°160 suiv.

[1246] Supra n°158 et suiv.

[1247] Par exemple : Cass. Soc. 8 janv. 1964, *D.* 146, note V. R. ; 24 janv. 1980, *Bull. V.,* n°74 ; 2 fév. 1994, *Droit du travail*, 1994 n°3, p. 8, §123.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

salarié. Peutil en être de même, lorsque l'impossibilité de mettre en oeuvre la compétence promise résulte d'une inaptitude physique liée à l'état de santé c'estàdire aux capacités physiques du salarié ?

1 Le problème posé par l'inaptitude physique du salarié dans l'occupation de son emploi

Un premier élément de réponse a été apporté par la jurisprudence dans la recherche d'une protection du salarié affecté par une maladie grâce au mécanisme de la suspension de l'obligation de fournir la prestation de travail. La suspension du contrat est admise aussi bien pour la maladie ou l'accident professionnel que pour la maladie ordinaire.[1248] En conséquence, si la suspension de l'obligation de fournir du travail renforce la résistance du contrat contre la rupture pendant l'absence causée par l'état de santé du salarié, la question de la rupture est à nouveau posée au moment du retour dans l'emploi. Une distinction doit être alors effectuée selon que le salarié est apte ou non à reprendre son emploi, la constatation de l'inaptitude amenant à rechercher son origine.

a) Des origines diverses à l'inaptitude physique fondant des régimes juridiques spécifiques

En effet, quelle que soit l'origine de l'affection, lorsque le salarié est apte à reprendre son emploi,[1249] la suspension n'opère pas novation de la convention originaire, la disparition de la cause provoque la remise en vigueur automatique des obligations qui étaient suspendues.[1250] Autrement dit, le salarié bénéficie d'un droit de retour dans l'emploi,[1251] c'estàdire dans le poste de travail précédemment occupé. Certes, le pouvoir d'organisation de l'employeur n'est pas paralysé mais il est limité dès lors que le poste précédemment occupé est disponible.[1252] Aussi, le salarié ne peut, sans faute, refuser de réintégrer son emploi, sauf à manifester de façon non équivoque sa volonté de rompre unilatéralement le contrat de travail. Son refus devrait alors s'analyser en un acte d'insubordination justifiant un licenciement.

En revanche, l'inaptitude du salarié à son emploi remet en cause, par cette altération, la mise en oeuvre de sa compétence professionnelle. C'est l'objet même du contrat qui s'en trouve atteint.[1253] Une analyse contractuelle stricte, de la situation des parties au

[1248] Voir supra n°247 et suiv. Le contrat de travail n'est pas rompu du seul fait de l'impossibilité temporaire pour le salarié d'exécuter son obligation fourniture de travail, c'estàdire de mise à disposition de sa compétence professionnelle.

[1249] La question de l'aptitude est nécessairement posée lorsque l'affection du salarié résulte d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ayant entraîné un arrêt de plus de huit jours, le médecin du travail doit se prononcer, article R. 24151 du Code du travail, voir également infra n°328 et suiv. En revanche pour les cas de maladie ordinaire une visite de reprise n'est obligatoire que si l'absence est supérieure à vingt et un jours, même article.

[1250] J.M. BERAUD, « Maladie et perte d'emploi » *Dr. Soc.* 1991, 579.

[1251] L'employeur ne peut sans abus contourner son obligation. Concernant la réintégration à l'issue d'un accident du travail, Cass. Soc. 7 mars 1984, *J.C.P.* 1984, éd. E., I, 12709, note B. TEYSSIE.

contrat a été proposée. Le salarié inapte ne peut plus fournir la prestation promise lors de la conclusion du contrat et, sauf renégociation de la prestation de travail, le contrat peut être considéré comme caduc en raison de la survenance de l'inaptitude physique du travailleur. C'est cette analyse rigoureuse qui a d'abord prévalu. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que l'inaptitude du salarié était constitutive d'un cas de force majeure ne rendant pas la rupture imputable à l'entreprise.[1254] Toutefois, avec la loi du 13 juillet 1973 instituant un droit du licenciement, la Cour de cassation a modifié son approche quant à la qualification de la rupture imposant le licenciement pour toute rupture initiée par l'employeur. Partant, elle s'est engagée dans une distinction entre l'initiative de la rupture et son imputabilité,[1255] ce qui permettait à la Haute juridiction d'exonérer l'employeur du paiement des indemnités de licenciement afférentes à cette rupture, dès lors que l'inaptitude physique du salarié était totale et pas seulement partielle.[1256] Mais la Cour de cassation a abandonné cette solution, uniformisant ainsi le régime des ruptures pour longue maladie et pour inaptitude physique en énonçant que « la résiliation par l'employeur du contrat de travail du salarié atteint d'une invalidité le rendant inapte à exercer toute activité dans l'entreprise s'analyse en un licenciement qui ouvre droit à l'indemnité légale de licenciement ou, si elle est plus favorable au salarié et si les clauses de la convention ne l'excluent pas, à l'indemnité conventionnelle. »[1257]

Parallèlement à cette évolution, le problème de la responsabilité de l'entreprise était

[1252] Contra D. CORRIGANGARCIN, « La réinsertion dans l'entreprise des salariés victimes d'une accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *R.J.S.* 12/91, p. 679. Certes l'employeur peut certainement demander l'exécution de clauses contractuelles, telle une clause de mobilité géographique, qui ne sont que l'exécution du contrat (voir supra n°211 et suiv.). Mais s'est ce placer sur un autre plan que celui de la disponibilité de l'emploi. On observera ainsi que si l'employeur a remplacé le salarié absent par le biais d'un contrat à durée déterminée sans terme comme l'y autorise l'article L. 12212 III du Code du travail, le retour du salarié met un terme à ce contrat. Si le salarié remplaçant a été engagé par un contrat à durée indéterminée, le retour constitue alors une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat.

[1253] Supra n°192 et suiv.

[1254] Cass. Soc. 21 mars 1979, *Bull. V.,* n°253. Cette analyse était par ailleurs en logique avec celle développée alors qui précisait que lorsque la maladie se prolonge, l'employeur peut constater l'inexécution de l'obligation de travail due par le salarié, et prendre dans l'intérêt de l'entreprise l'initiative de rupture, celleci ne lui étant pas imputable, Cass. Soc. 14 déc. 1960, *Bull. IV.,* n°1184, Figaro ; Cass. Soc. 21 fév. 1974. Toutefois, il faut souligner la situation particulière des salariés investis d'un mandat représentatif leur conférant une protection exorbitante du droit commun interdisant à l'employeur toute rupture unilatérale sans saisine de l'inspecteur du travail, Ch. Mixte, 21 juin 1974, *Bull.* n°4, Perrier ; C. Et. 25 juin 1986, *Dr. Soc.* 1987, 22.

[1255] X. BLANCJOUVAN, « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. Soc.* 1981, 207.

[1256] Ainsi en cas d'inaptitude totale et définitive, la rupture du contrat de travail n'était pas imputable à l'entreprise, Cass. Soc. 4 avril 1979, *Bull. V.,* n°317 ; 5 juill. 1979, *ibid.* n°615 ; Cass. Soc. 6 nov. 1980, *D.* 1982, 279, note J.F. ABEILLE ; Cass. Soc. 10 juill. 1986, *Dr. Soc.* 1986, 790 ; (on est finalement assez proche de la rupture pour cas de force majeure). En revanche, lorsque l'inaptitude n'est que partielle les indemnités de licenciement sont dues, Cass. Soc. 13 déc. 1978, *Gaz. Pal.* 8/9 août 1979, p.6 ; Cass. Soc. 31 oct. 1989, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1990, p. 11. Voir également H. BLAISE, « Maladie et inaptitude physique », *R.J.S.* 1990, p. 315, spéc. n°13.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

posé lorsque l'inaptitude physique du salarié résultait d'un accident du travailou d'une maladie professionnelleAinsi, la Cour de cassation estimait que lorsque l'inaptitude était en rapport avec l'activité de l'entreprise, la rupture était possible mais imputable au fonctionnement de l'entreprise, la Cour de cassation précisant que l'employeur n'avait pourtant pas l'obligation de modifier l'organisation du travail.[1258] Le salarié bénéficiait seulement des indemnités de licenciement.[1259] Il apparaissait alors nettement une différenciation dans le régime de l'inaptitude physique selon qu'elle a ou non une origine professionnelle. Ainsi, lorsque le salarié était victime d'un accident du travail ou maladie professionnelle ou lorsqu'il était démontré que son inaptitude n'était pas sans lien avec l'activité de l'entreprise, il était admis que le travailleur devait être indemnisé pour le préjudice lié à la perte de l'emploi. La loi du 7 janvier 1981 a accentué cette différenciation en imposant à l'employeur l'obligation de proposer, au salarié devenu inapte en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, un autre emploi approprié à ses capacités nouvelles.[1260] En vertu de ces textes, et plus précisément de l'article L. 122325 du Code du travail, « ***si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail (...), un autre emploi approprié à ses capacités professionnelles (...).*** » C'est bien là une obligation de reclassement qui est posée, le but poursuivi par le législateur étant de faire supporter à l'entreprise et non au salarié les risques que l'entreprise créée du fait de son activité.[1261]

b) L'uniformisation des régimes juridiques liés à l'inaptitude physique

Pour la maladie ordinaire une telle obligation de reclassement n'était pas envisagée par la jurisprudence qui se fondant sur une conception purement contractuelle de la relation de travail estimait « que l'employeur qui, pas plus que le salarié ne peut se voir imposer, unilatéralement, une modification d'un élément substantiel du contrat de travail, n'est pas

1257 Cass. Soc. 29 nov. 1990, société Pasquet, *Bull. V.,* n°600 ; *Dr. Soc.* 1990, 109 ; *R.J.S.* 1/91 n°11. Voir également, Rép. min. *J.O. A.N.* 9 juillet 1990, p. 3297.

1258 Cass. Soc. 7 mars 1979, *D.* 1979, 143.

1259 Cass. Soc. 10 juill. 1975, Barbat, *Bull. V.,* n°396, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1975, 288, la rupture est imputable à l'entreprise et non à un faute grave du salarié susceptible de le priver de l'indemnité de licenciement ; Cass. Soc. 11 juill. 1975, *Cah. Prud'h.* 1975, n°2, p. 15 ; Cass. Soc. 16 juin 1976, *Bull. V.,* n°396.

1260 Loi n°813 du 7 janvier 1981, spéc. Article L. 122325 du Code du travail. D. CORRIGNANGARCIN, « La protection des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1981, chron., 255 ; J.P. POUPON, « La protection de l'emploi des victimes d'accidents du travail ou d'une maladie professionnelle », *Dr. Soc.* 1981, 722 ; B. TEYSSIE, « La protection des salariés victimes d'accident du travail ou de maladies professionnelles », *J.C.P.* 1982, éd. G., I, 3060 ; J. NICOLASBRISSIER, « La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1982, chron. 147.

1261 En ce sens, J. PELISSIER, « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 608 ; P.Y. VERKINDT et autres, ouvrage précité.

tenu de fournir un emploi différent au salarié physiquement inapte à accomplir la tâche pour laquelle il a été engagé, (...) »,[1262] refusant ainsi d'étendre l'obligation de reclassement prévue par l'article L. 122325 du Code du travail à la maladie ordinaire. Pourtant la jurisprudence devait évoluer et les juges rechercher un appui textuel afin de fonder le droit du salarié à la poursuite de son contrat de travail. Cet appui fut trouvé dans l'article L. 241101 du Code du travail qui dispose que « ***le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes justifiées par des considérations tenant à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé des travailleurs*** . »[1263] Ainsi, alors qu'aucun texte ne l'exigeait expressément, la Cour de cassation sur le fondement de cette disposition a fait peser sur l'employeur un devoir de reclassement, dès lors que le médecin du travail appelé à se prononcer proposait des mesures individuelles en vue de rechercher les possibilités de reclassement pour le salarié devenu inapte et alors même que son origine n'était pas professionnelle.[1264] Il en résultait qu'un licenciement décidé sans examen des possibilités de reclassement, au lendemain de la réception par l'employeur de l'avis d'inaptitude, témoignait, selon les juges d'une précipitation blâmable et ôtait au licenciement sa cause réelle et sérieuse.[1265] Cette jurisprudence était limitée à l'intervention du médecin du travail dans le cadre de l'article L. 241101. La loi du 12 juillet 1990 est venue renforcer cette interprétation en posant le principe selon lequel toute rupture fondée sur l'inaptitude physique du salarié ne pouvait être prononcée qu'après l'intervention du médecin du travail.[1266] La combinaison de ces deux textes imposait donc à l'employeur une obligation de reclassement de telle sorte que la différence de régime jusqu'alors constatée entre la situation des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie non professionnelle s'était estompée ; même en cas de silence du médecin du travail la Chambre sociale imposait à l'employeur de justifier d'une impossibilité de reclassement.[1267] La loi du 31 décembre 1992 a parachevé cette évolution. En effet, l'article L. 122244 alinéa premier dispose désormais que « ***à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident, si le***

[1262] Cass. Soc. 18 déc. 1978, *Dr. Soc.* 1979, 170 ; 15 juin 1983, *Bull. V.,* n°326 ; 9 avril 1987, *Bull. V.,* n°211.

[1263] Cette disposition a été introduite par une loi n°761106 du 6 décembre 1976. Ce texte est d'ailleurs issu d'une loi portant sur la prévention des accidents du travail.

[1264] Cass. Soc. 27 juill. 1986, *Dr. Soc.* 1986, 611. Si le médecin du travail n'a proposé aucune mesure individuelle, l'employeur se trouvant devant un avis d'inaptitude pur et simple n'est pas tenu d'envisager le reclassement du travailleur. Voir, D. JOSEPH, « Le reclassement des travailleurs inaptes à leur emploi », *Dr. Ouv.* 1989, 123.

[1265] Cass. Soc. 25 oct. 1989, *R.J.S.* 12/89, n°916.

[1266] Article L. 12245 du Code du travail dans sa rédaction actuelle : « (...) aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison (...) ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II (...) en raison de son état de santé, ou de son handicap. » Voir notamment, J.P. LABORDE, « Quelques observations à propos de la loi du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap », *Dr. Soc.* 1991, 615.

[1267] Cass. Soc 25 mai 1993, *C.S.B.P.* 1993, n°53, p. 252.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre des mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail . »[1268] C'est là un élargissement important de l'obligation de l'employeur de reclasser les salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi.

Ainsi les lois, tant du 7 janvier 1981 que du 31 décembre 1992, s'écartent d'une conception strictement contractuelle de la relation de travail, mettant en avant la technique de la révision du contrat[1269] en vue d'assurer la protection de l'emploi du salarié au moyen de l'adaptation du poste de travail ou du reclassement dans un autre emploi. Le reclassement est bien à cet égard un outil de protection permettant d'éviter la rupture du contrat en encadrant le pouvoir de l'employeur. Le reclassement permet d'assurer l'exécution de bonne foi du contrat quitte à modifier les prévisions contractuelles initiales en adaptant un poste de travail aux capacités physiques du travailleur afin qu'il puisse développer les compétences contractuellement prévues. A cet égard, se heurtent les intérêts de l'entreprise (organisation de la production en vue d'un rendement optimal), du salarié pour la conservation de l'emploi malgré l'impossibilité de fournir la prestation convenue, le législateur ayant confié à un tiers, le médecin du travail, la mission de statuer sur l'aptitude du travailleur.

2 Les effets de l'inaptitude physique constatée par le médecin du travail

Seule l'inaptitude physique déclenche l'obligation de reclassement du salarié, l'avis d'inaptitude la déclenchant automatiquement.[1270]

a) La déclaration d'inaptitude physique par le médecin du travail

Cet avis ressort de la compétence exclusive du médecin du travail, écartant aussi bien celle du médecin conseil de la sécurité sociale que du médecin traitant.[1271] Le médecin du travail a donc pour rôle de se prononcer sur l'état de santé du travailleur. Son avis est décisif ; il emporte plusieurs conséquences. L'employeur a l'obligation de soumettre le

[1268] Voir notamment, Rép. Min., *J.O. A.N.,* Q., 18 oct. 1993, p. 3582 ; J. SAVATIER, « La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », *Dr. Soc.* 1993, 123 ; J. SAVATIER, « L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », Mélanges H. Blaise, Economica 1995, 387 ; K. ADOM, « La modification du contrat de travail du fait de l'état de santé du salarié », *Dr. Soc.* 1995, 461.

[1269] Cf. G.H. CAMERLYNCK, « La révision du contrat », *J.C.P.* 1985, éd. G., I, 1964.

[1270] Cass. Soc. 27 mars 1990, *R.J.S.* 6/90, n°469.

[1271] Cass. Soc. 9 fév. 1989, *R.J.S.* 3/89, n°211. L'avis du médecin conseil de la sécurité sociale n'est pas suffisant : Cass. Soc. 29 juill. 1989, *Bull. V.,* n°535 ; 19 juin 1991, *Dr. Soc.* 1991, 736.

salarié à une visite de reprise dès lors que pour un accident du travail le contrat a été suspendu pendant plus de huit jours et plus de vingt et un jour pour la maladie ordinaire.[1272] Le salarié ne saurait sans faute refuser cette visite de reprise, l'employeur pouvant alors décliner la demande de reprise du travail émanant du salarié[1273] et, éventuellement, en tirer les conséquences en prononçant le licenciement de ce dernier.[1274]

Cette obligation qui pèse sur les épaules de l'employeur conduit à se demander quel doit être le moment de la consultation du médecin du travail. Si sa détermination n'influe pas sur le régime de l'accident du travail parce que le licenciement ne peut pas intervenir avant la visite médicale de reprise sans être réputée avoir lieu pendant la période de suspension légalement protégée,[1275] il n'en va pas de même pour la maladie ordinaire, la suspension ne prohibant pas la rupture du contrat dès lors qu'elle n'est pas fondée directement sur l'état de santé du salarié.[1276] Autrement dit, dans le cadre de la maladie ordinaire l'employeur peut être amené à rompre le contrat de travail du salarié avant le terme de la suspension soit dans le cas d'une absence prolongée du fait de la maladie soit à l'issue de périodes de suspension brèves et répétées n'atteignant cependant pas vingt et un jours (article R. 24151 du Code du travail). Dans ces hypothèses, la Cour de cassation a admis que lorsque la prolongation de la maladie ou les absences répétées perturbent gravement le marche de l'entreprise, ce motif peut devenir une cause réelle et sérieuse de licenciement, l'avis du médecin du travail n'étant pas requis sauf disposition contraire de la convention collective,[1277] ou du contrat de travail. Une telle solution écarterait donc l'intervention du médecin du travail et pourrait évincer l'obligation de

[1272] Article R. 24151 du Code du travail.

[1273] A l'issue de la période de suspension, le salarié doit bénéficier d'un examen de reprise et il ne peut pas s'y opposer si l'employeur lui demande de s'y soumettre. Cass. Soc. 12 nov. 1997, *Bull. V.,* n°365 ; Cass. Soc. 26 mai 1983, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1983, p. 346.

[1274] Cass. Soc. 5 juin 1980, *Bull. V.,* n°495 ; 29 mai 1986, *Dr. Soc.* 1986, 788, note J. SAVATIER.

[1275] Article L. 122322 al. 2 du Code du travail. Cass. Soc. 1er déc. 1988, *R.J.S.* 1/89, n°8 ; Cass. Soc. 22 mars 1989, *Bull. V.,* n°235 ; Cass. Soc. 9 avril 1989, *R.J.S.* 3/89, n°211 ; 25 mai 1994, *Dr. Soc.* 94, 709 ; le licenciement est nul, Cass. Soc. 10 mai 1995, Droit du travail, 1995 n°6, p. 11, § 270, 2.

[1276] Article L. 12245 du Code du travail.

[1277] Cass. Soc. 10 déc. 1985, *Légi social,* sup. n°229, « Maladie du salarié ». Pour une absence prolongée en raison de la maladie, Cass. Soc. 3 juin 1982, *Bull. V.,* n°362 ; pour les absences répétées, Cass. Soc. 6 mars 1986, *Juri social* 1986, SJ, 95. Deux conditions doivent être remplies pour justifier le licenciement : 1/ la perturbation apportée à l'entreprise doit nécessiter le remplacement du salarié, Cass. Soc. 7 fév. 1991, Bricher appréciation *in concreto*, Cass. Soc. 6 mars 1980, *Bull. V.,* n°250 ; 2/ il faut que l'employeur soit dans la nécessité d'embaucher un salarié, Cass. Soc. 3 juill. 1990, *Bull. V.,* n°331, le remplacement devant être définitif, Cass. Soc. 31 mai 1989, *R.J.S.* 7/89, p. 338. Sur l'ensemble de la question voir F. TAQUET, « Maladie et rupture du contrat de travail : les nouvelles tendances de la jurisprudence », *Liaisons Sociales mensuel* n°59, mai 1991 ; J.M. BERAUD, « Maladie et perte d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 579.

reclassement incombant à l'employeur puisque aucun avis d'inaptitude n'est rendu. D'ailleurs, une lecture stricte de L. 122244 pourrait conduire à cette solution, le législateur n'ayant visé l'intervention du médecin du travail qu'à l'issue des périodes de suspension.[1278] Une telle interprétation ne paraît cependant pas devoir être retenue. En effet, dans ces hypothèses, il ne fait aucun doute que la cause première de la rupture est bien la maladie du salarié. Or, l'article L. 12245 du Code du travail subordonne toute rupture liée à l'état de santé du travailleur à un avis du médecin du travail ; l'interprétation restrictive semble de plus contraire à l'esprit de l'évolution jurisprudentielle et législative. Enfin, il faut souligner qu'aux termes des articles R. 24149 dernier alinéa et R. 24151 al. 4, tout salarié peut bénéficier d'un examen médical à sa demande, lequel est notamment ouvert à titre préventif à l'initiative du salarié afin qu'il soit statué sur son aptitude physique.[1279] On observera que cet examen ne dispense cependant pas l'employeur d'organiser la visite de reprise prévue, quant à elle par l'article R. 24151 alinéa premier, étant entendu, comme l'a rappelé la Cour de cassation, que le salarié doit être en état de reprendre son travail, c'estàdire qu'il soit mis fin à la période de suspension du contrat de travail.[1280] Dans toutes les situations l'employeur ne peut plus éluder son obligation de reclassement.

Il faut examiner la portée de l'avis du médecin du travail rendu à propos de l'aptitude physique du salarié. La jurisprudence récente a unifié le régime de l'accident du travail et celui de la maladie ordinaire. Effectivement quelle que soit la cause de l'inaptitude, l'employeur ne peut se prévaloir du silence du médecin du travail pour ne pas proposer un emploi de reclassement. L'employeur doit au besoin solliciter un avis[1281] et étudier alors les modalités d'aménagement de poste préconisées, engageant sa responsabilité civile si passant outre cet avis il maintenait le salarié dans son poste.[1282] Mais surtout, la situation

[1278] Voir notamment les observations de J. SAVATIER, articles précités, et circulaire 9413 du 21 novembre 1994 relative à l'application de l'article L. 122244 du Code du travail, *J.C.P.* 1995, III, 67 177.)

[1279] En ce sens, C.A. Douai, 27 nov. 1992, *Liaisons Sociales* n°6820, A.1, « Les incidences de l'inaptitude du salarié sur le contrat de travail ».

[1280] Cass. Soc. 12 nov. 1997, *Bull. V.,* n°366. L'examen préalable demandé par le salarié se situe nécessairement en période de suspension, laquelle peut être prolongée si le médecin estime que le salarié n'est pas en mesure de reprendre son travail. On rappellera que pendant la période de suspension, l'employeur ne peut saisir le médecin du travail pour qu'il statue sur l'aptitude physique du salarié.

[1281] Le médecin du travail doit fournir des conclusions écrites, articles L. 122244 et L. 122325 du Code du travail. Pour l'accident du travail : Cass. Soc. 20 avril 1989, *Bull. V.,* n°301, *R.J.S.* 3/89, n°414 ; 24 nov. 1993, *Bull. V.,* n°284 ; 17 oct. 1993, *ibid.* 250. La position de la cour de cassation, dans le carde de l'accident du travail, est sur ce point ferme puisqu'à défaut de conclusion écrites (même si des observations verbales ont été faites) elle retient la condamnation de l'employeur à verser douze mois de salaire en violation de l'article L. 122325 al. 2, sur le fondement de L. 122327, Cass. Soc. 11 juin 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1988502, p. 193. Pour la maladie ordinaire : Cass. Soc. 8 oct. 1987, *Bull. V.*, n° 560, *D.* 1988, S.C. 322 ; Versailles, 26 mars 1996, 7/96, n°875.

[1282] Violation de l'article R. 2641. Il est observé que les articles 2216 et 22219 du Code Pénal pourraient trouver application. Ils instituent comme circonstance aggravante « le manquement délibéré à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements », en ce sens J. SAVATIER.

du salarié est juridiquement figée au moment de l'avis médical.[1283] Une contestation peut alors s'élever sur cette déclaration, le législateur ayant alors prévu l'intervention de l'inspecteur du travail.[1284] Cet avis peut donc faire l'objet tant de la part de l'employeur que du salarié[1285] d'un recours administratif, le juge judiciaire ne pouvant pas ordonner une expertise aux fins de contrôler le bien fondé de cet avis.[1286] La question alors posée est celle de l'étendue du pouvoir de l'inspecteur du travail en cas de désaccord sur l'avis émis par le médecin du travail. Selon une jurisprudence constante, les dispositions de l'article L. 241101 du Code du travail ne permettent pas à l'inspecteur du travail de se faire juge de la validité de la rupture du contrat de travail en cas d'inaptitude du salarié à tenir son emploi.[1287] Une telle solution avait déjà été critiquée,[1288] la généralisation de l'obligation de reclassement et son régime semblent les fonder. En effet, à l'appui de cette interprétation restrictive de l'article L. 241101 était rappelé le principe selon lequel l'employeur, maître de l'organisation de l'entreprise dont il assume la responsabilité, n'est pas tenu de fournir au salarié devenu physiquement inapte un emploi différent de celui pour lequel il a été engagé et d'accepter une modification du contrat à cette fin.[1289] D'autres arguments ont été avancés dont celui de l'emplacement du texte, lequel ne figure pas parmi les dispositions relatives à l'emploi ou au contrat de travail, ou celle précisant que le texte

1283 L'aptitude s'apprécie au moment où elle est constatée, Cass. Soc. 13 oct. 1982, *Bull. V.,* n°545 ; 11 juin 1987, *Cah. Prud'h.* 1988, n°6, p. 101. En conséquence, si postérieurement à la rupture le salarié n'est plus inapte, il ne peut pas remettre en cause l'acte de rupture. Il ne peut donc pas prétendre à être réintégrer, Cass. Soc. 31 mai 1989, *Bull. V.,* n°409. Toutefois, et dans l'esprit de la législation on peut se demander si, à l'instar du licenciement pour motif économique, une priorité de réembauchage ne pourrait pas être instituée par le législateur, sinon par les partenaires sociaux.

1284 Article L. 241101 du Code du travail.

1285 Pour un recours intenté par un salarié : Cass. Soc. 9 fév. 1994, *Droit du trav.* 1994 n.3, p. 11, §126 ; C. Et. 27 juill. 1984, *Juri social* 1984, F.96.

1286 Cass. Soc. 12 mars 1987, *J.C.P.* 1987, éd. E., II, 14 981, note CHAUMETTE, *Dr. Soc.* 1987, 612 obs. J. SAVATIER. Cette solution est critiquée car l'article L. 241101 n'a pas pour objet de priver le travailleur des droits qu'il tient de l'article L. 122143 du Code du travail. Voir encore, Cass. Soc. 2 fév. 1994, *R.J.S.* 3/94, n°245 ; Cass. Soc. 29 janv. 1997, *R.J.S.* 3/97, n°272.

1287 La Cour de cassation, chambre sociale et chambre criminelle, s'est prononcée dans le même sens que le Conseil d'Etat. L'intervention de l'inspecteur du travail est limitée aux seuls cas de contestation sur l'appréciation émise par le médecin du travail sur l'état de santé du salarié et au genre de poste pouvant lui convenir. Cass. Soc. 24 avril 1980, *Bull. V.,* n°350 ; 19 fév. 1992, *C.S.B.P.* 1992, A.24 ; Cass. Crim. 5 mai 1981, *Bull. Crim.,* n°144 et 15 mars 1983, *ibid.* n°83 ; C. Et. 6 juill. 1984, *Dr. Soc.* 1985, 52, conclusions BOYON.

1288 G. PAISANT, « Sur la protection du salarié jugé médicalement inapte à son emploi (les difficultés d'interprétation de l'article L. 241101 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1986, 100 ; D. JOSEPH, « Le reclassement des travailleurs inaptes à leur emploi », *Dr. Ouv.* 1989, 123.

1289 Cass. Soc. 18 déc. 1978, *Bull. V.,* n°875 ; 12, mai 1980, *ibid.* n°411, 7 avril 1987, *Dr. Soc.* 1987, 432, conclusions FRANCK et supra n°321 et suiv. Ainsi il est relevé que l'inspecteur du travail n'a pas à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, J. SAVATIER, note sous 6 déc. 1979, *Dr. Soc.* 1980, 113, J. LE CALONNEC et J. BEDOURA, note sous Angers 4 mars 1980, *D.* 1981, 114.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

spécial de la loi du 7 janvier 1981 écarte l'application de l'article L. 241101 et qu'en conséquence la compétence de l'inspecteur du travail ne peut être modifiée. Pourtant, dans le contexte législatif actuel la solution apparaît inopportune. En effet, cette interprétation stricte du domaine de l'intervention de l'inspecteur du travail limite sa saisine à un désaccord d'ordre médical, or un tel domaine ne correspond pas à une attribution habituelle de l'inspecteur du travail. Mais surtout, ce texte ne peut plus être lu dans l'esprit du droit antérieur où le salarié physiquement inapte à son emploi le perdait sans forme ni indemnité. En l'état, comme le soulignait déjà Monsieur Paisant, l'application de l'article L. 241101 tourne à la défaveur du salarié alors qu'il a pour fonction de le protéger. Aujourd'hui c'est tout autant la préservation de la santé que le lien d'emploi qui doivent être assurés justifiant en cela l'intervention de l'inspecteur du travail, autorité compétente en matière d'emploi, dont les fonctions doivent aussi être celles d'assurer la mise en oeuvre de l'obligation de reclassement.

b) Le reclassement du salarié inapte physiquement

Il faut au préalable rappeler que le salarié à l'issue de la suspension de son contrat de travail doit retrouver, par principe, l'emploi précédemment occupé dès lors que le médecin du travail l'a déclaré apte à tenir son poste de travail. En revanche, en cas d'inaptitude physique, quelle que soit son origine, une solution de reclassement tendant à assurer la pérennité du lien d'emploi doit être recherchée par l'employeur.[1290] De manière similaire, pour l'accident du travail ou la maladie ordinaire le législateur précise que le médecin du travail peut proposer des mesures individuelles, telles que mutations ou transformations d'emploi, aménagement du temps de travail,[1291] afin de donner au travailleur un emploi compatible avec son aptitude physique, l'emploi proposé devant être, aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé.

Malgré une certaine confusion résultant du vocabulaire employé,[1292] le reclassement du salarié physiquement inapte doit être compris, tout d'abord, comme un aménagement du poste du salarié et par voie de conséquence des tâches ou fonctions qui le composent ; c'est un aménagement matériel de la prestation avant d'être une modification juridique du contrat. A cet égard, et malgré ce qui est généralement admis,[1293] on peut penser que le reclassement du salarié n'implique pas nécessairement une modification du contrat. Les aménagements techniques du poste, du temps de travail, n'ont pas, de prime

[1290] L'inaptitude physique est donc le fait générateur de l'obligation de reclassement ; mais elle peut provenir aussi de l'évolution même du poste de travail que le salarié ne peut assurer en raison de son état de santé.

[1291] Pour être tout à fait précis, l'article L. 122244 du Code du travail ne reprend pas l'aménagement du temps de travail comme une mesure permettant de reclasser le salarié, mesure pourtant présente à l'article L. 122325. Toutefois, il ne devrait pas être tenu compte de cette omission, le juge ayant déjà appliqué cette mesure, sous l'empire de l'article L. 240101, dès l'instant que le médecin du travail a fait des propositions en ces sens, Cass. Soc. 15 juin 1996, *Bull. V.,* n°138. Cf. J.Y. FROUIN, « La protection des salariés victimes de maladie ou d'accident », *R.J.S.* 12/95, p. 773.

[1292] Le législateur vise l'inaptitude à l'emploi précédemment occupé (...), le médecin du travail se prononce sur l'aptitude du salarié à exercer des tâches existantes dans l'entreprise (...), le reclassement s'effectuant dans un autre emploi par mutations ou transformations de poste. Cf. articles L. 122244 et L. 122325 du Code du travail.

abord, à modifier le contrat. Il semble que la modification du contrat ne doit être envisagée que lorsque l'employeur n'a pas la possibilité, en raison de l'inaptitude, de maintenir le contrat dans ses prévisions initiales notamment eu égard à la prestation de travail, c'estàdire lorsque le maintien dans le poste n'est pas possible. Alors, il incombe à l'employeur de proposer au salarié un emploi aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé. Cela signifie, d'une part, que le poste de travail doit être adapté, l'employeur devant, à cette fin, tenir compte des précisions fournies par le médecin du travail.[1294] Ce n'est donc, d'autre part, que lorsqu'un poste identique à celui occupé précédemment modifiant en cela l'objet de la prestation de travail que, subséquemment, l'emploi et/ou le contrat de travail peuvent être modifiés. Un déclassement professionnel peut donc être légitiment proposé lorsque l'employeur ne peut fournir un emploi comparable, pouvant entraîner une perte de responsabilité ou une baisse de rémunération.[1295]

Mais audelà de la proposition de reclassement, fût elle appropriée aux capacités physiques du travailleur, il faut se demander si l'employeur ayant rempli son obligation, recouvre la plénitude de son pouvoir de direction vis à vis du salarié reclassé. L'interrogation relève de deux niveaux : celui du poste et celui de la personne. Concernant le premier, nul doute que l'emploi n'est pas plus protégé qu'un autre emploi et peut dès lors faire l'objet d'une remise en cause de nature économique sur le fondement de l'article L. 3211 du Code du travail. En revanche, il semble que le pouvoir de l'employeur est encadré quant à son appréciation sur la personne, entendu ici comme l'appréciation sur l'aptitude professionnelle du salarié reclassé en raison de son inaptitude physique. L'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, doit assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. Sans doute, ce devoir prend ici toute sa signification, l'obligation de reclassement ayant un caractère continu.[1296] En effet, dans le cadre de l'accident ou de la maladie professionnelle, la Cour de cassation a souligné que lorsqu'une insuffisance professionnelle, reprochée au salarié, trouve son origine dans un accident du travail, cette insuffisance ne peut être opposée au salarié parce qu'elle relève avant tout de l'inadaptation du poste aux capacités du travailleur.[1297] L'employeur doit

[1293] Notamment P.Y. VERKINDT, ouvrage précité ; K. ADOM, « La modification du contrat de travail du fait de l'état de santé du salarié », *Dr. Soc.* 1996, 461.

[1294] Cass. Soc. 19 avril 1989, *Bull. V.,* n°228 ; 17 mars 1990, *ibid.* n°431 ; 24 nov. 1993, *ibid.* n°284. De plus le médecin du travail est celui qui connaît le mieux l'organisation interne de l'entreprise. Aussi, l'article R. 241511 du Code du travail lui enjoint d'étudier le poste de travail du salarié afin de rendre un avis éclairé. Notamment, le médecin du travail doit observer si l'état du salarié est compatible avec une activité professionnelle normale, Cass. Soc. 6 juill. 1977, *Bull. V.,* n°447 ; il doit étudier l'ensemble des fonctions entrant dans la définition du poste, Cass. Soc. 1er fév. 1984, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1984, p 266.

[1295] Cass. Soc. 25 nov. 1990, *R.J.S.* 6/90, n°472 ; Cass. Soc. 7 juill. 1993, *R.J.S.* 89/93, n°863 ; 7 déc. 1994, *C.S.B.P.* 1995, A.11.

[1296] En ce sens, J. PELISSIER, « Inaptitude et modification du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1991, 608 ; D. CORRIGNANGARCIN, « La réinsertion dans l'entreprise des salariés victimes d'une accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *R.J.S.* 12/91, p. 679.

[1297] Cass. Soc. 7 mai 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 87485, p. 403 ; 3 oct. 1991, *Bull. V.,* n°390 ; 21 janv. 1993, *Bull. V.,* n°31.

dans ce cas, proposer au salarié un autre poste de travail mieux adapté, ou un autre emploi, en sollicitant à nouveau des conclusions du médecin du travail.[1298] Il apparaît donc que le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle bénéficie d'un droit continu au reclassement, restreignant en cela le pouvoir de direction de l'employeur.

Une telle jurisprudence, contraignante, doitelle être étendue aux cas de maladie ordinaire ? La question relève moins de technique que de politique juridique. En effet, la justification de la loi du 7 janvier 1981 repose sur le risque créé par l'activité de l'entreprise, laquelle doit en assumer la responsabilité en cas de dommage causé au salarié, dommage corporel et/ou préjudice économique. Aussi, l'entreprise doit maintenir le lien d'emploi afin d'assurer un revenu au travailleur ou payer des indemnités spéciales en cas de rupture (article L. 122326 du Code du travail). Si concernant la maladie ordinaire, le moyen de la protection est bien l'emploi, seul, sembletil, le préjudice économique peut être retenu, préjudice pour lequel l'entreprise ne peut pas être directement mise en cause. C'est donc moins de responsabilité que de solidarité qu'il faudrait parler dans ce cas. Reste alors à savoir comme le demandait Monsieur Pélissier, ce qui peut être raisonnablement imposé à une entreprise[1299] ? On peut soutenir qu'en ce qui concerne la maladie ordinaire et lorsque l'employeur a satisfait à son obligation de recherche d'un reclassement, la protection de l'emploi peut être uniquement, mais efficacement, recherchée dans le devoir d'adaptation du salarié à son emploi. Dès lors que ce devoir est rempli et si l'employeur rapporte objectivement la preuve de l'insuffisance professionnelle, le salarié ne peut prétendre à un droit permanent au reclassement dans l'entreprise. Sous cet angle, au moins, on peut ne pas approuver l'affirmation de principe de Monsieur Frouin, lorsqu'il énonce que l'obligation de reclassement est identique pour le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle et pour ceux victimes d'une affection non professionnelle.[1300]

Sous cette importante réserve, qui tient à l'idée que ne peut pas être totalement éludé le fait générateur de la protection, il convient d'en préciser le contenu. Cette obligation doit être satisfaite dans tous les cas d'inaptitude, peu important son origine, peu important aussi que l'inaptitude soit temporaire ou définitive.[1301] Mais en tout état de cause,

[1298] Cass. Soc. 25 oct. 1989, *R.J.S.* 12/89, n°916.

[1299] J. PELISSIER, article précité.

[1300] J.Y. FROUIN, « La protection des salariés victimes de maladie ou d'accident », *R.J.S.* 12/95, p. 773, spéc. n°11 et 13. Subsistent également comme différences, formelles, outre l'absence d'écrit pour l'employeur, l'avis des délégués du personnel sur le reclassement proposé qui n'est requis que dans le cas d'inaptitude résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, article L. 12232 al. 1. Cass. Soc. 9 juillet 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 1988, 502, 200, les délégués du personnel doivent être obligatoirement consultés, à défaut l'infraction de délit d'entrave aux fonctions de l'institution est constituée. Cass. Soc. 21 janv. 1990, *R.J.S.* 4/90, n°284, Les délégués du personnel doivent être consultés même si l'employeur n'a aucun poste à proposer pour le reclassement du salarié devenu inapte à la suite d'un accident du travail. Cass. Soc. 1er nov. 1993, *C.S.B.P.* n°55, S. 166, l'avis des délégués du personnel ne dispense l'employeur de rechercher l'existence d'une telle possibilité dans l'entreprise, au besoin par des mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail, également, Cass. Soc. 20 juill. 1994 Delourme. *Liaisons Sociales* n°7112 A.1, p. 9.

l'obligation de reclassement doit d'abord être comprise comme une obligation de rechercher une solution de reclassement ; c'est une obligation de moyens qui n'implique pas pour l'employeur de trouver un poste.[1302] Cependant, l'employeur doit tout mettre en oeuvre afin d'aménager ou de rechercher un poste de travail adapté aux capacités du salarié. A cette fin notamment, il peut, sur le fondement de l'article L. 3239 du Code du travail obtenir de l'Etat une aide financière permettant d'adapter les machines ou outillages, le poste de travail y compris par un équipement individuel approprié. La recherche doit être sérieuse, l'attitude de l'employeur étant contrôlée par les juges du fond.[1303] En conséquence, une simple proposition de poste ne suffit pas ; il faut une recherche effective,[1304] justifiant que l'employeur ne peut se retrancher derrière l'absence de proposition du médecin du travail ou de l'imprécision de ces conclusions afin d'échapper à son obligation.[1305] Mais surtout, l'avis d'inaptitude définitif du salarié à son poste de travail ne dispense pas l'employeur de rechercher si un autre emploi dans l'entreprise peut être proposé au salarié, un avis d'inaptitude à un emploi ne devant pas être compris comme une inaptitude à tout emploi.[1306] Aussi, pour les juges du fond le caractère hâtif de la rupture démontre le plus souvent l'absence de diligence de l'employeur dans la recherche d'un poste de reclassement.[1307] L'écoulement d'un certain délai est donc nécessaire étant entendu que s'il dépasse un mois à compter de l'avis définitif du médecin du travail, l'employeur doit alors à nouveau payer les salaires.[1308]

Toutefois, l'obligation pour l'employeur d'aménager ou de proposer un nouveau poste de travail connaît deux limites. Tout d'abord, la dimension ou l'organisation de l'entreprise peuvent empêcher l'employeur de trouver un poste de reclassement. Pour le Ministre du travail lors de débats parlementaires, il était souligné que le reclassement du salarié doit

[1301] Cass. Soc. 7 mai 1987, *Cah. Prud'h.* 6/88, p. 102 ; 16 juin 1988, *Bull. V.,* n°370 ; 29 mai 1991, *Bull. V.,* n°272, *Dr. Soc.* 1991, 663, note CHAUVY.

[1302] Cass. Soc. 8 juill. 1992, *Bull. V.*, n°447.

[1303] Le contrôle porte sur le respect par l'employeur de ses tentatives de reclassement ; c'est un contrôle de la justification, Cass. Soc. 6 juin 1995, *C.S.B.P.* 1995, n°73. Mais c'est un contrôle limité car le juge ne peut pas procéder de son initiative, Cass. Soc. 20 oct. 1993, *C.S.B.P.* 1993, B.153.

[1304] Cass. Soc. 8 juill. 1992, *Bull. V.,* n°447.

[1305] Cass. Soc. 24 nov. 1993, *Bull. V.,* n°284.

[1306] Cass. Soc. 27 oct. 1992, *Bull. V.,* n°250.

[1307] Par exemple : Cass. Soc. 29 fév. 1984, *Bull. V.,* n°77 ; 7 avril 1987, *Dr. Soc.* 1987, 432 ; 21 mars 1990, *Bull. V.,* n°137 ; 1er avril 1992, *ibid.* 225 ; 15 juin 1993 *Bull. V.,* n°168, *R.J.S.* 10/93, n°975 ; 14 fév. 1996, *R.J.S.* 3/96, n°267.

[1308] Au delà d'un mois, tant en vertu de l'article L. 122325 que de l'article L. 122244, l'employeur doit verser les salaires correspondant à l'ancien emploi occupé, antérieurement le salaire n'est pas dû, Cass. Soc. 21 janv. 1988, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 88502, p. 200. Ensuite, le juge des référés est compétent pour en ordonner le versement, pour une première application de l'article L. 122244 du Code du travail, voir Cass. Soc. 22 mai 1995, n°2257P.

être nécessaire à l'entreprise, affirmant qu'il ne s'agit pas d'obliger le chef d'entreprise à créer un emploi artificiel, c'estàdire sans utilité économique.[1309] En pratique, la taille de l'entreprise s'avère être un réel obstacle au reclassement même si la Cour de cassation a posé le principe que celuici doit être recherché au niveau du groupe.[1310] En tout état de cause, il appartient à l'employeur de prouver l'impossibilité de reclassement en rapportant, d'une part, les moyens mis en oeuvre pour aménager et rechercher un poste et en justifiant, d'autre part, son impossibilité d'y parvenir. Si l'employeur ne parvient pas à proposer un emploi adapté au salarié, il est alors tenu dans le cadre de la législation sur les accidents du travail, de faire connaître au salarié les motifs qui s'opposent au reclassement, article L. 122352 et ce, avant d'engager la procédure de licenciement étant précisé que l'énonciation de ces motifs dans la lettre de licenciement ne peut suppléer cette obligation.[1311] On observera sur ce point que le législateur n'a pas reproduit cette exigence dans l'article L. 122244 du Code du travail. Comme le remarque M. Frouin, cette omission est regrettable car une telle obligation est le moyen tout à la fois de prévenir des contentieux et s'il s'en produit, d'en faciliter la solution.[1312]

Enfin, l'employeur lorsqu'ayant satisfait à son obligation d'aménager ou rechercher un poste doit bien sûr en faire l'offre au salarié, celuici n'étant pas tenu de l'accepter. Cependant, le refus du salarié ne peut être considéré comme légitime chaque fois que le contrat n'est pas modifié substantiellement. Il s'agit alors d'un simple aménagement du poste de travail destiné à la poursuite, dans les conditions antérieures du même contrat de travail. Par principe, et quelle que soit la situation du salarié, ce dernier ne peut sans faute refuser l'exécution du contrat, les conditions du contrat de travail n'ayant pas été modifiées.[1313] A l'inverse, si le reclassement se fait par voie de modification du contrat, le salarié peut alors toujours la refuser et rejeter l'offre de reclassement.[1314] Le refus ne peut pas être considéré comme illégitime puisque le contrat est modifié, l'employeur n'ayant

1309 *J.O. A.N.* 1981 débats, p. 4413.

1310 Cass. Soc. 24 oct. 1995, n°9410.188 ; cf. infra n°384 et suiv.

1311 Voir Cass. Soc. 7 juill. 1988, *Bull. V.,* n°426. Cass. Soc. 21 janv. 1988, *Bull. V.,* n°57. La violation de cette obligation n'entraîne pas au profit du salarié le versement de douze mois de salaire prévus à l'article L. 122325 al. 2 en vertu de l'article L. 122327 du Code du travail. Cass. Soc. 11 déc. 1986, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 8858, p. 201.

1312 J.Y. FROUIN, article précité.

1313 Pourtant Mme CorrignanGarcin estime que lorsque le reclassement n'entraîne aucune modification substantielle de la situation du salarié, son refus ne doit pas être considéré comme abusif. Mais, on peut penser que le caractère abusif du refus doit être seulement évoqué lorsqu'il y a bien une modification, dans le cas contraire le salarié doit accepter que son contrat se poursuivre, c'est sa simple exécution, fût il suspendu en raison d'un accident du travail. Le caractère abusif du refus ne doit donc être évoqué que lorsque le refus est a priori légitime parce que résultant d'une modification du contrat.. D'ailleurs à l'appui de son observation l'auteur ne cite que des arrêts où le contrat était bien modifié. Cette analyse va dans le sens, certes contestable, de la Cour de cassation. C.A. Versailles, 26 mars 1996, *R.J.S.* 7/96, n°875.

1314 Sur l'offre de reclassement, voir infra n°350 et suiv.

pas le pouvoir de faire accepter au salarié une modification du contrat de travail. Mais dans cette hypothèse, la loi du 7 janvier 1981 dispose que lorsque le refus est abusif,[1315] le salarié perd son droit à l'indemnité spéciale prévue par l'article L. 122326 du Code du travail. L'utilisation du terme abusif ne doit pas être mal compris, car dans tous les cas le refus d'une modification du contrat ne peut pas être constitutif d'une faute, y compris une faute grave.[1316] En revanche, il peut être des situations où le refus du reclassement justifie qu'il ne soit pas mis à la charge de l'entreprise une indemnité de rupture lourde dès lors que l'entreprise a, d'une part satisfait à ses obligations et que, d'autre part, le salarié refuse manifestement de reprendre tout emploi. Il appartient alors aux juges du fond de caractériser l'abus du salarié dans l'exercice de son droit, aux vues des éléments fournis par l'employeur. Ainsi, selon la jurisprudence le refus de l'emploi en raison d'une baisse de salaire n'est pas abusive, alors que constitue un abus le refus systématique de la part du salarié d'accepter tous les postes proposés[1317] et qu'au surplus le poste a spécialement été aménagé,[1318] caractérisant en cela la recherche par le salarié du bénéfice des indemnités plutôt que la reprise d'un emploi.[1319]

Paragraphe II : Le reclassement du salarié en cas de mise en cause de l'emploi

En droit du travail, l'obligation de reclassement s'applique à des situations diverses ; en cas d'accident du travail il permet le maintien du travailleur dans un poste ou un emploi adapté à ses capacités physiques, le reclassement assure la pérennité du lien d'emploi. Désormais, en cas de licenciement pour motif économique, l'obligation de reclassement atteste également de l'idée de protection attachée à l'emploi alors que, dans cette hypothèse, c'est la remise en cause de « l'emploifonction » qui affecte la relation contractuelle. Mais dans les deux cas, le reclassement se définit par rapport à son objectif. Cependant, dans l'ordre économique, jusqu'à ce que le niveau de chômage remette en cause l'équilibre social au niveau macroéconomique, le législateur ainsi que les partenaires sociaux ont toujours eu du reclassement une conception passive, sinon dans les textes du moins dans leur application. Ce n'est qu'avec l'apport de la jurisprudence puis avec la loi Aubry du 20 décembre 1993, que la notion de reclassement

1315 D. CORRIGNANGARCIN, « Le refus abusif d'une proposition de reclassement, article L. 122326 al. 2 du Code du travail », *J.C.P.* 1995, éd. E., n°39, 491.

1316 Cass. Soc. 19 juill. 1994, *Bull. V.,* n°242, *R.J.S.* 89/94, n°975, *Dr. Soc.* 1994, 897, *C.S.B.P.* 1994, n°64 A.55. J. NICOLASBRISSIER, « La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1982, chron. 147 (« le refus d'un emploi correspondant aux exigences légales (...) ne devient pas par luimême abusif »).

1317 Cass. Soc. 5 déc. 1985, *Juri social* 1986, F.29.

1318 Cass. Soc. 28 juin 1989, *R.J.S.* 89/89, n°668 ; 19 déc. 1994, *R.J.S.* 12/94, n°1367, 7 déc. 1994, *R.J.S.* 1/95, n°16, « lorsque l'employeur avec l'accord du médecin du travail a proposé au salarié un nouveau poste spécialement aménagé en fonction du handicap invoqué, avec maintien de la rémunération perçue antérieurement, le refus est abusif. ».

1319 Cass. Soc. 10 mars 1988, *B.S.* 4/88, 553.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

est devenue dynamique en tant que mécanisme de protection de l'emploi.

1 Un mécanisme de protection de l'emploi redécouvert par la jurisprudence

Dans une première (très longue) période que l'on peut faire débuter avec l'Ordonnance du 24 mai 1945, relative au contrôle de la maind'oeuvre,[1320] le reclassement est appréhendé de manière curative, c'estàdire défensive. Autrement dit, alors que la décision de rupture du contrat de travail est entérinée, il s'agit de permettre au travailleur de retrouver rapidement un emploi dans une autre entreprise en lui donnant, d'une part, une garantie contre la perte de son revenu issu du travail et, en lui fournissant, d'autre part, les possibilités d'ajuster ses capacités professionnelles aux demandes du marché du travail. C'est ainsi que les décrets des 14 septembre et 6 décembre 1954 instituent un fonds de reclassement de la maind'oeuvre[1321] et qu'une convention nationale du 31 décembre 1958 met en place un régime d'assurancechômage. A cet égard, les années soixante sont sans doute des années charnières pour les pouvoirs publics dans le développement des politiques d'emploi ; elles structurent encore nos institutions contemporaines malgré de profondes évolutions. En effet, le passage d'une économie de guerre à une économie civile apparaît définitivement opérée avec le redéploiement et la reconversion des activités militaires vers les activités civiles visant à la satisfaction des besoins courants et la remise en place d'ouvrages à usage collectif. Mais surtout, sur différents plans, plusieurs phénomènes vont profondément marquer les orientations des politiques d'emploi.[1322] Sur un plan démographique, tout d'abord, l'arrivée d'une population jeune doit être gérée alors que sur le plan économique, après cette phase de reconversion de l'activité industrielle, s'opère un véritable modelage de celleci avec une redistribution géographique et le développement du secteur tertiaire et des activités de service au détriment des activités de production lourde des secteurs primaires. Ensuite, sur le plan

[1320] Voir notamment, XXX, « Le contrôle de l'emploi dans l'ordonnance du 24 mai 1945 », *Dr. Soc.* 1948, 144 ; P. DURAND, *Traité de Droit du travail*, T. II, Dalloz 1950, n°472 et suiv. Le contrôle de l'emploi et spécifiquement des congédiements était préexistant à cette ordonnance. La loi du 4 septembre 1942 et les arrêtés du 19 septembre 1942 et 15 mars 1944 l'avaient initié, en instaurant une procédure de notification à l'autorité administrative pour tous licenciements, aux fins de maintenir dans les entreprises la maind'oeuvre qui présentait un intérêt pour les besoins des autorités d'occupation. Ce système fut supprimé par une ordonnance du 9 août 1944 mais rétabli par l'ordonnance du 24 mai 1945. Son objectif était alors de permettre, afin d'assurer une répartition harmonieuse de la maind'oeuvre, la remise en ordre de l'économie et de satisfaire les besoins considérables de la reconstruction en conciliant un souci de stabilité de l'emploi et une nécessaire mobilité vers les secteurs prioritaires de l'économie. A cet égard, dans un titre II, l'ordonnance instaurait un contrôle administratif des congédiements par une procédure de déclaration et d'autorisation, qui permettait d'apprécier le bien fondé de la rupture du contrat, laquelle devait être en conformité aux objectifs de la politique économique. On remarquera, que statuant sous l'empire de la loi du 4 septembre 1942, la Cour de cassation avait jugé que l'inobservation des formalités était un obstacle à la rupture du contrat (Cass. Soc. 13 juin 1946, *Quest. Prud*. 1946, 285). La Haute Juridiction opéra cependant un revirement de jurisprudence en posant comme principe que malgré le refus de l'administration ou l'absence de demande, le congédiement demeure valable (Cass. Soc. 24 janv. 1947, *S.* 1947, 73 ; 17 mars 1948, *Gaz. Pal.* 1948, 1. 264). Le congédiement sans autorisation était pourtant un délit correctionnel en vertu de l'article du 11 du décret du 11 août 1945.

[1321] Décrets n[os] 54951 et 541212, *D.* 1954, 406 et 475.

[1322] Voir notamment, M.Th. JOINLAMBERT, *Politiques sociales*, Dalloz 1994, page 30 et suiv.

politique la construction du Marché Commun, à la suite de la conclusion du traité de Rome de 1957, ouvre audelà des frontières nationales les problèmes d'emploi.[1323] L'ensemble de ces trois facteurs va influer d'une façon déterminante sur les politiques publiques d'emploi dont les plus significatives demeurent encore la création en 1967 de l'A.N.P.E. et la mise en place, par la loi du 18 décembre 1963, du Fonds national pour l'emploi, dont l'objectif premier est d'accompagner les restructurations industrielles.[1324]

Cet instrument ne sera pleinement cohérent, dans le cadre des restructurations des entreprises, qu'avec l'adoption de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969, relatif à la prévision et à l'adaptation de l'emploi. En effet, par cet accord peuvent être mises en oeuvre des mesures de reclassement nécessaires en cas de fusion ou de concentration d'entreprises. Selon le préambule de ce texte, les entreprises doivent s'efforcer de faire des prévisions afin de réduire les éventuels licenciements notamment par un effort de formation facilitant les mutations internes. A cet effet, l'article 12 de l'accord envisage la prise de diverses mesures afin d'éviter ou limiter les mesures de licenciement et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement serait cependant prononcé. C'est là, manifestement, l'embryon d'un dispositif de protection de l'emploi. Désormais, deux axes sont posés. En premier lieu, il s'agit de maintenir autant que faire se peut le salarié dans l'entreprise, les partenaires sociaux envisageant la mise en oeuvre de mutations internes même si cellesci doivent conduire à un déclassement du salarié,[1325] à des aménagements des postes de travail suivies d'actions, estil spécifié, de réadaptation ou de formation professionnelle (article 16). En second lieu, dans l'hypothèse où le licenciement est prononcé, l'idée d'une mobilité intraentreprise avec conservation de l'ancienneté est posée par l'article 19.

Pourtant, malgré cette palette de solutions, il faut bien remarquer qu'à l'époque le dispositif concernant le mécanisme de mobilité interne dans l'entreprise a été peu appliqué. Seules les mesures d'indemnisation liée à la perte de l'emploi ont été, bien sûr, largement sollicitées. Sans doute et, paradoxalement, la situation macroéconomique de l'emploi du début des années soixantedix n'étaitelle pas assez détériorée pour que ces mécanismes, que l'on redécouvre à l'aune d'arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation, aient suscité une effective mise en oeuvre. Peutêtre encore, les textes adoptés par le législateur de 1975,[1326] finalement en retrait par rapport à ces mécanismes, expliquent la désuétude du recours au reclassement préventif au profit de dispositions

[1323] Cf. Traité C.E.C.A, article 56 ayant trait au reclassement et à l'adaptation des travailleurs.

[1324] Le F.N.E. est en droit un instrument budgétaire à disposition des pouvoirs publics. Ce sont des crédits budgétaires qui permettent de réaliser des actions en faveur de l'emploi, articles L. 3221 et suivants du Code du travail. Peu d'études récentes se consacrent directement à cet instrument. Cf. J.Y. HOCQUET, « Les conventions F.N.E. » *Dr. Soc.* 1985, 651 ; J.J. TOUATI, *Juris classeur*, Fasc. 4010 et suiv.

[1325] En cas de déclassement, l'employeur assure au travailleur déclassé le maintien de son salaire antérieur pendant une durée égale à celle du préavis qui lui serait applicable en cas de licenciement.

[1326] Ce texte reprend à son compte l'accord national interprofessionnel du 20 février 1969 modifié par un avenant en date du 21 novembre 1974.

dont seule la rupture du contrat permet l'entrée en vigueur.[1327] En effet, sous l'impulsion de la directive du Conseil des Communautés européennes du 17 février 1975 et du législateur national, il apparaît que sont essentiellement mises en exergue des dispositions d'ordre formel relatives, d'une part, à la procédure de consultation des représentants des travailleurs et, d'autre part, la procédure de notification du projet de licenciement collectif à l'autorité administrative compétente.[1328] En conséquence, la pratique des licenciements collectifs, inférée par les textes, se focalise autour des procédures de consultation sans qu'au surplus le contrôle opéré par l'administration du travail offre une place prépondérante aux mesures préventives.

Effectivement, sous l'empire de la loi du 3 janvier 1975 lorsqu'il s'agissait d'un licenciement individuel ou d'un licenciement collectif de moins de dix personnes, l'autorité administrative compétente avait pour seule mission de vérifier la réalité du motif économique invoqué.[1329] Ce n'est que lorsque le licenciement collectif était au moins égal à dix salariés dans une même période de trente jours que l'article L. 3219 al. 1 ancien donnait à l'administration des pouvoirs plus étendus puisqu'elle devait alors vérifier non seulement la réalité des motifs invoqués, mais aussi contrôler les conditions d'application de la procédure de concertation ainsi que la portée des mesures de reclassement et d'indemnisation envisagée. Cependant, on le sait, le texte adopté en 1975 n'a pas conduit à un contrôle approfondi de la décision patronale notamment au regard des mesures de reclassement. En effet, les premiers commentateurs de la loi soulignaient qu'au regard du texte l'administration du travail n'avait pas pour mission de vérifier le « caractère réel et sérieux » du motif invoqué, mais seulement celle de vérifier « la réalité du motif économique » ce qui, néanmoins, aurait pu amener l'autorité administrative à argumenter sur l'insuffisance des mesures de reclassement afin de motiver un refus d'autorisation.[1330] D'ailleurs le Conseil d'Etat n'a pas totalement lié le pouvoir d'appréciation des directeurs départementaux du travail, puisqu'il a admis que l'autorité administrative, saisie d'un projet de licenciement économique collectif, puisse en contrôler le caractère réel et sérieux,[1331] n'allant cependant pas jusqu'à valider les contrôles se prononçant sur

[1327] A titre d'exemple significatif dans la loi du 3 janvier 1975, le terme de plan social ne figure pas dans le texte alors qu'il y figure expressément dans l'accord, pas plus d'ailleurs qu'il ne figure dans la loi du 30 déc. 1986, puisqu'un amendement en vue d'insérer dans le Code du travail l'expression « plan social » a été rejeté. Voir notamment, *J.O.* débats, *Ass. Nat.,* 10 déc. 1986, p. 7393, amendement n°43 et *J.O.* débats, *Ass. Nat.*, 20 déc. 1986, p. 7871. La réforme opérée par la loi du 3 janv. 1975 porte essentiellement sur trois points : 1) extension du champ d'application du dispositif aux entreprises de moins de cinquante salariés (article L. 4203 ancien) 2) renforcement de l'information des institutions représentatives du personnel par la fourniture de tous les renseignements utiles (article L. 3214 ancien) 3) la fixation du délai de consultation à quinze jours sans préjudice des dispositions plus favorables prévues par accord. C'est aussi significativement une période où il peut encore être parlé de chômage volontaire qui résulte du refus, par le travailleur, d'accepter un emploi parce que le niveau de rémunération correspondant est jugé trop faible. C'est d'ailleurs une thèse qui réapparaît dans la doctrine néolibérale aux EtatsUnis comme en France pour dénoncer ceux qui préfèrent le gain obtenu par le non travail plutôt que par l'acceptation d'un « emploi» (mais lequel ?) et justifier les radiations administratives des listes de demandeurs d'emploi ou les recherches aux fraudeurs du R.M.I.

[1328] Articles 2, 3 et 4 de la Directive 75129 C.E.E., précitée.

[1329] Article L. 3219 (ancien) du Code du travail.

l'opportunité des ruptures.[1332] Dans ce cadre, il n'était donc pas impossible d'envisager que le contrôle se déplaçât de l'existence du motif économique allégué à l'effectivité des propositions de reclassement telles que visées par l'article L. 3214 ancien du Code du travail.

En effet, dans le cadre de l'accord national interprofessionnel du 20 février 1969, modifié en 1974, il apparaît clairement que la finalité du dispositif est d'empêcher les licenciements qui ne sont pas indispensables et qu'ainsi les mesures de reclassement doivent avoir au sein de cet objectif une importance particulière. C'est donc légitimement qu'on a pu s'interroger sur le point de savoir si les mesures de reclassement devaient être considérées comme de simples éléments d'appréciation ou comme une véritable condition de légalité de l'autorisation de licencier.[1333] Cette interrogation revenait à poser la question de l'existence d'une obligation de reclassement et de conclure alors à un véritable mécanisme de protection de l'emploi généré par le contrôle administratif de licenciement. Tout d'abord, il faut remarquer que lors des travaux parlementaires les amendements tendant à interdire le licenciement sans reclassement préalable ont été rejetés,[1334] et que la juxtaposition des termes indemnisation et reclassement marque l'esprit général d'une loi qui ne semble pas considérer le reclassement comme fondamental, plaçant la technique d'assurance sur le même plan que celui du reclassement. C'est sembletil, dans l'esprit, un recul assez net par rapport à l'Ordonnance du 24 mai 1945.[1335] Quant à la position du Conseil d'Etat, sur ce point, elle apparaît finalement quelque peu hésitante bien que dans l'arrêt Abellan, il ait été jugé « qu'il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au Ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées

1330 En ce sens, J. PELISSIER, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 1977, p. 182. Dans le même sens, circulaire du 2 juillet 1975, *Dr. Soc.*. 1975, Sp. p. 236 et suiv. ; J.P. DUPRILLOT, « Le contrôle administratif des licenciements », *Dr. Soc.* 1975, S. 53. Contra, A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, 2ème éd., t. 1, n°700, selon ces auteurs la formule retenue par l'article L. 3219 ancien du Code du travail doit être largement comprise, à défaut le contrôle serait inopérant.

1331 Ainsi le juge judiciaire dans le cadre d'une question préjudicielle a admis implicitement que l'administration est bien chargée de se prononcer sur le caractère réel et sérieux du licenciement, Cass. Soc. 3 mai 1978, *Bull. V.,* n°138, *D.* 1978, 681, obs. PELISSIER (« l'inspecteur du travail avait en autorisant le licenciement reconnu le caractère réel et sérieux du motif invoqué par l'employeur. »). C. Et. 27 fév. 1981, Artisson *Dr. Ouv.* 1981, 290, *D.* 1981, IR. 432, obs. LANGLOIS.

1332 C. Et. 27 fév. 1981, Artisson, précité. L'autorité administrative doit vérifier la réalité des motifs économiques, elle n'a pas à vérifier les options de gestion réalisées par l'entreprise. Se reporter essentiellement à l'analyse très complète de F. MODERNE, *Le contrôle administratif des licenciements économiques*, Sirey 1983, p. 271 et suiv.

1333 Principalement, J.M. SPORTOUCH, *Le contrôle des licenciements pour motif économique*, Thèse Lyon 1981, p. 207 et suiv. ; aussi, G. COUTURIER, « Plan social : aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1985, 643.

1334 Cf. F. NAUDE et A. BENOIT, « Licenciements collectifs et sécurité de l'emploi », *Dr. Soc.* 1975, Sp. p. 41.

1335 Voir par exemple, C. Et. 15 déc. 1978, *D.* 1979, 359, obs. F. MODERNE.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

d'effectifs et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise... »[1336] A l'examen du contentieux, il apparaît, dans certaines décisions, que le juge administratif attache un intérêt certain aux mesures de reclassement. Ainsi dans un arrêt du 27 avril 1979, le Conseil d'Etat a admis la légalité de l'autorisation de licenciement dès lors que l'employeur avait préalablement « proposé aux salariés touchés par les mesures de restructuration de l'entreprise de les reclasser dans des emplois équivalents dans un établissement distant de 60 km de leur établissement d'origine et que c'est seulement à la suite du refus des intéressés d'accepter cette proposition. »[1337] En revanche, dans un arrêt du 19 décembre 1984, la même juridiction considère que les dispositions relatives aux modalités de la procédure de concertation « font seulement obligation à l'employeur de faire connaître aux représentants du personnel les mesures qu'il envisage de prendre afin que ceuxci puissent formuler leurs avis. »[1338] En définitive, il apparaît que le contrôle relatif aux mesures de reclassement est ambigu, marquant certainement une hésitation du juge à s'engager sur un terrain où il ne dispose pas de véritables moyens pour effectuer un contrôle en profondeur, celuici reposant essentiellement sur les indications fournies par l'employeur.[1339] Il apparaît donc que dans l'examen mené par le Conseil d'Etat, le refus d'autorisation administrative ne sera annulé que si cette appréciation est manifestement erronée ou entachée d'erreur de droit ; c'est un contrôle limité. Dès lors, il semble pouvoir être affirmé que le contrôle administratif institué par la loi du 3 janvier 1975 ne peut pas être considéré comme un facteur de protection de l'emploi,[1340] d'autant

[1336] C. Et. 18 fév. 1977, *Dr. Soc.* 1977, 166, conclusions Ph. DONTOUX, *A.J.D.A.* 1977, 248, obs. M. NAUWELAERS. On remarquera toutefois, qu'en l'espèce l'affaire concernait le licenciement pour motif économique d'un salarié protégé.

[1337] C. Et. 27 avril 1979, Coopérative laitière du Puy, *Dr. Soc.* 1979, 203. On relèvera cependant, selon les conclusions du commissaire DONTOUX, « qu'en l'absence de condition légale précise, les mesures de reclassement envisagées ne peuvent donc être qu'un élément de l'appréciation à laquelle se livre le directeur départemental, sous contrôle du juge administratif. La légalité d'une autorisation de licenciement n'est pas conditionnée par l'impossibilité de dégager des solutions permettant de réduire ou de supprimer les licenciements envisagés ». Il demeure qu'en l'espèce ces mesures de reclassement étaient précises et refusées par les salariés. C. Et. 4 sept. 1981, Ministre du travail et société La RochetteCampa, req. 19.224, les propositions de reclassement sont inclues dans le contrôle de la régularité des licenciements collectifs, leur omission fausse la procédure.

[1338] C. Et. 19 déc. 1984, société DujardinMontbardSomenor, *Dr. Soc.* 1985, 487, et F. MODERNE, article précité. On laissera à part la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat relative aux salariés investis d'un mandat représentatif. En effet, dans l'arrêt de principe Abellan, le Conseil d'Etat a considéré, malgré l'absence de texte en ce sens, qu'il « appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au Ministre, de rechercher, sous contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié, en tenant compte notamment de la nécessité des réductions envisagées d'effectifs et de la possibilité d'assurer le reclassement du salarié dans l'entreprise... » ; C. Et. 18 fév. 1977, *Dr. Soc.* 1977, 166 conclusion Ph. DONTOUX, *A.J.D.A.* 1977, 248, obs. NAUWELAERS. Cette solution n'a donc pas été étendu au salarié non protégé, alors même que le fait générateur du contrôle est identique, à savoir un licenciement pour motif économique. Voir également, J.M. SPOTOUCH, Thèse précitée.

[1339] En ce sens, F. MODERNE, article précité.

[1340] F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°408. Précis Dalloz 12ème éd. 1984, n°303 et suiv.

que l'on comprend mal pourquoi seuls les licenciements collectifs de plus de dix salariés ouvraient droit à un contrôle sur les mesures de reclassement.

Malgré la potentialité des textes, notamment de l'accord national interprofessionnel du 20 février 1969, la pratique tendant à une véritable protection de l'emploi dans l'entreprise, c'estàdire à sa pérennisation, s'avère médiocre. Cependant, alors que le contexte social et économique aurait pu y inviter,[1341] ces mécanismes demeurent quasiment lettre morte. Après l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement, réclamée par le patronat et opérée par la loi du 3 juillet 1986,[1342] la négociation engagée au niveau interprofessionnel se devait de redéfinir de nouvelles procédures individuelles et collectives de licenciement et aboutir à des mesures sociales d'accompagnement en faveur des salariés menacés dans leur emploi.De véritables mesures de protection de l'emploi pouvaient donc être réactivées d'autant que la loi du 5 août 1985, prenant en compte les importants plans de suppression d'emplois dans les secteurs de l'automobile, de la sidérurgie et des chantiers navals, mettait en place le congé de conversion.[1343] Toutefois tant l'économie de ces dispositions que leur pratique s'orientent sur la voie du reclassement externe du salarié dont l'emploi est supprimé. En effet, malgré une période de suspension du contrat de travail allant de quatre à dix mois pendant laquelle le salarié va pouvoir évaluer ses compétences professionnelles et bénéficier d'action de formation, au terme du congé,[1344] le licenciement est notifié. C'est donc clairement en dehors de l'entreprise que s'opère le reclassement non sans que le futur demandeur d'emploi n'ait été préparé « à se situer sur le marché de l'emploi et à rechercher les catégories d'emploi susceptibles de lui être offertes » (sic). On ne peut être que frappé par l'étroitesse de ces

[1341] En 1985, le nombre de licenciements pour motif économique est de 565 300 alors qu'il « n'était que de » 366 173 en 1983, soit une augmentation de 35,2 % (source : Ministère du travail, bilan de l'emploi 1992, DARES déc. 1993) et 40 000 en 1974.

[1342] Pour mémoire, cette autorisation avait été mise en place par l'Ordonnance du 24 mai 1945 mais répondait alors plus à un souci de régulation de la main d'oeuvre (il fallait en cette période de reconstruction d'après guerre orienter la main d'oeuvre vers les secteurs vitaux de l'économie) qu'à un souci d'établir un véritable contrôle de la décision patronale même si, en filigrane, les effets de la crise et du chômage des années trente n'ont pu être ignorés du législateur. Tombée en désuétude pendant la période des « Trente Glorieuses », cette autorisation administrative est réinstaurée par le gouvernement Chirac dans la loi du 3 janvier 1975. Mais sous la pression d'un patronat réclamant plus de flexibilité et faisant valoir que cette autorisation est un « frein psychologique » à l'embauche et créera par contre coup près de 350 000 emplois (ce chiffre est avancé par M. Gattaz, alors président du C.N.P.F., qui parle alors des « Enca » emplois nouveaux à contrainte allégée. Ce chiffre était obtenu sur la foi de déclaration d'intention des chefs d'entreprise. Des études, y compris patronales, ont montré l'absence total d'effet sur la création d'emploi), c'est par une loi du 3 juillet 1986, que le gouvernement, avec à sa tête Monsieur Chirac, que sera abrogée cette autorisation administrative de licenciement.

[1343] Loi n°85832 du 5 août 1985 et décret d'application 85897 du 22 août 1985. Article L. 3224 4° du Code du travail. Voir notamment les études de A. LYONCAEN, « Analyse juridique des congés de conversion », *Dr. Soc.* 1985, 660 et R.M. VAN LERBERGHE, « Le nouveau dispositif des congés de conversion », *Dr. Soc.* 1985, 672 ; Ph. ENCLOS, « Convention de conversion », *R.J.S.* 7/96, p. 475.

[1344] Pendant ce congé le salarié perçoit un revenu égal au minimum à 65 % de la rémunération moyenne des douze mois précédant l'entrée en congé de conversion avec un minimum égal à 85 % du S.M.I.C.

mesures lorsque dans la pratique il est patent que ce sont les salariés âgés de plus de cinquante ans et qui n'ont donc pas atteint l'âge pour bénéficier d'une préretraite totale qui bénéficient principalement de ce dispositif. Aussi, pouvaitil être mis quelque attente dans les résultats de la négociation interprofessionnelle qui devait être conclue par l'accord national interprofessionnel du 20 octobre 1986, trouvant sa traduction légale dans une loi du 30 décembre 1986.[1345]

A ce titre, le préambule de l'accord pouvait susciter un renversement de tendance et concentrer les obligations et incitations sur des mesures de reclassement interne, préventives au licenciement. Ainsi, il est préconisé aux entreprises de « ***s'efforcer, dans tous les cas, de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique active et dynamique de l'emploi », « une planification rigoureuse de la formation » devant « permettre de préparer, le plus longtemps à l'avance, les solutions permettant de réduire les éventuels licenciements, notamment par une pratique active des opérations de conversion interne*** . » Même si un préambule n'a qu'une valeur déclaratoire, sans doute donnetil un sens à la teneur des règles substantielles subséquentes.[1346] En réalité, le chapitre premier a pour objet de modifier l'accord national interprofessionnel de 1969 déjà révisé en 1974. Aussi retrouveton les mêmes principes selon lesquels l'entreprise doit « ***envisager toutes dispositions tendant à éviter les licenciements pour raison économique ou à en limiter le nombre ainsi qu'à faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité*** . »[1347] Malgré cette réitération d'un principe directeur de gestion de l'emploi, on peut remarquer que l'orientation des partenaires sociaux, au travers du chapitre second relatif au contrat de conversion, demeure l'après contrat de travail et s'exerce donc en dehors de l'entreprise. La loi du 20 décembre 1986 ne reprenant, de façon réellement novatrice que ces dispositions relatives à ce que le législateur, de façon plus juste, codifia sous le vocable de convention de conversion,[1348] entérinait ce mouvement. Ces conventions avaient donc pour « ***objet de contribuer au reclassement des salariés, qui à la suite de la suppression de leur emploi, ne pourraient être conservés dans l'entreprise et, pour ce faire, de leur faciliter une formation aussi appropriée que possible*** . »[1349]

1345 Accord national interprofessionnel du 20 oct. 1986, *Dr. Soc.* 1987, 311 ; Loi 861320, du 30 déc. 1986.

1346 L'article 29 de l'accord national interprofessionnel du 20 fév. 1969, modifié, dispose que « *les dispositions du présent accord s'inspirent des considérations générales énoncées dans le préambule et doivent être appliquées dans leur esprit.* » Sur la portée des préambules, cf. Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs*, Litec 1990, n°180.

1347 Article 12 de l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969, modifié. L'article 15 précise que l'entreprise doit jouer un rôle actif dans le reclassement.

1348 Le terme de contrat apparaissait effectivement impropre dans la mesure où l'employeur et le salarié ne souscrivaient pas de véritables engagements, ce dernier n'étant d'ailleurs pas partie à la convention puisqu'elle était conclue entre l'employeur et l'autorité administrative compétente. Voir notamment, A. LYONCAEN, « La conversion, nouvelles orientations », *Dr. Soc.* 1987, 241 ; J.P. DOMERGUE, « La convention de conversion », *Dr. Soc.* 1987, 250 ; Ph. ENCLOS, « Premiers contentieux des conventions de conversion », *Dr. Soc.* 1990, 335.

1349 Article 7, de l'accord national interprofessionnel du 20 oct. 1986.

Une fois encore, la pratique des entreprises s'orienta, par principe et soutenue en cela par les textes, sur des mesures de reclassement externe, confirmant donc la rupture du contrat de travail comme mode normal de gestion des difficultés liées à l'activité de l'entreprise. D'ailleurs le législateur ne changeait pas de voie, lorsque dans la réforme du licenciement pour motif économique mis en chantier par la loi du 2 août 1989, il généralisait la proposition de la convention de conversion à tous les salariés touchés par un licenciement pour motif économique.[1350] De plus, le plan social dont l'ébauche pointait déjà dans l'accord national interprofessionnel du 20 février 1969, dont le contenu était précisé par l'accord du 20 octobre 1986, devait dans la pratique révéler une atrophie le cantonnant aux conventions de conversion, alors que bien d'autres mesures, préventives quant à elles, faisaient l'objet d'une énumération.[1351]

Ainsi, alors même que les dispositifs étaient existants, il a fallu attendre des textes plus contraignants, une jurisprudence innovante de la Chambre sociale de la Cour de cassation et une dégradation importante de la situation macroéconomique de l'emploi pour que des mesures de protection de l'emploi deviennent effectives. En somme, le principe sousjacent selon lequel l'entreprise doit assumer la responsabilité de l'emploi tranche nettement avec la seule mise en oeuvre de l'indemnisation de la perte de l'emploi révélatrice du désengagement de l'entreprise sur la communauté du coût de la gestion de l'emploi. Il ressort ainsi que le licenciement ne peut plus être une mesure unique d'ajustement des effectifs. Le pas franchi est donc considérable si l'on observe que la gestion de l'emploi, prérogative de l'employeur, légitime ou non l'acte de gestion de l'emploi du salarié. En ce sens, le reclassement, tel qu'envisagé désormais, participe à l'encadrement du pouvoir de l'employeur de disposer de l'emploi et assure la protection du lien d'emploi.

2 L'obligation de reclassement interne, véritable mesure de protection de l'emploi

Malgré l'existence de textes invocables par les salariés ou les organisations syndicales, le droit de la rupture du contrat de travail pour motif économique s'était limité à des mesures

[1350] Article L. 3215 al. 1 du Code du travail. Les salariés disposent désormais d'un véritable droit à la conversion (G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°162). En effet, l'accord national interprofessionnel de 1986 réservait la proposition de conversion aux seuls salariés des entreprises où un plan social est obligatoire. L'employeur ne peut éluder cette obligation d'informer le salarié qu'il bénéficie d'un droit à la conversion. Le défaut de proposition entraîne alors une indemnité au profit du salarié d'un mois de salaire brut (article L. 321131 du Code du travail) et l'octroi par le juge de dommagesintérêts, Cass. Soc. 3 juill. 1990, *R.J.S.* 8/91990, n°713. L'adhésion du salarié à la convention de conversion entraîne rupture d'un commun accord du contrat de travail (article L. 3216 al. 3 du Code du travail) mais ne lui interdit pas de contester le motif économique de son licenciement (Cass. Soc. 23 sept. 1992, *J.C.P.* 1993, E., II, 430, note SERRET ; cet arrêt marque un revirement de jurisprudence, Cass. Soc. 10 janv. 1991, *J.C.P.* 1991, E., I, 172, note ARSEGUEL.

[1351] Ainsi l'article 12 de l'accord national interprofessionnel de 1969, modifié, énonce que le plan social prévoira des mesures telles que : aménagement et/ou réduction des horaires de travail ; travail partiel volontaire ; recours à des mesures de mutations ; recherche des possibilités de reclassement interne ou, le cas échéant, externe ; inventaire des moyens de formation pouvant faciliter ces mutations ou ces reclassements ; etc.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

d'indemnisation de la perte d'emploi et à des mécanismes de reconversion professionnelle.[1352] Sans doute l'apparition tardive dans la loi du 2 août 1989 du concept de plan social reflète à cet égard un certain état d'esprit tenant à l'instrumentalisation de la règle de droit au service de la politique de l'emploi dès lors que celleci se heurte au pouvoir du chef d'entreprise. En effet, si le plan social se définit par la nature des mesures qui en font le contenu et par leurs buts, éviter les licenciements ou en diminuer le nombre,[1353] le plan social demeure un acte unilatéral de l'employeur.[1354] Conséquemment, on peut donc se demander si, en tant qu'expression du pouvoir de gestion et de direction, le plan social pouvait être une véritable alternative aux licenciements.[1355] C'est sur ce constat négatif, sembletil, qu'il faut comprendre le sens de l'évolution tant jurisprudentielle que législative.

Effectivement, en premier lieu, par une série d'arrêts rendus au début de l'année 1992, la Chambre sociale de la Cour de cassation devait fixer une ligne jurisprudentielle novatrice en posant le principe, dans un arrêt en date du 1er avril, selon lequel

« dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou de transformation d'emploi, proposer au salarié concerné, des emplois disponibles de même catégorie, ou, à défaut, de catégorie inférieure, fûtce par voie de modification substantielle du contrat de travail. »[1356]

Les jalons de cette doctrine avaient été préalablement posés notamment par deux arrêts

1352 Du point des organisations syndicales ce constat peut surprendre car les syndicats auraient sans doute pu être amenés à en exciper devant les juges lors de multiples débats consécutifs à des restructurations d'entreprises. Or, on peut être curieux de lire sous la plume d'un juriste de la revue Droit Ouvrier que « pour la première fois, avec cette ampleur [l'auteur annote l'arrêt Everite du 17 mai 1995] les syndicats et les comités d'entreprises ont pu s'emparer d'un moyen efficace pour sauvegarder des emplois, pied à pied, avant qu'il ne soit trop tard ». Ainsi, à notre connaissance il n'est pas d'affaire qui soit remontée jusqu'à la Chambre sociale de la Cour de cassation. Afin d'expliquer cette attitude on peut tenter d'avancer deux arguments : tout d'abord il semble que les organisations syndicales se focalisent sur la négociation et donc le contenu de l'accord mais délaissent son application, enfin parce que l'action syndicale se situe en amont de la suppression d'emploi, qui même avec une mesure de reclassement interne n'apparaît pas satisfaisante comme résultat de l'action syndicale.

1353 G. COUTURIER, « Plan social et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436 ; G. COUTURIER, Droit du travail, *1/ Les relations individuelles de travail*, P.U.F. 1990, n°158.

1354 Article L. 32141 du Code du travail ; G. COUTURIER, *ibid*. ; Ph. WAQUET, « Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, 303 ; Cass. Soc. 4 avril 1990, *Dr. Soc.* 1990, 803 et les observations de J. SAVATIER.

1355 Le Professeur Couturier, souligne d'ailleurs cette ambiguïté en faisant ressortir que le plan social est en luimême porteur d'une contradiction puisqu'il n'est envisagé qu'au travers des règles relatives au licenciement. Mais peutil en être autrement dès lors que seul le motif économique de rupture du contrat de travail induit un régime juridique autonome, tourné vers les mesures d'accompagnement ? Egalement, A. SUPIOT, « La réglementation patronale dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 1992, 215.

1356 Cass. Soc. 1er avril 1992, R.J.S. 5/92, n°598 ; également, Cass. Soc. 13 mai 1992, R.J.S. 6/92, n°725 ; Cass. Soc. 17 juin 1992, R.J.S. 89/92, n°980 ; Cass. Soc. 23 sept. 1992, R.J.S. 11/92, n°1246 ; Cass. Soc. 15 oct. 1992, R.J.S. 11/92, n°1147 ; Cass. Soc. 19 nov. 1992, R.J.S. 1/93, n°19. En dernier lieu, Cass. Soc. 23 mai 1995, R.J.S. 7/95, n°765 ; Cass. Soc. 2 avril 1996, R.J.S. 6/96, n°525. Voir également C.S.B.P. 1994, suppléments aux numéros 62 et 83.

antérieurs dans lesquels la Haute juridiction faisait ressortir qu'une société qui aurait pu proposer à une salariée des emplois de même nature existants dans d'autres régions et pour lesquels elle recrutait du personnel ne pouvait se prévaloir d'un motif économique, ou qu'en faisant ressortir que le niveau hiérarchique du salarié permettait son reclassement dans l'entreprise, la Cour d'appel avait pu décider que le licenciement n'avait pas de cause économique.[1357] En outre, cette obligation de reclassement interne avait déjà été évoquée dans l'important arrêt du 25 février 1992,[1358] qui met à la charge de l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, une obligation d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois.

En second lieu, s'inspirant peutêtre de ces solutions mais partant également du constat de la pauvreté qualitative des plans sociaux dressé par le Ministre du travail dans une note d'orientation,[1359] c'est la représentation nationale, sous l'impulsion du groupe communiste,[1360] qui adopta lors du vote de la loi D.M.O.S. du 27 janvier 1993 un article 601 ainsi rédigé[1361] :

« La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés.Ce plan doit prévoir des mesures autres que les dispositions concernant les conventions de conversion visées à l'article L. 3215, telles que :

- ***des actions de reclassement interne ou externe à l'entreprise ;***
- ***des créations nouvelles d'activités ;***
- ***des actions de formation ou de conversion ;***
- ***des mesures de réduction ou d'aménagement de la durée du travail. »***

A cette lecture, la question de savoir « s'il y a quelque chose de nouveau » dans le contenu de ce texte ne peut manquer de surgir si l'on veut bien prendre la peine de le confronter avec l'article 12 de l'accord national interprofessionnel du 20 février 1969.[1362]

1357 Cass. Soc. 22 janv. 1992, *R.J.S.* 3/92, n°267 et Cass. Soc. 19 fév. 1992, *R.J.S.* 4/92, n°420 et 421.

1358 Cass. Soc. 25 fév. 1992, *Bull.* V. n°. 122, « L'employeur tenu d'exécuter le contrat de travail de bonne foi, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois. En faisant ressortir que l'employeur avait la possibilité de reclasser le salarié dans un emploi compatible avec ses capacités, elle a pu retenir que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse » ; infra n°311 et suiv.

1359 Note d'orientation de Mme Aubry, en date du 22 oct. 1991, alors Ministre du travail et de l'emploi, *Liaisons Sociales* D. 4, n°6589 du 6 nov. 1991.

1360 Sur l'amendement Aubry, voir notamment, J.C. SCIBERRAS, « Naissance d'une loi, l'amendement Aubry sur les plans sociaux », *Dr. Soc.* 1994, 482 ; A. BEUVE MERY, « Polémique sur fond de reclassement », *Le Monde Initiatives* du 16 mars 1994.

1361 L'article 601 de la loi du 27 janv. 1993 est codifié sous l'article L. 32141 du Code du travail, auquel il rajoute un alinéa deuxième.

On remarquera qu'il y est question d'un plan de reclassement s'intégrant au plan social et que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant que ce plan n'est pas présenté aux représentants du personnel. A cela, on objectera finalement que cet article 601 n'est qu'une illustration de ce que doit être un plan social « modèle » et que son contenu était déjà fixé dans ces textes conventionnels et dans l'alinéa premier de l'article L. 32141 du Code du travail, issu de la loi du 2 août 1989. Deux lectures, en somme de ce dispositif, dont l'application résulte, d'une part, de l'orientation impulsée par la Chambre sociale et, d'autre part, par les acteurs du droit dans l'entreprise.

Afin de savoir si désormais le reclassement s'inscrit ou non dans une véritable perspective de protection de l'emploi,[1363] nécessairement mis en oeuvre en amont de la rupture du contrat de travail, il conviendra d'examiner son domaine ainsi que les conditions de son application.

a) Le domaine de l'obligation du reclassement interne

Avec toute la circonspection qu'imposerait une possible mesure de l'effectivité de la règle de droit, deux éléments doivent cependant être confrontés. Depuis, la loi du 3 janvier 1975 le régime du licenciement pour motif économique a acquis son autonomie. Depuis cette époque, on l'a déjà remarqué, la part du chômage dans la population active est passée de 4,1% en 1975 à 12,4% en 1994.[1364] En 1993, dans les 1 320 000 entreprises existantes, 598 362 procédures de licenciement pour motif économique ont été engagées, dont 4 000 procédures concernent au moins dix salariés travaillant dans des entreprises de plus de cinquante salariés, seules soumises, en vertu de l'article L. 32141 alinéa premier du Code du travail, à l'obligation d'élaborer un plan social.[1365] Peuton douter que

[1362] « (...) En outre, elle [la direction] communique au comité d'entreprise ou d'établissement le projet de plan social qu'elle devra avoir établi comportant les dispositions qu'elle envisage de prendre pour, d'une part, éviter ou limiter les mesures de licenciement et, d'autre part, faciliter au maximum le licenciement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité : recours à un politique de mutation ; aménagements des horaires de travail supérieurs à la durée légale, en vue de leur réduction, lorsque celleci apparaît possible et de nature à éviter des licenciements ; étalement dans le temps des licenciements éventuels, afin de faciliter les opérations de reclassement ; recherche des possibilités de reclassement ; inventaire des moyens de formation pouvant faciliter ces mutations et ces reclassements ; cessation anticipée d'activité pour les salariés de plus de 60 ans susceptibles de bénéficier de l'accord du 27 mars 1972 ; convention avec le fonds national pour l'Emploi ; (...). »

[1363] A ce titre, et concernant spécifiquement les licenciements collectifs, les importantes contributions du professeur G. COUTURIER sont éclairantes : 1985 : « Le plan social aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1985, 643 ; 1987 « Plan social et mesures d'accompagnement », *Dr. Soc.* 1987, 217 ; 1993 : « Plan social et mesures de reclassement », *Dr. Soc.* 1993, 219 ; 1994 : « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436.

[1364] Source I.N.S.E.E.

[1365] On relèvera encore que sur ces 1 320 000 entreprises 1 280 000 ont moins de cinquante salariés, source *Le Monde Initiatives* du 16 mars 1994, « Les contrefeux des entrepreneurs », M.C. BETBEDER. Pour en terminer avec les chiffres et dans le même ordre d'idée, 80% des inscrits à l'A.N.P.E. après un licenciement pour motif économique proviennent d'entreprises de moins de cinquante salariés non soumises à l'obligation de plan social, source *Le Monde* du 26 juin 1995, « Le gouvernement affiche une fermeté symbolique sur les plans sociaux », F. LEMAITRE.

le mouvement initié par la jurisprudence de la Chambre sociale puis confirmé par le législateur relève d'une doctrine de circonstance[1366] ?

On peut donc penser que tant les juges que le législateur n'ont pu se départir du constat précédemment brossé à grands traits qui laisse ressortir qu'un nombre important de salariés congédiés dans le cadre d'un licenciement pour motif économique ne sont pas soumis à l'exigence d'un plan social et que, lorsqu'ils en relèvent par sa pauvreté qualitative, ce plan ne répond pas à ses objectifs.[1367] Désormais, quelle que soit la taille de l'entreprise, quel que soit le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé, l'employeur est tenu d'une obligation générale de reclassement du salarié dans l'entreprise. Il n'y a donc plus à distinguer selon que le licenciement est individuel ou collectif, il n'y a plus à considérer la taille de l'entreprise, l'obligation de reclassement est générale. Pourtant, si cette obligation est clairement posée, son champ d'application appelle quelques précisions.

En premier lieu, si l'obligation de reclassement vise tous les licenciements pour motif économique, leurs sources demeurent distinctes. Dans le cadre légal, le reclassement trouve son origine dans l'obligation d'élaborer un plan social lequel s'impose lorsqu'au moins dix licenciements sur une même période de trente jours sont prononcés. En dehors du champ d'application du plan social, la jurisprudence, notamment dans ses premiers arrêts de principe, énonce que « ***dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou de transformation d'emploi, proposer aux salariés concernés des emplois disponibles de même catégorie (...).*** »[1368] L'obligation de reclassement trouve aussi sa source dans le contrat de travail, sans que contrairement au devoir d'adaptation la Cour de cassation ne rattache directement cette obligation à l'exécution de bonne foi du contrat.[1369] En outre, on relèvera que ne sont visées que les hypothèses de suppression et transformation d'emploi, excluant *a priori* la modification substantielle du contrat de travail. Autrement dit, un salarié dont le contrat de travail serait modifié et entrant dans le cadre d'un licenciement collectif bénéficierait d'une offre de reclassement interne,[1370] alors que celui pris dans un licenciement de moins de dix salariés trouvant sa cause dans une modification du contrat n'en jouirait point. Cela conduirait à une curieuse distinction alors que, sembletil, les hauts magistrats ont eu pour but de généraliser le reclassement interne. L'unité d'application

1366 Telle est l'interrogation de Monsieur Taquet à propos de l'article 601 issu de la loi du 20 déc. 1993. F. TAQUET, « Brèves réflexions sur les nouvelles dispositions relatives au contenu du plan social », *J.C.P.* éd. E., n°3, 1994.

1367 Voir ainsi, le rapport pour 1992 de la Cour de cassation. Dans le même sens, Circ. C.D.E. n°9420, du 7 juin 1994 sur la prévention des licenciements économiques et les plans sociaux, *Liaisons Sociales* n°7046 du 8 juin 1994 ; J. PELISSIER, « Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/94, p. 563 ; J.E. RAY, « Plan social et insécurité juridique », *Dr. Soc.* 1995, 661. Ph. WAQUET, « Le juge et les plans sociaux », *Liaisons Sociales* n°1397, 1er fév. 1996.

1368 Cass. Soc. 8 avril 1992, *Bull.* V. n°258.

1369 Peutil néanmoins en être détaché ?

1370 Sur la nature juridique de l'obligation de reclassement, infra n°350 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

des règles doit permettre d'écarter une interprétation trop restrictive de la solution jurisprudentielle. Mais surtout, il est constant que l'introduction par le législateur du terme de modification du contrat dans la définition légale du licenciement pour motif économique n'est qu'une précision allant dans le sens d'une conception large du critère traditionnel de la suppression d'emploi. « Ainsi la suppression d'emploi *lato sensu* ne se distingue pas de la transformation d'emploi et de la modification du contrat, mais constitue, avec elles, un seul et même élément de la définition du licenciement pour motif économique. »[1371] De la sorte, une modification du contrat n'implique pas nécessairement une suppression d'emploi ou même une transformation de celuici. Par exemple, lorsqu'un employeur baisse la rémunération dans le but affirmé de protéger l'emploi, c'estàdire de ne pas procéder à des licenciements, le poste de travail n'est pas supprimé ni transformé alors que la baisse de salaire est bien une modification substantielle du contrat de travail.[1372] Il en est de même en cas de changement des horaires de travail ou d'une réduction de la durée du travail dès lors, du moins, que cellesci ne sont pas quantitativement telles qu'elles transformeraient l'emploi. En conséquence, malgré une formulation jurisprudentielle qui ne reprend pas exactement la définition légale du licenciement économique, il apparaît que l'obligation de reclassement a un champ d'application général et doit être mise en oeuvre pour tous les licenciements à caractère économique. Mais il faut aussi rajouter que parce que le reclassement se traduit le plus souvent par une modification substantielle du contrat, la proposition de modification initiale absorbe en quelque sorte l'offre de reclassement ellemême.[1373] La contradiction n'est alors qu'apparente.

En second lieu et incidemment, le reclassement, à l'exception de celui lié à l'inaptitude physique du travailleur, est déclenché par le caractère économique du licenciement. Qu'il trouve son fondement dans le contrat de travail ou dans le contenu du plan social, le reclassement est toujours lié par ricochet à un projet de rupture du contrat de travail. Toutefois, on peut aussi envisager l'hypothèse où, en dehors de tout projet

[1371] G. COUTURIER, note sous C.A. Lyon, 11 mai 1993, S.A. Vidéocolor, *J.C.P.* 1994, éd. E., II, 549. Dans le même sens, Ph. WAQUET, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement » *Dr. Soc.* 1992, 980 ; M. HENRY, « La notion de motif économique », *Dr. Soc.* 1995, 551 ; M. COFFINEAU, *Doc. A.N. 2e session 1988 1989, rapp. n°690*, p. 156.

[1372] Pourtant dans un arrêt du 9 mai 1984, Rossignol, la Cour de cassation avait admis que le refus d'une modification substantielle du contrat de travail se traduisant notamment par une réduction de la rémunération ne constituait pas un licenciement d'ordre économique dans la mesure où la réorganisation décidée par l'employeur avait pour but de maintenir l'emploi du salarié dans ses fonctions. La loi du 2 août 1989 a neutralisé cette jurisprudence. Désormais, les juges doivent apprécier la cause de la modification de la rémunération pour décider du caractère économique du licenciement en cas de refus du salarié. Par exemple, l'employeur peut vouloir harmoniser les rémunérations afin d'assurer une meilleure organisation de son entreprise, Cass. Soc. 21 oct. 1992, *Bull. V.,* n°514 ; réduire les rémunérations en raison de difficultés économiques établies, Cass. Soc. 6 avril 1994 n°1801 D et 7 avril 1993, n°1512 D, *C.S.B.P.* sup. au n°62, p. 15.

[1373] Cependant la Cour de cassation a affirmé que « la proposition de modification du contrat de travail que la salarié peut refuser ne dispense pas l'employeur de son obligation de reclassement. » Cass. Soc. 30 sept. 1997, *Dr. Ouv.* 1997, n°588, *R.J.S.* 11/97, n°122, *Dr. Soc.* 1997, pp. 10961097, obs. G. COUTURIER.

immédiat de licenciement l'employeur par anticipation élabore un plan de mobilité, de reclassement, soumis au volontariat des salariés. C'est au fond le voeu exaucé de la mise en place d'une gestion prévisionnelle des emplois.[1374] La perspective est donc ici renversée puisque les opérations de reclassement s'effectueraient en marge du dispositif relatif aux licenciements économiques. Le cas n'est pas une hypothèse d'école[1375] ; il semble dans ses effets réglé depuis la loi du 28 juillet 1992, qui énonce que « ***les dispositions du présent chapitre [licenciement pour motif économique] sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent*** . »[1376] L'application de ce texte doit néanmoins être justifiée.

En effet, à diverses reprises les entreprises se sont écartées, volontairement ou non, des règles contraignantes du licenciement pour motif économique en faisant appel au volontariat afin de rompre les contrats de travail. Dans un premier temps les juges de la Chambre criminelle ont soumis ces départs aux règles du licenciement économique.[1377] Mais un infléchissement de cette ligne jurisprudentielle a été amorcé au motif que les protocoles d'accords de départs amiables ne pouvaient être considérés comme des licenciements économiques sauf lorsqu'une fraude à la loi était démontrée.[1378] Le législateur a mis fin à cette jurisprudence soumettant désormais à la procédure de licenciement pour motif économique toutes les ruptures du contrat de travail dont la cause est de nature économique.[1379] Cette solution et le questionnement relatif au plan de mobilité, dressé hors du cadre d'un plan social, offrent quelques similitudes qui doivent guider le raisonnement.

Effectivement, l'entreprise, dans le cadre d'une phase de réorganisation de sa structure productive, peut recomposer « à froid » son organigramme et proposer des

[1374] Voir supra n°310.

[1375] Par exemple, se reporter à l'accord (certes non appliqué) du 16 fév. 1989 chez Thomson CSF, *Liaisons Sociales* n°6208 C3. Cet accord relatif à la prévention des difficultés de l'emploi proposait des conventions d'adaptation et des reclassements préventifs internes ou externes au groupe. Cet accord prévoyait une identification des emplois menacés et les personnes susceptibles d'être concernées. Le licenciement n'était appliqué qu'aux salariés ayant refusés le reclassement ou dont l'adaptation à l'emploi était incompatible avec le jugement d'aptitude porté par l'employeur.

[1376] Article 26I de la loi n°92722 du 28 juill. 1992, devenu article L. 3211 al. 2 du Code du travail.

[1377] Cass. Crim. 3 janv. 1980 et 3 juin 1980, *Dr. Soc.* 1980, 235 ; Cass. Crim. 27 oct. 1981, *D.* 1982, IR., 120. Voir notamment l'étude de J. PELISSIER, « Les départs négociés », *Dr. Soc.* 1981, 235.

[1378] « Un accord librement conclu ne saurait être assimilé à un licenciement collectif irrégulier », Cass. Crim. 28 nov. 1984, *Dr. Soc.* 1985, 73.

[1379] Voir notamment, circulaire D.E./D.R.T. n°9226 du 29 déc. 1992, relative au champ d'application des dispositions relatives au licenciement collectif pour motif économique, *Dr. Ouv.*, 1993, 409 ; F. DUQUESNE, « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. Soc.* 1995, 576. Cass. Soc. 10 avril 1991, *R.J.S.* 5/91, n°562, *J.C.P.* 1992 éd. E., II, 188, note F. TAQUET ; *C.S.B.P.* n°31 A. 39, p. 163.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

reclassements volontaires. La question est alors de savoir, si le chef d'entreprise doit respecter la procédure du livre III du Code du travail, c'estàdire mettre en place une procédure de concertation avec le comité d'entreprise, exiger un plan social et établir une procédure d'ordre ? Tout d'abord, il faut admettre que si des licenciements ne sont pas directement considérés, à tout le moins sontils envisagés pour les salariés qui ne répondront pas à l'offre de reclassement. Il faut également supposer que pour la plupart des salariés qui acceptent une offre de reclassement, le contrat de travail sera subséquemment modifié et qu'en conséquence seront applicables les dispositions de l'article L. 32112 du Code du travail instituant une procédure de notification d'une modification substantielle de nature économique du contrat de travail.[1380] Ainsi, que l'on soit dans le cadre de départs volontaires ou d'un plan de mobilité les situations présentent suffisamment de similitudes pour justifier une solution identique d'ailleurs soutenue par Monsieur Savatier qui souligne que « ***les départs volontaires ne sont pas les seules mesures comprises dans un plan social qui interfèrent avec l'ordre des licenciements*** » et d'ajouter que « ***la procédure des licenciements s'applique en fonction du nombre des licenciements envisagés et non en fonction du nombre de ceux qui seront effectivement notifiés à l'issue de la procédure. Elle ne saurait dépendre des résultats du plan social destiné à réduire les licenciements.*** »[1381]

Ainsi, le chef d'entreprise doit consulter et informer le comité d'entreprise dans le cadre du Livre III du Code du travail, il doit, de plus, mettre en oeuvre la procédure d'ordre.[1382] C'est ce qui ressort d'un jugement du T.G.I. de Paris à propos d'un accord d'adaptation des emplois mis en place par la Société Générale. En l'espèce, fondé sur le volontariat, le reclassement rendait, selon l'employeur, sans objet la mission de contrôle du comité d'entreprise sur les critères d'ordres visés par l'article L. 32111 du Code du travail. Or selon les juges du fond, les licenciements comme les départs volontaires sont motivés par la volonté de l'employeur de supprimer un certain nombre d'emplois préalablement ciblés, les salariés devant donc connaître leur situation au regard de l'ordre des licenciements.[1383] Cette solution qui s'inscrit dans la logique de l'arrêt CEPME du 10 avril 1991,[1384] selon lequel une « opération de gestion du personnel [en l'espèce des

1380 Article 47 de la loi n°931313 du 2 déc. 1993.

1381 F. GAUDU, « Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise après la loi du 2 août 1989 », *Dr. Ouv.* 1990, p. 177 ; J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc.* 1990, 515 ; également nos observations sous C.A. Caen, 7 juillet 1994, *D.* 1995, S.C. 365.

1382 Dans ce sens, T.G.I. Nanterre, 16 nov. 1993, *Dr. Soc.* 1994, 870 et M. KELLER, « Vers un droit spécifique de l'entreprise qui entre en période de licenciement économique », *ibid.*

1383 T.G.I. de Paris 27 avril 1994, cité par M. GAROT, *Liaisons Sociales,* sup. mensuel du 17 fév. 1995 ; relativement à des départs volontaires, donc sans reclassement, l'employeur doit respecter les dispositions d'ordre public de L. 3211 et suivant du Code du travail, Cass. Soc. 22 fév. 1995, I.B.M., *Bull. V.,* n°68, *R.J.S.* 4/95n°367, *Dr. Soc.* 1995, 390, et pour la même affaire Cass. Crim. 21 nov. 1994, *J.C.P.* 1995, éd. E., I, 450 obs. O. GODARD, *C.S.B.P.* n°67, A.10 ; *Liaisons Sociales* 7233.

1384 Cass. Soc. 10 avril 1991, précité.

départs volontaires], tendant pour motif économique, à la suppression de nombreux emplois s'analysait en un projet de licenciement collectif et était soumise aux dispositions des articles L. 3211 et suivants du Code du travail » doit être approuvée parce qu'elle est respectueuse de l'esprit du droit du licenciement économique qui est d'abord d'instaurer une procédure qui seule permet de contrôler l'exercice du pouvoir de l'employeur. Depuis lors, les arrêts Framatome et Majorette du 3 décembre 1996,[1385] sont venus fixer la jurisprudence de la Cour de cassation. Les faits dans ces deux affaires étaient assez proches puisqu'il s'agissait d'une réorganisation de l'entreprise conduisant à des propositions de modification des contrats de travail concernant plus de dix salariés. Alors que la Cour d'appel de Versailles avait dans l'affaire Framatome ordonné à l'entreprise de mettre en oeuvre un plan social pour l'ensemble des salariés concernés par le projet, la Cour d'appel de Lyon avait, quant à elle, rejeté une demande du comité d'entreprise tendant à l'application de la procédure instituée par le livre III du Code du travail. Pour la Cour de cassation, « dans les entreprises (...) où sont occupés habituellement cinquante salariés, les employeurs qui projettent d'y effectuer un licenciement pour motif économique, sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir un et de mettre en oeuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ; qu'en outre, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 3211 du Code du travail, ces dispositions sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique... » Cette solution aboutit à mettre l'entreprise qui gère par anticipation l'emploi sous la contrainte d'une procédure de licenciement pour motif économique. Les garanties accordées ici peuvent être là autant de freins au développement de la gestion prévisionnelle de l'emploi.[1386]

b) Le régime de l'obligation de reclassement interne

Malgré la dualité tenant à la source de l'obligation, le reclassement interne concourt à un même objectif, celui du maintien du lien d'emploi. La détermination de son régime nécessite que soit examinée la nature juridique du reclassement, laquelle permettra ensuite de déterminer le contenu de l'obligation.

b-1 : Nature du reclassement

Qu'elle émane du contrat ou du plan social, l'obligation est tout d'abord une offre de reclassement. Mais, cette obligation de proposer un reclassement est conditionnée par les possibilités effectives de l'entreprise d'offrir un emploi de reclassement.

) Le reclassement est une offre

Le reclassement est une manifestation unilatérale de volonté de l'employeur, c'est une offre que le salarié est libre ou non d'accepter[1387] ; plusieurs points doivent être

[1385] Cass. Soc. 3 déc. 1996, *Liaisons sociales* n°7568 et 7590.

[1386] En ce sens, F. FAVENNECHERY, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.* 1992, 581, spéc. IB ; J.E. RAY, « Plan social et insécurité juridique », *Dr. Soc.* 1995, 661, spéc. IIB.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

précisés. En effet, la qualification d'offre emporte, selon une conception traditionnelle des éléments de formation du contrat, des conséquences que l'on retrouve de façon récurrente dans la mise en oeuvre par l'employeur de son obligation.[1388] Ainsi, l'offre, pour engager son auteur, doit être précise, ferme et dépourvue de toute équivoque afin d'exprimer une véritable obligation.[1389] Manifestation de volonté émanant de l'employeur,[1390] l'offre doit également être déclarée et adressée à son destinataire. L'offre de reclassement est ici une mesure individuelle quand bien même elle trouverait sa source dans un plan social, acte collectif. A ce stade, il convient de préciser le moment de la manifestation de l'offre ainsi que la durée du maintien de cette dernière.

En premier lieu, il faut rappeler que le reclassement interne, selon une doctrine autorisée, est prioritaire ; c'est un instrument de lutte contre le chômage.[1391] Aussi lorsqu'un le licenciement pour motif économique est envisagé, l'employeur doit adresser au salarié concerné une offre de reclassement. Pour ce faire, il apparaît que l'entretien préalable est le moment le plus propice afin qu'il s'instaure entre les parties un dialogue tourné vers l'objectif de maintien du lien d'emploi. Cette possibilité ne pose aucun problème lorsque l'obligation de reclassement trouve sa source dans le contrat, c'estàdire lorsqu'un seul, ou en tout cas moins de dix licenciements sont engagés[1392] ; c'est une étape importante de la procédure de licenciement.[1393] En revanche, le législateur, n'impose pas l'entretien pour les « grands licenciements », du moins lorsqu'il existe une représentation du personnel. Quand l'employeur estil alors tenu de proposer les emplois de reclassement aux salariés dont le licenciement est projeté ? Un point semble d'ores et déjà acquis : les offres de reclassement doivent être présentées à partir de la première réunion avec le comité d'entreprise et intervenir avant la notification du licenciement,

1387 En ce sens, M. DEL SOL, « L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique », *J.C.P.* 1995, éd., E., I, 498 ; F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution du plan social », *Dr. Soc.* 1994, 422.

1388 Voir notamment, J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°291 et suiv.

1389 Sur les conséquences liées aux caractère de l'offre, voir infra n°359 et suiv.

1390 On remarquera qu'en raison de la contrainte pesant sur l'employeur, le reclassement est une obligation, ce dernier a toujours la qualité d'offrant. Il est d'autres cas aussi où l'offrant est désigné. La loi précise que c'est toujours le donateur (a. 894 c. civ.) ou le mandant (a. 1984 c. civ.) qui font l'offre.

1391 Ph. WAQUET, « Les plans sociaux » *R.J.S.* 5/96, p. 303.

1392 Articles L. 12214 alinéas 1 et 3 et R. 1222 du Code du travail. L'alinéa 3 dispose que la formalité de l'entretien préalable n'est pas applicable aux licenciements collectifs lorsqu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise.

1393 Son nonrespect ouvre droit au salarié aux sanctions visées par l'article L. 122144 al. 1 du Code du travail. Cependant, on relèvera que la Cour de cassation donne une interprétation très souple de ce texte puisqu'elle estime que les juges du fond peuvent passer outre l'obligation, pourtant expresse, de faire reprendre à l'employeur une procédure incomplète, Cass. Soc. 16 mars 1978, *Bull. V.,* n°139. Se reporter notamment, J. SAVATIER, « L'entretien préalable au licenciement », *Dr. Soc.*. 1991, 259 ; Ph. ENCLOS, « Le déroulement de l'entretien préalable au licenciement », *Dr. Soc.* 1992, 988 ; F. TAQUET, « Réflexions sur l'entretien préalable au licenciement », *J.C.P.* 1993, éd. E., II, 245.

c'estàdire dans une période minimum de trente jours. Lors de cette première réunion, l'employeur doit non seulement indiquer les critères d'ordre qu'il entend appliquer mais aussi faire, dès celleci, des offres précises et concrètes de reclassement.[1394] Cependant, à ce stade de la procédure ce sont des emplois, supprimés ou transformés, qui sont visés et non des salariés.[1395] Autrement dit, si les mesures de reclassement contenues dans le plan sont bien des mesures individuelles, elles ne sont pas encore individualisées d'autant plus qu'il est probable que l'entreprise ne puisse pas offrir autant de reclassements qu'il y a d'emplois supprimés ou transformés. Il reste donc a effectuer cette individualisation. On peut penser que l'individualisation des reclassements internes devra être réalisée lorsque les salariés seront directement visés par l'acte de licenciement, l'employeur devant alors formellement établir son offre de reclassement soit lors d'un entretien ou par lettre recommandée.[1396]

En somme, dans le délai imparti à l'employeur, le salarié doit recevoir une information circonstanciée et précise seule susceptible de lui permettre de donner une réponse éclairée, laquelle peut entraîner une modification importante des conditions de l'emploi précédemment occupé.[1397]

Aussi, en second lieu, si l'on admet que l'offre de reclassement est une mesure individuelle et nécessairement individualisée, c'est qu'elle a un destinataire précis. Il faut donc se demander, conformément à la théorie civiliste de l'offre, si l'offrant peut librement la révoquer. En effet, tel est bien le principe dégagé par la Cour de cassation en ce domaine.[1398] Pour autant, une transposition simple de ce principe, par ailleurs tempéré, n'est pas directement satisfaisante. Afin d'apporter une solution, il importe de distinguer l'offre de reclassement trouvant sa source dans le contrat de celle issue du plan social.

Lorsque l'offre répond à « l'obligation contractuelle » de reclassement, l'employeur doit laisser au salarié un temps raisonnable afin qu'il puisse examiner la proposition. Il en va de la loyauté contractuelle. De surcroît, l'offre de reclassement étant probablement constitutive d'une modification du contrat de travail, il semble que l'article L. 32112 doit s'appliquer.[1399] Le salarié devrait donc disposer d'un délai de un mois afin de répondre,

[1394] Article L. 3212 du Code du travail.

[1395] Cass. Soc. 16 déc. 1992, *R.J.S.* 1/93, n°140.

[1396] Voir les observations de R. VATINET, « Plan social et droits individuels des salariés licenciés pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 1991, 671.

[1397] C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Paris qui a estimé que la seule diffusion d'une note de service à l'ensemble du personnel ne suffit pas. La proposition est donc bien personnelle ; C.A. Paris, 1er mars 1994, *R.J.S.* 4/94, n°529. Egalement, M. DEL SOL, article précité.

[1398] Cf. J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°301 et suiv.

[1399] En ce sens, P.Y. VERKINDT, « Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ? », *Dr. Soc.* 1994, 464. L'auteur prend position a propos de licenciements collectifs, mais la règle doit alors tout aussi bien s'appliquer aux licenciements individuels. En outre, il relève la complexification de la procédure en raison de la multiplicité des délais.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

une date butoir devant en tout état de cause être fixée, l'entreprise ne pouvant pas sans limite maintenir son offre.

Lorsque l'offre de reclassement est comprise dans le plan de reclassement élaboré par l'employeur, cette mesure n'est qu'une parmi d'autres dispositions d'application. Il semble donc qu'on puisse dissocier chacune des modalités constituant l'acte collectif « plan social ». Ainsi, alors que la question de la durée du plan social ne semble pas clairement tranchée,[1400] on peut admettre que certaines mesures, dont les offres de reclassement, sont à durée déterminée. Le chef d'entreprise peut donc décider de fixer un délai de maintien de l'offre de reclassement indépendamment du plan social luimême, durée pendant laquelle il ne pourra pas revenir sur son offre[1401]. Cette autonomie répond en pratique à un souci d'efficacité du reclassement, tant pour l'entreprise que pour le salarié et devrait être circonscrite dans le délai de un mois fixé par l'article L. 32112 du Code du travail, précité. Pourtant, l'application de cette procédure ne semble pas aller de

[1400] La nature d'acte unilatéral du plan social n'est pas contestée et l'on sait aussi que la stabilité d'un engagement unilatéral dépend de sa durée. Conclu pour une période déterminée, l'engagement unilatéral ne peut pas être dénoncé avant son terme. Selon le conseiller Waquet, les plans sociaux sont toujours pris pour une durée déterminée (cf. Cass. Soc. 4 avril 1990, *R.J.S.* 5/90 n°372). En effet, « acte obligatoire pour l'employeur en vertu de la loi, sa dénonciation ne paraît pas possible. La nature du plan social ne le prive donc pas de force obligatoire » (« Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, p. 303). Pour le professeur Pélissier, le plan social est à durée déterminée « parce qu'il a un objet précis qui doit se réaliser dans une période assez brève ». (cependant, R. VATINET, article précité) N'ayant qu'un objet très circonscrit, ne doit il pas être considéré comme ayant une durée déterminée liée à la réalisation de cet objet ? » De plus selon l'auteur, « le projet de licenciement pour motif économique n'est pas luimême à durée indéterminée. La loi impose le respect de délais précis » (« Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/94, p. 563). En revanche, pour le professeur Gaudu, le plan social s'il peut être à durée déterminée est « presque toujours à durée indéterminée ». En effet, « le plan social à défaut de terme certain, comporte un terme incertain : la réalisation du projet de licenciement à l'occasion duquel il a été élaboré. » Peuton discuter de la pertinence de ce débat ? Effectivement, le plan social est composé d'un agrégat de mesures individuelles et collectives, d'offres, d'engagements ou de simples promesses qui ne peuvent être bornées par la procédure de licenciement ellemême. Il est acte unilatéral émanant de l'employeur mais peut être aussi un contrat collectif, accord d'entreprise *stricto sensu* ou accord atypique. Aussi, un élément du plan social peutil le dépasser, par exemple une négociation sur les salaires. Il peut donc se créer des situations issues du plan mais qui n'ont pas commencé à produire leurs effets. A l'inverse, affirmer que le plan social ne se réalisera que par l'extinction de situations aux termes incertains peut conduire à envisager que l'entreprise à défaut de voir réaliser ces situations est maintenue en permanence ? dans le cadre d'un plan social. Aussi plutôt que d'envisager le plan social comme un ensemble homogène, que par nature il ne peut pas être, ne conviendraitil pas de distinguer selon chaque mesure d'application et se demander selon leur nature si l'employeur peut ou non la dénoncer, refuser de l'appliquer. En effet, chaque élément s'inscrit dans un régime juridique qui lui est propre tant par rapport aux autres mesures du plan que par rapport au plan luimême. Ainsi par exemple le droit à la convention de conversion n'est il ouvert au salarié qu'avant la notification de son licenciement. Une fois le contrat de travail rompu le salarié ne peut plus s'en prévaloir alors même que le plan social n'est pas devenu caduque. A l'inverse, il est des situations acquises qu'aucune dénonciation de l'employeur ne peut effacer rétroactivement.

[1401] Sur ce point, voir C.A. Poitiers, 12 nov. 1996, *R.J.S.* 6/97, n°677. Les licenciements prononcés avant la fin du lai sont dépourvus de cause réelle et sérieuse. La doctrine civiliste et travailliste rattache l'offre à un engagement unilatéral de l'employeur. Sa force obligatoire découle alors de sa durée. A durée déterminée, il ne peut être révoqué. A propos d'une convention d'allocation spéciale F.N.E., Cass. Soc. 4 avril 1990, *Dr. Soc.* 1990, 806. J. SAVATIER, « La portée des engagements pris par l'employeur dans le cadre d'un licenciement collectif », *Dr. Soc.* 1990, 803 ; R. VATINET, « Plan social et droits individuels des salariés licenciés pour motif économique », *Dr. Soc.* 1991, 671.

soi puisqu'une circulaire en date du 29 décembre 1992 l'exclut expressément.[1402] Toutefois, une telle interprétation n'est pas convaincante, l'article L. 32112 ayant une portée suffisamment générale pour être appliqué à cette hypothèse, même s'il est vrai que le rajout d'un délai de un mois n'est pas sans causer des difficultés pratiques et marque une double contradiction : d'une part, la volonté de dissocier le champ contractuel du champ procédural alors que le législateur a intégré la modification du contrat de travail à la procédure de licenciement pour motif économique et, d'autre part, le rallongement incontournable d'un mois de la procédure de licenciement alors que la loi du 30 décembre 1986, non contredite par celle du 2 août 1989, était sensée simplifier et accélérer son déroulement.[1403]

) Le reclassement est une offre conditionnée

Affirmer que le reclassement est une offre, c'est implicitement reconnaître la volonté de l'offrant de s'engager. Or, on l'aura compris, c'est parce que la jurisprudence a assorti cette obligation d'une sanction, le licenciement n'a pas de cause économique,[1404] que le reclassement peut aujourd'hui être analysé comme une mesure de protection de l'emploi.[1405] Pourtant l'obligation de reclassement est une obligation conditionnée, c'estàdire soumise à des conditions.[1406] En effet, si elle est un engagement dynamique de l'employeur en faveur de l'emploi, l'employeur doit tout mettre en oeuvre pour parvenir à ce que ce reclassement soit effectif, encore fautil que l'entreprise ait les possibilités de reclasser le salarié dans un emploi. La question ne pose guère de difficulté pratique et se résout par l'application des règles du droit de la preuve. En revanche, l'obligation de reclassement est aussi conditionnée par la qualification professionnelle du salarié. Cette

[1402] Lettre ministérielle du 29 août 1994 relative à l'application de l'article L. 32112 du Code du travail, *Législation sociale*, D4 du 8 janv. 1993, selon laquelle « dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique, la modification du contrat de travail est une conséquence de l'acceptation d'une offre de reclassement et non la cause du reclassement. »

[1403] Dans le même sens, P.Y. VERKINDT, article précité ; M. DEL SOL, « L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique », *J.C.P.* 1995, éd. E, n°42, 498. Sur la modification du contrat de travail et la procédure de licenciement pour motif économique : voir H. BLAISE, « La modification du contrat », *Dr. Soc.* 1994, 189 et F. TAQUET, « La modification substantielle du contrat pour motif économique, premières réflexions sur le nouvel article L. 32111 du Code du travail », *Dr. Trav.*, janv. 1994, p. 2.

[1404] Cass. Soc. 16 avril 1996, *R.J.S.* 5/96, n°530. La méconnaissance de l'obligation de reclassement rend l'acte de licenciement irrégulier, au moins six moins de salaire, article L. 122144 alinéa 1 du Code du travail.

[1405] Au fond, la règle édictée par le juge et par le législateur ne pouvait devenir règle de droit qu'assortie de sa sanction, à défaut elle serait restée au stade de la simple déclaration de principe.

[1406] C'est à dessein que l'adjectif conditionné est utilisé. En effet, il permet d'éviter toute confusion avec la condition de l'obligation, entendue dans son sens classique, qui peut être soit suspensive soit résolutoire. Or il semble que pour ce qui est de l'obligation de reclassement, elle ne peut pas être considérée comme étant suspensive au sens de l'article 1168 du Code civil. L'offre dépend certes des possibilités de reclassement mais l'employeur ne peut que faire une offre précise. En revanche, s'il prouve que le reclassement est impossible son obligation de reclassement n'est pas suspendue jusqu'à ce que celuici devienne possible. Cela renforce l'idée que l'offre de reclassement est faite pour une durée déterminée.

limite au reclassement vaut d'être soulignée, car elle relève de l'appréciation de l'employeur.

L'obligation de reclassement est conditionnée par les possibilités de reclassement de l'entreprise, appréhendée ici sous l'angle du degré de contrainte pesant sur l'employeur.[1407] A cet égard, l'élaboration du texte issu de la loi du 27 janvier 1993 paraît significative. En effet, l'amendement déposé par le groupe communiste devant la représentation nationale était rédigé de la façon suivante : « ***la procédure de licenciement économique est nulle et de nul effet, tant qu'un plan de reclassement des salariés n'est pas présenté par l'employeur et que les représentants du personnel n'ont pas été informés, réunis et consultés***. » Un contre amendement présenté par le gouvernement adopta une formulation moins contraignante et surtout plus réaliste puisque le texte dispose que « ***la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, tant qu'un plan visant au reclassement de salariés, s'intégrant au plan social (...).*** » Assurément la formulation adoptée est plus prudente quant à l'étendue, à la mesure quantitative, de l'obligation de reclassement. En effet, les termes « visant au reclassement » ont été substitués aux termes « plan de reclassement des salariés », de l'amendement initial qui aurait laissé penser que tous les salariés touchés par une mesure de licenciement économique devaient être reclassés, ce qui de l'aveu même du ministre du travail était « irréaliste et hors de portée ».[1408] C'est à cette interprétation que se sont rangés les premiers commentateurs de la loi précisant que le reclassement ne devait être considéré que comme un objectif au service duquel l'employeur doit s'efforcer de mettre en oeuvre les moyens nécessaires.[1409] C'est aussi l'avis de la Cour de cassation qui, dans l'arrêt M.N.E.F. du 22 février 1995, énonce dans un attendu de portée générale « qu'avant tout licenciement pour motif économique, l'employeur doit rechercher et proposer aux salariés les postes disponibles. »[1410] En d'autres termes, l'obligation de reclassement est une obligation de moyens, non une obligation de résultat.[1411] Toutefois juridiquement, il apparaît que l'opposition selon la nature de l'obligation est plus illustrative que décisive. Effectivement, l'employeur doit engager une recherche d'emplois de reclassement, en revanche le reclassement dans un emploi n'est pas garanti. La taille, l'intégration de

1407 La question de la sphère géographique du reclassement sera traitée ultérieurement, infra n°384 et suiv.

1408 *J.O. Ass. Nat.,* C.R. 21 déc. 1992, p. 7744.

1409 CHOLET, « Le reclassement des salariés licenciés pour motif économique », *A.L.D.* 1993, 253 ; J.C. SCIBERRAS, « Naissance d'une loi : l'« amendement Aubry » sur les plans sociaux », *Dr. Soc.* 1994, 482. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'employeur doit faire un effort de reclassement, Cass. Soc. 19 nov. 1992, *Bull. V.,* n°562 ; Cass. Soc. 12 janv. 1994, n°113D ; Cass. Soc. 10 mai 1994, n°2320D ; Cass. Soc. 26 oct. 1995, *Dr. Soc.* 1996, 101. A l'inverse pour des cas où l'employeur a satisfait à son obligation de recherche et de proposition de reclassement, Cass. Soc. 7 avril 1994, n°2036D et 2038D, *C.S.B.P.* sup. n°62, p. 25 et suiv.

1410 Cass. Soc. 22 fév. 1995, *Bull. V.,* n°66 ; *R.J.S.* 6/95 n°633.

1411 Sur la distinction, se référer à J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse Lyon 1965. Ainsi, par exemple, l'employeur n'a pas à créer des emplois pour assurer le reclassement des salariés.

l'entreprise dans une structure plus importante, ses capacités financières et techniques sont des éléments déterminants. Néanmoins, contrairement à une analyse classique où la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation pèse sur le créancier, il appartient ici à l'employeur d'établir qu'il ne disposait d'aucun emploi disponible pour assurer le reclassement du salarié.[1412] L'employeur ne peut donc pas se retrancher derrière la simple allégation de la recherche du reclassement,[1413] il doit faire un effort suffisant,[1414] les juges du fond devant relever dans leur motivation en quoi le reclassement du salarié est impossible.[1415]

En outre, l'obligation de reclassement est conditionnée par l'aptitude professionnelle du salarié. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 1er avril 1992 qui énonce que « l'employeur doit proposer au salarié concerné, des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fûtce par voie de modification substantielle du contrat de travail. »[1416] Il semble donc manifeste que les juges ont établi une hiérarchie dans l'obligation de l'employeur. Il apparaît, en effet, que la proposition d'emploi doit être recherchée par priorité dans un emploi équivalent de même catégorie et, qu'à défaut seulement, un emploi de catégorie inférieure doit être proposé entraînant éventuellement une modification du contrat de travail.[1417] Si la notion d'emploi disponible ne soulève pas de difficulté, l'offre de reclassement devant être précise et sérieuse, excluant par exemple un emploi vacant en raison de la suspension du contrat de travail de son titulaire,[1418] la notion d'emploi de même catégorie doit être précisée.

De ce point de vue, deux interprétations sont possibles. L'emploi de même catégorie peut être compris comme étant un emploi identique décrit sur la grille de classification applicable à l'entreprise. C'est une interprétation minimale du sens de l'objectif de

[1412] Cass. Soc. 1er juill. 1997, n°2850D, 26 oct. 1995, n°4101 D, Cass. Soc. 19 nov. 1992, *Bull. V.,* n°564, *R.J.S.* 1/93, n°19 ; Paris 1er déc. 1993, *R.J.S.* 1/94, n°13 ; Cass. Soc. 11 juill. 1994, 3220D. ; C. Et. 3 oct. 1994, *Liaisons Sociales*, n°7189, du 19 janv. 1995, D.2. C'est toutefois une solution contraire qui avait pu être soutenue par des juridictions du fond, T.G.I. 15 juill. 1993, référé, Maxim's, *R.J.S.* 6/94, n°682.

[1413] L'employeur n'a fait aucun effort en vue du reclassement : Cass. Soc. 12 janv. 1994, n°113D, Cass. Soc. 10 avril 1994, n°2320D, Cass. Soc. 18 oct. 1994, n°9356D, Cass. Soc. 15 nov. 1995, n°4367D. comp. Avec les espèces où l'employeur a satisfait à son obligation de recherche d'un emploi de reclassement, Cass. Soc. 7 avril 1994, n°2036D.

[1414] Cass. Soc. 30 nov. 1994, n°4611D, pour le cas où un employeur a simplement orienté le salarié vers une antenne emploi. C.A. Paris, 1er mars 1994, *R.J.S.* 5/94, n°529.

[1415] A défaut, l'arrêt est censuré, Cass. Soc. 13 juill. 1993, n°2704D.

[1416] Cass. Soc. 1er avril 1992, *Bull. V.,* n°258.

[1417] Sur ce point, Cass. Soc. 27 mai 1997, n°2283D, 29 juin 1995, n°3006D, 3 nov. 1994, n°4382D.

[1418] Une analyse semblable est développée à propos de la priorité de réembauchage. Cass. Soc. 12 déc. 1995, *Dr. Soc.* 1996, 200 : l'emploi d'un salarié en arrêt de travail pour maladie n'est pas disponible, quelle que soit la durée de la maladie, déjà Cass. Soc. 17 déc. 1992, *R.J.S.* 1/93 n°263. Même solution pour une période de congés payés, Cass. Soc. 17 juin 1992, *Bull. V.,* n°404.

reclassement, quasiment statique qui risque dans la pratique d'être inefficace. Elle doit donc être abandonnée parce qu'au surplus, si la prise en compte de la qualification personnelle du travailleur en fonction des catégories d'emplois définies par l'employeur est bien d'essence contractuelle, il peut en résulter un sur classement ou un sous classement non représentatif de la qualification personnelle réelle du salarié.[1419]

En revanche, une analyse en terme de qualification personnelle, c'estàdire selon les capacités professionnelles effectives du salarié s'avère plus féconde.[1420] De la sorte, l'employeur doit rechercher et proposer au salarié, dont le licenciement est envisagé, les emplois qui correspondent à ses capacités professionnelles réelles. La Cour de cassation s'est engagée dans cette voie lorsqu'elle relève que « la société, après avoir eu recours à des intérimaires qui avaient été affectés à des tâches temporaires puis durables, avait créé des emplois et que l'employeur avait la possibilité de reclasser les salariés dans ces emplois compatibles avec leur capacité. »[1421] De façon encore plus nette, elle casse un arrêt au motif « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle [la cour d'appel] avait constaté que la décision de créer un poste d'animateur gestionnaire avait été prise avant le licenciement de la salariée, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle était invitée à le faire, si l'emploi disponible était compatible avec les capacités de l'intéressée, et si celleci aurait pu occuper cet emploi, fûtce par voie de modification substantielle de son contrat de travail, n'a pas donné de base légale à sa décision. »[1422] Pratiquement, selon la hiérarchie proposée, la recherche de reclassement doit se faire à qualification égale, elle peut aussi se faire sur un emploi de catégorie inférieure compatible, de fait, avec les capacités professionnelles du salarié entraînant au pire une modification substantielle du contrat de travail. Mais cela doit aussi être compris comme la nécessité pour l'employeur de proposer un emploi de catégorie supérieure à celui précédemment occupé dès lors qu'il n'est pas établi que le salarié n'en a pas les capacités, l'employeur devant assurer l'adaptation du salarié à son nouvel emploi. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'attendu de la Chambre sociale dans l'arrêt précité du 4 avril 1995 selon lequel « le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé dans l'entreprise n'est pas possible ; que l'employeur a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois ». Le rappel, dans les circonstances de cette espèce, du devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de

1419 Voir supra n°180 et suiv. De plus, il semble que la Cour de cassation a, dans une hypothèse au moins, fait sienne cette approche. En effet, dans le cadre de l'application des critères d'ordre de licenciement par l'employeur, la Cour admet que l'employeur peut privilégier le critère des qualités professionnelles tout en rappelant que la notion de qualités professionnelles ne saurait être assimilée purement et simplement à la possession d'un diplôme. Cass. Soc. 20 janv. 1993, *C.S.B.P.* 1993, n°54, page 283 et 17 mars 1993, *ibid.* S.56.

1420 Dans le même sens A. LYONCAEN, « Adapter et reclasser, quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy* n°596 du 21492, p. 3 ; M. DEL SOL, « L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique », *J.C.P.* 1995, éd. E, n°42, 498.

1421 Cass. Soc. 1er déc. 1993, *R.J.S.* 1/94, n°13 ; Paris 5 avril 1994, *R.J.S.* /94, n°850.

1422 Cass. Soc. 4 avril 1995, *Dr. Soc.* 1995, 510 ; Cass. Soc. 18 fév. 1998, n°856P et 17 fév. 1998, n°835P.

leurs emplois incline à penser qu'effectivement l'employeur doit soutenir le passage d'un emploi à l'autre.[1423]

Cependant, il faut aussi mesurer les limites de ces propositions. Tout d'abord, en se plaçant sur le registre de l'aptitude professionnelle du salarié on se situe aussi dans la sphère du pouvoir, puisque l'employeur demeure seul juge des compétences professionnelles du travailleur.[1424] En conséquence, sauf erreur manifeste d'appréciation, dont la preuve sera rapportée par le salarié, le contrôle judiciaire ne peut que se limiter à une confrontation objective entre l'emploi visé et, par exemple, l'ancienneté des services, les diplômes et les éventuelles appréciations patronales relatives à la qualité du travail du salarié, même si, sur point, la Cour de cassation apparaît procéder à un contrôle précis de la motivation des juges du fond.[1425] Ensuite, si l'on admet que l'employeur est débiteur au moment du reclassement d'un devoir d'adaptation, il ne faut pas se méprendre sur la portée de ce devoir.[1426] S'il paraît raisonnable qu'un complément de formation soit donné au salarié dont l'aptitude professionnelle est reconnue, il ne semble pas que tout salarié puisse prétendre à une véritable formation, lors du reclassement préalable au licenciement, comme elle peut être envisagée pendant l'exécution du contrat de travail.[1427] Enfin, si le reclassement n'a de sens qu'au regard de l'offre d'un nouvel emploi, la mobilité interne devient le principe, il faut encore borner clairement ce qu'est un emploi.[1428] En effet, si la modification du contrat de travail est un instrument, sinon l'instrument de la pérennité du lien d'emploi, la question de la qualité de l'emploi offert doit être posée. On a déjà remarqué que la modification du contrat de travail n'affecte pas nécessairement l'emploi, mais il peut en aller autrement si l'emploi perd soit en quantité soit en qualité.[1429] Ainsi, il semble que ne satisferait pas à son obligation de reclassement l'employeur qui proposerait à un salarié titulaire d'un contrat de travail était à durée indéterminée un contrat à durée déterminée ou un contrat de travail à temps partiel. Ce serait dans ces hypothèses aller bien audelà d'une modification du contrat de travail, ce serait rompre avec le statut conféré au salarié par sa situation antérieure.

1423 En ce sens, Cass. Soc. 11 juill. 1994, n°3220 D, Prieur.

1424 Voir supra n°313 et suiv. Cass. Soc. 21 fév. 1990, *Bull. V.,* n°81.

1425 Notamment, Cass. Soc. 4 avril 1995, n°1537 D. En l'espèce, la Cour casse un arrêt qui rejette la demande de dommages-intérêts du salarié pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que les juges du fond doivent rechercher si l'emploi disponible était compatible avec les capacités de l'intéressé et si elle aurait pu occuper cet emploi.

1426 Supra n°308 et suiv.

1427 C'est dans ce sens que la cour d'appel de Reims s'est prononcée, C.A. Reims 24 nov. 1993, *Semaine Sociale Lamy* n°674, p. 3.Voir infra n°309 et suiv.

1428 Supra n°191 et suiv.

1429 Supra n°193 et suiv, infra n°486 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

b 2 : Le contenu de l'obligation de reclassement

L'obligation de reclassement est une obligation de moyens, c'estàdire que lorsque l'employeur envisage de supprimer ou transformer un emploi, il doit préalablement rechercher, avec diligence, pour le compte du titulaire de cet emploi un autre emploi disponible. La situation pratique apparaît relativement simple lorsque l'obligation de reclassement s'intègre à une procédure individuelle de licenciement pour motif économique. En effet, dans cette hypothèse le contenu de l'obligation se fond avec les caractères de l'offre de reclassement. Elle doit être précise, ferme et dépourvue de toute équivoque.[1430] En revanche, lorsque le licenciement est collectif, la mise en oeuvre de l'obligation de reclassement s'intègre formellement dans le cadre de la procédure puisque dès lors que l'entreprise est soumise à un plan social elle doit, en vertu de l'article L. 32141 al. 2 du Code du travail, y intégrer un plan de reclassement. Ce dispositif, issu de la loi du 27 janvier 1993, place au centre du droit du licenciement pour motif économique l'obligation de reclassement, sans pour autant l'avoir précisément définie. Ainsi Monsieur le professeur Couturier remarquait que la loi ne donne pas d'indication sur le degré, le niveau ou l'intensité du reclassement.[1431] Aussi dès que « le texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification ou sur sa portée (...) le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus (...). »[1432] C'est ce que firent d'abord les juridictions du fond puis la Cour de cassation en précisant le contenu du plan de reclassement.

D'ambiguïtés l'article 60I de la loi du 27 janvier 1993 n'en manque pas.[1433]

Tout d'abord, cette disposition vient s'insérer dans l'article L. 32141 issu de la loi du 2 août 1989. On aurait dès lors pu attendre que cet article dans son ancienne rédaction soit mis en concordance avec l'objectif, sinon l'esprit, du texte de la loi de 1993. Or il n'en est rien parce que le premier alinéa de l'article susvisé continue de renvoyer à une conception différente du reclassement. En effet, l'alinéa premier n'envisage le reclassement que comme une mesure curative à l'adresse de salariés dont le licenciement n'a pu être évité. Tel n'est pas le cas du deuxième alinéa qui renvoie à une toute autre conception du reclassement, le reclassement préventif seul instrument dynamique de protection de l'emploi. On ne peut que regretter cette opposition d'autant que l'alinéa deuxième ne laisse aucun doute quant au sens positif du reclassement tel qu'il est conçu et tel qu'il doit être mis en oeuvre.[1434]

Ensuite, on peut relever une contradiction entre l'objectif du reclassement interne et

1430 Cf. supra n°350 et suiv.

1431 G. COUTURIER, « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436.

1432 Extrait de l'allocution du premier président de la Cour de cassation lors de la commémoration du centenaire du Code civil, in R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, page 119, cité par M. GAILLARD, *L'intelligence du droit*, éd. d'organisation université, 1992, page 131. Les tribunaux ont le pouvoir et, selon l'article 4 du Code civil, le devoir d'interpréter la loi.

1433 Voir infra n°376 et suiv.

la procédure d'ordre, instituée par l'article L. 32111 du Code du travail.[1435] Effectivement, la procédure d'ordre s'attache à opérer, parmi les emplois qui sont supprimés ou transformés, l'identification des salariés qui seront visés par la procédure de licenciement. En ce sens, la procédure d'ordre est bien un outil de sélection du personnel.[1436] Malgré les indications fournies par l'article précité, l'employeur conserve un large pouvoir d'appréciation pour fixer cet ordre dès lors qu'un accord collectif ne le lie pas sur ce point.[1437] Il peut en effet hiérarchiser les critères légaux entre eux et en privilégier un dont celui des capacités professionnelles. Aussi bien la pratique, légitimée en cela par la jurisprudence de la Chambre sociale, conduit l'employeur a organiser le départ des salariés les moins aptes professionnellement à servir l'entreprise mais aussi les plus fragiles. Or selon la circulaire ministérielle du 7 juin 1994, ce sont ces salariés précisément qui devraient bénéficier par priorité des mesures de reclassement interne.[1438] C'est bien là l'ambiguïté née de l'expression d'un pouvoir, celui du libre choix de ces collaborateurs ayant même valeur constitutionnelle,[1439] opposée à une simple déclaration d'intention.

Au fond, il s'est agi tant lors des débats parlementaires que lors des premières décisions rendues par les juges du premier degré de se positionner par rapport à la conception et à la pratique antérieure du reclassement et prendre ou non une nouvelle posture, autrement dit, de modifier en profondeur la perspective du plan social[1440] ? Avant cette réforme, le droit positif était assez en retrait en ce domaine puisque le Conseil

[1434] Selon F. TAQUET, cette ambiguïté aurait été laissée sciemment, cf., « Brèves réflexions sur les nouvelles dispositions relatives au contenu du plan social », *J.C.P.* 1994, éd., E., I, 314.

[1435] C. BESSY, « La sélection des salariés licenciés : économie d'une réglementation », *Travail et emploi* n°58, p. 38 ; M. DESPAX, « L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. Soc.* 1994, 243 ; H.J. LEGRAND, « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », *Dr. Soc.* 1995, 243 ; L. MALLET et F. TEYSSIER, « Ordre des licenciements et gestion des départs », *Personnel* n°338, janv. 1993 ; J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc.* 1990, 515 ; P.Y. VERKINDT, « Plans sociaux : un outil de gestion du personnel ? », *Dr. Soc.* 1994, 464 ; Ph. WAQUET, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. Soc.* 1994, 677.

[1436] P.Y. VERKIND, article précité. « Les critères prévus pour fixer l'ordre des licenciements doivent être appréciés globalement dans chaque catégorie de salariés concernés », Cass. Soc. 23 mars 1994, n°91.43735 ; 24 mars 1993, *Bull. V.,* n°97.

[1437] L'employeur doit tenir compte des critères énoncés par l'accord, celuici ne devenant véritablement contraignant que s'il fixe une hiérarchie précise. A défaut, l'employeur en respectant les critères peut en privilégier certains. Cass. Soc. 17 fév. 1987, *Bull. V.,* n°637 ; 8 avril 1992, *C.S.B.P.* 1992, n°43, p. 248.

[1438] Circulaire C.C.E. du 7 juin 1994, *Liaisons Sociales* n°7046, du 8 juin 1994, D2.

[1439] C. Const., décision n°88244, du 20 juillet 1988, *Dr. Soc.* 1988, 760, « (...) l'employeur responsable de l'entreprise doit pouvoir en conséquence choisir ses collaborateurs (...) ».

[1440] C'est le sens de l'analyse du conseiller Ph. WAQUET in « Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, p.303.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

d'Etat, compétent jusqu'en 1986, réduisait son contrôle au respect des exigences formelles, le juge administratif ne s'interrogeant pas sur la qualité et le contenu du plan social.[1441] Quant à la Cour de cassation, elle ne s'était jusqu'alors que peu engagée.[1442] Aussi deux conceptions doctrinales pouvaient s'affronter bien que, malgré les imprécisions ou ambiguïtés relevées, le sens de l'évolution fut pourtant clairement marqué.[1443] En effet, si la question de l'existence même de l'obligation de reclassement ne faisait plus de doute, le débat se centrait sur le contenu de l'obligation, c'estàdire sur la teneur du plan de reclassement. Pourtant, la pertinence d'une telle interrogation, avant même que le juge se prononce, n'allait pas de soi. Trois éléments sérieux, au moins, plaidaient d'ores et déjà en faveur d'une lecture nouvelle.

En premier lieu, le texte même de l'article 60l marque une nette volonté de rupture avec la pratique antérieure des plans sociaux puisqu'il précise que ***« ce plan [de reclassement] doit contenir des mesures autres que les dispositions concernant les conventions de conversion (...).*** » Il est donc manifeste que les recherches de l'employeur doivent aller audelà de la convention de conversion, qui de surcroît, est obligatoire dans tous les cas de licenciement pour motif économique.[1444] Le législateur donne là une définition de ce que ne doit plus être un plan social.

En second lieu, en dégageant une obligation générale de reclassement, les juges de la Cour de cassation ne pouvaient, sans contradiction, exiger qu'une offre précise de reclassement soit adressée au salarié pris dans un « petit » licenciement, alors que le salarié engagé dans une procédure de licenciement collectif n'aurait bénéficié que de propositions au contenu incertain.

En troisième lieu, le plan social et donc le plan de reclassement, qui n'en est qu'un élément, font partie intégrante de la procédure de concertation qui s'instaure, avec les institutions représentatives du personnel, dès qu'un projet de licenciement économique est engagé dans l'entreprise. Or si une procédure a pour objet de fixer un certain nombre de formalités, elle donne un sens, une finalité, à l'objet pour lequel elle est mise en place. L'objet du plan social, partant de la procédure de licenciement pour motif économique, est autant que faire se peut, d'éviter ou limiter le nombre des licenciements, la concertation obligatoirement mise en oeuvre participe à cet objectif.

En quatrième et dernier lieu, la loi du 20 décembre 1993, dans l'objectif précédemment développé, permet une intervention de l'autorité administrative dans la procédure de licenciement lorsque, initiée par l'employeur,[1445] elle constate que celuici n'a

1441 C. Et. 29 déc. 1984, *Dr. Soc.* 1985, 485 ; C. Et. 17 mars 1982, n°27.833.

1442 Ph. WAQUET, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1992, 980.

1443 Supra n°337 et suiv.

1444 Article L. 3215 du Code du travail.

1445 Article L. 3217 al. 1 : « *L'employeur est tenu de notifier à l'autorité administrative compétente tout projet de licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours.* »

pas élaboré un plan social au sens de l'article L. 32141 du Code du travail. Désormais elle peut constater cette carence et notifier à l'employeur dans les huit jours son constat.[1446] Selon la circulaire du 29 janvier 1993,[1447] l'autorité administrative doit s'assurer que les mesures de reclassement sont clairement adaptées à l'objectif qui doit inspirer l'élaboration des plans sociaux, leur conférant une consistance réelle qui fonde leur crédibilité.

Aussi les premières affaires pendantes devant les juridictions du fond ont permis d'éclairer la portée du nouvel article L. 32141 alinéa deuxième quant au contenu du plan social. Malgré les diversités des situations de fait ainsi que des tribunaux saisis, la jurisprudence s'orienta, quasi unanimement, dans un même sens. Les motivations s'articulaient autour de deux axes. Dans un premier type d'argumentation, très souvent repris, les juges posaient par principe l'obligation d'un plan sérieux, c'estàdire optant par priorité pour des mesures de reclassement interne et contenant des mesures précises. Dans d'autres décisions, les juges rattachaient le contenu du plan de reclassement à la procédure de concertation.

Ainsi, le TG.I. de Besançon énonce que l'objet des mesures doit être clairement le reclassement professionnel des salariés concernés.[1448] Un plan de reclassement ne contenant que des mesures liées à l'âge des salariés entraînant son retrait définitif du marché du travail ou facilitant le retour au pays n'est pas conforme à l'esprit du texte.[1449] Pour d'autres, le plan est annulé faute de contenir des mesures suffisamment précises. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles censure un plan social parce qu'il ne comportait que « ***de vagues éléments très généraux sur le bon usage de l'A.N.P.E., des petites annonces, une proposition d'aide en matière de curriculum vitae***. »[1450] De même sont censurés les plans sociaux qui selon l'analyse des juges ne posent que des pétitions de principe telles que « favoriser le développement du travail à temps partiel » ou « concevoir une réduction de la durée hebdomadaire de travail », les rendant ainsi et à l'évidence, en raison notamment de mesures imprécises, sans consistance réelle.[1451] Au fond le contrôle du juge porte ici sur la pertinence du plan social déterminée en cela par la réalité du plan de reclassement, cette ligne jurisprudentielle apparaissant très nettement dans la jurisprudence du T.G.I. de Paris lequel estime que « le plan de reclassement doit contenir des mesures précises, concrètes et appropriées, de nature à garantir son caractère sérieux. »[1452] Mais il semble également, que certaines juridictions soient allées audelà en

1446 Article L. 3217 al. 2 issu de la loi n°93121 du 27 janvier 1993, a. 60II.

1447 Circulaire du 29 janvier 1993, *F.R.S.* 4/93, p.3.

1448 T.G.I. Besançon, 11 déc. 1993, Amstrong World, *Dr. Ouv.* 1994, p. 62.

1449 T.G.I. ClermontFerrand, 19 nov. 1994, Michelin, *Action juridique*, n°112, 1995. Egalement, T.G.I. Lyon 3 déc. 1993, Sabla, *Dr. Ouv.* 1994, p. 319 et *R.J.S.* 6/94, n°683.

1450 C.A. Versailles, 10 juill. 1992, Simon Métropole, *Action juridique*, n°112, 1995.

1451 T.G.I. Boulogne 11 mai 1993, CCI, *R.J.S.* 1/94, n°18 ; T.G.I. Chambéry, 21 déc. 1993, Alphacard, *Dr. Ouv.* 1994, p. 160.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

portant une appréciation sur l'efficacité des mesures envisagées par l'employeur. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Reims dans l'affaire Moët et Chandon a annulé le plan de reclassement aux motifs que les mesures de formation envisagées n'auraient « aucun effet immédiat en matière de reclassement »,[1453] ou encore selon les termes des juges du T.G.I. de Châlons sur Marne « qu'il appartient au juge du fond d'apprécier et de rechercher si les propositions de reclassement sont pertinentes ou ont une portée réelle, l'employeur ne pouvant se contenter d'énoncer des mesures crédibles et adaptées à un reclassement effectif. »[1454] Enfin, examinant toujours le contenu du plan social mais se plaçant sous l'angle de la procédure, certaines juridictions ont estimé que « l'insuffisance du document initial soumis à la discussion des représentants du personnel » ne permettait pas de qualifier l'ensemble des mesures présentées dans le document de plan social.[1455]

Si les premières approches judiciaires semblent s'orienter de concert dans la voie d'une même interprétation des dispositions nouvelles, marquant clairement que l'employeur doit donner une consistance finalisée des mesures du plan social orientée par priorité vers des actions de reclassement interne, il restait à la Cour de cassation à fixer sa doctrine. Cela fut fait par un arrêt du 17 mai 1995.[1456]

A la suite d'une réorganisation, impliquant notamment la fermeture d'un site, la Société Everite, filiale du groupe SaintGobain, présente au comité central d'entreprise un « plan de restructuration et mesures sociales. » Insatisfait des mesures proposées le comité d'entreprise devait introduire une instance devant le T.G.I. de Melun. La juridiction du premier degré annule alors la procédure de consultation engagée se fondant sur le fait que les mesures de reclassement, tant internes qu'externes, telles qu'elles résultaient du plan, se bornaient à des mesures financières qui supposaient les reclassements déjà acquis. Selon les juges du fond, il appartient bien au juge de ne pas limiter son appréciation à la régularité formelle mais, au contraire, ils devaient rechercher et apprécier si les propositions contenues dans le plan de reclassement sont pertinentes et ont une portée réelle.[1457] Saisie par la société, la Cour d'appel de Paris réforme la décision des premiers juges en considérant que le plan social présenté par l'entreprise

1452 T.G.I. Paris 11 mars 1995, Findus, *Action juridique*, n°112, 1995, également : T.G.I. Paris 22 mai 1994, Samaritaine, *ibid.* ; T.G.I. Paris 22 nov. 1994, Générale des Grandes Sources, *ibid.*

1453 C.A. Reims, 24 nov. 1993, *R.J.S.* 1/94, n°18.

1454 T.G.I. Châlons sur Marne, 13 juill. 1994, Marne Champagne, *R.J.S.* 10/94, n°1127. Dans le sens d'une même analyse, T.G.I. Laval, 11 août 1994, Warein, *Action juridique,* n°112, 1995.

1455 T.G.I. Bologne sur mer, 11 mai 1993, *Dr. Ouv.* 1993, p. 225 ; *J.C.P.* 1993, éd. E., II, 451. Aussi C.A. Reims 24 nov. 1993, *R.J.S.* 1/94, n°18, développe dans sa longue motivation une argumentation semblable.

1456 Cass. Soc. 17 mai 1995, CCE Everite c/ S.A. Everite, *R.J.S.* 6/95, n°632 ; *Dr. Ouv.* 1995, p. 286 ; *Liaisons Sociales,* n°7274 du 2 juin 1995, note G. BELIER ; *Dr. Soc.* 1995, 570 ; *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 95585, p. 216 ; *J.C.P.* 1995, éd., E. II, 11710, note Y. SAINTJOURS ; *J.C.P.* 1996, éd., E. I, 517 ; *J.C.P.* 1996, éd., G. I, 3899, note COURSIER.

1457 T.G.I. Melun, 2 nov. 1993, *Liaisons Sociales*, n°7274 du 2 juin 1995.

était conforme aux dispositions de l'article L. 32141 du Code du travail.[1458] En l'espèce et de la lecture de l'arrêt, il ressort que la société proposait des reclassements au sein du groupe, dans les emplois de même catégorie ou de catégorie inférieure et que dans ce cas elle verserait une compensation financière, une aide à la mobilité géographique étant définie afin d'aider le conjoint dans la recherche d'un emploi et d'un logement ; que, plus classiquement des congés de conversion F.N.E. ainsi que des formations en vue de reclassements externes seraient mis en place. On relèvera enfin que l'administration du travail, saisie du projet, avait certes proposé des améliorations mais sans user de la voie formelle du constat de carence.

Deux lectures diamétralement opposées d'un même document analysé par les deux juridictions, sans que pour autant leur interprétation au fond des dispositions de la loi du 27 janvier 1993 ne soit différente ! En effet, les juges du second degré rappelaient, à leur tour, que le législateur « désireux d'éviter la production par l'employeur d'un plan de reclassement purement formel, a prescrit à celuici de proposer un ensemble de mesures réelles et sérieuses de nature à permettre de réaliser l'objectif souhaité de réduction voire de suppression des licenciements. » L'arrêt de la Haute juridiction était donc attendu. Le comité central d'entreprise, demandeur au pourvoi, développait son argumentation en soutenant notamment qu'il n'avait pas été régulièrement consulté et que le plan social ne comportait aucune mesure spécifique malgré les propositions de ses délégués. Non explicitement posée par le pourvoi, la seule question d'intérêt dans cette espèce était de savoir, pour la première fois, quel serait l'étendue du contrôle de la Cour de cassation sur le contenu du plan social. Allaitelle s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond ou au contraire s'en accaparer. Subséquemment, si une réponse positive devait être donnée, il était intéressant de savoir comment les magistrats comprenaient l'exigence du plan de reclassement. Sur le premier point, l'imprécision du texte, d'une part, la volonté manifeste depuis les arrêts de 1992 de la Cour de cassation de s'impliquer dans le contrôle de la cause économique de licenciement, d'autre part, ne laissaient guère de doute. Quant au second, et pour les raisons précédemment évoquées plus avant, les textes commandaient une lecture nouvelle.

A cet égard les conclusions de Monsieur Pierre LyonCaen, avocat général, sont édifiantes.[1459] Il affirme, tout d'abord, qu'il lui paraît exclu que la Cour s'en remette à l'appréciation souveraine des juge du fond, pour des raisons évidentes d'opportunité en raison de l'importance des enjeux s'inscrivant ainsi dans la ligne de sa jurisprudence la plus récente affirmant qu'avant « ***tout licenciement pour motif économique, l'employeur doit rechercher et proposer aux salariés les postes disponibles ; qu'il en est ainsi même lorsqu'un plan social a été établi, les mesures contenues dans le plan étant notamment destinées à faciliter le reclassement du personnel.*** »[1460] Le reste n'est plus alors qu'interprétation du plan social dressé par la société Everite. C'est

[1458] C.A. Paris, 30 nov. 1993, *R.J.S.* 2/94, n°140.

[1459] P. LYONCAEN, « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux » plans sociaux et de reclassement », *Dr. Soc.* 1995, 570.

[1460] Cass. Soc. 22 fév. 1995, MNEF, *Bull. V.,* n°66 ; *R.J.S.* 6/95, n°633.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

ainsi que la Cour de cassation énonce sous le visa de cassation de l'article L. 32141 du Code du travail que :

« Attendu qu'il résulte de ce texte que le « plan social » doit comporter des mesures précises pour faciliter le reclassement du personnel et éviter ainsi des licenciements ou en limiter la portée » « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que « le plan social », en ce qui concerne le reclassement interne des salariés, ne comportait aucune indication sur le nombre et la nature des emplois qui pouvaient leur être proposés à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ; (...) ».

En droit la solution ne devait pas surprendre, seul un examen du dossier aurait pu permettre un débat sur la réalité des mesures contenues dans plan social. Pourtant, peu d'arrêts ont donné lieu à tant de controverses, il est vrai hors du sérail des praticiens du droit et de la doctrine,[1461] au point qu'un vent de fronde soulevé par le patronat devait s'emparer de certains représentants de la nation. Ainsi, il était écrit qu'à la suite de cette décision il convenait de faire quelque chose, « ***un texte de loi qui rappellerait la liberté de licencier (sic) mais continuerait d'exiger un plan social en cas de licenciement collectif (...), la discussion de ce plan ne devant plus être l'objet d'un contrôle judiciaire ou administratif***. » Il était reproché au juge de s'être substitué au législateur.[1462] Trois critiques sont adressées à la Chambre sociale de la Cour de cassation. La première tient au rajout au texte tel qu'écrit par le législateur. Ainsi, il est remarqué que le vocable « mesures » est employé sans qu'il soit qualifié ; ajouter une exigence de mesures précises irait donc audelà du texte lequel ne vise d'ailleurs pas la nature des emplois ou leur catégorie en vue du reclassement.[1463] La seconde critique tient à l'interprétation du mot « absence » et subséquemment de la sanction, nullité de la procédure, qui y est attachée. L'absence devrait s'entendre comme un défaut d'existence matérielle et non comme une simple insuffisance.[1464] Enfin incidemment, la troisième critique porte sur l'immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise le conduisant à un contrôle d'opportunité de la décision patronale. Ces observations ne sont pas

[1461] Il est vrai que l'affaire Samaritaine n'avait pas encore été jugée ! En effet pour un seul quotidien, *Le Monde*, pas moins de cinq articles ont été publiés dont deux « en riposte » à une présentation partiale de l'arrêt. Ainsi, sous la plume de F. Lemaître, il est affirmé que la Cour de cassation durcit la loi Aubry sur le plan sociaux (*Le Monde* 2122 mai 1995), que les juges définissent un nouveau droit à l'emploi (*Le Monde* 23 mai 1995) pour aboutir *in fine* à une possible proposition de remise en cause de la loi du 27 janvier 1993 (*Le Monde* 24 mai 1995). C'est sans doute pour revenir à une exégèse plus orthodoxe que le professeur Antoine LyonCaen éprouve le besoin de corriger cette présentation (« La lune et l'enfer », *Le Monde* 6 juin 1995), le professeur Wagner se lançant, quant à lui dans une diatribe à l'encontre de certaines promesses électorales (« Première manoeuvre contre l'emploi », *Le Monde* 6 juin 1995).

[1462] M. FOURCADE, sénateur, et M. MAZEAUD, président de la commission des lois à l'Assemblée Nationale, propos relevé dans *Le Monde* du 24 mai 1995.

[1463] Notamment, G. BELIER, *Liaisons Sociales,* précité.

[1464] B. TEYSSIE, « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique » *J.C.P.* 1996, éd. G., I, 3902.

secondaires, mais ce sont cependant les arguments avancés par le professeur Couturier qui retiennent l'attention.[1465] Selon cet auteur, deux arguments permettent de contester la jurisprudence Everite. En premier lieu, la confusion entretenue entre la procédure et les règles de fond est critiquable. En effet, s'il n'est pas dénié que l'idée force qui doit inspirer le sens du droit du licenciement pour motif économique est bien celle du licenciement ultime mesure, celleci doit être regardée à deux niveaux en raison du régime spécifique du licenciement collectif. Il y a le niveau des règles de stabilité de l'emploi, la cause réelle et sérieuse de licenciement dont l'obligation de reclassement est partie intégrante dans le licenciement individuel et les règles de concertation spécifique aux licenciements collectifs. Or, selon M. Couturier, l'obligation de reclassement n'est pas dans le second niveau, c'estàdire pas dans la procédure de concertation. En second lieu, l'auteur observe que le plan de reclassement ne s'inscrit pas dans le même temps que l'obligation de reclassement, parce que le plan de reclassement ne peutêtre que très partiellement l'instrument servant à satisfaire l'obligation générale de reclassement. A cet égard, on peut se demander si M. Couturier ne condamne pas implicitement le fait que l'acte collectif de plan social ne peut créer une obligation individuelle de reclassement, dont pourtant la généralité ne fait pas de doute.

A l'examen, ces critiques n'arrivent cependant pas à convaincre. On peut, en effet, penser que l'acte de licenciement n'est pas détachable de la procédure de licenciement, même dans une procédure de licenciement collectif. C'est, en effet, l'élaboration du plan social qui va permettre de satisfaire à l'obligation de rechercher les emplois disponibles en vue du reclassement interne des salariés. Le plan est donc une condition préalable et indispensable à la formulation d'une offre précise de reclassement. Dès lors, on ne comprend pas pourquoi l'obligation de reclassement devrait être détachée de la procédure de concertation. Ce n'est ni le sens de la loi, ni celui de son interprétation par les juges. Cependant, on peut admettre que deux niveaux sont bien à distinguer, c'estàdire l'élaboration du plan, auquel s'attache un contrôle spécifique,[1466] et la mise en oeuvre de ce plan, où le salarié dispose d'un droit direct à agir dès qu'il peut opposer qu'une offre de reclassement lui a été adressée. C'est en cela qu'il faut admettre que la procédure de concertation relève de l'obligation de reclassement et la solution retenue par la Cour de cassation approuvée.

En effet, le plan social est partie intégrante de la procédure de concertation qui exige, en vertu des articles L. 3213 et L. 3214 du Code du travail, que le comité d'entreprise soit informé et consulté. Or sans éléments précis, concrets, on ne voit pas comment les institutions représentatives du personnel pourraient formuler non seulement un avis mais encore émettre des contrepropositions afin d'éviter et limiter le nombre des licenciements. En cela, la Cour de cassation ne pouvait pas moins faire que de poser une exigence de réalité des mesures contenues dans le plan de reclassement.[1467] Pour autant cela ne

[1465] G. COUTURIER, note sous Cass. Soc. 17 mai 1995, *D.* 1995, 436.

[1466] Certains juge du fond ont admis la recevabilité d'action introduites par des salariés pendant la phase d'élaboration du plan social, c'estàdire avant que tout offre ne fixe une créance individuelle. Cf. infra n°374 et suiv.

[1467] Voir l'analyse du conseiller Ph. WAQUET, « Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, p. 303.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

signifie pas que si un plan sérieux et précis doit être présenté lors de la première réunion du comité d'entreprise, ce plan ne puisse évoluer. Reposant sur des données rigoureuses, le plan n'est pas, pour autant, irrémédiablement fixé, ce qui serait tout aussi contraire à la finalité de la procédure de concertation. En somme, comme l'avaient déjà fait ressortir de nombreuses juridictions du fond, au début de la procédure le plan doit être compris comme « une base de travail »,[1468] ce qui implique que le projet doit présenter à l'ouverture des discussions des mesures suffisamment concrètes pour que dûment informés, les représentants du personnel puissent émettre un avis motivé et participer de façon éclairée aux débats.[1469] Toutefois, ces exigences de réalité et de précision ne sont pas incompatibles avec l'idée d'évolution du dispositif, ce qu'a rappelé le T.G.I. de Boulognessurmer en ordonnant à l'employeur de remettre un plan complet pour permettre un examen en connaissance de cause.[1470] L'arrêt Everite s'inscrit et confirme cette interprétation lorsqu'il énonce que le plan de réorganisation doit avoir été soumis au comité d'entreprise avant qu'une décision définitive ne soit arrêtée.

L'autre pan de la problématique est alors de savoir quel est le degré de précision attendu dans les mesures avancées par l'employeur afin de répondre à l'exigence de réalité du plan social. Là encore la solution apportée par la Cour de cassation s'inscrit dans la logique de l'article L. 32141 du Code du travail ainsi que de sa jurisprudence relative à l'obligation de reclassement. Aussi renvoyer à une détermination des catégories d'emploi susceptibles d'être proposées comme alternatives du licenciement permet pour le comité d'entreprise ou pour l'administration de vérifier que les mesures présentées sont suffisamment sérieuses. Seule la précision, c'estàdire la désignation d'emplois réels, le permet. Viser les catégories d'emploi est donc bien nécessaire dès lors que l'on admet que l'emploi est un élément de la structure organisationnelle de l'entreprise. De plus, la portée générale de l'obligation de reclassement réaffirmée par l'arrêt MNEF, demeure quelle que soit sa source d'abord une offre qui en tant que telle doit être précise et non équivoque. Cette solution est confirmée par l'arrêt Sietam qui approuve la Cour d'appel d'avoir fait ressortir que le plan social initial, qui était vague et ne contenait aucune véritable référence, était nul.[1471]

C'est donc en cela que le plan social de part sa finalité doit être analysé comme moyen privilégié de mettre en oeuvre l'obligation de reclassement,[1472] laquelle s'entend par priorité comme une obligation de reclassement interne. Telle est aussi la portée de

[1468] T.G.I. Boulognes sur mer, 11 mai 1993, *Dr. Ouv.* 1993, 226.

[1469] T.G.I. Châlons sur Marne, 18 août 1993, *Dr. Ouv.*1993, 382.

[1470] T.G.I. Boulognessurmer, précité.

[1471] Cass. Soc. 16 avril 1996, Sietam, 2 arrêts, *Bull. V.,* n°163 et 164. *R.J.S.* 5/96 n°560 ; *R.J.S.* 5/96, p. 311 conclusions KESSOUS ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, «Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932.Les interrogations sont en réalité nombreuses, voir M.A. SOURIACROTSCHILD, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* n°118 et 119, 1996. Cass. Soc. 25 nov. 1997, n°4389P.

[1472] Ph. WAQUET, article précité.

l'arrêt Everite, confirmant ainsi le sens de l'évolution de la notion de reclassement, établissant une hiérarchie entre les mesures de reclassement interne, prioritaires parce qu'elles permettent de maintenir le lien d'emploi entre le salarié et l'entreprise et les autres mesures de l'aprèscontrat de travail.

c) Contrôle et sanction de l'obligation de reclassement interne

Depuis que l'autorisation administrative de licenciement a été supprimée, le juge judiciaire a retrouvé une plénitude de compétence dans le contrôle du licenciement puisqu'il lui appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux du motif invoqué par l'employeur.[1473] On sait désormais que l'obligation de reclassement s'impose au chef d'entreprise pour tout licenciement économique et que la violation de cette obligation ôte au licenciement sa cause économique.[1474] Cependant, la procédure de licenciement pour motif économique est complexe, les intervenants sont multiples renforçant à chaque étape le contrôle de l'acte de gestion de l'emploi. A cet égard, la loi du 27 janvier 1993 a soulevé de nouvelles questions dont la plus importante fut celle relative aux effets de l'annulation de la procédure de licenciement, dont dépend le contrôle exercé notamment par le comité d'entreprise.

c 1 : Le contrôle de l'obligation de reclassement interne

La question du contrôle de l'obligation de reclassement invite à s'interroger, en premier lieu, sur les détenteurs de ce contrôle. En effet, si le contrôle revient naturellement au juge, l'instauration d'une procédure implique d'autres intervenants. En second lieu, une fois définies les sphères de compétences, c'est à l'objet du contrôle qu'il faudra s'attacher.

) Les acteurs du contrôle

L'obligation de reclassement qu'elle émane du contrat ou du plan de reclassement demeure l'expression d'un acte de gestion sur l'emploi. A cet égard, le juge est le garant de son exercice légitime ; il exerce un contrôle direct. Toutefois, lorsque la loi organise une procédure elle implique *de facto* d'autres intervenants lesquels, sauf à demeurer simples spectateurs, y sont impliqués. Ces acteurs n'effectuent pas un contrôle direct, ils peuvent cependant le déclencher.

Ainsi, de part sa compétence générale le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs.[1475] Renforçant le rôle de cette institution dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique, le législateur souligne que l'employeur « ***met à l'étude (...) les suggestions formulées par le comité d'entreprise relatives***

[1473] Article L. 122143 du Code du travail.

[1474] Par exemple, Cass. Soc. 12 déc. 1995, n°9441.765.

[1475] Article L. 4321 alinéa premier du Code du travail. Voir notamment F. GAUDU, « Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise après la loi du 2 août 1989 » *Dr. Ouv*. 1990, 177.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

aux mesures sociales proposées et leur donne une réponse motivée . »[1476] La conséquence édictée est la suivante : « ***la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel qui doivent être réunis, informés et consultés.*** » Dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif économique le comité d'entreprise est donc un acteur essentiel de la procédure, il en est partie. Ainsi, selon le législateur, sans consultation du comité d'entreprise il ne saurait y avoir de procédure de licenciement licite ; la procédure de licenciement est nulle et de nul effet. Au demeurant, il ne semble pas que la Cour de cassation ait eu à statuer sur le défaut complet de saisine du comité d'entreprise, caractérisant, en outre, le délit d'entrave. En revanche, par des décisions récentes elle a confirmé ce que Monsieur Antoine LyonCaen appelle le souci de l'effet utile des dispositions relatives à la consultation du comité d'entreprise.[1477] Il en résulte que le comité d'entreprise est l'interlocuteur premier de l'employeur dans la discussion sur l'élaboration du plan social. C'est, en effet, le comité d'entreprise qui effectue un premier contrôle du contenu du plan de reclassement, saisissant éventuellement le juge des référés pour faire valider son approche.[1478] Le dialogue devant s'instaurer entre le chef d'entreprise et l'institution est d'autant plus important que « l'activisme » du comité peut stratégiquement se calquer sur la stratégie de gestion de l'emploi développée par le chef d'entreprise.[1479] Ainsi du sérieux et de la précision des propositions présentées au comité d'entreprise va dépendre la suite de la procédure et notamment l'annulation du plan social. En effet, à l'inverse de l'hypothèse où aucun recours contentieux ne serait engagé par le comité, un plan social contesté peut être amélioré par le chef d'entreprise après la tenue de la première réunion ; les modifications apportées devant cependant être soumises à l'avis de l'institution.[1480] Autre est la solution lorsqu'une discussion contentieuse s'engage sur la régularité du plan. La judiciarisation du débat, par la saisine du juge des référés, est un frein au cheminement de la procédure. Au surplus, les

1476 Article L. 3214 du Code du travail.

1477 A. LYONCAEN, « La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise. L'apport des arrêts Sietam Industries, 16 avril 1996 », *Dr. Soc.* 1996, 484. 2 arrêts, *Bull. V.,* n°163 et 164. *R.J.S.* 5/96 n°560 ; *R.J.S.* 5/96, p. 311 conclusions KESSOUS ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, «Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932 ; M.A. SOURIACROTSCHILD, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* n°118 et 119, 1996.

1478 De nombreuses instances sont désormais introduites par le comité d'entreprise. La recevabilité à agir du comité d'entreprise repose sur le respect de ses prérogatives de consultation, C.A. Chambéry, 9 nov. 1993, référé, ITT, *Dr. Ouv.* 1994, 37. Son action est donc limitée à la défenses de ses propres attributions. Le syndicat peut lui aussi agir dans le cadre de la procédure puisque l'intérêt qu'il représente est celui de la collectivité des travailleurs, article L. 41111 du Code du travail, également, article L. 32115 du Code du travail, T.G.I. Evry, 14 juin 1994, référé, Digital, *Action juridique* n°110, p. 7. On relèvera que les textes n'exclut pas une action individuelle devant le conseil de prud'hommes, ainsi, par exemple, conseil de prud'hommes Tours, 13 déc. 1993, SKF, *Dr. Ouv.* 1994, p. 76, note Y. SAINTJOURS, Conseil de prud'hommes Carcassonne, 17 janv. 1994, Rouanet, *Dr. Ouv.* 1994, 242.

1479 Spécialement les faits dans l'affaire Sietam, Cass. Soc. 16 avril 1996, *R.J.S.* 5/97, n°560 ; *Dr. Soc.* 1996, 484.

1480 Supra n°352 et suiv.

conséquences de l'annulation du plan dégagées par la jurisprudence obligent le chef d'entreprise à reprendre cette procédure en son entier. Ainsi, alors même que la loi du 27 janvier 1993 ne prévoit la nullité de la procédure que ***« tant qu'un plan social n'est pas présenté (...)*** », la Cour de cassation a précisé que ce n'est pas le défaut de tout plan mais bien un plan non conforme aux exigences légales qui rend la consultation des institutions représentatives du personnel irrégulière.[1481] A cet égard, il est aussi remarquable que la Cour de cassation ait étendu la nullité de la procédure à la consultation connexe engagée non pas sur le fondement de l'article L. 32141 du Code du travail mais sur celle plus générale visée par l'article L. 4315 du même Code.[1482] Les conséquences procédurales sont désormais fermement établies : l'employeur doit reprendre la procédure en son entier ce qui impose une nouvelle consultation du comité d'entreprise,[1483] et la possibilité pour ce dernier de désigner, à nouveau, un expert afin de l'aider dans l'analyse des documents.[1484] Il en ressort que l'acte de consultation du comité d'entreprise est essentiel parce qu'elle participe à la finalité même de la protection de l'emploi.[1485]

Concurremment, l'administration doit être informée des licenciements individuels prononcés, ou être avisée des licenciements envisagés lorsque leur nombre est supérieur à dix sur une même période trente jours.[1486] Mais depuis la loi du 27 janvier 1993, l'administration n'a plus seulement un rôle passif face au projet de licenciement. Désormais, l'administration peut, en vertu de l'article L. 3217 alinéa 2, constater la carence des mesures contenues dans le plan social et la notifier, par un constat, à l'employeur. Si manifestement l'objet de ce contrôle ne peut pas être assimilé à celui qui avait été mis en place par la loi du 3 janvier 1975,[1487] il s'intègre néanmoins à la mission de l'administration issue de la loi du 2 août 1989 qui lui permet de présenter toutes propositions en vue d'améliorations, de modifications ou de compléments du plan social ; ces propositions non contraignantes doivent être adressées aux institutions représentatives du personnel.[1488] Le contrôle de l'administration sur le plan social semble donc accru relativement à la mission qui lui était assignée, passant d'une présentation de

1481 Cass. Soc. 10 juin 1997, *R.J.S.* 10/97, n°1107.

1482 En ce sens, Cass. Soc. 17 juin 1997, *R.J.S.* 89/97, n°990 et le rapport de J.Y. FROUIN, p. 592.

1483 Cass. Soc. 16 avril 1996, *R.J.S.* 5/96, n°529 ; 10 juin 1997 précité.

1484 Cass. Soc. 8 juill. 1997, *R.J.S.* 10/97, n°1109.

1485 Voir encore sur l'information du comité d'entreprise, Cass. Soc. 6 déc. 1994, *Semaine sociale Lamy* du 19.12.1994, obs. B. BOUBLI, ou sur son intervention dans le processus d'élaboration du plan social, Cass. Soc. 7 fév. 1996, *Semaine sociale Lamy* du 19.2.1996.

1486 Articles L. 3212 et L. 3217 du Code du travail.

1487 Article L. 3217 ancien du Code du travail : « *Tout licenciement individuel ou collectif fondé sur un motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel est subordonné à une autorisation administrative*. » Dans cette perspective l'administration devait exercer un contrôle sur « *la réalité des motifs invoqués pour justifier le licenciement* », article L. 3219 ancien du Code du travail.

propositions à un constat de carence, appuyé en cela par le caractère préventif de son rôle puisque le constat doit être adressé dans les huit jours à l'employeur.[1489] La portée de ce constat de carence a largement été débattue par la doctrine tant au regard de son effet qu'aux conséquences induites liées à sa qualification. En effet, il s'est agi de savoir si conformément à la finalité du constat, qui est de se prononcer sur la réalité du plan de reclassement présenté, la carence notifiée contraindrait l'employeur à reprendre le plan élaboré. Dès lors et selon l'interprétation donnée par l'administration, le constat de carence constituerait une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative, de recours gracieux et hiérarchiques. Autrement dit, produisant des effets de droit, le constat de carence serait une décision faisant grief.[1490] Outre la reconnaissance d'un tel pouvoir, admettre que le constat de carence peut faire grief, c'est aussi imbriquer deux procédures contentieuses, l'une administrative, l'autre judiciaire.[1491] Malgré quelques opinions contraires,[1492] une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une interprétation restrictive quant aux effets du constat de carence.[1493] Il est ainsi souligné le caractère « de signal d'alerte » du constat qui permet de remettre sur les rails l'élaboration du plan social en fonction des prescriptions légales, mais ne soumettant pas l'employeur à quelque obligation que ce soit, réponse au directeur départemental du travail ou réunion des institutions représentatives du personnel et surtout reprise du contenu du plan, le constat de carence n'étant par ailleurs assorti d'aucune sanction. C'est ainsi que de nombreuses juridictions du fond avaient admis que le constat de carence n'avait aucun effet particulier,[1494] ces dernières ne se sentant pas non plus liées par l'absence de toutes observations émanant

1488 Article L. 3217 dernier alinéa du Code du travail.

1489 En ce sens, voir circulaire du 29 janvier 1993 : « L'objectif de la réforme est de permettre à l'autorité administrative d'intervenir le plus tôt possible dans la procédure de licenciement pour motif économique afin de réorienter dans le sens indiqué par l'article L. 32141 du Code du travail tel qu'il est désormais rédigé, les plan sociaux qui ne répondent pas à cette exigence minimale. » Rappelons que l'employeur doit notifier son projet de plan social à l'autorité administrative, article L. 3214 du Code du travail.

1490 Sur cette notion voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, éd. Montchrétien, T. 1. 8ème éd. 1994, n°553 et suiv.

1491 Voir sur ce point, X. PRETOT, « Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration », *R.J.S.* 2/93, p. 87.

1492 Notamment, P. MOUSSY, « Brefs propos sur le mécanisme légal de sanction de l'absence de plan visant au reclassement des salariés concernés par un projet de licenciement collectif », *Dr. Ouv.* 1994, 333 ; également se reporter aux incertitudes de M. COUTURIER (« Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », *Dr. Soc.* 1993, 219.) selon lequel « il est réaliste de considérer que le constat modifie en quelque chose la situation de l'employeur (et celle des salariés concernés) et d'y voir, par conséquent un acte administratif faisant grief susceptible d'être contesté au contentieux. » L'auteur revient sur cette position, « Plans sociaux et exigence de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436.

1493 X. PRETOT, « Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration », *R.J.S.* 2/93, p. 87 ; G. BELIER, « Licenciement économique : rétablissement de l'autorisation administrative ou rappel à l'ordre ? », *Semaine Sociale Lamy* n°630 du 11 janv. 1993 ; G. COUTURIER, « Plans sociaux et exigence de reclassement », *Dr. Soc.*. 1994, 436 ; J. PELISSIER, « Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/94, p. 583.

de l'autorité administrative. Par l'un des arrêts Sietam, rendus le 16 avril 1996, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui à juste titre n'a accordé aucune valeur de décision au constat de carence dressé par l'administration du travail, qu'en conséquence ni l'absence de constat, ni l'existence de ce constat ne lient le juge.[1495]

Si certains acteurs de la procédure disposent d'un droit indirect de contrôle sur le contenu du plan social, c'est au juge judiciaire qu'il revient de trancher le conflit né entre l'exigence légale et le document élaboré par l'employeur. Il s'agit ici du contrôle de la mise en oeuvre de l'obligation de reclassement interne. Mais un autre contrôle, qui ne le recoupe pas nécessairement, échoit au juge, celui de l'exécution par l'employeur de son obligation de reclassement.

Cependant liminairement, il convient de souligner que si dans la procédure de contrôle, celui du juge administratif a été écarté, il s'est posé celui de la compétence du juge des référés. Selon les articles 808 et 809 du Nouveau Code de Procédure Civile « ***dans tous les d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, (...) le président pouvant, même en l'absence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*** . » La question est alors de savoir si le juge des référés peut être valablement saisi afin de connaître de la procédure d'élaboration du plan de reclassement. Avant que la Cour de cassation ne se prononce, un point était acquis. La compétence du juge des référés est, en effet, reconnue lorsque le comité d'entreprise n'est pas informé et/ou consulté. Il y a là une irrégularité formelle causant un trouble manifestement illicite condamnée au titre du délit d'entrave,[1496] la consultation des représentants du personnel permettant de garantir le respect des droits de l'institution saisie et de préserver les droits des salariés. En revanche, il importe de savoir si le juge des référés peut être compétement saisi lorsque le plan de reclassement apparaît manifestement insuffisant, dans la mesure où une apparence de conformité peut ellemême soulever une contestation sérieuse. Là encore, les juridictions, spécialement les juges statuant en référé, se sont montrés, assez fréquemment, favorables pour admettre leur compétence.[1497] C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation en admettant qu'à « bon droit la Cour d'appel, statuant en référé, a prononcé la nullité de la

[1494] En ce sens, C.A. Chambéry, 9 nov. 1993, *R.J.S.* 3/94, n°242 ; également T.A. Lyon, 20 sept. 1994, *R.J.S.* 12/94, n°1364. Cette juridiction a déclaré irrecevable le recours formé à l'encontre de l'acte par lequel l'autorité administrative avait entendu rapporter le constat de carence notifié à l'employeur. Néanmoins, la Cour d'appel de Caen a adopté une solution contraire, C.A. Caen, 22 sept. 1994, *D.* 1994, IR, 234.

[1495] Cass. Soc. 16 avril 1996, Sietam, *R.J.S.* 5/96, n°530.

[1496] Article L. 4831 du Code du travail ; Cass. Crim. 28 sept. 1993, *R.J.S.* 2/94, n°138 ; Crim. 29 nov. 1994, *R.J.S.* 2/95, n°117 ; T.G.I. Havre, référé, 13 août 1993, *Dr. Ouv.* 1993, 378 ; T.G.I. Compiègne, référé, 28 déc. 1994, *Dr. Ouv.* 1994, 108. L'objet de la concertation est aussi de tempérer le caractère unilatéral des mesures prises par l'employeur dans le cadre de l'élaboration du plan social par le chef d'entreprise. Notamment, celuici doit fournir des réponses motivées aux représentants du personnel, article L. 3214. Enfin, la concertation est un moyen de parvenir aux finalités prescrites par l'article L. 32141 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

procédure suivie. »[1498]

) Intensité du contrôle judiciaire

En déniant au licenciement sa nature économique et condamnant l'employeur à payer l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, alors que le reclassement n'est pas dans la définition légale du licenciement pour motif économique, la Cour de cassation entend jouer un rôle quant à la qualification même de plan social.[1499] Aussi peuton attendre des renseignements précieux quant au degré du contrôle que les juges du fond doivent opérer sur le contenu du plan social. En effet, lorsqu'elle exige que soit précisées les catégories d'emplois sur lesquelles pourront s'effectuer les reclassements internes, elle conduit le juge à un contrôle approfondi du projet de plan de reclassement. Toutefois, on peut penser que ce contrôle même approfondi du contenu du plan de reclassement s'arrête à la réalité des mesures y figurant et non à leur pertinence. Contrôler la réalité des mesures de reclassement signifie que le juge doit en vérifier la conformité par rapport à l'objectif assigné par la loi et précisé, désormais, par la Cour de cassation. Autrement dit, il s'agit de vérifier que le plan n'est pas simplement formel c'estàdire que les offres de reclassement y figurant sont réelles et précises, que l'obligation de reclassement trouve sa source dans le contrat ou dans le plan.[1500] Ainsi, les juges du fond doivent s'assurer que les mesures répondent à l'objet du reclassement ou à l'inverse que ces mesures font défaut, par exemple en exigeant que le plan contienne les voies et les moyens mobilisés pour sa mise en oeuvre.[1501]

En revanche, il ne semble pas que le juge puisse porter une appréciation sur les mesures contenues dans le plan dès lors qu'elles sont conformes aux finalités du plan, qu'elles sont, en apparence au moins, sérieuses. En effet, le juge n'a pas pour mission, en auraitil d'ailleurs les moyens matériels, de rechercher si les mesures proposées sont susceptibles d'être effectivement réalisées. On peut penser que ce contrôle relève d'un autre contentieux issu de la mise en oeuvre concrète du reclassement. Sur ce plan

1497 C.A. Versailles, 10 juill. 1992, référé, Simon Métropole, *Action juridique* n°113, p.3 ; T.G.I. Dax, 20 oct. 1993, référé, Sietam, *Dr. Ouv.* 1994, 39 ; T.G.I. Chambéry, 21 déc. 1993, référé, Alphacard, *Dr. Ouv.* 1994, 160 ; T.G.I. Dijon 6 juin 1994, référé, Schrader, *Action juridique* n°113, p. 3 ; T.G.I. Périgueux, 14 nov. 1994, référé, SICM 24, *Dr. Ouv.* 1995, 99. Contra, T.G.I. Tours, 1er fév. 1994, référé, Tambrands, *Action juridique* n°113, p. 3 ; T.G.I. ChâlonssurMarne, 13 juill. 1994, référé, Marne Champagne, *R.J.S.* 10/94, n°1127.

1498 Cass. Soc. 16 avril 1995, SIETAM, *R.J.S.* 5/96 n°559, et R. KESSOUS, « Fermeture d'un établissement et licenciement pour motif économique », *R.J.S.* 5/96, p. 311. La doctrine s'est aussi montrée favorable à l'intervention du juge des référés, notamment J. PELISSIER, « Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/94, p. 583 ; également M.. Waquet, qui remarque qu'il vaut mieux interrompre une procédure nulle avant que les licenciements ne soient prononcés (« Les plans sociaux » *R.J.S.* 5/96, p. 303), ce qui incidemment, mais théoriquement, évite tout débat sur la nullité de l'acte de licenciement !

1499 Dans ce sens, voir les remarques de l'Avocat général P. LYONCAEN, « Le contrôle par la Cour de cassation des plans sociaux », conclusions sous 17 mai 1995, « Everite », *Dr. Soc.* 1995, 570.

1500 En ce sens, circulaire du 29 janvier 1993, et les décisions des juges du fond déjà citées.

1501 En ce sens, circ. Du 8 juill. 1994, *Liaisons sociales* n°7723. Voir également arrêt Everite du 17 mai 1995, précité.

d'ailleurs la Cour de cassation a institué une exigence de proportionnalité du plan aux moyens, notamment financiers, de l'entreprise. L'appréciation est menée *in concreto* et ainsi faire qu'un plan social soit licite eu égard à l'objectif légal malgré la modestie des mesures proposées, dès lors que les voies du reclassement ont été sérieusement explorées.[1502]

A cet égard, n'apparaissent pas convainquantes les motivations de juges qui se prononcent sur l'effectivité supposée des mesures de reclassement. Ainsi du T.G.I de ChâlonssurMarne qui énonce qu'il « appartient (...) au juge du fond d'apprécier et de rechercher si les propositions contenues dans le plan de reclassement sont pertinentes ou ont une portée réelle. » Dès lors, on voit bien la limite d'un tel contrôle exercé par le juge qui ne peut sans connaissance précise de la structure organisationnelle de l'entreprise décider de la pertinence des mesures. Un tel exercice, *a priori*, semble vain surtout face à la complexité des structures de l'entreprise lorsque de surcroît l'obligation de reclassement doit être envisagée au niveau du groupe.[1503] Plus sûrement, le juge doit s'attacher avec l'aide des renseignements fournis par les parties au litige, notamment avec le comité d'entreprise, à vérifier que le plan est en apparence sérieux et que l'employeur a bien rechercher, de façon dynamique, l'ensemble des emplois susceptibles d'être offerts au reclassement.

Les textes enjoignent à l'employeur d'établir mais aussi de mettre en oeuvre le plan social. L'article L. 3217 alinéa 4 du Code du travail ouvre un contrôle de l'exécution du plan social à l'administration, mais il est remarqué que celuici n'est effectif que lorsque des aides publiques ont été versées.[1504] Le comité d'entreprise est, quant à lui, informé de l'exécution du plan.[1505] Ce plan social est, selon la Cour de cassation, un engagement unilatéral, sur lequel l'employeur ne peut pas revenir, du moins lorsque cet engagement est pris pour une durée indéterminée.[1506] Mais on peut soutenir que le plan n'est pas un ensemble homogène et que des mesures peuvent sinon en être détachées du moins avoir un régime propre. Tel est le cas pour les offres de reclassement. On a dit encore, que ces offres sont individuelles et doivent être individualisées.[1507] Aussi, dès que l'obligation est déterminée (elle doit l'être en principe faute de quoi la procédure serait

1502 Cass. Soc. 12 nov. 1997, *Bull. V.,* n°375, *C.S.B.P.* n°96, p. 21 ; Cass. Soc. 12 nov. 1996, *Liaisons sociales* n°7568. Le plan social peut ainsi échapper à la censure du juge, Cass. Soc. 30 sept. 1997, n°3865 P+B, *Liaisons sociales*. Voir aussi l'analyse de P. LYONCAEN, « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux » plans sociaux et de reclassement », *Dr. Soc.* 1995, 570.

1503 Cf. infra n°384 et suiv.

1504 Cependant la circulaire du 11 juin 1992 souligne que l'administration doit faire « un effort de suivi » des plans sociaux. Ce suivi doit permettre de s'assurer de la réalisation effective des engagements pris par l'entreprise tant visàvis des salariés que de l'administration, notamment dans le cadre des conventions F.N.E.

1505 Article L. 3214 du Code du travail. Certaines conventions F.N.E peuvent en outre prévoir une clause organisant l'information des institutions représentatives du personnel sur le déroulement de l'action aidée mise en oeuvre par la convention.

1506 Cf. supra n°354.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

annulée), la créance devient individuelle. Pour l'employeur l'obligation n'est donc plus de rechercher un reclassement, obligation de moyens, mais bien une obligation contractuelle de mettre l'emploi à disposition du salarié reclassé, obligation de résultat. En conséquence, l'obligation de mettre en oeuvre le reclassement promis est une obligation de faire qui, en cas d'inexécution ouvre droit au salarié à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pas une indemnité dont le montant serait fonction du préjudice subi. En effet, en l'espèce la cause économique est réelle, mais l'absence de reclassement lui ôte son caractère sérieux.[1508]

c 2 : La sanction du non respect du reclassement

« ***La procédure est nulle et de nul effet, tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social, n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés*** . »

Parmi les ambiguïtés déjà relevées dans la rédaction de l'article 60II, issu de la loi du 27 janvier 1993, celle de la sanction fut sans doute la plus importante. Assurément, le domaine de la nullité engage un débat moins sur la nullité de la procédure que sur la nullité de l'acte de licenciement consécutif au prononcé par le juge de la nullité de la procédure. Les solutions divergentes des juridictions du fond et la richesse des arguments échangés par le doctrine témoignent de l'intérêt de la question. Deux champs sont donc à examiner successivement, celui du domaine de la nullité et, partant, celui de la nullité subséquente du licenciement.

Dans l'approche de la question du domaine de la nullité, on peut désormais fixer deux certitudes. En premier lieu, l'arrêt Sietam,[1509] du 16 avril 1996, admet bien que la nullité de la procédure soit prononcée. Une évidence sans doute au regard de la rédaction du texte. Pourtant des juridictions du fond ont prononcé la suspension de la procédure plutôt que sa nullité.[1510] En second lieu, la question de savoir s'il faut admettre que la nullité soit prononcée uniquement en l'absence de tout plan de reclassement, ce qui serait une interprétation minimaliste du texte, ou bien qu'elle puisse être prononcée lorsque le plan n'est pas conforme aux exigences légales, pouvait être soulevée. Ici l'arrêt Everite a fixé

1507 C'est au moment où l'offre est faite à un salarié que le régime de l'obligation de reclassement se modifie : de mesures du plan social, elle devient créance individuelle. Le salarié destinataire de l'offre a dès lors un droit personnel à l'encontre du débiteur.

1508 Il est au demeurant vrai que selon la Cour de cassation, la violation de son obligation de reclassement rend le licenciement sans cause économique. Sur ce point voir infra 376 et suiv. On relèvera que la Cour de cassation a jugé que lorsque le plan social contient une obligation de reclassement, le nonrespect par l'employeur d'une obligation qu'il s'est luimême imposé ôte au licenciement sa cause réelle et sérieuse. Cass. Soc. 10 oct. 1990, Michelin, n°8843.920.

1509 Cass. Soc. 16 avril 1996, Sietam, 2 arrêts, *Bull. V.,* n°163 et 164. *R.J.S.* 5/96 n°560 ; *R.J.S.* 5/96, p. 311 conclusions KESSOUS ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, «Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932 ; M.A. SOURIACROTSCHILD, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* n°118 et 119, 1996.

1510 Notamment, T.G.I. Le Havre 13 août 1993, *Dr. Ouv.* 1993, 377. C.A. Amiens, référé, 28 déc. 1994, *Dr. Soc.* 1996, 389, suspension de la procédure et mesures individuelles nulles et de nul effet.

la doctrine de la Cour de cassation. Le plan de reclassement ne saurait être purement formel, il doit comporter des mesures précises, la Cour contrôlant la qualité des mesures exigées. L'incertitude quant à elle résiderait dans l'omission par l'employeur de consulter le comité d'entreprise aux fins d'élaboration du plan social tout en le lui présentant néanmoins. Monsieur Pélissier relève que cette interprétation du texte pourrait résulter d'une volonté de scinder le corps du texte de l'article 60l et amènerait à conclure que la nullité de la procédure ne peut être prononcée que lorsque le plan visant au reclassement n'a pas été présenté aux institutions représentatives du personnel, peu important donc qu'elles aient été associées à son élaboration.[1511] L'auteur réfute cependant cette interprétation en précisant que l'information et la consultation sont des modalités d'élaboration du plan de reclassement, lesquelles sont substantielles. On ajoutera que le plan social auquel s'intègre le plan de reclassement doit au même titre faire l'objet d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise. Toutefois, l'article L. 122144 dernier alinéa du Code du travail prévoit implicitement que la concertation avec le comité d'entreprise n'est pas une condition de validité de la procédure puisque son défaut est sanctionné par l'octroi de dommagesintérêts calculés en fonction du préjudice subi. Il est tout aussi vrai, que la sanction de la nullité n'avait jamais été prononcée par la Chambre sociale de la Cour de cassation faute pour l'employeur d'avoir accompli la formalité de la consultation du comité, pourtant substantielle, en l'absence d'une disposition en ce sens.[1512] A cet égard, la loi du 27 janvier 1993 marque une rupture nette avec les législations antérieures dont l'esprit, sinon la lettre, et commande une interprétation dans le sens donné par Monsieur Pélissier.

Nonobstant ces remarques, la question centrale demeure celle de la nullité des licenciements prononcés lorsque la procédure a, quant à elle, fait l'objet préalablement d'une annulation par le juge. La nullité doit donc être envisagée à un double niveau, d'une part, celui de la nullité de la procédure en raison d'un plan de reclassement non sérieux et, d'autre part, la nullité des licenciements prononcés en raison ce celle de la procédure. Malgré les débats soulevés dès l'adoption du texte, la circulaire du 29 janvier 1993 n'apporte sur ce point aucune précision. Quant aux premières décisions rendues par les juges du fond, elles rendent compte des difficultés d'interprétation. Ainsi, le conseil de prud'hommes de Meaux, comme celui d'Altküch ont jugé que la carence de plan social entraîne la nullité des licenciements notifiés et emporte pour l'employeur l'obligation de réintégrer les salariés.[1513] C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Paris en énonçant que les licenciements notifiés à chaque salarié dans le cadre d'un plan social constituent une suite indissociable de la procédure de licenciement collectif

[1511] J. PELISSIER, « Le contrôle des plan sociaux », *R.J.S.*, 89/94, p. 563, spéc. IB 2, a). Article L. 32141 du Code du travail. *Loi n°93 121 du 27 1 93* « *La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés.* »

[1512] La Cour de cassation, Chambre commerciale, a jugé nulles les délibérations d'un conseil d'administration à défaut de convocation des représentants du comité d'entreprise. Cass. Com. 17 fév. 1975, *Bull. IV.,* n°44 ; *D.* 1975, 466, note BOUSQUET. La portée de cette jurisprudence reste toutefois discutée car l'arrêt porte sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 24 juill. 1966. Sur ce point, M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise*, *L.G.D.J.,* 1994, pp. 435436.

ellemême et que l'annulation de cette procédure entraîne nécessairement celle de toutes les mesures individuelles qui en découlent, qu'il s'agisse des licenciements proprement dits ou de rupture d'un commun accord à la suite d'une convention de conversion.[1514] Sur un autre plan, la Cour d'appel d'Amiens a confirmé la décision du conseil de prud'hommes de Compiègne enjoignant à un employeur la reprise de la procédure de licenciement et ordonnant la continuation des contrats de travail au motif que les irrégularités de la procédure entraîne l'irrégularité (sic) de toutes les mesures individuelles qui en découlent, qu'il s'agisse des licenciements proprement dits ou des ruptures d'un commun accord par acceptation de conventions de conversion.[1515] En revanche, le conseil de prud'hommes de Tours a pour sa part estimé que la carence du plan social entraîne (...) la nullité de la procédure et qu'ainsi même si cette nullité était prononcée, (...) les salariés ne peuvent prétendre qu'à des dommagesintérêts et non au maintien de leur contrat de travail.[1516]

Quant à la doctrine, elle aussi s'est divisée autour de cette question. Pour se prononcer contre la nullité des licenciements subséquents, M. le conseiller Waquet remarque simplement que la première sanction est déjà l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.[1517] Cette solution est celle du non respect par l'employeur de son obligation de reclassement trouvant sa source dans le contrat de travail, c'est aussi celle prononcée lorsque le plan social contient une telle obligation et que l'employeur ne respecte pas son propre engagement.[1518] Sur le fond du débat, au moins quatre motifs sont avancés. Tout d'abord, un argument réfutant que les conditions de forme et de fond soient mises sur un même plan est avancé.[1519] Pour ses tenants, la loi entend donc sanctionner moins le défaut ou l'insuffisance de plan que l'irrégularité de la consultation

1513 Conseil de prud'hommes de Meaux, 29 avril 1994, référé, *R.J.S.* 4/95, n°368, *Dr. Ouv.* 1995, 29, note H. SINAY ; conseil de prud'hommes d'Altkütch, 7 juill. 1994, référé, *R.J.S.* 6/94, n°635 ; conseil de prud'hommes Carcassonne, 17 janv. 1994, *Dr. Ouv*. 1994, 242.

1514 C.A Paris, 23 fév. 1996, SA Samaritaine, *R.J.S.* 89/96 n°911.

1515 C.A. Amiens, 29 juin 1995, *Dr. Soc.* 1996, 389.

1516 Conseil de prud'hommes Tours, SKF, *Dr. Ouv.* 1994, 76, note Y SAINTJOURS ; *R.J.S.* 1/94, n°19. Dans le même sens mais implicitement, T.G.I. Paris, 10 mai 1994, Samaritaine, *Action juridique* n°113, p. 3, prononce la nullité de la procédure mais n'a pas ordonné l'exécution du jugement car les licenciements avaient déjà été prononcés. Aussi, T.G.I. Lille, 24 mars 1994, Normil BSN, *Action juridique* n°113, p. 3.

1517 Ph. WAQUET, « Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, 303.

1518 Cass. Soc. 10 oct. 1990, Michelin, n°8843.920.

1519 Cette argumentation n'est pas déterminante, car dans au moins deux cas très nets la Cour de cassation conditionne, à raison d'une irrégularité de forme, la cause du licenciement. Il s'agit ici de l'absence d'énonciation d'un motif dans la lettre de licenciement, ainsi que la condamnation de l'employeur sur, le fondement de l'article L. 122325 al. 2, lorsqu'est licencié, un salarié victime d'un accident du travail, sans avoir obtenu de conclusions écrites du médecin du travail, Cass. Soc. 13 oct. 1982, *Bull. V.,* n°545 ; infra n°329.

des institutions représentatives du personnel. Il ne pourrait donc pas être tiré argument de la nullité de la procédure, restrictivement circonscrite, pour l'étendre de surcroît au licenciement.[1520] L'étude de M. Couturier est la plus complète.[1521] Ses objections s'appuient sur trois points essentiels. Tout d'abord, l'auteur relève qu'il n'est pas possible de considérer que l'effet spécifique de la procédure est de rendre possible la notification des licenciements parce que l'accomplissement de la procédure ne peut pas être considéré comme une condition de validité du licenciement, l'article L. 122144 al. 3 ouvrant seulement un droit à indemnité. « ***La nullité de la procédure n'entraîne donc pas mécaniquement celle du licenciement prononcé.*** » Ensuite, l'auteur observe qu'il n'existe pas de nullité de forme, une telle reconnaissance troublerait la « cohérence du droit du licenciement », la nullité ne devant sanctionner que des licenciements attentatoires à des droits et libertés fondamentaux. Enfin, examinant les effets que produirait la nullité, l'auteur estime qu'on « ne peut se satisfaire d'une solution où le salarié pourrait indéfiniment demander sa réintégration ou le paiement des salaires, pour en conclure que la nullité est ***« une sanction disproportionnée*** », (...) que « ***dans ces conditions (...) la nullité prévue par le nouveau texte ne porte, conformément à la formule légale, ellemême, que sur la procédure du licenciement collectif***. »

A l'inverse, en faveur de la thèse de la nullité une double argumentation est présentée. La première développe des arguments qui peuvent être regroupés autour d'une conception finalisée des dispositions introduites par la loi nouvelle. Ainsi, il est observé que l'argument s'appuyant sur le fait que la procédure n'ait jamais été une condition de validité de l'acte de licenciement n'est pas décisif et ne préjuge pas de la volonté, sans doute nouvelle, du législateur. Ainsi selon M. Gaudu, il n'apparaît plus pertinent d'opposer, en l'espèce, la procédure dont ressort le plan de reclassement et condition de fond, c'estàdire la validité du licenciement, dès lors que des formalités substantielles préparent un acte.[1522] Selon cet auteur, « ***pour donner un effet utile à cette formule [« la procédure est nulle et de nul effet »],*** il faut sans doute admettre la nullité du licenciement.[1523] Dans le même sens, et pour M. Pélissier, le plan de reclassement n'est pas une mesure parmi d'autres, c'est l'acte principal de la procédure parce qu'il doit permettre d'éviter les licenciements ou du moins en éviter le nombre. « ***Il n'est donc pas illogique de décider que les licenciements prononcés sont nuls lorsque l'acte qui pouvait permettre de les éviter n'a pas été accompli***. »[1524] Allant

[1520] Notamment, X. PRETOT, « Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration », *R.J.S.* 2/93, p. 87. On remarque cependant que ce n'est pas la voie ouverte par l'arrêt Everite, supra n°63.

[1521] G. COUTURIER, « Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993 », *Dr. Soc.* 1993, 219 et « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436.

[1522] Cette remarque d'opposition entre forme et fond rejoint une autre opposition entre rapport collectif, dont le plan de reclassement ressort, et rapport individuel, ici l'acte de licenciement. En effet, il semble que la mesure de reclassement interne est une mesure qui une fois individualisée se détache de l'acte collectif, même si elle y trouve son fondement. Contra G. COUTURIER, note sous 17 mai 1995, *D.* 1995, 436.

[1523] F. GAUDU, « Le contrôle et l'exécution du plan social », *Dr. Soc.* 1994, 492, spéc. n°38 et suiv.

plus avant encore, un argument audacieux, parce que s'appuyant implicitement sur un « droit à l'emploi », a été avancé. Selon Monsieur Bossu,[1525] la remise en état, consécutive au prononcé de la nullité d'un acte, doit permettre d'assurer le respect des droits de l'homme.[1526] S'en référant ainsi au préambule de la Constitution du 1946, l'auteur estime que le plan social s'inscrit dans cet objectif affirmé par le Conseil Constitutionnel selon lequel il appartient au législateur de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi.[1527] Le plan social s'inscrit donc, expressément dans cet objectif, la nullité permettant de l'assurer efficacement. En second lieu, ce sont les effets « relatifs » de la nullité qu'il convient de mesurer puisque si celleci est affirmée elle ne porte point atteinte au droit de licencier.[1528] Certes, l'employeur devrait réintégrer les salariés, sinon payer les salaires, mais seulement jusqu'à ce qu'il soit mis en place un plan de reclassement conforme aux exigences légales ou que l'employeur rapporte la preuve qu'il a recherché avec diligence des emplois disponibles mais que faute d'en disposer, son plan de reclassement s'orientera moins vers des mesures de reclassement interne que vers celles également visées par l'article L. 32141 du Code du travail.

La réponse de la Chambre sociale de la Cour de cassation était donc attendue. Par l'arrêt « La Samaritaine » du 13 février 1997,[1529] elle s'est prononcée en faveur de la nullité des licenciements énonçant que « ***la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 32141 susmentionné, sont euxmêmes nuls ; d'où il suit que la Cour d'appel, ayant constaté que la procédure de licenciement collectif avait été déclarée nulle, a pu décider que les rupture prononcées constituaient un trouble manifestement illicite et ordonner, pour le faire cesser, la poursuite des contrats de travail illégalement rompus (...).*** »

Considérant le contentieux développé devant les juges du fond,[1530] les faits, en l'espèce, ne présentaient aucune particularité. Ainsi, suite à des difficultés économiques, non contestées, la société « La Samaritaine » présente au comité d'entreprise un plan

1524 J. PELISSIER, « Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/94, p. 563, spéc. I B 2. b).

1525 B. BOSSU, « La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales », *Dr. Soc.* 1996, 383.

1526 En ce sens, J.M. VERDIER, « Libertés et travail problématique des droits de l'homme et rôle du juge », *D.* 1988, 63.

1527 C. Const., 28 mai 1983; *A.J.D.A.* 1983, 619, supra n°20.

1528 J. PELISSIER, article précité.

1529 Cass. Soc. 13 fév. 1997, La Samaritaine c./ Mmes Benoist et Guiglielmi, *Bull. V.,* n°64, *Dr. Soc.* 1997, 249 conclusions Ph. de CAIGNY, obs. G. COUTURIER ; *D.* 1997, jurisp., 171, note A. LYONCAEN ; *Semaine sociale Lamy* n°829 du 3.3.97, interview J. PELISSIER et G. COUTURIER ; T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine », *Dr. Soc.* 1997, 331.

1530 Supra n°374 et suiv.

social contenant des offres de reclassement internes, notamment des passages sur des emplois à temps partiel, ainsi que des primes de départ et des convention F.N.E. Le comité d'entreprise estime le plan social insuffisant et saisit le juge des référés afin de dire que le plan de reclassement est nul parce que trop imprécis. Le litige est porté devant la Cour d'appel de Paris[1531] qui confirme le jugement de première instance lequel avait fait droit à cette demande ; se fondant sur cette décision deux salariées demandent alors au juge de prononcer leur réintégration au motif que leurs licenciements sont nuls en raison de l'annulation de la procédure de licenciement. C'est cette demande qui est accueillie et la nullité des licenciements entérinée par les hauts magistrats.

La nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur sont euxmêmes nuls. Prôner la nullité c'est vouloir que l'acte soit inefficace, parce que l'acte nul est privé de tout effet tant pour le passé que pour l'avenir. Ramené au licenciement, cela signifie que l'acte nul ne rompt pas le contrat de travail, qu'il subsiste, et que chacun des contractants demeure tenu des obligations qui en résultent ; c'est donc, dans le même temps, admettre son corollaire : la réintégration. Les conséquences attachées à la nullité sont connues, même si la réintégration demeure cantonnée à des hypothèses précisément définies.[1532] Mais l'intrusion de la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique pose des questions complexes selon les actes envisagés, spécialement pour les actes autres que le licenciement (préretraite, modification des contrats de travail, conventions de conversion). Toutefois, la remise en l'état, conséquence de la nullité, ne posera de difficultés pratiques que pour autant que l'ex salarié en fera la demande, ce qui semble impliquer qu'en opportunité, la situation reconstruite soit plus favorable que celle qu'il tient au moment de la demande. En effet, il faut dissocier, d'une part, la nullité de la procédure de licenciement et, d'autre part, la nullité de l'acte de licenciement subséquent. Si la nullité de la procédure a pour effet d'entraîner de plein droit la nullité de tous les actes subséquents, encore fautil que le salarié demande judiciairement de constater la nullité de l'acte de rupture de son contrat de travail. La nullité de la procédure rend l'acte de licenciement annulable mais pour être annulé l'intervention du juge est nécessaire, d'autant que la nullité semble ici relever de la catégorie des nullités relatives ce qui ouvre la voie à la confirmation du plan social.[1533] Autrement dit, il faut restituer à l'attendu de principe de l'arrêt « La Samaritaine » son autorité relative au sens procédural et relever, de plus, que l'arrêt répond à une demande en annulation dont l'objet est le licenciement, et non pas une demande ayant pour objet l'annulation du plan social. L'action contre les

[1531] C.A. Paris, 23 fév. 1996, *R.J.S.* 89/96, n°911.

[1532] Supra n°149 et suiv.

[1533] Sur le régime de la confirmation, article 1338 du Code civil. Voir sur cette question, F. FAVENNECHERY, « La jurisprudence La Samaritaine et la prescription des actions en justice », *Dr. Soc.* 1997, 341. On observera cependant que la confirmation de l'acte semble peu approprié en l'espèce. En effet, que peuton confirmer ? Sans doute pas le licenciement car la cause de la nullité, l'illicéité du plan social, demeure ; or la confirmation n'est possible que lorsque le vice affectant l'acte a disparu. Reste la confirmation du plan social. Mais alors, qu'en estil de l'acte de rupture du contrat de travail au regard du plan qui a justement pour but d'éviter ces ruptures ?

actes subséquents est donc un droit réservé au salarié dont le contrat a été rompu ou modifié en exécution du plan social annulé. Ces considérations n'enlèvent cependant rien aux difficultés qui ne manqueraient pas de surgir pour un ex salarié ayant bénéficié d'une convention de conversion engageant par nature des fonds publics et des actions de formation. A cet égard, la nullité du licenciement assortie d'une demande en réintégration apparaît bien mieux balisée en droit positif. Le salarié devra en effet être réintégré dans son emploi ou dans un emploi équivalent si ce dernier n'existe plus, ce qui est fort probable compte tenu de la cause de la rupture du contrat de travail. Il reste que dans cette hypothèse la protection de l'emploi apparaît d'emblée limitée puisque la cause qui avait présidée à la mise en oeuvre d'une procédure de licenciement collectif pourra être reprise. Ainsi, l'engagement d'une nouvelle procédure de licenciement apparaît inévitable, mais on peut néanmoins attendre qu'elle se conforme alors aux objectifs de la loi.

Ces interrogations et partant les critiques soulevées par l'arrêt « La Samaritaine » doivent cependant être mesurées à leur portée exacte. Les incertitudes, réelles, ne peuvent plus être opposées dès lors que la solution de principe est quant à elle parfaitement intelligible.[1534] Un plan social non conforme à la loi entache de nullité l'acte de licenciement qui serait prononcé. Or, avant la notification du licenciement plusieurs signaux dont l'avis du comité d'entreprise, un constat de carence, auront alerté le chef d'entreprise.[1535] La saisine par le comité d'entreprise du juge des référés devrait de même conduire l'employeur à la prudence. La question des effets de la nullité ne devrait donc en pratique plus se poser sauf un entêtement singulier d'un chef d'entreprise à passer outre les différents signaux et/ou à ignorer les décisions de justice faisant état de l'insuffisance du plan social présenté.[1536]

De l'arrêt « Everite » à l'arrêt « La Samaritaine », il semble ressortir que l'emploi est un intérêt digne de protection prenant place dans un dispositif d'ordre public primant sur la volonté particulière de l'employeur pour aboutir à la règle selon laquelle la nullité est alors la seule sanction qui s'impose. Pourtant, il revient ici de souligner que la nullité du licenciement est limitée dans son champ d'application aux seules ruptures prononcées dans le cadre d'un licenciement économique collectif, et non pas lorsque l'employeur méconnaît son obligation de reclassement dans le cadre d'un licenciement économique individuel. Dans cette dernière hypothèse le licenciement est simplement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il ne semble pas que la protection de l'emploi, lorsque l'acte de licenciement est entaché de la même irrégularité c'estàdire la violation de l'obligation

1534 On remarquera que suite à l'arrêt rendu par la Chambre sociale du 13 fév. 1997 un accord d'entreprise est intervenu sur les suites de l'annulation du plan social (accord du 30 avril 1997). Voir *Liaisons sociales* n°7679 du 2 juin 1997. Cet accord conclu pour une durée déterminée de deux mois prévoit que l'employeur s'engage à réintégrer ses anciens collaborateurs qui en font la demande expresse dans un délai de quinze jour à compter de l'entrée en vigueur de cet accord. Ce délai de forclusion (article 1) est surprenant. En effet, selon la jurisprudence il n'y a de délai pour demander sa réintégration (Cass. Soc. 20 mai 1992, *Dr. Soc.* 1992, 714). En revanche, sont remarquables les engagements pris par l'entreprise en vue de faciliter la réadaptation des salariés à leurs emplois (article 3).

1535 En ce sens J. PELISSIER, « Le contrôle des plan sociaux », *R.J.S.*, 89/94, p. 563.

1536 Voir les remarques de T. GRUMBACH, « Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine. », *Dr. Soc.* 1997, 331.

générale de reclassement, puisse se satisfaire tantôt d'une issue indemnitaire, tantôt de la nullité de l'acte de rupture du contrat de travail. Il appartiendra donc à la Cour de cassation en posant ou non une pierre supplémentaire à cet édifice en construction de donner une cohérence au droit de l'emploi.

Paragraphe III : Le groupe, périmètre de l'obligation de reclassement

La reconnaissance de l'obligation de reclassement est essentielle à la protection de l'emploi, mais sans la détermination d'une sphère pertinente au reclassement, l'obligation peut s'avérer sans portée. Définir le périmètre de l'obligation, c'est donc mesurer l'étendue de la protection. Aussi, il est remarquable que le juge ait imposé, que le fait générateur résulte de l'inaptitude physique ou d'une mise en cause de l'emploi, un cadre identique à l'obligation de reclassement. L'emploi de reclassement doit être recherché au niveau de l'entreprise, s'il y a plusieurs établissements,[1537] ou au niveau du groupe auquel appartient l'entreprise. La Chambre sociale de la Cour de cassation, par un arrêt du 25 juin 1992 relatif au licenciement pour motif économique, a précisé que « la réalité du motif économique d'un licenciement et la recherche des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. »[1538] Plus récemment, se prononçant sur le cadre du reclassement en cas d'accident du travail, la Cour de cassation a également exposé que « la recherche des possibilités de reclassement du salarié victime d'un accident du travail, déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment au sens de l'article L. 122352 du Code du travail, alors applicable, doit s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »,[1539] la solution étant étendue aux maladies non professionnelles. C'est donc par une jurisprudence unitaire que la Cour de cassation détermine le périmètre de l'obligation de reclassement,[1540] renforçant par là même l'émergence d'un droit au maintien du lien d'emploi. Ce renforcement est significatif parce qu'il vise un espace plus vaste que l'entité affectée par les suppressions d'emplois (entreprise pour l'établissement, le groupe pour l'entreprise). L'intégration du groupe au périmètre du reclassement mesure la vigueur du principe selon lequel le licenciement est l'ultime solution. Au fond, la

[1537] Cass. Soc. 16 mars 1994, n°1501D. ; 18 mars 1997, n°1283D.

[1538] Cass. Soc. 25 juin 1992, *Bull. V.,* n°420, *Dr. Soc.* 1992, 826. La solution n'est ici pas nouvelle. Mais par cette décision les Hauts magistrats ont affiné la notion de groupe. Pour les arrêts antérieurs, voir Cass. Soc. 20 fév.1991, *Bull. V.,* n°86 et 15 mai 1991, *Bull. V.,* n°238.

[1539] Cass. Soc. 24 nov. 1995, *J.C.P.* 1996, éd. E., II, 774, note ARSEGUEL et FADEUILHE.

[1540] Une lecture attentive des deux attendus fait ressortir que la mention du lieu d'exploitation ne figure pas dans l'arrêt du 25 février 1992 relatif au licenciement pour motif économique. Cette distorsion a été gommée par les magistrats. Voir notamment, Cass. Soc. 8 fév. 1995, *C.S.B.P.* n°70, 23 mai 1995, *Dr. Soc.* 1995, 679, note FAVENNECHERY, Cass. Soc. 2 avril 1996, *C.S.B.P.* 1996 sup. n°83.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

recherche du groupe, par delà l'employeur, marque une fonction propre à tout ordre juridique qui est celui de définir un centre d'imputation.

1 La détermination du groupe comme périmètre pertinent

Malgré l'absence de définition légale du groupe, il n'en est pas moins appréhendé, par la jurisprudence, en tant qu'entité de fait où peuvent s'exercer des droits.[1541] Mais avant tout le groupe est un fait essentiellement économique de concentration de sociétés par la voie de prise de participation afin d'exercer une influence par une prise de contrôle ou de direction. Le groupe est donc la marque du pouvoir exercé par une société sur d'autres sociétés juridiquement distinctes, assurant, à des degrés divers, une unité de décisions, une convergence des politiques, une coordination des potentiels de ces entreprises.[1542] Le groupe est, enfin, un phénomène récent qui, alors que le droit des sociétés faisait l'objet d'une véritable construction dans les années soixante, fut, pour sa part, l'objet d'une démarche empirique, s'ajustant problèmes après problèmes, sans aller néanmoins jusqu'à la reconnaissance de sa personnalité morale.[1543] Au fond, la pratique juridique a réagi face aux phénomènes de concentration d'entreprises, leur essor expliquant des mesures éparses,[1544] ou cependant la posture du droit du travail apporte une richesse conceptuelle spécifique finalisée par le dépassement du simple cadre de la relation contractuelle individuelle entre le travailleur et l'entreprise/employeur. En somme, c'est une recherche de la réalité économique du groupe qui importe, une définition relative s'impose, nécessaire au regard des enjeux poursuivis au travers de cette qualification.[1545]

De même que la « notion d'entreprise doit ses dimensions variables au fait qu'on cherche à l'asseoir sur la réalité objective des intérêts économiques et sociaux qui s'y entrecroisent »,[1546] le groupe répond à l'évolution économique des organisations. Au travers du groupe il s'agit de rendre compte d'une réalité de plus en plus complexe que le concept d'entreprise ne peut plus à lui seul restituer. Comme l'observe M. Chalaron, on passe à un centre plus large d'appréciation parce que l'entreprise (unité autonome de décision coïncidant avec un potentiel économique et humain placé sous la direction unique de l'employeur) en tant que mode de la représentation collective des salariés perd de son autonomie et est prise dans une organisation dominante ou englobante.[1547] Au

1541 En ce sens, Y. CHALARON, Le groupe de sociétés, *Juris classeur*, Fasc. 1620 et 1625.

1542 Y. CHALARON, étude précitée.

1543 Voir notamment, C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *L.G.D.J.,* 1991 ; P. BEZARD, *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Litec 1975, P. BEZARD, « les groupes de sociétés : évolutions récentes et perspectives », *J.C.P. cahiers du droit de l'entreprise*, 1/90, page 15.

1544 Voir C. HANNOUN, précité.

1545 Ainsi pour I. VACARIE, en droit du travail, le résultat du contrôle importe plus que les techniques permettant de l'acquérir, in *L'employeur*, Sirey 1979, n°4.

1546 A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 133.

niveau individuel et collectif, il semble donc poindre, dans une tentative de définition, comme élément clé, le pouvoir.

Ainsi, sur le plan des rapports individuels de travail, s'est posée la question de la reconnaissance de l'employeur.[1548] En effet, il s'est agi de savoir si nonobstant la réalité non contestée d'un pouvoir de direction économique, le groupe pouvait être débiteur d'obligations nées du contrat de travail, c'estàdire de traiter le groupe comme une entreprise unique ? Dans un premier temps, la Cour de cassation estimait qu'il y a avait dans le groupe autant d'entreprises distinctes que de sociétés employant de la maind'oeuvre.[1549] Chaque société juridiquement distincte était traitée indépendamment du groupe marquant la réticence des juges à le caractériser. A cet égard, la jurisprudence recherchait certes le pouvoir au travers de la subordination mais une analyse pragmatisme conduisait plutôt à admettre une confusion de subordination, étendant le champ de l'entreprise à des frontières plus vastes que celles se limitant au rapport salarié/employeur, mais ne visant pas explicitement le groupe. Cette approche a notamment trouvé son champ d'élection sur le terrain de la mobilité de la maind'oeuvre, le groupe étant un cadre dans lequel le salarié est amené à évoluer.[1550] C'est aussi, en raison de cette mobilité que des dispositions légales spécifiques reconnaissent aujourd'hui la prise en compte de l'ancienneté dans le groupe. Ainsi, l'ancienneté, souvent présentée comme un élément de la carrière dans l'entreprise,[1551] est également le fait générateur du bénéfice de certains droits s'appréciant au niveau du groupe. Il en va ainsi de l'article L. 122328 du Code du travail au titre du congé pour la création d'entreprise ou du congé sabbatique, ou encore selon l'article L. 2271 du Code du travail relatif à l'ouverture d'un compte épargne temps.

C'est aussi sur le plan de la représentation collective que la jurisprudence est allée le plus loin, étant entendu que le cadre naturel de mise en place des institutions est, par principe, circonscrit à l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation a été amenée à se mettre en phase avec le développement des politiques de concentration économique,[1552] et admettre que des liens existant entre sociétés pouvaient justifier la prise en considération de l'ensemble qu'elles forment pour constituer un délit d'entrave à l'occasion d'une mutation du personnel ou pour imposer une institution commune de représentation du

1547 Y. CHALARON, étude précitée.

1548 I. VACARIE, ouvrage précité ; J. SAVATIER, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », études de droit du travail offertes à A. Brun, page 527.

1549 Cass. Soc. 11 déc. 1968, *Dr. Soc.* 772, obs. J. SAVATIER.

1550 Par exemple : Cass. Soc. 23 sept. 1977, *Bull. V.,* n°136 ; Cass. Soc. 25 fév. 1988, *Bull. V.,* n°138, *Dr. Soc.* 1989, 466, obs. I. VACARIE et *D.* 1988, SC, obs. A. LYONCAEN ; Cass. Soc. 31 oct. 1989, *R.J.S.* 12/89, n°903 ; Cass. Soc. 4 avril 1990, *Dr. Soc.* 1990, 780.

1551 G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°106.

1552 En ce sens, voir G. PICCA, « Le droit du travail à l'épreuve de l'économie », *Dr. Soc.* 1994, 26.

personnel.[1553] Ces regroupements d'entreprises juridiquement distinctes ont été concrétisé par la loi du 28 octobre 1982. Depuis, dans les groupes de sociétés composés d'une société dominante et de ses filiales et éventuellement de sociétés dans lesquelles la société mère détient un participation d'au moins 10% du capital social,[1554] l'article L. 4391 du Code du travail prévoit l'institution d'un comité de groupe.[1555] Toutefois, et même si le comité de groupe dispose de la personnalité civile,[1556] son champ d'action apparaît doublement limité. D'une part, l'institution ne peut pas, en vertu du principe de la territorialité de l'application de la loi, viser les sociétés du groupe situées hors des frontières nationales, même si d'un point de vue économique elles en ressortissent. Juridiquement fondée, une telle solution est néanmoins un obstacle majeur qui rend improbable toute effectivité de la mission tant le pouvoir, quant à lui, ne connaît pas de frontières.[1557] D'autre part, les attributions du comité de groupe sont réduites par rapport à un comité d'entreprise, même si en raison de sa situation, le domaine de son information s'étend à l'activité, à la situation financière et à l'évolution de l'emploi dans les entreprises qui composent le groupe,[1558] et y compris, selon les juges de la Cour d'appel de Riom, pour les sociétés du groupe situées hors des frontières nationales.[1559] On peut donc penser que l'absence de plénitude des pouvoirs du comité de groupe peut être largement et efficacement compensée par le recueil d'informations collectées à son niveau et qui

[1553] Cass. Crim. 23 avril 1972, *J.C.P.* 1972, éd. G., II, 17046 ; Cass. Soc. 8 juin 1972, *Bull. V.,* n°418.

[1554] Une société n'appartient à un groupe au sens de L. 4391 du Code du travail que si elle dépend d'une société dominante qui, soit possède directement ou indirectement plus de la moitié de son capital social, soit la contrôle effectivement et forme avec elle un ensemble économique, Cass. Soc. 9 fév. 1994, *C.S.B.P.* 1994, A.19, *Dr. Soc.* 1994, 251.

[1555] M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, *L.G.D.J.,* 1994, p. 166 et suiv. *;* D. PLANTAMP, « L'originalité du comité de groupe au sens de l'article L. 4391 du Code du travail », *D.* 1991, 69. L'institution du comité de groupe peut être demandée par toute organisation syndicale représentative qui occupe des sièges dans une entreprise du groupe des négociations doivent alors être mises en place, tout obstacle apporté à cette constitution relevant du délit d'entrave. La représentativité du syndicat n'a pas à être établie dans l'ensemble du groupe. Le droit de désigner des représentants à ce comité est reconnu, en son principe, à toute organisation syndicale ayant obtenu des élus dans l'un des comités d'entreprise dépendant du groupe, Cass. Soc. 4 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994, 688. Un comité d'entreprise, en vertu de l'article 4324 al. 1, doit être informé de la position de l'entreprise dans le groupe et la répartition de son capital social. En cas de contestation sur la mise en place de l'institution la demande doit être portée devant le T.G.I., C.A. Paris, 26 avril 1988, *D.* 1988, SC, 312, obs. LANGLOIS.

[1556] Il peut à ce titre ester en justice, Cass. Soc. 23 janv. 1990, *C.S.B.P.* 1990, A.13 ; *Dr. Soc.* 1990, 326, obs. J. SAVATIER, *Dr. Ouv.* 1990, 207.

[1557] A cet égard, on relèvera les difficultés de mise en place du comité européen de groupe mis en place par le Directive n°9445 du 22 sept. 1994, relative à la constitution d'un comité européen ou l'établissement d'une procédure pour l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises et groupes de dimension communautaire. Loi n°96985 du 12 nov. 1996.

[1558] Article L. 4392 du Code du travail.

[1559] C.A. Riom, 9 nov. 1992, C^{ie} générale des établissements Michelin c./ Société Secafi Alpha, cité au Code de droit du travail, Litec, 1996, note sous L. 4392.

seront ensuite utilisées par les comités d'entreprise de chaque société lorsque notamment le groupe est considéré par la jurisprudence comme centre d'imputation, notamment en vue due reclassement du salarié.

2 La mise en oeuvre du reclassement dans le groupe

En droit du travail, l'approche du groupe s'est construite autour de la fonctionnalité permettant de mettre en place une représentation collective des salariés. Sur le plan des relations individuelles la prise en compte du groupe ne s'est pas départi de la reconnaissance de l'exercice effectif de la subordination, les quelques situations visant expressément le groupe n'en tenant compte que rétrospectivement. Dans le cadre de l'obligation de reclassement la problématique à laquelle renvoie le juge n'est pas totalement différente. En effet, la volonté du juge, dans ces hypothèses, est de dépasser le rapport bilatéral de la relation de travail, parce que seul cet élargissement de la frontière de l'entreprise permet d'assurer la protection du lien d'emploi en ouvrant à l'obligation de reclassement des sphères géographiques et professionnelles nouvelles. Audacieux dans sa formulation, la mise en application du principe énoncé par la Chambre sociale de la Cour de cassation apparaît cependant de portée limitée.

L'extension du champ de l'obligation de reclassement au groupe manifeste la volonté du juge de dépasser l'écran constitué par les personnalités juridiques des sociétés qui le forment. Le groupe est bien, en ce sens, un fait économique qui est le résultat d'une logique économique, elle même fondée sur une logique de rationalisation des structures de production. A cet égard, cette intégration ne peut se faire que si elle se traduit par l'exercice d'un pouvoir qui va donc affecter les différentes sociétés composantes du groupe. Il est souvent manifeste que lorsque l'emploi est mis en cause, les décisions « locales » de gestion de l'emploi sont arrêtées dans leur principe au niveau de la société mère. Cet état de fait n'est pas différent dans le cas où des suppressions d'emplois sont envisagées dans une entreprise à structure complexe composée de plusieurs établissements distincts, le législateur imposant que le comité central d'entreprise soit informé et consulté cumulativement avec le comité d'établissement lorsque les mesures envisagées excèdent les pouvoirs du chef d'établissement concerné.[1560] Il n'est donc pas surprenant que le juge soit tenté d'ajuster le champ de son observation afin d'avoir une vue la plus exacte de la situation. Le licenciement pour motif économique est à ce titre significatif, mais il révèle aussi une complexité croissante des règles à appliquer. Ainsi dans le cadre du licenciement pour motif économique, la justification de la mise en cause de l'emploi s'apprécie selon la Chambre sociale de la Cour de cassation au niveau de l'entreprise et non de l'établissement,[1561] et au niveau du groupe lorsque la société y est intégrée,[1562] et a précisé sa position depuis l'arrêt du 5 avril 1995,[1563] en énonçant que

[1560] Article L. 3212 al. 2 du Code du travail. Voir Cass. Soc. 21 mars 1979, *Bull. V.,* n°118, *D.* 1979, I.R. 501. Cet arrêt pose le principe que l'employeur ne doit pas se contenter de consulter les comités d'établissements dès lors que la décision de licenciement se fonde sur des motifs économiques touchant l'ensemble de l'entreprise et excédant les pouvoirs des directeurs d'établissements.

[1561] Cass. Soc. 17 juin 1992, *Bull. V.,* n°403.

[1563] Cass. Soc. 5 avril 1995, Thomson, *Bull. V.,* n°123, *R.J.S.* 5/95, n°497.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

« les difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée » ; c'est ici une logique de marché qui domine l'analyse. Mais pour apprécier la suppression d'emploi, les juges doivent se placer dans le cadre plus restreint de l'établissement, c'estàdire dans une logique d'organisation de la production. Quant à l'obligation de reclassement elle doit être mise en oeuvre à l'aune d'un espace encore différent, celui du groupe. La rationalité du choix de ce périmètre répond alors, sembletil, à deux préoccupations.

Cette analyse participe de la volonté du juge de se recentrer sur l'exercice effectif du pouvoir au sein d'une organisation complexe. Comme le faisait déjà remarquer Madame Vacarie,[1564] ce sont bien le pouvoir de décision, l'intégration et la dépendance qui caractérisent cette forme d'organisation. Aussi, comme le souligne Monsieur Kessous, pour le groupe ce qui compte c'est moins le salarié que la force de travail, cette analyse devant conduire le juge à établir que le fonctionnement du groupe n'est pas sans incidence directe sur les conditions de travail des salariés. L'auteur en tire alors la conclusion que l'obligation de reclassement est le corollaire de l'utilisation de la force de travail par le groupe, laquelle trouve son fondement dans la solidarité et sur le droit de l'emploi cause juridique du droit au reclassement.[1565]

Cette analyse en terme de solidarité souligne une préoccupation certaine des juges. L'emploi est un intérêt socialement digne de protection. C'est la marque de la prise en compte d'intérêts et de charges qui doivent être répartis en fonction des contributions de chacun. Pourtant ce renvoi à la solidarité, qui présuppose au fond une forme d'obligation morale d'assistance, ne va pas de soi. Ainsi, l'idée de fraternité, assez proche de celle de solidarité, est rejetée par Monsieur Supiot, au motif que « la fraternité ne peut pas être intégrée dans un système juridique « rationnel » au même titre que la liberté ou l'égalité ; cette notion étant trop liée à une conception mythique du lien social. »[1566] Dans l'ordre juridique, ce qui est recherché c'est un débiteur. Dans le schéma classique de la relation de travail c'est le contrat, acte bilatéral, qui supporte l'emploi. Les droits et obligations sont donc déterminés autour des qualités d'employeur et de salarié engageant la responsabilité des cocontractants. Mais un tel rattachement au droit de la responsabilité se heurte, d'une part, à l'effet relatif du contrat et, d'autre part, au caractère indemnitaire de toute réparation, fût il de la réparation d'un droit à l'emploi. Or ce qui est ambitionné est bien le maintien du lien d'emploi et non une indemnisation de la perte d'emploi. A ces titres, on constate que le rattachement au régime de la responsabilité civile ne s'avère pas satisfaisant.[1567] De même, l'idée que c'est en vertu de l'intégration de la société dans une organisation plus vaste dans laquelle se manifeste sa dépendance, ne se montre pas plus

[1562] Cass. Soc. 20 fév. 1991, *Bull. V.,* n°86 ; 25 juin 1992, *Bull. V.,* n°240 ; 15 déc. 1993, n°4069D et 7 avril 1994 2043D, *C.S.B.P.* 1996, sup. n°83.

[1564] I. VACARIE, ouvrage précité, Y. CHALARON, *ibid.*

[1565] R. KESSOUS, « La recherche d'un reclassement dans le groupe préalable au licenciement économique », *Dr. Soc.* 1992, 826.

[1566] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 133 ; F. EWALD, *Histoire de l'Etat Providence. Les origines de la solidarité*. Livre de poche, 1996.

satisfaisante. En effet, si une telle approche justificative peut être avancée dans le cadre du licenciement pour motif économique, elle le devient moins, sinon disparaît, dans le cadre de l'obligation de reclassement en cas d'inaptitude physique ; le groupe a été désigné dans le cadre de l'accident du travail et de la maladie ordinaire, marquant une unification des régimes.[1568]

Dès lors, il faut en revenir à ce fondement de solidarité évoqué par Monsieur Kessous. C'est se placer dans une conception morale fondée par son utilité sociale. Seule cette idée semble pouvoir légitimer le groupe comme périmètre de l'obligation de reclassement. D'ailleurs, ce n'est pas la première fois que la Chambre sociale de la Cour de cassation se place sur ce terrain. En effet, pour l'application des critères d'ordre,[1569] lorsque que la convention collective ne donne aucune indication,[1570] la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 juin 1994,[1571] a posé le principe selon lequel c'est dans la cadre de l'entreprise qu'il convient de procéder au choix des salariés devant être licenciés. En conséquence, un salarié qui appartient à un établissement qui n'est pas affecté par la procédure peut être licencié pour motif économique dans le cadre strict du respect de l'ordre des licenciements, et aura un motif économique.[1572] Cette solution peut paraître paradoxale et inéquitable, mais elle trouve son fondement dans la solidarité entre travailleurs.[1573] Ce qui peut être imposé aux salariés, *a fortiori* doit pouvoir être demandé à l'entreprise, entendu ici dans son acceptation la plus large.

Pourtant, malgré la nécessité de dépasser les frontières de l'entreprise pour donner une pleine efficacité à ce droit au reclassement, on peut constater que la référence au groupe est d'une mise en oeuvre limitée.

Les précisions apportées par la Chambre sociale en témoignent. Dans un premier temps, la Haute juridiction avait refusé toute référence au groupe, en cassant l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait considéré comme sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié dont le reclassement aurait pu être assuré dans une des trois sociétés du groupe.[1574] La Cour de cassation estimait alors que la cause réelle et sérieuse de

[1567] Contra, M. HENRY, « Circulation et reclassement des salariés dans les groupes de sociétés : incidences sur les relations individuelles de travail », *C.S.B.P.* 1996, n°83, p. 263, spéc. II.B.

[1568] Cf. J.Y. FROUIN, « La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident », *R.J.S.* 12/95, p. 773. Pour la maladie ordinaire, Cass. Soc. 16 juin 1998, pourvoi B.9641.877 (à paraître au *Bulletin*).

[1569] Article L. 32111 du Code du travail.

[1570] Cass. Soc. 23 sept. 1992, *Bull. V.,* n°473, concernant la convention collective nationale des banques.

[1571] Cass. Soc. 21 juin 1994, *C.S.B.P.* 1994, n°62, p. 45. Précédemment, Cass. Soc. 24 mars 1993, *Bull. V.,* n°97. Cf. Ph. WAQUET, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. Soc.* 1994, 677 ; M. DESPAX, « L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. Soc.* 1994, 243.

[1572] Cass. Soc. 29 juin 1994, *Bull. V.,* n°266 et 13 juin 1996, *C.S.B.P.* sup. au n°83.

[1573] En ce sens, Ph. WAQUET, article précité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

licenciement ne pouvait s'apprécier que dans les rapports entre l'employeur et le salarié ; la logique contractuelle de la relation de travail devait primer. Pourtant, abandonnant cette analyse elle affirma dans un arrêt du 20 février 1991,[1575] « ***que la réalité du motif économique d'un licenciement et l'examen des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier dans le cadre du groupe auquel appartient la société concernée.*** »[1576]

Sans plus de précision de la part des juges, le groupe auquel il est fait référence peut être assimilé à celui visé par l'article L. 4391 du Code du travail, en vue de mettre en place un comité de groupe. A la définition du périmètre de reclassement préside donc une définition comptable ou mathématiques des rapports entre les sociétés du groupe. C'est en raison de cette lecture que certains auteurs ont d'emblée écarté toute référence ou assimilation à l'unité économique et sociale, ainsi Monsieur Urban pour lequel l'unité économique et sociale n'est pas adaptée car elle est un cadre trop restreint qui priverait alors le salarié de toutes les possibilités de reclassement.[1577] Pourtant une telle comparaison n'est pas sans justification même si l'unité économique et sociale et le groupe ne sont pas assimilables.[1578] L'unité économique et sociale est en effet une notion relative dont les éléments constitutifs sont appréciés en fonction de l'institution à mettre en place, ce qui, *a priori*, n'est pas le cas du groupe. Selon la jurisprudence pour constituer une unité économique et sociale,[1579] les éléments d'unité doivent être recherchés tant sur le terrain économique que sur le terrain social, une simple unité économique n'étant pas suffisante.[1580] L'unité économique se définit comme l'unité où la concentration du pouvoir de direction, la communauté d'intérêts des sociétés et l'identité ou la complémentarité des activités permettent au juge de passer outre les personnalités juridiques distinctes afin d'imposer une institution représentative du personnel sans même qu'un rapport de pouvoir soit établi entre ces sociétés. Cette unité économique doit être accompagnée par une unité sociale se définissant comme une communauté de travailleurs liés par les

1574 Cass. Soc. 22 nov. 1978, *Bull. V.,* n°785, *D.* 1979, I.R. J. PELISSIER.

1575 Cass. Soc. 20 fév. 1991, *Bull. V.,* n°86 ; également Cass. Soc. 15 mai 1991, *Bull. V.,* n°238.

1576 Le Conseil d'Etat, avait déjà affirmé que le motif du licenciement doit s'apprécier dans le cadre du groupe. C. Et., 18 janv. 1980, *Dr. Soc.* 1980, 323, conclusions DONTOUX ; également C. Et. 26 avril 1985, *D.* 1985, 398, note F. MODERNE ; 31 oct. 1986 et 15 juin 1987, *J.C.P.* 1987, éd. E., 16551.

1577 Q. URBAN, « Le licenciement pour motif économique et le groupe (Cour de cassation, chambre sociale 25 juin 1992) », *Dr. Soc.* 1992, 272.

1578 Selon la Chambre sociale, l'existence d'un comité de groupe n'est pas incompatible avec la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale, la finalité de ces institutions étant différentes, Cass. Soc. 9 mai 1989, *Dr du travail*, 1989, n°7, p. 17.

1579 L'unité économique et sociale est une construction jurisprudentielle qui n'a été reprise par la loi que pour le comité d'entreprise, article L. 4311 alinéa 6.

1580 Cass. Soc. 5 juill. 1977, *Bull. V.,* n°458 ; 15 mai 1990, *Bull. V.,* n°221.

mêmes conditions de travail, un statut social identique permettant une mobilité ou la permutabilité du personnel.[1581] Sans doute, l'unité économique et sociale est une sphère géographique de reclassement plus étroite que le groupe mais qui, au regard de l'emploi, pourrait sembler justifiée. Par un arrêt du 25 juin 1992,[1582] la Cour de cassation a affiné sa doctrine en précisant que « ***la recherche des possibilités de reclassement du salarié doivent s'apprécier à l'intérieur du groupe auquel appartient l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel.*** »

Par cette précision, la Cour de cassation semble revenir à un champ du reclassement plus resserré puisque si le reclassement doit s'effectuer au niveau du groupe c'est désormais en se limitant aux sociétés dont l'activité ou l'organisation interne permet une permutation.[1583] Ainsi, si la référence à l'unité économique et sociale pouvait, dans un premier temps, se révéler inadéquate, à la lecture du principe on peut relever le critère, ici décisif, de la permutabilité du personnel.[1584] Toutefois, pareille démarche afin d'approcher la notion de groupe recèle une part d'insécurité juridique.[1585] Mais, si l'on accepte l'idée selon laquelle l'obligation de reclassement relève de la solidarité pour fonder une recherche au niveau du groupe, et est à ce titre en cohérence avec son objectif, et si une restriction de ce périmètre aux emplois permettant une mutation est concevable, en revanche limiter des permutations aux sociétés ayant des activités ou une organisation du personnel le permettant, ne s'impose pas. En effet, on peut se demander quel est le rapport entre l'activité de l'entreprise et l'emploi qui justifie une telle restriction. Si l'on s'en tient à la seule analyse des qualifications, l'activité de l'entreprise importe peu. Certes, on remarquera que cette activité conditionne sans doute la recherche de compétences spécifiques, mais toute entreprise agrège autour de son activité principale d'autres

1581 Pour cette mobilité des travailleurs dont le caractère est fréquent et informel, Cass. Soc. 17 mars 1983, *D.* IR, 162, obs. J. FROSSARD ; 14 mai 1987, *Bull. V.,* n°327 ; 16 janv. 1988, *Bull. V.,* n°46.

1582 Cass. Soc. 25 juin 1992, *Bull. V.,* n°42, *Dr. Soc.* 1992, 826 ; également, 19 nov. 1992, *Bull. V.,* n°562 ; 15 déc. 1993, n°469D, *C.S.B.P.* sup. n°83 ; 8 fév. 1995, *C.S.B.P.* n°70 ; 2 avril 1996, *C.S.B.P.* sup. n°83 ; Cass. Soc. 30 avril 1997, n°1817D.

1583 Il s'agit bien d'un groupe restreint, en ce sens : Ph. WAQUET, « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. Soc.* 1995, 482. Pour une analyse critique voir G. LYONCAEN, « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », *Dr. Soc.* 1995, 489.

1584 C'est en tout cas l'avis du conseiller Ph. WAQUET, pour lequel le groupe restreint se définit par une référence implicite mais certaine à l'unité économique et sociale, article précité. Voir également M. HENRY, pour qui l'obligation de reclassement dans le groupe définirait une notion spécifique d'entreprise, un type particulier d'unité économique et sociale approprié à l'exercice de ce droit, in « Circulation et reclassement des salariés dans les groupes de sociétés : incidences sur les relations individuelles de travail », *C.S.B.P.* 1996, n°83, p. 263, spéc. II.B

1585 Ainsi dans une espèce, la Cour de cassation reconnaît un groupe constitué d'entreprises de transport regroupées sous forme d'association sans que ces sociétés n'aient un rapport de « pouvoir ». Dans ce cas, le lien juridique entre l'entreprise et l'association était une simple adhésion emportant selon l'arrêt une étroite communauté d'intérêts, Cass. Soc. 23 mai 1995, *Dr. Soc.* 1995, 679, obs. FAVENNECHERY ; voir aussi ARSEGUEL et FADEUILHE, note sous Cass. Soc. 24 nov. 1995, *J.C.P.* 1996, éd. E., II, 774.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

compétences, par exemple dans le domaine administratif, commune à toutes entreprises.[1586] Or une telle limitation réduit les chances de reclassement c'estàdire les possibilités de maintenir le lien d'emploi, sauf à effectivement rechercher parmi les sociétés du groupe celles qui outre les emplois compatibles ont un statut social identique tel que justement défini dans le cadre de l'unité économique et sociale.

Pourtant, énoncée dans le cadre du licenciement pour motif économique, la règle a été également transposée au cas de l'obligation de reclassement résultant de l'inaptitude physique du salarié. Ainsi, l'employeur dans la recherche d'un poste de reclassement doit solliciter les entreprises du groupe dans lesquelles le salarié peut faire l'objet d'une permutation, les sociétés pouvant se situer à l'extérieur des frontières nationales.[1587] On remarquera, avec M. Gérard LyonCaen, que le terme de permutation n'est pas le plus approprié puisqu'il s'agit dans la réalité de muter le salarié, pareille mutation pouvant constituer en outre une modification du contrat en raison notamment d'une modification du lieu d'exécution du travail.[1588] Le salarié peut donc légitimement refuser le reclassement, ce refus engendrant un licenciement. Cette analyse en terme de permutation renvoie a une appréciation des postes et de l'aptitude professionnelle du salarié c'estàdire à une analyse de la qualification professionnelle seule susceptible de repérer l'emploi.

Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, malgré le pragmatisme affiché de la Cour de cassation, le reclassement dans le périmètre du groupe apparaît doublement limité. En effet, l'offre de reclassement procède d'un acte de gestion de l'emploi émanant de l'employeur, c'est là une première limite. Mais surtout et en raison de l'autonomie juridique de chaque société du groupe on doit s'interroger pour savoir, d'une part, comment l'employeur ayant la charge de l'obligation de reclassement aura connaissance des emplois disponibles dans les autres sociétés du groupe, et comment l'employeur s'acquittant de son obligation de rechercher un emploi disponible pourra, d'autre part,

[1586] Dans un même ordre d'idée, la formation professionnelle se construit autour d'un métier et non spécialement autour de l'activité de telle ou telle branche, il est vrai essentiellement pour les emplois relevant du secteur tertiaire.

[1587] Cette interprétation est celle donnée par le conseiller Ph. Waquet, in « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », *Dr. Soc.* 1995, 482. Selon l'auteur, le cadre national est écarté dès lors que le secteur d'activité du groupe d'une part, et le groupe d'entreprises pratiquant la permutabilité d'autre part, doivent être entendus comme dépassant le cadre territorial national. Pour une application voir C.A. Paris 5 avril 1994, *R.J.S.* 7/94, n°850, à propos d'un cabinet d'avocats, l'employeur doit justifier des recherches effectuées et ne pas écarter que le salarié puisse développer d'autres compétences, apprendre une langue étrangère, être muté dans un autre pays. Pour autant cette affirmation ne semble pas en cohérence avec la formule choisie par la Cour de cassation qui précise que les possibilités de reclassement doivent être recherchées à l'intérieur du groupe parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel. Or si comme le préconise Monsieur Waquet, le rapport entre le périmètre de reclassement et l'unité économique et sociale est évident, on peut rester perplexe au regard d'une probable identité d'organisation ou de statut social entre sociétés étrangères ! Le professeur LyonCaen (article précité) semblait comprendre, à la lecture de l'arrêt Thomson du 5 avril 1995 que toute mobilité transnationale était de facto impossible. Ainsi l'auteur relève qu'il ne sera donc imposé aucun effort de reclassement du personnel audelà d'un certain « rayon ». Le groupe est multinational, son personnel n'a qu'une nationalité, il est territorialement limité dans ses droits.

[1588] G. LYONCAEN, article précité.

imposer à la société d'accueil le transfert du salarié. Le groupe est sans doute une structure hermétique soumis à des évolutions rapides rendant difficile sa connaissance exacte, sachant également que la mobilisation des règles de droit a pour objectif moins de donner une vision exacte du groupe que de l'appréhender en fonction des intérêts en jeu. Or précisément dans le cadre du reclassement, n'estce pas l'image la plus juste du groupe qui peut seulement donner sa pleine efficacité au reclassement[1589] ? Sur un plan pratique, la connaissance des emplois disponibles s'avère donc un obstacle sérieux à l'effectivité du reclassement.

Enfin quand bien même cet obstacle serait levé, se pose celui de la mutation du salarié. Il s'agit d'une transmission du contrat de travail, lequel n'est donc pas rompu conformément d'ailleurs à la finalité du reclassement interne et ne peut être que conventionnelle, emportant l'obligation d'adaptation du salarié à son emploi.[1590] Quid alors si la société d'accueil refuse cette transmission conventionnelle du contrat de travail du salarié reclassé ? La société dominante ne paraît pas en mesure de l'imposer, le pouvoir au sein du groupe est essentiellement économique. Le juge peutil, sous astreinte, enjoindre à la demande du salarié la poursuite de son contrat ? Rien n'est moins sûr. Dès lors quelles conclusions fautil en tirer au regard des droits du salarié. L'employeur, et ici cette qualité prend tout son sens, n'aura pas d'autre alternative que de licencier le salarié. Mais on peut se demander quel sera alors le retentissement de l'inertie du groupe au regard de la justification du motif de licenciement dès lors que le débiteur de l'obligation a bien recherché un reclassement, cette obligation étant une obligation de moyens et non de résultat.[1591]

Le groupe comme périmètre de l'obligation de reclassement marque la volonté du juge de rechercher dans une unité économique plus large que celle issue du rapport contractuel de travail, un centre d'imputation plus cohérent avec la réalité du pouvoir et un espace géographique sensé assurer l'effectivité d'un droit reconnu à la poursuite du contrat de travail. Toutefois, il n'est pas sûr, en l'état de cette construction que le juge puisse atteindre son objectif parce qu'à la restriction déjà apportée par les hauts magistrats dans la délimitation de ce périmètre, s'ajoutent des obstacles de fait et de droit qui risquent de réduire considérablement la portée de la garantie octroyée au salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée. Or on le sait, cette extension de la solidarité est posée car l'organisation de l'entreprise, notamment affectée par des difficultés économiques, restreignait d'ellemême les offres sérieuses de reclassement. Les obstacles au reclassement sont manifestes lorsque l'on interroge le débiteur de l'obligation ; ils sont aussi présents du côté du salarié/créancier. En effet, l'extension du périmètre du reclassement invite le salarié à la mobilité géographique laquelle se heurte

1589 En ce sens, voir B. TEYSSIE, « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », *J.C.P.* 1996, éd., G., 3902. A cette fin la présence du comité de groupe peut s'avérer des plus utiles, mais beaucoup d'organisations échappent à cette réglementation.

1590 Cf. supra n°299 et suiv.

1591 Cf. supra n°321 et suiv. Egalement J. SAVATIER, « L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica 1995, p. 387.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

dans la pratique à de sérieuses résistances. Indépendamment de certains métiers, il ne semble pas que le travailleur français soit un salarié « nomade ». La réalité des faits est donc là pour rappeler les limites à toute construction juridique, fût elle généreuse.

Chapitre III : La protection de l'emploi par la négociation sur l'emploi

L'analyse des modalités de la protection de l'emploi dans l'entreprise fait ressortir qu'elle se heurte aux pouvoirs de gestion et de direction de l'employeur. Leur efficacité induit une contrainte dans la gestion de l'emploi, spécifiquement lorsqu'est envisagée la rupture du contrat de travail. A cet égard, on peut observer que c'est moins l'emploistructure de l'organisation de l'entreprise qui est protégé, puisqu'il est remis en cause, que le maintien du lien d'emploi qui est recherché. Une autre voie, trouvant sa source dans l'engagement de l'employeur, peut être identifiée ; on peut espérer juridiquement du moins psychologiquement qu'elle contribue au maintien du lien d'emploi parce qu'elle est l'expression d'un engagement. Cette volonté naît soit de la convention issue de la négociation, soit de l'engagement unilatéral de l'employeur.[1592]

Liminairement à l'étude du régime juridique de ces accords relatifs à l'emploi, il convient de replacer dans son contexte cette construction volontariste de protection de l'emploi. En effet, pris dans son acception la plus large, l'emploi est au coeur du rapport de travail, tant sous son aspect individuel que sous un aspect collectif. Ainsi, la formation du contrat de travail participe initialement à une négociation bilatérale sur la qualification professionnelle prise comme composante déterminante de l'emploi.[1593] Sur le plan des rapports collectifs si la situation de l'emploi, c'estàdire tout aussi bien la durée du travail que les salaires, constitue le contenu même de la négociation, il importe de souligner une évolution relative à cet objet de négociation et aux finalités s'y rattachant.

Historiquement, la négociation s'est articulée autour de deux thèmes, le temps de travail et les salaires. Relativement au temps du travail, on peut remarquer qu'il s'est imposé comme une limite à l'emprise du travail sur l'homme.[1594] Quant au salaire, du

[1592] Voir notamment, E. DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Soc.* 1994, 227. L'engagement unilatéral de l'employeur n'a pas le même régime juridique que l'accord collectif, régi par la loi. C'est aussi en raison de ce régime, qui impose une obligation de dépôt, que les accords peuvent être connus à la différence de l'engagement unilatéral. L'analyse repose donc essentiellement sur des accords collectifs. Aussi pour la suite de l'étude le terme d'engagement n'est entendu que comme l'effet créateur d'obligations pour les parties à l'accord.

[1593] Voir supra n°158 et suiv., n°199 et suiv.

[1594] L'évolution s'est faite en trois temps. Dans un premier, la réglementation de la durée du travail a eu pour finalité de respecter les contraintes biologiques de l'homme et la préservation quantitative et qualitative de la main d'oeuvre. L'objectif est en réalité plus ambigu car il permet aussi en normalisant les pratiques de réduire la concurrence entre les entreprises (loi de 1841 relative à l'abaissement à huit heures de la durée journalière du travail des enfants), ou de réduire le chômage des hommes en ramenant par une loi de 1892 le travail des femmes à une durée de 11 heures journalières et à l'interdiction pour elles de travailler la nuit. Voir notamment, *Le temps de travail*, Futuribles, Syros 1993 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 72 et « Temps de travail, pour une concordance des temps », *Dr. Soc.* 1995, 947.

moins pour la période dite des « Trente Glorieuses », syndicats et patronat se sont accordés sur le partage des fruits de la croissance. Or, il semble qu'aussi bien la compétition économique de plus en plus sévère suscitant des besoins de flexibilité de gestion interne du personnel, que l'accroissement massif du chômage ont conduit les acteurs de ces négociations à un changement de perspectives. Il se révèle ainsi que le patronat est devenu demandeur à la négociation dès lors que celleci a eu pour effet d'aménager les conditions d'emploi. S'est alors développée une part croissante d'accords ayant pour objet de donner aux entreprises les moyens de s'adapter en vue d'optimiser l'utilisation des équipements en suivant au plus près les évolutions du marché.[1595] Cependant, dans le même temps alors que s'organisait une plus grande souplesse dans la gestion des situations d'emploi, la loi du 30 décembre 1986 a mis fin à l'autorisation administrative de licenciement et la loi du 19 juin 1987 a élargi le champ de la dérogation, le nombre des licenciements économiques et les plans sociaux successifs ont conduit, par exemple, à la réduction de près d'un million le nombre des salariés du secteur de l'industrie sur une période de dix ans.[1596] Prenant en compte ces évolutions, dont l'ampleur n'était peut être pas attendue et remettant sans doute en cause la crédibilité syndicale dans la conclusion de ces accords dits de flexibilité, on a pu constater qu'une corrélation, au niveau de la négociation, s'est établie entre la situation d'emploi et la gestion du contrat de travail. En effet, même si l'on retrouve des accords d'entreprise anciens,[1597] il semble que depuis une quinzaine d'années et en contrepartie de mesures de flexibilité, l'objet de la négociation se soit recentré sur le pouvoir de gestion de l'emploi du chef d'entreprise tant en amont afin de soutenir une politique d'embauches,[1598] qu'en aval tendant à assurer le maintien du lien d'emploi. Parallèlement à ce mouvement, l'emploi est réapparu au coeur des conflits sociaux éclairant ainsi cette modification des revendications qui, face au développement de la précarité des situations juridiques d'emploi priment désormais sur les revendications salariales.[1599]

Mais le nombre des accords, leur diversité, liée tant aux enjeux propres à chaque entreprise, qu'au cadre juridique emprunté rendent l'analyse difficile. Aussi, celleci, tout

[1595] Pour l'année 1988, 1400 accords relatifs au temps de travail ont été enregistrés (équipes de fin de semaines, travail intermittent, temps partiel) ; source, *Le Monde Dossiers et Documents*, fév. 1994, n°218, « Le temps de travail ».

[1596] Dans ce secteur de l'industrie, on est passé, entre 1980 et 1990, de 5,5 millions de salariés à 4,6 millions.

[1597] Accord Palmolive Colgate, 1974, cité par M.A. SOURIACROTSCHILD, *Les accords d'entreprise*, Thèse Paris I, 1986, n°835 note(3) ; accord Cartonnerie d'Auvergne du 20121984, *Liaisons Sociales* C3, 113 et accord Carrefour Anglet du 321987, *Liaisons Sociales* C3, 145, cité par F. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. Soc.* 1990, 606.

[1598] Par exemple accord AXA, Aménagements du temps de travail favorisant l'emploi, *Liaisons Sociales* 221193, n°6937 ; accord GAN « Latitudes » sur l'emploi et le temps de travail, *Liaisons Sociales* 27101993, n°6929 ; accord Hewlett Packard, Aménagement et réduction de la durée du travail, *Liaisons Sociales* 1293, n°6792 ; accord Talbot Poissy, Réorganisation du temps de travail, *Liaisons Sociales* 11893, n°6894 ; EDFGDF, Développement de l'emploi et nouvelle dynamique sociale, *Liaisons Sociales* 291193, n°6940. Dans ce sens aussi, Lois « Robien » et « Aubry », volet offensif.

[1599] Voir notamment, *Le Monde* du 15 avril 1995.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

d'abord, ne peut pas prétendre à une quelconque exhaustivité.[1600] Néanmoins, au travers d'une collecte d'accords il est possible de dresser une typologie de ceuxci, laquelle doit conduire à observer la place de l'emploi en tant qu'objet d'engagement (Section 1). Toutefois, la nature de l'engagement doit conduire à s'interroger sur la possibilité même de considérer l'emploi comme objet de l'engagement, cette reconnaissance influant, en effet, sur la portée juridique de ces accords (Section 2).

Section 1 : L'emploi objet d'engagements

Les partenaires sociaux négocient traditionnellement sur l'emploi. Mais une extrême diversité des situations doit amener à une délimitation de l'objet « emploi » pris en tant qu'objet de négociation. Il importe dès lors de dissocier ces accords. Une première approche extensive de la notion d'emploi conduit à repérer les accords ayant pour objet non l'emploi directement mais en réalité la situation de l'emploi, qu'elle s'apprécie au niveau interprofessionnel, de la branche ou de l'entreprise (Paragraphe I). En revanche, d'autres accords s'intéressent beaucoup plus directement à la situation juridique d'emploi c'estàdire au lien d'emploi unissant le salarié à l'entreprise. Ils constituent une seconde catégorie (Paragraphe II).

Paragraphe I : La situation d'emploi objet de négociation

Outre la reconnaissance du droit à la négociation collective, l'article L. 1311 du Code du travail définit le contenu de la convention ou de l'accord collectif de travail. Cette disposition détermine en effet « ***les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leur conditions d'emploi et de travail et de leurs garanties sociales*** . »

A l'évidence, le contenu de la négociation ne pouvait pas être délimité de manière plus large, une telle disposition n'excluant *a priori* que les clauses étrangères aux rapports entre salariés et employeurs. Il s'agit donc de déterminer l'ensemble du statut des salariés au sein de l'entreprise, qu'il s'agisse de leurs droits individuels ou de leurs droits collectifs. A cet égard, la complémentarité introduite par la conjonction « et » entre « conditions d'emploi » et « conditions de travail » accentue le champ des objets négociables, à l'exception bien sûr de l'objet illicite ou immoral ou de la remise en cause de dispositions d'ordre public absolu. Dès lors, on peut se demander à quels objets spécifiques renvoie la dichotomie « conditions d'emploi et conditions de travail » opérée par le législateur. Selon Monsieur Despax,[1601] au sens strict l'expression « conditions de travail » désigne les conditions dans lesquelles sont conclus les contrats individuels de travail. Dans un sens large, elle s'applique aux questions ayant une incidence indirecte sur les contrats

[1600] Il n'existe pas de publication systématique des accords. Certains sont publiés par la revue *Liaisons Sociales*. Mais comme le souligne Monsieur Javillier, «ces publications ne sauraient donner une exacte image du contenu des différents accords d'entreprise. « Ils sont loin de refléter l'état de la négociation dans l'entreprise. » Ce sont, selon l'auteur, presque toujours des accords des grandes entreprises, considérés comme l'avantgarde de la négociation, in « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. Soc.* 1982, 691.

[1601] M. DESPAX, Droit du travail, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, 2ème éd. n°71.

individuels de travail. Elles déterminent le cadre dans lequel les problèmes sociaux posés par le travail humain seront résolus.

Si l'ensemble des dispositions de la convention collective ont un effet plus ou moins direct sur la relation individuelle de travail, on peut penser que « conditions d'emploi » et « conditions de travail » doivent être distinguées même si les frontières entre les deux notions peuvent ne pas apparaître très nettes ni engager un régime juridique différent. Ainsi, il semble que l'on puisse interpréter l'expression « conditions d'emploi » comme renvoyant à la situation juridique d'emploi des salariés,[1602] appréhendée sous un double aspect quantitatif et qualitatif. La mission confiée au comité d'entreprise ainsi que la nature des informations dont il est le destinataire permettent de le penser. Ainsi, compris sur un plan quantitatif, le comité d'entreprise doit, en vertu de l'article L. 43211 du Code du travail, être informé et consulté sur l'évolution de l'emploi dans l'entreprise et recevoir de l'employeur toutes les explications sur les écarts éventuellement constatés entre les prévisions et l'évolution effective de l'emploi. Sont donc ici visés les effectifs.[1603] Sur un plan qualitatif, l'emploi est entendu comme la situation juridique découlant du contrat de travail. Ainsi, le comité d'entreprise est informé et consulté de la situation des qualifications professionnelles dans l'entreprise,[1604] sur les conditions générales de la formation, article L. 43231 du Code du travail. Mais surtout, depuis la loi du 12 juillet 1990, relative aux contrats précaires, l'employeur doit donner le nombre des salariés embauchés sous contrat à durée déterminée, sous contrat de contrat de travail temporaire ainsi que le nombre des salariés appartenant à des entreprises extérieures. Appréhendés quantitativement, ces recours n'en traduisent pas moins la situation qualitative de l'emploi dans l'entreprise.[1605] La notion de « conditions de travail » renvoie sans doute quant à elle au statut collectif né de l'organisation du travail (durée et aménagement du temps de travail, représentation du personnel) ainsi qu'à l'ensemble des règles établissant tout à la fois la discipline de production interne à l'entreprise et les mesures d'hygiène et de sécurité.[1606]

Cette dualité n'introduit en droit aucun régime particulier. Quel que soit l'objet de la convention ou de l'accord, il a vocation à s'appliquer uniformément selon les principes d'effet automatique et impératif de la norme collective. Par ailleurs cette dichotomie n'est pas reprise dans le cadre de la négociation et spécifiquement pour les obligations de négocier. Ainsi, concernant la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise (article

1602 Au sens défini par F. GAUDU dans sa thèse, voir supra n°192 et suiv.

1603 Voir également article L. 43241 du Code du travail.

1604 Article L. 43211 du Code du travail.

1605 Voir supra n°64 et suiv.

1606 Article L. 12234 du Code du travail relatif au règlement intérieur (mesures d'application sur l'utilisation des équipements de travail adaptées à la nature des tâches à accomplir ; règles générales et permanentes relatives à la discipline), article L. 2362 du Code du travail relatif à la mission du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail (il a notamment pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés, à l'amélioration des conditions de travail analyse ergonomique).

L. 13227 du Code du travail) le législateur impose des thèmes de négociation (salaire effectif, durée effective et organisation du temps de travail) renvoyant là aux conditions générales de travail. Mais il a complété ce dispositif par un examen de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise ainsi que du nombre de salariés employés sous des formes particulières de contrat, ce qui rend compte ici de la situation juridique d'emploi telle que visée précédemment.[1607]

Dans son sens le plus large l'emploi (situation juridique et situation de travail) est donc l'objet central de la convention collective. De surcroît, un mouvement récent émanant à la fois du législateur et des partenaires sociaux place la situation de l'emploi au coeur des normes. Deux exemples récents en fournissent l'illustration.

Sur le plan légal, en premier lieu, le législateur est intervenu par la loi du 20 décembre 1993, dite loi quinquennale, ayant comme objectif essentiel l'emploi.[1608] Selon Monsieur Giraud,[1609] alors Ministre du travail, la loi quinquennale instaure une approche nouvelle dite « programatique ». En effet, de l'avis du Ministre cette loi n'est pas une loi de conjoncture parce qu'elle s'attaque aux causes structurelles du chômage. Dès lors, et parce que l'emploi ne se décrète pas, il revient aux partenaires sociaux par la voie du dialogue et de la négociation de trouver des solutions propres à l'organisation des entreprises. En réalité, la nouveauté n'est pas celle que l'on dit. L'ordonnance du 16 janvier 1982 et les lois du 28 février 1986 et du 19 juin 1987 avaient déjà le même but. En revanche, ce qui apparaît plus clairement avec ce texte c'est que la situation de l'emploi, tant au niveau macroéconomique qu'au niveau de l'entreprise, façonne directement les objets de négociation. Il en est ainsi de l'article L. 21221 du Code du travail qui organise une répartition possible de la durée du travail sur tout ou partie de l'année par voie d'accord collectif d'entreprise ou d'établissement mais encore à la demande du travailleur.[1610] Sans discussion sur le fond de cette technique d'annualisation du temps de travail, ce qu'il est topique de souligner c'est le caractère déclaratoire de l'alinéa premier de cette disposition ainsi rédigé : « ***Dans la perspective du maintien ou du développement de l'emploi, les employeurs (...) et les organisations syndicales de salariés fixent les conditions d'une nouvelle organisation du travail (...).*** »[1611] Tout aussi symptomatique est la nouvelle rédaction de l'article L. 2128II issu de la même loi qui dispose désormais que les conventions ou accords de modulation doivent accorder une contrepartie aux salariés consistant en une réduction de la durée du travail effectif ou en toute autre contrepartie notamment financière, de temps de formation ou d'emploi laissée à l'appréciation des signataires de la convention. On remarquera que l'accord de modulation ici visé a le même objet que l'accord d'annualisation de l'article L. 21221 sans

[1607] Article 1er II, de la loi 20 déc. 1993.

[1608] Loi n°931313 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle dite loi quinquennale.

[1609] M. GIRAUD, in « La loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle », *Dr. Soc.* 1994, 93.

[1610] Voir J. BARTHELEMY, « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr. Soc.* 1994, 156.

[1611] Article L. 21221 du Code du travail article 38I de la loi du 20 déc. 1993.

que, pour autant, et malgré l'alinéa premier précité, des garanties en matière d'emploi ne soient justement exigées. Ce paradoxe n'est pas purement formel. En effet, parvenant peu ou prou aux mêmes résultats, il s'agit ici de flexibiliser la gestion de la maind'oeuvre mais selon un régime juridique distinct, l'employeur peut avoir tout intérêt à se placer formellement dans le cadre de l'article L. 21221 pour n'avoir pas à compenser les dépassements de plafond.[1612] Mais surtout si faire de la situation d'emploi l'objet principal de la négociation sinon l'objectif devant la guider est une chose, une autre est de poser le principe que l'emploi peut devenir contrepartie de la négociation. Il passe en effet du statut d'objet de l'accord à celui d'objet de droit.[1613]

Ainsi sous l'égide du gouvernement, dont la volonté est de placer l'emploi au coeur de la négociation d'entreprise mais face à un bilan modeste, les partenaires sociaux ont durant l'année 1995 renforcé cette orientation. Par un accord national interprofessionnel sur l'emploi en date du 31 octobre 1995 portant essentiellement sur la durée et l'annualisation du temps de travail le patronat et les syndicats signataires ont souhaité relancer la politique contractuelle au niveau de la branche afin de lutter contre le chômage.[1614] Dans cette perspective cet accord national interprofessionnel apparaît exemplaire quant au renversement opéré dans les objectifs assignés à la négociation et aux engagements qui en résultent. Effectivement, alors qu'historiquement la réduction du temps de travail est le fruit de luttes sociales,[1615] ce n'est que depuis une quarantaine d'années que, sur ce thème, la négociation semble avoir pris le pas.[1616] Néanmoins,

[1612] Dans le cadre de la modulation de type I, toutes heures effectuées au delà de 39 heures en moyenne annuelle par semaine sont imputées sur le contingent légal. Les heures dépassant le contingent légal ouvrent droit à un repos compensateur de 50% ou de 100%. Pour la modulation de type II, toutes les heures travaillées au delà de la moyenne de 39 heures annuelles par semaine ouvrent droit à un repos compensateur de 20% après la quarantedeuxième heure. Dans le cadre de la loi quinquennale, toutes heures effectuées audelà de la durée moyenne conventionnelle ouvrent droit à une majoration de 25% pour les huit premières heures et 50% pour les suivantes ou un repos compensateur de remplacement égal à 125% ou à une combinaison des deux.

[1613] A cet égard et selon les accords publiés par *Liaisons Sociales*, il semble que les accords de modulation s'ils prévoient bien des contreparties, ces dernières ne sont pas posées en termes d'emploi. A notre connaissance, aucun accord de modulation n'a prévu de garantie d'emploi pendant la durée d'application de l'accord de modulation. En revanche, et parce que la contrepartie fonde la validité de l'accord (un accord de modulation sans contrepartie, ou avec des contreparties fictives serait sans doute nul) cellesci offrent par exemple une réduction du temps de travail d'une demiheure, Accord d'établissement Miko du 27 janvier 1995, *Liaisons Sociales*, n°7253 du 14 avril 1995. Voir supra n°110 et suiv., infra n°459 et suiv.

[1614] Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, *Liaisons Sociales* n°7354, du 9111995. On remarquera le passage opéré ici entre conditions de travail dont relèvent l'organisation du temps de travail et la situation d'emploi. La première doit désormais servir la seconde.

[1615] P. FRIDENSON, « Le temps de travail enjeu de luttes sociales », in *Le temps de travail*, Futuribles, Syros 1993, p. 19.

[1616] L'auteur précédemment cité remarque que les grèves de mai juin 1968 n'avaient pas pour objet une réduction du temps de travail même si cela a abouti à une réduction d'une heure de sa durée hebdomadaire. En revanche, il apparaît que les accords Renault ont joué en ce sens un rôle moteur (1955 : troisième semaine de congés payés, 1962 : quatrième semaine de congés payés). Egalement, M. DESPAX, Droit du travail, *Négociations, conventions et accords collectifs*, Dalloz 1989, 2ème éd. n°277 ter.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'objet de la réduction du temps de travail n'était pas liée à l'emploi, ce n'est que par l'ordonnance du 16 janvier 1982 que le législateur rattache implicitement les deux. L'accord du 31 octobre 1995 parachève et entérine cette évolution en faisant de la réduction collective du temps de travail un instrument de lutte contre le chômage. Selon les partenaires sociaux, la réduction du temps de travail n'est pas une fin en soi, autrement dit elle n'est qu'un moyen qui sert une finalité autre. L'objet véritable de l'accord est l'emploi. Ainsi dans l'exposé des motifs il est dit que « si la vocation des entreprises est prioritairement de créer des richesses, il leur appartient également, tant dans leur propre intérêt que dans celui de leurs salariés, de leurs familles et de l'ensemble de la collectivité nationale, d'accorder une attention toute particulière à la situation de l'emploi. » La loi « Robien », aujourd'hui abrogée, comme la loi relative à l'incitation à la réduction du temps de travail s'inscrivent dans cette perspective plaçant l'emploi au centre même de leurs dispositifs.[1617]

On peut penser que l'intention exprimée ici par les partenaires sociaux puis reprise par le législateur opère un double renversement. Tout d'abord eu égard à la finalité même de l'accord d'entreprise. En effet, la négociation au sein de l'entreprise est regardée pour l'employeur avant tout comme une garantie de paix sociale, les syndicats recherchant l'amélioration du contenu des conventions collectives conclues à un niveau supérieur mais dans le cadre restreint de l'entreprise ou de l'établissement. C'est une négociation de proximité qui fixe ses propres limites dans ses effets. Or, il se manifeste que la justification qui conditionne la signature de tels accords est certes pour l'entreprise de permettre des gains de productivité par un assouplissement de la gestion de la maind'oeuvre dans la mesure où cet aménagement du temps de travail favorise le maintien ou la création d'emplois.[1618] L'accord a donc un effet qui dépasse le cadre de l'entreprise, en subordonnant en quelque sorte une gestion économique interne à un rôle social externe. Cette perspective induit le second renversement. En effet, à l'instar de ce qui a été dit pour le reclassement,[1619] ces dispositifs et les accords dont ils fixent le cadre recherchent la création de solidarités, ici entre les salariés titulaires d'un emploi mais aussi avec les demandeurs d'emploi. De la sorte, en dépassant l'opinion exposée par Madame FavennecHéry,[1620] on peut estimer que ces accords ne sont pas au sens, déjà connu, des accords de type « donnantdonnant ». Selon Monsieur Soubie,[1621] l'accord

1617 Loi du 11 juin 1996, dite loi « Robien ». et loi « Aubry » du 13 juin 1998 (*Lamy dossier spécial*, 35 heures, juillet 1998).

1618 Article premier de l'accord du 31 octobre 1995 qui dispose que « on ne peut s'empêcher de relever le caractère ambigu de cette formulation qui pose une alternative entre le maintien ou la création d'emplois en contrepartie de l'annualisation du temps de travail, qui représente à n'en pas douter une contrainte pour le salarié. En effet, il est quelque peu sibyllin d'exposer que l'aménagement du temps de travail est facteur de gains de productivité, donc de richesse, et de n'assurer comme avantage au travailleur la volonté de maintenir le niveau d'emploi ! Voir supra n°110 et suiv., infra n°432 et suiv.

1619 Supra n°319 et suiv.

1620 F. FAVENNECHERY, « L'organisation du temps de travail au service de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 20.

1621 R. SOUBIE, « Quelques observations sur les accords « donnantdonnant » », *Dr. Soc.* 1985, 614.

« donnantdonnant » résulte d'un échange et est certes un instrument de solidarité, mais de solidarités locales et limitées, moins nettement de solidarités plus larges et aussi plus abstraites. Or les solidarités envisagées par ces accords doivent certes s'exprimer pour les salariés de l'entreprise, c'est le maintien de l'emploi, mais aussi plus largement pour les demandeurs d'emploi.[1622] Le chapitre préliminaire de l'accord interprofessionnel comme les circulaires de mise en oeuvre des lois précitées le soulignent en préférant les modes d'organisation du temps de travail les plus créateurs d'emplois, en particulier ceux qui permettent de dégager du temps susceptible d'être attribué à des demandeurs d'emplois. Or, il apparaît que pour les salariés, au niveau de l'entreprise, les engagements subséquents ne résulteront que d'une négociation de concession et non de concessions réciproques ; la réduction de la durée du travail n'est pas une valeur d'échange,[1623] lorsqu'au surplus elle est constitutive d'une réduction du salaire. Ces accords, au même titre que l'obligation de reclassement qui pèse sur l'entreprise, sont fondés sur la solidarité, que l'emploi, érigé en valeur sociale, permet seul de rendre acceptable. Au fond, ces accords rendent compte de l'idée, fortement propagée, selon laquelle le travail, doit être partagé.[1624]

Ainsi, ces engagements font de la règle de droit le moteur de l'action publique confiée en ce domaine aux acteurs sociaux. La règle de droit est donc instrumentalisée et on attend d'elle des résultats sociaux et économiques mesurables. C'est pourquoi, la loi quinquennale a prévu la rédaction de rapports d'exécution présentés au Parlement, ainsi qu'un rapport d'évaluation.[1625] Mais une telle pratique ne peut éviter certains écueils. Tout d'abord, il n'est pas sûr que la volonté insufflée ait une traduction tant au niveau des branches que des entreprises.[1626] Ensuite, à vouloir mesurer les effets de tel ou tel dispositif sur la situation générale de l'emploi, est pris le risque de l'échec tant il semble difficile d'imputer tel résultat à tel dispositif si de surcroît le nombre de demandeurs d'emploi ne baisse pas. Enfin, il peut se révéler paradoxal qu'au nom de l'introduction de plus de souplesse dans la gestion de l'entreprise afin de combattre des rigidités existantes, ou supposées, il soit réclamé un encadrement normatif. Assurément, la gestion des hommes sera rendue plus flexible mais le droit aura perdu en simplification.[1627] Sa complexité pourrait être le premier de bien des maux.

[1622] On retrouve là une tendance manifeste à la confusion entre l'emploi « macroéconomique » et l'emploi « microéconomique ». Voir infra n°544 et suiv.

[1623] F. FAVENNECHERY, article précité.

[1624] Voir infra n°544 et suiv.

[1625] Ces rapports présentés avant le 31 déc. 1995 et avant le 30 juin 1996. Rapport d'évaluation de la loi quinquennale, *la Documentation française*, 1997, p. 423 n° 379.

[1626] En effet, le niveau de la branche devient de plus en plus un niveau d'expérimentation n'ayant par contrecoup un rôle moteur que si des accords sont conclus. Or au mois de juillet 1996 lors d'un sommet tripartite sur la durée du travail il était souligné qu'aucune réunion de négociation ne s'était tenue dans un certain nombre de branches ; voir *Le Monde* du 10 juillet 1996.

Paragraphe II : Les engagements portant sur la situation juridique d'emploi

Le contrat de travail donne naissance à une situation juridique individuelle d'emploi qui est le droit du salarié à la poursuite de l'exécution d'un contrat successif,[1628] quelle que soit la nature juridique de ce contrat. A cet égard, on a déjà relevé le paradoxe purement apparent qui fait du contrat à durée déterminée un contrat juridiquement plus rigide et plus stable que le contrat à durée indéterminée[1629] ; il n'est donc pas surprenant que ces engagements portent sur la gestion des contrats de travail à durée indéterminée, contrats permanents. Aussi, aux accords relatifs à la situation d'emploi qui sont surtout des accords d'organisation du travail, il faut ajouter des accords de gestion des situations juridiques d'emploi. L'objet de l'accord se situe au niveau du pouvoir du chef d'entreprise qu'il s'agit de limiter. Il est alors simultanément créateur d'obligations pour l'employeur et de droits pour les salariés, lesquels naissent souvent en contrepartie de concessions liées à l'organisation du travail.[1630] Cependant, ces limitations n'ont pas uniformément la même nature juridique parce qu'elle n'ont pas le même degré. Il convient donc de distinguer en premier lieu les engagements d'encadrement du pouvoir qui, s'ils limitent l'exercice de pouvoir, ne le remettent pas en cause. Mais en second lieu, d'autres engagements instituent une garantie d'emploi, et entendent restreindre le pouvoir, c'estàdire porter atteinte au droit de rompre le contrat.

1 Les engagements d'encadrement de gestion de l'emploi

Pour peu élégante que soit la formule, elle permet pourtant de traduire l'objet exact de ces engagements. En effet, s'ils définissent des droits substantiels ils ne remettent pas en cause l'exercice par l'employeur de son pouvoir. Leur objet consiste à mettre en place des méthodes attachées à la prise de la décision par l'employeur. Autrement dit, ces accords instituent des procédures d'encadrement qui ôtent la part de subjectif que recèle *a priori* la décision patronale.[1631] En ce domaine, il convient de souligner les champs différents de ces clauses d'encadrement qui posent aussi bien des règles de procédure dans la gestion de l'exécution du contrat de travail, que des règles relatives à la rupture du contrat.

1627 On relèvera, à titre indicatif, que l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 n'apporte pas de véritable innovation. Il se contente de rappeler, sans doute en affichant un objectif précis, des mécanismes déjà mis en place par le législateur : compte épargne temps, temps partiel, repos compensateur de remplacement.

1628 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

1629 Par nature non permanente, la tâche, objet de la prestation du contrat à durée déterminée, est encadrée par un régime strict quant à sa conclusion et quant à sa rupture, le principe étant que le contrat à durée déterminée doit s'exécuter jusqu'au terme pour lequel il a été conclu sauf faute grave, force majeure ou consentement exprimé par les parties, notamment article L. 12238 du Code du travail. Voir supra n°90 et suiv.

1630 Ce qui conduit à rendre relative l'opposition proposée entre accord d'organisation du travail et accord de gestion des situations juridiques d'emploi. De nombreux accords procèdent des deux à la fois.

1631 En ce sens J.Cl. JAVILLIER, « Le contenu des accords collectifs », *Dr. Soc.* 1982, 691.

a) Engagements et gestion de l'emploi

Si la Cour de cassation a, par ses arrêts de 1992,[1632] fait pénétrer le devoir d'adaptation du salarié à son emploi dans le contrat de travail, on a remarqué que cette adaptation pour être pleinement efficace se devait d'anticiper le moment de la remise en cause de l'emploi. Cette pratique de gestion prévisionnelle de l'emploi implique donc du temps, il ne s'agit pas d'intervenir « à chaud », et des moyens. Ces moyens sont évidemment d'ordres financiers, ils peuvent impliquer un engagement de l'Etat,[1633] et techniques en passant notamment par la voie des pratiques conventionnelles, cellesci ayant d'ailleurs fait naître la notion de prévision d'emploi.[1634] Toutefois, et jusqu'à une époque récente (milieu des années quatrevingt), il apparaît que cet objet de négociation n'a que peu été exploité par les partenaires sociaux, malgré les incitations légales.[1635] En réalité, s'inscrivant en cela dans les mêmes pratiques nées de l'accord sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969, les entreprises ont géré leurs problèmes d'ajustement d'emploi (essentiellement le sureffectif) par des mesures de gestion externes telles que les préretraites, les conventions de conversion et les licenciements économiques. Or ce qui s'opère depuis lors est un renversement d'appréciation parce que, d'une part, ces mesures ont finalement pour l'entreprise un coût économique élevé et, d'autre part, parce qu'elles ne sont, au niveau macroéconomique, plus acceptables. Ce mouvement s'inscrit donc en parallèle dans la logique repérée plus avant d'encadrement du pouvoir de gestion de

1632 Cf. supra n°311 et suiv.

1633 Essentiellement par la voie du F.N.E. notamment l'article L. 3221 du Code du travail qui dispose : « Les dispositions du présent chapitre ont pour objet de faciliter aux travailleurs salariés la continuité de leur activité à travers les transformations qu'implique le développement économique et de favoriser, à cette fin, en cas de changements professionnels dus à l'évolution technique ou à la modification des conditions de la production, l'adaptation de ces travailleurs à des emplois nouveaux salariés de l'industrie ou du commerce. Les aides du Fonds national de l'emploi ont également pour objet de favoriser la mise en place d'actions de prévention permettant de préparer l'adaptation professionnelle des salariés à l'évolution de l'emploi et des qualifications dans les entreprises et les branches professionnelles. Elles peuvent, en outre, être utilisées à des fins de qualification, d'insertion de demandeurs d'emploi ou contribuer à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'action des pouvoirs publics en ce domaine, qui peut se conjuguer avec celle des partenaires sociaux organisée par le moyen d'accords professionnels ou interprofessionnels, s'exerce notamment selon les modalités ciaprès. »

1634 En ce sens, A. SAURET, « La gestion prévisionnelle de l'emploi : aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1992, 253. On remarquera cependant que l'accord national interprofessionnel du 10 fév. 1969 sur la sécurité de l'emploi, invitait déjà les entreprises à s'efforcer de faire des prévisions et à préparer en cas de restructuration économique les solutions permettant de réduire les éventuels licenciements notamment par un effort de formation facilitant les mutations internes. Mais comme on l'a vu cet accord s'est traduit dans la pratique par l'aménagement du régime juridique du licenciement pour motif économique. C'est en ce sens que le ministre du travail a pris une circulaire du 3 mars 1989, réorientant l'intervention de ses services dans le cadre de la politique de modernisation négociée afin d'inciter les entreprises à traiter leur problèmes sociaux et d'organisation de façon anticipée en interaction avec les choix technologiques (source voir J.Y. HOCQUET, « Mutations technologiques et mobilité », *Dr. Soc.* 1989, 474).Voir supra n°309 et suiv.

1635 L'article L. 4321 et suiv. du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'emploi de l'employeur.[1636] Il pourrait en résulter que la voie contractuelle soit, de fait, dynamisée.

De ce point de vue, l'articulation entre les différents niveaux de négociation aurait sans doute dû permettre de plus amples évolutions. Toutefois, il semble notamment qu'au niveau des branches ces accords demeurent modestes dans leurs objectifs. En effet, il serait souhaitable que pour être pleinement efficace ces accords aient pour ambition de dépasser la simple énonciation de méthodologies ou de principes directeurs devant orienter la gestion de l'emploi. Une réflexion autour de la gestion des qualifications professionnelles s'avérerait plus ambitieuse. Or dans ce domaine,[1637] on sait les réticences patronales et combien les évolutions sont lentes. Pour mémoire il faut rappeler ici l'échec des négociations de 1984 relative à l'adaptation des conditions d'emploi.[1638] Aussi et malgré ces freins, si une évolution s'amorce, elle demeure timide tant les niveaux autres que celui de l'entreprise ou de l'établissement ne sont guère propices pour porter une atteinte quelconque au pouvoir de décision du chef d'entreprise. En conséquence au niveau de la branche, les accords organisent des règles de conduite applicables en cas d'offre de mobilité proposée par l'employeur comme alternative au licenciement.[1639] Pratiquement,[1640] ces procédures s'articulent autour de trois axes principaux. Le plus souvent associés aux projets d'introduction de nouvelles technologies dans l'entreprise, les accords mettent en place des plans d'adaptation lorsque le projet affecte le volume et la nature des emplois. Sont ainsi rappelés, sur un plan collectif, les droits du comité d'entreprise qui doit être le « pivot » de ce processus en associant également les organisations syndicales par la voie de consultations. Au niveau individuel, les accords

1636 Voir supra n°296 et suiv.

1637 Voir spécialement n°309310. Dans cette perspective, une voie importante doit être ouverte dans la reconnaissance des qualifications acquises lors des sessions de formation continue. Elle participerait alors à une construction positive et dynamique de l'emploi en imbriquant évolution des qualifications personnelles et mutations des emplois mettant l'entreprise en situation d'offre permanente d'emploi faute de ne plus offrir des emplois permanents.

1638 R. SOUBIE, « La négociation sur l'adaptation des conditions d'emploi », *Dr. Soc.* 1984, 429 et « Après les négociations sur la flexibilité », *Dr. Soc.* 1985, 95. Se reporter également à *Liaisons Sociales* du 19 déc. 1984, n°5578. Ces négociations ne portaient pas directement sur les qualifications professionnelles, mais elles les inscrivaient dans un mouvement plus vaste (sans doute trop vaste et de trop grande ampleur pour les organisations syndicales de salariés) mettant en interaction la formation, les classifications, et les conditions de travail et la sécurité de l'emploi sans préjudice des modalités qui pourraient le cas échéant être déterminées au sein des entreprises. (Article 1.2).

1639 L'impulsion de ces procédures est à retrouver dans l'accord national interprofessionnel du 23 sept. 1988 sur les mutations technologiques, *Liaisons Sociales* du 5 oct. 1988, n°6148. Des négociations similaires ont été conduites en Allemagne dans la branche de la métallurgie, accords VAG et Siemens. Voir *Liaisons Sociales mensuel* du 14 janv. 1994 (accord Volkswagen) et *Liaisons Sociales mensuel* du 15 sept. 1995, p. 23.

1640 Accord sur l'introduction de nouvelles technologies du 29 janv. 1987 (métallurgie), spéc. article 9, *Liaisons Sociales* n°5906 du 4787 ; Accord de branche sur l'emploi du 28 fév. 1987, spéc. articles 9 et 10, *Liaisons Sociales* n°5918 du 23787 ; Accord sur les mutations technologiques dans les industries chimiques du 26 juin 1990, spéc. articles 4 et 10, *Liaisons Sociales* n°6396 du 4790.

organisent la mobilité du salarié en lui assurant une formation et en maintenant temporairement en cas de déclassement sa rémunération. En ce domaine, l'accord sidérurgie du 12 juillet 1990 applicable à toutes les entreprises adhérentes au Groupement des entreprises sidérurgiques et minières complété par des mesures spécifiques à UsinorSacilor, demeure le plus significatif.[1641] Parmi les mesures on retiendra le dispositif de mobilité uniquement fondé sur le volontariat bénéficiant de mesures d'accompagnement et surtout les mesures de mutation (ici non liées à la mobilité car causée par une suppression d'emploi) qui doivent s'accompagner de la présentation de deux offres d'emploi à durée indéterminée, de qualification et de rémunération comparables, dont une de proximité.[1642]

Au niveau de l'entreprise, un auteur remarquait, en 1990, que si le mouvement semble s'accélérer, les accords d'entreprise qui traitent de manière globale et articulée les problèmes d'emploi et de formation sont encore peu nombreux.[1643] Ce constat semble perdurer. En effet, selon la Commission nationale de la négociation collective, pour l'année 1993 et dans un contexte de baisse générale de la négociation,[1644] sur les accords concernant l'emploi seuls 7% traitent de gestion prévisionnelle de l'emploi et prévoient des mesures d'accompagnement de la décision de gestion.[1645] Pourtant, c'est bien au niveau de l'entreprise ou de l'établissement que peuvent s'engager des négociations permettant d'adapter la situation quantitative et qualitative de l'emploi.[1646] En

[1641] Accord du 12 juillet 1990, *Liaisons Sociales* du 26 juill. 1990, n°6406. Cet accord fixe les nouveaux « principes directeurs du dispositif conventionnel relatif à l'emploi » dans la sidérurgie. Cet accord est suivi par un accord UsinorSacilor sur l'emploi du personnel mensualisé du 29 oct. 1990, signé pour « renforcer et enrichir l'accord de branche », *Liaisons Sociales* du 21 nov. 1990, n°6452, modifié par un avenant emploi du 18 juill. 1995, *Liaisons Sociales* 16 août 1995, n°7314. Dans un même sens Accord Thomson CSF du 16 fév. 1989, *Liaisons sociales* n°6208, mais inappliqué.

[1642] Selon la terminologie conventionnelle ces droits s'intègrent dans un contrat de réorientation professionnelle (chapitre VI de l'accord). Les refus des emplois offerts entraînent, à la fin du contrat de réorientation, la rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur.

[1643] Etude de P. GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. Soc.* 1990, 818.

[1644] Voir *Liaisons Sociales* du 29 juin 1993, n°7061, Bilan 1993 de la négociation collective ; 6122 accords ont été déposés. Pour 1994, la tendance est la même malgré un plus grand nombre d'accords signés, 7450, voir *Semaine Sociale Lamy* du 371995, n°751. Pour 1995 le nombre d'accords signés passe à 8550 avec une progression des accords sur les salaires et des accords mettant en application l'article L. 21211 du Code du travail qui offre un élargissement d'amplitude dans l'appréciation du cadre de référence pour la durée du travail. Ces accords sont conclu afin de préserver l'emploi voire même de créer des emplois, *Liaisons Sociales* du 4795, n°7488.

[1645] Le thème de l'emploi recouvre selon la terminologie de la Commission les accords d'accompagnement de la « gestion des sureffectifs », les accords dits de « partage du travail » et les accords de gestion prévisionnelle de l'emploi.

[1646] En ce sens, J.Cl. JAVILLIER, « Aspects collectifs de la mobilité du personnel », *Dr. Soc.* 1989, 445 et P. GUILLOUX, article précité.

vérité, ces chiffres doivent être compris. Effectivement, ces accords de « crise » ne concernent que quelques entreprises, les plus importantes qui peuvent mettre en place de tels mécanismes. Ceuxci ont un coût qu'on ne peut pas ignorer. Quoi qu'il en soit, en la matière si quantitativement ces accords sont en nombre restreint, ils semblent, sur un plan qualitatif développer des approches globalisantes qui permettent d'associer formation et mobilité. Ainsi il s'agit de combiner en amont des procédures préalables d'identification des besoins à des actions, en aval, de formation en maîtrisant leurs conséquences. Les procédures conventionnelles s'inscrivent ainsi clairement dans le champ d'une gestion d'anticipation.[1647]

En généralisant, il ressort de ces accords que la mise en place de ces procédures permettent de traiter au niveau collectif des situations individuelles qui se concentrent soit dans la modification du contrat soit dans sa rupture. Sous cet angle, l'intégration de la gestion de l'emploi assure une plus grande transparence des choix opérés et tend à promouvoir le lien entre la qualification professionnelle et l'emploi qui ne peut être conçu que comme un lien dynamique c'estàdire nécessairement évolutif. Mais on peut aussi trouver un risque tenant à ce que ces règles de conduite, auxquelles les organisations syndicales ont donné leur approbation, opèrent une justification *a priori* des choix de gestion. En effet, ces accords s'ils ont pour vocation d'encadrer le pouvoir de gestion du chef d'entreprise, celuici reste seul juge, mais les décisions risquent alors de se parer d'un voile de légitimité dès lors qu'elles auront respecté ces procédures. Autrement dit, la cause de la mesure de gestion risque de se fondre dans cette procédure, laissant le salarié beaucoup moins enclin à la contester. En vérité, cet obstacle est d'ordre psychologique et non pas juridique, mais il ne doit pas être sousestimé. Non seulement le salarié conserve la faculté de critiquer la cause de la mesure de gestion mais le juge ne saurait être lié par cette forme de contractualisation du pouvoir.

Allant plus avant dans le sens de ces observations, il faut remarquer que ces accords d'encadrement de la décision de gestion posent, dans leur application un problème de fond récurrent parce qu'ils sont le support d'actions. Si l'accord organise des procédures c'est parce qu'au fond vont être modifiées la structure et l'organisation de l'emploi dans l'entreprise. Or la traduction individuelle de ces plans d'adaptation peut avoir pour conséquence une modification du contrat de travail. Le fondement de la gestion prévisionnelle de l'emploi est de s'inscrire dans le temps, c'estàdire dans une approche structurelle de la gestion de l'emploi et non pas comme le fait la procédure de

[1647] Pour une étude fouillée voir P. GUILLOUX, « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. Soc.* 1990, 818. Parmi les accords les plus significatifs on retiendra : Accord Kronenbourg du 18 janv. 1986 ; Accord du Crédit Mutuel du 2 mars 1988 ; « Accord à vivre » Renault du 29 déc. 1989, *Liaisons Sociales* 1511990, n°6365, voir également M. PRADERIE, « L'accord à vivre de Renault : un exemple, pas un modèle », *Dr. Soc.* 1990, 447 ; Accord SNECMA, du 7 mars 1990, *Liaisons Sociales* 1741990, n°6365 modifié par la charte de la mobilité géographique et professionnelle *Liaisons Sociales* du 1681994, n°7092 ; Accord GAN du 23 avril 1990 (21 mai 1990); Accord Coopératives Laitières du 23 avril 1990, *Liaisons Sociales* 1451990, n°6374 ; Accord CIC du 3 mai 1990 ; Accord Groupama *Liaisons Sociales* 1961992, n°6686 ; accord OCP *Liaisons Sociales* 6 avril 1992, n°6659 ; Accord Sextant Avionique du 17 nov. 1992, *Liaisons Sociales* 81293, n°6945 ; Accord UAP *Liaisons Sociales* 14693, n°6860 ; Accord EDF du 19 nov. 1993, *Liaisons Sociales* 291193, n°6940 ; Accord Lormafer du 4 janv. 1994, *Liaisons Sociales* 4394, n°7004 ; Accord Crédit Lyonnais, *Liaisons Sociales* 18794, n°7073 ; Accord Sollac, *Liaisons Sociales* 17694, n°7050.

licenciement pour motif économique dans une approche strictement conjoncturelle. Mais, on peut penser que l'accord portant sur la gestion de l'emploi en ce qu'il bouleverse l'économie initiale des situations individuelles entre dans le champ du livre III relatif aux licenciements économiques,[1648] même si, et paradoxalement, il n'est encore pas question de rupture du contrat. Tout au contraire d'ailleurs puisqu'il s'agit de maintenir le lien d'emploi. Néanmoins, les règles substantielles du droit du licenciement pour motif économique exercent une attraction certaine. La chambre sociale de la Cour de cassation l'a confirmé, non sans laisser place à quelques interrogations.

La question centrale est bien celle du problème de l'application des règles du licenciement eu égard aux effets de l'accord de gestion de l'emploi. Ceuxci se placent, en effet, délibérément hors du champ du droit de licenciement.[1649] Une telle solution peut *a priori* être soutenue. Ne sont pas envisagées ici des ruptures du contrat mais leur évolution par le biais d'actions de formation ou de mobilité, constitutives cependant de modifications du contrat de travail. En définitive, il s'agit de trouver une articulation entre l'application du livre IV du Code du travail qui impose notamment que le comité d'entreprise soit informé et consulté sur tout projet ayant trait à l'évolution de l'emploi,[1650] et sa consultation dans le cadre de tout licenciement collectif.[1651] L'enjeu n'est, au fond, pas tant une fraude aux droits des institutions représentatives du personnel, notamment du comité d'entreprise, car dans un cas comme dans l'autre l'information et les moyens d'action sont quasiment semblables. Il s'agit plutôt de savoir si l'emploi comme objet de négociation peut acquérir son autonomie par rapport au droit du licenciement et dans le cas contraire comment articuler les corps de règles, notamment eu égard aux délais.[1652]

Saisie d'une situation proche, la chambre sociale a opté pour la prééminence du droit

[1648] Dans le même sens, Madame FavennecHéry remarque que la nuance est mince entre un plan d'adaptation et un plan social portant sur des mesures de reclassement interne. Selon l'auteur, la notion de plan social englobe toute opération de gestion visant à donner une architecture différente aux effectifs de l'entreprise. F. FAVENNECHERY, « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.* 1992, 581.

[1649] L'accord Thomson du 16 fév. 1989, *Liaisons Sociales* du 2 mars 1989, n°6208.

[1650] Articles L. 4314 et L. 4315 du Code du travail.

[1651] Article L. 3212 du Code du travail.

[1652] C'est dans un autre contexte mais sur le même problème que s'est prononcé l'arrêt Sietam du 16 avril 1996, *R.J.S.* 5/96 n°560 ; *R.J.S.* 5/96, p. 311 conclusions KESSOUS ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, «Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932. Le comité d'entreprise est convoqué pour une réunion extraordinaire afin d'être informé et consulté sur un projet de redéploiement de l'outil industriel et de fermeture d'un établissement, du licenciement collectif de 43 salariés et de l'établissement du plan social. Le comité d'entreprise demande et obtient une suspension de la procédure de fermeture de l'établissement faute de délai suffisant pour son examen au titre de L. 4321. La cour d'appel constate que le comité avait été consulté concomitamment selon deux procédures distinctes, sur le projet de licenciement collectif économique et sur le projet de fermeture de cet établissement (conduisant aux dits licenciements) en conséquence de quoi le comité doit en vertu de L. 4315 bénéficier d'un délai d'examen suffisant et que le chef d'entreprise n'était pas fondé à opposer au comité à l'occasion de cette dernière consultation le délai du livre III. La chambre sociale conclut donc à un cumul des procédures.

du licenciement pour motif économique. Dans l'arrêt Framatome, un chef d'entreprise, en dehors de tout accord négocié, a projeté une opération de réorganisation se traduisant uniquement par vingtquatre propositions de modification de contrat de travail. Celuici ne met pas en oeuvre de plan social parce que seuls neuf salariés ont refusé ces modifications. A tort lui répondent les juges du fond et la Cour de cassation. Selon la cour d'appel, le plan social s'imposait en l'espèce dès l'instant où les faits à l'origine de la restructuration pouvaient être « générateurs de licenciements potentiels » pour plus de dix salariés et dans une même période de trente jours, tout en constatant que la mesure de restructuration engagée avait conduit à n'envisager le licenciement que de neuf salariés seulement. Elle est approuvée en cela par la Juridiction suprême selon laquelle les employeurs qui projettent d'effectuer un licenciement pour motif économique, sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir et de mettre en oeuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre.[1653] L'accord de gestion d'emploi conduisant lui aussi à des modifications contractuelles, il semble ne faire aucun doute que sa mise en oeuvre doive conduire le chef d'entreprise à se placer dans le cadre du livre III du Code du travail. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence qui fait du droit du licenciement économique un droit de protection de l'emploi.[1654]

On remarquera alors, et en raison du débordement du champ du licenciement économique, que la nécessité de planifier la gestion de l'emploi perd pour une grande part son intérêt sauf à sous entendre qu'une entreprise soit constamment soumise à une procédure de licenciement pour motif économique. Il y a là une antinomie certaine dans la gestion du temps des procédures. Au delà, c'est même l'objet de la négociation qui disparaît puisque la loi d'ordre public impose l'élaboration, par l'employeur seul, d'un plan social qui a pour objet de trouver des solutions alternatives aux licenciements envisagés en proposant par priorité des offres de reclassement internes.[1655] Pourtant, et si l'on admet cette lecture extensive du livre III du Code du travail, on peut être surpris par une solution donnée par la Cour de cassation quant à l'application pleine et entière de ces procédures légales d'encadrement du pouvoir de l'employeur de rompre le contrat. En effet, et depuis fort longtemps,[1656] la loi rend nécessaire, en cas de licenciement pour

[1653] Cass. Soc 3 déc. 1996, *Liaisons Sociales* n°7568 du 131296. Dans le même sens 3 déc. 1996, Majorette, *ibid.* Voir Ph. WAQUET, « Modification des contrats de travail et plan social », *Dr. Soc.* 1997, 18 ; G. BELIER, « Modifications substantielles de contrats de travail et procédures de licenciement collectif pour motif économique », *Liaisons Sociales* du 7197, n°7590 ; J. SAVATIER, note sous Soc. 3 déc. 1996, *Dr. Soc.* 1997, 105. Dans le même sens, C.A. Colmar, 24 janv. 1997 ; contra, C.A. Versailles, 24 mars 1997, *Semaine Sociale Lamy* 6101997, n°856.

[1654] Voir supra n°319 et suiv. Egalement la jurisprudence de la chambre criminelle qui avait déjà jugé que l'employeur qui envisage de procéder à la suppression de nombreux emplois, pour motif économique, est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 3211 et suivants du Code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires, dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise ; Cass. Crim. 29 nov. 1994, *Bull. Crim.,* n°385, également Cass. Soc. 22 fév. 1995, *Bull. V.,* n°68. Déjà dans le même sens, arrêt CEPME du 10 avril 1991, *Bull. V.,* n°179, *J.C.P.* éd. E., II, 188, note F. TAQUET, *D.*1991, SC p. 290, obs. M.A. ROTSCHILDSOURIAC ; *Dr. Ouv.* 1991, 208, obs. P. MOUSSY.

[1655] Voir supra n°336 et suiv.

motif économique, qu'il soit ou non collectif,[1657] l'application de critères d'ordre. Ces critères ont pour but de garantir la protection des salariés les plus fragiles socialement même si, sauf accord collectif applicable dans l'entreprise, l'employeur reste libre, au regard des critères légaux,[1658] d'assurer un équilibre entre efficacité économique et justice sociale. Or par un arrêt récent, la Chambre sociale a affirmé que l'employeur n'est tenu de mettre en oeuvre les dispositions de l'article L. 32111, que lorsqu'un licenciement pour motif économique est décidé. La cour d'appel, ayant relevé que la société s'était bornée à prévoir la mise à la retraite ou le reclassement des salariés et qu'aucun licenciement n'avait été décidé, a jugé a bon droit que l'employeur n'avait pas à appliquer les dispositions de L. 32111.[1659] En l'espèce, la société avait arrêté un plan de réduction de ses effectifs accompagné d'un plan social. Ce plan comprenait diverses mesures dont la fermeture d'un atelier, des mesures de préretraite, et des reclassements sur un autre site ainsi que des affectations temporaires. Le comité d'entreprise demandait que l'ordre des licenciements s'applique à tous les salariés visés et pas seulement à ceux ayant refusé le reclassement. Il est débouté. Cette solution n'apparaît pas satisfaisante parce qu'elle révèle une double contradiction. En premier lieu, on ne peut affirmer, dans l'arrêt « Framatome » précité, que le plan social est une obligation qui dépasse en somme le cadre strict de la rupture du contrat et exiger qu'il soit élaboré alors que des licenciements ne sont qu'envisagés et également poser comme principe que la procédure d'ordre ne s'applique que lorsque le licenciement est décidé. On peut douter de l'opportunité d'une distinction dans le cadre d'une procédure globale et envisager tantôt des licenciements potentiels et tantôt des licenciements décidés. En second lieu, et dans le cadre de l'accord de gestion de l'emploi, soumis on l'a dit à la procédure de licenciement, il faut remarquer que le plus souvent ces accords invitent au volontariat. Evincer l'application de l'article L. 32111 revient a réintroduire une part d'opacité dans les choix de gestion. En effet, la procédure d'ordre a une finalité sociale spécifique que seule l'objectivité de critères préalablement définis permet d'assurer. Or, on peut penser que refuser l'application de l'ordre des licenciements, ou affirmer que les critères sont applicables seulement lorsque le licenciement est décidé, méconnaît d'abord la portée de cette disposition qui consiste à repérer les emplois mis en cause et seulement ensuite à opérer une sélection. Enfin, et par conséquent, c'est donner à l'employeur, éventuellement par la voie du volontariat, un outil de sélection du personnel discrétionnaire en contradiction

1656 Article 10 de l'ordonnance du 24 mai 1945, relative au contrôle de l'emploi, qui institue l'obligation pour l'employeur d'inclure dans le règlement intérieur, les règles générales relatives à l'ordre des licenciements.

1657 La procédure s'applique en cas de licenciement individuel, Cass. Soc. 9 juill. 1993, *R.J.S.* 10/93, n°972. Ainsi, lorsque l'employeur envisage de supprimer un seul emploi et si cet emploi est susceptible d'être occupé par plusieurs salariés ayant la même qualification professionnelle, un choix devra s'opérer parmi tous ces salariés.

1658 Ces critères prennent notamment en compte les charges de famille et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés, les qualités professionnelles appréciées par catégorie ; article L. 32111 du Code du travail.

1659 Cass. Soc. 3 déc. 1996, *Liaisons Sociales* n°7568 du 131296.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

avec la finalité de protection des salariés les plus faibles, pourtant mise en exergue par le législateur.[1660]

b) Engagements et rupture du contrat de travail

Les conditions de travail ressortissent du pouvoir du chef d'entreprise mais sont également objet de la négociation collective. Cet objet, au même titre que l'emploi, est vaste mais il est des domaines qui, tel celui attaché à la rupture, ont traditionnellement échappé à la négociation. En effet, les employeurs sont peu enclins à céder une expression essentielle de leur pouvoir et les syndicats français ont toujours eu une très grande réticence à être directement associés à l'exercice de l'autorité.[1661] En somme, le principe qui pose la liberté de rompre unilatéralement le contrat de travail conclu sans détermination de durée se prête assez mal à l'acte négocié.[1662] Cependant, ce champ n'a pas été totalement laissé en friche par les partenaires sociaux, pouvant participer en cela à la revitalisation de la négociation collective.[1663] Le pouvoir de l'employeur a été spécialement encadré dans deux domaines distincts, celui de la discipline et celui des clauses relatives à la suspension du contrat pour cause de maladie.

De jurisprudence constante la Cour de cassation a affirmé que le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise est inhérent à sa qualité.[1664] Aussi, le champ disciplinaire est, sans doute, celui où la négociation a le plus de mal à s'imposer. Néanmoins, soit par la voie du règlement intérieur, acte unilatéral réglementaire de droit privé,[1665] soit par une disposition d'un accord collectif des restrictions peuvent être apportées au pouvoir disciplinaire de l'employeur. En ce domaine, la convention collective peut comporter en vertu de l'article L. 1324 du Code du travail, des dispositions plus favorables limitant ainsi les prérogatives patronales et soumet, dans le même temps, le contenu du règlement intérieur aux dispositifs négociés. En effet, l'article L. 12235 alinéa premier dispose que « ***le règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans***

[1660] Articles L. 32111 et L. 4321 du Code du travail. En ce sens F. FavennecHéry, article précité. Il est vrai que la jurisprudence avait déjà ouvert une large brèche en laissant à l'employeur le choix de privilégier l'un des critères considérés, celui des qualités professionnelles, à la condition de les avoir tous pris en considération. Cass. Soc. 8 avril 1992, *C.S.B.P.* 1992, n°43, p. 248.

[1661] Tel n'est pas le cas dans d'autres pays dont l'Allemagne où le conseil d'établissement a un droit de codécision pour les questions relatives à l'organisation et au comportement des travailleurs, article 87 de la loi du 15 fév. 1972.

[1662] Article L. 1224 du Code du travail.

[1663] G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°379.

[1664] Selon l'arrêt du 16 juin 1945, *Dr. Soc.* 1946, 427, note P. DURAND ; *Les grands arrêts de droit du travail*, n°38. Selon cet arrêt l'absence de règlement intérieur ne peut « priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur (...). » ; Cass. Soc. 27 juin 1987, *Bull. V.,* n°423, *Dr. Soc.* 1988, 258, *D.* 1987, IR. 165.

[1665] Cass. Soc. 25 sept. 1991, Unigrains, *Bull. V.,* n°381, *Dr. Soc.* 1992, 24, obs. J. SAVATIER.

l'entreprise ou l'établissement . » Ainsi le Conseil d'Etat a jugé que l'employeur ne peut introduire dans le règlement intérieur une sanction disciplinaire qui est exclue par la convention collective.[1666] L'engagement de l'employeur peut atteindre dans sa substance l'exercice de ses prérogatives. A titre d'exemple encore, le règlement intérieur ou l'accord peuvent établir une corrélation entre un comportement préalablement défini comme fautif et une sanction particulière. L'employeur n'est plus autorisé alors à prononcer une sanction plus grave.[1667] Mais le plus souvent, l'engagement souscrit par l'employeur vient renforcer par des garanties supplémentaires la procédure disciplinaire légale, instituée par la loi du 4 août 1982. Ainsi est consolidé le principe du contradictoire, rallongé le délai de préavis ou organisé un conseil de discipline sans toutefois que ces dispositions conventionnelles ne puissent se substituer à la procédure légale.[1668] Dans ce cas, le juge admet un cumul entre les procédures et consent, lorsque l'accomplissement des formalités conventionnelles augmente les délais, que la prescription d'un mois entre la constatation de la faute et sa poursuite soit suspendue.[1669]

Dans un autre domaine, en cas de maladie non professionnelle le contrat de travail du salarié est suspendu.[1670] Mais le mécanisme de la suspension et la loi (article L. 12245) empêchent seulement que la maladie ne soit invoquée comme une cause de rupture du contrat. L'employeur peut donc se fonder sur un autre motif, notamment sur les conséquences de la maladie, pour invoquer une cause réelle et sérieuse de licenciement.[1671] En la matière, le droit conventionnel est venu renforcer le mécanisme singulier de la suspension qui, si elle est un droit pour le salarié, ne lui confère juridiquement aucune garantie particulière de stabilité de son contrat. Aussi et sembletil concurremment à l'instauration d'une garantie de ressources du travailleur absent en raison de la maladie par l'accord de mensualisation du 14 décembre 1977,[1672] les partenaires sociaux ont introduit dans les accords des clauses dites de « garantie d'emploi ». Cette clause a pour objet exprès de fixer un délai pendant lequel une rupture

[1666] C. Et., 28 janv. 1991, *R.J.S.* 3/91, n°329. La clause est donc nulle si elle est contraire aux lois et règlements ou aux accords collectifs applicables dans l'entreprise. Cass. Soc. 7 juill. 1976, *Bull. V.,* n°429. Dans sa mission de contrôle de la légalité l'inspecteur du travail doit tenir compte des stipulations de la convention collective, C. Et., 28 janv. 1992, *Dr. Soc.* 1992, 232, obs. J. SAVATIER.

[1667] En ce sens, Cass. Soc. 12 mars 1991, *R.J.S.* 4/91, n°446 et 21 janvier 1992, *ibid*. n°259 ; Cass. Soc. 3 fév. 1993, *Bull. V.,* n°33.

[1668] Cass. Soc. 20 oct. 1988, *Bull. V.,* n°533.

[1669] Article L. 12241 du Code du travail. Cass. Soc. 17 janv. 1990, *Bull. V.,* n°13 ; « Attendu cependant que le délai d'un mois prévu à l'article L. 12241 du Code du travail est une règle de fond et que l'expiration de ce délai interdit à l'employeur aussi bien de convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable pour les mêmes faits que désormais de sanctionner disciplinairement ces faits, sauf si dans l'intervalle une procédure imposée par une disposition conventionnelle a été mise en oeuvre. »

[1670] Voir supra n°243 et suiv. et n°321.

[1671] Voir notamment, J.M. BERAUD « Maladie et perte d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 579.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

liée aux conséquences de la maladie, c'estàdire la désorganisation du travail, ne peut légitimement intervenir. Elle fixe en fait un délai minimum de suspension du contrat de travail mais n'offre toutefois qu'une garantie très relative d'emploi puisque l'employeur peut trouver un autre motif de licenciement fondé, par exemple, sur une remise en cause de l'emploi occupé par le salarié.[1673] Ce n'est qu'à l'issue de ce délai, que le chef d'entreprise recouvre son droit plein et entier de licencier sans toutefois pouvoir se fonder sur la maladie. La cause réelle et sérieuse de la rupture peut alors être fondée sur la désorganisation de l'entreprise. Cependant, la Cour de cassation a fixé un cadre très précis pour l'appréciation de cette cause de licenciement. En effet, l'employeur doit non seulement rapporter la preuve de la désorganisation du travail dans l'entreprise consécutive à l'absence du travailleur mais l'absence doit également rendre nécessaire le remplacement définitif du salarié.[1674]

Enfin, il convient de souligner l'extrême diversité de ces dispositions qui masque parfois, comme l'a remarqué un auteur, de fausses « garanties d'emploi ».[1675] Ainsi, la clause qui stipule que la maladie ne rompt pas le contrat de travail n'interdit pas l'employeur de licencier,[1676] de même celle qui interdit à l'employeur de prendre acte de la rupture,[1677] ou encore la clause de garantie de ressources qui n'implique aucunement une garantie d'emploi.[1678] Cette hétérogénéité des stipulations conventionnelles a, enfin,

[1672] L'accord de mensualisation du 14 déc. 1977 a été étendu par la loi du 19 janv. 1978. Elle prévoit notamment que les salariés ayant plus de trois ans d'ancienneté dans l'entreprise ont droit pendant trente jours à 90% de la rémunération brute qu'ils auraient perçue s'ils avaient continuer à travailler et s'ils remplissent un certain nombre de conditions dont une justification de l'arrêt de travail dans les quarantehuit heures, la prise en charge par la sécurité sociale et être soigné sur le territoire français ou de la communauté européenne. Voir sur la garantie de ressources, J. FROSSARD, « Les indemnités complémentaires, en cas de maladie à la charge de l'employeur », *Dr. Soc.* 1991, 568.

[1673] Cass. Soc. 27 oct. 1977, *Bull. V.,* n°575. Egalement Cass. Soc. 30 avril 1985, n°8342.270 et Cass. Soc. 26 nov. 1987, n°8540.592.

[1674] En ce sens J.M. BERAUD, article précité. L'appréciation se fait au cas par cas selon la taille de l'entreprise, le poste occupé par le salarié. Par exemple : Cass. Soc. 3 juill. 1986, *Bull. V.,* n°346 ; 31 mai 1989, *R.J.S.* 7/89, n°571 ; 20 juin 1990, *Bull. V.,* n°306. L'embauche d'un remplaçant par contrat à durée déterminée ne justifie pas le licenciement, Cass. Soc. 31 oct. 1989 et 7 nov. 1989, *R.J.S.* 1/89, n°13 ; idem pour un intérimaire, Cass. Soc. 13 mars 1991, Lafranchi, n°1097 P, cité par *Légi social*, sup. au n°229 sur la maladie du salarié.

[1675] J.M. BERAUD, article précité.

[1676] Cass. Soc. 7 juill. 1982, *Bull. V.,* n°467.

[1677] Cass. Soc. 14 mai 1985, *Juri social* E.S, p. 68. D'ailleurs la clause de prise d'acte est illicite parce que contraire à la qualification d'ordre public de licenciement, Cass. Soc. 8 déc. 1988, *Bull. V.,* n°648. « que l'employeur avait pris la responsabilité de rompre le contrat de travail de Mme Pignato, qui était simplement suspendu du fait de la maladie ; D'où il suit, que si la convention collective ne permettait pas à la salariée de prétendre à l'indemnité conventionnelle de licenciement, elle n'avait pu restreindre le droit du travailleur à l'indemnité légale de licenciement ; »

[1678] Cass. Soc. 4 juin 1982, *Bull. V.,* n°279 ; 5 avril 1990, n°8842.024.

suscité un abondant contentieux sur l'extension même de la garantie aux différents types d'absence. Effectivement, le contenu variable et parfois ambigu des dispositions avait conduit à distinguer, pour l'application du délai de protection, selon que l'absence est de longue durée ou consécutive d'absences répétées. Aussi, lorsque le texte conventionnel visait dans une formulation générale « les absences », la Chambre sociale opérait une distinction n'appliquant le délai de protection qu'aux absences de longue durée,[1679] et n'étendait cette garantie que lorsque le texte visait expressément les absences répétées.[1680] Toutefois, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation décide désormais qu'il y a lieu d'appliquer la garantie conventionnelle aux absences répétées alors même que le texte vise en termes généraux les absences.[1681] Assurément, cette solution apporte une restriction sérieuse au pouvoir de l'employeur parce que cela conduit à interdire le licenciement d'un salarié absent pour maladie de façon récurrente pour de petites durées mais de sorte qu'aucune de ces durées ne dépassent le délai de protection conventionnel. Cette jurisprudence a été critiquée notamment au motif qu'elle résulte d'une interprétation très large de la volonté des négociateurs.[1682] Pourtant elle permet, d'une part, d'harmoniser vers le haut la protection de salariés dont la maladie chronique, ou le traitement thérapeutique souvent long et douloureux, nécessitent autant de stabilité du contrat que le malade de longue durée,[1683] et d'autre part, elle invitera les partenaires sociaux, si le besoin s'en fait sentir, à renégocier ce thème et à formuler plus précisément les droits et obligations qu'ils instaurent.

2 Les engagements de garantie d'emploi

Il convient de distinguer selon que l'engagement trouve sa source dans le contrat individuel de travail ou dans l'accord collectif. En effet, s'inscrivant dans le cadre de l'autonomie de la volonté, il faudra vérifier si l'engagement de stabilité d'emploi qui entraîne une paralysie temporaire du pouvoir de gestion sur l'emploi est de portée égale selon qu'il concerne un créancier d'emploi précisément déterminé ou au contraire une collectivité de salariés.

1679 Cass. Soc. 13 nov. 1980, *Bull. V.,* n°813 ; 3 déc. 1987, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, n°499, 50.

1680 Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a jugé « qu'il résulte des dispositions de l'article 31, alinéa 1er, de la convention collective de la métallurgie de la Région parisienne que les absences répétées pour maladie ne sont pas une cause de rupture du contrat de travail », Cass. Soc. 14 nov. 1991, *Bull. V.,* n°496.

1681 Cass. Soc. 26 sept. 1990, *D.* 1990, IR, 227, *Dr. Soc.* 1992, 241 ; également 7 nov. 1990, *Bull. V.,* n°524 ; 28 nov. 1991, *Bull. V.,* n°539 ; 19 mai 1993, pourvoi n°91-45.024.

1682 Notamment, F. TAQUET, « Maladie et rupture du contrat de travail : les nouvelles tendances de la jurisprudence », *Liaisons Sociales* mensuel, n°50, 1991 ; A. MAZEAUD, « Le licenciement en cas d'inaptitude prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux », *Dr. Soc.* 1992, 234.

1683 A cet endroit on rejettera l'idée selon laquelle cet absentéisme résulterait non pas de la maladie mais d'autres motifs de convenance du salarié, l'employeur ayant à sa disposition bien des moyens pour éventuellement déceler les comportements de mauvais foi (demande d'un certificat médical, à tout le moins justification sur l'absence lors de son retour).

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

a) La clause contractuelle de garantie d'emploi

La protection de l'emploi du salarié s'attache au maintien du lien d'emploi dont le support mécanique est le contrat. A ce titre, il est topique de remarquer que pour assurer cette protection, on sollicite désormais le contrat bien audelà de l'intention des parties. C'est donc reconnaître qu'intrinsèquement la protection du lien contractuel ne paraissait pas constituer, jusqu'alors, un impératif du droit du travail, les garanties s'étant par ailleurs focalisées autour de sa rupture. Qu'en estil alors lorsque le contrat organise luimême sa propre protection ? En réalité, et sauf situations particulières, l'employeur ne manifeste que rarement sa volonté d'accorder conventionnellement au salarié une stabilité de la relation de travail, pourtant revendiquée. En effet, le contentieux peu abondant en ce domaine et la spécificité des situations où ont été conclues des clauses de garantie d'emploi marque là les limites de ce qui peut être contractuellement négocié.[1684]

En effet, la clause de garantie d'emploi porte atteinte directement au pouvoir parce qu'en raison de sa rédaction, plus ou moins contraignante, elle a pour effet de limiter remarquablement le pouvoir de l'employeur. La rareté de cette stipulation insérée dans le contrat individuel de travail et surtout ses effets en font un mode original de protection de l'emploi qu'il conviendra de préciser. Mais préalablement, il importe de distinguer la clause de garantie d'emploi de situations plus ou moins proches.

Outre l'incertitude d'appréhension qui résulte du pouvoir de qualification reconnu aux parties dans la dénomination même des stipulations, la clause de garantie d'emploi doit cependant être distinguée de situations connexes.

En premier lieu, il faut en revenir à la division élémentaire entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée. En effet, seul le contrat à durée indéterminée peut juridiquement supporter un emploi,[1685] lui seul pouvant donc susciter l'introduction d'une telle clause. Il est vrai qu'en droit le contrat à durée déterminée assure intrinsèquement une garantie de stabilité pendant son exécution sans commune mesure avec le contrat à durée indéterminée, puisqu'il ne peut être rompu avant son terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou par accord des parties.[1686] Ainsi, non seulement la protection ne trouve pas sa source dans une disposition conventionnelle mais dans l'effet de la loi, mais elle ne trouve pas non plus sa cause dans l'emploi qui seul confère au salarié un statut protecteur. D'ailleurs, et en raison du caractère d'ordre public de la

[1684] Le droit, comme le souligne le doyen Carbonnier, est plus grand que le contentieux. Toutefois, on ne peut nier que son abondance ou son absence revêt une certaine signification. Une recherche de jurisprudence sur le logiciel Légisoft comprise entre le 311984 et le 30101995 visant uniquement les arrêts de la Chambre sociale publiés au Bulletin, avec comme clé d'interrogation « clause de garantie d'emploi » a permis de recenser cinq arrêts. La doctrine est, elle aussi, peu abondante : J. SAVATIER, « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 413 ; F. DUQUESNE, note sous Cass. Soc. 28 avril 1994, *J.C.P.* 1995, éd. G., 22379 ; B. DESJARDINS, in *Droit de l'emploi*, Dalloz Action 1996, n°1440 et suiv. ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°210. Un examen des décisions publiées permet de souligner que ces clauses ont été conclues par des cadres ou bien par d'anciens mandataires sociaux. Comme le relève M. Savatier, ces clauses ne sont pas consenties à des salariés ordinaires.

[1685] Voir supra n°64 et suiv.

législation relative au contrats dits « précaires », la Chambre sociale n'admet plus, comme elle a pu le faire, que le contrat à durée indéterminée contenant une clause de garantie d'emploi soit qualifié de contrat à durée déterminée. De cette façon, si la Cour a estimé licite qu'un contrat conclu pour une période de vingt ans ne pouvant pas être dénoncé par l'employeur sauf faute grave, permettait à la salariée de se prévaloir d'un contrat à durée déterminée,[1687] sa jurisprudence récente, en conformité avec la loi du 12 juillet 1990, exclut cette qualification. Le contrat à durée indéterminée conclu avec une clause de garantie d'emploi n'est pas un contrat à durée déterminée.[1688]

Seul le contrat à durée indéterminée peut donc supporter une garantie contractuelle d'emploi. Mais, en second lieu, ce contrat peut également s'enrichir de nombreuses clauses,[1689] dont la rédaction ou les effets peuvent s'apparenter à une garantie. Toutefois, pour au moins deux d'entre elles, la Chambre sociale a refusé toute assimilation à un engagement de stabilité contractuelle. Ainsi, elle a rappelé que la clause de déditformation par laquelle le salarié s'engage à rester au service de son employeur en contrepartie de l'acquisition d'une formation professionnelle ne permet au salarié de se prévaloir d'un contrat à durée déterminée ou d'une garantie d'emploi.[1690] De même, l'insertion dans un contrat à durée indéterminée d'une clause de durée de l'emploi ou de réalisation d'une prestation déterminée ne modifie pas la nature juridique du contrat et ne permet pas au salarié de prétendre au bénéfice d'une garantie jusqu'à l'arrivée du terme contractuellement retenu.[1691]

L'appréciation des juges quant à la nature de l'engagement est donc très strict. Il faut de la part de l'employeur une manifestation non équivoque de la volonté de restreindre son pouvoir d'organisation et de direction, même si dans certaines hypothèses, et en dernier lieu, les juges ont fait état de promesse implicite de stabilité d'emploi.[1692] Dans ces hypothèses, il est manifeste que le juge ne s'appuie pas sur une clause du contrat, parce qu'inexistante, mais recherche plus à sanctionner un comportement déloyal de

[1686] Article L. 12238 du Code du travail. A cet égard, on préfère donc l'expression de stabilité du lien contractuel pour le contrat à durée déterminée plutôt que celle de stabilité de l'emploi puisque justement il n'a pas pour objet de pourvoir à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, article L. 1221 du Code du travail.

[1687] Cass. Soc. 1er juill. 1985, *Dr. Soc.* 1987, 413, obs. J. SAVATIER et son article précité.

[1688] Cass. Soc. 21 mars 1990, *R.J.S.* 5/90, n°350 ; Cass. Soc. 16 fév. 1994, *Dr. Soc.* 1994, 380 et *R.J.S.* 4/94, n°372 ; Cass. Soc. 30 mars 1995, *R.J.S.* 6/95, n°623.

[1689] Cf. supra n°206 et suiv.

[1690] Cass. Soc. 19 mars 1987, *Bull. V.,* n°176. Voir aussi Cass. Soc. 12 mai 1982, *D.* 1982, I.R. 405, l'obligation de rester au service de l'employeur ne confère pas au contrat à durée indéterminée une durée déterminée.

[1691] Supra n°212 et suiv.

[1692] Voir notamment C. ATIAS, « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », *D.* 1995, 125 ; F. DUQUESNE, article précité.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'employeur, ayant implicitement fait naître une promesse de stabilité d'emploi. Ainsi en estil du débauchage d'un salarié ayant occasionné un déplacement de sa famille,[1693] de l'engagement de frais importants afin de s'installer en France,[1694] ou encore de la promesse de création de poste.[1695]

La clause de garantie d'emploi est donc celle qui limite l'exercice plein et entier des pouvoirs de l'employeur et offre corrélativement au salarié une protection contre l'instabilité juridique liée, d'une part, à sa subordination juridique et, d'autre part, à l'évolution de l'organisation de l'entreprise. Si des doutes on pu être émis quant à la validité de cette clause,[1696] sa validité n'est aujourd'hui pas remise en cause. En effet, une telle clause stipulée dans l'intérêt du salarié n'est pas, d'une part, contraire à la prescription de l'article L. 1214 du Code du travail qui prohibe tout engagement à vie,[1697] elle est d'ailleurs plus favorable que les protections résultant notamment de la loi, et elle ne porte pas atteinte, d'autre part, au droit pour l'employeur de licencier le salarié, ce droit étant simplement restreint. La clause empêche simplement l'employeur de se prévaloir de faits qui en l'absence de celleci auraient constitué une cause réelle et sérieuse de licenciement.

b) Les accords collectifs portant garantie d'emploi

Dans le cadre d'un accord, l'emploi passe du statut d'objet de cet accord ou de l'engagement à celui d'objet de droit. Déjà repérés,[1698] ces engagements de « sauvegarde de l'emploi » sont réapparus dans le cadre de la négociation d'entreprise, sans toutefois faire florès. En effet, il semble que ces accords nés au début des années quatrevingtdix aient été débordés par des dispositifs législatifs engageant l'Etat financièrement et donc plus attractifs,[1699] puisque l'une de leur caractéristique était d'associer la réduction du

1693 Cass. Soc. 1er oct. 1975, *Bull. V.,* n°433.

1694 Cass. Soc. 22 avril 1971, *Bull. V.,* n°296.

1695 Cass. Soc. 9 mars 1972, *Bull. V.,* n°202.

1696 Dans un premier temps la Cour de cassation avait admis la validité d'une clause par laquelle l'employeur s'engage à conserver un employé jusqu'à la limite de ses forces morales et physiques (sic), Cass. Soc. 12 nov. 1947, *D.* 1947, somm. 21. Par la suite elle rappela à plusieurs reprises qu'une promesse d'une certaine stabilité lors de la conclusion d'un contrat à durée indéterminée ne peut faire obstacle à la rupture unilatérale de celuici après plusieurs années d'exploitation déficitaire, Cass. Soc. 6 janv. 1966, *Bull. IV.,* n°13. Même solution lorsque les nécessités économiques le commandent, Cass. Soc. 26 juin 1968, *Bull. V.,* n°326 et 7 oct. 1976, *Bull. V.,* n°160.

1697 La règle de l'article L. 1214 du Code du travail ne peut être invoquée que par le salarié. A cet égard, on ne peut pas affirmer que cette clause est souscrite sans contrepartie (contra F. DUQUESNE, article précité). Certes elle ne peut résider dans un engagement du salarié de rester au service de l'employeur, le principe de la liberté du travail prime. En revanche, cette clause trouve sans doute sa contrepartie pour l'entreprise dans la fidélisation de salariés hautement qualifiés.

1698 J.Cl. JAVILLIER, « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. Soc.* 1982, 691 ; M.A. SOURIACROTSCHILD, *Les accords d'entreprise*, Thèse Paris I, 1986 ; F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986.

temps de travail à la sauvegarde de l'emploi dans l'entreprise.

Ici encore, il n'est pas possible de prétendre analyser l'ensemble de ces accords, on peut retenir ceux paraissant les plus significatifs.[1700] Aussi, et à grands traits peuton les remettre en contexte, les accords type « Robien » ou « Aubry » présentant les mêmes caractéristiques à l'exception d'importance qu'ils engagent financièrement l'Etat, ce qui n'était pas le cas pour les premiers accords. Tout d'abord, ces accords résultent pour une large part d'une négociation « à chaud » conduite dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique mettant en oeuvre un plan social. Or, on sait que parmi l'ensemble des entreprises mettant en oeuvre une procédure de licenciement économique, une part minoritaire est soumise à l'exigence d'un plan social. A cet égard, la spécificité des entreprises ressort là encore puisqu'elles occupent en moyenne plus de cinq cent salariés et se situent dans des branches d'activité où la négociation est bien implantée. En témoigne notamment, la présence à la négociation, sinon à la signature, des grandes confédérations syndicales et spécialement de la CFDT qui depuis déjà longtemps a fait de la réduction du temps de travail l'une de ses priorités.[1701] Pourtant, malgré ces positions locales qui s'accordent avec les spécificités de chaque entreprise, il faut relever que dans un souci de légitimation de la négociation de nombreux accords ont été soumis à référendum, l'accord Potain n'étant par exemple applicable au personnel d'encadrement qu'en cas de réponse positive.[1702] Ce procédé marginal en droit positif, ne

[1699] Essentiellement la loi n°96502, du 11 juin 1996, dite loi « Robien ». Voir supra n°110 etsuiv. De même, accord interprofessionnel du 6 sept. 1995 relatif à la cessation d'activité en contrepartie d'embauche (ARPE), *Liaisons Sociales* n°7367 du 71295. Pourtant en sens contraire, Monsieur Antoine LyonCaen estime que l'essor des accords tendant au maintien de l'emploi est, sans doute, devant nous, in « La maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655.

[1700] La sélection des arrêts s'est effectuée essentiellement à partir des accords publiés par *Liaisons Sociales* sur une période de trois ans 19931996 ; c'est l'accord Potain qui semble avoir été le révélateur de cette tendance. Parmi ces accords : Accord RKSSKF, *Liaisons Sociales* n°6813 du 22393 ; Accord Montabert du 27 janv. 1993, *ibid.* ; Accord Potain du 10 fév. 1993, *ibid.* ; Accord Thomson Tubes Electroniques (accord cadre sur l'emploi) nov. 1992, *Liaisons Sociales* n°6826 du 15493 ; Accord Claas France, *Liaisons Sociales* n°6970 du 16993 ; Thomson CSF, *Liaisons Sociales* n°6936 du 101193 ; Sextant Avionique, *Liaisons Sociales* n°6945 du 81293 ; Accord Centre Technique cuir chaussure maroquinerie (CTCCM) du 9 déc. 1993, inédit ; Accord Thomainfor du 11 avril 1995, *Liaisons Sociales* n°7261 du 28495 ; Accord Bred du 29 fév. 1996, *Liaisons Sociales* n°7441 du 7496 ; Accord Thomson CSF industrie du 16 juin 1996, *Liaisons Sociales* n°7500 du 22/23796 ; Accord Thomson Brandt Armement du 20 sept. 1996, *Liaisons Sociales* n°6918 du 61096 ; Accord Alcatel Télécom du 7 juin 1996, *Liaisons Sociales* n°7541 du 281096. Des accords de ce type avaient déjà été repérés : Accord cartonnerie d'Auvergne du 20 déc. 1984, *Liaisons Sociales* n°5654 du 10 juin 1985 ; infra page 405 et suiv. et notes

[1701] Pour cette confédération, ce type de négociation semble s'inscrire dans le cadre d'une négociation dite « intégrative ». Sur ce point, voir notamment, J. BUNEL, « La négociation collective sur la réduction du temps de travail : facteur de changement des relations professionnelles », in *Le temps de travail*, *éd. Lég. et adm.,* 1985. A ce titre la présence de la CGT et de la CGTFO peut apparaître plus surprenante. En réalité, il faut comprendre que les acteurs syndicaux de terrain sont plus souples dans leur démarche que les discours, parfois dogmatiques, des confédérations. Ainsi, des sections syndicales CGT ont signé des accords admettant le nonpaiement des heures supplémentaires (La bakélite dans le Val d'Oise cité par *Le Monde Dossiers et Documents*, fév. 1994, n°218 relatif au temps de travail) ou des accords de modulation du temps de travail qui, en leur époque, n'entraient dans aucun cadre légal !

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

saurait constituer une nouvelle source de légitimité dans l'entreprise. En effet, l'accord d'entreprise pour être parfait n'a besoin que de la signature d'un syndicat représentatif au niveau de l'entreprise, la Cour de cassation ayant à ce titre jugé que l'approbation par la majorité des salariés ne saurait s'analyser en une modification d'un accord d'entreprise opposable au salarié.[1703] Au surplus, le recours au référendum introduit dans l'entreprise une forme d'expression directe, non retenue par le législateur,[1704] qui, pour plus démocratique qu'elle puisse apparaître, bouscule le rôle représentatif des organisations syndicales et organise une recomposition des pouvoirs dans l'entreprise non dénuée de tout risque.[1705]

Quant au cadre juridique de ces engagements de sauvegarde de l'emploi, il emprunte traditionnellement deux voies. L'une minoritaire concerne celui de la négociation annuelle obligatoire d'entreprise visée par l'article L. 13227 du Code du travail.[1706] L'autre voie résulte de l'application des articles L. 3214 et suivants du Code du travail qui imposent l'élaboration d'un plan social, l'employeur recherchant par la négociation un consensus dans l'application de ce qui relève normalement de ses prérogatives seules.[1707] L'imbrication des procédures, et la diversité des intervenants notamment des délégués syndicaux pour la signature des accords ne semblent pas avoir posé de problèmes particuliers. Pourtant, et comme l'a affirmé la Cour de cassation,[1708] le comité d'entreprise doit être consulté cumulativement tant dans le cadre du livre IV du Code du travail que dans celui du livre III, à n'en pas douter donc lors d'une procédure de réduction de

1702 Les dispositions furent d'ailleurs rejetées par les cadres de l'entreprise, lesquels furent soumis au droit commun de la procédure de licenciement pour motif économique, accord Potain précité.

1703 Cass. Soc. 13 mai 1982, *Bull. V.,* n°305.

1704 Cependant, ordonnance du 21 oct. 1986, articles 1 et 16 concernant les accords de participation et d'intéressement et article L. 7311 du Code de la Sécurité sociale à propos des régimes complémentaires de retraite et de prévoyance.

1705 Ce qui est en fait recherché c'est un jugement de valeur sur un acte de gestion plus que l'effet créateur de droit. Le rôle de contre pouvoir dévolu aux organisations syndicales n'existe donc plus. Mais la disparition de l'interlocuteur « institutionnel » risque aussi à terme de paralyser tout dialogue et de remettre en cause la paix sociale à laquelle participe la négociation. Le recours au référendum pose en réalité le problème de la représentativité syndicale dont il n'est pas sûr qu'il soit solutionné en portant atteinte au monopole syndical. Voir B. GAURIAU, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. Soc.* 1998, 338.

1706 Accord CTCCM et accord Montabert.

1707 On remarquera ici la spécificité du cas Potain ; l'accord prévoit expressément (préambule alinéa 2) que le présent accord conclu dans le cadre d'un plan social vaudra négociation annuelle obligatoire sur les salaires et la durée du travail. On relèvera à titre incident que la société Potain en 1984 avait dû licencier près de la moitié de son effectif soit près de 1400 salariés. C'est dans le cadre d'un énième plan social que les organisations syndicales se sont impliquées afin de parvenir à un gel des licenciements.

1708 Cass. Soc. 16 avril 1996, Sietam, 2 arrêts, *Bull. V.,* n°163 et 164. *R.J.S.* 5/96 n°560 ; *R.J.S.* 5/96, p. 311 conclusions KESSOUS ; G. BELIER et H.J. LEGRAND, «Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932.Les interrogations sont en réalité nombreuses, voir M.A. SOURIACROTSCHILD, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* n°118 et 119, 1996.

l'horaire de travail.[1709] Mais un autre problème peut se poser en raison de l'objet de ces accords qui traitent des thèmes de la négociation annuelle obligatoire, salaires et durée du travail. En effet, on peut se demander si l'obligation légale posée par l'article L. 13227 du Code du travail, ne devient pas une coquille vide parce que, d'une part, l'objet de la négociation est soustrait à une procédure très formalisée et que, d'autre part, l'accord conclu pour une durée supérieure à un an rend toute renégociation non globale improbable parce que remettant en cause l'équilibre initial de l'accord.

Enfin, quant au contenu de ces accords, on a dit qu'il s'inscrit dans un processus de réduction du temps de travail impliquant corrélativement une réduction de la rémunération qui s'opère par un allégement des primes versées et/ou une baisse proportionnelle du salaire direct.[1710] La spécificité de ces accords ne réside donc pas exclusivement dans les incidences voulues sur la situation de l'emploi dans l'entreprise par la mise en oeuvre de ces mécanismes, l'emploi est objet de la négociation, mais dans l'engagement pris par l'employeur de maintenir l'emploi, il devient objet de droit. Ainsi on relève précisément ce type de disposition :

Accord Claas France : (Préambule) « Afin d'éviter quinze licenciements supplémentaires, nous concluons cet accord sur l'aménagement du temps de travail. » Accord POTAIN : « Ces mesures permettront d'éviter tout licenciement dans les catégories... » Accord MONTABERT : « Le présent accord est conclu (...) pour éviter des licenciements « secs ». » Accord THOMSOMCSF : « Le présent accord vise à éviter tout nouveau licenciement pour motif économique au sein de la société. » Accord Sextant Avionique : « Le texte du présent accord constitue le meilleur compromis possible à ce jour entre la nécessité pour l'entreprise, de mettre en oeuvre d'indispensables mesures de reclassement et pour les salariés, de limiter au maximum les mesures de licenciement. » Accord BRED : « La BRED s'engage pendant la durée de l'accord à maintenir un plancher d'effectif (2.425 « équivalents temps plein ») et à ne procéder à aucun licenciement collectif économique. » Accord ALCATEL : « La réduction de 20% de l'horaire collectif du personnel itinérant (...) est de nature à préserver 113 emplois itinérants. »

L'extrême diversité des accords et de ces dispositions invite donc à s'interroger sur la portée de tels engagements.

Section 2 : L'efficacité des engagements sur l'emploi

On peut observer que l'emploi peut être objet de négociation. Une question, d'un autre ordre se pose, l'emploi estil un support pertinent d'obligations pour l'employeur ? L'emploi est de plus en plus au coeur d'accords d'entreprise ou de conventions collectives, au point même de penser que dans une conception extensive l'emploi est devenu le centre de gravité de la négociation collective. Mais, l'étendue même du champ de la négociation

[1709] Voir notamment, J.M. BERAUD, « La procédure de réduction d'horaires », *Dr. Soc.* 1985, 617.

[1710] On observera que ces réductions de rémunération ne sont, pour les premiers accords, pas compensées par une intervention de l'Etat, à l'exception des accords Thomson en raison du statut juridique de l'entreprise ; elle est encore pour l'heure une entreprise publique. L'aspect financier est modifié par les lois « Robien » et « Aubry » puisque l'accord peut donner lieu à une convention Etat/entreprise dont l'intérêt est de financer la gestion de l'emploi dans l'entreprise.

conduit à distinguer des objets différents d'engagement. Il convient dès lors au regard de ces distinctions de s'interroger sur la portée de ces accords. Les accords portant sur l'emploi semblent relever de deux ordres. Il y a ceux qui mettent en place des dispositifs qui ont un objectif dual : améliorer la compétitivité de l'entreprise tout en prenant comme objectif le maintien de l'emploi. Cet objectif, selon Monsieur Antoine LyonCaen rend compte de « l'aspiration des parties [à l'accord] dans l'établissement de certaines règles notamment de l'aménagement du temps de travail. » Selon l'auteur, cet objectif relève « de l'ordre des motifs. »[1711] A ces accords, on peut rattacher les engagements portant sur des situations juridiques d'emploi mais chaque fois prises isolément parce que, s'ils encadrent le pouvoir de l'employeur, ils ne le remettent pas directement en cause ; ce sont des engagements d'encadrement du pouvoir. En revanche, il y a des engagements qui portent directement atteinte au pouvoir en ce qu'ils ont pour objet de poser une interdiction de licencier, engagements dont relèvent les clauses contractuelles de garantie d'emploi. En estil de même pour les accords collectifs de qui tendent à interdire tout licenciement pour motif économique ? La question doit être examinée à l'aune de quelques certitudes (Paragraphe I) pour conduire à une réflexion sur ces accords (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les solutions certaines

L'examen du droit positif conduit à dégager un double principe ayant trait au degré de protection et corrélativement à l'atteinte portée au pouvoir de l'employeur. Ainsi, la jurisprudence confère une pleine efficacité aux engagements qui visent à encadrer le pouvoir mais qui ne procurent juridiquement qu'une protection minimale. En revanche, elle amoindrit singulièrement la portée des engagements qui sont pourtant constitutifs d'une garantie d'emploi, posant comme principe l'intangibilité du pouvoir.

1 Les engagements d'encadrement de gestion de l'emploi

Quel que soit l'objet de la clause conventionnelle, celleci s'impose aux parties ; la convention collective est donc source de droits et d'obligations. Ramené à la gestion de l'emploi ces clauses posent des limites à la rupture du contrat nonobstant l'observation par l'employeur des dispositions légales. Si l'objet d'une clause de l'accord d'entreprise impose à l'employeur de ne pas licencier sans avoir au préalable respecté une procédure spécifique ou sans que des conditions de fond soient remplies, l'employeur méconnaît alors, d'une part, l'étendue de ses obligations et ôte, d'autre part, à la réalité du motif du licenciement son caractère sérieux. Sur ce point, la Chambre sociale a renforcé sa position. Ainsi par deux arrêts successifs,[1712] elle a affirmé qu'est sans cause réelle et sérieuse le licenciement disciplinaire prononcé par un employeur en méconnaissance des

[1711] A. LYONCAEN, « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655 et « L'emploi comme objet de négociation », *Dr. Soc.* 1998, 316. Déjà, M.A. SOURIACROTSCHILD, *Les accords d'entreprise*, Thèse Paris I, 1986, n°1033, « l'emploi est aussi la justification de ces accords même si ceuxci ne le garantisse pas nécessairement », voir aussi « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. Soc.* 1997, 1061

[1712] Cass. Soc. 12 mars 1991, *Bull. V.,* n°121 et 21 janv. 1992, *R.J.S.* 3/92, n°259.

dispositions conventionnelles applicables à son établissement selon lesquelles, sauf cas de faute grave, une mesure de licenciement ne peut être prise sans avoir été précédée de deux sanctions de moindre importance. Cette solution marque un revirement de la Haute juridiction qui jugeait jusqu'alors que de telles dispositions conventionnelles ne faisaient pas obstacle à l'appréciation par le juge du caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur.[1713] De façon plus nette encore, elle a approuvé les juges du fond d'avoir tiré toutes les conséquences d'une clause conventionnelle qui fixait une liste limitative des motifs possibles de licenciement ; selon la Cour de cassation, « les dispositions légales relatives à la résiliation par l'employeur du contrat de travail n'interdisent pas aux partenaires sociaux de limiter à des causes qu'ils énumèrent, le pouvoir de licencier de l'employeur. »[1714] La clause s'impose à l'employeur et au juge, lequel doit dire irrégulier le licenciement prononcé en violation de cette disposition.

La solution adoptée par les juges face à une clause fixant une durée minimale de suspension du contrat de travail en cas de maladie du salarié n'est pas différente. Le délai de « garantie d'emploi » fixé par la convention collective est pleinement opposable à l'employeur, lequel ne peut pas invoquer les nécessités d'un bon fonctionnement de l'entreprise pour justifier du sérieux de la rupture.[1715] Au fond, il ne s'agit là que de donner plein effet aux stipulations conventionnelles par lesquelles l'employeur est engagé, selon les termes de l'article L. 1351 du Code du travail. Affectant la rupture du contrat de travail, la méconnaissance des restrictions conventionnelles donnant naissance à des obligations de ne pas faire, doit donc ôter à la manifestation du pouvoir son caractère légitime et ouvrir droit aux salariés à des dommagesintérêts. Méconnaissant son obligation, l'employeur engage sa responsabilité en rompant le contrat de travail du salarié et doit être condamné à payer les indemnités afférentes au licenciement sans cause réelle et sérieuse.

2 La clause individuelle de garantie d'emploi

La clause individuelle de garantie d'emploi a pour objet de limiter l'exercice des pouvoirs de l'employeur, elle doit l'empêcher de se prévaloir de faits qui en l'absence de celleci auraient constitué une cause réelle et sérieuse de licenciement.[1716]

1713 Cass. Soc. 27 juin 1985, *Bull. V.,* n°373 ; « Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que les dispositions de l'accord collectif ne pouvaient faire obstacle à l'appréciation par le juge de la gravité ainsi que du caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, les juges du fond, devant lesquels M. Allegret n'avait pas demandé réparation du préjudice pouvant résulter de la violation des règles de forme conventionnelles précitées, ont estimé que les faits établis à l'encontre de M. Allegret dans l'exercice de ses fonctions de cadre commercial étaient de nature à porter atteinte à la confiance nécessaire pour le maintien des relations contractuelles ; »

1714 Cass. Soc. 3 fév. 1993, *Bull. V.,* n°33, *Dr. Soc.* 1993, 301, *R.J.S.* 3/93, n°253, *D.* 1994, S.C. 304. Voir également, 16 mars 1994, *C.S.B.P.* n°60, A.27 ; 28 fév. 1996, *R.J.S.* 4/96, n°350.

1715 Cass. Soc. 25 sept. 1990, *Bull. V.,* n°398 ; 20 nov. 1991, *Bull. V.,* n°518.

1716 Supra n°417 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Dans la pratique, il apparaît que les clauses de garantie d'emploi se forment autour de durées variables, les unes fixant une durée brève de garantie, d'un à cinq ans,[1717] les autres garantissant la stabilité du lien contractuel jusqu'à l'âge de la retraite du salarié.[1718] Mais surtout elles sembleraient être de deux ordres dont la ligne de partage serait la précision de leur rédaction quant à la limitation des pouvoirs de l'employeur, les unes adoptant une formulation large, l'employeur s'engageant à ne pas rompre le contrat pendant une certaine durée, les autres précisant qu'une telle rupture, à l'exception de certains motifs, n'est pas possible, par exemple en cas de faute grave du salarié.[1719] Quelle est alors l'étendue de la garantie ?

La question n'a de sens que pendant l'effectivité de la disposition conventionnelle car une fois le délai de protection écoulé, l'employeur recouvre la plénitude de ses prérogatives.[1720] Pendant, la période de garantie d'emploi, il s'agit de savoir si les pouvoirs de l'employeur sont totalement ou partiellement paralysés. En effet, s'il est admis que la clause restreint l'initiative de la rupture, c'est qu'elle ampute, dans une certaine mesure, tant le pouvoir de direction que le pouvoir disciplinaire. En rédigeant les clauses sous différentes formes, le rédacteur attend sans doute des effets distincts. Lorsque la rédaction de la clause laisse apparaître qu'un engagement de garantie d'emploi est pris par l'employeur mais que celuici a pris soin de préciser que la rupture est possible en cas de force majeure ou de faute grave, la validité même de la stipulation ne fait pas de doute. La renonciation unilatérale de l'employeur à se prévaloir de faits qui auraient pu constituer un motif légitime de rupture est admis par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 16 mai 1990, confirme que la clause garantissant au salarié la stabilité de son emploi pendant une période de cinq ans, sauf en cas de force majeure ou de faute grave, était valable et devait recevoir application dès lors qu'aucune faute n'avait été commise par le salarié.[1721]

A l'inverse, la clause peut être très laconique, c'estàdire souscrite sans réserve d'aucune sorte. La clause aurait un effet absolu paralysant, pour sa durée, le pouvoir de l'employeur. On en arriverait ainsi à une situation de paralysie du pouvoir de direction doublée d'une immunité disciplinaire. Une solution aussi radicale ne semble pas devoir

[1717] Par exemple : Cass. Soc. 26 sept. 1989, *Bull. V.,* n°539, arrêt n°1 ; 16 mai 1990, *R.J.S.* 7/90, n°547 ; 16 fév. 1994, *Dr. Soc.* 1994, 380 ; 28 mai 1994, *Dr. Soc.* 1994, 707.

[1718] Cass. Soc. 21 oct. 1980, *Bull. V.,* n°169 ; 1er juill. 1985, *Dr. Soc.* 1987, 413 ; 19 mars 1986, *Bull. V.,* n°97 ; 7 nov. 1990, *C.S.B.P.* 1991, A.31, *Dr. Soc.* 1991, 417.

[1719] Cf. F. DUQUESNE, article précité.

[1720] La Cour de cassation a été amené à le rappeler dans une espèce où alors qu'une procédure de liquidation des biens d'une société était engagée et conduisait au licenciement de l'ensemble de son personnel, les salariés avaient renoncé aux indemnités de licenciement en contrepartie d'une garantie de maintien de leur emploi pendant un an après la reprise de l'activité de l'entreprise. Certains salariés sont licenciés après l'écoulement du délai de un an, leur demande de dommagesintérêts est rejetée, Cass. Soc. 26 sept. 1989, *Bull. V.,* n°539, arrêt n°1.

[1721] Cass. Soc. 16 mai 1990, *R.J.S.* 7/90, n°547.

être retenue.[1722] En effet, si l'employeur peut valablement réduire les droits qu'il tient,[1723] il ne peut renoncer complètement, même pendant une durée limitée, au droit de rompre le contrat de travail. L'article L. 122147 alinéa troisième du Code du travail, qui dispose que « *les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de s'en prévaloir [des règles posées en matière de licenciement]* », combiné avec l'article L. 1224 l'interdisent.[1724] Si le principe est bien celuici, il importe alors d'en fixer le cadre. Il semble nécessaire d'opérer une distinction selon le motif de la rupture. Lorsque le motif est lié à l'organisation de l'entreprise, l'employeur ne doit plus être en mesure de rompre le contrat de travail du salarié bénéficiaire d'une garantie contractuelle d'emploi. La force majeure ne permet pas à l'employeur de prendre acte de la rupture,[1725] un motif d'ordre économique justifiant un licenciement ne peut pas être invoqué.[1726] De même un motif personnel, tel que l'insuffisance de résultats ou l'inaptitude professionnelle ne permettraient pas l'employeur de fonder un licenciement ni, sembletil, une demande de résolution judiciaire du contrat.[1727] Reste alors le motif disciplinaire, autrement dit la faute du salarié. L'examen de la jurisprudence semble contradictoire.

En effet, par un arrêt du 28 avril 1994, la Chambre sociale de la Cour de cassation approuve, en ces termes, la Cour d'appel qui « ***a constaté que le contrat était à durée indéterminée et a retenu, hors toute dénaturation, qu'il comportait une période de garantie d'emploi de cinq ans ; qu'elle a pu en déduire que l'employeur, en rompant le contrat de travail avant l'expiration de cette période, avait méconnu ses obligations contractuelles.*** »[1728] Pourtant malgré la généralité de l'attendu, cette décision doit être analysée avec prudence parce qu'en l'espèce aucune faute n'était alléguée. En revanche, par un arrêt du 13 février 1996, la Cour affirme que « l'employeur qui rompt un contrat à durée indéterminée avant l'expiration de cette période [garantie d'emploi pour une période de trois ans] méconnaît ses obligations contractuelles et est tenu à défaut de faute lourde ou de faute grave rendant impossible le maintien de la relation au paiement de dommagesintérêts pour rupture anticipée de contrat. »[1729]

[1722] En ce sens aussi, M.A. SOURIACROTSCHILD, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996, 395.

[1723] Cette solution est également admise dans le cadre d'une convention collective (Cass. Soc. 3 fév. 1993, *J.C.P.* 1994, éd., G, II, 22254, note F. DUQUESNE), et d'un règlement intérieur, Cass. Soc. 13 oct. 1993, *R.J.S.* 11/93, n°1102.

[1724] L'article L. 1224 dispose que « *le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes (…).* »

[1725] On réservera cependant le cas où l'exploitation de l'entreprise serait rendu définitivement impossible, le salarié ne pourrait pas prétendre au maintien de son contrat. Mais il pourra réclamer des dommagesintérêts pour non respect de l'engagement.

[1726] Pour un motif économique : voir Cass. Soc. 7 nov. 1990, *C.S.B.P.* 1991, A.31.

[1727] Article 1184 du Code civil.

[1728] Cass. Soc. 28 avril 1994, *Dr. Soc.* 1994, 707, *J.C.P.* 1995 éd., G., 1995, II, 22379.

Une telle solution semble conforme au principe selon lequel l'employeur ne peut licitement renoncer au droit du licenciement. Mais, admettre qu'il recouvre une plénitude de pouvoir pour sanctionner une faute grave et *a fortiori* une faute lourde réduit aussi indubitablement l'intérêt d'une telle clause et la distinction selon leur rédaction artificielle.[1730] Ainsi, et à l'instar du bénéfice au droit à l'adaptation, les garanties attachées au maintien du salarié dans son emploi ne sont pas absolues et semblent trouver leur limite dans l'atteinte causée par le salarié à la discipline de production.[1731] Enfin, il ne peut échapper, qu'en adoptant une telle solution on se rapproche du régime juridique du contrat à durée déterminée, sans bien sûr porter atteinte à la nature du contrat ni même en tirer toutes les conséquences.[1732] En effet, dans une espèce déjà évoquée où la qualification de contrat à durée déterminée avait été retenue,[1733] l'employeur avait été condamné au paiement des salaires restant dus. Indépendamment de la qualification du contrat, cette solution ne saurait être automatique, elle doit résulter d'une demande du salarié. L'employeur est alors tenu aux indemnités légales de licenciement, à celles résultant de la violation de l'article L. 122144 du Code du travail,[1734] ainsi que de la réparation du dommage causé du fait du licenciement en violation de la clause de garantie d'emploi.[1735]

En somme, mises en parallèle, les solutions apportées par la jurisprudence font apparaître la recherche d'un équilibre entre la force contraignante de l'engagement et le maintien d'une frange du pouvoir de l'employeur, dont l'élément intangible est lié à ses pouvoirs de « police ». Il semble ainsi se former un balancement entre le degré de protection octroyé et la situation de subordination juridique du travailleur. Formulé différemment, le principe qui se dégage est bien celui de l'intangibilité des prérogatives de l'employeur. Certainement, le chef d'entreprise peut limiter, encadrer l'exercice de ses prérogatives mais en aucun cas et, quelle que soit la rédaction contractuelle adoptée,

1729 Cass. Soc. 13 fév. 1996, *R.J.S.* 5/96, n°512. Egalement 5 fév. 1992, Boucher c/ SA ACCI, n°632, cité par F. DUQUESNE. On relèvera en outre que dans le cadre spécifique des dispositifs relatifs aux contrats d'adaptation (article L. 9816 du Code du travail), la Cour de cassation avait jugé que « le contrat conclu pour une durée minimum de douze mois ne pouvait être rompu pendant cette période de garantie d'emploi, en l'absence de force majeure ou d'accord des parties, que pour faute grave », Cass. Soc. 30 mars 1994, *Bull. V.,* n°120 ; 18 juill. 1995, *Bull. V.,* n°248 ; et pour un contrat « de retour à l'emploi », Cass. Soc. 1er fév. 1995, *Bull. V.,* n°49.

1730 Comp. F. DUQUESNE, article précité.

1731 Voir infra n°55 et suiv.

1732 Cass. Soc. 6 mai 1997, *R.J.S.* 6/97, n°649, le contrat n'est pas un contrat à durée déterminée.

1733 Cass. Soc. 1er juill. 1985, *Dr. Soc.* 1987, 413 ; supra n°418.

1734 Cass. Soc. 21 fév. 1980, *Bull. V.,* n°169.

1735 Cass. Soc. 16 mai 1990, *R.J.S.* 7/90, n°547 ; 7 nov. 1990, *C.S.B.P.* 1991, A.31 et *Dr. Soc.* 1991, 417. Comp. avec Cass. Soc. 7 oct. 1997, *R.J.S.* 11/97, n° 1198.

renoncer complètement, d'une part, au droit de rompre le contrat et surtout, d'autre part, à tout pouvoir parce qu'il est inhérent à la relation de travail. La solution n'est pas nouvelle et avait déjà été illustrée à propos de la suspension du contrat de travail.[1736] En revanche, il semble poindre au travers de l'examen des clauses individuelles de garantie d'emploi une paralysie temporaire du pouvoir de gestion de l'emploi du chef d'entreprise. Une telle solution estelle transposable aux accords qui tendent à limiter le pouvoir de l'employeur, assurant donc la stabilité de l'emploi, face à un projet de compression d'effectif ? Le débat n'est plus le même parce qu'au niveau individuel l'engagement de garantie d'emploi est stipulé pour un créancier alors que dans le cadre d'un accord la garantie d'emploi est d'abord posée collectivement.

Paragraphe II : La portée incertaine des accords collectifs de garantie d'emploi

Dans quelle mesure l'accord faitil obstacle pendant la durée de la garantie d'emploi à l'engagement par l'employeur d'une procédure de licenciement ? Pour une large part, la réponse à ce questionnement devrait dépendre de la formulation de l'obligation souscrite par l'employeur. Toutefois, l'efficacité juridique de l'engagement de garantie d'emploi doit être confronté au non respect de l'accord. En effet, comme le remarque un auteur, dans les accords collectifs, les clauses relatives à l'emploi ont quelque chose de déconcertant ouvrant la porte à l'incertitude.[1737] Il convient donc d'examiner à quelles conditions l'engagement du chef d'entreprise en matière d'emploi peut être juridiquement objet d'un engagement et partant être sanctionné. Préalablement cependant, il convient de faire quelques observations générales sur son application.

1 Application de l'accord de garantie d'emploi

Avant de s'intéresser aux effets de la garantie, il importe spécialement de rappeler ici, en raison de son objet même, les rapports qu'entretient l'accord avec, d'une part, les normes applicables dans l'entreprise et avec, d'autre part, les situations de travail subordonné repérables dans l'entreprise.

a) L'accord de garantie d'emploi dans ses rapports avec les normes applicables dans l'entreprise

La question de l'application de l'accord d'entreprise par rapport aux normes est classique, mais la spécificité de l'objet de l'accord invite à quelques remarques. Elle devra l'être tant au regard des normes collectives que du contrat de travail.

L'accord de garantie d'emploi est généralement conclu au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, c'est en effet le niveau le plus propice à son élaboration. Selon le droit commun de la négociation collective, la signature d'une seule organisation syndicale

1736 J.M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, Thèse Lyon 1979, p. 222.

1737 M.A. SOURIACROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. Soc.* 1997, 1061.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

représentative au niveau de l'entreprise suffit pour que l'accord soit valablement conclu.[1738] L'accord est alors directement applicable dans l'entreprise mais il peut rencontrer deux séries d'obstacles. En premier lieu, l'accord doit être confronté aux normes de niveau supérieur ou de même niveau applicables dans l'entreprise. Dans cette situation, si tous les textes ont vocation à s'appliquer, les clauses ayant le même objet seront appliquées selon le principe de celle qui est la plus avantageuse pour les salariés. L'application de la clause la plus avantageuse est faite globalement visàvis de l'ensemble du personnel et non pas par rapport à un salarié pris individuellement. Ce principe connaît cependant une actualité nouvelle depuis l'arrêt « Géophysique » du 19 février 1997.[1739] Le contentieux, relatif à la révision d'un accord d'entreprise, est porté devant la Cour de cassation. Les questions posées aux juges sont classiques ; elles concernent, d'une part, l'opposabilité de l'accord et, d'autre part, à supposer l'accord de révision applicable, la comparaison entre les deux textes conventionnels. Rendu sous l'empire de la loi avant sa réforme du 31 décembre 1992, la réponse de la Cour de cassation n'en apporte pas moins une réponse inattendue sur la question de la comparaison des avantages. En effet, selon la Cour de cassation, « ***la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux (...), dans cette appréciation, il doit être tenu compte du maintien des salariés dans leur emploi menacé***. » Si la première proposition ne soulève pas de difficulté, la seconde mérité d'être précisée. En effet, les juges font référence au maintien des salariés sans leur emploi menacé. Adoptant ce point de vue, les juges se placent implicitement, mais nécessairement, à un niveau de comparaison global et non plus au niveau'avantage ayant le même objet. Cette méthode n'est pas celle, sembletil, traditionnellement retenue. Peutil en être autrement, lorsque l'emploi est jaugé ? Il en résulte que, pour le juge de cassation, le maintien dans l'emploi est plus favorable que la diminution d'une prime de treizième mois. Partant, c'est remarqué que les juges semblent accorder une véritable importance à l'engagement de garantie d'emploi souscrite par l'employeur. C'est cependant sur ce point que des réserves peuvent être formulées parce que cette prise de position repose sur un postulat d'efficacité de l'engagement de garantie collective d'emploi. Or, rien n'est moins sûr, la question de la validité de l'engagement de ne pas licencier pour motif économique doit être débattue dans son principe même.[1740] Cet arrêt est, pour l'heure isolé, mais les accords d'entreprise de type loi « Aubry » organisant une baisse de salaire contre le maintien de l'emploi, amèneront sans doute la cour de Cassation à confirmer ou à revoir cette solution. Il importe, en effet, pour pouvoir affirmer que la garantie d'emploi est plus favorable de s'assurer qu'elle fait peser sur l'employeur une véritable obligation.

L'accord conclu va aussi se répercuter impérativement et immédiatement sur les contrats individuels de travail, en vertu de l'article L. 1352 du Code du travail, sauf

[1738] Article L. 1322 du Code du travail. Par exemple, Cass. Soc. 19 déc. 1989, *Dr. Soc.* 1990, 149, rapport Ph. WAQUET.

[1739] Cass. Soc. 19 fév. 1997, *Bull. V.,* n°70, *Dr. Soc.* 1997, 432, obs., COUTURIER, *R.J.S.* 4/97, n°444, *C.S.B.P.* n°90, A.24, *Liaisons Sociales* n°7632, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, 97609, 352. Supra n°20.

[1740] Supra n°203 et suiv.

dispositions plus favorables. La seule résistance que le salarié peut alors opposer à l'effet impératif de l'accord tient en une disposition plus favorable de son contrat de travail. A défaut de stipulation, l'accord doit s'appliquer. La Cour de cassation l'a rappelé en énonçant, par exemple, que « ***la qualification dont bénéficiait Mme Perrot ne résultait pas du contrat de travail, mais des dispositions d'un accord collectif en vigueur dans l'entreprise, et que la nouvelle classification qu'elle avait refusée ne constituait que l'application des modifications apportées à cet accord par un avenant régulièrement conclu entre l'employeur et les organisations syndicales ; qu'elle a, dès lors, pu décider que, ces modifications étant opposables à la salariée, celleci ne pouvait se prévaloir d'aucun droit au maintien de sa qualification antérieure.*** »[1741] Ainsi, en raison de l'effet direct et immédiat de l'accord, les stipulations conventionnelles vont entrer en application, sans que le salarié ne puisse opposer un quelconque avantage acquis. Cette règle s'applique ainsi aux primes qui trouvent leur source dans l'accord collectif révisé, l'ancienne prime instituée et qui n'existe plus dans le nouvel accord ne peut plus être réclamée et ne modifie en aucune façon les contrats de travail. La difficulté d'appréciation tiendrait donc à la détermination du caractère contractuel de l'élément discuté. On observera que les accords de garantie d'emploi remettent le plus souvent en cause la durée effective du travail et par ricochet le montant du salaire. Lorsque la baisse de la durée du travail amène une baisse proportionnelle de la rémunération, la question qui se pose est de savoir si par application de l'accord le contrat est modifié ? Certains accords ont d'ailleurs expressément prévu que les dispositions desdits accords modifient « substantiellement » les contrats de travail ouvrant droit par là à un refus possible exprimé par les salariés.[1742] Une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation laisse les réponses encore incertaines. Toutefois, le premier problème tenant au caractère contractuel de la rémunération semble progressivement s'affirmer, le second problème relatif à l'impact de l'accord collectif sur cet élément de l'armature du contrat est discuté. Ces problèmes sont pourtant parmi les premières questions pratiques qui se posent avec l'application des accords résultant de l'application de la loi relative à la réduction du temps de travail du 13 juin 1998. Sur ce point, le législateur est demeuré muet malgré les remarques formulées lors des travaux préparatoires par les professeurs Ray et Pélissier.[1743]

Sur le caractère contractuel de la rémunération, on soulignera l'importance des arrêts « Systia » et « Herzberg », le premier rendu par la formation plénière de la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme avec netteté que le mode de rémunération est contractuel, le second, également publié au Bulletin, remarquable par son énoncé général déclare que la rémunération du salarié est un élément du contrat.[1744] On rapprochera de

1741 Cass. Soc. 16 nov. 1993, *Bull. V.,* n°273 ; Cass. Soc. 30 mars 1994, *Dr. Soc.* 1994, 521.

1742 Par exemple, accord Potain.

1743 Rapport au Sénat, n°406, pp. 39 et suiv.

1744 Cass. Soc. 28 janv. 1998, « Systia », *C.S.B.P.* 1998, A.27, *Liaisons Sociales* n°7814, *R.J.S.* 3/98, n°274 et 3 mars 1998, « Hertzberg », *ibid.*

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

ces arrêts, deux décisions non publiées qui, quant elles, abordent un problème voisin ayant trait à la réduction de l'horaire collectif. Par les arrêts « SAGEM » et « Manoir industrie », la Cour de cassation retient que l'horaire collectif ne peut être modifié unilatéralement dès lors que le conseil de prud'hommes a remarqué que chacun des salariés concernés avait été engagé pour 39 heures et que une réduction de la durée collective du travail non compensée, entraînant donc une perte de salaire, s'analyse en une modification du contrat de travail.[1745] Dans le cadre ainsi tracé par la Cour de cassation, il semble s'évincer que, d'une part, toute modification du salaire (de la paie) dans son montant ou dans son mode de calcul s'analyse bien en une modification du contrat de travail[1746] et, d'autre part, que la réduction de la durée du travail sans compensation salariale est aussi constitutive d'une modification du contrat de travail.

Mais il reste à se demander si une modification procédant de l'application d'une norme collective permet au salarié d'opposer, par principe, le caractère contractuel du salaire ? Dans l'affirmative, il y aurait une portée nouvelle de la résistance du contrat par rapport à la norme collective. Les premiers commentaires de ces arrêts semblent allez dans ce sens. Ainsi, selon M. Couturier, « ***il est difficile de croire que la conclusion ou la révision d'un accord, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement de l'employeur puisse transformer le mode de détermination ou réduire le montant de la rémunération sans que le contrat de travail soit affecté en rien.*** »[1747] Toute baisse de salaire pourrait ainsi se voir opposer de la part du salarié une fin de non-recevoir. La Cour de cassation devra aussitôt que possible confirmer cette solution. Si elle doit être retenue, il en résulte l'application du régime de la modification du contrat pour cause économique édictée par l'article L. 32112 du Code du travail, entraînant alors le licenciement des intéressés. On remarquera que les situations nées de l'application de la théorie de la modification du contrat ou de ces clauses, si elles peuvent être interprétées comme atténuant la « rigueur » attachée à l'effet impératif de l'accord biaise aussi la finalité de celuici. En effet, le refus des modifications conduira à la suppression d'emplois que l'accord prétendait empêcher. En outre, si les salariés ne perdent pas le droit de contester le bien fondé de la cause de la modification, on peut s'interroger sur l'effectivité du contrôle par le juge prud'homal de son caractère réel et sérieux, lorsque la modification procède d'un accord ayant, parfois, été de surcroît approuvé par référendum.[1748] Enfin, on observera que si le caractère contractuel de la rémunération, dans son mode de calcul

[1745] Cass. Soc. 14 fév. 1996, « SAGEM », pourvoi n°9242.280 et 19 nov. 1997, « Manoir industrie », pourvoi n°9545.139.

[1746] En ce sens, G. COUTURIER, « Qui touche au salaire, touche au contrat, *Liaisons Sociales mensuel* avril 1998, et « La rémunération élément du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1998, 523 ; E. DOCKES, « La consécration de la nature contractuelle du salaire », *R.J.S.* 3/98, p. 168. Si ces solutions sont confirmées, le salaire s'ajoutera aux éléments de l'armature du contrat, auxquels l'employeur ne peut pas toucher peu important que se soit plus ou moins avantageux pour le salarié (Cass. Soc. 28 janv. 1998, « Systia », précité). On passe bien d'un analyse en terme de nature (caractère objectif) et non plus de degré (caractère subjectif). Infra n°199 et suiv.

[1747] G. COUTURIER, articles précités, dans le même sens E. DOCKES.

[1748] M.A. SOURIACROTSCHILD, « Regard sur le référendum », *Liaisons Sociales* déc. 1993, n°84, p. 88.

comme dans son montant, est confirmé le bénéfice de cette solution pourrait être singulièrement atténué par la solution retenue par l'arrêt Géophysique. Certes, il y a modification du contrat de travail mais cette modification résistetelle à l'engagement de maintien de l'emploi ?

b) L'accord de garantie d'emploi dans ses rapports avec les situations d'emploi dans l'entreprise

L'accord portant garantie d'emploi vise par nature le contrat de travail à durée indéterminée, lui seul justifiant le renforcement de sa stabilité. Cependant, il apparaît que les dispositions de l'accord tendent à modifier les conditions de travail dans l'entreprise. Aussi, il n'est pas surprenant que les accords étudiés aient défini leur propre champ d'application limitant leurs effets à certaines catégories de personnels. De façon récurrente, les accords contiennent des dispositions spécifiques à ces catégories dans le champ qu'ils déterminent. Ainsi ces accords excluent généralement les cadres parce que les mesures concernant les heures supplémentaires et plus généralement la durée du travail ne leur sont pas applicables ou du moins selon un régime qui leur est propre.[1749] Ensuite, il est topique de souligner que certains accords n'entendent s'appliquer qu'aux salariés titulaires d'un emploi plein, excluant ainsi les salariés à temps partiel[1750] ou ceux bénéficiant d'une convention F.N.E. dans le cadre d'une préretraite. Enfin, les accords réservent parfois leur application à certain secteur d'activité, généralement les secteurs de production ou commerciaux alors que d'autres services, non affectés par le ralentissement de l'activité, ne sont pas soumis à l'accord.[1751] A cet égard, alors que motivés par un souci de solidarité interne, ces accords en créant des situations d'emploi différentes risquent de remettre en cause la cohésion sociale qui a prévalu au moment de l'entrée en vigueur de l'accord. Il en a notamment été ainsi dans l'entreprise Potain.[1752]

Sur un autre plan, une difficulté peut surgir des situations juridiques de travail repérées dans l'entreprise. En effet, l'accord, en ce qu'il régit les conditions de travail, a vocation à s'appliquer à tous les salariés de l'entreprise, y compris aux contrats de travail non affectés à un emploi, c'estàdire les contrats à durée déterminée ou les contrats de travail temporaire. S'il ne fait pas de doute que ces salariés, même non liés par un contrat de travail à l'entreprise,[1753] sont soumis au statut collectif applicable, il en résulte qu'ils seront soumis notamment à la durée du travail nouvelle sans pour autant bénéficier de la contrepartie de maintien de l'emploi. Mais à cela rien de surprenant puisque cette solution

1749 Voir supra n°178 et suiv.

1750 Pour une exception accord Montabert où les salariés à temps partiel sont soumis à l'accord.

1751 Dans l'accord RKS le personnel surveillant et le service commercial sont exclus du champ de l'accord de même que le personnel administratif dans l'accord Claas.

1752 *Le Monde Dossiers et Documents*, spéc. p. 5, article du 10 nov. 1993.

1753 Tel est bien le cas pour le travailleur intérimaire, mais en vertu de l'article L. 12446 le travailleur est soumis à la réglementation du travail notamment à la durée du travail applicable dans l'entreprise.

tient plus aux effets de ces situations juridiques respectives qu'à l'accord lui-même. En revanche, et corrélativement à la réduction de la durée du travail, l'accord peut réduire la rémunération. Or pour supporter ces situations juridiques d'emploi particulières, le législateur exige un formalisme important. Le contrat doit être écrit et contenir des mentions spéciales dont spécifiquement le montant de la rémunération.[1754] Le montant de la rémunération, dans cette hypothèse, est alors certainement contractualisé ce qui permet au salarié d'en réclamer le bénéfice en application de l'article L. 1352 du Code du travail ; il constitue une clause plus favorable que celle résultant de l'accord. Il semble donc que l'accord ne puisse pas leur être complètement opposable dès lors du moins qu'il modifie un élément substantiel, dont relève le salaire. Il faut convenir que la situation ainsi créée pour l'employeur est inconfortable. En effet, s'il décide de modifier la rémunération, le salarié est en droit de la refuser, le refus ne constituant pas un motif de rupture anticipée du contrat, l'employeur se verra imputer la responsabilité de la rupture et condamné au paiement des indemnités afférentes.[1755] Il semble donc, sauf acceptation du salarié, que la rémunération contractuellement prévue doive être maintenue,[1756] en dépit de l'accord.

Si l'application de l'accord peut poser quelques problèmes de fond, assurément c'est bien la question de l'efficacité juridique des engagements de maintien de l'emploi qui domine la discussion.

2 Efficacité juridique de l'accord portant garantie d'emploi

Le débat engagé ici pourrait être simplement présenté dans une proposition : l'engagement du chef d'entreprise estil un simple engagement de sauvegarde de l'emploi ou posetil une véritable obligation de garantie de l'emploi ? Au delà des mots, il convient de s'interroger sur la possibilité même de l'existence d'une garantie d'emploi invitant par là à distinguer l'accord d'objectif de l'engagement de maintien de l'emploi.[1757] C'est donc le contenu de l'engagement qui doit être examiné, lequel retentira sur la sanction du non respect de l'accord. En la matière, le contentieux, quasi inexistant il y a peu, tend à se développer depuis l'affaire Potain portée devant la Cour de cassation en 1995.[1758] La conduite de l'étude autour de cette espèce paraît opportune, d'autant que cet arrêt offre un point de comparaison avec quelques décisions postérieures.

[1754] L'article L. 12231 du Code du travail relatif au contrat à durée déterminée vise le « montant de la rémunération », de même pour l'article L. 1243, auquel renvoie l'article L. 12443.

[1755] C'estàdire au paiement des salaires à courir jusqu'à la date de cessation du contrat.

[1756] En ce sens, G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Litec 1994, n°334 ; également F. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. Soc.* 1990, 606.

[1757] La distinction est présentée par Monsieur A. LYONCAEN in « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655 et aussi, « L'emploi comme objet de négociation collective », *Dr. Soc.* 1998, 316

[1758] Cass. Soc. 13 déc. 1995, *Bull. V.,* n°345, *Dr. Ouv.* 1996, 245, obs., BIEDCHARRETON.

L'entreprise Potain, spécialisée dans la construction de grues de chantier connaît depuis le milieu des années quatrevingt de sérieuses difficultés économiques résultant notamment du développement de la concurrence sur ce marché. De nombreux plans sociaux ont été mis en place, dont l'un en décembre 1992 dans l'établissement de Moulins où 274 suppressions d'emplois sont envisagées. Le plan social élaboré fait état de la recherche d'un accord devant permettre d'éviter des licenciements en contrepartie d'une réduction du temps de travail, pour une part irréversible mais sans perte de salaire,[1759] pour l'autre réversible mais non compensée. Le 10 février 1993 l'accord d'établissement est signé, soumis à référendum, accepté par les employés mais rejeté par les cadres. Selon le préambule, il résulte de cet accord « la volonté commune des représentants du personnel ainsi que de la direction générale d'éviter les licenciements tout en ne perdant pas de vue les réalités économique et sociales qui touchent l'entreprise », une disposition particulière stipulant que « ***si la situation de l'entreprise se trouvait notablement modifiée à la baisse ou à la hausse, les conditions de cet accord devraient être revues (...).*** »

Toutefois, le 6 décembre 1993 une consultation au niveau du comité central d'entreprise est engagée sur un projet de licenciement pour motif économique portant sur 58 emplois dans l'établissement de Moulins. Les syndicats assignent alors l'employeur à jour fixe devant le T.G.I. de Lyon afin de faire défense à l'employeur de poursuivre la procédure de consultation et de procéder aux licenciements et d'engager une renégociation de l'accord. Saisi du litige le tribunal se prononce en affirmant que « ***(...) dans un contexte économique difficile, tout engagement exige une contrepartie, que tout accord vise à respecter un équilibre entre les efforts consentis par les parties, que certes, une entreprise ne peut s'engager à n'envisager aucun licenciement pendant une durée de deux ans, dans la conjoncture actuelle ; qu'il appert de l'accord que la direction doit concerter les syndicats préalablement à toute nouvelle mesure concernant l'emploi ; qu'il y a lieu, en conséquence, de lui faire défense de poursuivre la procédure de licenciement***. »[1760] L'employeur interjette appel et obtient la réformation du jugement au motif que « ***l'employeur reste seul juge des nécessités de l'entreprise, le juge n'ayant pas le pouvoir de remettre en cause les options de gestion retenues par l'entreprise, que tant l'accord que les documents produits concernant la négociation de l'accord, démontrent qu'à aucun moment la société Potain ne s'est engagée à ne pas licencier jusqu'à la fin 1994, que l'accord ne prévoit pas à quel moment doit se faire la concertation en vue de la révision (...) et de relever que la négociation n'est pas un préalable à une procédure de licenciement.*** »[1761] Les organisations syndicales se pourvoient en cassation et voient leurs prétentions rejetées, l'arrêt énonçant que « ***l'accord du 10 février1993 valant accord d'entreprise sur les obligations relevant de la négociation obligatoire, est***

[1759] La durée hebdomadaire passe de 38h30 à 38h.

[1760] T.G.I. Lyon 9 fév. 1994, inédit, voir obs. de M.A. SOURIACROTSCHILD, *D.* 1994, S.C. 312, et M.F. BIED CHARRETON, *Dr. Ouv.* 1995, 76.

[1761] C.A. Lyon 31 mars 1994, *Liaisons Sociales* 1994, n°7112.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

intervenu, dans le cadre d'un licenciement collectif concernant 274 salariés, et comporte un engagement de l'employeur « d'éviter » le recours à des licenciements ; que cet engagement ne paralyse pas jusqu'à la fin de l'année 1994, son droit de procéder à des licenciements lorsqu'ils sont inévitables ; que la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions, a fait ressortir qu'en exécution de l'accord, 274 licenciements avaient été empêchés, et a relevé que les circonstances économiques s'étaient, depuis lors modifiées ; qu'elle a décidé, à bon droit, que les licenciements envisagés sur le site de Moulins n'étaient pas subordonnés à la renégociation de l'accord. »[1762] Comme le relève Monsieur Antoine LyonCaen, à lire l'arrêt qui clôt l'affaire Potain, on éprouve une certaine gêne.[1763]

Le cas Potain révèle l'enjeu de la définition du contenu de l'accord. Estce un accord d'objectif visant simplement la sauvegarde de l'emploi ou estce une véritable obligation qui est prise ? De la réponse dépend, sans doute, la sanction.

a) Le contenu de l'obligation de garantie d'emploi

Le débat engagé peut ici sembler sans particularisme et renvoyer à une opposition classique entre partie obligatoire ou partie normative de la convention permettant de distinguer ce qui relève de la simple déclaration d'intention de l'objectif ou, à l'inverse, de l'engagement ferme du chef d'entreprise de ne pas procéder à des licenciements économiques pendant la durée de l'accord. La réponse est question d'interprétation de clauses, souvent ambiguës comme le montrent les arrêts rendus en cette matière. Ainsi, dans le cas Potain, les juges ont unanimement admis que le chef d'entreprise ne s'était pas engagé à ne pas licencier. Il n'est pas sûr que dans d'autres hypothèses les avis seraient aussi concordants. Que penser de la rédaction où l'employeur s'engage à maintenir un plancher d'effectif quantitativement déterminé, de celle où l'effet de l'accord est de nature à préserver 13 emplois, ou encore de celle où l'accord est conclu pour éviter des licenciements « secs »,[1764] lorsqu'au surplus aucune clause d'aléa n'est stipulée ? Les juges du fond dans l'affaire Potain ont recherché la commune intention des parties contractantes et ont retenu qu'il ne créait aucune obligation de ne pas licencier ou d'obligation de renégocier l'accord.

Les arrêts « Case Poclain » et « Briou » marquent, de ce point de vue, sinon un infléchissement de la jurisprudence, du moins ils mettent en lumière les conséquences tirées de l'interprétation plus ou moins rigoureuse des clauses de l'accord collectif instituant une garantie d'emploi. Dans l'espèce « case Poclain »,[1765] l'employeur avait signé un accord collectif dans lequel il s'engageait à ne procéder à aucun licenciement

[1762] Cass. Soc. 13 déc. 1995, *Bull. V.,* n°345. Dans les faits les licenciements n'ont toutefois pas été prononcés. Mais en novembre 1995, 230 suppressions d'emplois sont annoncées. Un nouveau plan social est mis en oeuvre et une négociation est ouverte. Elle aboutit en février 1996 à un passage progressif à 35 heures de travail effectif pour 1998 sans perte de salaire, source *Le Monde Initiatives*, 16 avril 1996, « 1996 l'année du temps de travail », p. 18.

[1763] A. LYONCAEN, articles précités.

[1764] Respectivement, accords BRED, ALCATEL et Montabert.

pendant une durée de un an en contrepartie de la perte d'avantages salariaux. Un salarié, dont le licenciement est engagé pendant la durée de l'accord, demande le paiement de dommagesintérêts. Après avoir rappelé l'engagement de l'employeur la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir dit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi et, qu'en conséquence l'employeur qui avait méconnu son engagement devait réparation du préjudice qui en est résulté.

L'affaire « Briou » ne reposait pas sur des données de fait similaires.[1766] En l'espèce, l'employeur s'était, par deux accords, engagé pour une durée de quatre ans à favoriser l'activité dans une entreprise moyennant une baisse des salaires bruts. Pourtant, la direction de l'entreprise annonce la fermeture du site mais organise, par le biais d'un autre accord d'entreprise, le reclassement des salariés vers d'autres sites du groupe. Toutefois, une organisation syndicale et des salariés saisissent le conseil de prud'hommes aux fins de faire constater la violation du premier accord et demandent réparation. Statuant sur pourvoi des salariés, après avoir, là encore, rappeler les termes de l'engagement de l'employeur, la Cour de cassation prononce la condamnation de l'employeur au paiement de dommagesintérêts résultant de la méconnaissance de son engagement.

Il ressort des trois arrêts présentés que la question centrale serait bien celle des termes de l'engagement : « éviter les licenciements » (Potain) n'est pas « ne pas licencier » (Poclain). Cette approche permettrait de classer ces accords dans des catégories distinctes selon la force de l'obligation souscrite par l'employeur : accord de non licenciement et accord d'objectif ou contenant des clauses allusives.[1767] Cette interprétation littérale n'est pourtant pas pleinement satisfaisante, elle fait notamment peser une incertitude quant aux droits qui pourraient être invoqués par les salariés (Potain). Une interprétation selon la volonté des parties à l'accord paraît plus appropriée.[1768] Les circonstances de l'arrêt « Briou » l'illustrent. Rappelons qu'en l'espèce l'employeur s'était engagé à maintenir une activité sur un site. L'idée d'activité peut s'entendre d'une activité industrielle comme du travail administratif d'un salarié. Qu'elle aurait été la solution si l'employeur avait maintenu une activité mais réduite. Littéralement, l'engagement serait respecté ! Toutefois, un point mérite d'être souligné. Le juge rappelle la force de l'engagement et ses conséquences en terme de responsabilité, la violation de l'accord doit s'accompagner de la réparation du préjudice causé. L'efficacité de accords de garantie d'emploi repose donc sur leur sanction et spécifiquement sur les droits que les salariés concernés pourront faire valoir devant le juge.[1769] La commune intention parties

[1765] Cass. Soc. 1er avril 1997*Liaisons Sociales* n°7699, *Dr. Soc.* 1997, 646, obs., RAY.

[1766] Cass. Soc. 22 janv. 1998, *Liaisons Sociales* n°7809. *Le Monde Initiatives* 1er avril 1998, Accords donnantdonnant, les juges veillent au grain, M.C. BETBEDER.

[1767] A. LYONCAEN, « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655 et « L'emploi comme objet de négociation », *Dr. Soc.* 1998, 316 ; M.A. SOURIACROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. Soc.* 1997, 1061 ; F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1998, 367 ;G. GELINAUT LARIVET, « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1998, 380.

[1768] M.A. SOURIACROTSCHILD, article précité.

contractantes doit être recherchée afin de donner aux clauses de l'accord le sens qui convient le plus à la matière de ce contrat.[1770] Quelle estelle justement ?

La matière de l'accord est l'emploi. Mais la négociation qui a conduit à cet accord repose avant tout sur des concessions, parfois importantes, des salariés. Comme le relevait déjà un auteur, l'accord est conclu sur le fondement d'un échange fruit d'une négociation transactionnelle.[1771] Or interpréter une clause imprécise dans un sens minimal pose avec d'acuité la question de la cause du contrat. Certes, un accord d'entreprise n'a pas à contenir, pour être valable, des obligations et des droits à la charge respective des parties. Mais l'accord d'entreprise, en vertu du principe d'ordre public social, ne saurait uniquement contenir des obligations à la charge des salariés ; l'accord collectif a pour vocation d'améliorer leur situation.[1772] L'introduction des accords dits dérogatoires a ouvert en ce domaine une brèche importante mais le législateur a introduit la nécessité de contreparties notamment en matière d'emploi. Si elles font défaut, l'accord est nul.[1773] La finalité de l'accord de garantie d'emploi n'est pas si différent pour qu'un raisonnement similaire ne soit pas tenu. Chaque partie soutient des revendications et fait des concessions qu'elle n'aurait pas accepté sans les concessions de l'autre. Or dans l'esprit des délégués syndicaux il semble patent qu'il s'est agi d'aller bien audelà des droits que chaque travailleur peut revendiquer dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique. Le syndicat auraitil signé, les salariés ratifiés l'accord, si en contrepartie essentiellement de la baisse de rémunération et de la flexibilité octroyée à l'employeur, ils n'étaient pas sûrs non seulement d'éviter factuellement les licenciements, ce qui est l'objet du reclassement,[1774] mais d'aller audelà et d'empêcher pendant une durée limitée toute suppression d'emploi ? La contrepartie de non licenciement, véritable cause de l'engagement des salariés par la voix de leur représentant, ne peut pas être éludée. Sinon, c'est l'objet de l'engagement qui s'en trouve changé, il ne s'agit plus de négocier sur les situations juridiques d'emploi mais sur l'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'accord doit dire ce qu'il est vraiment, c'estàdire une opération sur le coût du

1769 Infra n°447 et suiv.

1770 Les règles d'interprétation de l'accord collectif sont celles du droit des contrats mais en tenant aussi compte des particularités du droit du travail, article L. 1356 et suiv. du Code du travail. Voir notamment, G. VACHET, « L'interprétation des conventions collectives », *J.C.P.* 1992, éd. E., I, 186 ; G. LHUILLIER, « Le dualisme de la convention collective devant la Cour de cassation sur le contrôle de l'interprétation des règles conventionnelles de forme du licenciement pour motif personnel », *Dr. Soc.* 1995, 162.

1771 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°511.

1772 Exception faite de l'accord qui comble un vide juridique. Novateur en droit, son contenu n'a pas à améliorer une quelconque règle qu'il crée de toute pièce. Il doit cependant être conforme aux principes généraux du droit.

1773 En ces sens F. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. Soc.* 1990, 606 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 1, *Relations individuelles de travail*, Litec 1993, n°832 ; M.A. SOURIACROTSCHILD, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996, 395 ; supra n°404 et suiv.

1774 Supra n°336 et suiv.

travail et l'accroissement de la flexibilité. D'ailleurs, les lois « Robien » et « Aubry » (volet défensif) accordent une place essentielle à l'obligation de l'employeur puisque les aides financières y sont subordonnées. L'obligation de ne pas licencier semble devoir s'imposer comme la contrepartie annoncée des sacrifices consentis par les salariés. Rejeter pareille analyse revient à priver d'intérêt, pour les salariés, l'engagement de maintien de l'emploi, à le dénaturer. La question de la validité d'un tel engagement doit aussi être posée sous l'angle de la possibilité de son objet, la question de la cause n'épuisant pas la question.

En effet, s'il est une chose de savoir à quoi l'on s'engage une autre, au préalable, consiste à déterminer si l'objet de l'obligation est possible, faute de quoi l'accord ne serait pas valablement formé.[1775] Ainsi, les juges du premier degré, dans l'affaire Potain, ont relevé qu'« ***une entreprise ne peut s'engager à n'envisager aucun licenciement pendant une durée de deux ans, dans la conjoncture économique actuelle.*** » A suivre cette argumentation l'objet de l'engagement de l'employeur est impossible.[1776] Autrement dit, le contexte économique de l'entreprise, rappelons que l'accord est souvent négocié « à chaud » dans le cadre d'un plan social, rend quasiment impossible l'efficacité de tout engagement, le chef d'entreprise ne pouvant pas s'engager au delà de ses capacités. Si l'on admet ce raisonnement, il faut alors en tirer toutes les conséquences de droit, c'estàdire la nullité de l'accord. Devant la Chambre sociale de la Cour de cassation, le débat n'est pas arrivé en ces termes. C'est une question d'interprétation qui a prévalu ; le pourvoi est rejeté parce que la clause ne paralysait pas pendant la durée de l'accord le droit de l'employeur de procéder à des licenciements lorsqu'ils sont inévitables et que l'obligation de renégociation de l'accord n'était pas fondée.

La question posée est alors bien celle de la limite du pouvoir de gestion de l'emploi. Sur ce point, la Cour de cassation s'est déjà prononcée dans le domaine voisin des garanties individuelles d'emploi insérées dans le contrat de travail. La Haute juridiction, dans ces décisions,[1777] affirme le principe de la licéité des dérogations *in favorem* de dispositions applicables au droit de la rupture du contrat de travail par l'employeur. Pour autant cette solution, estelle transposable en reprenant ce qui d'un côté relève d'une garantie individuelle avec un créancier déterminé, et de l'autre une clause de limitation des pouvoirs sans qu'un créancier ne soit précisément identifié. Ainsi, Monsieur Antoine LyonCaen s'interroge pour savoir si la restriction des prérogatives patronales va de pair avec un droit individuel de chaque salarié. Selon l'auteur, cette situation n'a qu'une parenté distante avec les clauses contractuelles de stabilité d'emploi.[1778] Cependant, on peut penser que cet obstacle n'est pas dirimant ; l'existence d'un créancier déterminé ne doit pas restreindre la portée de l'engagement. D'ailleurs souvent l'accord défini son

[1775] Article 1108 du Code civil ; voir notamment J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°675 et suiv.

[1776] Les juges d'appel n'ont pas repris cette argumentation, quant aux hauts magistrats ils ont conclu, suivant en cela la cour d'appel, que l'engagement d'éviter des licenciements ne paralyse pas le pouvoir de l'employeur de procéder à des licenciements.

[1777] Supra n°428 et suiv.

[1778] A. LYONCAEN, « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655.

champ d'application, il vise sinon des salariés précisément, du moins un groupe de salariés. De plus, pour que l'accord collectif instaure une obligation à la charge de l'employeur, il n'est pas nécessaire que le créancier soit identifié, tel était notamment le cas pour les priorités de réembauchage conventionnelles.[1779] En revanche, la portée collective de l'interdiction de licencier apparaît quant à elle porteuse de beaucoup plus d'incertitude. A supposer qu'une clause claire et précise de non licenciement ait vocation à s'appliquer, il doit en résulter que, temporairement,[1780] le pouvoir de direction et de gestion de l'employeur. En effet, l'obligation de non licenciement conduit à une double interdiction, celle de dénoncer l'accord dès lors qu'il est à durée déterminée et celle de gérer l'emploi c'estàdire remettre en cause le contrat de travail d'un quelconque salarié entrant dans le champ de l'accord par suppression, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail fondée sur un motif d'ordre économique. L'employeur peut certainement changer les conditions de travail, mesures sans grande portée du point de vue de la gestion de l'entreprise ; il ne peut pas gérer l'emploi. Si l'on s'en tient à l'interprétation judiciaire qui tend à donner plein effet aux engagements souscrits par l'employeur, celuici n'aurait d'autres alternatives que de fermer l'entreprise ou de violer son engagement pour assurer la survie de l'exploitation. Au regard de ses conséquences, l'accord de garantie d'emploi est aux antipodes de sa finalité de protection de l'emploi. En outre, on peut observer que loin d'instituer un cadre concourant à la protection de l'emploi, l'accord fige les situations juridiques en interdisant toute adaptation. On peut donc se demander, alors même que la loi rend explicitement licite ces accords, s'ils ne pêchent pas originellement par un objet impossible, l'emploi, mais par un effet impossible, celui de suspendre pour une durée plus ou moins longue le pouvoir de gérer l'emploi.

En conséquence, toute rupture ayant une cause économique devrait être interdite pendant la durée de la garantie. Effectivement, l'engagement de garantie d'emploi doit s'analyser comme une obligation de ne pas faire, véritable obligation de résultat. L'obligation de ne pas faire est une obligation en vertu de laquelle le débiteur est tenu de s'abstenir de certains actes, actes que sans cette obligation considérée il aurait le droit d'accomplir,[1781] spécialement ici de remettre en cause l'emploi de salariés. Mais, la pratique fait ressortir que l'engagement est formulé en des termes ambigus, conduisant les juges à déqualifier l'obligation pour n'y lire qu'un simple engagement d'objectif, c'estàdire une obligation de tout mettre en oeuvre afin d'éviter les licenciements.[1782] L'introduction d'une clause d'aléa altère ainsi la nature de l'obligation de résultat. L'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation rappelle qu'en introduisant une clause d'aléa qui remet en cause la force contraignante de l'accord (Potain) le débiteur ne s'engage alors plus pour un résultat. Fondées en droit ces solutions mettent en exergue l'exigence qui permet d'opposer un accord de principe à un accord de résultat dans le

1779 Infra n°284 et suiv.

1780 On conçoit ici que l'accord support de cette clause soit à durée indéterminée.

1781 J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, Colin 1990, p. 29 et suiv.

1782 Accord Potain, précédemment étudié.

cadre de l'accord d'entreprise. Selon le juge, la détermination de conditions précises et les effets prévisibles sont suffisants mais indispensables.[1783] Ces solutions doivent attirer l'attention des organisations syndicales et des salariés mandatés afin de ne pas se trouver engagé par des accords sans engagements de l'employeur. Les incertitudes tenant à la violation de l'engagement de ne pas licencier pourrait renforcer les amertumes.[1784] Il faut donc résoudre le problème de la sanction.

b) La sanction de l'obligation de garantie d'emploi

Les arrêts rendus jusqu'alors ont condamné l'employeur à réparer le préjudice résultant du non respect d'un accord d'entreprise. Cette sanction estelle suffisante dès lors que le salarié est licencié ? L'examen du problème doit être observé sous l'angle des moyens, mais il faut d'abord déterminer les titulaires du droit à l'action.

Le syndicat a sans doute un rôle prépondérant à jouer puisque comme signataire il est directement partie à l'accord et pourra agir pour manquement de l'employeur à son obligation ; le droit à l'action n'étant évidemment pas subordonné à la reconnaissance préalable de l'obligation. Le salarié peut également exercer une action individuelle, directement contre l'accord mais qui, pratiquement, sera mise en oeuvre lorsque malgré l'accord de garantie d'emploi une notification de licenciement pour cause économique lui sera adressée. En effet si l'on donne plein effet à l'engagement du chef d'entreprise alors le salarié a bien un droit individuel non seulement au maintien de son contrat de travail mais il semble aussi à son emploi, lesquels ne peuvent pas être modifiés substantiellement. Enfin, il faut rappeler que l'action individuelle du salarié peut aussi être exercée syndicalement en vertu de l'article L. 1354 du Code du travail. Reste à déterminer les moyens juridiques de l'action.

Une distinction doit être effectuée entre l'accord d'objectif et l'accord de garantie d'emploi. Mais préalablement il faut souligner que si on considère l'accord de garantie comme un accord transactionnel mettant à la charge des parties des obligations réciproques il faut aussi tirer toutes les conséquences des remarques formulées plus haut. Si l'objet de l'engagement est impossible, faute pour l'employeur de pouvoir exécuter son obligation de maintien de l'emploi, l'accord est alors nul. Est donc ouverte l'action en nullité qui permet d'agir contre un défaut essentiel affectant l'acte juridique. Le champ de l'action semble aussi s'ouvrir sur le fondement, non seulement de l'impossibilité de l'obligation, mais encore sur l'absence de cause. Autrement dit, si l'accord met à la charge des salariés des obligations, notamment des sacrifices d'ordre pécuniaire, ces

[1783] Voir l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 19 déc. 1989, *R.J.S.* 1/90, n°55 selon lequel « la clause litigieuse qui ne détermine pas à quelles conditions précises la durée hebdomadaire de travail sera réduite à 35 heures et quels seront les effets de cette réduction sur le montant des rémunérations, contrepartie du travail, ne constitue qu'un accord de principe; que les parties en vue de parfaire leur convention avaient, selon l'accord du 4 janvier 1982, contracter l'obligation de négocier sur la durée hebdomadaire du travail; qu'en décidant qu'elles étaient déjà liées par une obligation de résultat, la cour d'appel a violé le texte susvisé, article 1134 code civil. »

[1784] Voir également, M.A. SOURIACROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. Soc.* 1997, 1061.

sacrifices doivent avoir une cause dans une contrepartie de garantie d'emploi. Sinon le maintien de l'emploi doit s'analyser comme une « fausse cause » ayant permis à l'employeur de réduire les salaires sans contrepartie sérieuse.[1785] A supposer la nullité de l'accord prononcée, les salariés devront être rétroactivement rétablis dans leurs droits, notamment pécuniaires, la nouvelle organisation du travail doit être considérée comme non avenue, mais l'employeur recouvre alors la possibilité d'engager une procédure de licenciement. Cette solution pourrait, à certains égards présenter des avantages mais il n'est pas certain qu'il est luimême fondé à demander la nullité de l'accord, si l'on admet que la nullité est ici une nullité relative.

Nonobstant cette remarque, les voies de la sanction restent étroites au moins lorsqu'il s'agit d'un accord d'objectif. Dans cette hypothèse, il faut se résoudre à admettre que l'employeur n'a souscrit aucune obligation, « ce que le salarié supporte directement et personnellement n'étant pas lié directement aux « engagements » en matière d'emploi ».[1786] Il s'agit donc simplement d'une déclaration d'intention laquelle ne saurait engager la responsabilité du chef d'entreprise. Pourtant Monsieur Antoine LyonCaen,[1787] invite à s'interroger sur la place d'une responsabilité pour erreur « de pronostic » qui vise les mesures ou actions arrêtées comme moyens destinés à atteindre certaines fins, ellesmêmes définies contractuellement. Il semble, selon l'auteur, que la justification des mesures, instrumentalisée par la voie de l'accord, soit susceptible d'ouvrir droit à une action en responsabilité parce que sans l'accord des syndicats comme des salariés, par la voie référendaire, il n'aurait pas pu parvenir à ce résultat. On est ici assez proche de la notion du dol. Quant au fond, ce serait moins une garantie ferme d'emploi qui serait promise que l'obligation de tout mettre en oeuvre pour éviter les suppressions d'emploi. Cette construction n'est sans doute pas dénuée de toute pertinence mais elle pose aussi ses propres limites. En effet, s'il n'apparaît pas impossible de rattacher l'erreur de pronostic à l'obligation de loyauté dans la conduite de la négociation, on sait cependant qu'en ce domaine la jurisprudence est particulièrement réservée.[1788] Sur le plan individuel, l'accord ne fait naître au profit du salarié aucun droit et n'ouvre au juge aucun fondement pour réparer le préjudice de la perte de l'emploi, action qui pourrait sur ce raisonnement être ouverte à l'encontre de l'employeur mais aussi du syndicat signataire. Toutefois, le salarié ne perd pas le droit de critiquer le sérieux du motif économique invoqué.

A l'inverse, la sanction en cas de violation d'un accord instituant une obligation de ne pas licencier apparaît ouvrir droit à une réparation directe. La responsabilité de

1785 F. GAUDU, « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. Soc.* 1990, 606 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993, n°668, sur la notion de fausse cause.

1786 M.A. SOURIACROTSCHILD, *Les accords d'entreprise*, Thèse Paris I, 1986, n°1040.

1787 Article précité.

1788 La Cour de cassation n'a, sembletil, pas été directement saisie de ce problème. Elle a statué sur le droit à l'information, sur le respect des procédures conventionnelles devant gouvernées la négociation mais elle n'a pas dégagé « les principes élémentaires » de la négociation collective auxquels se réfère cependant le T.G.I. de Nanterre, 11 mars 1994, *D.* 1994, S.C. 310, obs. M.A. SOURIACROTSCHILD.

l'employeur est de ce chef double, d'abord visàvis des organisations syndicales signataires de l'accord agissant sur le fondement de l'article L. 1356 du Code du travail. Ensuite visàvis des salariés lesquels peuvent agir conformément à l'article L. 1354 du Code du travail afin d'obtenir des dommagesintérêts pour non respect des termes de l'accord. Chaque salarié est bien recevable à agir individuellement pour la réalisation de droits qu'il tient d'une convention collective ou d'un accord collectif.[1789] Dans les arrêts « Case Poclain » comme « Briou », les salariés ont obtenu l'octroi de dommagesintérêts pour violation par l'employeur de ses engagements. Précisément, l'obligation méconnue est le licenciement, la garantie d'emploi s'analysant en une obligation de ne pas faire. Elle se résout par l'octroi de dommagesintérêts. Il semble, en effet, impossible d'obtenir l'exécution des engagements de garantie d'emploi, la solution sera donc indemnitaire. Il appartiendra aux juges de fond de se prononcer sur le montant de la réparation. Plusieurs voies sont ouvertes. Si juridiquement le rapport ne peut pas être établi avec les textes relatifs au droit du licenciement, une certaine analogie n'est pas à exclure. Ainsi le juge peut accorder des dommagesintérêts équivalents à ceux d'un licenciement irrégulier c'estàdire six mois de salaire ou encore reprendre la formule du « préjudice résultant de la perte de la perte de l'emploi », formule utilisée par la Cour de cassation lorsque précisément il n'est pas juridiquement possible de s'appuyer sur les textes du licenciement.[1790] Le juge peut enfin décider que les dommagesintérêts seront l'équivalent des salaires qui auraient été versés pendant la durée de l'obligation, quatre dans l'espèce « Briou ».

Cette issue indemnitaire concerne le préjudice né de la violation de l'accord, elle laisse intacte celle de la discussion contentieuse relative à la justification de l'acte de licenciement. La justification repose notamment sur le sérieux du motif, au sens de la définition du licenciement pour motif économique. Un point semble acquis, le licenciement n'est pas nul.[1791] Une voie fut proposée par un auteur qui marquait plus fortement la sanction de la violation de l'obligation de garantie. Selon Monsieur Gaudu,[1792] lorsque l'employeur ne respecte pas l'engagement de garantie d'emploi déterminée, elle implique une sanction qui ne devrait pas être différente de celle de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Pour l'auteur, l'accord collectif donnerait naissance à un engagement à durée déterminée à l'intérieur du contrat de travail. Cette thèse soutenue avant la loi du 12 juillet 1990, et qui avait rencontré un certain écho dans la jurisprudence,[1793] n'est plus de droit positif, même si elle s'avère un corollaire efficace à l'obligation de garantie d'emploi.

1789 Cass. Soc. 7 janv. 1997, *Dr. Soc.* 1997, 325, G. COUTURIER.

1790 Supra n°149 et suiv.

1791 Supra n°149 et suiv.

1792 F. GAUDU, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique*, Thèse 1986, n°514.

1793 Pour la garantie individuelle d'emploi, la Cour de cassation a refusé toute assimilation au contrat à durée déterminée excluant donc le régime indemnitaire spécifique qui y est attaché. Cass. Soc. 30 mars 1995, *R.J.S.* 6/95, n°623, supra n°417 et suiv, n°428 et suiv.

Sur le plan des principes, la Cour de cassation maintien le droit de licencier, qui est expressément écarté dans le cadre du contrat à durée déterminée sauf faute grave ou lourde du salarié. Il s'agit bien de discuter ici de la régularité du licenciement. Cette question divise la doctrine. La violation de l'engagement est une faute, elle est réparée en tant que telle, mais le licenciement peut avoir une cause réelle et sérieuse et être régulier. C'est ce que soutient M. Ray, les difficultés économiques qui font que l'employeur ne peut pas tenir son engagement sont une justification.[1794] En revanche, M. Gaudu observe que le salarié bénéficiaire d'une clause de garantie d'emploi obtient des indemnités pour licenciement irrégulier. Une différence dans les situations ne se justifie pas.[1795] La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée, mais la thèse de M. Gaudu doit être approuvée. Si l'engagement de ne pas licencier est caractérisé, il doit primer sur le contexte, faute de ruiner définitivement l'intérêt des accords prétendant saisir les situations juridiques d'emploi. La crédibilité de ces engagements de garantie d'emploi apparaît émoussée et on a pu croire qu'ils n'avaient pas vocation à prospérer. Le législateur en a décidé autrement, ce qui peut inquiéter tant l'objectif reste improbable, les premiers accords cadres de réduction du temps de travail, notamment celui de la métallurgie, peut confirmer ces craintes.[1796]

Conclusion du titre premier

L'emploi est au coeur de l'entreprise, il est à la fois un élément de sa structure organique mais il est aussi une charge. Pour le salarié, si la situation juridique d'emploi s'analyse en un droit à la poursuite de l'exécution de son contrat de travail, l'occupation d'un emploi permanent, nécessairement concrétisé par un contrat de travail à durée indéterminée, interroge sur l'étendue de ce droit. Autrement dit, le salarié titulaire d'un emploi dans l'entreprise peutil opposer une créance de stabilité d'emploi ? La protection de l'emploi comprise comme le maintien du salarié dans un lien d'emploi, concentre la dialectique du conflit d'intérêts propre au droit du travail. Il souligne de même la contradiction que porte en lui le contrat de travail. En effet, pour durer le contrat de travail doit évoluer à mesure que l'élément qu'il saisit, l'emploi, se modifie. Or l'inflexible loi des parties pourrait être un obstacle dirimant à l'évolution, de concert, de l'élément économique et de son support juridique. Cependant, l'utilité économique portée dans tout contrat, et spécifiquement par le contrat de travail, commande une adaptation du contrat, que sa durée indéterminée combinée au caractère permanent de l'emploi, rend plus encore indispensable. Le réaménagement du rapport contractuel permet donc de remédier aux évolutions. Ce constat s'il manifeste une tendance à la stabilité de la relation contractuelle, n'affirme cependant pas, un droit au maintien du salarié dans un lien d'emploi.

C'est à ce titre, et en complément à l'adaptation du contrat à l'évolution de l'emploi,

1794 J.E. RAY, obs., sous Cass. Soc. 1er avril 1997, *Dr. Soc.* 646.

1795 F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1998, 367.

1796 Accord du 28 juillet 1998 sur l'organisation du travail dans la métallurgie, *Liaisons Sociales* n°7910. Il est aussi vrai que cet accord est un accord de branche qui n'a pas vocation à créer des emplois ou à les sauvegarder.

qu'est remarquable, au nom de la bonne foi contractuelle, l'affirmation d'un droit du salarié à être adapté à l'évolution de son emploi. A l'adaptation du support juridique à la relation d'emploi, généralement positive, répond l'adaptation de l'homme au travail, adaptation qui se noue autour des compétences professionnelles requises par l'emploi et mises à disposition par le travailleur. Ainsi, lorsque l'emploi est remis en cause par des contingences économiques ou techniques ou bien lorsque la capacité professionnelle du salarié à l'occupation de son emploi est affectée, il pèse en vertu d'une obligation intrinsèque à l'exécution du contrat de travail, une obligation de maintenir le salarié dans un lien d'emploi ; cette obligation étant une obligation de moyens. Les mécanismes de protection de l'emploi doivent être abordés à l'aune du pouvoir inhérent au chef d'entreprise de gérer l'emploi, lequel ne saurait pertinemment être remis en cause dans son fondement. Mais, et cela n'est pas incompatible, borner l'exercice du pouvoir de gérer l'emploi c'est par là même marquer le degré de protection attaché à l'emploi. De ce point de vue, en relevant la diversité des sources (loi, accord collectif, contrat de travail, construction prétorienne), on peut tenter de systématiser une construction où l'on croit déceler l'affirmation d'un droit pour le salarié au maintien dans un lien d'emploi, indépendant du support juridique, le contrat de travail, indépendant aussi de l'élément économique, l'emploi occupé.

Une telle approche, peut faire l'objet de réserves, elles sont de deux ordres. Mais qu'en estil si la catégorie « emploi » est remise en cause dans son fondement ?

Dans l'ordre des critiques, la reconnaissance d'un droit au maintien dans un lien d'emploi ne serait pas pertinent parce qu'il résulterait d'une construction de circonstance liée à la crise économique, la règle de droit ne se satisfaisant guère de mesures circonstancielles. Sans doute, à défaut de démontrer scientifiquement une corrélation entre le développement des règles de protection de l'emploi et la conjoncture économique, fautil admettre l'influence de cette dernière. Les juges de la Chambre sociale ne s'en cachent d'ailleurs pas. Mais à supposer que « l'économique » interagisse uniquement de manière conjoncturelle sur les rapports sociaux et non pas sur leurs structure, peuton douter que le devoir d'adaptation, l'obligation de reclassement du salarié inapte physiquement ou dont l'emploi a été supprimé s'effaceraient en cas de retour au plein emploi. La prise en considération de l'individu dans une relation de type économique ne transcendetelle pas l'hypothèque qui relèverait d'une construction de circonstance ?

Une autre critique met en avant l'idée selon laquelle la protection de l'emploi du salarié serait antinomique avec la mobilité professionnelle, outil le mieux adapté à garantir « l'employabilité » du travailleur. L'observation n'est recevable qu'à la condition préalable d'avoir rappelé que le droit positif distingue nettement la mobilité professionnelle dans l'entreprise, qui participe de la protection du lien d'emploi (devoir d'adaptation, obligation de reclassement), et la mobilité professionnelle en dehors de l'entreprise (convention de conversion, reclassement externe). A cet égard, l'article L. 32141 du Code du travail dans son deuxième alinéa est particulièrement significatif. Aussi, une fois fixé le cadre de la mobilité professionnelle, mobilité interne qui s'étend au groupe auquel appartient l'entreprise, estil possible de faire de la mobilité du salarié un élément dynamique de la protection de l'emploi. La dialectique ayant trait à l'opposition modification du contrat/changement des conditions de travail apparaît, en l'occurrence, particulièrement

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

significative. Il n'y a pas de protection de l'emploi au seul bénéfice du salarié. L'emploi présente aussi un intérêt pour l'entreprise qui justifie sur d'autres plans une protection.

En revanche, la remise en cause, dans son fondement, de la catégorie « emploi » soulève des interrogations d'une toute autre dimension. En effet, on ne peut dissocier l'émergence de la protection du lien d'emploi du fait que l'emploi est l'assise d'une protection sociale consubstantielle au travail salarié. A supposer fondée la disparition de l'emploi, la construction d'un droit sans objet avorterait à ce seul constat. Aussi, à la lumière du droit positif peuton se demander si le droit commun réside encore dans l'emploi. De la réponse dépendra la pertinence de l'élaboration d'un droit de l'emploi.

titre II : la mise en cause de la notion d'emploi

L'observation a montré qu'un équilibre s'était formé entre la demande d'emploi du travailleur et l'offre d'emploi de l'entreprise, la péréquation s'effectuant dans la stabilité de la relation contractuelle. A cet égard, le droit du travail a semblé trouver dans l'emploi, porté juridiquement par le contrat à durée indéterminée, une catégorie juridique pertinente qui a assuré, d'une part, la mobilisation de la force de travail conformément aux besoins de l'entreprise et plus largement aux besoins des sociétés ordonnées selon un mode capitaliste libéral et, d'autre part, un aménagement des droits des salariés. L'émergence de l'emploi comme catégorie saisie par le droit peut donc être analysée comme le résultat d'une rationalité recherchée par les acteurs. L'emploi est donc le lien fonctionnel entre le travailleur et l'entreprise. Mais cet équilibre, comme tout autre, est fragile, et si conjoncturellement le temps de l'économique a rejoint le temps du juridique, le mouvement du premier doitil entraîner le second ? Au constat communément admis de la diminution du besoin de maind'oeuvre, signe de la crise économique, il convient de confronter la teneur du droit du travail.[1797] La vérification de cette hypothèse renforcerait l'idée selon laquelle l'emploi n'est qu'une étape dans l'évolution du travail.[1798] Peut être accréditeraitelle la soumission du droit à l'économie.

Il importe, d'abord, de déterminer le cadre de cette analyse. Si dans un premier temps le droit du travail a été présenté comme un ensemble de normes tendant à établir une justice sociale, ce schéma a été depuis remis en cause par une thèse s'attachant à démontrer que le droit du travail était à la fois source et limite de l'exploitation de la maind'oeuvre.[1799] Cette idée semble essentielle pour éclairer la position du droit du travail, spécifiquement en période de mutation économique. Si l'on admet cette lecture du droit du travail, c'est repérer que dans le système construit l'intérêt premier qu'il a préservé

[1797] En ce sens, A. JEAMMAUD, « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, cri s d e du droit*, P.U.F. 1997.

[1798] Voir notamment A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994.

[1799] G. LYONCAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. Ouv.* 1951, p. 1. Collectif, Le droit capitaliste du travail, P.U.G. 1980.

n'est pas celui du salarié mais bien celui de l'entreprise. Si le droit du travail a octroyé une protection au travailleur il a par ailleurs garanti l'exploitation de la force de travail. Ainsi, dans la conduite du raisonnement appliqué à la relation née de l'occupation par un travailleur d'un emploi dans l'entreprise, c'est l'intérêt de celleci qui est érigé en valeur. A cet égard, on a pu voir que si les mécanismes de protection de l'emploi instituent un droit pour le salarié au maintien dans un lien d'emploi, ce droit est par essence limité. En effet, la finalité sociale assignée à la protection de l'emploi a pour limite la capacité de l'entreprise à offrir un emploi. Le droit au maintien dans un lien d'emploi est donc un droit relatif.

La reconnaissance de ce droit ne vaut donc que pour autant qu'il est attaché à l'occupation d'un emploi dans l'entreprise. Or on a remarqué que dans les situations juridiques d'emploi, le droit positif opère une dichotomie entre les situations atypiques de travail et la situation d'emploi. Cette dualité est conforme à la structure dialectique du droit du travail qui, pour répondre aux besoins d'organisation de l'entreprise, a légalisé ces formes atypiques de mise au travail. Sans doute, leur encadrement et le retour au droit commun, dès lors que sont méconnues les prescriptions impératives, affirment leur caractère dérogatoire et renforcent l'emploi. On relèvera ici l'ambivalence du droit du travail.[1800] Mais l'institutionnalisation des situations atypiques de travail dans l'entreprise, de l'emploi dit « précaire », porte atteinte à la notion d'emploi. La contradiction semble flagrante entre l'orientation récente du droit du travail vers la protection de l'emploi et la remise en cause de l'emploi comme support de la relation de travail. En réalité, cette contradiction naît du fait que sont confondus dans la notion d'emploi deux niveaux d'analyse, celui de « l'emploi macroéconomique », objet des politiques publiques d'emploi, et de « l'emploi microéconomique », objet d'une situation juridique protégée par le droit du travail. Or, en passant d'un niveau à l'autre, il y a bien une opposition entre la lutte contre le chômage et la protection de l'emploi dans l'entreprise ; paradoxalement la première engage une remise en cause de la catégorie « emploi ».

A s'en tenir à cette observation, le bienfondé d'une défense de l'emploi serait battue en brèche et justifierait, par ailleurs, la recherche d'un cadre nouveau afin d'appréhender la relation de travail. La question de la construction d'un droit de l'emploi, en tant que partie du droit du travail, doit donc être posée (Chapitre II). Mais au préalable, il conviendra de repérer, indépendamment de l'alternative à l'emploi qui extériorise ou non l'occupation d'un emploi dans l'entreprise, les situations juridiques qui portent atteinte à la notion d'emploi (Chapitre I).

Chapitre I : Les atteintes à la notion d'emploi

Soutenue par le principe d'autonomie contractuelle, cependant relatif, qui gouverne l'alternative à l'emploi, on sait qu'il n'y a juridiquement de situation d'emploi dans l'entreprise que si la qualification « contrat de travail » peut être donnée à la relation juridique établie, mais surtout qu'il n'y a d'emploi dans l'entreprise que si ce contrat de travail est, à l'exception de tout autre, un contrat à durée indéterminée. En effet, la

[1800] En ce sens, G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz 1995.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

permanence de la relation de travail étroitement liée à l'organisation de l'entreprise rend opératoire l'opposition légale entre l'emploi et le contrat à durée indéterminée, d'une part, et la tâche et le contrat à durée déterminée, d'autre part. C'est donc, à juste titre, que la mise au travail n'est pas légalement réductible à la notion d'emploi, elle ouvre la voie à d'autres situations juridiques de travail subordonné. Cependant, le droit du travail n'a envisagé que de façon contingente le recours aux situations atypiques « d'emploi » c'estàdire qui ne concrétisent pas un emploi. Ces situations ont d'ailleurs fait l'objet d'un encadrement affirmant leur caractère dérogatoire par opposition à l'emploi comme situation de droit commun de mise au travail. Mais au fond, ces situations apparaissaient être une réponse satisfaisante aux ajustements conjoncturels du marché du travail, voire un choix pour le travailleur. L'idée de la spirale vertueuse de l'emploi, qui n'envisage la relation atypique de travail que comme une étape est encore manifeste dans notre droit légiféré. Elle semble en ce sens avoir guidé les politiques d'emploi. Un auteur a ainsi fait ressortir que le but ultime des politiques d'emploi est l'accès au contrat de travail, la référence au droit commun du contrat à durée indéterminée étant essentielle.[1801]

Cette observation marque aussi, et plus substantiellement, un renversement dans l'approche de ces situations atypiques de travail parce que ces situations semblent désormais structurer le marché du travail. Dès lors que le phare de l'emploi ne rayonne plus si loin, sa portée réduite fait sortir de l'ombre des états de mise au travail qui sont autant d'atteintes à la compréhension de la notion d'emploi. Aussi si l'on accepte le postulat selon lequel l'emploi est un objet juridiquement construit dans l'entreprise autour du contrat de travail, il est patent que toute variation autour de l'entreprise et du contrat de travail porte atteinte à l'emploi. Il en est ainsi de situations juridiques particulières dans l'entreprise qui sans prendre l'emploi en référence se sont néanmoins construites à sa périphérie (Section 1) ; tel est encore le cas lorsque la mise au travail n'emporte plus d'intégration à l'entreprise (Section 2).

Section 1 : Les périphéries de l'emploi dans l'entreprise

Un auteur a remarqué que des formes de sousemploi avaient émergé, les regroupant sous l'expression « emploi périphérique ».[1802] Une périphérie trace, en principe, une frontière. Mais être à la périphérie de quelque chose signifie aussi que, malgré cette frontière, il existe encore une certaine continuité entre deux espaces. Or l'opération intellectuelle de classement sur laquelle repose les catégories juridiques s'accommode assez mal de limites incertaines. A cet égard, l'opposition légale entre la notion d'emploi et la notion de tâche délimite rigoureusement le domaine de ces deux catégories et rend opératoires les règles de droit qui s'y rattachent. Pourtant, sous l'effet de réponses factuelles apportées par le législateur à la « crise du travail », il a été constitué un ensemble de dispositifs divers mais dont la finalité d'accession à l'emploi à conduit à n'en pas totalement ignorer ce qui en fait la substance.

1801 F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535.

1802 A. JEAMMAUD, « L''emploi périphérique », in les sansemploi et la loi, hier et aujourd''hui, Actes de Colloque, Nantes juin 1987, Calligrammes, 1988.

Ainsi, si la raréfaction de l'emploi valorise l'emploi,[1803] toute construction qui lui emprunterait seulement pour partie altère la situation juridique qui en résulte et les droits qui en découlent sont réduis. Dans le domaine des politiques d'emploi, tout mouvement d'emprunt, s'il prétend à une quelconque efficacité pratique, ne peut pas procéder autrement ; il faut favoriser l'entrée dans l'entreprise et donc en contrepartie octroyer un avantage. De là l'habile jeu de puzzle qui consiste à former une figure juridique cohérente avec certains éléments consubstantiels à la notion d'emploi sans pour autant reconstruire le « statut » de l'emploi. Dans la diversité des figures repérées deux types d'atteintes à l'emploi apparaissent. Il peut être réputé ne pas exister (Paragraphe I), ou n'offrir qu'un statut corrompu (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les situations particulières d'emploi, atteinte qualitative à l'emploi

L'emploi au sens strict, c'estàdire tel qu'il résulte de la construction légale, est objet du droit si l'on admet qu'il engage le salarié titulaire d'un emploi dans un « statut », lequel tend à la préservation du lien d'emploi qui rattache le travailleur à l'entreprise. *A contrario*, c'est poser le principe qu'à défaut d'emploi les règles de protection ne sauraient être mobilisées.

Dans la construction juridique de l'emploi et conformément à la réglementation propre au choix de la situation juridique d'emploi, l'employeur conserve une relative liberté de gestion de l'activité afin d'organiser l'entreprise, marquant néanmoins l'intégration, temporaire ou non, du salarié à l'entreprise. De cette alternative dans l'emploi, il résulte que si l'employeur opte pour le cadre du contrat à durée indéterminée c'est qu'il admet, en droit, pourvoir un emploi. Dès lors, ses prérogatives, au regard de l'emploi, s'organisent autour de la gestion de celuici, prérogatives qui sont confrontées pour partie au droit de la rupture du contrat de travail. En revanche, dans le cadre dérogatoire de la mise au travail, la dénégation de l'emploi en tant que support du contrat de travail altère partiellement le pouvoir de gestion lié à l'emploi, il est tenu par le contrat.

Toutefois, si l'opposition entre l'emploi et la tâche est irréductible, elle ne remet pas en cause le rôle du contrat de travail comme procédé exclusif d'accès à la mise au travail du salarié. Le contrat de travail, quelle que soit sa forme, emporte intégration du salarié à l'entreprise ; il se crée, selon L'expression de Monsieur Gaudu, « une situation juridique d'emploi ». Aussi l'éviction de la qualification « contrat de travail » laisse présupposer l'absence d'intégration du travailleur à l'entreprise, rejetant dans la sphère d'un autre droit, la relation entre l'entreprise et ses partenaires. De la sorte, la loi a institué de nouveaux modèles de relations avec l'entreprise marqués du sceau de l'intégration du travailleur tout en rejetant la qualification « contrat de travail ». Ainsi, en s'éloignant du droit commun du travail fondé sur l'occupation d'un emploi, le législateur a admis la mise au travail sans emploi au travers des contrats atypiques de travail. Il a enfin autorisé cette mise au travail sans emploi ni contrat de travail *stricto sensu*, par la forme du stage. Bien que la loi du 3 décembre 1991[1804] soit revenue à une certaine forme d'orthodoxie juridique en replaçant ces formes de mise au travail dans un contrat, mais un contrat de travail de type

[1803] A supposer que cela soit effectivement démontré, voir infra n°531 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

particulier, la question de la construction du contrat de travail autour de la notion d'emploi reste centrale.

1 Domaine des situations d'emploi particulières

La définition du contrat de travail met en exergue l'état de subordination du salarié, cette subordination engageant l'application du droit du travail.[1805] Aussi, dans l'organisation de l'activité de l'entreprise, l'employeur, s'il est libre dans l'alternative à l'emploi, ne peut pas, au regard de l'objectivité de la mise au travail, licitement écarter une qualification juridique au profit d'une autre. En effet, la qualification juridique du lien de droit entre l'entreprise et ses partenaires n'est pas à la disposition des parties parce que la qualification « contrat de travail » conduit à l'application des dispositions d'ordre public bénéficiant au salarié. La qualification « contrat de travail » est une qualification d'ordre public parce que les effets de droit attachés à cette qualification sont euxmêmes d'ordre public, c'estàdire relevant d'un ensemble de règles à caractère impératif constituant un minimum intangible. Aussi le juge a un rôle déterminant afin de saisir les conditions réelles d'exercice de l'activité pour, le cas échéant, restituer à la relation juridique son exacte qualification. « La volonté des parties est donc impuissante à soustraire l'intéressé à un statut social impératif. »[1806]

Cependant, si les parties à la relation de travail ont un pouvoir de qualification limité par les qualifications légales, d'une part, quant à la nature de la relation mais, d'autre part, quant à la nature du contrat de travail, le législateur a, quant à lui, une liberté théorique totale.[1807] Ainsi, la qualification légale peutelle emporter définition des catégories juridiques. C'est de cette façon qu'ont été admises des mises au travail subordonnées en dehors du contrat de travail, l'intégration à l'entreprise étant rendue licite au titre d'un contrat excluant la qualification « contrat de travail ». Tel fut le cas jusqu'à la loi du 16 juillet 1971 pour l'apprentissage,[1808] et depuis 1982 pour les Stages d'Initiation à la Vie Professionnelle (S.I.V.P.) ainsi que pour les Travaux d'Utilité Collective[1809] (T.U.C.).[1810] Bien qu'écartant la qualification « contrat de travail » tant les S.I.V.P. que les T.U.C., outils d'insertion des jeunes, avaient pour caractéristiques de faire effectuer au jeune travailleur un véritable travail, même si d'un côté et par principe était exclu le caractère productif du travail,[1811] et de l'autre, l'organisme recruteur était soustrait au secteur de l'économie marchande.[1812] S'agrégeant en une mosaïque de dispositifs particuliers marquant le

1804 Loi n°911405 du 3 déc. 1991, portant création du contrat d''orientation.

1805 Supra n°44 et suiv.

1806 Ass. Plén. 4 mars 1983, *Bull. Civ*. p. 6, *D.* 1983, 381.

1807 S. FROSSARD, *Les qualifications en droit du travail*, Thèse Lyon 1997.

1808 Désormais, l''article L. 1171 dispose que le contrat d''apprentissage « est un contrat de travail de type particulier (...). »

1809 J. GAUDIN, « Les emplois d''utilité collective », *Travail et Emploi* 1982, n°12, p. 47.

1811 Cas du S.I.V.P. Voir article L. 9809 ancien.

caractère hybride de ces situation juridiques, les partenaires sociaux[1813] et le législateur ont voulu marquer un retour au contrat de travail avec l'abandon, par la loi n° 89405 du 19 décembre 1989, des T.U.C., et la loi du 31 décembre 1991 des S.I.V.P., respectivement remplacés par le contrat emploisolidarité et le contrat d'orientation. La loi quinquennale, du 20 décembre 1993, modifiant pourtant ces dispositifs dans leur modalités d'application n'en a pas moins conservé la qualification de contrat de travail. Cependant, ce retour au contrat de travail consacrant le quasi abandon du stage ne doit pas occulter le rattachement formel de situations juridiques particulières à cette qualification ; l'apparition comme catégorie juridique du « contrat de travail de type particulier » en étant la démonstration.

Malgré le caractère générique de la formule « contrat de travail de type particulier », la diversité des mécanismes, qui marque indubitablement dans la sphère du droit de l'emploi l'instrumentalisation de la règle de droit, reste de principe. Ces différents textes marquent la constante adaptation des solutions à des besoins mouvants mais toujours orientés vers l'insertion professionnelle de catégories de personnes définies pour la circonstance.[1814] Si l'étude pour ellemême de ces différents contrats de travail de type particulier ne doit pas être entreprise, en revanche, une double opposition doit permettre de rendre saillante la spécificité de ces situations juridiques. Il faut opposer, en premier lieu, les situations en marge du droit du travail, encore existantes, au contrat de travail quelque soit ici sa nature, et opposer, en second lieu, le contrat de travail de droit commun, c'estàdire le contrat de l'emploi, à cette dégénérescence que semble constituer la catégorie « contrat de travail de type particulier » ; cependant, un trait commun préside à ces distinctions : l'absence de définition légale de ces situations.

a) Situations d'emploi en marge du droit du travail

Il peut sembler vain de vouloir rendre compte du régime juridique des mises au travail en dehors de toute emprise juridique ; le défaut de règle marquant *de facto* l'absence de tout régime de droit. Néanmoins le constat de l'existence de ces situations en marge du droit du travail doit, à ce titre, être souligné. Tout d'abord, entendu d'une façon large la violation du droit en rapport avec l'emploi trouve son expression dans le travail « noir », c'estàdire

1810 Il serait inexact de réduire le rejet de la qualification « contrat de travail » aux seuls S.I.V.P. et T.U.C. En vérité, dès 1975 les politiques d''emploi ont organisé des mises au travail hors du contrat de travail. Les stages « Granet » en sont l''illustration (cf. S. BALLET, « Emploi précaire des jeunes ou chômage différé », *Dr. Ouv.* 1981, 82 ; A. BOUILLOUX, *L' ' âge du salarié*, Thèse Lyon, 1993, n°26 et suiv.). Les « pactes nationaux pour l''emploi » se succédant de 1977 à 1981 ont mis en place des stages à la préparation de la vie professionnelle, des stages pratiques en entreprise, voir loi du 6 juillet 1978, *J.O.* du 7 juill., loi du 10 juillet 1979, *J.O.* 11 juill. Sur cette question voir également, J. BICHOT, « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Dr. Soc.* 1987, 755.

1812 Cas du T.U.C.

1813 Accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991.

1814 Voir l''analyse d''A. BOUILLOUX, à propos de la segmentation des dispositifs légaux créant des catégories *sui generis* autour de l''âge de la personne. A. BOUILLOUX, *L' ' âge du salarié*, Thèse Lyon, 1993.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

dans l'emploi clandestin d'un travailleur subordonné afin, pour l'employeur, d'échapper frauduleusement aux obligations du droit du travail, sociales et fiscales consécutives à la mise au travail d'une personne.[1815]

Entendu dans un sens plus étroit, c'estàdire hormis le comportement frauduleux d'éviction des règles de mise au travail, le droit légiféré laisse encore la place à une relation de travail entre une personne et l'entreprise hors du cadre du contrat de travail. Ainsi malgré l'absence de définition légale de la notion de stage, la pratique mais également la loi instituent un rapport *sui generis* de travail autour de cette catégorie. Les observations faites à propos des S.I.V.P. ou des T.U.C. conservent toute leur pertinence.[1816] En effet, la seule qualification « stage », fût elle légale, apparaît bien insuffisante pour éluder celle de « contrat de travail. » Certes, le législateur est libre dans la mise en oeuvre de son pouvoir de qualification de créer une catégorie juridique autonome du contrat de travail. Cependant, une telle démarche maintient une distorsion dans les régimes juridiques applicables à certaines catégories de personnes en recherche d'emploi. Ainsi une même personne, prenons ici l'exemple d'un jeune travailleur, peut bénéficier tout autant d'un stage de formation professionnelle relevant de la loi du 24 février 1984[1817] que d'un contrat d'orientation.[1818] Dans les deux cas, le jeune travailleur est intégré à l'entreprise, soumis à une forme sans doute atténuée de subordination, mais bénéficie ou non d'un contrat de travail. Les stages légaux peuvent donc être assez proches dans leurs conditions de recours de situations de travail, il est vrai de type particulier. On relèvera encore pour les jeunes travailleurs, les stages de formation professionnelle précités et pour les chômeurs de longue durée les stages d'accès à l'entreprise et les stages d'insertion de formation à un emploi.[1819]

La ligne de partage ayant orienté le législateur entre stage et contrat doit être recherchée ailleurs que dans un critère juridique discriminant au regard de conditions objectives des situations ; la lecture des différents dispositifs semble faire de la durée de la formation un élément central de l'opération de qualification. En effet, dans le cadre des stages la durée de formation y compris celle passée en entreprise oscille entre quarante heures et mille huit cent heures. La brièveté du passage dans l'entreprise semble accréditer la difficulté du détournement du stage de formation. Cependant, et bien

1815 Articles L. 3249 et suiv. du Code du travail. En outre, selon l'article L. 6201 du Code du travail toute personne qui se propose d'occuper du personnel, quel qu'en soit l'effectif, dans un établissement industriel ou commercial doit, préalablement, en faire la déclaration.

1816 Voir notamment, F. FAVENNECHERY, « S.I.V.P. et déclin du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1988, 511 ; M. POIRIER, « L''accession au travail : insertion ou formation ? », *Dr. Soc.* 1992, 257 ; J.C. SCIBERRAS, « Le stagiaire dans l''oeil du cyclone », *Dr. Soc.* 1998, 795.

1817 Loi n°84130 du 24 fév. 1984, article L. 9801 et L. 9821 du Code du travail.

1818 Loi du 3 juillet 1991, le contrat d''orientation s''est substitué au S.I.V.P., article L. 9818 du Code du travail.

1819 Ces stages ont été mis en place par la loi du 20 déc. 1993, dite loi quinquennale. Pour le stage d''accès à l''emploi : article L. 322411° ; pour le stage d''insertion de formation à un emploi, article L. 32241 2° du Code du travail.

qu'encadrés par la loi, ces stages parce qu'ils excluent la qualification « contrat de travail » créent une sphère de non application du droit du travail dans la mise au travail des personnes, fûtce pour une durée très brève.

A ces stages légaux, s'ajoute également une nébuleuse de stages en entreprise qui ne sont définis ni prévus par aucun texte légal ou réglementaire. Certains de ces stages sont effectués en entreprise par des élèves de l'enseignement technique ou par des étudiants et sont destinés à compléter la formation théorique dispensée. Selon le niveau d'études, ils peuvent s'étendre sur un ou plusieurs mois et sont réglés, pour leurs conditions générales, par une convention de stage passée entre l'entreprise d'accueil, l'établissement d'enseignement et l'étudiant, marquant très nettement que son bénéficiaire n'est pas titulaire d'un contrat de travail. Ainsi dès lors que l'élève d'un établissement d'enseignement effectue un stage qualifié dans la pratique « stage d'application » au titre d'une convention de stage, l'étudiant demeure rattaché à son établissement et ne peut d'ailleurs pas prétendre au bénéfice d'un contrat à durée déterminée au titre de l'article D. 1211 du Code du travail.[1820] Partie intégrante d'un cursus, ces stages sont en principe obligatoires et ouvrent droit par l'établissement d'enseignement au bénéfice de la protection des accidents du travail,[1821] tandis que la rémunération est facultative, parfois obligatoire mais toujours réduite.

b) Situation d'emploi et contrats de travail particuliers

Si le stage est un espace où le droit du travail n'est pas, *a priori*, applicable, la qualification « contrat de travail » attrait à elle un régime juridique connu. Toutefois, le législateur a accentué un phénomène d'éclatement des situations juridiques de travail. En effet, si les situations juridiques, de droit commun et atypiques, sont cernées, il apparaît assez vite que les contrats de travail issus de la politique de l'emploi ont un caractère dérogatoire. Il l'est bien évidemment au regard de la définition légale de l'emploi et de son régime. A l'évidence, et en raison de l'objectif de ces contrats, instruments de mise au travail et de formation, ils ne peuvent avoir pour finalité d'occuper un salarié de façon permanente à l'activité de l'entreprise. Toutefois, la diversité des régimes doit conduire à la prudence et ne permet pas de systématiser ; ainsi, il est prévu qu'au titre du contrat d'adaptation si le jeune est engagé pour tenir un emploi dans l'entreprise, le contrat est à durée indéterminée.[1822] Mais le plus souvent, le contrat de travail est un contrat à durée déterminée c'estàdire que sa nature nie, *a priori*, la notion d'emploi. Mais de surcroît, il se révèle que ces contrats organisent un régime luimême dérogatoire par rapport au régime du contrat atypique. Dérogatoire au mode commun de mise au travail, la dégénérescence de la situation juridique s'accentue donc et justifie sur ce point leur caractère particulier. Ce particularisme doit être observé autour du droit applicable à ces contrats, de leur objet et enfin de l'intervention de l'Etat.[1823]

b 1 : Dérogations

[1820] Cass. Soc. 3 oct. 1991, *R.J.S.* 11/91, n°1189.

[1821] Article L. 4128 2° du Code de la Sécurité Sociale.

Institués au titre des politiques d'emploi, ces contrats manifestent une volonté de souplesse dans leur gestion mais demeurent rigides de part leur nature. D'une façon générale dans la plupart des hypothèses ces contrats sont des contrats à durée déterminée, ce qui limite le pouvoir de gestion et de direction de l'employeur. Pourtant il n'est pas d'évidence que le moule du contrat atypique soit le plus à même de répondre à leurs objectifs. A la différence du contrat d'apprentissage,[1824] qui a aussi été assimilé à un contrat de travail, les contrats de travail de type particulier sont donc conclus par application de l'article L. 1222 du Code du travail qui prévoit la conclusion de contrats à durée déterminée en raison de leur utilité sociale[1825] et de la finalité de ces contrats, ce qui explique leur durée extrêmement variable, de trois mois à un maximum de trois ans.[1826]

Ces conventions étant conclues par application des textes régissant le contrat à durée déterminée ce sont donc les règles particulières à cette forme de contrat de travail qui s'appliquent. Toutefois, le législateur n'hésite pas à aménager ce régime. Ainsi, alors qu'elle est en principe de droit, le salarié titulaire d'un contrat de travail de type particulier ne peut pas prétendre au versement de l'indemnité de fin de contrat, son versement étant expressément exclu par la loi.[1827] Cette exclusion renforce la spécificité de ces contrats et

[1822] Article L. 9816 du Code du travail. Mis en place par la loi du 16 juillet 1984 et modifié par la loi du 31 décembre 1991, le contrat d''adaptation, article L. 9816 du Code du travail a pour objet de permettre à des jeunes compte tenu de leur niveau de formation générale ou de la formation technologique déjà acquise de s''insérer professionnellement moyennant une simple formation complémentaire pour occuper un emploi ou un type d''emploi. Sont visés les jeunes demandeurs d''emploi âgés de seize à vingt cinq ans qui sont sortis du système éducatif après avoir achevé un cycle complet de formation technologique ou ayant une formation générale nécessitant un complément. Les vicissitudes liées à la survie de ce type de contrat marquent sans doute aussi les tâtonnements de la politique de l''emploi, en témoignent la naissance et les diverses résurrections du contrat d''adaptation : mis en place par une loi du 30 nov. 1984, modifié par la loi du 31 déc. 1991, il est supprimé par la loi du 20 déc. 1993 à compter du 1er juill. 1994 mais prorogé jusqu''au 1er juill. 1995 pour être pérennisé par une loi D.D.O.S. du 4 fév. 1995 ! En ce sens voir J. BICHOT, « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Dr. Soc.* 1987, 755.

[1823] Selon la doctrine, les contrats de type particulier sont ceux qui englobent une séquence de formation et visant à l''insertion professionnelle des jeunes ou ceux qui comportent des contraintes allégées en vue d''embaucher des chômeurs de longue durée. L''exonération complète des charges sociales ou un abattement sur cellesci se sont multipliées. C''est l''emploi exonéré, G. LYON CAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, page 178.

[1824] Article L. 122314 du Code du travail. Bien sûr, il ne peut être traité directement ici du contrat d''apprentissage, article L 1171 du Code du travail. Cependant, il reste une référence intéressante parce que les contrats de travail de type particulier empruntent assez largement à son régime. Il y serait donc fait référence.

[1825] F. GAUDU, « Les conventions d''insertion professionnelle », *R.D.S.S.* 1989, 679. Voir supra n°459 et suiv.

[1826] En principe les contrats sont de durée assez courte : par exemple pour le contrat emploisolidarité de 3 à 12 mois, exceptionnellement à 24 mois mais avec une durée hebdomadaire de 20 heures (ce contrat est à durée déterminée et à temps partiel), article L. 3248. J. SAVATIER, « Les contrats emploisolidarité, contrats à durée déterminée et à temps partiel », *Dr. Soc.* 1996, 921.

[1827] Par exemple, article L. 322410 du Code du travail ; Cass. Soc. 7 oct. 1992, *R.J.S.* 12/92, n°12321323.

marque leur finalité d'aide à la remise au travail. En effet, l'indemnité de fin de contrat tend à réparer le préjudice du salarié né de la précarité de sa situation juridique. Or les contrats de travail de type particulier ne sont pas, par principe, liés à l'activité productive de l'entreprise mais bien à une finalité sociale au bénéfice du titulaire du contrat. On relèvera encore que la durée de la période d'essai du contrat d'orientation est limitée à deux semaines[1828] alors que cette durée se calcule en fonction de la durée du contrat. De même, dans le cadre de ce contrat le jeune salarié ne peut pas accomplir d'heures supplémentaires et ne peut pas prétendre à l'issue de son contrat au renouvellement de celuici. Cette dérogation peut s'expliquer par le fait que ce contrat ne doit constituer en principe qu'une étape, courte, fondée sur l'acquisition d'une qualification professionnelle en vue d'obtenir un emploi.

Toutefois, mais par exception, le législateur a admis dans le cadre du contrat d'adaptation que le contrat soit à durée indéterminée lorsque le jeune est engagé pour tenir un emploi dans l'entreprise. Ce texte rompt, à cet égard, l'unité de nature des contrats de travail de type particulier et est particulièrement topique puisque la qualification « emploi » attachée à la forme du contrat à durée indéterminée renvoie à un élément permanent lié à son activité. C'est donc manifestement, ici au moins, l'aveu de la part du législateur que le contrat à durée indéterminée est un cadre instrumental pertinent au titre des actions d'insertion. Mais on sait aussi que le régime de protection s'articule essentiellement autour du contrat à durée indéterminée, sa remise en cause étant plus aisée que celle du contrat à durée déterminée. La nature dérogatoire permet d'assurer la stabilité du contrat et donc d'asseoir la formation sur une base stable mais de courte durée. C'est sans doute ce constat qui a conduit la Cour de cassation à apporter une solution assez singulière pour être soulignée, mais approuvée, parce qu'elle marque la volonté des juges d'accorder une protection particulière aux jeunes en formation, évinçant, peutêtre artificiellement, le recours au contrat de droit commun, le contrat à durée indéterminée qui offre dans cette hypothèse moins de garanties. En effet, la rédaction de l'article L. 9816 du Code du travail aurait pu laisser penser que lorsqu'un emploi permanent est pourvu par un contrat d'adaptation celuici doit être à durée indéterminée, mais qu'en revanche l'employeur a le choix entre le recours au contrat à durée indéterminée ou au contrat à durée déterminée lorsque l'emploi n'est pas permanent,[1829] cette solution étant d'ailleurs celle des juges du fond.[1830] Mais la Cour de cassation s'est orientée, pour sa part, dans une interprétation différente du texte puisqu'elle considère que lorsque l'emploi n'est pas permanent l'employeur ne bénéficie d'aucune option, il doit conclure un contrat à durée déterminée ; la nature de l'emploi conditionnant la nature du contrat.[1831]

[1828] Article L. 9818 alinéa 3 du Code du travail.

[1829] Voir infra n°211 et suiv.

[1830] Cour d''appel de Grenoble, 15 mai 1990, arrêt cité par H. BLAISE, note sous Cass. soc. 15 avril 1992, *J.C.P.*, éd. E, II, 364, p. 261.

[1831] Cass. soc. 15 avril 1992, *Bull. V.,* n°280, *J.C.P.*, éd. E, II, 364, p. 261, note H. BLAISE.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

b 2 : Intervention de l'Etat

Pour autant que l'entreprise est « la chose » de l'entrepreneur, l'emploi qui en est un élément relève *a priori* de la sphère patrimoniale. Pourtant, les politiques d'emploi ont mis l'Etat au coeur de la relation de travail qui, en principe, reste cantonnée aux parties au contrat, l'employeur et le salarié.[1832] L'action initiale de l'Etat en ce domaine a pour finalité d'aider à l'embauche par l'octroi d'aides ou exonérations diverses mais aussi de veiller, par une action « tutélaire », au respect par l'entreprise de ses obligations de formation conformément à l'objet de ces contrats de travail de type particulier.[1833] Si le bénéficiaire de l'action de formation n'est pas amené à occuper un emploi dans l'entreprise, le législateur pose qu'en contrepartie il n'a pas à recevoir une rémunération égale à celle d'un salarié participant à l'activité de production de l'entreprise. Néanmoins, le salarié est indemnisé. Simplement, le coût de la mise au travail aux fins d'acquérir une qualification ne doit pas, au moins dans son intégralité, être supporté par l'entreprise, entraînant dès lors un transfert des charges afférentes au contrat vers la collectivité. On a vu plus avant que cette participation a vocation à s'étendre au contrat de travail de droit commun ce qui n'est pas sans appeler quelques interrogations quant à la l'analyse traditionnelle du contrat de travail et des obligations respectives à la charge des parties.[1834] Une telle solution était d'ailleurs retenue pour les stages, notamment le S.I.V.P. et peu critiquable en raison du rôle de l'Etat en matière de développement de la formation professionnelle. Le retour à la qualification « contrat de travail » rend plus discutable un tel transfert mais marque indiscutablement la valeur attachée au travail comme lien social. Nul doute encore que ce type d'avantage est encore servi à l'entreprise parce que la mission première de cette dernière, si elle intègre progressivement l'idée de formation (apprentissage et d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi) n'accepte pas encore d'être un acteur de l'insertion. Toutefois, cette participation financière de l'Etat n'est pas sans contrôle.

Non sans rappeler le contrat d'apprentissage, l'Etat dans le cadre des contrats de travail de type particulier demeure soucieux de garder un contrôle tant sur l'utilisation des fonds publics que sur la mission de formation déléguée à la responsabilité de l'employeur. Dès lors, si les rapports qui s'instaurent entre l'entreprise et le travailleur reposent sur un contrat de travail, il faut souligner l'omnipotence des pouvoirs publics dans la relation en cause. L'autonomie des parties, caractère propre du contrat, est ici réduite. Ces contrats doivent être passés par écrit. Cette exigence ressort, d'une part, de la nature même du contrat, ils sont conclus dans le cadre de l'article L. 1222 du Code du travail[1835] mais,

1832 Supra n°110 et suiv.

1833 Voir encore la loi 97954 « Emploisjeunes » du 16 oct. 1997, *Liaisons Sociales* n°7758 du 10 nov. 1997.

1834 Supra n°192 et suiv.

1835 Les contrats conclus dans le cadre des mesures pour l''emploi sont conclus en application de l''article L. 1222 du Code du travail, par exemple pour le contrat emploisolidarité (article L. 32248) ou encore le contrat d''orientation (article L. 9811) le contrat d''adaptation (article L 9816), le contrat de qualification (article L. 9817).

d'autre part, de l'intervention d'une autorité administrative qui confère souvent à la relation un caractère tripartite. Aussi, le plus souvent, le contrat doit être déposé auprès de l'administration et, compte tenu de la finalité affichée du contrat, le législateur exige que l'entreprise d'accueil soit agréée, lequel agrément est notamment conditionné par la conclusion d'une convention entre l'entreprise et un organisme de formation ou un établissement d'enseignement public.[1836] En principe, l'agrément est accordé au titre de la formation visée au contrat mais il n'a pas à être renouvelé lorsque l'entreprise souhaite conclure de nouveaux contrats aux mêmes conditions. Mais un contrôle est cependant toujours possible, à l'instar du contrat d'apprentissage, puisque l'agrément peut être retiré par décision motivée du préfet. A cet égard, le juge a tiré toutes les conséquences attachées à ce formalisme qui participe non seulement du respect des conditions d'octroi de subventions ou d'exonérations mais qui tend à maintenir une cloison étanche entre l'objet de ces contrats de travail de type particulier et les situations juridiques d'emploi. De cette façon, concernant le contrat d'apprentissage, en application de l'article L. 11712 du Code du travail, si les juges ont opté pour la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée,[1837] concernant les contrats de travail de type particulier, le juge a considéré que le défaut de conformité du contrat fait obstacle à sa poursuite, cet obstacle engageant la responsabilité de l'employeur pour rupture fautive d'un contrat à durée déterminée.[1838]

Enfin, on observera que les représentants du personnel sont informés des conventions conclues et dans certains cas (contrats de qualification, d'orientation ou d'adaptation) conviés chaque année à donner leur avis sur les conditions d'accueil des bénéficiaires de ces contrats. D'une façon plus générale, le comité d'entreprise est informé sur les conditions pratiques de réalisation des formations sans avoir cependant de pouvoir propre en ce domaine. Mais sans doute seraitil à même de dénoncer toute pratique abusive ou défaillante conformément à l'objet de ces contrats et d'alerter les syndicats, ceuxci pouvant alors agir sur le fondement de l'article L. 41111 du Code du travail. Le risque n'est pas nul de voir un employeur peu scrupuleux engager des stagiaires afin de leur confier un travail qui excéderaient manifestement l'objet du contrat conclu. En effet, employeur au sens du contrat est d'abord dispensateur de formation, et assure, à ce titre, une tutelle professionnelle.

b 3 : La tutelle professionnelle

La tutelle professionnelle est commandée par l'objet du contrat qui en fait un trait essentiel

1836 A propos du contrat de qualification, article L. 9812 alinéa 2 du Code du travail. Egalement articles R. 9804 et suiv. du Code du travail.

1837 Comp. Cass. soc. 9 mars 1978, *Bull.* V. n°178 (arrêt prononçant la nullité du contrat d''apprentissage), avec Cass. soc. 21 fév. 1990, *C.B.S.P.* 1990 n°19, B. 43 (. prononçant la requalification du contrat), *adde* Cass. soc. 1er avril 1992, *Dr. Soc.* 1992, 474, *Bull.* V. n°120 : l''apprenti a droit à une rémunération calculée sur le salaire minimum conventionnel avec application des abattements d''âge.

1838 Pour le contrat de qualification : Cass. Soc. 18 nov. 1992, *Bull. V.,* n°548 ; 9 avril 1996, *R.J.S.* 5/96, n°584 (le salarié perçoit les salaires qu''il aurait recevoir jusqu''au terme de son contrat). Pour le contrat d''adaptation : Cass. Soc. 9 juin 1993, *R.J.S.* 7/93, n°770 2 espèces ; si le contrat se poursuit il est alors requalifié en contrat à durée indéterminée 2ème espèce .

de ces conventions. La référence au contrat d'apprentissage est indéniable lequel a institutionnalisé le tutorat dans l'entreprise comme mode de transmission d'un savoirfaire. Emprunté à la forme ancienne de l'organisation des corporations de métiers établies sous l'Ancien Régime, il n'a cessé de prospérer pour être étendu à des domaines de la formation autres que celui de l'apprentissage.[1839] Ainsi qu'en dispose l'article L. 1175 du Code du travail « ***le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier par lequel un employeur s'engage, outre le versement d'un salaire (...) à assurer au jeune travailleur une formation professionnelle méthodique et complète (...) .»*** Comme il l'a été écrit « l'objet du contrat d'apprentissage n'est pas une prestation de travail ayant pour contrepartie un salaire et l'on ne peut même pas sérieusement soutenir que la période de formation n'est qu'une étape ou une modalité d'exécution du contrat de travail ».[1840] Le but du contrat d'apprentissage est donc de permettre au jeune travailleur d'acquérir une qualification professionnelle. Cette finalité de formation, dont l'employeur est dispensateur, implique la mise en oeuvre de moyens adaptés et explique aussi le statut de l'apprenti pendant l'exécution de son contrat. Cette remarque doit être étendue aux autres contrats de type particulier.

Même si le contrat de travail est voulu comme le support de ces relations, on aura relevé leur absence d'unité juridique. Mais plus encore c'est dans l'objet du contrat, l'acquisition d'une formation professionnelle, que peut être observée une certaine dilution du concept, celleci n'étant plus nécessairement qualifiante. La dénomination des contrats en rend d'ailleurs assez bien compte : contrat de qualification, d'orientation, contrat initiativeemploi,[1841] contrat emploiconsolidé.[1842]

Soumis à la qualification « contrat de travail », les contrats de type particulier sont à la fois instrument de formation et contrat de travail. Leur objet est donc hybride puisque les salariés sont mis en situation de travail, laquelle doit cependant impérativement être finalisée par une action de formation. Cette action de formation est substantielle. La fourniture de travail et donc l'exécution de la prestation se présentent alors comme l'accessoire de la formation parce qu'à l'évidence cette dernière, dans son aspect pratique, ne peut pas se départir d'une mise au travail ; l'exécution de la prestation

1839 C''est l''apprentissage qui a servi de modèle pour la désignation, d''abord sous l''impulsion de la négociation collective sur le fondement de la loi du 24 février 1984, à la mise en place d''un ou plusieurs tuteurs dans l''entreprise chargée des ;jeunes. Par exemple dans le cadre du S.I.V.P., art. 7 de la loi n°84 130 du 24 fév. 1984, Circ., n°4 du 28 nov. 1984, *J.O.* du 1er déc. 1984.

1840 B. BOUBLI, JurisClasseur, *Travail Traité*, Fasc. 6020, 1995.

1841 Le contrat initiative emploi remplace le contrat de retour à l''emploi créé par une loi du 19 déc. 1989, codifiée sous les articles L. 32242 à L. 32246 du Code du travail. C''est un contrat aidé : les aides, article L. 32242, prennent trois formes : une exonération des cotisations patronales de sécurité sociale pour une durée variable selon la situation des personnes embauchées, une prise en charge par l''Etat des frais de formation engagés par l''employeur au profit des salariés, une aide forfaitaire est versée à l''entreprise. Le contrat initiative emploi ne peut pas être utilisé pour réembaucher une maind''oeuvre bon marché, en conséquence elle ne peut être consécutive à un licenciement pour motif économique intervenu au cours de six mois précédant la date d''effet du contrat, article L. 32243 al. 2.

1842 Article 322481 du Code du travail.

contribue à la formation assurée par l'employeur. Le législateur n'a d'ailleurs pas manqué de souligner la frontière entre ces dispositifs et l'occupation d'un emploi. Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 31 décembre 1991 en témoignent. Ainsi, alors que le Sénat avait adopté un amendement visant à autoriser le recours aux heures supplémentaires pour les titulaires d'un contrat d'orientation, les députés en ont prohibé le recours ; solution finalement retenue dans la loi.[1843]

Dès lors, par différentes mesures les textes tendent au respect de la finalité de ces contrats. Tout d'abord, la convention doit prévoir un temps minimum consacré à la formation, elle est de 25% dans le cadre du contrat de qualification,[1844] elle est forfaitairement de 200 heures pour le contrat d'adaptation. Mais surtout, hormis la prévision d'une durée de formation, la loi fait obligation à l'employeur de faire bénéficier le salarié de l'expérience d'un tuteur. Ce tuteur, maître d'apprentissage dans le contrat du même nom, doit assurer au salarié une formation méthodique et complète. L'employeur, libre du choix du tuteur, est responsable de la mise en oeuvre de la formation. Il a de ce fait une obligation de moyens consistant, d'une part, en la désignation d'un salarié compétent afin d'exercer le tutorat, et d'autre part, en la mise à disposition des moyens matériels et techniques indispensables à la transmission d'un savoirfaire.

L'institution d'une obligation de formation conforme à l'objet du contrat ne peut pas être sans incidence sur l'exécution de celuici. En premier lieu, même si la comparaison avec le contrat d'apprentissage ne peut pas être totale, en raison du but de la formation et de sa durée notamment, il ressort nettement que la formation est un élément substantiel du contrat. Il a ainsi été jugé que l'absence de formation doit entraîner la requalification du contrat de qualification en contrat de droit commun, c'estàdire en contrat à durée indéterminée. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 18 novembre 1992 par lequel les magistrats de la Cour suprême ont cassé la décision des juges de fond qui avaient statué sans avoir vérifié si la clause essentielle du contrat relative à la formation professionnelle avait été exécutée.[1845]

En deuxième lieu, on peut se demander si l'employeur peut tirer argument de

[1843] Sénat, *J.O.A.N.* du 5 nov. 1991, p. 3474, séance du 26 nov. 1991, p. 6602, article L. 98110 du Code du travail.

[1844] Article L. 9811 du Code du travail.

[1845] Cass. soc. 18 nov. 1992, *Bull. V.,* n°560, *D.* 1993 SC., 256. Cet arrêt a été confirmé très nettement par un arrêt du 31 mars 1994, pourvoi n°9244.424, selon lequel le respect de l''obligation de formation est un élément essentiel au contrat de qualification. Si cette obligation n''est pas remplie la rupture du contrat s''analyse en un licenciement. Dans le même sens, Cass. soc. 12 avril 1995, *Bull. V.,* n°145, la formation théorique étant un élément essentiel du contrat de qualification, commet une faute grave l''employeur qui, contrairement aux engagements souscrits, met obstacle à ce que la salariée suive régulièrement les cours théoriques à l''acquisition d''une qualification. Comparer avec le contrat d''apprentissage : la rupture de celuici devant intervenir lorsque l''exécution du contrat d''apprentissage n''est plus possible en raison de la disparition du tuteur ou de toute personne susceptible d''assurer la formation du jeune apprenti, par exemple : Cass. soc. 6 mars 1986 *Bull. V.,* n°142, pour une espèce où le maître d''apprentissage était tombé malade et ne pouvait pas être remplacé ; Cass. soc. 16 juill. 1987, *Bull. V.,* n°476 pour le cas où l''employeur faisant office de maître d''apprentissage était devenu inapte à l''exercice de son métier à la suite d''un accident. Même solution pour un C.E.S., Cass. Soc. 25 mars 1997, *R.P.D.S.* n° 635, p. 87.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

l'insuffisance professionnelle du salarié pour rompre le contrat, alors même que le salarié est en formation ? Deux éléments de réponse peuvent être apportés. Tout d'abord, on observera, d'une part, que dans le cadre du contrat d'apprentissage, le législateur a institué une procédure spéciale de rupture lorsque l'inaptitudeincompétence de l'apprenti est soulevée par l'employeur[1846] et, d'autre part, il serait légitime de reconnaître au travailleur en formation un « droit à l'erreur », à défaut par ailleurs de vider l'obligation de formation de tout contenu.[1847] Enfin, on relèvera que la nature particulière du « contrat de travail de type particulier » apporte un élément de solution. En effet, dans le cadre du d'un contrat à durée déterminée, ce que ces contrats sont pour la plupart, le motif d'incompétence professionnelle doit revêtir les caractères de la faute grave.[1848] Or l'inaptitudeincompétence ne peut pas être hissée à la hauteur de la faute grave, sans que, justement une faute grave ne soit caractérisée, sa preuve échéant à l'employeur. Un tel motif semble exceptionnel.[1849]

En troisième lieu, on observera, qu'eu égard à l'objet du contrat de travail de type particulier, le législateur a expressément écarté les clauses de déditformation.[1850] En vertu de l'article L. 98010 du Code du travail, concernant le contrat de qualification, d'orientation et d'adaptation, est « ***nulle et de nul effet toute clause de remboursement par le jeune employeur à des dépenses de formation en cas de rupture du contrat de travail*** . » Une telle solution s'impose. Effectivement, si l'objet du contrat de travail de type particulier est la formation, sa finalité reste l'insertion du salarié sur le marché du travail. De droit, il ne participe pas à l'activité de l'entreprise et la qualification professionnelle ainsi dispensée ne saurait être assimilée à un « investissement » de formation d'autant que l'employeur n'a aucune obligation d'embauche à l'issue du contrat, et que contrairement à ses salariés ordinaires, il n'assure qu'une partie des frais afférents à ce contrat, l'Etat intervenant par le biais de subventions ou d'exonérations de charges sociales.

2 Atteintes à la qualité de l'emploi par les situations particulières d'emploi

Toutes les situations juridiques d'emploi sont d'essence contractuelle ; par principe, elles empruntent la voie de l'accord de volontés,[1851] toutes cependant ne ressortissant pas du contrat de travail, certaines relèvent d'une catégorie informelle : le stage. On a dit aussi que le législateur avait entendu revenir sur cette qualification afin de réintégrer dans le

1846 Articles L. 11717 et suiv. Du Code du travail qui prévoient la résiliation judiciaire avec une procédure de contrôle spécifique des compétences de l''apprenti.

1847 Cette solution est défendue à propos de l''adaptation du salarié à l''évolution de son emploi, supra n°313 et suiv.

1848 Article L. 12238 al. 1 du Code du travail : « *Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l' ' échéance du terme qu' ' en cas de faute grave ou de force majeure.* »

1849 On observera enfin que si le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée, le salarié doit pouvoir bénéficier d'un « droit à l''erreur », supra n°313 et suiv.

1850 Supra n°222 et suiv. Voir notamment, Cass. Soc. 27 mars 1996, *Bull. V.,* n°124 ; 7 janv. 1998, *R.J.S.* 3/98, n°283 ; 31 mars 1998, *R.J.S.* 5/98, n°577.

giron du contrat de travail ces situations. Toutefois, pas plus que n'est définie la notion de stage, la catégorie contrat de travail de type particulier n'assure guère plus de lisibilité juridique. L'expression est, en effet, utilisée par le législateur à l'article L. 1175 à propos du contrat d'apprentissage,[1852] mais elle n'est pas explicitée, pas plus d'ailleurs qu'elle n'est reprise à partir des contrats précédemment étudiés. Leur regroupement ne relève pourtant pas d'une construction artificielle. Il met en évidence un certain artifice juridique attaché à la qualification « contrat de travail ». Sans revenir sur ce point, on peut s'interroger sur la dégénérescence de cette situation juridique d'emploi au regard de sa pratique.

a) Qualité de l'emploi et objet du contrat de travail

Au sens fort l'emploi est permanent et à temps complet ; légalement il ne peut être concrétisé que par un contrat à durée indéterminée. L'objet du contrat de travail, il faut entendre l'objet de la prestation de travail, est l'emploi en ce qu'il est intégré à la structure organisationnelle de l'entreprise.[1853] A cet égard, les contrats de travail qui portent atteinte à cette conception de l'emploi précisent justement que :

- « ***le contrat 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*** », article L. 1221 alinéa 1 du Code du travail ;
- « ***les formations ayant pour objet l'acquisition d'une qualification professionnelle sont dispensées dans le cadre d'un « contrat à durée déterminée (...) dénommé contrat de qualification (...)*** », article L. 9811 du Code du travail ; la formulation est la même en ce qui concerne le contrat d'adaptation à un emploi (article L. 9816), ou le contrat d'orientation (article L. 9817) ;
- la rédaction relative au contrat d'insertion professionnelle étant un peu différente, « ***l'Etat peut passer avec des employeurs des conventions ayant pour objet de favoriser l'orientation et l'insertion professionnelle (...) dans le cadre d'un contrat de travail dénommé (...)*** ».

La catégorie contrat de travail de type particulier semble donc prendre un sens autour de l'objet de la convention. L'accomplissement d'une tâche, la formation, sont objets de contrats dérogatoires qui remettent en cause l'unité qu'entretient la notion d'emploi et celle de contrat de travail. L'observation avait déjà été faite à propos du S.I.V.P.[1854]

[1851] Le principe de la liberté du travail est aussi celle de ne pas travailler, cf. J. PELISSIER, « La liberté du travail », *Dr. Soc.* 1990, 20. Comp. avec la mise forcée au travail, R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Fayard 1995.

[1852] L''article L. 1175 du Code du travail dispose en substance que « le contrat d''apprentissage est un contrat de travail de type particulier par lequel un employeur s''engage, outre le versement d''un salaire (...) à assurer au jeune travailleur une formation professionnelle méthodique et complète (...) ».

[1853] Voir supra n°64 et suiv. L. MALLET et M.L. MORIN, « La détermination de l''emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

L'intérêt des observations alors formulées ne perdent toutefois rien de leur pertinence. En effet, les critiques rendent encore plus saillant le caractère artificiel de la qualification juridique opérée par le législateur, tantôt stage tantôt contrat de travail, sans enlever l'intérêt d'un questionnement au fond.

De fait, la critique concernant le rejet de « la charge normative de la subordination »[1855] liée à la qualification « stage » pointe exactement le problème lié au contenu de la catégorie « contrat de travail ». Dans l'appréhension de l'objet des situations juridiques d'emploi traditionnelles, emploi ou tâche, il est certain que le caractère commun aux deux situations est le rattachement, permanent ou temporaire, à l'activité de l'entreprise. Or dans le contrat de travail de type particulier la fourniture de travail n'est plus objet, elle est accessoire à l'obligation principale de formation. L'intégration à l'entreprise par la voie unitaire du contrat de travail masque donc une dualité des objets. Une frontière nette des catégories est elle possible ? Peut on former un salarié en vue de lui faire acquérir une qualification professionnelle sans mise au travail, autrement dit sans que celuici n'ait à fournir une prestation ? Cela peut paraître difficile. Le législateur, l'administration et la doctrine ont néanmoins eu pour souci de préciser que le stage puis le contrat de travail de type particulier ne peuvent pas être assimilés à un poste productif,[1856] faute de quoi le juge devra restituer à la relation son exacte qualification, l'octroi d'une formation sérieuse venant compléter l'analyse objective de la situation de fait. Mais on comprend qu'un tel cloisonnement est illusoire, sauf à ne faire de l'immersion dans l'entreprise que le prolongement de l'étude théorique.

Qu'en est il, enfin, au regard du contrat de travail de droit commun et de l'évolution de son contenu ? En effet, depuis l'arrêt Expovit,[1857] la Cour de cassation met à la charge de l'employeur un devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. Ce devoir d'adaptation entretient avec la formation professionnelle des relations étroites. Il engage l'employeur et le salarié dans une dynamique de mobilité professionnelle qui s'articule autour de l'adaptation du travailleur à l'évolution des techniques. Sans nul doute l'analyse du contenu du contrat s'en trouve modifiée. Il n'est plus lié seulement à l'échange marchand du travail contre un salaire. Autrement dit, l'ancrage dans le contrat de travail d'un devoir d'adaptation marque l'émergence du lien d'emploi. Partant de ce constat, il se

1854 F. FAVENNECHERY, « S.I.V.P. et déclin du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1988, 511.

1855 A. LYONCAEN, « Actualité du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1988, 540.

1856 Voir, par exemple article L. 9817 du Code du travail, contrat d''orientation ; Circ. DFP/DE n°87/2 du 28 avril 1987 relative au S.I.V.P. ; J.C. SCIBERRAS, « Le stagiaire dans l''oeil du cyclone », *Dr. Soc.* 1998, 795. Dans le même sens, la Cour de cassation a donné, à propos d''un contrat emploisolidarité, une solution significative mettant l''accent sur deux points : le rôle de l''Etat et la portée singulière de l''intégration du salarié dans l''entreprise. Elle a ainsi jugé que dans le cadre d''un C.E.S., la convention préalable intervenue entre l''Etat et l''employeur avait limité l''objet du contrat à certains travaux (dactylographie et imprimerie), le juge du fond a décidé à bon droit que ces seuls travaux pouvaient être demandés à la salariée peu important la description de l''emploi contenu dans l''acte écrit intervenu postérieurement entre l''employeur et la salariée. Cass. Soc. 25 mars 1997, *Bulletin trimestriel n°37 de droit du travail*, n°4.

1857 Cass. Soc. 25 fév. 1992, *Bull. V.,* n°122.

révèle que tant l'objet que la finalité du contrat de travail de droit commun que du contrat de travail de type particulier convergent. Ce dernier a pour objet principal la formation qui ne peut cependant pas être détachée de toute prestation effective de travail alors que, pour le premier, l'objet est l'occupation d'un emploi productif auquel s'adjoint un devoir d'adaptation. Quant aux finalités de l'un et de l'autre contrats, elles se rejoignent dans « la valeur » attachée à l'emploi, soit en visant son maintien soit en en favorisant l'accès.

En conséquence, se pose la question de la pertinence du maintien de la catégorie « contrat de travail de type particulier » au regard de l'évolution du contenu du contrat de travail de droit commun. Effectivement, il faut tirer tous les effets de droit de la qualification « contrat de travail » et lever les contradictions relevant de la nature juridique des situations créées. L'utilisation par le législateur de telle ou telle qualification semble reposer sur des facteurs, en apparence, inconciliables que sont la finalité des instruments juridiques mobilisés, leurs contenu (formation et exécution d'une prestation pour le compte d'autrui), et le temps. Pourtant la place donnée à la formation/insertion est opérée par législateur au travers du contrat à durée déterminée. Ce contrat s'il offre, en droit, pendant son exécution les mêmes prérogatives au salarié que le contrat de droit commun, ne les mobilise pas, en fait, en raison même de sa nature juridique.[1858] De plus, le contrat à durée déterminée est un contrat limité dans le temps, or cette limite temporelle apparaît, à bien des égards, en contradiction avec l'idée d'insertion et d'acquisition d'une formation professionnelle. Au point même que le législateur brouille les catégories. Ainsi, le contrat d'adaptation qui a pour objet de permettre à des jeunes, compte tenu de leur niveau de formation générale ou de la formation technologique déjà acquise, de s'insérer professionnellement moyennant une simple formation complémentaire pour occuper un emploi ou un type d'emploi, peut être aussi bien un contrat à durée indéterminée, lorsque le jeune est embauché pour tenir un emploi permanent dans l'entreprise, qu'un contrat à durée déterminée dans les autres cas, sa durée étant comprise entre six mois minimum et douze mois maximum.[1859] Il est donc manifeste que l'objectif de la formation/insertion n'est pas incompatible avec l'occupation d'un emploi, porté juridiquement par un contrat à durée indéterminée. De même, il faut bien convenir que, dans certains contrats de type particulier s'adressant aux chômeurs de longue durée, l'insertion prime sur la formation, insertion qui passe alors par la mise au travail de la personne par la voie d'un contrat à durée indéterminée ou d'un contrat à durée déterminée.[1860] Ainsi en dépit de leur

[1858] C''est une égalité formelle mais non réelle. Voir supra n°80 et suiv.

[1859] Article L. 9816 du Code du travail.

[1860] Tel est le cas pour le contrat initiativeemploi : le contrat initiative emploi remplace le contrat de retour à l''emploi créé par une loi du 19 déc. 1989, codifiée sous les articles L. 32242 à L. 32246 du Code du travail. C''est un contrat aidé : les aides, article L. 32242, prennent trois formes : une exonération des cotisations patronales de sécurité sociale pour une durée variable selon la situation des personnes embauchées, une prise en charge par l''Etat des frais de formation engagés par l''employeur au profit des salariés, une aide forfaitaire versée à l''entreprise. Un garde fou le contrat initiativeemploi ne peut pas être utilisé pour réembaucher une maind''oeuvre bon marché, en conséquence elle ne peut être consécutive à un licenciement pour motif économique intervenu au cours de 6 mois précédant la date d''effet du contrat, article L. 32243 al. 2. Voir J. SAVATIER, « Les contrats initiativeemploi », *Dr. Soc.* 1995, 965 ; *Liaisons Sociales* n°7355 du 10 nov. 1995.

caractère dérogatoire, les contrats d'insertion ne sont pas complètement étrangers au droit commun. De plus, le législateur, sous l'empire des stages avait admis dans le cadre du S.I.V.P. qu'en cas d'embauche à l'issue du stage, l'ancienneté du salarié soit appréciée en tenant compte de cette période de stage.[1861] Cette solution est pour le moins surprenante puisque la qualification « stage » évinçait celle de « contrat de travail ».

Enfin, par le jeu de la requalification des contrats de travail de type particulier, se retrouve le substrat du droit commun, même si le contour flou des catégories rend la distinction difficile. En effet, si le retour à la qualification « contrat de travail » ne pose pas de problème lorsque la situation est conventionnellement qualifiée de stage,[1862] une difficulté peut surgir lorsque le contrat de travail de type particulier emprunte l'habit du contrat à durée déterminée. Dans cette hypothèse ce n'est évidemment pas la qualification « contrat de travail » qui est écartée, mais l'objet du contrat peut être détourné, c'estàdire que le salarié occupe véritablement un emploi. Dès lors, le salarié est fondé à demander la rupture de son contrat, et bénéficiera de l'option attachée à cette rupture, soit demander les salaires restant à courir, soit demander la requalification du contrat à durée déterminée en contrat de droit commun.[1863]

On peut donc plaider un retour de principe au droit commun du contrat de travail, c'estàdire au contrat à durée indéterminée fondé sur l'occupation d'un emploi dans l'entreprise. La force de l'argument doit être recherché dans le « renouveau du contrat de travail »[1864] qui semble porteur d'une dimension économique à laquelle s'associe désormais une fonction sociale. L'exécution d'une prestation tout autant que l'acquisition d'une qualification en vue d'une insertion s'inscrivent dans la durée, le contrat à durée indéterminée apparaît comme étant l'outil juridique le mieux adapté. De surcroît, l'emploi sort de la sphère patrimoniale de l'entreprise pour rentrer dans la « sphère publique ». Estil souhaitable de laisser une totale opportunité de gestion de l'emploi à l'employeur lorsque son activité est financée par des deniers publics ? Ce constat est manifeste à l'heure actuelle dans le cadre des contrats de travail de type particulier. Au demeurant, une telle solution semble pouvoir s'inscrire dans la recherche d'un renouveau de la relation de travail, s'élargissant aux périodes de formation, d'inactivité et d'exécution d'une prestation pour le compte de l'entreprise.[1865] Elle aurait un double mérite, d'une part, éradiquer la précarité pourtant combattue au travers de ces dispositifs en enracinant la relation dans la stabilité propre à l'activité économique soutenant ici un lien fort d'emploi

[1861] Cass. Soc. 20 nov. 1991, *Dr. Soc.* 1992, 74. L''arrêt rendu visait l''article L. 980111 du Code du travail (abrogé)

[1862] La qualification « contrat de travail » évincée est ici d''ordre public. Toute mise au travail subordonnée s''opère dans le cadre du contrat de travail. Ainsi le faux stagiaire devient salarié, Cass. Soc. 23 mai 1973, *Bull. V.,* n°324, Cass. Soc. 6 juill. 1981, *Bull. V.,* n°649. La solution est identique à propos des stages encadrés par la loi lorsque l''employeur a fait accomplir un véritable travail, Cass. Soc. 11 oct. 1990, *J.C.P.* 1991, 21 700, note H. BLAISE.

[1863] Voir supra n°143 et suiv.

[1864] C. BOYERSAUZE, *Le contrat de travail : vers un renouveau ?*, Thèse Lyon, 1996.

[1865] Infra n°531 et suiv.

et, d'autre part, de lever un voile d'hypocrisie face à l'échec relatif de ces dispositifs et à leur violation manifeste.

b) Pratiques

Le juriste est toujours réticent pour se pencher sur les pratiques. Les outils lui manquent et le souci de justesse scientifique invite nécessairement à la plus extrême prudence. Pourtant, ne fautil pas franchir le Rubicon ? La démarche prêtera à critique parce qu'elle est parcellaire, empirique. Toutefois, face au constat de l'éclatement des situations juridiques, entérinées par le législateur, quelques remarques doivent être formulées.

En premier lieu, il convient de s'intéresser aux acteurs et d'abord aux entreprises parce que se sontelles qui créent l'emploi. Or on constate, selon les dispositifs, que l'entreprise est souvent en retrait par rapport aux associations ou aux organismes publics dans l'offre de contrats de travail de type particulier. Il faut donc d'une part se demander pourquoi le secteur public peut générer du travail et le faire effectuer par des agents contractuels précaires ou même créer, par volonté politique, 750 000 véritables « emplois » d'une durée cinq ans. A rebours, si le monde de l'entreprise apparaît peu concerné, il faut aussi s'interroger sur le fait que pour les contrats initiativeemploi spécialement,[1866] à plus de 65% ces contrats sont des contrats à durée indéterminée à temps plein ! Serait ce que les entreprises ont besoin de maind'oeuvre ? A tout le moins et compte tenu de ces chiffres,[1867] on peut penser que des emplois sont effectivement pourvus par effet d'aubaine. Du côté des travailleurs bénéficiaires de ces contrats, il ne suffit pas, bien au contraire, de s'arrêter à leur seul nombre. En effet, les études menées marquent non seulement de très fortes disparités selon les catégories de population visées, voire une stagnation de certains groupes dans une sphère de précarité. Ainsi, par exemple, les actions visant les jeunes ont un effet manifestement positif par comparaison aux travailleurs plus âgés et certains contrats, comme le contrat emploisolidarité, conduisent à un effet de confinement de leurs bénéficiaires en institutionnalisant un salariat de second rang.[1868] Incontestablement, les effets positifs de tel ou tel dispositif se révèlent donc ambigus ; de la sorte les jeunes ont été et sont encore aidés mais le chômage n'a pas pour autant reculé, pire peut être, selon une étude récente de la D.A.R.E.S.,[1869] si la réduction du nombre de chômeurs au titre de ces politiques est chiffrée à 500 000, cela aurait pour contrepartie une baisse des emplois dans le secteur marchand, c'estàdire du secteur de l'entreprise réputé le plus dynamique et sur lequel on compte afin de créer des emplois !

1866 Dont plus de 66% sont signés dans entreprises de moins de dix salariés en RhôneAlpes. Source *ibid.*

1867 Source : Rapport de stage, « Les contrats aidés et les bénéficiaires du R.M.I. » MST1, IETL 1997, rédigé par Mme CHAPUIS, assistante sociale instructeur du R.M.I.

1868 Sur l''ensemble de cette question et les chiffres s''y rapportant, voir A.L. AUCOUTURIER, « Panels et évaluation des politiques de l''emploi », *La Documentation française*.

1869 D.A.R.E.S., « Quarante ans de politique de l''emploi », *La Documentation française*, 1996,

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

En second lieu, en reprenant l'idée exprimée par le doyen Carbonnier selon laquelle le contentieux n'est pas le droit. Le faible contentieux, propre à ces situations particulières de travail, n'exclurait pas le constat que les règles de droit sont bien ou mal appliquées. Néanmoins, face à des dispositifs qui créent ce que d'aucun appelle « des effets d'aubaine » à l'embauche, la question du détournement de la finalité de ces instruments des politiques publiques d'emploi doit être posée. En effet, comment ne pas subodorer que derrière la floraison des stages ou contrats de travail de type particulier ne sont pas pourvus de véritables emplois ? Des études syndicales mais aussi l'examen du budget du ministère du travail tentent à l'accréditer. Ainsi, il est relevé qu'en 1995, 650 000 contrats emploisolidarité avaient été « budgétés » parmi lesquels 250 000 auraient été conclus par l'administration.[1870] Or l'article L. 33247 alinéa 3 du Code du travail dispose expressément que « *les contrats emploisolidarité ne peuvent être conclus par les services de l'Etat* ». Qu'en estil aussi des stages en entreprise effectués pour des tâches de plus en plus qualifiées, qu'ils s'organisent ou non dans le cadre de conventions de stage et alors que les méthodes de sélection pour le stagiaire s'apparentent singulièrement de plus en plus à un recrutement[1871] ? Que penser lorsque dans l'année qui suit un plan social entraînant la suppression de 234 emplois, l'entreprise Framatome propose publiquement une offre de 300 stages ?[1872] Enfin quelles conclusions tirer d'une enquête interne à l'A.N.P.E. RhôneAlpes qui fait ressortir qu'en 1996 sur 9 058 contrats initiativeemploi signés dans le département du Rhône, 65.6 % le sont en majorité à la demande d'entreprises sous la forme de contrats à durée indéterminée et constater que moins de 2% de ces contrats comprennent un avenant formation, un tuteur étant désigné dans 0.5% des cas ![1873] Cette même étude fait ressortir que dans quatre cas sur dix l'employeur connaît le salarié engagé, que sans aides financières les contrats n'auraient pas été conclus et que seulement 10% des bénéficiaires de ces contrats étaient allocataires du R.M.I., les recrutements recherchant, par priorité, des personnes professionnellement qualifiées.

En conclusion, en dépit de ces observations parcellaires, on peut constater que, ces instruments de réinsertion sont aussi utilisés comme des outils des gestion de l'emploi permettant une adaptation quantitative et qualitative de la maind'oeuvre nécessaire aux besoins de l'entreprise. Ces pratiques accordent à l'employeur des instruments pour ajuster ses effectifs sans contrainte de procédures spécifiques et dans des délais réduits, l'article L. 122311 du Code du travail qui impose un délai d'attente entre deux contrats à durée déterminée ne s'applique pas, et se traduisent par un accroissement de la précarité des personnes au travail, la rémunération est souvent inférieur au S.I.M.C., le contrat est à durée limitée. La redéfinition autour d'un contrat d'emploi stable, auquel s'appliquent

1870 Source : *Le Monde* 26 octobre 1994 et 11 février 1995.

1871 Ainsi, un serveur Minitel (3615 Stageplus) est ouvert. Une radio du service public propose chaque semaine des offres de stages afin de réaliser des audits, des mises en service de réseaux et d''inciter ces stagiaires à envoyer leur C.V. ainsi qu''une lettre de motivation !

1872 Source : *Le Monde* 1er septembre 1993.

1873 Source : Rapport de stage MST1, précité.

des règles d'ordre public de gestion de l'emploi semble indispensable afin d'endiguer toutes les atteintes portées à la qualité de l'emploi. Mais ce dernier est aussi remis en cause dans sa quantité.

Paragraphe II : Le temps partiel, atteinte quantitative à l'emploi

Conformément à la définition légale de l'emploi, on a pu affirmer que la permanence est le critère objectif de la qualification « emploi ». D'autres auteurs ont remarqué que la catégorie « contrat atypique » repose sur la durée limitée du contrat.[1874] Tel n'est pas spécifiquement le cas du temps partiel même si le contrat à durée déterminée peut supporter une quantité réduite de temps de travail. En effet, si le travail à temps partiel est classé parmi les contrats atypiques c'est parce que le temps de travail dans le contrat est limité.[1875]

Ainsi, si l'on admet que la permanence est un attribut de l'emploi (caractère qualitatif), il apparaît que le temps complet de travail serait un élément de la construction du paradigme de l'emploi (caractère quantitatif).[1876] Cette remarque ne précise cependant pas en quoi l'idée de temps partiel remet en cause l'emploi, en tout cas du statut qu'il porte, et donc en quoi il altère l'idée de protection de l'emploi. Ainsi, Monsieur Gaudu fait remarquer que si l'idée d'atteinte à l'emploi peut se justifier par la précarité économique liée à une rémunération nécessairement moins importante ou bien par une moindre intégration à la collectivité de travail, il observe que sur le terrain où la notion de précarité de l'emploi trouve un sens juridique, celui du droit à la poursuite de l'exécution d'un contrat successif, cette situation de temps partiel n'est pas plus précaire que celle du salarié à temps plein.[1877] La précarité ne trouve pas, non plus, d'expression directe dans une approche plus étroite de l'emploi au regard des conséquences de droit induites. Le temps partiel ne révèle pas, *a priori*, d'atteinte au statut de l'emploi. En effet, le régime

1874 J. PELISSIER, « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.* 1985, 531.

1875 La notion d''horaire à temps partiel ou de salarié à temps partiel doit s''apprécier soit par rapport à l''horaire hebdomadaire de travail dans l''entreprise (pour la qualification horaire à temps partiel), la qualité de salarié à temps partiel s''appréciant, quant à elle, sur un cadre plus large, le mois ou bien l''année. Le Code du travail donne en effet deux définitions ; l''une concerne les horaires à temps partiel, l''autre les salariés à temps partiel. Aux termes de l''article L. 21242 « *sont considérés comme horaires à temps partiel les horaires inférieurs d' ' au moins un cinquième à la durée légale du travail ou à la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l' ' entreprise*. Sont considérés comme salariés à temps partiel les salariés dont la durée de travail mensuelle est inférieure d''au moins un cinquième à celle qui résulte de l''application, sur cette même période, de la durée légale du travail ou de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l''entreprise. Sont également considérés comme salariés à temps partiel les salariés occupés selon une alternance de périodes travaillées et non travaillées dont la durée de travail annuelle est inférieure d''au moins un cinquième à celle qui résulte de l''application sur cette même période de la durée légale du travail ou de la durée du travail fixée conventionnellement pour la branche ou l''entreprise diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux ou conventionnels. »

1876 Notamment H. PUEL, « Il y a emploi et emploi », *Travail et Emploi* n°44, p. 17 ; supra n°64 et suiv.

1877 F. GAUDU, *L' ' emploi dans l' ' entreprise privée, essai d' ' une théorie juridique*, Thèse 1986, n°174 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

juridique du temps partiel semble fondé sur un principe de strict proportionnalité des droits, n'évinçant pas, de surcroît, le régime protecteur né de la remise en cause de l'emploi. Pourtant, une étude attentive du dispositif tend à mettre en évidence quelques brèches confirmant l'idée de précarité attachée à cette forme de travail et révélant surtout des obligations plus contraignantes, marques d'une flexibilité accrue.[1878] Liminairement, un rapide aperçu de la situation du temps partiel se montre d'un intérêt particulier pour mesurer la portée de cette forme de dégradation de l'emploi.

1 Situation et évolution du temps partiel

La situation du temps partiel dans la relation de travail doit être appréciée à l'aune de l'évolution de la législation et des finalités qui ont porté les modifications successives marquant, en cela, avec le développement du contrat précaire, l'un des traits essentiels de la recomposition de la relation de travail construite autour de l'emploi. Ainsi, avant toute législation spécifique, le travail à temps partiel était perçu comme une modalité particulière d'exécution du travail protégé pour les travailleurs handicapés.[1879] C'est la loi du 27 décembre 1973, relative à l'amélioration des conditions de travail (article 17), qui a introduit un régime juridique propre d'aménagement des horaires réduits de travail applicable aux seuls salariés qui en feraient la demande. Mais il semble que dès la mise en place de ce système la doctrine ait vu dans la réduction de la durée de la prestation de travail un régime défavorable au salarié.[1880] Toutefois, n'ayant pas acquis d'autonomie particulière, le temps partiel ne présentait guère d'intérêt pour le chef d'entreprise, tout au contraire, et à titre d'exemple, le travailleur à temps partiel était pris en compte dans l'effectif de l'entreprise pour une unité. Aussi, la loi n°8164 du 28 janvier 1981 a tenté de supprimer ces obstacles au développement de cette forme de travail. C'est l'ordonnance du 26 mars 1982 qui a véritablement organisé le régime juridique du temps partiel. Mais alors, ce sont les syndicats qui se sont montrés réticents à son expansion notamment parce que le régime mis en place n'assurait pas, de plein droit, un retour du salarié dans un emploi à temps plein.[1881] La doctrine soulignait néanmoins le caractère avantageux de cette forme de travail qui devrait permettre de combiner une activité professionnelle, des études, les tâches ménagères ou un passage progressif à la retraite.[1882] A cet égard, l'intégration du dispositif dans une section intitulée temps choisi apparaît significative.[1883]

[1878] La loi n°98461 du 13 juin 1998, relative à la réduction du temps de travail tente d'en réduire les effets. Spécialement articles 10 et suiv.

[1879] Article L. 3239 ancien. Voir article L. 32329 du Code du travail. A. JEAMMAUD, « Handicap et emploi du salarié », *Dr. Soc.* 1988, 71.

[1880] En ce sens, Précis Dalloz, Droit du travail, 7ème éd. 1975, n°193bis.

[1881] P. HOFMAN (juriste au service confédéral de F.O.), « Choisir et/ou partager le temps de travail. Une illusion en forme de dogme », *Dr. Soc.* 1983, 458. Il a aussi été remarqué que les syndicats de leur côté n''étaient guère favorables au temps partiel parce que c''était admettre que des gens puissent préférer travailler moins et donc gagner moins. Les revendications de salaire y auraient perdu de leur légitimité. Une forme de complicité objective se serait ainsi établie avec le patronat, selon A. GORZ, in *Métamorphoses du travail. Quête du sens*, Galilée, 1988, page 147.

Ce n'est que plus tard, que le temps partiel sera définitivement classé dans la catégorie des situations atypiques voire précaires de travail.[1884] Depuis d'autres textes ont aménagé le régime du temps partiel mais ce sont, sans doute, la mise en place du temps partiel annualisé (loi du 20 décembre 1993) et l'octroi d'exonérations par l'Etat en cas d'embauches de salariés à temps partiel ou de transformation de postes de travail à temps plein en temps partiel (loi du 31 décembre 1992),[1885] qui ont confirmé le caractère atypique de cette forme de travail. La loi du 13 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail tente d'en atténuer certaines manifestations.

Plus précisément, cette évolution du régime du temps partiel imprime à ce dispositif la marque de l'instrumentalisation des règles de droit au titre des politiques d'emploi. Effectivement, le temps partiel est présenté comme un moyen de partage du travail. Cette approche inspire très nettement la loi du 31 décembre 1992, et n'est pas, en réalité novatrice. L'idée du partage du travail s'était déjà manifestée au travers de mesures reposant sur le postulat qu'à défaut d'un nombre suffisant d'emplois disponibles pour occuper la population active, les plus âgés doivent libérer les postes de travail.[1886] A cet égard, l'accord national interprofessionnel du 13 juin 1977 apparaît significatif, l'idée d'indemnisation cède le pas à celle d'incitation à libérer un poste de travail. Selon son préambule, « les parties signataires sont convenues dans le but de contribuer à l'amélioration de la situation de l'emploi dans la conjoncture actuelle, d'ouvrir aux salariés, pendant une période temporaire, la possibilité de demander volontairement le bénéfice de la garantie de ressources institué par l'accord du 27 mars 1972. Les parties signataires attendent de cette mesure la libération d'emplois permettant l'engagement de nombreux demandeurs d'emplois. » Ce dispositif est aujourd'hui présent dans l'article L. 3224 3° du Code du travail qui ouvre la possibilité de transformer l'emploi à temps plein d'un salarié menacé d'un licenciement pour motif économique en emploi à mitemps. Cependant, cette idée de partage du travail, on peut même dire ici de l'emploi, ne doit pas non plus occulter du côté de l'entreprise l'effet important de diminution de la masse salariale, en offrant aussi une solution positive dans la transmission du savoirfaire lorsque l'entreprise entend « remodeler » sa pyramide des âges.

Enfin, il faut souligner l'essor constant du travail à temps partiel dans les relations de travail pour lesquelles le contrat à durée déterminée, le travail temporaire, les contrats de travail de type particulier et le temps partiel, perçus comme des formes de précarité,

1882 *Précis Dalloz*, Droit du travail, 12ème éd., 1984.

1883 Il faut aussi se souvenir qu''à l''époque, le premier gouvernement Mauroy comptait un ministère du temps libre.

1884 J. PELISSIER, « La relation atypique de travail », *Dr. Soc.* 1985, 531 ; A. JEAMMAUD, « L''emploi périphérique », in les sans emplois et la loi, Calligrammes 1988 ; G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, Droit du travail, 17ème éd., Dalloz 1994, n°187 et suiv.

1885 Article L. 32212 du Code du travail.

1886 A. BOUILLOUX, *L' ' âge du salarié*, Thèse Lyon, 1993, n°180 et suiv. ; Voir *Le Monde Initiatives* 1er juillet 1992, L''ancienneté ou la modernité ?

deviennent des composantes permanentes du marché du travail. Ainsi, selon l'I.N.S.E.E., depuis dix ans le temps partiel a non seulement contribué à augmenter « l'emploi » offert mais a également contribué depuis 1983 à une baisse en volume global de la durée annuelle du travail.[1887] L'évolution du nombre de salariés à temps partiel est éloquente : en 1971, 729 800 salariés étaient occupés à temps partiel, ils étaient 2.4 millions en 1992, 2.9 millions en 1994 et 3.2 millions en 1996, représentant 15.4% du nombre des salariés. Mais ces chiffres ne révèlent pas la pratique du temps partiel fortement marqué, d'une part, par sa féminisation, 84% des travailleurs à temps partiel sont des femmes et, d'autre part, par une concentration de cette forme de travail autour d'emplois peu qualifiés du secteur tertiaire.[1888]

Les commentaires que ces chiffres appellent, conduisent à deux constats. En premier lieu, cette évolution forte du nombre de salariés à temps partiel semble s'inscrire désormais comme un élément structurel du marché du travail que les incitations financières stimulent. Mais elle révèle, en second lieu, que le temps partiel n'est pas un temps choisi ou du moins fort peu à l'initiative du travailleur. Ainsi, le temps partiel est un temps contraint qui s'inscrit dans la recherche d'une forme de gestion flexible de la maind'oeuvre.[1889] Autrement dit, le chef d'entreprise en fait un mode d'organisation interne de la structure de l'entreprise, en témoigne la création d'emplois à temps partiel qui selon une expertise permet, grâce aux exonérations diverses, un abaissement de 15.5% du coût du travail.[1890] Malgré le principe de proportionnalité des droits, le temps partiel, en droit comme en fait, altère la protection attachée à l'emploi.

2 De l'égalité juridique formelle à une inégalité de fait

Résultant des dispositions de l'article L. 21242 du Code du travail, un principe d'égalité des droits entre le salarié à temps complet et le salarié à temps partiel est posé.[1891] Une telle solution s'impose en effet, dans la mesure où, en dehors de la durée du travail, tous

1887 Source : I.N.S.E.E. première n°237, déc. 1992. Selon cette étude entre 1973 et 1983, la durée annuelle effective de travail a diminué de 212 heures, passant de 1771 à 1559 heures (elle était 3000 heures en 1830, *Le temps de travail*, Futuribles, Syros). Entre 1983 et 1992, la baisse n''a été que de 36 heures dont 1 heure serait due directement au temps partiel. F. FAVENNECHERY, *Le travail à temps partiel*, Litec, 1997.

1888 Sources : *Le Monde* du 18 juin 1996 ; *Le Monde* 8 janvier 1997 ; document I.N.S.E.E. précité qui constate que dans moins de 8% des cas les emplois occupés sont des emplois de cadres. Voir également, M. MARUANI et C. NICOLE, *Au labeur des dames, métiers masculins, emplois féminins*, Syros Alternatives, 1989.

1889 G. CETTE et D. TADDEI, *Temps de travail modes d' ' emplois*, La découverte, 1994. Sur 3.2 millions de salariés à temps partiel, 1.2 millions souhaitent travailler plus et 500 000 recherchent un nouvel emploi, selon une enquête du Monde, *Le Monde* du 18 mai 1996.

1890 Source : *Le Monde* 18 mai 1996.

1891 Article L. 21242 alinéa 9 du Code du travail qui dispose que « les salariés employés à temps partiel bénéficient des droits reconnus aux salariés à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d''entreprise ou d''établissement sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif. »

les éléments de la relation de travail demeurent commun. De même, si les salariés à temps partiel bénéficient du statut collectif applicable dans l'entreprise, la loi permet cependant que les conventions ou accords collectifs pour les droits qu'ils instituent puissent en faire dépendre l'application de conditions particulières.[1892] Les conventions peuvent licitement restreindre les droits qu'elles instituent ; mais une clause doit expressément en faire état, à défaut c'est le principe d'égalité qui s'applique.[1893]

Cependant, si le régime du contrat de travail à temps partiel semble respecter le principe de choix du salarié, il faut souligner une évolution qui impose le temps partiel comme un instrument de protection de l'emploi dès lors qu'il est posé comme une alternative au licenciement. L'aggravation certaine des sujétions liées à cette forme de travail justifie que le temps partiel soit présenté comme une remise en cause de la notion d'emploi.

a) Du temps choisi à un temps subi

Effectivement codifié sous la rubrique « temps choisi », le temps partiel apparaît comme une modalité d'exécution du contrat de travail librement choisi par le salarié. Tel était au moins l'esprit de l'ordonnance du 26 mars 1982, fondé essentiellement sur le volontariat. Ainsi, l'article L. 21242 alinéa 8 dispose que « *le refus par un salarié d'effectuer un travail à temps partiel ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement*. » Cette liberté de choix ne doit cependant pas être assimilée à un droit de passage au temps partiel. En effet, à l'exception de l'article L. 122281 du Code du travail qui prévoit expressément que les salariés peuvent, après la naissance ou l'adoption d'un enfant, exiger la transformation provisoire de leur contrat de travail à temps plein en contrat de travail à temps partiel, la mise en place du temps partiel reste de la décision de l'employeur. Il en demeure l'initiateur et marque là une prérogative de gestion de l'organisation de l'entreprise et pas même la faculté ouverte par l'alinéa 1 de l'article L. 21242 n'impose au chef d'entreprise d'organiser le travail à temps partiel, la loi renvoyant d'ailleurs aux conventions collectives de branche ou aux accord étendus pour leur pratique.[1894]

Sur le plan de l'analyse juridique, le passage du contrat de travail à temps plein à un temps partiel s'analyse en une modification du contrat que l'employeur, sans l'accord du salarié, ne peut pas imposer. Toutefois, à l'esprit de l'ordonnance de 1982 qui faisait du temps partiel un « confort », s'est substituée l'idée que cette réduction de la durée du temps de travail est aussi un véritable instrument de gestion de l'emploi, souvent présenté comme un recours possible, sinon ultime, à la réorganisation de l'entreprise et de son corollaire de suppressions d'emplois.[1895] D'un temps choisi, le temps partiel devient un

[1892] Cass. Soc. 9 avril 1996, *C.S.B.P* 1996, A. 44, pour un décompte d''ancienneté. Cass. Soc. 26 fév. 1997, *R.J.S.* 4/97, n°492. Les salariés à temps partiel doivent bénéficier proportionnellement des primes de vacances et de fin d''année prévues par un accord d''entreprise, en l''absence dans celuici de dispositions plus favorables accordant la prime entière aux salariés à temps partiel.

[1893] Cass. Soc. 4 fév. 1987, *Dr. Soc.* 1988, 446.

[1894] Article L. 21245 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

temps subi.[1896] Dès lors, qu'en estil du refus du salarié, qui ne peut pas constituer un motif de licenciement ? En effet, il faut ici tenir compte non seulement de la modification du contrat de travail mais encore du contexte c'estàdire des difficultés économiques qui amènent l'employeur à la proposition du temps partiel. En effet, s'il apparaît bien que le refus du passage à temps partiel ne constitue pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement, la portée de ce principe est largement atténuée lorsque la cause de la proposition s'inscrit dans une décision de remise en cause de l'emploi. En somme, la proposition de passage à temps partiel est absorbée par sa cause première et déterminante. C'est ce qu'a jugé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 juin 1992.[1897] Selon la juridiction, lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques le salarié peut être licencié non pas parce qu'il refuse le passage au temps partiel mais parce que la situation économique constitue, sous contrôle du juge, un motif réel et sérieux de suppression d'emploi. Cette solution en apparence contradictoire avec l'alinéa 7 de l'article L. 21242 précité est néanmoins logique, tout n'étant en réalité qu'ordre de présentation pour l'employeur, celuici trouvant la cause du licenciement dans les raisons qui ont motivées l'offre de temps partiel, sans qu'il puisse être avancé de fraude aux droits du salarié.

La portée de l'interdiction est finalement limitée aux seules offres de passage à temps partiel lorsque l'entreprise ne connaît pas de difficultés économiques et ne doit pas être confondue avec une réduction collective de la durée du travail pour peu qu'elle soit dans la mesure d'un horaire à temps partiel. Effectivement, c'est un problème de qualification juridique qui est alors posé parce que le temps partiel s'apprécie par rapport à un horaire collectif et est une mesure à caractère individuel. Or dans cette hypothèse, le passage au temps partiel n'est pas différent d'un accord de réduction de la durée du travail, qui a pour effet d'abaisser la référence mais non pas de qualifier « temps partiel » la durée obtenue.[1898] C'est donc le régime juridique relatif à l'application d'un accord d'entreprise qui est mis en oeuvre et non pas les dispositions propres au temps partiel. Ainsi, en raison de l'application d'un accord collectif, le salarié ne peut pas, en principe, opposer une modification de son contrat.[1899] Cependant, la réduction de la durée du travail s'accompagne le plus souvent d'une réduction corrélative, proportionnelle ou non, de la rémunération versée en contrepartie du travail remettant en cause l'équilibre initial du contrat si l'on admet que le montant du salaire est effectivement un élément contractuel

[1895] Ainsi, la mise en oeuvre de l''article L. 3224 5° du Code du travail ou de l''article L. 32212 apparaît comme un instrument de maintien de l''emploi.

[1896] Déjà en ce sens, J. PELISSIER, « Travail à temps partiel, travail à temps choisi », *éd. légis. et adm.*, 1984, p. 7.

[1897] Cass. Soc. 30 juin 1992, *R.J.S.* 89/92, n°962. L''arrêt n''est pas publié au Bulletin.

[1898] En ce sens, F. FAVENNECHERY, « Le travail à temps partiel », *Dr. Soc.* 1994, 165. Cette hypothèse est celle des premiers accords conclus dans le cadre de la loi du 13 juin 1998 en attendant une nouvelle définition du travail à temps partiel.

[1899] Sauf s'il est constaté que chacun des salariés avait été engagé pour 39 heures, Cass. Soc., 14 fév. 1996, pourvoi n°9242.880 « SAGEM ».

par nature.[1900]

Malgré les voeux des syndicats, le législateur n'a pas entériné la faculté de retour de plein droit à un temps complet, elle eut d'ailleurs été difficilement applicable. En effet, un passage à temps partiel modifie le schéma d'organisation de l'entreprise par transformation de l'emploi. Un emploi à temps partiel n'est pas la moitié d'un emploi à temps complet, pas plus que deux contrats à temps partiel sur un même poste de travail ne sont équivalents à un emploi à temps complet. Dans cette dernière hypothèse, l'exercice d'un droit de retour automatique d'un salarié à temps partiel à un temps plein entraînerait la suppression de l'autre temps partiel. Aussi, le salarié ne peut pas imposer à l'employeur de revenir à sa situation antérieure de temps complet.[1901] C'est donc un système de priorité qui a été retenu par le législateur.[1902]

Ainsi, le salarié qui souhaite reprendre un emploi à temps complet doit en faire la demande à l'employeur, celuici ayant l'obligation de communiquer la liste des emplois disponibles correspondant à la qualification professionnelle du salarié. Cette forme de retour dans l'emploi est spécifique parce qu'elle concerne un contrat de travail en cours d'exécution. Pour autant elle ne peut être assimilée au droit de retour dans l'emploi précédemment occupé. Si le retour peut être mis en oeuvre, ce sera dans un emploi équivalent.[1903] Saisi d'une demande de retour à un temps complet, il semble donc que l'employeur n'ait pas obligation de modifier l'organisation de l'entreprise afin de répondre à la sollicitation, il conserve la maîtrise de la gestion de l'emploi. C'est ce qu'il faut comprendre de la loi et de la jurisprudence. L'employeur ne peut être sanctionné pour la violation de cette obligation que pour autant qu'il refuse d'offrir au salarié un emploi vacant correspondant à sa qualification professionnelle.[1904]

Même si le contrat à temps partiel peut licitement être un contrat à durée déterminée,[1905] il faut remarquer que la nature de ce contrat n'est pas la plus appropriée,

[1900] Supra n°192 et suiv. et n°432 et suiv'. Cass. Soc. 28 janv. 1998, *Liaisons Sociales* 1998, n°7814 ; 3 mars 1998, *Liaisons Sociales* n°7841. G. COUTURIER, « La rémunération élément du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1998, 523.

[1901] Cass. Soc. 2 juill. 1987, *Bull. V.,* n°449, *Dr. Soc.* 445, obs. J. SAVATIER.

[1902] Article L. 21245 al. 1 du Code du travail.

[1903] Sur la notion d''emploi similaire, supra n°261 et suiv.

[1904] Cass. Soc. 29 mars 1995, *Bull. V.,* n°116, « Vu l''article L. 21245 du Code du travail dans sa rédaction alors applicable ; Attendu qu''aux termes de cet article, les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou à défaut dans la même entreprise ont priorité pour l''attribution d''un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d''un emploi équivalent ;Attendu que, pour rejeter la demande de la salariée en paiement de dommagesintérêts pour nonrespect de la priorité d''emploi prévue par ce texte, la cour d''appel a énoncé que le texte susvisé n''imposait pas à l''employeur de faire droit à la demande de tout salarié ayant fait acte de candidature ; Qu''en statuant ainsi, alors que l''employeur avait l''obligation d''accéder à la demande de la salariée dès l''instant qu''elle remplissait les conditions prévues à l''article L. 21245 du Code du travail pour occuper le poste, la cour d''appel a violé ce texte ; »

[1905] Tel est expressément le cas pour le contrat emploisolidarité, article L. 32248 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

on pense ici au surcroît d'activité, ni encouragé par les pouvoirs publics au travers des diverses exonérations, le passage au temps partiel requérant, sauf dans le cadre d'un plan social, un maintien en volume des heures de travail dans l'entreprise.[1906] En conséquence, le travail à temps partiel entre dans le « statut » de l'emploi et bénéficie d'un régime de protection lorsque l'emploi est remis en cause. Toutefois, l'altération quantitative portée à l'emploi ramène cette situation juridique d'emploi dans la sphère des situations atypiques. Le contrat de travail à temps partiel est un instrument mis au service de la flexibilité de gestion de l'emploi introduisant une forme de sousemploi[1907] constitutive d'une sousprotection.

b) Aggravation des obligations attachées à l'occupation d'un emploi à temps partiel

La permanence de l'emploi n'est pas la permanence au travail. Le temps partiel apparaît comme un outil permettant de flexibiliser l'utilisation de la force de travail mise à disposition. Il faut ainsi souligner que c'est l'organisation du travail dans l'entreprise qui impose le temps partiel, c'est un temps construit autour des embauches ou des transformations d'emplois. Si la construction de l'emploi autour de la permanence n'est ici pas discutée c'est l'altération quantitative du temps du travail qui fait du temps partiel une forme dégradée d'emploi. La question qui se pose alors est de savoir si cette dégradation modifie les obligations nées de l'occupation d'un emploi à temps complet. *A priori*, la réduction du temps de travail si elle affecte la durée du travail ne modifie point les conditions de son exécution. Or, depuis les lois du 31 décembre 1992 et du 20 décembre 1993, le contrat de travail à temps partiel dans ses modalités d'exécution tente d'enserrer le salarié dans sa fonction. Le recours à la technique contractuelle ouvre à l'employeur une souplesse de gestion et accentue la subordination du salarié, car l'absence de rattachement permanent à l'entreprise rend plus difficile la coordination et le commandement. En outre, on peut se demander si le régime juridique applicable au temps partiel ne porte pas atteinte à la liberté du travail.

b1 : Contractualisation du temps partiel

De nature individuelle le passage au temps partiel emprunte la voie du contrat. Au niveau collectif, la seule obligation qui pèse sur l'employeur est de consulter le comité d'entreprise qui émet un avis, transmis à l'inspecteur du travail[1908] ; mais cet avis ne limite en rien le pouvoir de l'employeur. La solution est ici traditionnelle, elle fut instaurée par le

[1906] Notamment, article L. 32212 alinéa 2 du Code du travail. Les compensations en embauches doivent s''effectuer par contrats à durée indéterminée.

[1907] A. JEAMMAUD, « L''emploi périphérique », in Les sansemploi et la loi, hier et aujourd''hui, Actes de Colloque, Nantes juin 1987, Calligrammes, 1988.

[1908] Article L. 21246 al. 6 du Code du travail. La non consultation des institutions représentatives du personnel est constitutive d''entrave à leur fonctionnement. En outre chaque année, un bilan du temps partiel doit être présenté au comité d''entreprise et aux délégués syndicaux. Voir aussi article L. 21245 du Code du travail à propos des abattements de cotisations patronales.

législateur en 1982. Par ailleurs, en 1986 une ordonnance[1909] avait introduit en marge du temps partiel, le contrat de travail intermittent, contrat à durée indéterminée contenant une durée annuelle minimale de travail avec une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. Marque d'une flexibilisation de la maind'oeuvre, le contrat de travail intermittent était néanmoins subordonné à des exigences rigoureuses. Notamment, la conclusion de ces contrats devait être prévue par une convention collective étendue, ou d'entreprise n'ayant pas fait l'objet d'une opposition.[1910] De plus, la conclusion du contrat ne pouvait concerner que des emplois permanents qui par nature comportaient une alternance de périodes de travail et de non travail. Fondés sur des critères qualitatifs précis, l'intermittence et le temps partiel ne pouvaient pas être confondus. Or, depuis la loi quinquennale du 20 décembre 1993, l'intermittence est devenue une variante du temps partiel écartant tout encadrement conventionnel collectif du recours.[1911] C'est le contrat de travail qui en fixe les modalités.

Cette contractualisation du travail à temps partiel doit cependant faire l'objet d'un contrat écrit. Mais partant de l'idée que le contrat de travail à temps partiel n'est pas un contrat atypique, c'estàdire précaire comme le sont surtout les contrats à durée déterminée, l'exigence de l'écrit est une exigence a minima. En effet, l'écrit n'est pas en ce domaine une condition de validité du contrat, celleci étant limitée à la nature juridique des situations d'emploi.[1912] En conséquence, en l'absence d'écrit matérialisant la durée partielle du travail, le contrat est présumé être à temps plein. Il s'agit d'une présomption simple et non d'une présomption irréfragable ; l'employeur peut donc apporter la preuve que le contrat s'exécutait bien sur la base d'un temps partiel.[1913] Cette solution légale tend

[1909] Ordonnance n°86948 du 11 août 1986. Ce qui ne signifiait pas que le travail intermittent n''existât point. J. PELISSIER, « La licéité du travail intermittent ? », in Le temps de travail, *éd. lég. adm.* 1985, p. 147. J. PELISSIER, « Le travail intermittent », *Dr. Soc.* 1987, 93.

[1910] Ancien article L. 21248 du Code du travail.

[1911] Le contrat de travail à temps partiel annualisé n''est pas subordonné à la conclusion d''un accord collectif. Comp. Rapport J. MARIMBERT, « Situation et perspective du travail à temps partiel », *La Documentation Française,* 1992. Le Conseil d''Etat a précisé que l''annualisation du temps partiel n''était pas limité à des emplois intermittents par nature, tous les emplois peuvent être concernés : C. Et. 9 fév. 1996, *R.J.S.* 4/96, n°412, *adde* Circ. DRT du 21 avril 1996, *J.C.P.* éd. E., 1996, III, 67988.

[1912] Supra n°101 et suiv.

[1913] Cass. Soc. 19 déc. 1991, *R.J.S.* 2/92, n°209 ; Cass. Soc. 14 mai 1987, *Dr. Soc.* 1988, 444, obs. J. SAVATIER ; 25 oct. 1990, *C.S.B.P* 1990, A. 62. Dans le même sens, C.A. Agen, 13 sept. 1994, *Dr. Ouv.* 1995, p. 393, contra, C.A. Dijon, 12 oct. 1993, *R.J.S.* 3/94, n°358. L''employeur engage sa responsabilité civile mais le contrat n''est pas nul, C.A. Versailles, 27 fév. 1995 ; *R.J.S.* 5/95, n°621. Cass. Soc. 29 janv. 1997, Bulletin trimestriel n°37 de droit du travail, n°27, *R.J.S.* 3/97, n°343, il appartient à l''employeur qui se prévaut d''un contrat de travail à temps partiel de rapporter la preuve, non seulement de la durée exacte de travail convenue, mais également de sa répartition sur la semaine ou le mois. Dans cette espèce, la Cour de cassation fait implicitement application du principe selon lequel est un temps de travail effectif toute période pendant laquelle le salarié reste à la disposition de l''employeur pour participer à l''activité de l''entreprise ; en l''occurrence un ambulancier dont la durée hebdomadaire de travail était de 19 heures mais dont l''occupation dans la journée dépendait des besoins de l''entreprise. L''absence d''écrit est aussi pénalement sanctionnée, article R. 26131.

à faire de l'écrit une formalité secondaire alors que les conditions d'exécution du travail apparaissent substantielles notamment quant à la répartition des périodes travaillées. Mais il faut remarquer que l'employeur a tout à perdre dans le défaut d'écrit. Au contraire, par un jeu habile de clauses, il accroît la subordination du salarié. A situation juridique par principe égale en droit, la dégradation quantitative de l'emploi décuple les sujétions.

b2 : Accroissement des sujétions du travailleur à temps partiel

C'est effectivement dans son exécution que le contrat de travail à temps partiel se manifeste être un outil de flexibilité pour l'employeur, au détriment du salarié. Ainsi, non sans paradoxe, une rédaction minutieuse du contrat permet à l'employeur d'étendre l'indétermination des obligations et donc de renforcer les sujétions liées à son exécution. La répartition de la durée du travail et la réserve d'heures complémentaires en sont les expressions les plus apparentes. Concernant, en premier lieu, la répartition du travail, il est manifeste que plus la durée de référence est longue (mois ou année), plus la variabilité de cette répartition est importante. En vertu de l'article L. 21243 alinéa 3, le contrat doit préciser la répartition du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, le cas échéant entre les périodes travaillées et les périodes non travaillées lorsque le temps partiel est annualisé. Pratiquement, et parce que le législateur n'a pas fixé de seuil minimum de travail, cela peut conduire à un morcellement de la journée.[1914] Il n'est pas rare dans certains secteurs d'activité, commerce de détail, grande distribution ou restauration, que des salariés soient contraints de travailler de six heures à neuf heures puis de quinze à dixneuf heures, voire par séquence de deux heures. De même, lorsque la répartition du travail est faite à la semaine, sans précision du nombre d'heures travaillées par jour, l'employeur est en droit de modifier cette distribution pourvu qu'il ne modifie pas le nombre d'heures travaillées dans la semaine. Seule une clause spécifique du contrat pourrait interdire cette pratique ; mais le silence pour l'employeur est d'or. Les exemples en ce domaine abondent.[1915] Favorisant la gestion de l'emploi par cette répartition des heures de travail en fonction des pointes d'activité, le contrat peut également stipuler une modification de la répartition initiale des périodes de travail. On comprend là le soin à porter à la rédaction du contrat. En effet, l'article L. 21243 alinéa 4 autorise l'insertion d'une clause qui permet à l'employeur de modifier unilatéralement la répartition du temps travaillé moyennant un délai de prévenance de sept jours.[1916] L'employeur peut de cette façon faire travailler le salarié à sa convenance, sans que celuici puisse refuser sans commettre une faute.

En deuxième lieu, la durée du travail peut être augmentée par le jeu des heures

[1914] Certaines conventions collectives fixent des minima. La loi du 13 juin 1998 relative à la réduction du temps de travail a remodelé le régime juridique du travail à temps partiel. Ainsi, l'article 10 IV de la loi dispose que « *les horaires de travail des salariés à temps partiel ne peuvent comporter, au cours d'une même journée, plus d'une interruption d'activité ou une interruption supérieure à deux heures, que si une convention ou un accord collectif de branche étendus (…).* » Ces pratiques devraient avoir tendance à reculer.

[1915] Voir *Alternatives Economiques*, n°128, p. 40.

[1916] Il peut être porté à trois jours si une convention ou un accord étendu l''autorise.

complémentaires. En effet, le contrat de travail doit fixer un horaire de base élément substantiel du contrat qui ne peut pas être modifié sans l'accord du salarié. Mais l'employeur peut également préciser dans le contrat qu'il entend se réserver un volume d'heures, dites heures complémentaires, qui ne peuvent toutefois pas ramener la durée du travail à la durée applicable dans l'entreprise (légale ou conventionnelle), ni être supérieure à un dixième de l'horaire de base contractuellement fixé.[1917] Toutefois, en respectant ces limites l'employeur peut occuper le salarié sans que celuici puisse refuser sans commettre une faute et sans ouvrir droit, à l'instar des heures supplémentaires, à une majoration de salaire. Ce sont des heures normales.[1918] Le régime d'exécution du contrat de travail à temps partiel élargit de façon importante les sujétions dans la mise à disposition de la force de travail du salarié sans que celuici n'ait d'avantages, si ce n'est celui d'occuper un emploi. Des enquêtes le montrent, le temps partiel est effectivement pour le salarié un temps subi, certains d'entre eux recherchant une activité complémentaire, la rémunération étant aussi partielle.

b3 : Atteinte à la liberté du travail

Le partage du travail est parfois érigé en dogme,[1919] il trouve dans le temps partiel un instrument de redistribution de l'emploi. La question n'est pas de discuter de sa pertinence ou de son efficacité.[1920] Tout au plus, on se contentera de souligner que le passage au temps partiel n'est que rarement choisi par le salarié, il devient de plus en plus une alternative à la perte de l'emploi sans véritable contrepartie, la garantie d'emploi qui peut être attachée est très relative[1921] et le salarié perd proportionnellement une partie de sa rémunération. S'il y a des aides à l'embauche ou des exonérations, il n'y a pas d'indemnisation de la perte de rémunération. Conséquemment, un autre emploi est parfois recherché. L'équation pratique paraît simple, le cumul de deux emplois à temps partiel équivaut pour le salarié à la rémunération d'un temps plein. Juridiquement

1917 Article 10 II, loi du 13 juin 1998 : « *Lorsque, pendant une période de douze semaines consécutives, l'horaire moyen réellement effectué par un salarié a dépassé de deux heures au moins par semaine, ou de l'équivalent mensuel ou annuel de cette durée, l'horaire prévu dans son contrat, celuici est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé, en ajoutant à l'horaire antérieurement fixé la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement effectué.* »

1918 Cass. Soc. 19 mars 1987, *Bull. V.,* n°177.

1919 G. AZNAR. *Travailler moins pour travailler tous*, Syros, 1993. Du même auteur, *Emploi la grande mutation, Hachette Questions de société*, 1996. L''idée de partage du travail est aussi une idée de solidarité et de fraternité dont est (était ?) porteur le monde ouvrier conduisant à un partage équitable des emplois. Mais n''est il pas fâcheux de faire partager à ceux qui n''ont que le nécessaire ? Un gâteau seraitil plus difficile à partager qu''une part de ce gâteau ? Voir infra n°551 et suiv.

1920 On observera, néanmoins, que les créations d''emplois ne profitent pas entièrement aux chômeurs. Ainsi, et à titre d''exemple, lorsqu''un restaurant Mac Donald recrute pour des emplois à temps partiel, ce sont des étudiants qui sont embauchés. Cela renforce l''idée que l''emploi n''est qu''une construction de l''entreprise, au travers de son activité et des effectifs qui y sont attachés, maîtrisée par le chef d''entreprise.

1921 Supra n°432 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

possible, la pratique de la pluriactivité subordonnée apparaît illusoire,[1922] les conditions du travail à temps partiel la rendant de fait impossible.

La liberté du travail consiste pour l'individu à travailler ou à ne pas travailler et dans l'entreprise aucune atteinte ne peut être portée à cette liberté sauf dans le but de protéger un intérêt légitime.[1923] Ce principe posé renvoie à celui de la liberté de la pluriactivité qui si elle s'exerce dans le cadre de l'emploi doit être analysé en terme de cumul.[1924] En effet, si aucun texte légal ne pose une interdiction de principe au cumul d'emplois, la loi en limite la pratique. L'article L. 3242 du Code du travail interdit à un salarié des professions industrielles, commerciales, ou artisanales d'effectuer des travaux rémunérés, relevant de ces professions, audelà de la durée maximale du travail en vigueur dans la profession.[1925] En cas de dépassement de cette durée, il y a incompatibilité entre les deux contrats de travail conclus par une même personne.[1926] Bien que cette situation soit pour l'employeur difficilement saisissable, sauf à empiéter sur la vie privée du travailleur, dès lors qu'il en aura connaissance il pourra mettre en oeuvre une procédure de licenciement si le salarié n'entend pas régulariser sa situation.[1927] Mais, rapporter la preuve que le salarié dépasse les maxima autorisés n'est pas aisé, la réglementation est jugée inapplicable.[1928] On peut cependant penser que ce n'est point tant la réglementation qui est inapplicable que le cumul d'emploi luimême.

La question posée par le cumul d'activités salariées est en réalité double. Il s'agit d'abord de savoir si le cumul est licite, mais aussi de s'interroger sur sa réalité pratique, ce qui porte l'analyse sur un autre terrain. Sur le plan du droit, on a dit que la loi ne pose pas une interdiction de principe du cumul, mais qu'elle le réglemente. Mais le droit au cumul d'emplois peut aussi être limité contractuellement. Cette limite figure au préalable dans tout contrat de travail car le salarié doit une exécution loyale du contrat. De cette formule générale, la doctrine et la jurisprudence ont notamment fait ressortir, à la charge du salarié une obligation de fidélité. Ainsi, pendant l'exécution du contrat le salarié ne doit pas, même en l'absence de toute clause restrictive, se livrer à des actes de concurrence envers son employeur.[1929] Cette obligation inhérente au contrat n'interdit cependant pas

1922 L. CASAUX, *La pluriactivité ou l' ' exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.,* 1992, t. 231.

1923 Sur cette question, supra n°228 et suiv.

1924 Sur l''ensemble de la question, et des cumuls entre emploi et activité indépendante ou emploi privé et emploi public, voir L. CASAUX, *La pluriactivité ou l' ' exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.*, 1992, t. 231, p. 131 et suiv.

1925 On relèvera que non sont pas visés les salariés des professions libérales ni les salariés des associations.

1926 Cass. Soc. 27 avril 1989, *Bull. V.,* n°313.

1927 Cass. Soc. 25 oct. 1990, *Bull. V.,* n°501.

1928 J. SAVATIER, « Les cumuls d''emplois privés : une réglementation inapplicable », *Dr. Soc.* 1989, 725.

toute activité, elle se limite aux activités concurrentes de l'employeur et rien ne prohibe alors l'occupation d'un autre emploi dans un secteur professionnel différent pour autant que le travailleur en ait les compétences professionnelles. Allant audelà de cette obligation, l'employeur peut également s'assurer par le biais d'une clause que le salarié consacrera à l'employeur la totalité de sa force de travail. Ainsi avec une clause d'exclusivité, l'employeur peut interdire au salarié toute autre activité professionnelle. Cette clause, bien que procédant de la volonté des contractants, semble néanmoins en contradiction avec la liberté professionnelle du salarié, cette contradiction étant plus manifeste lorsque l'interdiction est absolue et ne procède d'aucune justification particulière.[1930] Malgré les réserves formulées par doctrine, la Cour de cassation fait ici primer la liberté contractuelle et le salarié ne respectant pas son obligation peut être licencié[1931] ; mais il convient de souligner que les cas soumis à la Haute juridiction font ressortir une activité concurrentielle déloyale du salarié. Aussi, conformément à l'exigence de protection des intérêts légitimes de l'entreprise dégagés par la jurisprudence, l'interdiction de la clause d'exclusivité doit être de principe,[1932] l'employeur n'étant fondé à se prévaloir que du non respect de l'obligation générale de fidélité lorsque le salarié exerce une activité concurrente.

Enfin, il importe de remarquer que la pratique de la pluriactivité d'emplois rencontre des obstacles pratiques infranchissables.[1933] Ainsi, l'article L. 2232 du Code du travail interdit expressément qu'un salarié exécute pendant son congé payé des travaux rétribués.[1934] En conséquence, en cas de cumul d'emplois le salarié devra, en droit, faire coïncider ces périodes de congés. Mais surtout, le pluriactif subordonné est précisément soumis aux sujétions de l'employeur dans l'organisation du travail. La Cour de cassation qui distingue désormais l'exécution du travail et la modification du contrat, souligne la subordination du travailleur. Or dans le cadre du temps partiel, ces sujétions sont fortes et

1929 Voir supra n°219 et suiv.

1930 En ce sens, J. SAVATIER, article précité. J. PELISSIER, « La liberté du travail », *Dr. Soc.* 1990, 19, J.E. RAY, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1991, 376.

1931 La gravité de la faute reprochée dépendant du caractère concurrentielle de l''activité occupée par le salarié. Par exemple, Cass. Soc. 27 janv. 1982, *Lexilaser* n°7941.600, faute grave ; Cass. Soc. 21 juin 1989, *Lexilaser* n°8641.653, faute lourde.

1932 Sous la réserve d''une disposition expresse légale, dans le cas par exemple du V.R.P., article L. 7511 du Code du travail.

1933 L. CASAUX, *La pluriactivité ou l' ' exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.*, 1992, T. 231, p. 298 et suiv.

1934 L''article D. 2232 dispose que « *le travailleur qui exécute pendant son congé payé des travaux rétribués, privant de ce fait des chômeurs d' ' un travail qui aurait pu leur être confié, peut être l' ' objet d' ' une action devant le juge d' ' instance en dommages intérêts envers le fonds de chômage.Les dommages intérêts ne peuvent être inférieurs au montant de l' ' indemnité due au travailleur pour son congé payé. L' ' action en dommages intérêts doit être exercée à la diligence soit du maire de la commune intéressée, soit du préfet. L' ' employeur, quel qu' ' il soit, qui a occupé sciemment un travailleur bénéficiaire d' ' un congé payé peut être également l' ' objet, dans les mêmes conditions, de l' ' action en dommages intérêts prévue par le présent article.* »

prégnantes dans la répartition des périodes travaillées. Le morcellement des journées de travail de même que les changements d'horaires plus largement admis et plus contraignants encore que dans un contrat de travail à temps plein rendent illusoire tout cumul.

En somme, si pluriactivité il peut y avoir, c'est parce qu'elle résultera de la combinaison d'une activité subordonnée et d'une activité indépendante. Pour conclure sur ce point, il apparaît que le partage du temps de travail par l'instrument du temps partiel n'est au mieux qu'un « placebo », au pire il engage dans la voie critiquable du partage du revenu.[1935] Au mieux il permet effectivement de maintenir un lien d'emploi, mais il renforce singulièrement des sujétions liées à l'accomplissement du travail, qui affecte dans une moindre mesure le salarié à temps plein et en tout cas pas sans contrepartie. Toutefois, l'idée du temps partiel ne doit pas être abandonnée sous réserve de lui donner un sens. Une piste de réflexion peut être entrouverte en posant dans le cadre d'une relation permanente et à temps plein un temps partiel productif. Le temps alors dégagé pouvant être mis au service de la formation du salarié, ou « d'actions sociales », financées par les pouvoirs publics, plutôt que de renforcer par des exonérations l'emploi périphérique.[1936]

Section 2 : L'externalisation de l'emploi

L'emploi est une division de l'activité de l'entreprise, un élément de son organisation juridiquement réalisé par un contrat à durée indéterminée. En ce sens, l'emploi est intégré à l'entreprise. Le contrat de travail participe à la technique de production parce qu'il est un instrument de domestication de la force de travail ; il fait naître une relation subordonnée. On aurait pu croire que la maîtrise de la force de travail, son encadrement par une discipline de production, aurait suffi à la rationalité économique qui guide l'entrepreneur.[1937] Telle fut, pendant longtemps, la voie de cette rationalité économique. Le contrat de travail semblait l'instrument juridique le plus approprié au déploiement de l'activité de l'entreprise.[1938] Cependant, la crise économique semble accompagner une réorganisation du travail. Des moyens pour adapter la maind'oeuvre aux fluctuations de l'activité de l'entreprise ont été mis en avant et, parmi ceuxci, l'externalisation du travail. Sur le plan du droit, l'externalisation procède du pouvoir du chef d'entreprise d'organiser librement son activité ; il peut tout aussi bien décider de l'intégrer dans son organisation, elle sera alors soumise au droit du travail, il peut aussi en disposer autrement et traiter avec d'autres entreprises, la relation étant alors de nature commerciale. L'externalisation est donc l'expression d'un droit qui permet au chef d'entreprise de jouer sur les structures de l'organisation de l'entreprise, elle créée une distorsion entre l'employeur et celui qui utilise la force de travail.[1939]

1935 En ce sens A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715.

1936 Expression empruntée à Monsieur A. JEAMMAUD, article précité. Sur l''ensemble du problème, voir infra n°551 et suiv.

1937 Supra n°55 et suiv.

1938 Le nombre de salariés entre 1955 et 1994 n''a cessé de croître, passant de 12,6 millions à près de 20 millions de salariés. Source *Alternatives Economiques*, n° 140, p. 36.

L'extériorisation de l'emploi de l'entreprise est une manifestation de la rationalité économique. Elle permet licitement de se placer dans le cadre juridique de la gestion de l'activité plutôt que dans le cadre contraignant et coûteux de la gestion de l'emploi en rejetant hors des frontières de l'entreprise les fluctuations de sa propre activité. Par delà, on remarque que l'externalisation ajoute un cercle concentrique au noyau dur de l'emploi, celui qui caractérise une extrême précarité, après les contrats de travail atypiques. Cette analyse procède de l'étude sociologique,[1940] elle est reprise par les juristes.[1941] Pourtant sur le plan du droit, les qualifications juridiques s'excluent les unes des autres, elles s'opposent en catégories, le travail indépendant duquel procède l'externalisation, ou du travail dépendant, duquel relève l'intégration dans l'emploi.

Fondée sur l'exercice d'un droit, l'externalisation ne porte donc pas, *a priori*, atteinte à l'emploi. Les pratiques de l'externalisation sont plurales, il conviendra de les repérer (Paragraphe I). Cependant, si les décisions d'externalisation peuvent être fondées sur des nécessités économiques ou technologiques, certaines présentent un caractère frauduleux cherchant à se libérer des règles d'encadrement de gestion de l'emploi qui participent à sa protection (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les situations d'externalisation de l'emploi

L'externalisation de l'emploi est présentée comme un « éclatement » de l'entreprise. Cette situation recouvre à l'évidence des situations diverses. Si le contrat de travail a seul vocation à supporter une relation juridique d'emploi, c'est poser le principe que les autres relations contractuelles nouées entre l'entreprise et d'autres partenaires sont en dehors du droit du travail. Mais la pratique est riche dans sa diversité et on a pu montrer que le critère de la subordination juridique est apprécié avec pragmatisme par les juges au regard des situations de fait.[1942] Le législateur est lui même intervenu afin de rattacher certaines professions qui, sans cette intervention, seraient restées des prestataires indépendants. Tel fut le cas des voyageurs représentants placiers.[1943] Aussi la question de l'externalisation est connexe à celle de la qualification juridique de la relation nouée

1939 En ce sens, A. LYONCAEN, « A propos de l''entreprise éclatée », *Dr. Ouv.* 1981, 127.

1940 Notamment, A. GORZ, Métamorphoses du travail. Quête du sens, Galilée, 1988.

1941 G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz 1995, du même auteur « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. Soc.* 1995, 647. G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°195. « Le droit positif s''oriente ainsi vers quatre situations en dégradé : personnes occupant sans limitation de durée un emploi lié à l''activité permanente de l''entreprise ; personne accomplissant en situation de subordination une tâche précaire ou des tâches pour divers employeurs à temps partiel ou une tâche occasionnelle ; personnes juridiquement non subordonnées mais économiquement dépendantes (ayant les risques sans les profits) ; personnes exerçant une activité professionnelle en pleine indépendance, bénéficiant des risques et profits de leur propre entreprise, le mot étant ici approprié.

1942 Supra n°44 et suiv.

1943 Le V.R.P. dispose en effet d''une incontestable indépendance dans l''exercice de ses fonctions. Voir lois du 18 juillet 1937 et loi du 6 mars 1957. Article L. 7511 du Code du travail.

entre les parties au contrat, cocontractants libres du choix du terrain juridique sur lequel ils entendent se placer. En conséquence, entendu dans un sens strict, l'externalisation ne relève pas, *a priori*, du droit du travail sauf requalification de la situation de fait par le juge. Dans une acception plus large, si l'on admet que l'externalisation opère une dissociation entre l'employeur et l'utilisateur de la maind'oeuvre, il faut constater qu'elle peut aussi avoir lieu dans le cadre d'un contrat de travail. Il importe donc de bien définir le champ entre l'externalisation propre à une situation d'emploi, c'est en réalité la prestation de travail qui est externalisée et l'externalisation par extériorisation de l'emploi, lequel n'est plus intégré à l'entreprise.

1 Externalisation de la prestation de travail

Par le contrat de travail le salarié met à disposition de son contractant, l'employeur, sa qualification professionnelle afin d'occuper un emploi intégré à l'entreprise. Mais cette intégration peut être abstraite, car matériellement la nature de l'emploi peut conduire le salarié à exercer sa prestation en dehors des frontières « matérielles » de l'entreprise ; c'est le cas du V.R.P., c'est même un critère essentiel qui permet de le distinguer du salarié technicocommercial.[1944] Différemment, le salarié peut être amené à effecteur sa prestation de travail dans une autre entreprise, manifestant ici l'utilisation directe de la force de travail par un tiers, non employeur. Il s'agit là d'un prêt de maind'oeuvre encadré par la loi.

Avec l'essor de l'industrialisation, le législateur a dû intervenir afin d'interdire certaines pratiques d'exploitation « particulièrement injustes, vexatoires et contraire au principe de la fraternité entre ouvriers. »[1945] C'est en effet le décret du 2 mars 1848 qui a prohibé le marchandage, c'estàdire le fait pour un patron de confier à l'un de ses ouvriers une tâche pour laquelle celuici pouvait embaucher d'autres ouvriers ; il assumait alors la qualité d'employeur.[1946] Le bénéfice du « marchandeur » ou « tâcheron » résultait exclusivement de la différence entre le salaire versé aux travailleurs et la somme forfaitaire allouée par l'entrepreneur principal. Cette formule engendrait donc une spéculation sur le prix de la maind'oeuvre susceptible de donner lieu à des abus.[1947] Mais une telle pratique était alors possible parce que le travail s'effectuait à la tâche, aucune

1944 L''application du statut du V.R.P. nécessite que celuici puisse négocier auprès de la clientèle, à l''extérieur de l''entreprise, en vue de prendre des ordres. Cette négociation doit se faire à l''extérieur de l''entreprise à l''opposé de salarié technicocommercial qui lui reçoit dans les locaux de l''entreprise.

1945 Décret du 2 mars 1848.

1946 J. NERET, Le marchandage, *Juris Classeur, Travail*, 1992, Fasc. 320, p.3.

1947 Les pratiques abusives qui ont caractérisé les phénomènes d''interposition dans la prestation de travail aboutirent souvent à jeter le discrédit sur ces opérations. La fourniture de maind''oeuvre engendra des abus et une véritable exploitation de catégories de travailleurs soumis à des intermédiaires peu scrupuleux. La transaction contenait en ellemême un risque d''abus puisque l''objet de la prestation se limitait à une spéculation sur le prix de la maind''oeuvre. Le profit tiré par l''intermédiaire s''établissait alors en fonction du rapport entre la somme reçue de l''utilisateur et les salaires versés aux travailleurs. En d''autres termes, le bénéfice retiré se calculait en fonction de la différence entre le prix d''achat et de vente de la maind''oeuvre.

relation juridique permanente et personnelle ne liant l'entreprise aux ouvriers. Notre droit positif a depuis maintenu cette prohibition des opérations à but lucratif de maind'oeuvre, à l'exception du travail temporaire.

a) Externalisation par prêt de maind'oeuvre à but non lucratif

L'article L. 1251 du Code du travail prohibe « ***toute opération à but lucratif de fourniture de maind'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou marchandage*** . » L'article L. 1253 du même Code dispose que « ***toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de maind'oeuvre est interdite sous peine des sanctions prévues à l'article L. 1523 dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du livre 1er, titre 2, chapitre 4 du présent code relatives au travail temporaire*** . ».

A contrario, il est possible de déduire de ces deux textes que les opérations de fourniture de maind'oeuvre à but non lucratif sont quant à elles licites. Ainsi, dans le cadre d'exécution d'un contrat de travail, la loi autorise la mise à disposition d'un salarié au profit d'un tiers à la relation de travail pour autant que cette externalisation n'ait pas un but lucratif. La pratique connaît cette forme d'externalisation de la prestation de travail, laquelle est effectuée dans une autre entreprise, par la voie du détachement. Souvent réalisée entre entreprises d'un groupe, l'externalisation de la prestation de travail procède soit de l'exécution du contrat, par le jeu d'une clause de mobilité[1948] voire de l'objet même du contrat, ou bien du pouvoir de direction en l'absence de toute clause, la question étant alors de savoir si le contrat est ou non modifié.[1949] Mais ce que ne modifie pas le détachement, c'est la qualité d'employeur de celui qui a initialement recruté le salarié.[1950] Toutefois, en mettant à disposition un travailleur l'employeur délègue à l'utilisateur une partie de son pouvoir de direction. Comme le remarquait déjà Monsieur Gaudu,[1951] l'employeur, et non l'utilisateur, conserve le pouvoir d'affectation du salarié, relevant à cet égard l'insuffisance du critère de la subordination juridique. En effet, le prêteur, au travers du pouvoir d'affectation, conserve surtout le pouvoir de gérer l'emploi, alors que l'utilisateur est temporairement investi du pouvoir de faire exécuter la prestation de travail. Autrement dit, l'utilisateur va pouvoir assurer un contrôle sur l'exécution de la prestation et

1948 Supra n°211 et suiv.

1949 Le contrat de travail peut aussi être suspendu pendant le détachement du salarié. Cette hypothèse se rencontre dans le cadre de la mise à disposition d''un salarié entre une société mère et une filiale, le salarié devenant administrateur de cette filiale. 'Supra n°198 et suiv.

1950 C''est en ce sens que le transfert du salarié ne peut pas être assimilé à une mise à disposition, parce que précisément elle opère un changement d''employeur. Il est défini « comme l''opération juridique liée, par laquelle un travailleur, sur l''invitation de son premier employeur, quitte son poste pour passer au service d''un nouvel employeur qui a accepté de le prendre en charge. » (G.H. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail, *le contrat de travail*, Dalloz 1982, n°120 et suiv., du même auteur, « Le transfert du salarié », *D.* 1966, Chron. 133.

1951 F. GAUDU, L''emploi dans l''entreprise privée, essai d''une théorie juridique, Thèse 1986, n°127 et suiv.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

assurer son autorité sur le salarié détaché. En revanche, il n'a aucun pouvoir pour gérer l'emploi, c'estàdire le modifier ou le remettre en cause.

Si cette répartition des pouvoirs ne pose pas de problème, en revanche, la licéité de l'opération demeure soumise à l'exclusion de tout caractère lucratif.[1952] Cependant, l'appréciation du caractère lucratif de l'opération peut faire difficulté. Les jurisprudences de la Chambre sociale et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation apparaissent particulièrement restrictives, la question portant, notamment, sur le montant du reversement par l'utilisateur des frais engagés par le prêteur. Il semble que pour être licite l'opération doit être « neutre » entre les deux parties au prêt.[1953] Ainsi toute rémunération de la prestation est exclue,[1954] tout gain pour le prêteur résultant d'une différence entre le prix perçu et le coût de la maind'oeuvre rémunérée[1955] ou encore, du point de vue de l'entreprise bénéficiaire lorsque, par exemple, elle n'a pas supporté les charges sociales et financières qu'elle aurait eues si elle avait employé ses propres salariés.[1956]

Enfin, il faut rappeler que le législateur dans le cadre des politiques d'emploi a favorisé les prêts de maind'oeuvre afin de lutter contre les réticences des employeurs à embaucher des salariés en rendant possible la création de groupements d'employeurs.[1957] Ces groupements recrutent en effet des salariés et les tiennent à disposition des entreprises adhérentes au groupement afin de constituer un volant de maind'oeuvre dans lequel les entreprises peuvent puiser en fonction de leur besoin. Dans cette configuration le groupement a seul qualité d'employeur des salariés mis à disposition mais c'est l'utilisateur, entreprise adhérente au groupement, qui dirige la prestation de travail. Là encore le but du groupement est un prêt de maind'oeuvre à but non lucratif ce qui exige que chaque acte de mise à disposition pris isolément ne génère aucun bénéfice pour le groupement ni aucun avantage pour l'utilisateur. Néanmoins, le groupement, organisé sous la forme d'une association, peut réaliser des profits consacrés à la réalisation de l'objet social du groupement sans qu'ils résultent des mises à disposition mais des cotisations versées par les employeurs adhérents.

1952 C''est ce qui résulte des articles L. 1251 et L. 1253 du Code du travail.

1953 C.A. Paris, 11 fév. 1982, « Le prêt de maind''oeuvre n''est pas à but lucratif du moment que le montant de la rémunération versée à l''entreprise fournisseur correspond aux salaires, aux charges sociales ainsi qu''éventuellement aux frais de gestion. » Voir également Doc. A.N. 19721973, n°439, p. 14 : selon la Commissions des affaires culturelles rapportant sur le projet de loi que le prêt de salariés « à prix coûtant » ne tombent pas sous le coup de l''interdiction.

1954 Cass. Crim. 15 fév. 1983, *Bull. Crim.,* n°57 ; Cass. Soc. 4 avril 1990, *Bull. V.,* n°157, *Dr. Soc.* 1990, 780, rapport Ph. WAQUET, *C.S.B.P.* 1990, A. 31.

1955 Cass. Soc. 25 sept. 1990, *R.J.S.* 10/90, n°833.

1956 Cass. Crim. 23 mars 1993, *C.S.B.P* 1993, S. 101.

1957 Loi n°85772 du 25 juill. 1985 article L. 1271 du Code du travail. B. Teyssié « Les groupements d''employeurs », *Dr. Soc.* 1986, 85 ; P. FIESCHIVIVET, « Les groupements d''employeurs », *D.* 1986 chron. 120 : J.M. BERAUD, « Les groupements d''employeurs », in la Flexibilité du droit du travail, 1986, p. 67.

b) Externalisation par prêt de main d'oeuvre à but lucratif

Sur le plan juridique, le prêt de maind'oeuvre à but lucratif constitue une dérogation à l'interdiction de principe du marchandage. Il est donc strictement encadré par les dispositions ayant trait au travail temporaire.[1958] Le travail temporaire consiste à mettre à la disposition provisoire d'utilisateurs, des salariés qu'en fonction d'une qualification convenue l'entreprise de travail temporaire embauche et rémunère à cet effet. Il consacre donc cette distorsion entre l'employeur et l'utilisateur de la force de travail, propre à l'externalisation.

A l'instar du travail précaire, dont il constitue en réalité une forme, le travail temporaire était conçu à l'origine pour remplacer les salariés absents. Mais il a rapidement été utilisé comme un outil de gestion de l'emploi justifiant un encadrement strict des cas de recours. Ainsi, le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice ; l'utilisateur ne pouvant faire appel aux salariés des entreprises de travail temporaire que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, non durable souligne le législateur.[1959]

La relation de travail temporaire présente de nombreuses singularités par rapport à une situation plus classique de mise à disposition de personnel entre entreprises. Tout d'abord, le caractère commercial de l'opération soumet l'entreprise de travail temporaire à des obligations spécifiques, caractère exclusif, contrôles administratifs et garantie financière.[1960] Mais surtout, c'est l'examen de la situation d'emploi au sein de la relation triangulaire instituée entre, d'une part, l'entreprise de travail temporaire, l'utilisateur et le travailleur, d'autre part, qui apparaît particulièrement topique, et ce dans un cadre légal qui oscille entre la relation contractuelle de l'entreprise de travail temporaire et du travailleur, et le rapport d'obligation qui s'instaure entre l'utilisateur et ce dernier. L'entreprise de travail temporaire a, en effet, pour but exclusif le prêt d'une maind'oeuvre qu'elle recrute par le biais d'un contrat à durée déterminée. Ainsi, à la différence de la mise à disposition « traditionnelle » il s'instaure, de droit, une relation atypique entre l'employeur et le travailleur. C'est qu'ici, et de façon tout à fait particulière, l'activité principale de l'entreprise de travail temporaire ne s'organise pas autour d'emplois ce qui justifie l'usage, comme support au recrutement (contrat de mission), du contrat à durée déterminée.[1961] L'activité de l'entreprise de travail temporaire est une activité d'entremise

[1958] Article L. 1241 du Code du travail : « *Est au sens du présent chapitre un entrepreneur de travail temporaire, toute personne physique ou morale dont l' ' activité exclusive est de mettre à la disposition provisoire d' ' utilisateurs, des salariés qu' ' en fonction d' ' une qualification convenue elle embauche et rémunère à cet effet. Sous réserve des dispositions de l' ' article L. 125 3 toute activité de travail temporaire s' ' exerçant en dehors d' ' une telle entreprise est interdite.* » Ch. VIGNEAU, *L'institutionnalisation du travail intérimaire en Europe*, Thèse Florence, 1997.

[1959] Article L. 1242 du Code du travail. Voir supra n°90 et suiv.

[1960] Articles L. 12410 et suiv. du Code du travail.

[1961] Article L. 1243 du Code du travail.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

entre l'utilisateur et le travailleur, activité pour laquelle l'employeur doit à l'utilisateur une obligation de moyens quant à la qualité professionnelle du travailleur mis à disposition.[1962] Cependant, c'est l'utilisateur qui aura à apprécier, pendant la période d'essai stipulée au contrat de mission, l'aptitude professionnelle du travailleur.[1963] En réalité, cette relation triangulaire qui oppose juridiquement l'employeur et l'utilisateur du travailleur confère aux relations qui la composent leurs caractères hybrides. Le principe qui fait de l'entreprise de travail temporaire l'employeur est souvent rappelé par le juge.[1964] Mais de cette qualité, l'employeur ne tire pas le droit de fixer contractuellement le salaire ; la loi impose qu'il soit égal à celui d'un salarié de l'entreprise utilisatrice ayant une même qualification occupant le même poste de travail.[1965] Dans le même sens, on peut trouver dans le régime juridique du travail temporaire des dispositions qui marquent la volonté du législateur de tout faire pour que le travailleur intérimaire soit en apparence intégré à l'entreprise utilisatrice ; le salarié bénéficie des règles d'hygiène et sécurité, des jours chômés, des équipements collectifs.

En définitive, audelà d'un agencement sans doute hétéroclite autour des qualités et des droits et obligations qui en résultent, il faut rechercher les techniques de protection du travailleur intérimaire dans l'armature de cette construction. A bien des égards cependant, cet effort semble vain, comme si le législateur ne voulait voir dans la mission, qu'une étape vers l'emploi. Ainsi, l'article L. 1243 prohibe toute clause interdisant l'embauchage par l'utilisateur, mais plus encore l'article L. 12444 dispose que « ***lorsque, à l'issue d'une mission, le salarié sous contrat de travail temporaire ne bénéficie pas immédiatement d'un contrat de travail à durée indéterminée avec l'utilisateur, il a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité destinée à compenser la précarité de sa situation.*** »,[1966] cette indemnité étant payée par l'employeur ! En somme, le travail temporaire se révèle être une construction tout à fait singulière où la notion d'emploi est totalement absente ; elle reste consubstantielle à une précarité du statut envisageable malgré le développement du droit conventionnel.[1967]

[1962] Cass. Civ. 1ère, 26 fév. 1991, *D.* 1991, 605, note C. LAPOYADE DESCHANPS, « toute entreprise de travail temporaire est tenue d''une obligation de prudence dans le recrutement du personnel appelé à exercer des fonctions de confiance ou de particulières responsabilités, elle n''existe pas moins dans tous les cas. » Civ. 1ère 2 mai 1989, *Bull. I.,* n°178 ; Cass. Soc. 18 mars 1986, n°8412.552 ; Cass. Crim. 17 déc. 1985, n°8592.072.

[1963] Article L. 12441 du Code du travail.

[1964] A propos d''un accident du travail : Cass. Soc. 27 oct. 1993, *Bull. V.,* n°254, « Mais attendu que c''est par une exacte application de l''article L. 1244 du Code du travail que la cour d''appel a retenu qu''au moment de l''accident du travail du 26 juillet 1978, l''employeur du salarié était l''entreprise de travail temporaire et non l''entreprise utilisatrice. »

[1965] Articles L. 12242 et L. 1243 6° du Code du travail.

[1966] Comp. *Le Monde* du 3 avril 1996, « L''intérim à perpète ».

[1967] Comp. l''analyse de J.J. KERBOURC''H, « Le travail temporaire, une forme déjà élaborée du « contrat d''activité » », *Dr. Soc.* 1997, 127.

2 Externalisation de l'emploi

Afin d'appréhender les situations d'externalisation dans leur diversité, il convient, en quelque sorte, de changer d'angle d'observation. Précédemment, c'est au travers de la mise à disposition du salarié qu'ont été examinées les situations d'externalisation. Dans ce cadre, pour le salarié, l'externalisation est une modalité d'exécution de son contrat de travail, qu'elle soit occasionnelle ou non, voire intrinsèque à l'activité de l'entreprise, dans le cas du travail temporaire. D'ailleurs dans un cas comme dans l'autre l'opération est saisie par le droit du travail, en dépit de la nature de la relation juridique se nouant entre l'employeur et l'utilisateur de la force de travail. A l'inverse de ces situations d'externalisation de la prestation de travail, l'entreprise peut opter pour une externalisation de l'emploi, c'estàdire se placer hors du champ d'application du droit du travail. C'est l'alternative à l'emploi, choix de gestion gouverné par un principe de liberté. Autrement dit, l'entreprise décide de ne pas faire appel à un travailleur subordonné mais à une entreprise ; la relation qui s'établit est une relation de nature commerciale. Cette opération emprunte alors la voie du contrat de soustraitance, de sousentreprise ou de contrats innommés.[1968] Mais dans tous les cas, l'opération d'externalisation consiste à faire traiter une activité nécessaire à l'entreprise, par une autre entreprise (travailleur indépendant ou société). L'externalisation est complète puisqu'elle laisse hors de la structure de l'entreprise ce qui pourrait en relever, elle révèle une extériorisation de l'emploi. Par commodité, on écrira ici contrat de soustraitance.

On aurait pu penser que cette externalisation qui met hors de l'organisation de l'emploi les activités soustraitées emporte un « dépaysement » de l'activité, la soustraitance étant alors externe. Mais il est aussi possible que la soustraitance s'exerce dans l'espace de l'entreprise, on parle de soustraitance de site, laquelle peut impliquer pour son exécution un prêt de maind'oeuvre ; elle n'est alors pas sans rappeler la relation triangulaire, particularisme de la mise à disposition. Les mobiles qui conduisent une entreprise à extérioriser l'emploi sont divers, mais ils marquent, dans l'action, un démembrement de l'entreprise. Extérioriser l'emploi, c'est le faire sortir d'une structure à laquelle il appartenait. Ce mouvement, implique une décision de gestion de l'emploi et donc l'application des règles qui encadrent ce pouvoir. Qu'il procède d'une rationalité économique[1969] qui conduit l'entreprise à se séparer de la gestion d'activités secondaires (gardiennage, restauration collective) ou périphériques à l'activité principale (facturation, maintenance informatique) ou d'une volonté de « soustraiter » le risque de l'activité

[1968] Pour être précis, en tant que catégorie juridique autonome la soustraitance est celle définie par la loi du 31 déc. 1975 ; c''est la soustraitance dite de marché. Selon ce texte, la soustraitance est « l''opération par laquelle un entrepreneur confie par un soustraité et sous sa responsabilité à une autre personne appelée soustraitant, tout ou partie de l''exécution du contrat d''entreprise ou de marché public conclu entre le donneurs d''ordres et le maître de l''ouvrage. » L''opération de soustraitance peut entrer dans ce cadre précis mais le plus souvent elle n''est qu''un contrat innommé par lequel le donneur d''ordres soustraite non pas l''exécution d''un contrat (c''est alors de la sousentreprise) mais une activité de production ou de services nécessaire à son entreprise.

[1969] Toujours mouvante cette rationalité économique n''hésite pas à faire ses mea culpa. Certaines entreprises n''externalisent plus aujourd''hui certaines activités secondaires. Tel est notamment le cas dans le secteur de l''hôtellerie ou un groupe a repris à son compte l''activité de ménage des chambres. Les exemples se multiplient.

(bâtiment, transport routier),[1970] quelque soit la nature économique de l'opération de soustraitance et ses mobiles, l'externalisation de l'emploi doit être clairement distinguée des opérations de mise à disposition.

L'opération de mise à disposition de personnel se calque sur l'objet de la convention passée entre l'employeur et l'utilisateur. En revanche, la soustraitance n'implique pas, par nature, une mise à disposition de travailleurs ; tel est bien le cas lorsque la soustraitance est externe. Mais lorsque l'activité soustraitée se réalise dans les locaux du donneur d'ordres, si du personnel est amené à effectuer une prestation de travail, il l'effectue pour la mise en oeuvre du contrat de soustraitance. Autrement dit, il n'y a pas *stricto sensu* prêt de maind'oeuvre et en conséquence la fourniture de personnel ne saurait être l'objet du contrat de soustraitance. Elle ne peut être qu'accessoire à la fourniture d'une prestation. Les objectifs sont différents. L'entrepreneur dans le cadre de la soustraitance fait exécuter pour son propre compte une prestation donnée par le personnel d'une entreprise extérieure, alors que dans le détachement, l'entreprise d'accueil souhaite intégrer partiellement et pour une durée plus ou moins longue les travailleurs mis à disposition. Les caractéristiques pratiques de l'opération en conditionnent la licéité.

Il en résulte ainsi une différence de modalité dans l'exercice des prestations. Les salariés du soustraitant restent placés sous l'autorité du seul soustraitant alors que dans le cadre du détachement l'entreprise utilisatrice définit les conditions matérielles de réalisation de la prestation de travail. Le contrat de soustraitance suppose que la prestation soit donc exécutée en toute indépendance, sans exclure cependant tout contrôle du donneur d'ordres. Celuici conserve le pouvoir d'orienter le travail et le but à atteindre.[1971] Dès lors, au regard du droit du travail, la soustraitance d'une activité n'est pas illicite à la réserve, d'importance, qu'elle ne dissimule pas un prêt de maind'oeuvre exclusif, un marchandage ou un travail clandestin. La définition du contrat de soustraitance s'apprécie donc par la négative, c'estàdire par ce qu'elle n'est pas.

L'opération de soustraitance est licite lorsque l'opération commerciale n'a pas pour objet le prêt exclusif de maind'oeuvre ; la fourniture de maind'oeuvre doit être indissociable de l'objet de la prestation ellemême. En pratique cela signifie que le soustraitant doit apporter une certaine technicité que les salariés de l'utilisateur ne sont pas en mesure de fournir. Cela implique que l'activité réalisée soit déterminée et spécifique, que le soustraitant apporte un savoirfaire. Ces éléments sont à la base du contrôle opéré par l'inspecteur du travail et sont déterminants pour l'action de qualification du juge. Il est ainsi jugé que la soustraitance est licite lorsque le prêt de maind'oeuvre est la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoirfaire ou de la mise en oeuvre d'une technicité qui relève de la spécificité de l'entreprise prestataire.[1972] Inversement, l'opération est illicite lorsque les travaux, par exemple de maçonnerie, ne présentent

[1970] F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. Soc.* 1995, 638.

[1971] G. LYONCAEN, J. PELISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, 17ème éd., Dalloz 1994, n°194.

[1972] Cass. Soc. 9 juin 1993, *R.J.S.* 7/93, n°815. Voir encore Cass. Crim. 7 fév. 1984, *Bull. Crim.,* n°46, Cass. Crim. 18 avril 1989, *R.J.S.* 7/89, n°656.

aucun caractère spécifique.[1973] L'appréciation portée par le juge se révèle rigoureuse. Selon la jurisprudence, il faut que la qualification professionnelle apportée soit distincte de celle que le personnel permanent de l'utilisateur peut mettre en oeuvre,[1974] le cas contraire démontrant qu'il s 'agit d'un prêt destiné à fournir un volant de maind'oeuvre pour l'entreprise. De la spécificité de la prestation il découle que le soustraitant doit fournir à ses salariés le matériel et l'outillage nécessaire. Toutefois, le soustraitant peut n'avoir à mettre en oeuvre qu'une compétence professionnelle, sans outillage[1975] ; il y a là un accompagnement intellectuel.[1976] Mais en tout état de cause, les salariés du soustraitant ne sont pas placés sous l'autorité du donneur d'ordres. C'est là un élément déterminant.[1977]

L'externalisation peut être définie par la disjonction qui s'opère entre l'employeur et l'utilisateur de la force de travail. Elle est d'une façon positive l'indication de la mise à disposition d'un salarié ; elle permet aussi négativement de constater une fausse soustraitance. Cependant, dans l'ensemble des hypothèses envisagées, du point de vue du salarié, sa prestation de travail s'effectue bien dans le cadre d'un contrat de travail. L'atteinte à l'emploi n'est donc pas directement dans l'éviction de la qualification « contrat de travail » qui place le salarié dans le champ de la protection de la législation sociale. En revanche, si quelle que soit la situation de droit, l'employeur, à la différence de l'utilisateur, conserve la maîtrise de la gestion de l'emploi, cette gestion va être tributaire de l'activité de l'utilisateur ou du donneur d'ordres. Les décisions de gestion de l'activité du bénéficiaire de l'externalisation vont retentir sur la gestion de l'emploi. Cette question des effets de la gestion de l'activité sur l'emploi ne doit pas non plus occulter le problème de la fausse externalisation. C'est notamment autour de ces sujets que se caractérisent les atteintes à l'emploi.

Paragraphe II : Les atteintes à l'emploi par l'externalisation

Que la cloison entre le bénéficiaire d'une prestation de services accompagnée d'un travail humain soit étanche dans le cadre de la soustraitance ou poreuse pour les mises à disposition, le droit du travail va saisir ces opérations selon ses propres critères qui sont ceux du prêt de maind'oeuvre. La licéité de la pratique participe à la protection de l'emploi. La question de la charge de l'emploi est alors récurrente. Mais avant de pointer ces

1973 Cass. Crim. 25 avril 1989, *Dr. Soc.* 1990, 421.

1974 Cass. Crim. 3 mai 1994, *R.J.S.* 10/94, n°1224.

1975 Cass. Crim. 7 fév. 1984, *Bull. Crim.,* n°46. Dans cette espèce une société de conseils en informatique déléguait ses techniciens pendant un certain temps auprès de la société cliente mais qui suivait de très près l''activité des cadres délégués, leur faisait des suggestions et contrôlait l''accomplissement de la mission d''un bout à l''autre ; il n''y a pas, en l''espèce, de prêt illicite de maind''oeuvre.

1976 H. BLAISE, « A la frontière du licite et de l''illicite : la fourniture de maind''oeuvre », *Dr. Soc.* 1990, 418.

1977 Cass. Crim. 3 mai 1994, *R.J.S.* 10/94, n°1224 ; 25 avril 1989, *R.J.S.* 7/89, n°656 pour le cas où le donneur d''ordres était habilité à prononcer des licenciements.

questions, il n'est pas inutile d'observer les incitations à l'externalisation au titre d'une politique publique générale de « l'emploi », qui sont aussi à la source d'une certaine forme d'atteinte à l'emploi.

1 Les « incitations » à l'externalisation de l'emploi

Cet aspect des politiques d'emploi n'est pas sans ambiguïté parce qu'il joue sur le concept d'entreprise. Le concept d'entreprise n'est pas défini par le droit même s'il en use. Or, la réalité de l'entreprise est vaste. Il n'y rien de commun entre l'entreprise industrielle et l'entreprise individuelle artisanale, sauf qu'on les qualifie d'entreprises. De même, il n'y a rien de commun entre une orientation des politiques industrielles et l'incitation à l'externalisation. Le rattachement partiel au droit du travail en apporte la démonstration. En réalité, l'externalisation en tant que politique « d'emploi » n'est rien d'autre qu'un mouvement d'exclusion du salariat fondée sur le dogme de l'autoemploi.[1978] Il y a plus qu'une ambiguïté, il y a une forme de *dolus bonus* pourtant encouragée par les pouvoirs publics. La pratique de l'essaimage est au coeur de cette manoeuvre, la loi du 11 février 1994, dite loi Madelin, tend à juridiquement renforcer le travail en dehors des frontières du contrat de travail.

a) La pratique de l'essaimage

L'essaimage n'est pas un concept nouveau. Ce qui, en revanche, l'est plus est le fait que cette pratique soit mise en avant comme stratégie de développement économique. L'essaimage peut être défini comme la création de nouvelles entreprises par des personnes qui quittent l'entreprise pour laquelle ils travaillent pour faire démarrer leur entreprise.[1979] D'une façon plus large même cela concerne les travailleurs en recherche d'emploi. Des mécanismes comme le congé entreprise[1980] ou l'A.C.C.R.E.[1981] s'inscrivent dans cette politique.

Il y a au moins deux façon d'envisager l'essaimage, mais dans un cas comme dans

[1978] En ce sens, G. LYONCAEN, « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. Soc.* 1995, 647.

[1979] J. BERTHERAT, *L' ' essaimage, levier de création d' ' entreprises*, Rapport au ministre du Travail, de l''Emploi et de la Formation professionnelle, Collection des rapports officiels. Paris, 1989. J.C. SCIBERRAS, « Création, reprise d''entreprise et essaimage », *Dr. Soc.* 1994, 115.

[1980] Le congé pour création d''entreprise a été instauré par la loi, n°844, du 3 janvier 1984, article L 1223212 et suiv. du Code du travail. Il s''applique à la création ou à la reprise d''une entreprise à condition que l''intéressé en conserve le contrôle c''estàdire qu''il soit en possession, selon l''article R. 35142, de plus de 50% du capital social soit qu''il occupe une fonction de dirigeant avec la détention d''au moins un tiers du capital social. Soumis à condition d''ancienneté (36 mois) il est d''une durée de un an qui peut être portée à deux ans. Dans sa demande le salarié doit préciser l''activité de l''entreprise envisagée pour permettre à l''employeur d''apprécier un caractère concurrentiel. C''est une suspension du contrat de travail ; voir supra n°248 et suiv.

[1981] Article L. 35124 du Code du travail, aide aux Chômeurs Créateurs d''Entreprise. En 1985 : 70 000 bénéficiaires, 53 000 en 1993, source : *Alternatives Economiques,* hors série n°21, 1994. La loi Aubry sur les « emploisjeunes » maintien un dispositif (EDEN) d'aides à la création de l'auto entreprise.

l'autre le choix pour « l'entreprisemère » d'aider à la création d'une autre entreprise, suppose de trouver quelques avantages. Il serait naïf de croire à quelque esprit philanthropique.[1982] Ainsi, une première situation d'essaimage résulte de la gestion des sureffectifs dans l'entreprise ; on parle alors d'essaimage à chaud. Ce n'est ni plus ni moins qu'un projet de rationalisation des effectifs de « l'entreprisemère », bon nombre d'expériences d'essaimage se déroulent dans de telles conditions. Tel fut notamment le cas chez Moulinex où l'essaimage fut un volet du dispositif de reconversion des salariés licenciés.[1983] Une seconde situation est le fruit d'une réorganisation de l'activité de l'entreprise, le projet essaimé portant sur des activités connexes à celle de « l'entreprisemère » (services, activités complémentaires) ou bien l'essaimage permettra à l'entreprise de développer un réseau de fournisseurs ou en aval de distributeurs.

Au delà, l'essaimage met en place un système d'appui à la création ou à la reprise d'entreprise.[1984] L'appui est d'abord financier puisqu'il passe par l'octroi d'une subvention ou d'un prêt à l'entreprise. L'appui peut aussi être technique ou administratif (préparation du plan d'affaires, conseils de gestion, conseils fiscaux et autres). L'intensité du lien dépend alors du rôle de « l'entreprisemère » dans la mise en place du projet essaimé. Aussi bien l'appui commercial et/ou financier peut se concrétiser par un partenariat avec l'entreprise essaimée.

Manifestement donc, qu'elle se produise à chaud ou dans un projet de réorganisation, et à l'exception des essaimages dits de « projet personnel » qui sont sans lien avec l'activité de « l'entreprisemère », on peut constater que si le salarié prend une indépendance juridique, bien souvent il sera économiquement dépendant. Comme le soulignait déjà Monsieur Gérard LyonCaen, il y a bien des doutes entre le travailleur indépendant et le chef d'entreprise individuelle.[1985] C'est au moins à une partie de ces doutes que la loi du 11 février 1994 a voulu remédier.

b) La loi du 11 février 1994

La loi du 11 février 1994,[1986] dite Madelin du nom de son initiateur, a pour objectif de favoriser le travail indépendant. A cette fin elle comporte diverses dispositions concernant

1982 L''essaimage est parfois montré sous un jour idyllique. Il serait une opération gagnant/gagnant/gagnant : pour l''employé, l''entreprise et la société, cette dernière y trouvant son profit par la création d''emplois, qu''elle se fasse par la création d''une toute nouvelle entité ou par la croissance d''une entreprise déjà existante.

1983 Le communiqué concernant la réindustrialisation du département de l''Orne précise « qu''en ce qui concerne le développement des PME existantes ou la création d''entreprises par essaimage des salariés, il s''appuiera sur les sociétés de reconversion mandatées par Moulinex et les partenaires locaux. De plus la Banque de développement des PME amplifiera les effets de cette action », extrait du *Figaro économie*, du 23/10/96.

1984 J.C. SCIBERRAS, article précité.

1985 G. LYONCAEN, article précité.

1986 Loi n°94126 du 11 fév. 1994.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

la simplification des formalités imposées aux entreprises, l'amélioration de la protection sociale des travailleurs indépendants et un renforcement de la sécurité juridique des situations créée par une présomption de non salariat. L'article 49 pose ainsi une présomption de travail à titre indépendant dès que certaines conditions sont réunies et l'article 35 de la loi met en place une procédure de déclaration spécifique auprès de l'U.R.S.S.A.F.[1987] A n'en pas douter, cette loi s'inscrit bien dans le mouvement d'externalisation de l'emploi par « l'autoemployabilité » puisque ces mesures ne concernent à l'évidence que des personnes physiques, donnant ici une vue particulièrement réductrice de l'entreprise.

Concernant tout d'abord la présomption de non salariat, il ressort que dès que les parties n'ont pas qualifié leur situation juridique « contrat de travail », la loi pose une présomption de travail indépendant. Cette démarche est significative parce qu'elle procède délibérément à l'inverse de la démarche jusqu'alors adoptée par le législateur qui était d'établir au profit de certaine catégorie de travailleur une présomption de salariat.[1988] La loi procédait par assimilation et non par exclusion. Mais en réalité, l'article L. 1203 du Code du travail n'apporte guère d'innovation en la matière. En effet, la présomption repose sur le critère purement formel d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès de l'U.R.S.S.A.F. Or une telle solution était déjà retenue puisque selon le décret du 23 mars 1967 « *toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant aux termes des lois en vigueur. Elle est soumise à toutes les conséquences qui découlent de cette qualité.* » Cette présomption en outre est une présomption simple qui, sur le plan de la charge de la preuve, n'apporte pas d'élément novateur : le fardeau probatoire pèse sur celui qui se prévaut de la qualité de salarié. Toutefois, et selon les termes de l'article L. 1203 du Code du travail, il devra être rapporté que la subordination, élément essentiel dans la définition d'une relation d'emploi, est « permanente » ; l'adjonction de ce qualificatif ne devant pas modifier la doctrine de la Chambre sociale.[1989]

Enfin, l'article 35 de la loi prévoit qu'une personne physique peut demander à l'U.R.S.S.A.F. de se prononcer sur son assujettissement au régime général, la confirmation de sa non affiliation devant lier l'organisme pour l'avenir sauf si la situation de la personne a été substantiellement modifiée. A n'en pas douter, il s'agit tout autant de fixer au travailleur indépendant son environnement juridique que de baliser *a priori* la relation entre parties à une relation commerciale, singulièrement au bénéfice de l'entreprise qui propose le marché.[1990] Une telle solution est juridiquement surprenante parce qu'en vertu de l'article R. 3121 du Code de la Sécurité Sociale, le législateur avait

[1987] Ces dispositions sont respectivement codifiées sous les articles L. 1203 du Code du travail et L. 31111 du Code de la Sécurité Sociale. On notera qu''en pratique, et pour l''U.R.S.S.A.F. du Rhône au moins, la déclaration d''immatriculation (formulaire P0) est accompagnée d''un petit questionnaire visant à détecter les fausses immatriculations. Parmi ces questions : Avezvous signé un contrat de travail, comment sont fixés les horaires de travail etc...

[1988] C. BOYERSAUZE, *Le contrat de travail : vers un renouveau ?*, Thèse Lyon 1996, spéc. n°209.

[1989] Sur la notion de subordination permanente, voir supra n°53 et suiv.

déjà réservé cette compétence aux C.P.A.M. Au delà des problèmes techniques soulevés par cette disposition,[1991] l'article L. 33111 du Code de la Sécurité Sociale pose donc à son tour une présomption de travail indépendant qui, si elle est régulièrement prise, ne saura pas aussi aisément destructible que celle de l'article L. 1203 précité. En effet, la loi dispose que seule une modification substantielle des conditions de l'activité décrite dans la demande est susceptible de la rendre caduque. Dès lors, il n'est pas inconcevable que lors d'un litige tendant à la requalification de la situation de l'indépendant, celuici soit regardé comme un salarié au titre du droit du travail et comme relevant du régime des travailleurs indépendants au titre du droit de la sécurité sociale. En pratique, la requalification de la situation juridique du travailleur rejaillira sur son statut au regard du droit de la sécurité sociale, mais uniquement pour l'avenir.[1992]

2 Le rejet de la responsabilité de la gestion de l'emploi

Si l'on excepte la fraude directe aux droits du salarié par son emploi clandestin, les situations d'externalisation, au moins lorsqu'elles mettent en rapport des entreprises d'une certaine taille, ne portent pas atteinte, *a priori*, à l'emploi. En effet, la mise à disposition est l'exécution d'un contrat de travail et, dans les autres cas, à côté des relations commerciales qui s'établissent il y a, normalement, un rapport de travail établi entre un employeur, partie au contrat commercial, et ses salariés. Ces configurations posent des problèmes classiques ayant trait à la violation des règles relatives au prêt de maind'oeuvre. Le questionnement est tout aussi traditionnel, mais relève d'une autre configuration, lorsque le donneur d'ordres traite avec un travailleur indépendant. La question ici est celle de l'indépendance juridique de ce dernier et relève de la qualification juridique de la situation de fait. En revanche, un problème d'interdépendance des entreprises, peu important leur taille, prend une acuité particulière. En effet, si la gestion de l'emploi appartient à l'employeur, il est évident que les décisions du donneur d'ordres vont avoir une répercussion sur cette gestion de l'emploi. Ces deux problèmes devront donc être examinés. Mais liminairement deux remarques s'imposent.

La première tient à un constat. En effet, il est patent que la jurisprudence et le législateur considèrent, dans certains cas, avec méfiance les rapports qu'entretient l'entreprise avec ses partenaires subordonnés ou non. Il en est ainsi, sembletil, chaque fois que l'entreprise peut potentiellement abuser de sa puissance économique. A bien des égards, la notion jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun illustre ce penchant.[1993] La loi du 25 juin 1991 portant réforme du statut des agents commerciaux, dans son article 4, inscrit ainsi le contrat d'agence dans une certaine durée. L'agent commercial est le chargé

[1990] La procédure dite de « rescrit social » est une faculté, mais des entreprises demandent cet avis avant de contracter avec un travailleur indépendant, son défaut ne permettant pas d''emporter le contrat. En ce sens, voir F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », *Dr. Soc.* 1995, 638 ; Association Villermé, « La loi Madelin et le Code du travail : à contrecourant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », *Dr. Soc.* 1994, 673.

[1991] Sur la question, cf. J.P. CHAUCHARD, « Le rescrit social, procédure d''interrogation de l''U.R.S.S.A.F. », *Dr. Soc.* 1995, 642 ; X. PRETOT, « Comment peuton être travailleur indépendant... ou quelques réflexions sur la loi Madelin », *B.S.* 89/95, p. 398.

[1992] Cass. Soc. 7 avril 1994 ; 9 mai 1994, *D.* 1995, S.C. 2930, obs. X. PRETOT.

d'affaires permanent d'une entreprise auprès d'une clientèle déterminée aux fins d'entretenir ou développer une part de marché, cette permanence fondant le caractère d'intérêt commun du mandat. La situation de l'agent commercial,[1994] dans la relation qui le lie à l'entreprise, n'est pas sans rappeler celle du travailleur subordonné : le contrat d'agence est dans la pratique un contrat à durée indéterminée dont les modes et les conséquences de la rupture tendent à préserver les intérêts de l'agent. De la sorte, le contrat est normalement rompu d'un commun accord avec respect d'un préavis ou unilatéralement en cas de faute grave, laquelle ôte à l'agent son indemnité de cessation de contrat.

Sur un tout autre plan, on observera que le législateur s'est montré particulièrement vigilant quant à la protection de l'emploi du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère. En effet, selon l'article L. 122148 du Code du travail, le salarié ainsi mis à disposition bénéficie d'un droit de retour dans la sociétémère afin d'occuper un emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de cette société. Cette solution légale, prise en application d'une situation particulière de mise à disposition internationale, a été étendue à la simple mise à disposition entre entreprises. La solution mérite d'être soulignée parce qu'elle marque la permanence du lien contractuel entre le salarié et son employeur initial malgré le transfert partiel d'autorité nécessaire à l'exécution de la prestation de travail. Le droit à l'occupation de l'emploi n'est donc que le prolongement de l'exécution normale du contrat de travail.[1995]

La seconde remarque tient aux effets induits par la pratique de l'externalisation. Ils ne sont pas sans lien avec l'emploi, au moins dans le sens où il est reconnu en tant qu'intérêt collectif protégé.[1996] Constater que l'externalisation conduit à un éclatement de l'entreprise c'est aussi montrer que certaines prérogatives, ici des droits collectifs qui ont pour cadre de représentation l'entreprise, sont atteints. Deux problèmes peuvent être pointés, la loi et la jurisprudence ayant apporté quelques solutions.

Une difficulté naît d'abord de ce que les contrats commerciaux qui engagent des salariés de l'employeur modifient plus ou moins profondément l'organisation de

[1993] Selon la Cour de cassation, « lorsque le mandat a été donné dans l''intérêt du mandant et du mandataire, il ne peut être révoqué par la volonté de l''une ou l''autre des parties, mais seulement par le consentement mutuel ou pour une cause légitime reconnue en justice ou enfin suivant les clauses et conditions spécifiques au contrat », Civ. 11 fév. 1891.

[1994] L''agent commercial malgré cette dénomination n''est pas un commerçant. C''est une profession civile qui nécessite une inscription au registre des agents commerciaux. Malgré les critiques de la doctrine sur le caractère civile de la profession, la Cour de cassation s''en tient au caractère civil du mandat. En outre la loi du 25 juillet 1991, est, sur ce point, restée muette.

[1995] Cass. Soc. 6 mars 1980, *Bull. V,* n°233. Sur cette question M. DANTIJUAN, « Le détachement du travailleur auprès d''une autre entreprise », *Dr. Soc.* 1985, 834 ; I. VACARIE, « La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés », *Dr. Soc.* 1989, 462.

[1996] Cass. Crim. 7 fév. 1984, *Bull. Crim.,* n°46. Dans cette espèce une société de conseils en informatique déléguait ses techniciens pendant un certain temps auprès de la société cliente mais qui suivait de très près l''activité des cadres délégués, leur faisait des suggestions et contrôlait l''accomplissement de la mission d''un bout à l''autre ; il n''y a pas, en l''espèce, de prêt illicite de maind''oeuvre.

l'entreprise. La question de la compétence du comité d'entreprise est alors posée.[1997] Une décision de la Chambre criminelle en date du 6 avril 1993 apporte une solution intéressante.[1998] Dans cette espèce, une banque décidait, d'une part, de confier à une filiale certaines opérations et, d'autre part, de soustraiter le traitement des chèques à une entreprise extérieure. Le chef d'entreprise est poursuivi pour délit d'entrave par le comité d'entreprise qui s'est refusé à prendre position sur les opérations projetées au motif que le chef d'entreprise lui déniait le droit d'accès aux contrats, ce dernier ayant toutefois communiqué les documents préparatoires. L'intérêt de l'arrêt est double. Il confirme, d'abord, implicitement la compétence du comité d'entreprise qui doit être informé et consulté lorsque des opérations modifient l'organisation de l'entreprise. Mais, se prononçant sur la nature des documents à transmettre, la Cour énonce qu'en vertu de l'article L. 4315 du Code du travail il est seulement imposé au chef d'entreprise de fournir des informations précises et écrites, ce qui ne lui fait obligation de communiquer le projet luimême, sauf dispositions légales particulières. On peut regretter ici une interprétation a minima du texte d'autant que la Cour écarte les motifs qualifiés de surabondants et d'erronés de la Cour d'appel qui s'était retranchée sur le caractère de projet des documents demandés et sur sa confidentialité.

Une difficulté naît enfin de la coupure entre salariés externalisés et leurs représentants notamment les délégués syndicaux de l'entreprise d'origine. Sur ce point la loi ne prévoit aucun mécanisme. Là encore la Chambre criminelle de la Cour de cassation a apporté une solution intéressante mais nécessairement limitée.[1999] Dans une espèce où des salariés effectuaient une mission extérieure de nettoyage de locaux, la Cour a rappelé le principe que les délégués syndicaux doivent être informés des missions extérieures auxquelles participent des salariés de l'entreprise. Mais l'arrêt relève surtout que l'action syndicale peut s'étendre à l'ensemble du secteur soumis à l'autorité de l'employeur et que les délégués syndicaux ont le droit et le devoir de contrôler les conditions de travail des salariés où qu'ils se trouvent employés. L'employeur qui est personnellement tenu de veiller au respect de la législation sociale ne saurait ainsi s'exonérer au motif que ses salariés ne sont pas sur le site de l'entreprise. Cependant, l'arrêt pose une limite pratique, il faut encore que l'entreprise d'accueil ne s'oppose pas à l'exercice de la mission des délégués syndicaux. Toutefois, les salariés de l'entreprise extérieure bénéficient de l'action des délégués du personnel de l'entreprise d'accueil. L'article L. 4221 alinéa 2 du Code du travail dispose que « ***les salariés d'entreprises extérieures qui, dans l'exercice de leur activité, ne se trouvent pas placés sous la subordination directe de l'entreprise utilisatrice peuvent faire présenter leurs réclamations individuelles et collectives concernant celles des conditions***

[1997] Article L. 4321 du Code du travail : « Dans l''ordre économique, le comité d''entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l''organisation, la gestion et la marche générale de l''entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d''emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel. »

[1998] Cass. Crim. 6 avril 1993, *Bull. Crim.,* n°148.

[1999] Cass. Crim. 5 oct. 1982, *Bull. Crim.,* p. 154.

d'exécution du travail qui relèvent du chef d'établissement par les délégués du personnel de cet établissement .» L'application de cette disposition pose néanmoins un problème puisqu'il ne vise que les cas où les salariés sont placés sous la subordination directe de l'entreprise utilisatrice, ce qui exclurait alors les salariés de l'entreprise soustraitante qui ne peuvent justement pas être placés sous la subordination du donneur d'ordres. Toutefois, on peut opter pour une interprétation extensive du texte, d'abord parce que sa rédaction apparaît maladroite dans l'usage du terme de subordination laquelle n'est en fait qu'une délégation d'autorité nécessaire à l'accomplissement de la prestation de travail, mais en tout état de cause ce transfert n'est pas complet. Mais surtout, ce serait alors priver ces travailleurs de toute représentation, ce qui n'est pas acceptable.

Monsieur Antoine LyonCaen faisait déjà remarquer que pour autant que les pratiques d'externalisation portent atteinte à l'emploi, encore fautil que l'atteinte trouve une justification dans la volonté délibérée de contourner des règles, présumées contraignantes. En effet, si l'extériorisation procède d'autres raisons, finalement non frauduleuses, alors il n'est pas concevable de limiter ce qui est l'exercice d'une prérogative du chef d'entreprise. La protection de l'emploi est par nature limitée. Elle emprunte deux voies, la première consiste à rétablir le champ de la protection c'estàdire à en rechercher le débiteur, la seconde porte sur les moyens nécessaires à la protection.

a) Dénégation de la qualité d'employeur

La caractéristique de l'externalisation est parfois la dissociation entre l'utilisateur de la force de travail et l'employeur ; c'est le cas pour les mises à disposition où l'utilisateur jouit d'une délégation d'autorité pour conduire le travail et c'est aussi, mais négativement, le critère de licéité de l'opération de soustraitance. Dans l'ensemble de ces situations, les parties créent une situation juridique que le droit du travail appréhende au travers de la qualification de prêt licite ou illicite de maind'oeuvre. Les causes qui conduisent à caractériser l'illicéité d'une opération de prêt de maind'oeuvre sont multiples. Elles peuvent par exemple tenir au non respect du formalisme en matière de travail temporaire. Ainsi la cour de cassation a jugé que « ***la formalité du contrat écrit étant (...) destinée à garantir qu'ont été observées les diverses conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de maind'oeuvre est interdite, son omission entraîne la nullité du contrat en tant qu'il est un contrat de travail temporaire***. »[2000] De même, le non respect des conditions permettant le recours au travail temporaire emporte la nullité du contrat.[2001] Dans d'autres circonstances, la question essentielle est celle du transfert complet de la subordination à l'utilisateur et conduit le juge à redonner à la situation créée par les parties son exacte qualification. Mais à la diversité de ces hypothèses, le droit du travail apporte une solution originale. Il sanctionne d'abord les comportements délictueux et il détruit l'apparence construite par les parties. Cependant, la nullité n'est pas l'anéantissement complet de la situation au regard du salarié. Tout au contraire, à la

[2000] Cass. Soc. 12 juin 1981, *Bull. V.,* n°558.

[2001] Cass. Soc. 6 juin 1995, *Dr. Soc.* 1996, 969.

fiction du montage juridique, à la violation de principes d'ordre public, le juge répond en restituant aux acteurs leur qualité. Le droit du travail recompose un environnement juridique conforme à ses prescriptions par la voie de la nullitérequalification.[2002]

Ainsi dans le cadre du travail temporaire, la méconnaissance par les parties de la réglementation conduit à prononcer la nullité des contrats en cause sans toutefois faire disparaître tout lien contractuel pour le travailleur intérimaire. La solution est certaine lorsque c'est le contrat de mission qui est nul. La Cour de cassation a jugé que ***« l'entrepreneur de travail temporaire conclut avec l'utilisateur un contrat qui méconnaît les exigences essentielles de la réglementation propre au travail temporaire, il se place en dehors du champ d'application de celleci ; ce dont il résulte que le contrat le liant au salarié est un contrat de droit commun.*** »[2003] En revanche, les possibilités pour le salarié d'invoquer les droits relatifs à un contrat à durée indéterminée contre l'utilisateur, lorsque le contrat de mission est critiqué, est limité par les textes aux seules violations des prescriptions des articles L. 1242 à L. 12424 du Code du travail, c'estàdire lorsque la mission ne correspond pas à l'exécution d'une tâche non liée à l'activité normale et permanente de l'entreprise. L'arrêt précité du 18 novembre 1981 qui prononce la nullité du contrat en tant que travail temporaire est pour sa part antérieur à l'ordonnance du 5 février 1982. Cependant, dans la relation triangulaire établie, il peut sembler que si le contrat de mission ne fait pas ressortir la qualité d'employeur de l'entreprise de travail temporaire, c'est l'utilisateur qui au regard de ces prérogatives doit être considéré comme tel.

Concernant les opérations de soustraitance ou de mise à disposition, la question se résorbe autour de la réalité de l'exercice de la subordination. Au fond la problématique ne diffère pas selon qu'il s'agit de savoir si le donneur d'ordres participe directement à la direction des salariés du soustraitant ou bien s'il s'agit de déterminer si l'entrepreneur indépendant n'est pas, en réalité placé sous la subordination juridique du donneur d'ordres. Seuls les critères vont se distinguer. Dans le premier cas si l'autonomie juridique de l'entreprise n'est pas en cause, c'est effectivement à la direction des travailleurs que le juge va s'attacher. Ainsi, lorsque les salariés détachés se trouvent placés sous l'autorité directe du personnel d'encadrement de l'entreprise utilisatrice la jurisprudence conclut à l'illicéité de l'opération, le donneur d'ordres est l'employeur véritable des travailleurs.[2004] Si le contrôle du personnel est suffisant pour dénaturer une opération de soustraitance, il est bien sûr inefficace dans le cadre d'une mise à disposition, puisque cette délégation est constitutive de la relation juridique. En revanche, la transmission d'autorité n'est plus partielle lorsque l'utilisateur décide du licenciement du personnel mis à disposition. L'utilisateur n'assure alors plus uniquement la direction technique du travail, mais il gère l'emploi, prérogative que l'employeur peut seul exercer.[2005]

2002 C. BOYERSAUZE, *Le contrat de travail : vers un renouveau ?*, Thèse Lyon 1996, spéc. n°96 et suiv.

2003 Cass. Soc. 31 oct. 1989, *C.S.B.P* 1989, A. 55.

2004 Cass. Crim. 3 mai 1994, *R.J.S.* 10/94, n°1224, « les ouvriers mis à disposition travaillent seuls sous les directives des cadres de ladite entreprise [utilisatrice], ce qui excluait toute prestation de services de l''entreprise fournissant de la maind''oeuvre. », voir les arrêts cités supra.

Lorsqu'il s'agit d'appréhender une situation de fausse indépendance, l'exclusion *a priori* de la qualité de salarié conduit le juge à rechercher d'autres facteurs permettant de détruire l'apparence créée. En ce domaine, la jurisprudence retient comme éléments déterminants l'exclusivité de la relation et les conditions matérielles de son exécution. L'exclusivité est une caractéristique de l'essaimage parce que souvent l'entreprise essaimée ne fait que récupérer une activité démembrée par « l'entreprisemère ». L'arrêt « Guegan » rendu par la Cour de cassation, chambre criminelle, est à cet égard particulièrement significatif. En l'espèce, une entreprise avait « invité » d'anciens salariés à s'inscrire au répertoire des métiers. Or, la Cour relève que ces artisans travaillaient exclusivement pour leur ancien employeur qui s'était, de surcroît, engagé à les indemniser des retards pouvant survenir dans l'exécution des chantiers, les matériaux, le gros outillage, le matériel de sécurité et les véhicules nécessaires étant fournis par l'entreprise. Les prétendus artisans se trouvaient donc en réalité intégrés dans un ensemble les plaçant en état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence d'un contrat de travail.[2006] Cette analyse a été plus récemment reprise dans une espèce où une entreprise louait des véhicules poids lourds à des artisans, entrepreneurs transporteurs, en vertu de contrats comportant au profit de la société une clause d'exclusivité concernant le personnel de conduite. C'est donc à bon droit que les juges avaient pu déduire que les artisans se trouvaient placés dans un état de dépendance économique et de subordination juridique caractérisant l'existence de contrats de travail et que leurs rapports avec la société étaient ceux de salariés à employeurs.[2007]

Au défaut de clientèle plurielle, viennent souvent s'ajouter les conditions d'exécution de la prestation. En effet, l'indépendance juridique du travailleur devient douteuse s'il ne l'est pas techniquement parce qu'il ne dispose pas d'outillage propre ou encore parce qu'il n'achète pas les matériaux et travaille avec ceux fournis par l'entreprise. Une telle dépendance technique empêche d'ailleurs toute recherche de clientèle autre que l'entreprise dans laquelle l'activité du faux indépendant se révèle être intégrée. Il ressort de ce type de constatations que les liens commerciaux qui unissent les deux entreprises ne suffisent pas à caractériser l'indépendance, le démembrement d'activité étant un pur artifice qui ne résiste pas à l'analyse.

Pour l'ensemble de ces figures, la jurisprudence s'attache, audelà des qualifications conventionnelles qui ne lient pas le juge, à rechercher le véritable employeur. Cette opération de requalification est essentielle car elle ramène dans le champ du droit du travail les situations qui en étaient exclues et permet de redistribuer les obligations afférentes à la qualité d'employeur. Cette étape participe directement à la protection de l'emploi, la requalification de la relation contractuelle faisant apparaître une situation d'emploi portée par un contrat à durée indéterminée.[2008] A cette fin, la Cour de cassation n'a pas hésité à reconnaître conjointement la qualité d'employeur aux entreprises en

2005 Cass. Crim. 25 avril 1989, *R.J.S.* 7/89, n°656.

2006 Cass. Crim. 29 oct. 1985, *Bull. Crim.,* n°335.

2007 Cass. Crim. 5 janv. 1995, *R.J.S.* 3/95, n°317.

cause. De la sorte, un salarié qui avait initialement été embauché par la société F. puis transféré à une autre en qualité de directeur est fondé à mettre en cause solidairement ces deux sociétés aux fins de paiement d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors qu'il est constaté que c'est la société F. qui lui avait adressé une mise en garde, trois avertissements et qui l'avait licencié. C'est donc justement que « la cour d'appel a fait ressortir que la société F. avait exercé son autorité sur M. Mazurier pendant toute la durée des relations contractuelles, ce dont il résultait, que les deux sociétés avaient la qualité d'employeursconjoints du salarié, dans le cadre du même contrat de travail ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision. »[2009]

Cette dualité d'employeurs doit donc permettre au salarié de trouver le meilleur débiteur afin éventuellement de préserver son emploi eu égard à l'obligation de reclassement qui s'impose en cas de rupture du contrat de travail fondé sur un motif économique. Précisément, l'imputation de la qualité d'employeur transmet la charge de l'emploi. Ainsi, l'entreprise devient débitrice des obligations afférentes et principalement celle de mettre à disposition un emploi. Un jugement a ainsi condamné sous astreinte un employeur à laisser aux salariés le libre accès à l'entreprise.[2010]

La protection de l'emploi assurée au travailleur résulte de l'attribution de la qualité d'employeur auquel incombe les obligations afférentes à l'occupation d'un emploi par le salarié. Cette réponse est traditionnelle et la jurisprudence, en ce domaine, s'est depuis longtemps prononcée.[2011] Mais la pratique de l'externalisation ouvre aussi sur d'autres problèmes.

b) « Cogestion » de l'emploi

La notion de cogestion signifie gestion commune, elle implique une coresponsabilité dans la gestion de l'emploi. Or précisément, l'externalisation quelle que soit sa forme interdit, à peine de confusion de la qualité d'employeur, que la subordination soit exercée conjointement. La mise à disposition autorise une délégation partielle d'autorité mais elle est strictement limitée à la direction du travail et non pas à la gestion de l'emploi. Seul l'employeur conserve cette prérogative. Il ne s'agit pas d'une confusion de ces pouvoirs, il est question des interférences entre les décisions de gestion du donneur d'ordres ou de l'utilisateur et de ses répercussions sur l'emploi du salarié prêté. La décision de gestion de l'un, qui n'est pas une décision de gestion de l'emploi puisqu'il n'est pas employeur, retentit sur la gestion de l'emploi de l'autre. Comme l'observait Monsieur Antoine LyonCaen, il y a une disjonction entre la cause de l'atteinte à l'emploi et la décision sur l'emploi, c'estàdire que c'est l'utilisateur de la force de travail ou le donneur d'ordres qui va créer le motif de licenciement.[2012] Sur ce plan, les décisions d'externalisation révèlent

[2008] Supra n°143 et suiv.

[2009] Cass. Soc. 22 janv. 1992, *Bull. V.,* n°23. Voir aussi Cass. Soc. 4 avril 1990, *Bull. V.,* n°157, *Dr. Soc.* 1990, 783.

[2010] T.I. Paris référé, 10 oct. 1980, *Dr. Ouv.* 1981, 145.

[2011] Voir notamment, I. VACARIE, *L' ' employeur*, Sirey, 1979.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

un de leurs objectifs : il s'agit de faire assumer la charge de l'emploi par un tiers à l'entreprise, sans que cette opération ne soit nécessairement frauduleuse. De ce point de vue, le travail indépendant se montre sous son vrai jour, et l'entreprise créée n'assume souvent que le risque sans retirer de bénéfices.[2013]

A ce problème deux réponses distinctes peuvent être apportées suivant la cause de la décision du tiers à la relation de travail.

S'il s'agit d'une « cause non économique », dans un premier temps, toute décision de l'utilisateur ne peut pas retentir directement sur le contrat de travail du salarié.[2014] Tout au contraire, l'employeur initial est tenu d'une obligation de retour du salarié dans l'entreprise ce qui sousentend qu'un emploi de nature équivalente soit proposé. Toutefois, l'utilisateur peut avoir mis fin à la relation pour un motif lié au salarié, son insuffisance professionnelle ou une faute disciplinaire. En conséquence, mais dans un second temps, l'employeur, en sa qualité, pourra prendre la décision de gestion de l'emploi qui s'impose : assurer l'adaptation du salarié ou prononcer une sanction disciplinaire en cas d'agissements qu'il considéra luimême comme fautifs. Ce n'est ni plus ni moins que l'exécution du contrat de travail et le législateur dans l'hypothèse particulière du travail temporaire fait même obligation de rechercher, en cas de rupture prématurée du contrat de mission, un autre emploi sauf si le contrat est rompu pour faute grave ou en cas de force majeure.[2015]

La situation est différente lorsque le motif de rupture de la relation entre les entreprises est de « nature économique ». Cette hypothèse concerne alors aussi bien le prêt de maind'oeuvre que la soustraitance. Dans un cas comme dans l'autre la fin de la relation entre les entreprises engendre incidemment un effet sur l'emploi des salariés. Cette situation peut donc être la source d'un sureffectif chez l'employeur. L'article L. 12212 alinéa 2 du Code du travail peut recevoir application et impliquer le successeur du soustraitant qui reprend le marché voire le donneur d'ordres s'il reprend à son compte cette activité. Mais on a aussi vu les limites à l'application de ce dispositif qui, en tout état de cause, demeure inopérant en cas de mise à disposition.[2016] Un auteur propose une voie intéressante et envisage d'assurer la stabilité de l'emploi sur la base d'un « groupe contractuel » entre les entreprises parties à la relation, seule la situation de soustraitance étant envisagée.[2017] Elle doit cependant pouvoir, sembletil, être étendue au prêt de maind'oeuvre. Elle s'appuie effectivement sur l'extension du domaine de reclassement au

2012 A. LYONCAEN, « A propos de l''entreprise éclatée », *Dr. Ouv.* 1981, 127.

2013 G. LYONCAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Connaissance du droit, Dalloz 1995. « Où mènent les mauvais chemins ? », *Dr. Soc.* 1995, 647.

2014 Il ne peut être ici question du donneur d''ordres car il n''intervient pas directement dans la conduite du travail des salariés externes à son entreprise.

2015 Article L. 1245 du Code du travail.

2016 Supra n °503 et suiv.

2017 M.L. MORIN, « Soustraitance et relations salariales », *Travail et Emploi* n°60, p. 23.

groupe, qui au sens du droit des sociétés n'existe cependant pas, mais que le juge pourrait faire rejaillir un peu à l'instar d'une unité économique et sociale. La proposition doit reposer sur deux principes. Le premier a déjà été posé à propos de l'application de l'article L. 12212 du Code du travail.[2018] C'est à l'employeur qu'il revient d'assumer au préalable la charge de l'emploi ce qui signifie qu'il lui appartient d'assurer l'emploi de ses salariés et à défaut de rechercher leur reclassement dans son entreprise ou dans le groupe auquel il appartient. Mais cette sphère du reclassement ne doit pas être seulement limitée au seul critère de contrôle ou de participation financière. La situation d'externalisation révèle un intérêt à ce mode d'organisation de l'entreprise. Il n'est donc pas d'empêchement insurmontables, lorsque l'employeur s'est acquitté de son l'obligation de moyens de recherche d'un emploi, de poursuivre dans l'intérêt de l'emploi une possibilité de reclassement chez l'utilisateur ou le donneur d'ordres. C'est là le second principe, l'intérêt trouvé dans un acte de gestion licite doit engager une responsabilité solidaire des agents économiques en vue de maintenir un lien d'emploi. On peut penser qu'une telle solution amènerait à plus de mesure quant aux décisions d'éviction de l'emploi de l'entreprise et participerait ainsi à sa protection.

Dans bien des situations où il est porté atteinte à l'emploi, il faut admettre que les salariés ou bien les travailleurs à qui l'on dénie cette qualité se retrouvent dans des situations précaires. Les stages ou contrats de travail de type particulier sont en principe réservés à des populations déjà engagées dans la spirale de cette précarité économique et sociale. Le travail à temps partiel n'est pas l'apanage des salariés les plus qualifiés, tout au contraire. On ne fait donc au mieux que graviter dans la sphère de la précarité soutenue par des formes juridiques de travail ellesmêmes précaires. Au pire et non sans paradoxe on renforce cette précarité. Ainsi, n'y atil pas un danger à vouloir faire de salariés souvent peu qualifiés des entrepreneurs, alors que la direction et la gestion d'une entreprise fût elle unipersonnelle appelle justement des compétences sérieuses ? c'est là une illusion qu'entretient le concept d'entreprise auquel est plus souvent substitué l'autoemploi.

Chapitre II : Pour la construction d'un droit de l'emploi ?

« ***La science des textes est de contribuer à la compréhension de ce dont les textes nous parlent ; autrement dit, de nous donner une vue imprenable sur le changement économique et social***. »[2019] La matière pour le juriste est la loi et la jurisprudence. Toutefois, cette matière du droit n'est que la traduction de la réalité, elle est positive au sens des juristes. Elle institue un ordonnancement mais elle doit aussi conduire à une réflexion sur les catégories juridiques créées.

Si depuis longtemps la doctrine travailliste a montré l'éclatement des formes d'emploi, ce n'est que récemment qu'elle s'interroge sur la pertinence des catégories, et sans doute en 1990, Monsieur le Professeur Gérard LyonCaen a ouvert la voie avec un rapport sur le

[2018] Supra n°276 et suiv.'

[2019] A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.* 1990, 485.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

travail non salarié.[2020] Quoi qu'il en soit, le débat est aujourd'hui clairement posé par la remise en cause de l'emploi en tant que clé de voûte du contrat de travail, voire de l'édifice du droit du travail. Cette réflexion n'est d'ailleurs pas propre à la doctrine travailliste, elle affecte d'autres disciplines comme la sociologie, l'économie et la philosophie. Le champ de la réflexion est vaste, il interroge la place du travail dans notre société.

De l'emploi au travail, le juriste peut soit observer, par identité, un seul monde (l'emploi est régi par le Code du travail) ou bien voir deux mondes parallèles, assez paradoxalement le travail n'étant pas, en soi, une catégorie du droit du travail.[2021] De plus, toute incertitude conceptuelle à l'intérieur même de cette discipline n'est pas définitivement levée en raison de la polysémie des termes employés. Il en va de l'emploi spécialement. L'incertitude croît encore lorsqu'est franchie la frontière de sa propre discipline, l'entente sur les concepts apparaît dans bien des cas rédhibitoire. Dès lors, il convient de s'expliquer sur les choix méthodologiques.

Tout d'abord, il importe de préciser la justification et l'étendue de l'exploration des disciplines non juridiques. Il apparaît, de façon récurrente, un certain cloisonnement des champs d'investigation, le débat sur le travail mettant singulièrement en exergue cette situation, alors même qu'il intéresse justement un large ensemble de disciplines. Il est ainsi topique de constater qu'au détour de sommes de réflexions sur le travail à l'initiative de la revue Esprit, il ne figure aucune contribution juridique.[2022] De même, la controverse née dans la revue Droit Social à l'initiative de Madame Méda, à propos de l'article de Monsieur Supiot,[2023] pour passionnante qu'elle fût, marque aussi les limites de l'apport de chaque discipline quant à leur objet d'étude.[2024] Cependant, audelà de ces difficultés, ne

2020 G. LYONCAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey 1990. Antérieurement, et trouvant aussi sa source dans « la crise de l''emploi » une réflexion avait été menée sur « l''effondrement du droit du travail » (G. LYONCAEN, *Le Monde* du 31 oct. 1978), mais la problématique posée n''était pas centrée sur l''emploi mais sur les règles de sa gestion. Se reporter à : B. BOUBLI, « A propos de la flexibilité de l''emploi : vers la fin du droit du travail ? » *Dr. Soc.* 1985, 239 ; Revue *Dr. Soc.* 1986, 559 et suiv. « Fautil brûler le Code du travail ? » ; F. SARAMITO, « Le droit du travail en question », *Dr. Ouv.* 1986, 39.

2021 On pourrait penser opposer la situation de travail à celle de non travail, mais le législateur utilise la formule « privé involontairement d''emploi », article L. 3511 du Code du travail. De même le travail clandestin, article L. 3244, définit, en fait, une situation de nondroit, hors d''une situation d''emploi licite. Enfin, lorsqu''il utilise le vocable travail, par exemple travail à temps partiel, ou bien travail des femmes ou travail de nuit, c''est de conditions d''emploi dont il est question.

2022 Collectif, *L' ' avenir du travail*, Esprit 1995 ; *Le travail quel avenir ?*, Folio actuel 1997.

2023 Cf., A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715, D. MEDA, « Travail et politiques sociales, à propos de l''article d''A. Supiot : « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1994, 334.

2024 Monsieur Supiot ne fait pas l''économie d''une réflexion sur la place du travail dans notre société, laquelle est critiquée par Madame Méda ; cependant que le juriste propose un cadre d''action avec des instruments, la philosophe trace des perspectives sans aucun encadrement normatif. Le rapport Boissonnat fait quant à lui oeuvre de synthèse et s''est largement ouvert aux juristes mais le rapporteur juridique a éprouvé le besoin de recadrer le propos dans la revue spécialisée Droit social, Th. PRIESLEY, « A propos du « contrat d''activité » proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. Soc.* 1995, 955.

pas tenir compte des contributions non juridiques est impensable. Le juriste est avant tout un casuiste pour lequel le contexte est essentiel. La pensée juridique ne peut donc pas faire l'économie de l'apport d'autres disciplines spécifiquement sur le thème du travail. Simplement, il faut en mesurer la portée. Aussi, pour autant que tout risque de contresens ou de trahison de la pensée des auteurs ne soit pas exclu, il n'apparaît pas inutile d'éclairer certains points de discussion avec les idées forces développées par ces auteurs.

Cela soulève un dernier point de méthodologie relatif au choix des auteurs. Il faut ici mettre à part la doctrine juridique où le souci de la plus grande exhaustivité est de rigueur. Mais on remarquera aussi, que si le thème du travail est central à plusieurs contributions essentielles, souvent évoquées dans les pages précédentes, la formalisation dans une problématique d'ensemble n'a été menée finalement que par quelques auteurs.[2025] Quant aux autres disciplines, « la méthode » est totalement empirique et procède pour une part essentielle des renvois par les auteurs euxmêmes à d'autres ouvrages.[2026] Eminemment subjective et sans prétention scientifique, cette recherche s'accorde néanmoins avec notre objectif précédemment défini.

On peut donner un sens, en droit positif, à l'emploi qui au sens de la loi, c'estàdire concrétisé par un contrat de travail à durée indéterminée, confère au salarié un statut protecteur qui dépasse la protection inhérente à toute situation juridique de travail. Il s'établit ainsi un lien d'emploi constitutif d'un droit limité pour le salarié, dans son étendue et dans son intensité, à la poursuite d'un contrat de travail malgré les atteintes portées à son exécution ; cette stabilité, fondement de la protection, trouvant son assise dans la conjonction de la permanence de l'emploi en tant qu'élément de la structure organisationnelle de l'entreprise et de la permanence du contrat à durée indéterminée. Le débat aujourd'hui posé ébranle non pas le bienfondé de cette analyse, mais à la fois plus simplement et plus radicalement l'architecture de la relation de travail de droit commun autour de l'emploi et plus avant la place du travail dans la société. Dès lors, il semble en résulter une remise en cause des catégories juridiques traditionnelles, le juriste étant invité à rechercher un cadre normatif cohérent en rapport avec les nouvelles perspectives dégagées. Il convient donc de poser aussi clairement que possible le cadre du débat (Section 1), afin de se livrer à une analyse critique (Section 2).

2025 F. GAUDU, « La notion juridique d''emploi en droit privé », *Dr. Soc.* 1987, 414 ; « L''organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 942 ; « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; « Les notions d''emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569 ; « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119. LYONCAEN G., « Critique d''une critique critique (sur le livre d''Alain Supiot) », *Dr. Soc.* 1994, 663 ; « Le droit virtuel : l''exemple du régime de l''emploi », *D.* 1995, Chron. p. 21. A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994 ; « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; « L''avenir d''un vieux couple : travail et Sécurité Sociale », *Dr. Soc.* 1995, 823 ; « Une littérature de fin de monde », *Dr. Soc.* 1996, 85 ; « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229. SIMITIS S., « Le droit du travail atil encore un avenir ? », *Dr. Soc.* 1997, 655. Collectif, *Le travail en perspectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998.

2026 AZENAR G., *Emploi : la grande mutation*, Hachette, 1996 ; Collectif, *Le travail, quel avenir ?*, Folio/Actuel, 1997 ; GAZIER B., *Economie du travail et de l' ' emploi*, Précis Dalloz, 1991 ; GORZ A., *Métamorphoses du travail. Quête du sens*, Galilée, 1988 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995.

Section 1 : Le cadre du débat : la fin de l'emploi, l'avènement de l'activité

Sans doute, la crise économique dont la première manifestation est traditionnellement fixée au premier choc pétrolier de 1973/1974, mettant un terme aux « Trente Glorieuses », n'est elle pas pour rien dans l'émergence du questionnement relatif à la place du travail et/ou de l'emploi dans notre société. En effet, l'évolution constante du nombre des chômeurs, la précarité subie, ont définitivement écarté tout caractère conjoncturel ; c'est d'une remise en cause des structures, au centre desquelles le travail fait figure de clé de voûte, dont il est aujourd'hui question.

Indépendamment de pratiques illicites, par exemple par la conclusion d'un contrat à durée déterminée afin de pourvoir un emploi dans l'entreprise, la catégorie « emploi » peut être dénaturée par le jeu de qualifications légales qui excluent la qualification « emploi ». Poussée plus avant, cette démarche conduit à une réflexion sur la pertinence de la catégorie « emploi ». On peut ainsi observer l'émergence d'une nouvelle conception du travail qui bouleverse le cadre d'analyse. La notion d'emploi telle qu'elle est saisie par le droit du travail est une approche « microéconomique », c'estàdire une approche structurelle de l'emploi dans l'entreprise. Seule cette approche justifie d'ailleurs les règles de protection de l'emploi et la reconnaissance d'un lien d'emploi. Or, l'approche nouvelle qui est proposée autour du concept d'activité, tend à s'écarter de l'entreprise et à se placer à un niveau global d'analyse et de mise en place des règles de droit. A l'évidence, cette posture, ce changement de cadre (on passe du « microéconomique », l'emploi, au « macroéconomique », activité) remet en cause l'existence de la catégorie emploi au sens défini et va donc à l'encontre de la défense de l'emploi dans l'entreprise. Il convient donc de se situer à un niveau global d'approche pour cerner la notion d'activité.

Un certain nombre de présupposés (Paragraphe I) ont conduit à l'élaboration de solutions visant à substituer au cadre de l'emploi, celui de l'activité (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les présupposés

Assez paradoxalement le rapport entretenu entre le discours sur le travail et/ou l'emploi semble se modifier *crescendo* avec l'évolution du chômage. Pourtant, si l'on veut bien faire abstraction quelques instants des conséquences sociales du chômage, le rapport entre la problématique aujourd'hui posée et cet état de fait est loin d'être évident. En effet, tout se passe comme si la privation involontaire de travail est dans un rapport direct de cause à effet avec le mode normal de mise au travail. La démonstration reste encore à faire. Pourtant, il semble manifeste que c'est dans ce présupposé, néanmoins construit sur des faits objectifs, que reposent les prémisses de l'analyse, conduisant en quelque sorte à démytifier le rôle de l'emploi.

1 Conjoncture et conjectures

Les corrélations sont hasardeuses, mais si l'observation du droit positif a quelque chance de nous donner cette vue imprenable sur le changement économique et social, sans doute fautil se risquer à exposer quelques chiffres. On peut retenir cinq indicateurs :

a) de 1986 à 1994, 500 000 licenciements pour motif économique, en moyenne, sont prononcés chaque année en France.[2027]

b) En 1974, le taux de chômage était de 1.8% de la population active, en 1984 : 9.5%, en 1992 : 10.1 %, en 1997 : 12.3% soit environ pour une population active de 22 430 000 personnes,[2028] plus de 3 millions de personnes sont sans travail.

c) La part des salariés dans la population active est en hausse quasi générale dans tous les pays industrialisés, à l'exception du RoyaumeUni. Ainsi, en France, l'emploi salarié est passé en 1955 de 12.6 millions de personnes à 19.5 millions de personnes, en 1994.[2029]

d) Pour la même période, l'emploi non salarié n'a, quant à lui, pas cessé de décroître, passant de 6.4 millions de personnes à 2.5 millions de personnes.[2030]

e) Enfin, en France plus de 80% des embauches sont aujourd'hui effectuées sur des contrats atypiques, contrats à durée déterminée ou contrats à temps partiel.

Bien que les situations juridiques d'emplois regroupent massivement les mises au travail dans les pays industrialisés et particulièrement en France, il apparaît que c'est moins l'état du salariat que la gestion du chômage qui commande toute réflexion, telle semble être le premier présupposé. En effet, à notre connaissance, malgré les crises économiques déjà endurées par les pays industrialisés, c'est la première fois qu'une réflexion aussi large est engagée. Les juristes travaillistes sont pris dans ce mouvement.

Ainsi, parmi les conjectures souvent posées revient le rôle du droit du travail dans l'état de l'emploi. Il est, en effet, présenté comme un facteur de rigidité et par voie de conséquence cause de chômage. Une telle assertion n'est cependant pas démontrée et des auteurs pensent, au contraire, que le niveau de protection juridique (facteur de rigidité pour l'entreprise) n'est pour rien dans l'état de l'emploi[2031] et, qu'au même titre, en aucun cas le droit du travail ne pourrait être tenu pour responsable du développement de la précarité.[2032] Ce constat, s'il doit être tenu pour vrai, appelle deux remarques. En premier lieu, si le droit du travail protecteur des intérêts du salarié n'a pas d'influence sur le chômage, il faut aussi, par retournement de la proposition, admettre que le mouvement de

2027 En 1983 : 366 173 ; 1986 : 584 100 ; 1987 : 606 307 ; 1993 : 598 362 ; 1994 : 487 654. Source : *Alternatives Economiques* n°140, p. 27, Ministère de l''emploi.

2028 Source : I.N.S.E.E., enquête emploi mars 1997. En juin 1997, 3 130 900 chômeurs au sens du Ministère de l''emploi, *Alternatives Economiques* n°151, p. 16.

2029 Source : *Alternatives Economiques*, n°140, p. 36.

2030 Source : *ibid.*

2031 A. SUPIOT, *Le Monde* du 26 juin 1996.

2032 F. GAUDU, « Les notions d''emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569. Selon l''auteur, le droit n''est pas responsables du développement de la précarité, le seraient, en revanche, l''état du marché du travail et l''évolution des comportements [sans doute fautil comprendre des entreprises].

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

flexibilité engagé n'a pas eu d'effet sur l'emploi, pas plus dans sa création que dans des suppressions, la hausse du chômage étant demeurée constante. Cela amène à la seconde remarque, les politiques d'emploi, qui trouvent leur expression dans des dispositions normatives, n'influent que secondairement sur l'emploi macroéconomique.[2033] C'est pourquoi Monsieur Supiot dresse un réquisitoire virulent contre l'instrumentalisation du droit du travail. Il examine sa construction et relève qu'il est souvent « un agrégat de dispositions circonstancielles » à vue étroite ne résultant finalement qu'un d'un empilement où toute cohérence est absente. Selon l'auteur, le droit ment lorsqu'il est instrumentalisé.[2034] En réalité, comme le souligne une très large doctrine, le droit du travail est un droit ambivalent.[2035] Monsieur Supiot enseigne ainsi que le droit du travail s'est ouvert, d'une part, à la reconnaissance de la personne dans la relation contractuelle (sécurité dans le travail) et, d'autre part, à la protection contre le risque de la perte d'emploi afin d'assurer la subsistance du travailleur (sécurité par le travail). Toutefois, l'auteur rappelle que la sécurité de l'emploi dans le droit du travail n'est pas première, elle n'est d'ailleurs que relative, et que c'est d'abord le principe de la liberté d'entreprendre qui prime.

Pourtant, la référence au droit commun, c'estàdire à l'emploi entendu au sens strict, demeure essentielle. Ainsi, Monsieur Gaudu observe que le but ultime des politiques d'emploi est l'accès au contrat de travail de droit commun.[2036] De la même manière, le mouvement législatif et jurisprudentiel de cette décennie est fortement marqué par la prise en compte de l'emploi en tant qu'objet juridiquement protégé. L'arrêt Expovit du 25 février 1992,[2037] marque ce mouvement, mais la loi du 12 juillet 1990 était venue à nouveau restreindre les cas de recours aux contrats de travail précaires, celle du 31 décembre 1992 a concrétisé l'obligation de reclassement du salarié à la suite d'une suspension du contrat de travail consécutive à une maladie ou un accident de droit commun, enfin la loi du 20 décembre 1993 a introduit l'obligation d'établir un plan de reclassement s'insérant au plan social en cas de licenciement collectif pour motif économique, couronnée par une jurisprudence rapide et hardie qui conclue à la nullité du licenciement individuel consécutif à la méconnaissance de cette obligation (arrêt Samaritaine du 18 mars 1997)[2038] Or, non

2033 Supra n°110 et suiv.

2034 A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. pages 225 et suiv. ; « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 655 ; on retrouve également cette critique chez Th. PRIESLEY, « A propos du « contrat d''activité » proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. Soc.* 1995, 955.

2035 Notamment : Collectif, *Le droit capitaliste du travail*, P.U.G., 1980 ; A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994, spéc. page 74 et suiv.

2036 F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535.

2037 Cass. Soc. 25 février 1992, formation plénière, *Bull. V* n°122 ; *R.J.S.* 4/92, n°421 ; *D.* 1992, 294, 390 ; *R.T.D.C.* 1992, 760 ; *Dr. Soc.* 1992, 379, 573 ; *C.S.B.P.* n°54, 279. Supra n°311 et suiv.

2038 Cass. Soc. 18 mars 1997, *Somm. de droit du travail* n°183, 2931.

sans paradoxe, alors que le droit positif continue à produire des normes à partir de la référence à l'emploi, renforçant sa valeur de principe, il est d'actualité de postuler que le modèle de l'emploi est obsolète. Les quelques données chiffrées exposées cidessus semblent asseoir ce postulat.

2 La place de l'emploi dans le travail, ou la fin de l'emploi

La crise économique porteuse de chômage est, à tort ou à raison, présentée aussi comme une crise de l'emploi. Le milieu des années quatrevingt a ainsi vu surgir une offensive pour la flexibilité des conditions de recours de la maind'oeuvre et des conditions d'exécution de la prestation de travail. La rigidité du droit de travail était alors mise en avant et des réformes législatives furent présentées afin de soutenir des objectifs d'ordre économique ; il fallait alléger les contraintes que ferait peser le droit du travail sur le marché de l'emploi. Si l'on relevait parmi les mesures phares l'élargissement des cas de recours au travail atypique mais aussi la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, force est de constater que l'état de la réflexion se cantonnait à une action sur les instruments. Il n'était pas alors question de repenser le cadre du droit du travail ; la remise en cause du travail et/ou de l'emploi y invite désormais. Il semble admis, plus ou moins implicitement, que l'emploi n'est plus un support pertinent à la relation de travail, tel est le second présupposé conséquence du premier.

La thèse est notamment défendue par Monsieur Supiot qui constate que l'idée de l'emploi telle qu'elle s'est construite avec le droit du travail n'est finalement qu'une étape, de courte durée, dans l'évolution du travail.[2039] Ainsi, il est remarqué que la société salariale reste dans notre histoire une exception ; c'est en effet, à partir de la seconde moitié du 18ème siècle que s'est constitué, avec l'essor de l'industrie, un salariat, au sens où le travailleur mettait à disposition sa force de travail contre un salaire. C'était l'acte de naissance du travail marchandise ou travail abstrait. Mais ce n'est que progressivement que le travailleur a été intégré à l'entreprise dès lors qu'a été ressentie la nécessité non seulement d'organiser la production mais aussi de conserver une maind'oeuvre dont la compétence allait croissant. La stabilité de la relation de travail fut ainsi tout autant nécessaire au travailleur qu'à l'entreprise. C'est en somme sur cette réciprocité des besoins que s'est construite la notion d'emploi. Or aujourd'hui, l'emploi, fruit du développement économique et de la croissance économique, ne serait plus adapté à rendre compte des situations de travail futures, il perdrait tout sens, les éléments constitutifs de sa représentation ayant évolués.

La notion d'emploi est bâtie dans la conjonction de trois unités : une unité de temps, inscrivant l'emploi dans une certaine durée (temps du contrat) et opérant une dichotomie entre le sphère professionnelle et la vie privée (temps du travail) ; une unité d'espace, l'entreprise construisant l'emploi par découpage de son activité en postes de travail ; enfin une unité d'action, le contrat de travail de droit commun vecteur de subordination juridique mais instaurant également une protection relative dans la relation d'emploi. C'est ainsi qu'on peut soutenir que l'emploi est comme une catégorie juridique opératoire traçant une

[2039] A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994. J. COPANS, « Vers la fin de l''exception salariale », *Le Monde Diplomatique*, janvier 1997.

frontière nette parmi les situations juridiques de travail. L'emploi a pour caractéristique sa permanence en raison de son intégration à l'entreprise et ne peut être juridiquement réalisé que par un contrat à durée indéterminée. Cet agencement menacerait l'équilibre d'un droit du travail qui s'est développé sur cette représentation de l'emploi.

Plusieurs indices significatifs sont avancés à l'appui de cette affirmation mais ils semblent tous trouver leur cause dans la réorganisation de l'entreprise. En effet, le modèle de l'entreprise taylorienne hiérarchiquement structurée autour de postes de travail précisément définis serait en passe de céder la place au modèle de l'entreprise « informationnelle » constitutif d'un nouvel ordre de rationalisation de l'activité. Pour peu que l'on arrive à donner un contenu à ce concept, où l'on comprend néanmoins la part croissante occupée par les nouvelles technologies dont l'informatique, on signifie, radicalement, que l'introduction dans l'entreprise de l'électronique et des technologies qui lui sont liées nous mettent face à « un véritable avatar du travail, avatar devant être ici entendu dans son sens premier de mutation, et travail dans celui que la révolution industrielle a donné à ce terme en en faisant le synonyme de salariat. »[2040] En clair, il se révélerait que l'entreprise deviendrait moins un lieu de production qu'un lieu de décision. Dès lors, le droit du travail historiquement et structurellement fondé sur l'entreprise (ne parlaiton pas naguère d'usine) serait inadapté. Un auteur a, récemment, souligné que le point d'ancrage du droit du travail autour de la notion de postes de travail (emplacements fixes et intégrés à l'entreprise) était en voie de s'effilocher en raison de l'extériorisation de la production. Il n'y aurait plus de postes de travail stables ni un « procès » de production commun à l'employeur et au travailleur, la relation devenant ponctuelle en fonction d'un besoin précis.[2041] On sent en creux l'émergence de la conception de l'entrepriseréseau. C'est cette lame de fond qui emporterait les repères traditionnels, l'entreprise d'abord, on vient de le dire, mais également et par voie de conséquence le contrat de travail avec un affaiblissement de ses caractères, la subordination, mais aussi de sa qualité.[2042] Le droit du travail construit essentiellement autour de l'emploi et du contrat à durée indéterminée ne serait plus qu'un cadre imparfait à la saisie de la réalité, au risque par ailleurs d'accentuer des lignes de fracture déjà manifestes. L'emploi en serait à la fois le révélateur et le catalyseur.

De la sorte, Monsieur Supiot souligne deux tendances[2043] : l'individualisation et la dualisation dans les relations de travail qui permettent aussi de pointer les mouvements contradictoires. En effet, l'individualisation passe par un renforcement des sujétions attachées à la subordination élément de la qualification « contrat de travail » alors que les rapports entre le salarié et l'entreprise prennent des contours plus flous. Les clauses relatives à l'emploi nient souvent des libertés fondamentales, dont la liberté du travail.[2044] Elles instaurent de même des relations de travail singulières que le statut collectif n'arrive

2040 J.M. MARECHAL, « Révolution informationnelle et mutation du travail », in Esprit, *L' ' avenir du travail*, page 53.

2041 S. SIMITIS, « Le droit du travail atil encore un avenir ? », *Dr. Soc.* 1997, 655.

2042 Supra n°64 et suiv.

2043 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

pas à ressouder : les rémunérations sont individualisées, les clauses de mobilité altèrent le sentiment d'appartenance à la collectivité de travail, les clauses de résultat imposent la compétitivité brisant les solidarités. De surcroît, la disparité entre les situations juridiques d'emploi établit une hiérarchie au sein des travailleurs dépendants dont l'image des cercles concentriques est la plus souvent utilisée afin d'en rendre compte. Schématiquement, l'entreprise resserre son activité autour de son métier auquel s'agrège un noyau dur de salariés engagés sous contrats à durée indéterminée alors que, sur un premier cercle périphérique gravitent les salariés sous contrats atypiques ou de type particulier et, qu'enfin, sur un second cercle se portent les « entreprises » soustraitantes et/ou travailleurs faussement indépendants. Audelà de l'éclatement bien compris des situations juridiques, ce sont les droits qui y sont attachés qui marquent cette dualisation. Ainsi, plus on s'éloigne de l'emploi permanent et à temps plein, plus le travailleur renoue avec un échange strictement marchand de sa force de travail dans le contrat. « Le contrat est nu parce que vidé de son statut. »[2045] Un double constat s'impose, non seulement l'emploi ne fournit plus un cadre satisfaisant, de droit commun il ferait figure d'exception, mais surtout il créerait et entretiendrait une rupture d'égalité dans le travail, la protection née du droit du travail ne profitant qu'aux contrats à durée indéterminée, son instrumentalisation s'avérant impuissante à résoudre les problèmes d'emploi.

Dans ces conditions, la voie est ouverte à la réflexion sur les catégories juridiques puisque l'emploi est réputé n'être plus un cadre pertinent. Le questionnement s'ouvre alors sur la distinction entre les notions d'emploi, de travail et d'activité, il déborde sur la place de l'Etat providence.

En effet, comme il a été dit, le travail marchandise a conduit à la notion d'emploi. Tout se serait passé comme si la notion d'emploi avait fédéré, moulé dans un cadre juridique commun les mises au travail. Autrement dit, l'industrialisation aurait inconsciemment amené à confondre le travail avec l'emploi, l'exemple le plus pathologique étant justement la codification des règles applicables au travail dans un Code du travail alors que, par principe, elles ont vocation à s'appliquer à des situations d'emploi entendues au sens strict ; le caractère dérogatoire des dispositions d'exception relatives aux formes atypiques « d'emploi », confirmant, cette hypothèse. Or cette omnipotence de l'emploi comme référant a dépassé le simple cadre de la mise au travail. Non seulement l'emploi a concouru à la stabilité de la relation contractuelle mais il a aussi et, substantiellement, contribué à localiser l'individu dans un « statut. » Sur ce constat la doctrine est unanime ; l'emploi a défini une identité sociale.[2046] Depuis 1945, les politiques sociales et bien évidemment l'institution du régime de Sécurité Sociale se sont fondées sur une garantie

[2044] Supra n°225 et suiv.

[2045] A. SUPIOT, « L''avenir d''un vieux couple : travail et Sécurité Sociale », *Dr. Soc.* 1995, 823.

[2046] Dans ce sens, A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229 ; F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; Rapport du Commissariat général au plan, Le travail dans vingt ans, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995 ; B. GAZIER, *Economie du travail et de l' ' emploi*, Précis Dalloz, 1991 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995. R. CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale. *Une chronique du salariat*. Fayard 1995.

économique dont le pivot est la sécurité de l'emploi. Comme le relève Monsieur Dupeyroux,[2047] le droit de la Sécurité Sociale est intimement lié dans une relation de cause et d'effet avec les dispositions protectrices de l'emploi. Il est ainsi souligné que l'emploi a réalisé un compromis entre la demande de l'entreprise et la demande de sécurité des travailleurs, la situation subordonnée dans l'emploi, nécessairement assise sur la stabilité de la relation contractuelle, étant assimilée à un substitut de propriété.[2048] Madame Méda résume la fonction de l'emploi : il [l'emploi] « c'est le travail considéré comme structure sociale, c'estàdire comme un ensemble de places auxquelles sont attachés des avantages et comme grille de distribution des revenus. L'emploi c'est le travail salarié dans lequel le salaire n'est plus seulement la stricte contrepartie de la prestation de travail, mais aussi le canal par lequel les salariés accèdent à la formation, à la protection, aux biens sociaux. » Par conséquent si l'emploi se déconnecte de son paradigme, il affecte le rôle même de l'Etat et interroge plus avant sur le rapport de l'individu à la société. Comme le souligne Monsieur Supiot, par le statut qu'il confère « la notion d'emploi est au coeur de l'Etat Providence. »[2049] En effet, c'est aujourd'hui seulement que l'on mesure les conséquences considérables de l'interventionnisme de l'Etat sur les modes d'acquisition des droits sociaux. L'Etat Providence a, dans un certain contexte économique, répondu à une demande sociale croissante. Si l'Etat a, dans l'une de ses premières fonctions, assuré la protection de la propriété, cette protection s'est étendue à des droits nouveaux, dont on peut penser que l'emploi relève. Au fond, il a fait du salarié un « quasi propriétaire » de l'emploi en instituant des mécanismes juridiques et sociaux qui lui ont donné une sécurité par l'emploi quasiment équivalente dans les faits à un droit de propriété.[2050] On peut donc dire que le contrat de travail à durée indéterminée vecteur de l'emploi a acquis une fonction. C'est de ce rapport du travail au contrat de louage de service que la notion d'emploi a pris corps. Aussi le problème de la représentation du travail devient cardinal.

En effet, le juriste analyse le travail sur le plan de l'échange entre la mise à disposition d'une force de travail et un salaire. Il en déduit une opposition classique entre le travail subordonné et le travail indépendant, relevant tout deux du concept d'activité professionnelle.[2051] Or le travail a été absorbé par l'emploi et a confiné l'exercice du travail indépendant mais surtout a créé une scission entre les titulaires d'un emploi et les régimes de travail précaire et la privation de travail. La doctrine s'entend, dans ces conditions, pour redéfinir précisément les catégories, cette démarche est d'ailleurs consubstantielle à la recherche de solutions,[2052] alors que la question du travail fait l'objet

2047 J.J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, spéc. n°8 et suiv.

2048 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

2049 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

2050 Cf. supra n°141 et suiv.

2051 Sur la notion : L. CASAUX, *La pluriactivité ou l' ' exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles*, *L.G.D.J.*, 1992, t. 231, spéc. p. 34 et suiv.

d'une controverse.

Tant Madame Méda que Messieurs Supiot et Gaudu insistent sur la nécessaire distinction entre l'emploi, le travail et l'activité.[2053] Il ressort nettement que désormais le travail ne peut pas [plus] être confondu avec l'emploi dont la forme salariée, qui est en droit comme en fait dans sa substance, n'est qu'un moment [dépassé] de l'histoire. Monsieur Supiot est particulièrement tranchant sur ce point en signifiant que « penser l'organisation du temps de travail en faisant l'impasse sur le travail hors l'emploi, ce n'est pas penser. »[2054] Il en ressort donc que l'emploi donne une vue particulièrement réductrice du travail puisque l'emploi rejette les formes de travail non marchandes telles que la formation ou le travail à titre gratuit dont le travail domestique.[2055] Les conclusions de Monsieur Gaudu sont identiques mais plutôt que d'analyser l'emploi comme une forme atrophiée du travail, il observe, quant à lui, une excroissance de la notion d'emploi qui ne se limite plus à sa fonction productive, d'utilisation de quelqu'un pour faire un travail,[2056] mais s'étend à des situations intermédiaires de formation ou de suspension de l'exécution de la prestation de travail. L'auteur propose donc une opposition entre l'emploi et l'activité professionnelle qu'il semble par ailleurs ne pas démarquer aussi nettement du travail.[2057] La notion d'activité serait de la sorte un peu plus large que la notion d'activité [professionnelle] dont le travail marquerait une forme neutre ou indifférenciée.[2058] Au sens proposé par Monsieur Gaudu, la notion d'activité est celle relevée plus haut comme *summa divisio* du travail, mais n'apparaît pas pouvoir être mise en concordance avec la notion de travail non marchand exprimée par Monsieur Supiot qui intègre le travail domestique, alors que Monsieur Gaudu semble l'exclure. On relèvera enfin la critique de Monsieur Supiot qui se montre réticent visàvis de la notion d'activité qu'il qualifie de notion molle dès lors que, pour l'auteur, l'activité est inséparable de la vie, la notion d'activité étant impropre à fonder des droits spécifiques.[2059] Cependant, ces deux auteurs s'accordent sur la place du travail et recherchent un cadre juridique adapté à son expression. Cette pétition est fortement critiquée par Madame Méda.

2052 Infra n°544 et suiv.

2053 A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229 ; F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119 ; D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995.

2054 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229.

2055 A. SUPIOT, *ibid.*

2056 Du latin *Implicare*, impliquer ici dans l''activité de l''entreprise.

2057 F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; « Les notions d''emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569 ; « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119.

2058 Spécialement, *Dr. Soc.* 1997, 119.

2059 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Cette querelle de la « valeur » du travail peut être perçue comme étrangère à la réflexion du juriste travailliste, elle serait même en quelque sorte l'annonce de son inanité ! Mais la contradiction vaut d'être présentée parce qu'elle pose au débat une question existentielle dont l'issue ne peut être ignorée, elle marque aussi la limite d'interaction des pensées lorsque les finalités sont communes mais les objets et les méthodes distincts.

La contradiction tient en l'affirmation de Monsieur Supiot pour qui le travail a une dimension anthropologique, c'estàdire qu'il serait une activité humaine fondamentale.[2060] Madame Méda réfute cette pétition de principe.[2061] Sans pouvoir reprendre l'ensemble de la démonstration de l'auteur, on peut retenir de sa recherche trois idées forces. En premier lieu, elle dénie tout caractère anthropologique au travail et prend appui sur la valeur négative accordée au travail qui, notamment chez les grecs, était réservé aux esclaves. Elle rappelle que le travail était alors dépourvu de toute dignité et qu'il ne pouvait pas, dans ces conditions, être un lien social, lequel se nouait dans l'exercice du gouvernement de la cité, autrement dit de l'activité politique. En deuxième lieu, l'auteur fait observer que ce n'est qu'à partir du 18ème siècle que la catégorie « travail » a été inventée[2062] et, plus tardivement encore, la notion de travail salarié aujourd'hui confondue avec celle d'emploi. Elle insiste sur le fait que le travail/emploi a été placé par l'essor industriel au coeur de la société parce qu'il est devenu la principale source d'acquisition d'un revenu qui a impliqué l'Etat pour rendre supportable le travail en abandonnant l'utopie socialiste de la libération du travail et en lui substituant la garantie de plein emploi.[2063] Conséquemment, et en troisième lieu, l'auteur s'interroge sur le devenir du travail, non sans avoir auparavant procédé à une critique ferme de l'économie. Aussi, ayant affirmé que le travail n'est pas d'essence anthropologique, il s'agit de repenser la place qu'il occupe dans l'idée « d'une bonne société ». Ce faisant Madame Méda refait surgir une certaine forme du mythe communautaire qu'elle oppose d'ailleurs au contrat. La société doit donner la possibilité aux individus de poursuivre ensemble un but qui ne recouvre pas nécessairement, et même au contraire, la forme travail. L'auteur appelle à donner un autre sens à l'action, déconnectée de l'activité productive même si celleci demeure, à l'orienter vers le gouvernement politique de la cité, seul susceptible de nouer

[2060] A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715.

[2061] D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995 ; Rapport BOISSONNAT, pages 321 à 344, et ses contributions in *Le travail quel avenir ?* Folio 1997 et revue Esprit Août/Septembre 1995.

[2062] Sans doute ce point là fait l''objet de critique. Il est ainsi souligné que le travail en tant qu''activité humaine, parmi d''autres, n''a pas été inventé comme le soutient D. Méda. Tout d''abord il est observé que dans les temps les plus reculés l''activité humaine consiste à répondre aux nécessités de la vie biologique et sociale ; c''est du « travail anthropologique qui s''exprime dans la formule gagner sa vie. Le travail n''est donc pas une invention du 18ème siècle, c''est seulement à cette époque que le travail est devenu un objet d''échange marchand qui donne naissance au marché du travail. D. BLONDEL, « Pour une prospective économique du travail utile aux politiques sociales », *Dr. Soc.* 1995, 16. L''auteur renvoie à la lecture de K. POLANYI, voir notamment : *La Grande Transformation. Aux origines économiques et politiques de notre temps*, Gallimard 1983.

[2063] D. MEDA, *Le travail, une valeur en voie de disparition*, Alto Aubier, 1995, spéc. pages 136 et suiv.

un lien social.

Si l'intérêt de l'analyse de Madame Méda est d'inviter à une réflexion sur le pourquoi de la création de cadres normatifs, il faut aussi constater qu'aucun auteur, malgré certains titres provocateurs, n'envisage sérieusement la fin du travail.[2064] C'est en réalité à une mutation que la doctrine tente de donner un sens et les définitions proposées par Messieurs Supiot et Gaudu sont évidemment indispensables à la compréhension des solutions proposées.

Paragraphe II : Les solutions : les différentes approches de l'activité

L'apport de la doctrine dans la compréhension, parfois de l'orientation, du droit positif est chaque jour considérable. L'essence [le devoir ?] de son travail est aussi d'éclairer un proche avenir, à la différence du juge qui doit appliquer la règle de droit.[2065] A cet égard, le sort réservé à l'emploi se montre topique : alors que la doctrine s'exerce à démontrer la fin de l'emploi, à rechercher des cadres d'analyses nouveaux, le juge continue à produire du droit sur le modèle de l'emploi. C'est que, justement, il est tenu par les cadres existants, sa fonction d'interprétation, de portée parfois majeure, ne pouvant pas s'en départir. Aussi, la doctrine doit elle proposer à ceux qui ont le pouvoir de créer la norme les fruits de sa réflexion. A propos de celle menée sur l'emploi, c'est à l'étude d'une partie considérable de la doctrine qu'il faut se livrer ; il suffit de feuilleter les publications spécialisées pour s'en rendre compte. Toutefois, bien que prenant part à ce vaste mouvement de réflexion, les analyses portent souvent sur un point particulier, le droit de la rupture du contrat de travail, sur lequel se bâtit une part importante de la protection de l'emploi, et qui en fournit l'illustration. Aussi, il convient de ne s'intéresser qu'aux contributions dont l'objet prend en considération la problématique exposée précédemment. A notre connaissance, les esquisses de cette réflexion se trouvent dans les travaux de Messieurs Supiot et Gaudu ainsi que dans le rapport présenté par la commission présidée par Monsieur Boissonnat pour le compte du Commissariat général du Plan. Bien que se construisant, globalement, autour de la notion d'activité (malgré les réserves de Monsieur Supiot), ces réflexions s'ordonnent autour de concepts différents.[2066]

1 La liberté du travail [2067]

A la source de l'analyse, M. Supiot prend acte des fissures intervenues dans le statut que le contrat de travail a donné au salarié. Il observe, d'abord une première brèche d'insécurité dans le contrat de travail notamment par la corrélation entre la réduction du

[2064] Notamment, J. RIFKIN, *La fin du travail*, La Découverte, 1996 ; A. SUPIOT, « Une littérature de fin de monde », *Dr. Soc.* 1997, 85.

[2065] Cela n''exclut évidemment pas la réflexion du juge, qui sait aussi nourrir la doctrine de sa pensée, mais à cet exercice dans la pratique de sa fonction, il ne peut pas se livrer.

[2066] Les développements qui suivent empruntent très largement aux auteurs cités. Il ne s''agit point de s''approprier leurs mots mais, autant que faire se peut, de ne pas trahir leur pensée.

temps travail et du salaire, puis une seconde par l'insécurité de l'emploi en raison de « l'enflement démesuré et l'installation durable d'un état de sousemployé qui rend manifeste la crise de la référence à l'emploi. » Ce qui apparaît essentiel est donc la décomposition du statut,[2068] engageant la société dans la voie d'une dualisation qui oppose les détenteurs d'un contrat nu, vidé de son statut, et les titulaires d'un contrat à durée indéterminée auxquels le droit du travail s'applique.

Pourtant si Monsieur Supiot observe que le contrat de travail n'est plus capable de porter un statut, il lui conserve sa place. Mais il invite alors à clairement dissocier la notion d'emploi de celle de travail laquelle ne doit pas se limiter au seul travail salarié. Le contrat de travail doit donc embrasser toutes les formes de travail afin de définir un état professionnel qui unirait ces différentes formes de travail. Dans cette perspective, le travail tient une place centrale, il fonde l'état professionnel quelle que soit la nature du travail.

Cependant, cette idée se trouve confrontée à l'éclatement des situations de droits attachées aux différentes formes de travail ; elles fondent d'ailleurs une opposition majeure entre le travail dépendant et le travail indépendant. Aussi, l'auteur propose d'établir des passerelles afin de rendre possible une mobilité entre ces états de travail afin d'établir un continuum des droits attachés au travail.[2069] Ces droits sont les suivants :

1. les droits sociaux « universels » garantis à tous, indépendamment du travail tels que prestations familiales l'assurance maladie et la formation professionnelle.

2. les droits fondés sur le travail non professionnel, c'estàdire des droits sociaux nés de l'exercice d'une activité socialement utile.

3. le droit commun de l'activité professionnelle dont les droits collectifs, la liberté syndicale, l'alignement des droits sociaux des indépendants et les principes fondamentaux comme l'égalité entre hommes et femmes, hygiène et sécurité.

4. les droits propres au travail salarié, c'estàdire liés à la subordination, euxmêmes gradués selon le degré de subordination.

Il s'agit alors pour Monsieur Supiot de proposer un cadre juridique qui permette

2067 A. SUPIOT, « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715 ; *Critique du droit du travail*, P.U.F., les voies du droit, 1994 ; « L''avenir d''un vieux couple : travail et Sécurité Sociale », *Dr. Soc.* 1995, 823 ; « Du bon usage des lois en matière d''emploi » *Dr. Soc.* 1997, 229.

2068 Entendu dans un sens large procuré par le revenu direct tiré du travail et le revenu indirect qui en découle sous la forme de redistribution.

2069 « Le travail est un engagement d''agir créateur de droits. »

l'acquisition de ces droits et qui soit susceptible d'accueillir l'exercice de cette mobilité professionnelle afin de donner corps à l'état professionnel. Ce cadre repose sur deux principes forts, le principe de la liberté du travail et le principe d'égalité. De la sorte, la liberté du travail doit être envisagée dans un sens dynamique c'estàdire avoir un sens social et pas seulement économique. Elle se traduit pour le travailleur, d'une part dans la libération du travail (maîtrise de la définition de l'aménagement du temps de travail de sa formation à l'évolution de son emploi), en deuxième part, à travers une mobilité professionnelle dans l'emploi y compris plus qualifié et, en troisième part, dans une mobilité entre les états professionnels, c'estàdire dans la possibilité de travailler hors de l'emploi y compris le non travail sans perte de tous les avantages sociaux. Mais cette liberté du travail concerne aussi l'employeur en le libérant de certaines contraintes ce qui passe, par exemple, par des simplifications administratives à l'embauche, une révision des modes complexes de gestion des systèmes de protection sociale, y compris de leur financement.

Quant au principe d'égalité il doit s'appliquer aussi bien au traitement entre les travailleurs, qu'aux relations entre employeurs afin de ne pas rompre l'équilibre du marché du travail. En effet, le maintien de l'égalité concourt à la création de la solidarité et doit s'étendre à l'ensemble des travailleurs quelque soit leur situation de travail. Cette solidarité trouve son assise non plus spécifiquement dans le contrat mais dans la profession qui rend compte des liens entre les différentes formes de travail qui donnent accès à une couverture sociale universelle base de la citoyenneté sociale.

En somme, les droits sociaux de la personne sont inséparables du travail lequel doit pouvoir s'exercer librement et conférer un statut économique (protection contre les risques) et un statut professionnel (droits à la formation et à la mobilité). Cette démarche tend donc à rompre avec l'orientation des politiques d'emploi parcellaires et cantonnées à la seule gestion de l'emploi. Ainsi, la liberté du travail doit devenir une liberté concrète que seul le travail dans sa diversité peut porter à la différence d'un droit de l'emploi réservé à une aristocratie salariale. C'est, pour Monsieur Supiot, la voie afin de retrouver une cohésion sociale perdue.

2 Le contrat d'activité [2070]

Mis en place autour d'un groupe d'experts représentant diverses disciplines, ce rapport se propose de tracer les perspectives du travail dans vingt ans. Aussi dressetil d'abord un bilan du travail et de l'emploi aujourd'hui pour en déduire, ensuite, les évolutions les plus probables et, enfin, après avoir examiné plusieurs solutions n'en retenir qu'une, le contrat d'activité, porteur du sens à donner à la relation d'emploi. Là comme ailleurs, on observe que le travail occupe une place cardinale par ses fonctions de production, de rémunération et d'insertion sociale. Mais, il est encore souligné qu'il faut rompre la confusion entretenue entre le travail et l'emploi afin de faire émerger le concept d'activité qui est susceptible d'englober toutes les actions socialement utiles. Dès lors, le contrat de travail historiquement attaché à l'emploi, n'est plus à même de rendre compte tant de la

[2070] **Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995 ; Th. PRIESLEY, « A propos du « contrat d''activité » proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. Soc.* 1995, 955.**

mutation du travail que de la recomposition (indissociable) de l'entreprise. Par voie de conséquence le droit du travail, centré sur l'emploi, n'est plus opérationnel (on parle d'obsolescence juridique), le chômage rendant nécessaire une transformation du cadre juridique de saisie du travail. Pour les auteurs du rapport la voie doit être celle de l'élargissement de la notion juridique du travail.

Développant les constats précédemment évoqués (affaiblissement des critères distinctifs du contrat de travail, ouverture de l'objet du contrat à d'autres sphères que la prestation de travail) il est souligné l'importance de la mobilité professionnelle du travailleur. Cette mobilité va ainsi pouvoir trouver un cadre adapté dans le concept de pluriactivité qui doit rendre naturel le passage d'un statut de salarié à celui d'entrepreneur (sic). Mais cette mobilité n'est pas limitée au passage entre les statuts, elle est aussi fonctionnelle dans la mesure où elle s'appuie sur la formation professionnelle du travailleur. Conséquemment, s'il est admis que le contrat de travail ne peut pas supporter la pluriactivité, il faut mettre en place un contrat d'activité qui pourrait accueillir aussi bien le contrat de travail (on parle de souscontrat de travail), que des actions de formation professionnelle, du travail indépendant voire des situations plus atypiques comme le stage. Le contrat d'activité définit donc un nouvel espace de travail.

Le contrat d'activité étend le champ d'application du contrat de travail sur trois points essentiels :

1. Quant à l'objet du contrat, qui s'ouvre à la mobilité entre les différentes formes de travail ou d'action et de formation professionnelle. Il s'agit, selon les auteurs, de créer un lien juridique afin d'éviter les ruptures de droits qui remettent en cause le statut social de la personne. Ainsi, l'accès au contrat d'activité s'inscrit dans une linéarité des ressources par une garantie du revenu, de la protection sociale qui aboutit à préserver l'identité sociale que seul le travail peut conférer.

2. Quant au temps, puisque le contrat d'activité noue une relation stable d'une durée minimale de cinq ans.[2071] Une telle durée permet donc de stabiliser la relation (nécessaire à l'ouverture de droits qui passe aussi par une durée minimale de travail productif à l'intérieur de cet espace temps) et de donner corps au concept de travail global notion qui a vocation à supplanter le travail marchandise.

3. Quant au champ personnel de la relation d'emploi, il prévoit que le contrat d'activité établit un rapport entre les actifs, d'une part, et un collectif de responsables économiques et sociaux composés d'employeurs relevant d'un groupement d'entreprises (d'organismes publics ou d'associations) librement constitué, d'autre part. Autrement dit, la relation d'activité consisterait à créer un réseau de partenariat entre les acteurs économiques dans un champ géographique et professionnel (la branche d'activité) limité, l'actif contractant avec le groupement et exerçant sa mobilité professionnelle à l'intérieur du contrat d'activité.

Outre le remodelage de la relation individuelle de travail, le rapport préconise de revoir les

2071 Le rapport envisage aussi la question non plus du temps du contrat mais du temps de travail en estimant nécessaire une baisse de la durée du travail qui devrait être ramenée à une durée annuelle de 1 500 heures.

relations collectives au sein du cadre qu'institue le contrat d'activité. En cela, le contrat d'activité transforme les espaces classiques de la négociation collective. En effet, les auteurs insistent sur un recentrage de l'action du législateur autour d'un socle intangible d'ordre public des droits et des protections des travailleurs et renvoie à une négociation au niveau du réseau des acteurs qui fondent le groupement avec pour mission d'organiser la responsabilité sociale des protagonistes. Cette initiative appelle de ses voeux une réactualisation de la représentativité syndicale qui participerait du même coup à la dynamisation du partenariat social.

Le contrat d'activité se présente comme une extension maximale du contrat de travail dans le but d'élargir la source des droits sociaux aux différentes facettes du travail et de remédier ainsi au chômage et à l'exclusion croissante.

3 Le statut de l'actif [2072]

Le regard porté par Monsieur Gaudu sur ce problème était attendu tant l'apport de son travail de recherche sur la notion d'emploi est déterminant.[2073] A ce jour, Monsieur Gaudu plus que de vouloir, pour l'heure, présenter un cadre, examine avec précision les conséquences du dépassement de la situation actuelle. Ainsi, pour l'auteur un point est acquis, le statu quo n'est pas possible. En effet, il adhère à l'idée selon laquelle le plein emploi n'est plus accessible (l'entreprise ne peut pas apporter à tous l'emploi) il est donc nécessaire de repenser le statut octroyé par l'emploi, pour un statut de l'actif.

L'objectif du statut est de favoriser la prise en compte de différentes phases, contrats de travail multiples, chômage, formation professionnelle ou congés afin d'ouvrir des droits à l'actif. L'auteur recherche une justification au dépassement du statut de l'emploi par le statut de l'actif et la trouve dans l'évolution de la situation d'emploi supportée par le contrat de travail. Il observe notamment que le contrat de travail n'est plus centré sur son objet traditionnel qui consiste en l'échange d'un travail contre un salaire. L'objet du contrat de travail devient complexe, il intègre, notamment, sous l'impulsion du droit du licenciement pour motif économique, un objectif de formation qui le conduit à se détacher d'une vision strictement contractuelle de la relation de travail. L'évolution du régime de la suspension du contrat de travail conforte cette analyse. Pour Monsieur Gaudu le contrat de travail n'est donc plus seulement limité à l'exécution de la prestation/production de travail ; il sert de cadre à une activité parfois totalement extérieure. Aussi, « au lieu d'être en soi le statut du salarié, le contrat de travail, devient un élément d'un ensemble juridique plus vaste », il s'insérerait dans le cadre « d'un parcours » duquel le travailleur tirerait ses droits sociaux.

Mais l'auteur mesure immédiatement les limites de toute modification des cadres existants. En effet, il remarque que les droits nés du statut peuvent être définis sans trop de difficultés, même s'il observe que des pans autres que le droit du travail devront être

2072 F. GAUDU, « Du statut de l''emploi au statut de l''actif », *Dr. Soc.* 1995, 535 ; « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119.

2073 F. GAUDU, *L' ' emploi dans l' ' entreprise privée, essai d' ' une théorie juridique*, Thèse 1986, et les références ou renvois déjà cités.

réaménagés.[2074] Mais là n'est pas l'obstacle majeur, car l'auteur soulève la question des devoirs de l'actif. Positivement, dans le cadre des droits sociaux, ceuxci ne s'acquièrent quasi exclusivement qu'avec le contrat or, sans doute, sauf à laisser se poursuivre la dualisation de la société et donc ne rien résoudre cette solution peut s'avérer inefficace. Aussi l'auteur propose que soit examinée la question d'un « devoir d'état » de la personne ; c'est un devoir de travail inséparable du droit à l'emploi et la formation professionnelle qui trouve son fondement dans la Constitution (chacun à le devoir et le droit de contribuer au bien commun). Manifestement, Monsieur Gaudu se place dans une optique dirigiste du rôle de l'Etat qui, bien évidement sans pouvoir contraindre par corps au travail, devrait pénaliser l'oisif, ce qu'il ne manque déjà pas de mettre en oeuvre. L'auteur fait ainsi référence à la thèse solidariste de Monsieur Duguit et prend appui sur le droit suédois luimême fortement empreint de dirigisme afin d'inciter notamment les femmes au travail.[2075]

L'intérêt de la réflexion de Monsieur Gaudu n'est donc pas d'apporter un modèle prêt à l'emploi. Il admet également que l'acquisition des droits sociaux doit être redéfinie dans un cadre plus large que celui déterminé par l'emploi, cela passe par une articulation entre les droits acquis dans des contrats de travail à objet étendu. Mais l'auteur entend aussi poser la question de la responsabilité des acteurs y compris de l'individu, ce qui relève de la citoyenneté.

Section 2 : D'une affirmation en guise de critique : pour un droit de l'emploi

Toute réflexion sur le travail et l'emploi ne peut pas se départir de l'emprise du juridique parce que le droit occupe une place essentielle en tant qu'il fixe un système de valeur. Ainsi, le travail, même si cela peut être contesté, reste dominant dans notre société. Aucun auteur n'envisage sa disparition parce que, lui seul, est susceptible de fonder des droits spécifiques c'estàdire des droits sociaux gérés par l'Etat, d'abord collectés sur le revenu du travail puis redistribués. Ainsi, la remise en cause du travail est d'autant moins pensable qu'il est le fondement même de ces droits qui sont notamment inscrits dans les déclarations des droits de conventions internationales ratifiées et dans le préambule de notre Constitution.[2076] Le travail est donc l'assise du « pacte social » même si l'institution d'un revenu minimum sans contrepartie n'est aujourd'hui guère remise en cause.[2077] Mais la reconnaissance des droits sociaux doit être financée et l'ouverture de ces droits appelle

2074 Ainsi Monsieur Gaudu démontre que même la définition des droits pose des difficultés ; les financements des droits sociaux devront être remis à plat. On mesure là l''ampleur de la tâche. L''auteur est sur ce point extrêmement lucide, il parle de statut contrarié.

2075 F. GAUDU, « Le marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 942.

2076 Déclaration Universelle des Droits de l''Homme, 10 déc.1948 (a. 22 et suiv. notamment a. 25 : « toute personne à droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bienêtre et ceux de sa famille (...) ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d''invalidité, de veuvage de vieillesse, ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ») ; Convention n°102 de l''OIT ; Charte Sociale Européenne du 18 nov. 1961, ratifiée la loi du 23 déc. 1972 (*J.O.* 9 oct. 1974).

à toujours plus de travail ; ainsi le temps de cotisation, donc de travail, a été allongé afin de bénéficier d'une retraite à taux plein,[2078] de même la baisse des prestations sociales,[2079] qui invite à l'assurance complémentaire, sollicite la source directe du revenu, donc le travail. Le débat ne serait que faussement posé s'il était réduit à la place du travail dans notre société, ou à sa valeur. En effet, explicitement ou implicitement, les solutions proposées s'ouvrent soit sur une compréhension large du travail (c'est l'activité mais qui reste dans la sphère de l'économie) soit dans le cantonnement du travail contraint (il faut comprendre l'activité économique) et la redécouverte « d'oeuvres » socialement utiles basées sur le temps libéré.

La corrélation entre le travail et l'acquisition des droits doit donc être le point départ mais aussi le point d'arrivée de toute réflexion. Or comme le souligne Monsieur Gaudu, seul le contrat est susceptible de servir de base à l'acquisition des droits. Le problème en suspens est de savoir, d'une part, quel contenu doit recevoir la notion de travail et, d'autre part, de déterminer quel contrat sera susceptible de fixer un cadre pertinent à la relation de travail. La redéfinition du contrat de travail, par opposition au contrat d'emploi perçu aujourd'hui comme une anomalie, est donc un enjeu essentiel dans la maîtrise du travail et de l'emploi. Le statut de l'actif ou le contrat d'activité, on l'a vu, invitent à la réflexion. La problématique posée renvoie, sembletil, à la question de savoir comment le droit du travail peut être au service de la régulation sociale dès lors qu'il est admis que l'unité construite autour de l'emploi n'offre plus un cadre d'action convaincant.

Tout en prenant garde de ne point omettre le travail hors de l'emploi,[2080] ce qui conduirait à un *statu quo* d'autant plus inacceptable qu'il est impossible de méconnaître les mutations qui s'opèrent autour de l'emploi, on peut tenter de reconsidérer autour de quelques éléments critiques le postulat de la fin de l'emploi. En effet, il semble que tout engagement dans la voie de la recomposition d'un cadre juridique suppose, au préalable, la démonstration sur le plan juridique des contradictions internes de ce cadre, démonstration seule susceptible alors de justifier une construction nouvelle. Aussi, à imaginer que le modèle de l'emploi puisse être encore le cadre juridique adéquat à l'objectif d'acquisition des droits sociaux, sans doute fautil esquisser ce que doit devenir un véritable droit de l'emploi. Autrement dit, il s'agit de confirmer l'emploi (Paragraphe I) et de défendre l'emploi (Paragraphe II).

Paragraphe I : De la confirmation de l'emploi

2077 Loi du 1er déc. 1998 instituant le Revenu Minimun d''Insertion, modifiée par la loi du 27 juill. 1992. Voir J.J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz 1993, 12ème éd., n°985 et suiv.

2078 L''allongement de cotisation est de dix trimestres, soit deux et demi de plus. Articles L. 3511 et R. 3511 et suiv. du Code de la Sécurité Sociale.

2079 Les cotisations sociales d''assurancemaladie augmentent tandis que le remboursement des frais médicaux diminue (de 70% à 65%) et que le forfait hospitalier à la charge du salarié est majoré (55 francs).

2080 Remarque de Monsieur A. Supiot, in « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229. « Penser l''organisation du temps de travail en faisant l''impasse hors l''emploi, c''est ne pas penser. »

La notion d'emploi est tout autant un élément de l'analyse économique que de l'analyse juridique. Il catalyse d'ailleurs ce rapport entre « l'économique » et le « juridique » au point que la question de l'emploi est devenue une question du droit du travail au moment où il est devenu objet de conflits en raison de l'instauration d'un cadre de droit nécessairement contraignant auquel les stratégies managériales n'ont pas voulu se plier. Ainsi, il semble que l'emploi est devenu un enjeu essentiel depuis le traitement par la loi de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée et l'encadrement du recours au contrat à durée déterminée. C'est en effet à partir des années soixantedix que la dualité entre « le contrat d'emploi » et les contrats de travail atypiques a pris consistance et a fondé une scission dans les situations juridiques de travail.

L'idée de protection de l'emploi, c'estàdire de saisie par le droit du travail de cette notion, est consubstantielle à une certaine représentation de l'emploi, dont la permanence est l'attribut essentiel. Or précisément, c'est sur ce statut de protection de l'emploi, reposant essentiellement sur le salaire, les conditions de travail et la protection sociale que l'Etat et les salariés ont organisé la vie sociale. La crise de l'emploi légitimerait donc la remise en cause de l'emploi. Mais, y atil crise de l'emploi ? Rien n'est moins sûr, sur le plan juridique tout au moins. L'opposition entre l'emploi et le travail ou l'activité semble relever, en réalité, du débat de fond entre rigidité et flexibilité du droit. En effet, l'emploi est un objet construit et ses frontières sont rigides, alors que l'activité est un monde flexible. Mais l'un et l'autre mettent en exergue une indispensable mobilité professionnelle, le point d'achoppement étant de savoir si cette mobilité doit s'exercer dans le statut de l'emploi ou dans un statut recomposé autour du travail.

1 L'emploi, une construction rigoureuse

Y atil une crise de l'emploi ? Pour comprendre le sens de cette question, il faut revenir un court instant aux sources qui ont présidé à la remise en cause de l'emploi. Ainsi, Monsieur Supiot énonce clairement que « c'est l'installation de l'état de sous employé qui rend manifeste la crise de référence à l'emploi »,[2081] remarque qu'il prolonge du constat de la décomposition du statut qui y est attaché. Cependant, la crise de l'emploi passe par les prismes du chômage et de « l'emploi atypique ». La corrélation entre la crise de référence à l'emploi et le nonemploi ou le sousemploi est, sur un plan juridique, abusive. En effet, l'emploi est un objet construit par le droit mais cette construction repose sur le principe de la liberté d'entreprendre.[2082] Autrement dit, l'entrée dans la sphère du droit du travail de l'emploi n'est que l'exercice d'un choix de gestion de l'entrepreneur. L'emploi, au sens macroéconomique est le travail abstrait, c'estàdire un travail rémunéré qui place le travailleur dans un état de subordination juridique vis à vis de celui qui loue la force de travail mise à disposition. Au sens microéconomique, l'emploi est un élément de l'activité de l'entreprise. Cet emploi microéconomique, cet emploi dans l'entreprise, n'est que la conséquence d'un choix de gestion économique. L'entrepreneur/employeur dispose dans ce choix d'une totale plénitude dans l'alternative à l'emploi.

2081 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

2082 En ce sens, A. LYONCAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. Ouv.* 1995, 281.

L'analyse historique de la naissance du salariat renforce cette compréhension de l'emploi. Effectivement, si le salariat a pu être confondu avec l'emploi c'est, il est vrai, après une lente évolution. L'emploi est un fait récent. Néanmoins, alors que l'idéal révolutionnaire faisait du contrat le noeud de relations égalitaires entre les hommes,[2083] la mise au travail, indépendamment de l'idée même d'emploi, s'est effectuée dans un contrat mais un contrat inégalitaire. L'entreprise est une organisation orientée vers un but et la rationalité de cette organisation ne s'est pas tournée vers un réseau de contrats commerciaux mais bien vers le contrat de travail. L'entreprise établit donc intrinsèquement une relation d'ordres, de hiérarchies qui a fait prévaloir dans la logique de son développement le contrat de travail sur le contrat commercial, parce que le contrat de travail assure la maîtrise du travail. L'emploi saisi par le droit du travail est la conséquence de l'organisation méthodique de l'entreprise.[2084]

On peut donc avancer l'hypothèse que l'emploi n'est pas, en soi, un modèle en crise. Il est, et demeure, le résultat d'une logique économique ; c'est une construction de l'activité de l'entreprise. De la sorte, le chômage, comme « l'emploi atypique », résultent moins d'une « crise de l'emploi » que de l'expression de la liberté d'entreprendre. En effet, la logique qui sous entend la recrudescence des formes atypiques de mise au travail est consécutive à la recherche de compétitivité pour l'entreprise, compétitivité qu'elle exprime, notamment, par l'alternative dans l'emploi. L'essaimage, la soustraitance, comme le temps partiel sont autant de manifestations de la liberté de construire de l'emploi (emploi ou activité) ou de le gérer (quantité de l'emploi).

Si l'on admet que l'émergence de l'emploi est l'expression d'un pouvoir, c'est corrélativement souligner que le droit du travail (en vérité droit de l'emploi et des conditions de travail) est un droit d'ordre public relatif. Le caractère absolu de l'ordre public du droit du travail ne se fait connaître que lorsque dans l'alternative à l'emploi, l'entrepreneur a opté pour la qualité d'employeur, c'estàdire qu'il a concrétisé, par la nature de la relation nouée, une situation juridique d'emploi. La rigidité de l'emploi naît alors du choix dans l'alternative dans l'emploi et dans l'ordre public attaché à la qualification « emploi ». On sait, en effet, que l'employeur est contraint par la définition légale de la notion d'emploi. Il ne peut pas pourvoir une activité normale et permanente de l'entreprise autrement que par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, contrat de l'emploi, au sens strict. La décision de gestion de créer une situation juridique d'emploi est donc gouvernée par un principe de liberté, en revanche, la gestion de la situation juridique d'emploi est strictement encadrée. A ce titre l'emploi est une construction rigoureuse.

Ce principe posé, on peut alors soutenir qu'il n'y a pas de crise de l'emploi, au sens du droit de l'emploi. En effet, sur le plan du droit, une crise de l'emploi devrait révéler une contradiction interne du droit du travail. Or il n'en est rien, d'une part, parce que le contrat de travail, peu important sa nature, est le point de passage obligé pour l'entreprise dans la

2083 G. AUBIN et J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Droit fondamental, PUF 1995, spéc. n°113 et suiv.

2084 Dans le même sens, J. PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l''entreprise au concept de droit », *D.* 1997, 97. Selon l''auteur, il ne faut pas voir dans le contrat sa simple dimension juridique, un contrat pour l''entreprise est la mise en oeuvre de sa stratégie.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

domestication du travail fourni par autrui et parce que, d'autre part, l'assertion selon laquelle le droit du travail serait une cause directe de chômage ou de la recrudescence de « l'emploi atypique » n'est pas scientifiquement démontrée, tout au contraire déniée par une partie importante de la doctrine, et contredite dans les faits.[2085] Communément, la « crise de l'emploi » pourrait alors être interprétée comme une crise du travail, c'estàdire comme une pénurie d'activité pour les entreprises. Mais la question n'est alors plus d'ordre juridique.

Toutefois, le trouble conceptuel que semble faire naître l'idée de « crise de l'emploi » peut cependant être justifié *a posteriori* par la confusion entre les notions de travail et d'emploi. Ainsi, en tenant pour acquis l'amalgame entre le travail et l'emploi, il est affirmé que l'entreprise ne peut plus fournir le plein emploi, entendu comme la possibilité de faire entrer une très large part de la population active dans le moule des situations juridiques d'emploi et spécifiquement dans le « statut » de l'emploi.[2086] Cette analyse part du postulat de la réduction de la demande de travail émanant des entreprises. Simplement, il faut constater que le travail, comme l'emploi, ne sont pas des biens, ils sont le résultat d'une construction intellectuelle qui rend compte abstraitement d'une situation juridique entre deux cocontractants. Il ne saurait donc y avoir, au sens du droit, pénurie de travail ou d'emploi. L'emploi, le sousemploi et le nonemploi sont donc des constructions de gestion imputables à l'entreprise. Dès lors, la question de l'emploi, en réalité de l'activité de l'entreprise, ne doit pas être directement traitée par le droit du travail sauf à remettre en cause le droit du travail luimême.

A cet égard, l'émergence du concept d'activité doit aussi être regardé comme une réponse à une demande de l'entreprise de flexibiliser les normes qui ont pour objet de traiter de l'emploi et non pas comme seulement la création d'un nouvel espace d'acquisition des droits sociaux.

2 L'activité, un monde flexible

Si la thèse selon laquelle l'emploi est objet d'une construction peut être accueillie, il faut sans doute se retourner sur l'acte de gestion qui décide de l'emploi. C'est d'une autre façon se demander quel lien doivent entretenir le « juridique » et « l'économique ». En effet, la question de l'emploi ne s'est posée qu'à partir du moment où la rationalité économique a tenté de se soustraire à la contrainte de l'emploi juridique c'estàdire du contrat de travail à durée indéterminée pour la gestion de l'emploi économique c'estàdire de son activité. Ces choix de gestion seraient finalement sans conséquences si les situations d'emplois n'étaient pas à la source de la création des droits sociaux. Ainsi, la réponse apportée par l'activité, qui a pour finalité d'assurer à chaque actif la continuité du revenu indispensable à l'octroi des droits, peut être observée comme un palliatif à la flexibilité imposée par les entreprises dans leur choix de gestion de leur activité. C'est à

2085 En ce sens, les remarques précitées de Messieurs Supiot et Gaudu. L''allégement des « contraintes » liées à l''emploi, suppression de l''autorisation administrative de licenciement, annualisation du temps de travail, temps partiel etc. ..., n''ont eu que des effets extrêmement limités, sinon nuls, sur la création d''emploi.

2086 En ce sens F. Gaudu. Voir supra n°133 et suiv.

cet égard que le discours sur une pénurie macroéconomique d'activité semble particulièrement discutable. En effet, bien des arguments pourraient être trouvés afin de soutenir que la pénurie d'activité est une notion très relative. Sur ce point en outre, le juriste n'est pas dans son champ de recherche, néanmoins c'est aussi sur une certaine appropriation du discours économique que se fondent des travaux. Le juriste doit donc composer avec des données de fait qui trouvent aussi une interprétation juridique par la voie de l'opération de qualification. Ainsi, « l'emploi intérimaire » est selon l'I.N.S.E.E. le secteur de plus dynamique en matière de création d'emploi (sic),[2087] de même, bien que statistiquement inconnu, le volume des heures supplémentaires ne peut pas être sérieusement nié, ainsi que le recours quasi systématique au contrat à durée déterminée (80% des embauches) comme « contrat d'essai », ou encore le développement des pratiques de soustraitance et d'essaimage. A ces constats plus ou moins objectifs, un débat contradictoire anime certains économistes sur des données comme la surexploitation du travail, les gains de productivité, la faiblesse de la demande et sa relance par une hausse des salaires les plus bas, la réduction du temps de travail avec maintien ou non du salaire, ou enfin le constat selon lequel les profits s'orientent vers la rémunération du capital et non pas vers le travail.[2088]

En conséquence, autant d'éléments qui peuvent être apportés en contradiction avec l'idée de raréfaction de l'activité et qui peuvent soutenir l'idée selon laquelle l'éviction de l'emploi, spécialement par le contrat d'activité, comme mode pertinent d'acquisition des droits sociaux semble remettre en cause le fondement même du droit du travail en ce qu'il est un droit de régulation lié à l'échange marchand qui s'opère autour du travail abstrait. Au fond, la référence à l'activité consiste aussi à rechercher hors de l'entreprise une flexibilité que l'employeur ne peut pas trouver dans l'entreprise lorsqu'il a besoin d'emploi. Cette approche est un invariant de la démarche patronale ; les employeurs se sont toujours efforcés dans la gestion de l'activité de l'entreprise de dissocier flexibilité interne et flexibilité externe, tout autant par les suppressions d'emplois que par l'extériorisation de l'emploi. Envisagé sous cet angle, on peut se demander si l'activité est susceptible de répondre à la question fondamentale des droits sociaux, d'une part, quant à leur financement et, d'autre part, quant à la redistribution des prestations, car l'enjeu est moins dans le contenu du lien social, que dans ce qui le finance. En l'état des propositions, le concept d'activité prête à la critique sur deux flancs ; il reste un monde virtuel aux frontières incertaines tout en se superposant et en empruntant à la notion d'emploi, ce qui en fait plus un système palliatif, qu'une véritable alternative.

a) Les incertitudes de l'activité

La construction de la notion « d'emploi microéconomique » ne peut se comprendre que

[2087] Source : note de conjoncture I.N.S.E.E. Cet organisme souligne que l''entreprise a ici un moyen d''adaptation des effectifs à l''activité. Une lecture attentive de l''article L. 12421 du Code du travail s''impose !

[2088] Il est ainsi relevé que si les entreprises consacrent déjà 35% de leur profit au capital, ce pourcentage peut être amené à 70% pour des sociétés britanniques, cf. Financial Times in *Le Monde Diplomatique*, juillet 1994, p. 2223. Sur l''ensemble des analyses économiques voir également *Le Monde Diplomatique*, oct. 1996, p. 45.

dans son rapport à l'entreprise parce que celleci fixe un cadre cohérent, tant juridique qu'économique, à la relation qui se noue autour de l'emploi. Estil dès lors possible de penser le travail, comprenons le bien comme le fait générateur d'acquisition des droits sociaux, en dehors de l'entreprise ?

a 1 : Quel contenu ?

Si de façon quasi unanime les auteurs qui se sont intéressés à la question de l'emploi convergent dans l'idée que le travail ne peut pas être réduit à la seule forme du travail salarié permanent et à temps plein, la diversité l'emporte lorsqu'il s'agit de donner un contenu au travail ou à l'activité. Ainsi, Monsieur Gaudu rejette l'idée que le travail domestique puisse être partie intégrante de l'activité, ce qu'envisage Monsieur Supiot. Néanmoins, si l'on tente de faire une synthèse de ce qui est écrit, et pas seulement parmi les juristes, il faut bien convenir que la redéfinition du travail ou de l'activité hors l'emploi passe en réalité par l'extension du secteur marchand, c'estàdire le secteur de l'économie où le travail marchandise a naturellement sa place, aux secteurs qui sont encore extérieurs au marché du travail. En somme, l'activité reviendrait à rendre marchand ce qui ne l'est pas à la seul fin d'élargir la source du revenu du travail et corrélativement l'assiette des droits sociaux. A cet égard, la loi du 16 octobre 1997[2089] relative aux emploisjeunes est significative puisqu'elle envisage de créer (sic) des emplois pour des besoins émergents ou non satisfaits sans toutefois que ces emplois relèvent des missions traditionnelles de l'Etat ou du secteur concurrentiel. A supposer que la pertinence de ce « tiers secteur »[2090] soit avérée, il faudra répondre, en droit, à la conformité du statut juridique dérogatoire attaché à ces emplois dès lors que l'objectif affirmé par le législateur est celui de leur pérennisation.[2091]

a 2 : Quel financement ?

L'activité, qu'elle se déplace vers du travail aujourd'hui non rémunéré tel que le travail domestique, ou le bénévolat souvent envisagé, ou bien qu'elle devienne une passerelle entre des statuts juridiques différents, pose un problème essentiel qui est celui de son financement et plus loin du maintien d'un niveau acceptable des droits sociaux.[2092] En effet, la voie de l'activité semble s'engager, sur ce plan, dans biens des impasses. Ainsi, si l'on envisage l'activité sous son versant de l'autoemploi opère un transfert de la charge du risque de l'entreprise vers un acteur économique dépendant, on sait que la part du revenu consacré à la protection sociale est faible. De même sur le versant des

2089 Loi du 16 oct. 1997, insérant les articles L. 3221418 et suiv. du Code du travail.

2090 Sur cette notion, voir notamment l''analyse de Monsieur J. Rifkin, ouvrage précité.

2091 Ainsi, à partir de quand un emploi peutil être considéré comme pérennisé et donc rendre impossible la conclusion de contrat à durée déterminée d''une durée de 60 mois ?

2092 Dès lors qu''en la matière si la notion de droits acquis peut avoir socialement quelque résonance forte, le juriste, pour sa part, sait qu''il n''est point de droits acquis. Il faudra aussi déterminer un (des ?) débiteur(s) aux droits sociaux.

« nouvelles activités socialement utiles », il faut constater que leur solvabilité est très incertaine. Le redéploiement du travail est, en quelque sorte, une marche forcée de l'économie vers des secteurs à très faible valeur ajoutée. Dès lors, cette activité ne pourra pas perdurer sans que soit envisagé au moins partiellement un financement public. A défaut de ce financement, la question du coût du travail ne manquera pas de resurgir parce qu'il est énoncé que le taux du coût du travail, maintenu par le S.M.I.C., sera un obstacle dirimant au développement de cette activité. Or dans la logique du marché du travail, ne relèvent du marché que les activités solvables ou que celles qui concernent une attente sociale forte, en fait qui sont les prérogatives de l'Etat régalien, justice, police, enseignement, notamment. En conséquence, ou bien il faudra repenser le financement de cette « économie sociale »[2093] c'estàdire répartir de façon radicalement différente les gains de productivité dégagés par le secteur marchand, ou bien laisser au libre jeu du marché la fixation du prix de ce travail. Si tel est le cas, on risque de voir s'accroître des sousrémunérations parce que les personnes qui auront intérêt au paiement de ces activités devront y trouver du profit, c'estàdire payer du temps moins cher que le temps gagné.[2094] L'allocation des droits risque alors d'être minimale. On le constate, la question de la continuité des droits achoppe, d'une part, sur l'assiette du financement de l'activité et des droits, on écrit beaucoup sur une allocation universelle et, d'autre part, sur le niveau des droits redistribués. Le concept d'activité engage donc bien plus qu'une simple réflexion sur le cadre de la relation juridique de travail et ébranle en cascade d'autres pans, dont le droit fiscal.[2095]

a 3 : Quels acteurs ?

Cet aspect peut être envisagé du point de vue du sujet des droits, autrement dit de l'actif, mais également du côté des acteurs économiques dispensateurs d'activité. Or précisément, il semble que la réflexion entamée sur l'activité est singulièrement silencieuse ou quelque peu pernicieuse relativement à l'entreprise. En effet, de celleci, il n'est point question ; or, n'est elle pas au centre des problèmes pointés ? Trois remarques peuvent être faites.

D'abord, l'activité rend compte d'un assez fort contresens historique. Depuis près de vingt ans, les discours économiques et politiques, souvent intimement liés, assènent comme une vérité que l'Etat n'a pas à jouer le rôle d'employeur. Or si on examine d'un peu plus près la crise dite de l'emploi on s'aperçoit que depuis 1930 et jusqu'à 1970, en Europe, c'est l'emploi dit public qui a fourni la plus grande partie du travail salarié.[2096]

[2093] Sur ce point les propositions de J. RIFKIN, *La fin du travail*, La Découverte, 1996.

[2094] Sur ce point, A. GORZ, *Métamorphoses du travail. Quête du sens*, Galilée, 1988. Tel est le cas pour le métier de jardinier par exemple. L''auteur parle alors d''emplois de serviteurs, qui sont évidemment porteurs de très fortes inégalités. On observera d''ailleurs, qu''à la fin du XIX^{ème} siècle, ces emplois de serviteurs étaient très répandus et qu''ils ont disparu avec le développement de l''usine qui par la forme de travail proposée (intégration à l''entreprise) a libéré l''homme !

[2095] Monsieur Gaudu a mesuré ces difficultés, l''ampleur des réformes l''invite à conclure, pour l''heure, a constater que le statut de l''actif, qui repose pour partie, sur cette extension du champ de l''emploi, est un statut contrarié. F. GAUDU, « travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119.

Depuis lors, on sait aussi que l'emploi privé, sa gestion et désormais sa création sont fortement subventionné.[2097] Qu'en estil alors de la fonction de l'entreprise, dont on dit volontiers qu'elle crée la richesse et l'emploi ? L'interrogation est d'autant plus prégnante que le concept d'entreprise est luimême un concept flou. Ainsi, l'idée selon laquelle l'activité conduit aussi à assurer un passage entre le statut de salarié et le statut d'entrepreneur doit être vigoureusement dénoncée. Comme l'a démontré Monsieur Gérard LyonCaen, il s'agit là d'une mystification,[2098] doublée d'une erreur d'analyse. En effet, depuis 1955 le nombre des travailleurs indépendants n'a pas cessé régulièrement de décroître alors que dans le même temps le nombre de salariés est en augmentation continue.[2099] De plus, si l'on croise certaines études,[2100] il ressort que, d'une part, la création d'entreprises par essaimage ne stimule pas l'économie (« l'entreprise » n'embauche pas et aucun développement de l'affaire n'est envisagé, au contraire même l'objectif n'est qu'un seuil de rentabilité minimum afin de pouvoir s'assurer un revenu de subsistance) et, d'autre part, ces nouvelles « entreprises » sont beaucoup plus fragiles que les autres.[2101]

Ensuite, le concept d'activité semble désormais mettre un point final à l'idée d'entreprise citoyenne c'estàdire à l'idée que l'entreprise, notamment selon le rapport Sudreau, concourrait à l'intérêt général. L'activité est une échappatoire pour l'entreprise à sa responsabilité de gestion de l'emploi. A cet égard, la solution préconisée par le rapport Boissonnat dans l'institution d'un groupement d'acteurs économiques est tout à fait significative. En effet, le droit du travail est construit d'abord sur un rapport individuel (le contrat de travail) mais a pris en compte la collectivité, le tout dans un espace,

2096 Selon une étude britannique, d''ici à 1998 les privatisations risquent de provoquer la perte de 800 000 emplois en Europe, dont 280 000 en France, notamment dans le secteur des télécommunications, cf. Cambridge Econometrics, Europe in 1998, 1994, cité par *Le Monde Diplomatique*, juillet 1994. On observera par ailleurs, l''impulsion donnée par le Gouvernement socialiste français avec le vote de la loi du 16 oct. 1997 portant création des « emploisjeunes » qui relance la création d''emploi « parapublic » puisque les entreprises sont expressément exclues de ce dispositif.

2097 L''emploi estil encore une chose privée ? Infra n°110 et suiv.

2098 G. LYONCAEN, « Le droit virtuel : l''exemple du régime de l''emploi », *D.* 1995, Chron., p. 21, également, « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. Soc.* 1995, 647.

2099 De 1955 à 1994 on est passé de 6.4 millions de personnes à 2.5 millions, source *Alternatives Economiques* n°140. La diminution du nombre des agriculteurs est pour beaucoup dans cette évolution. Le travail indépendant n''a historiquement jamais progressé. La loi Madelin n''a, sembletil, en rien modifié ce mouvement. Ce que l''on peut en revanche constaté c''est un transfert selon le secteur d''activité du secteur agricole vers les services.

2100 Spécialement, M.F. MOURIAUX, « Nouvelles entreprises : des emplois créés, déplacés ou sauvegardés ? », *Travail et Emploi* n°58, p. 25 et .

2101 Source I.N.S.E.E. Voir également *Le Monde* 1er déc. 1995, « Le calvaire des petits patrons faillis. » La défaillance touche prioritairement les petites entreprises de constitution récente entre la deuxième et la cinquième année, en raison du tarissement des aides fiscales, du manque de fonds propres et de l''incompétence de l''entrepreneur.

l'entreprise, auquel le droit a donné, plus ou moins artificiellement, un contenu. L'immersion de l'entreprise au sein d'un collectif de responsables économiques rompt cette unité de lieu et impose, comme l'admettent les promoteurs du contrat d'activité, une nouvelle responsabilité sociale dans un nouvel espace de relations professionnelles.[2102] A la lumière de ce que notre droit positif connaît, groupement d'employeurs[2103] ou pluralité d'entreprises[2104] et délégués de site,[2105] force est de constater que ces dispositions ne sont que des dispositions subsidiaires et/ou peu utilisées. Le développement marginal des groupements d'employeurs desquels se rapproche le « réseau » peut laisser dubitatif. En effet, une telle association d'employeurs se traduit par des contraintes supplémentaires de gestion et les risques de conflits d'intérêts entre les membres du réseau ne sont pas à exclure.[2106]

Enfin, on remarquera que le contrat d'activité envisagé comme une relation d'emploi directe[2107] entre la personne morale représentant le réseau et l'actif marque l'aboutissement de l'extériorisation de l'emploi dans l'entreprise. En effet, c'est bien là ne plus parler d'emploi, c'estàdire comme une « place » dans l'entreprise, et lui substituer la notion de travail. Autrement dit, l'entreprise cesserait d'être une structure constituée d'emplois pour se transformer en un champ de travaux à accomplir, la relation contractuelle de travail étant limitée à la durée du travail. Au fond, la tâche telle que définie par l'article L. 1221 du Code du travail deviendrait le droit commun de la relation de travail dans un lien d'activité, dont l'objet est bien d'éviter toute précarisation du travailleur en assurant un continuum des droits. La question de fond revient alors à celle de la flexibilité des normes de gestion, c'estàdire à la gestion sans contrainte des entrées et des sorties de l'entreprise ainsi que du coût du travail,[2108] sauf à défendre l'idée que

2102 Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995, spéc. pages 299 et suiv.

2103 Articles L. 1271 et suiv. du Code du travail.

2104 Article L. 13230 du Code du travail ; la négociation est ouverte aux entreprises de moins de cinquante salariés dans la sphère géographique correspondant à l''activité de ces entreprises. Elle s''effectue dans le cadre d''une commission paritaire qui peut être professionnelle ou interprofessionnelle.

2105 Article L. 4211 du Code du travail, son implantation est prévue lorsque plusieurs entreprises de moins de onze salariés travaillent sur un même site.

2106 A titre d''exemple, des groupements d''employeurs se sont formés dans le secteur agricole en vue de stabiliser l''emploi de travailleurs saisonniers. Mais la répartition du travail et des salariés dans une même zone géographique, où les activités sont quasiment identiques aux même périodes, pose des problèmes, *Le Monde* 26 oct. 1995.

2107 Rapport précité, page 301.

2108 Le groupement constitué autour du réseau opère une forme de mutualisation des droits entre les membres du groupement et non plus au seul niveau de l''entreprise ; il y a là un rejet de sa responsabilité actuelle même si sa participation au financement de l''assurance sociale doit être revue.

l'entreprise ne plus être qu'une structure précaire ne pouvant offrir que du travail limité dans le temps. Mais alors, cette déstructuration de l'entreprise ne portetelle pas en germe la précarité du réseau d'activité ?

Quant au statut de l'actif, comme le souligne Monsieur Gaudu, il ne peut être acquis que par le contrat.[2109] La question posée est alors de savoir comment amener la personne à remplir, selon l'expression de l'auteur, son « devoir d'état » et donc de contribuer par son travail au financement des droits sociaux, plutôt que de les faire se reposer sur l'assistance. Une telle approche implique une volonté politique de l'Etat afin d'orienter, sinon de diriger, le marché du travail en rendant moins attrayante l'assistance et en subventionnant substantiellement l'activité.[2110] Sans remettre en cause le principe de liberté du travail, dont un aspect est celui de ne pas travailler,[2111] il faut pourtant admettre que toute intervention dirigiste de l'Etat en ce sens y apporterait des limites certaines. Si la liberté de l'individu doit être envisagée sous cet angle, cette question prend plus d'intérêt encore si l'on se place dans le cadre du contrat d'activité luimême. En effet, l'actif contracte avec un groupement d'acteurs économiques, on peut alors s'interroger sur le point de savoir si, à l'instar du contrat de travail, le contrat d'activité va faire naître une relation subordonnée ? Dans le prolongement de ce sujet, il conviendra de déterminer qui va décider du parcours professionnel de l'actif dans les frontières du groupement. On risque ici de voir non seulement resurgir des intérêts contradictoires entre les membres du groupement mais aussi un conflit d'intérêts entre le groupement et l'actif. En effet, on peut supposer que l'actif ait à faire un choix entre plusieurs « offres » ou situations d'activité, par exemple entre des contrats de travail ou des prestations indépendantes. La réponse à cette question engage ici de front le principe de la liberté du travail. A cet égard, le contrat d'activité est bien loin du principe fondamental de cette liberté soutenue par Monsieur Supiot, qui révèle là encore que l'activité est un outil de flexibilité au service des acteurs économiques dans la gestion des temps de travail et ne s'inscrit guère dans le choix du temps par la personne.

On peut donc le constater, l'état de la réflexion sur l'activité est encore à mener tant le système, pour autant qu'il se justifie, recèle de nombreuses interrogations. En effet, le postulat central repose sur l'acceptation que le contrat à durée indéterminée n'est pas un cadre juridique pertinent pour organiser le travail. La question est donc bien celle du statut du travailleur actif et moins celle du contenu du travail qui ne change pas. Or, tout autant les caractères des statuts proposés que le contenu du travail se révèlent plus souvent palliatifs qu'alternatifs au statut de l'emploi. La formulation pourrait être la suivante : peuton envisager le travail et les droits qui en découlent sans référence à l'emploi ?

b) L'activité, un palliatif plus qu'une alternative

2109 F. GAUDU, « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119.

2110 Sur le rôle de l''Etat dans l''organisation du marché du travail vis à vis des indigents se reporter à : R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*. Fayard 1995 et S. PAUGAM, « Assistance et insertion : à propos du droit des pauvres », in Normes juridiques et régulation sociale, *L.G.D.J.,* 1991.

2111 En ce sens, J. PELISSIER, « La liberté du travail », *Dr. Soc.* 1990, 20.

Si l'on s'en tient à la finalité du statut de l'actif, ou du contrat d'activité, qui est d'assurer à chaque actif une continuité de statut dans le travail, dont la contrepartie essentielle est le revenu, source des droits sociaux, force est de remarquer que si le concept d'emploi est écarté, ce qui en fait sa substance demeure. Cette remarque vaut tout autant pour la critique de dualisation imputée à la notion d'emploi.

En effet, les solutions alternatives à l'emploi ne garantissent pas contre les inégalités de fait qui trouvent leur expression sur le marché du travail. Il est, à titre d'exemple, indiscuté que le diplôme est un critère discriminant pour les travailleurs en recherche d'emploi. Les nouveaux contours du travail n'apporteront guère de solutions directes aux travailleurs les moins qualifiés qui restent en concurrence avec ceux ayant une qualification professionnelle plus élevée.[2112] La dualisation salariale de la société de l'emploi n'est donc pas une perversion propre à l'emploi. Ce risque est constant et pourrait même s'amplifier dès lors que le monde de l'activité vient simplement se superposer sur le système existant. Ainsi, dans le concept de pluriactivité défendu par le rapport Boissonnat, il est proposé que dans le contrat d'activité, un « sous contrat de travail » puisse trouver sa place,[2113] sans que ne soit résolue la question de l'adéquation de la qualification professionnelle à l'offre de travail. Autour du contrat de travail peut se développer une aristocratie du travail véritable élite professionnelle qui accaparera, à l'intérieur du statut de l'activité, le travail constitutif de l'état professionnel le plus complet. Le risque de voir se situer certains actifs sur un même niveau d'organisation productive mais à des niveaux de droits et de revenus différents doit donc être envisagé. Le jeu des passerelles entre les situations de travail subordonnées ou indépendantes renforcerait cette élite du travail. La situation serait inchangée et démultiplierait la surprotection que connaissent aujourd'hui certains dirigeants d'entreprises.[2114] L'activité comme l'emploi n'expriment qu'une solidarité imparfaite sur le marché du travail sans réponse véritable d'une part à l'entrée des travailleurs sur le marché du travail et, d'autre part, dans le niveau des droits sociaux offerts par ces situations juridiques de mise au travail.

La notion d'emploi s'est justement constituée dans la prise en compte de la durée de la situation juridique ; la permanence est le critère qualitatif de l'emploi. C'est en effet au regard de la stabilisation de la relation contractuelle de travail que l'idée de protection acquiert une certaine substance et plus spécifiquement l'idée de protection de l'emploi qui s'attache à une conception « sociale » de l'emploi, c'estàdire au maintien d'un lien d'emploi entre le salarié et l'employeur. Les techniques juridiques mises au service de cette protection de l'emploi ont pour point commun d'encadrer l'employeur dans les manifestations de son pouvoir de gestion de l'emploi et se sont focalisées autour de la rupture du contrat de travail. Selon la doctrine de la Chambre sociale de la Cour de cassation c'est ainsi que le salarié doit être adapté à l'évolution de son emploi, ou bien maintenu dans un emploi fûtce par proposition d'une modification du contrat de travail.[2115] Mais cette protection n'est effective, n'a de consistance juridique, que dans le cadre d'un

[2112] Même si le niveau général de qualification professionnelle augmente, la qualification professionnelle demandée pour occuper un poste de travail croît elle aussi. Le phénomène d''accaparement de postes moins qualifiés par des salariés sur qualifiés est bien connu.

[2113] Il semble même indispensable.

contrat à durée indéterminée.[2116] C'est ce critère de la stabilité de la relation juridique que reprend le contrat d'activité. En effet, pour asseoir une relation juridique qui puisse fonder des droits sociaux, la réflexion a conduit les promoteurs du contrat d'activité à lui donner une durée limitée de cinq ans.[2117] Cette durée, d'ailleurs minimale et fixée arbitrairement, impose *de facto* une certaine stabilité nécessaire à l'ouverture des droits. L'activité emprunte donc à l'emploi sa qualité première, c'estàdire la permanence de la relation juridique. Simplement, dans le contrat d'activité cette obligation de stabilité de la relation n'a pas qu'un seul débiteur mais une pluralité, les acteurs du réseau d'activité étant codébiteurs de cette stabilité. Le problème qui n'est pas abordé par le rapport Boissonnat sera de savoir à quel niveau et à quel degré l'actif pourra faire valoir un droit non seulement au maintien du contrat pendant sa durée mais à un volume de travail qui doit lui être fourni et corrélativement à sa rémunération. En somme, le contrat d'activité propose un cadre mais le contenu reste encore à définir. Par exemple, si le contrat d'activité est conclu pour une durée limitée doiton lui appliquer le régime du contrat à durée déterminée auquel cas sa rupture anticipée ne serait pas possible. Ou encore, le contrat d'activité estil un engagement dont l'objet est uniquement l'établissement d'une relation juridique déterminée ou bien estce un engagement qui porte sur un volume de travail quel que soit le statut sous lequel il s'effectue[2118] ? De la réponse à ces questions, il résultera que le contrat d'activité se démarquera ou non des situations d'emploi ; simplement dans cette configuration, le travail sera appréhendé sous ses différentes

[2114] La loi n°94126 du 11 février 1994 a étendu les possibilités de cumul d''un mandat social et d''un contrat de travail, notamment par la suppression de la condition d''antériorité (ancien article 93 de la loi du 24 juillet 1966) pour les membres des conseils d''administration. L''article 121 alinéa 2 permet désormais à un membre du conseil de surveillance de conserver son contrat de travail. Sur ce point, la Chambre sociale décidait que sauf convention contraire le contrat de travail était suspendu de plein de droit, Cass. Soc. 2 mai 1989, *Bull. V.,* n°322. Mais l''Assemblée Plénière s''est opposée à cette suspension de plein droit du contrat de travail, Ass. Plén. 4 juin 1993, *J.C.P.* 1993, II, 22 212 et *J.C.P.* éd. E., II, 475. La chambre sociale continue pourtant à trancher les litiges selon sa propre jurisprudence, Cass. Soc. 21 juin 1994, *Dr. Soc.* 1994, 799. Sur l''ensemble de la question : P. FIESCHIVIVET, « La loi relative à l''initiative et à l''entreprise individuelle et le cumul contrat de travail mandat social dans les sociétés anonymes », *R.J.S.* 7/94, p. 487 ; C. PUIGELIER, « Le président du conseil administration devenant salarié et vice et versa », *J.C.P.* éd. E., 1994, I, 358. Il faudrait pouvoir dire quelques mots des stockoptions, articles 2081 à 2082 de la loi du 24 juillet 1966. Le stock option est une option d''acquisition de titres de la société à un prix avantageux réservée aux salariés mais dans la pratique offert aux dirigeants ou à certains cadres. La levée de l''option après le délai de portage permet de réaliser des gains substantiels (par exemple Canal Plus a attribué en 1986 875 000 stockoptions à soixantedix salariés pour un prix d''achat de 55 francs ; l''action est aujourd''hui cotée aux environs de 1050 francs) lesquels sont taxés comme des plusvalues à un taux de 24.9% et non comme un revenu, dont le taux pour les plus hauts revenus est de 56.8%. Voir *Le Monde Initiatives* du 1er oct. 1997. On est assez loin des régimes participation issus des ordonnances du 7 janvier 1959 (intéressement facultatif) et du 17 août 1967 (participation obligatoire aux fruits de l''expansion), désormais ordonnance du 21 octobre 1986

[2115] Cass. Soc. Expovit, 25 fév. 1992, *Bull. V.,* n°122 ; *R.J.S.* 4/92, n°421.(r). formation plénière de la ch. soc., *D.* 1992, 294, 390 ; *R.T.D.C.* 1992, 760 ; *Dr. Soc.* 1992, 379, 573 ; *C.S.B.P* n°54, 279.

[2116] Infra n°80 et suiv.

[2117] A l''exception de la situation de remplacement, en droit commun, la durée du contrat à durée déterminée ne peut pas excéder dix huit mois.

formes. Sur ce point, il faudra alors que soit discutée l'égalité des droits entre les différentes situations d'activité, à défaut de quoi l'activité n'apportera qu'une réponse partielle à l'acquisition des droits sociaux en maintenant une dualisation parmi les situations juridiques.

Enfin, la situation juridique d'emploi fait naître une relation d'ordre, c'estàdire notamment une relation hiérarchique nécessaire à la maîtrise de la prestation de travail. Le contrat d'activité peutil se départir de la subordination juridique ? La question se pose ici à un double niveau pour l'actif, c'estàdire en premier lieu dans le rapport contractuel avec le groupement et, en second lieu, avec les cocontractants acteurs économiques parties à un souscontrat. Concernant le rapport avec le groupement il s'agit de savoir si celuici fait seulement une offre de souscontrat que l'actif peut refuser, marquant alors le caractère égalitaire de la relation nouée entre l'actif et le groupement. Cependant, une telle solution n'est pratiquement pas envisageable. Le groupement est constitué par les acteurs économiques et doit être considéré, à l'instar de l'entreprise, comme une organisation qui va gérer un volume d'activité réparti entre les adhérents. Mettant en cause l'organisation d'une activité économique, le rapport contractuel devra s'inscrire dans une relation subordonnée propre à toute organisation. Le contrat d'activité comme le contrat travail ne peuvent donc pas faire l'économie de la subordination juridique, faute de donner une cohérence à l'espace professionnel auquel est intégré l'actif. Quant à la relation entre l'actif et les membres du groupement, il faudra sans doute distinguer selon la nature du souscontrat conclu.[2119] Effectivement, un souscontrat de travail placera l'actif dans une relation de travail subordonnée, mais qu'en seratil pour les autres formes d'activité dont le bénévolat ou même une activité qualifiée d'indépendante ?

A bien considérer les problèmes posés par le contrat d'activité, il en ressort la difficulté de penser le contenu de cette nouvelle armature du travail tant il est difficile de faire abstraction de l'environnement législatif actuel. Cette difficulté n'en fait que plus rejaillir les incertitudes conceptuelles du contrat d'activité qui tiennent tout autant, et pour l'heure, à l'insuffisance du contenu des normes substantielles qui auraient vocation à s'appliquer ainsi qu'au caractère palliatif et non pas alternatif de cette solution.[2120] A cet égard, les pistes ouvertes relatives au travail ou au statut de l'actif apparaissent plus mesurées et donc plus cohérentes parce qu'elles prennent appui sur le contrat de travail, c'estàdire sur les fondements d'un statut juridique connu.

[2118] On peut supposer que le contrat d''activité engage bien sur un volume de travail puisque le contrat d''activité doit permettre la mobilité sans précarité, Rapport, p. 283.

[2119] On observera à cet endroit une différenciation avec le groupement d''employeurs visé par les article L. 1271 et suiv. du Code du travail. Dans cette configuration, le groupement se comporte comme le seul employeur et conclut avec l''utilisateur membre du groupement un contrat de mission. Le salarié est donc détaché auprès de l''entreprise utilisatrice. Comp. avec la situation du travailleur temporaire.

[2120] On veut aussi souligner l''ampleur de la réforme qu''appelle le contrat d''activité. Les implications du travail humain ne touchent pas que le droit afférent à la saisie des situations juridiques. Le chantier proposé s''avère semblable à une construction de dominos où le positionnement d''un seul conduit à reconsidérer la construction de l''ensemble.

On peut retenir de l'ensemble des propositions doctrinales le souci commun de penser la mobilité professionnelle du travailleur, mobilité qui doit permettre d'assurer la continuité du revenu et des droits sociaux. Ce point apparaît déterminant, mais tout aussi essentiel est l'affirmation de la défense de l'emploi. L'une et l'autre vont de pair.

Paragraphe II : De la défense de l'emploi

Au détour d'une note de lecture, Monsieur le Professeur Supiot affirme qu'il faut en finir avec l'opposition de « l'économique » et du « social » pour avoir quelque chance de poser convenablement la question du travail aujourd'hui.[2121] L'affirmation est susceptible de plusieurs interprétations tant l'usage, en qualité de substantif, des mots « économique » et « social » est de portée incertaine. Mais sans doute fautil retrouver ici la critique relative à l'instrumentalisation du droit au travers des politiques d'emploi qui se sont effectivement construites autour de populations ciblées laissant en friche la réflexion sur le fondement de l'action publique en ce domaine. Cependant, qu'il soit permis de constater que l'idée d'emploi est aussi menacée par des restructurations économiques qui sont mues par une certaine conception de l'efficacité économique, cause d'un profond déséquilibre social. Depuis la loi du 3 janvier 1975 relative au licenciement pour motif économique et de façon très nette encore dans la doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation, la logique juridique a fait une large place au raisonnement économique.[2122] Les étapes législatives et jurisprudentielles qui permettent de justifier d'une orientation du droit en faveur de la protection de l'emploi participent donc à cette interaction entre « l'économique » entendons l'acte de gestion, « le social » les faits de chômage, de précarité et « le juridique » les règles de droit. Pour le juriste, de ce point de vue, la question est donc moins dans une opposition entre « l'économique » et « le social » que dans le sens à donner au contenu de la règle, précisément au droit du travail. Le débat doctrinal sur l'orientation du droit du travail, sur son avenir selon certains,[2123] pourrait peutêtre retrouver le chemin de la dialectique dans la question de l'enjeu juridique : droit instrument/droit ambivalent. On objectera que cette querelle est dépassée. Pourtant, la mise en avant de l'activité n'est elle pas l'aveu implicite de l'échec du caractère progressiste de ce droit et *a contrario* la reconnaissance d'un droit fonction au service de l'entreprise.

En effet, et pour dépasser la stricte linéarité à laquelle peut conduire l'observation du droit, il faut souligner que le salariat n'est pas un statut octroyé par l'entreprise prospère sous la tutelle d'un Etat Providence. Le salariat est un statut conquis. En conséquence, et en soulignant que la protection ne peut pas être absolue, la réflexion engagée sur le travail invite à des choix qui ne sont pas uniquement de technique juridique, mais à des choix qui sont avant tout et au sens noble, politiques. En somme, il convient aujourd'hui

2121 A. SUPIOT, « Une littérature de fin de monde », *Dr. Soc.* 1997, 85, remarque à propos du livre de M. FORESTER, *L' ' horreur économique*, Fayard 1996.

2122 Supra n°128 et suiv.

2123 A. SIMITIS, « Le droit du travail atil encore un avenir ? », *Dr. Soc.* 1997, 655.

de ne plus hésiter à lever le voile sur le caractère strictement privé de l'entreprise. Cela passe, en premier lieu, par l'affirmation que l'emploi est le cadre cohérent à la saisie du travail, qu'il est donc, en second lieu, un espace où peut s'exprimer la mobilité professionnelle, et qu'en dernier lieu, il est le seul qui impute à chacun une part proportionnée de responsabilité dans le maintien du lien social.

1 L'emploi, un cadre cohérent pour le travail

Si l'emploi n'est plus un cadre pertinent de saisie du travail, en estil de meilleur ? Si une refonte des catégories juridiques peut être acceptable ce n'est que par la démonstration des contradictions du système juridique actuel, le système de l'emploi. C'est sur ce point, qu'il faut opposer la pensée du contrat d'activité et l'état professionnel ou le statut de l'actif, dont rendent compte les travaux de Messieurs Supiot et Gaudu, parce que précisément, dans ces réflexions, on peut trouver moins la volonté de se détourner de l'emploi que d'en prolonger le fait générateur des droits sociaux. Mais, ces analyses prospectives, on l'a dit, se fondent sur un postulat qui doit être remis en question.

L'emploi est un objet construit par l'entreprise dans un espace juridique où le principe est celui de la liberté d'entreprise. Or l'observation conjointe du développement des entreprises et du salariat montre la force d'attraction de l'une sur l'autre. En effet, si l'émergence de l'activité, et plus loin même d'un statut professionnel hors du salariat (hors l'emploi), a quelque raison d'être, « l'économique » s'en serait saisi depuis longtemps c'estàdire depuis l'essor industriel. Or le constat est tout autre, le système capitaliste ne s'est pas organisé autour de millions de travailleurs indépendants qui se rencontreraient pour contractualiser, sur un pied d'égalité, les conditions d'exécution d'un travail limité dans son objet et/ou dans sa durée. L'entreprise non individuelle est tout autre chose, sa concrétisation par le contrat de société s'inscrit dans la perspective de la durée ; le contrat de société requiert *l'affectio societatis* entre les associés parce que l'entreprise nécessite des investissements coûteux qui n'ont d'intérêt que pour un moyen terme sinon un long terme.[2124] L'entreprise, structure d'organisation d'une production, s'inscrit donc dans la durée. Le contrat commercial ne répond que très imparfaitement à cette logique d'organisation de la production parce que c'est, en principe, un contrat qui ne s'inscrit pas dans la durée, qui permet aux acteurs, parties à une relation commerciale, de se préserver un espace d'autonomie qui tolère que si d'autres opportunités plus favorables se présentent, elles puissent renégocier le contrat ou ne plus y donner suite à échéance. Les économistes ont décrit ces modes de comportements opportunistes dans la notion de « coût de transaction ».[2125] Fondé sur une parfaite autonomie des parties, et conséquemment, le contrat commercial n'assure aucune maîtrise de la prestation du cocontractant. Seul le contrat de travail répond à la logique d'organisation de l'entreprise parce qu'il fait naître une relation hiérarchique qui assure la cohérence de l'entreprise.[2126]

La question de l'emploi ne peut donc pas être déconnectée de l'entreprise, et c'est à

[2124] Le contrat de société est, sauf clause statutaire contraire, conclu pour une durée de 99 ans.

[2125] Le coût de transaction ou d''opportunité doit être apprécié par rapport à la ressource attendue d''un acte (un contrat) entendu comme la solution la plus rémunératrice parmi toutes les alternatives réalisables.

cet égard que la notion d'activité est en contradiction avec l'évolution de la notion de travail. Ce qui change, en vérité, est le comportement de l'entreprise dans la gestion de son activité. Or le mouvement qu'elle tente d'imposer est intrinsèquement contradictoire avec sa propre dynamique. Le travail, en ce qu'il repose sur une certaine durée et la domestication de la force de travail, a pour meilleur support l'emploi ; le rejet de la notion d'emploi doit être recherchée dans la limitation du pouvoir qu'il institue désormais. Autrement dit, ce qui change dans le travail ce n'est point la subordination, même si celleci évolue, mais c'est surtout l'adéquation entre les temps liés au travail et son adaptation aux besoins de travail de l'entreprise. La question du travail est donc d'abord à résoudre dans l'entreprise et non pas en dehors de celleci.

Pour autant, et comme le recommande Monsieur Supiot, il est aussi indispensable de penser l'action du droit dans un champ plus vaste que celui de l'emploi dans le but de maintenir une identité professionnelle à l'individu au travail. L'analyse de Monsieur A. Supiot l'amène à conclure sur la nécessité de garantir à tous des droits sociaux universels indépendants du travail, dont celui de l'accès à la formation professionnelle. Il faut, selon l'auteur, que cette formation professionnelle soit le ciment de tout état professionnel du travailleur afin de lui permette d'acquérir des droits pour prétendre à une couverture sociale. Mais là encore la question de l'intervention de l'Etat et du financement de ces droits doit être posée. Au demeurant, la mobilité professionnelle est essentielle.

2 L'emploi, un cadre à la mobilité professionnelle

Lorsqu'il s'agit de reconsidérer le travail dans des frontières plus larges que le contrat de travail, c'est unanimement que la réflexion pose le principe de la mobilité professionnelle du travailleur afin de permettre l'ouverture des droits sociaux aux diverses situations de travail. Assez schématiquement, c'est l'image de la passerelle entre les diverses situations de travail qui semble le mieux rendre compte de cet objectif. C'est en effet, la mobilité organisée autour des différentes formes de travail qui doit assurer la garantie du revenu, conséquemment la protection sociale de l'individu et, *in fine*, lui conférer une identité, un état professionnel. La solution préconisée est donc en parfaite conformité avec le postulat de départ selon lequel l'emploi n'est plus à même d'assurer la continuité des droits ; une fois encore, il est recherché un autre espace afin d'asseoir cette stabilité que la situation d'emploi ne serait plus à même de fournir. C'est donc la mobilité professionnelle dans le travail qui semble devoir primer sur la mobilité professionnelle dans l'emploi. En effet, il y a au moins deux figures de la mobilité professionnelle du travailleur, d'une part, la mobilité dans le travail et, d'autre part, la mobilité dans l'emploi.

2126 L''étude du droit économique particulièrement riche d''enseignements tant sur l''usage des contrats commerciaux par l''entreprise que sur sa volonté de s''assurer une certaine lisibilité des effets de ces comportements. Concernant les rapports commerciaux, la technique contractuelle est souvent orientée dans le recherche d''une stabilité des relations commerciales, qu''elles n''offrent pas par nature. Le droit spécial de la distribution en fournit une éclairante illustration. En effet, les relations entre entreprises résultent le plus souvent de contrats de d''achat/vente, c''estàdire d''une succession irrégulière et sans cadre préétablis de ces contrats. Le droit de la distribution encadre l''aménagement des rapports des entreprises qui s''insèrent dans un circuit de relations qui leur permet une meilleure organisation de leur activité ; ce sont les techniques de distribution intégrée.

a) La mobilité professionnelle dans le travail

Etre mobile dans l'emploi ou dans le travail c'est dans les deux cas, pour le salarié assurer la continuité d'un lien juridique générateur de droits sociaux. Le droit de l'emploi s'oriente progressivement vers le maintien du lien d'emploi même si ce droit de la mobilité dans l'emploi n'a pas acquis d'autonomie face au droit de la rupture du contrat de travail. A bien des égards, la mobilité professionnelle dans le travail présente ce caractère ambivalent. En effet, le système de l'activité et les passerelles qu'il met en oeuvre entre les différents statuts (mobilité dans le travail) ne peuvent être perçus positivement que si le passage d'un état à un autre n'est pas contraint pour le travailleur. Ainsi, la mobilité ne doit elle pas être subie par exemple à la suite de la perte d'un emploi, faute de quoi cette mobilité ne pourrait être analysée que comme une forme de flexibilité de gestion du marché du travail au seul bénéfice de l'entreprise.[2127] En ce sens, la liberté du travail envisagée comme la maîtrise de l'aménagement de l'état professionnel peut sembler illusoire.

Mais surtout, la dynamique de mobilité entre les états professionnels risque de se heurter à un double obstacle. En effet, si l'on envisage le passage entre l'emploi et les autres formes de travail cela suppose, quand même, une certaine continuité de savoirfaire dans la mise en oeuvre des compétences professionnelles du travailleur. Même si bien des hypothèses sont envisageables dans les changements d'états professionnels, ceuxci devront entretenir une certaine connexité au travers de la compétence personnelle que le travailleur est susceptible de mobiliser. Le champ de la mobilité s'en trouvera nécessairement réduit. Placer au coeur des droits fondamentaux la formation professionnelle est sans doute essentiel, mais si l'objectif d'entretien de la compétence peut être raisonnablement atteint, rien n'est moins sûr qu'il s'avère suffisant.

Effectivement, l'emploi est une situation juridique dont les frontières sont balisées et le redressement des qualifications opérées par le juge indique très clairement dans la relation d'emploi un débiteur, l'employeur. Bien que le salarié ne puisse pas directement opposer à l'employeur une obligation de formation, celuici s'engage néanmoins dans des actions de formation non seulement pour tirer profit de son obligation financière de participation à la formation professionnelle mais également parce que l'entreprise à intérêt à disposer d'une maind'oeuvre compétente. Il faudra donc répondre à la question de savoir à qui « la créance » de formation de l'actif pourra être imputée dès lors que la formation professionnelle est envisagée comme un droit. Renforcer la disjonction entre l'entreprise et le travail comporte donc le risque de faire peser sur l'actif la charge d'entretien de sa compétence professionnelle, laquelle est substantielle à l'offre de travail. La mobilité professionnelle doit s'exercer, par priorité dans l'emploi, parce que celuici offre un cadre pertinent.

b) La mobilité professionnelle dans l'emploi

La mobilité professionnelle dans l'emploi ne concerne évidemment que la situation juridique d'emploi *stricto sensu*, c'estàdire celle supportée par un contrat à durée

[2127] Le passage à « l''autoemploi » semble pour l''heure s''orienter dans la voie d''une mobilité contrainte.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

indéterminée. Sur ce point et essentiellement depuis 1992, la loi et la jurisprudence ont composé en matière de licenciement une construction remarquable puisqu'à la question de savoir si le licenciement est une mesure inéluctable de gestion de l'emploi les hauts magistrats ont apporté une réponse négative. Autrement dit, dans l'ordre des mesures de gestion de l'emploi, le licenciement doit bien être envisagé comme *l'ultima ratio*, même si les effets de droits induits restent limités dans leur conséquences dès lors que le contrat de travail a été rompu. Cependant, l'idée de mobilité, c'estàdire de ce qui peut changer, est distinctif du contrat de travail par rapport à d'autres contrats à exécution successive. En effet, le contrat de travail est par essence dynamique, il n'est pas figé à la mesure de l'accord initial des volontés. Bien au contraire, le contrat de travail porte en germe son évolution parce que, naturellement, les parties à la relation d'emploi suivent l'évolution de l'emploi.[2128]

Toutefois, force est de constater que la mobilité dans l'emploi par adaptation ou reclassement du salarié se cantonne pour une large part dans la rupture du contrat de travail. Au fond l'obligation pour l'employeur de maintenir un lien d'emploi n'est, en l'état du droit positif, qu'un élément de critique opposable à l'employeur dans la contestation du caractère réel et sérieux du licenciement. L'expression d'un devoir d'adaptation du salarié est effectivement à opposer à une obligation de formation dont l'employeur serait débiteur pendant l'exécution du contrat de travail. Ce ne sont que des mesures de la loyauté contractuelle nouvellement exigée de l'employeur. De ce fait, on est donc assez loin d'une vision positive de la mobilité dans l'emploi.

Pourtant, c'est sur cette dynamique d'évolution de la situation juridique d'emploi par le vecteur contractuel que doit être mise en perspective la protection de l'emploi. En effet, il n'y a protection que lorsque la situation d'emploi est menacée soit par l'inaptitude professionnelle ou physique du travailleur à son emploi ou bien par la mise en cause de l'emploi. Le devoir d'adaptation comme l'obligation de reclassement peuvent donc être analysés comme le point d'achèvement de la mobilisation de la dynamique contractuelle autour de l'emploi. En théorie, le contrat de travail doit donc organiser la mobilité dans l'emploi du salarié jusqu'à épuisement des solutions alternatives à la rupture du contrat ou par la manifestation de volonté du salarié de refuser cette mobilité.[2129] La mobilité professionnelle dans l'emploi assigne donc à l'entreprise comme au salarié une part de responsabilité dans la gestion de l'emploi. La mobilité professionnelle dans le travail, quant à elle, s'inscrit dans une autre logique parce qu'elle atténue la responsabilité de l'entreprise et transfert une part du risque de la mobilité sur les épaules du travailleurs.

3 L'emploi, un cadre aux responsabilités

[2128] Deux mouvements modifient la situation juridique d''emploi, en premier lieu, les modifications technologiques font évoluer le contenu de la prestation de travail, et, en second lieu, la réception par le contrat de travail de l''ordonnancement juridique applicable à l''entreprise fait changer les conditions de travail. Mais l''une et l''autre de ces évolutions sont positives et semblent de ce fait « extérieures » au droit. Ces évolutions *in favorem* s''imposent implicitement aux parties.

[2129] Il faut rappeler que le reclassement doit être recherché dans le groupe, et que l''employeur doit proposer au salarié des modifications de contrat afin de maintenir le salarié dans un lien d''emploi.

Monsieur Gaudu a souligné que la situation juridique d'emploi est par nature contradictoire parce que les parties au contrat recherchent des buts différents ; chacun se sert de l'emploi pour tenter de donner à la relation de travail les caractéristiques qui lui conviennent.[2130] Néanmoins, bien que porteur de finalités différentes, il peut être assigné à l'emploi une fonction de conciliation. Cette fonction est d'autant plus appropriée que l'intérêt de l'emploi dépasse le cadre d'action de l'entreprise, parce qu'il ne peut plus être considéré exclusivement comme « la chose » du chef d'entreprise.[2131] La notion d'emploi doit ainsi permettre de prendre en compte les intérêts de l'entreprise, du salarié, de la société et la stabilité du lien contractuel ne pas être uniquement envisagée comme une protection unilatérale et défensive.

En somme, il s'agit de doubler le caractère strictement économique du contrat de travail pour lui adjoindre une dimension sociale, c'estàdire la prise en compte, d'une part, des intérêts individuels des parties à la convention et, d'autre part, des intérêts de la collectivité nationale parce que l'emploi est une revendication sociale que le droit a vocation à satisfaire. L'idée est donc de donner au contrat de travail un véritable objet d'échange s'inscrivant dans la durée et tenant compte des intérêts de chacun marquant un rapport entre le salarié et l'entreprise, entre la collectivité nationale et l'entreprise, enfin entre le salarié et la collectivité nationale. En conséquence, la réflexion pour le juriste doit l'amener à prendre en compte la complexité qui est celle du travail afin de rechercher une logique interne aux mécanismes juridiques proposés. Aujourd'hui le droit de l'emploi se focalise sur les conditions de l'embauche (l'alternative dans l'emploi) et la rupture du contrat de travail, laquelle se résorbe dans le droit du licenciement. Autour de règles analysées, on peut affirmer qu'il n'y a pas de conflit entre ces règles ce qui exclut toute contradiction interne au système juridique lorsqu'il prend pour objet l'emploi, de même qu'il exclut toute antinomie avec le principe de la liberté d'entreprendre (alternative à l'emploi). Le problème apparaît donc extérieur au système juridique, c'estàdire qu'il est hors du champ des règles juridiques ayant strictement pour objet l'organisation du travail. Il trouve sa cause dans un conflit intrinsèque à l'entreprise entre la nécessité d'intégrer le travail et de supporter la responsabilité sociale de l'usage de la force de travail qui engage la personne. Du point de vue de la conduite d'une réflexion sur le travail, il semble que le cadre juridique de l'emploi, loin d'être un modèle périmé, est tout au contraire l'expression d'une maturité naissante, seul susceptible d'assigner à chaque acteur la charge de ses responsabilités économiques et sociales.

a) Les principes

Si la raison comme l'interprétation du droit positif conduisent à écarter tout droit à l'emploi, le Conseil Constitutionnel ayant en effet jugé « qu'il appartient à la loi de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi »,[2132] il semble que

2130 F. GAUDU, *L' ' emploi dans l' ' entreprise privée, essai d' ' une théorie juridique*, Thèse 1986, n°69.

2131 Supra n°128 et suiv.

2132 C. Const., 28 mai 1983, *J.O.* du 1er juin 1983 ; supra n°20.

l'orientation des politiques publiques d'emploi doit effectivement s'orienter non seulement autour de l'emploi mais plus largement autour du travail pour ne pas dire de l'activité.[2133] Dès lors, il convient de repérer des normes substantielles, lesquelles doivent trouver appui sur le principe constitutif de la liberté d'entreprendre.

Plusieurs auteurs ont souligné que le concept de marché est institué par le droit ; autrement dit qu'il n'y a pas de marché sans droit.[2134] Cela est d'autant plus vrai que notre système économique est construit sur un modèle, le capitalisme, qui fait du marché l'élément central de son propre système. Dans cet ordre économique libéral, il est donc conforme que la règle de droit érige en valeur le principe de la liberté professionnelle. C'est ainsi que la loi Le Chapelier proclame : « ***il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession (...).*** » Par la suite, la loi Royer a réaffirmé ce principe selon lequel « ***la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales*** . »[2135] Conformément à ce principe de liberté professionnelle, il faut rechercher un principe directeur spécifique au marché du travail, lequel réside dans la liberté d'entreprendre ou encore dans l'alternative à l'emploi. Celleci se décline sous deux aspects selon l'acteur économique : pour l'individu dans le libre choix entre le travail dépendant et le travail indépendant ; pour l'entreprise dans le choix de la relation juridique avec ses partenaires, contrat de travail ou contrat commercial. Il doit en résulter un strict respect des situations juridiques ; les unes d'emploi, les autres d'activité. A cette dualisation autour des situations juridiques de travail il faut attacher la conséquence du rejet de toute situation intermédiaire qui se constituerait autour d'une catégorie juridique hybride de la monoentreprise, c'estàdire de l'entreprise à un seul salarié/actif et à un seul client.[2136] Il en résulte donc que la situation juridique d'emploi en tant qu'elle établit une relation d'ordre doit être le référant à toute opération de qualification des situations juridiques de travail. En conséquence, il importe de définir les principes fondamentaux gouvernant le choix de l'emploi.

Effectivement, si l'entreprise offre une situation juridique d'emploi et qu'un travailleur répond à cette offre, les parties devront se conformer aux règles du droit de l'emploi, d'une part, dans le choix de la situation juridique d'emploi et, d'autre part, dans le respect

2133 La terminologie est ambiguë parce que le terme travail renvoie au droit du travail, qui est en réalité le droit de l''emploi et parce que le terme activité n''a pas de contenu précis même si elle peut se définir par la négative, c''estàdire le travail hors les situations juridiques d''emploi. Une clarification s''imposera d''autant que la définition des catégories juridiques impose cette rigueur.

2134 F. GAUDU, « L''organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 942, A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi », *Dr. Soc.* 1997, 229.

2135 Loi n°731193 du 27 déc. 1973, article premier.

2136 Cette problématique peut être rapprochée de la requalification de contrats commerciaux comme le contrat de franchise. En effet, ce contrat met à l''épreuve l''indépendance juridique du franchisé, inscrit au Registre du commerce et des sociétés, comme commerçant indépendant mais assujetti néanmoins à une assez étroite dépendance économique. Voir par exemple un arrêt de la C.A. de Paris du 19 nov. 1997, Gelor C./ Lamour, où un travailleur a obtenu la requalification du contrat de franchise en contrat à durée indéterminée, nonobstant l''autonomie économique propre au statut du franchisé. En l''espèce, le franchisé était tenu par les « prix conseillés »et recevait des pressions hiérarchiques comme pour les vendeurs salariés.

des règles de gestion de l'emploi.

Concernant l'alternative dans l'emploi, d'abord, il est essentiel que l'entreprise se conforme à la disposition d'ordre public selon laquelle lorsque l'employeur entend affecter un salarié à une activité normale et permanente intégrée à l'entreprise, il doit recourir au contrat à durée indéterminée. Il est indispensable de respecter la concordance dans les temps, permanence de l'organisation et de sa division, l'emploi, et la permanence du contrat. Mais cette règle est insuffisante parce qu'elle doit être adossée sur le respect des conditions de recours au contrat à durée déterminée, nécessairement de brève durée, parce qu'il ne s'agit pas de pourvoir un emploi.[2137] L'autonomie juridique des parties dans l'alternative dans l'emploi est donc strictement encadrée. Elle trouvera en outre des bornes dans l'ordre public attaché à la gestion de l'emploi.

Sur ce dernier plan, on peut dégager deux principes essentiels. En premier lieu, il s'agit de faire du licenciement (acte de rupture unilatéral du contrat de travail à l'initiative de l'employeur) l'acte référant à l'aune duquel doivent être appréciés les autres modes de rupture du contrat de travail. En effet, la qualification « licenciement » est le fait générateur des dispositifs défensifs de protection de l'emploi. Dans cette perspective, une attention particulière doit être portée sur la nature du licenciement afin que l'employeur ne puisse pas évincer les dispositions applicables notamment à la qualification « licenciement pour motif économique ». A titre d'exemple, il conviendrait de reconsidérer l'éviction légale de la qualification « licenciement pour motif économique » dans l'hypothèse où un contrat à durée indéterminée est conclu pour une prestation limitée dans le temps.[2138] En effet, l'éviction de la qualification « licenciement pour motif économique » rend inapplicable tout dispositif défensif de protection de l'emploi et conduit à l'atonie les mesures offensives de protection de l'emploi.

En second lieu donc, il s'agit d'asseoir l'exécution du contrat à durée indéterminée sur le principe de la loyauté contractuelle. C'est en effet sur ce principe que doit pouvoir s'articuler le caractère offensif de la protection de l'emploi qui doit se traduire par la mobilité professionnelle du salarié, laquelle répond aux intérêts combinés de l'entreprise et du salarié. Mais sur ce point, il faut être vigilant et bien borner ce droit de la mobilité professionnelle interne,[2139] c'estàdire préciser ce qui peut être légitimement demandé à l'entreprise et au salarié. Ainsi l'adaptation, comprenons le maintien du niveau de la qualification professionnelle à l'évolution du poste de travail, doit peser sur les parties à la relation d'emploi. En revanche, ce qui vaut pour la mobilité dans la qualification ne saurait

[2137] La tâche ne peut être que de courte durée sauf à être dénaturée. L''état du droit positif invite à s''interroger sur une tâche non liée à l''activité normale et permanente de l''entreprise d''une durée de dixhuit mois, articles L. 1221 et suiv. du Code du travail, qu''il s''agisse effectivement d''une activité par nature non liée à l''activité de l''entreprise ou en raison d''un surcroît temporaire d''une activité normale. Le cas du remplacement doit être traité à part.

[2138] Supra n°212 et suiv. Cette modalité du contrat à durée indéterminée pourrait se découvrir quelque vigueur afin de pallier la contrainte de protection engendrée par l''emploi puisqu''en se déplaçant dans le régime du contrat à durée indéterminée l''employeur objective une situation d''emploi stricto sensu.

[2139] Supra n°308 et suiv.

être transposé à l'identique lorsqu'est envisagée dans la mobilité professionnelle, la mobilité géographique. En effet, si l'emploi est mobile et aisément délocalisable, tel ne peut pas être le salarié. En conséquence, si la mobilité professionnelle participe d'une nouvelle approche de l'objet du contrat de travail (ce qui implique néanmoins que la mobilité professionnelle soit finalisée au sens de l'article L. 1202 du Code du travail), la mobilité géographique, quant à elle, ne peut pas être imposée, fûtce par le biais d'une clause contractuelle. Elle ne peut être envisagée que par la voie d'une offre parce qu'elle engage la personne dans sa vie extra professionnelle.

Si cet exposé peut surprendre, il n'est, à gros trait, qu'une présentation du droit positif ; mais n'estce pas l'argument qui assure la pertinence d'un droit de l'emploi ? Cependant, il faut aussi penser le travail hors des situations juridiques d'emploi. Ces situations renvoient, principalement, à deux séries de problèmes, lesquels doivent être appréhendés à la lumière de deux principes. En premier lieu, il convient d'assurer une unité des situations juridiques d'emploi ou de travail par une frontière stricte des catégories en cause. Il faut donc prendre fermement le parti de la suppression de situations mixtes aujourd'hui repérées ou qui auraient vocation à apparaître. On peut prendre deux exemples. Tout d'abord, en vertu de l'opposition entre les notions de tâches et d'emploi, il convient de replacer les actions d'insertion professionnelle, qui ne répondent aucunement à la définition de la tâche, dans la sphère de l'emploi, c'estàdire du contrat à durée indéterminée. En effet, il n'apparaît pas inconcevable de faire peser sur l'employeur, à l'issue de l'action de formation (largement subventionnée), une obligation de maintien dans l'emploi, semblable dans son régime à l'obligation de reclassement.[2140] Ce serait là un moyen de remédier à la perversion de l'instrumentalisation de certaines règles. Enfin, si l'idée de passerelle entre les situations juridiques doit être maintenue, elle doit se faire sous la réserve expresse de l'éradication des formes mixtes de travail qui emprunterait à l'emploi l'intégration à l'entreprise tout en faisant assumer le risque de l'activité à la monoentreprise. Sur ce point, on peut ne pas suivre la position de Monsieur A. Supiot qui invite à étendre le système de la formation professionnelle et l'assurance contre la perte de gains à l'autoemploi.[2141]

En revanche et en second lieu, d'autres voies ouvertes par cet auteur, et par Monsieur Gaudu, doivent retenir l'attention parce qu'à juste titre il faut explorer les formes de travail hors l'emploi. Sur ce point, ce sont sur les principes de liberté du travail et d'égalité dans les droits sociaux tirés des situations de travail, nécessairement différentes de l'emploi, que doivent être structurées ces situations juridiques d'activité.

En somme, et pour les motifs évoqués plus avant, il semble préférable non pas de construire un nouveau cadre juridique mais déjà d'appliquer pleinement un ensemble de règles cohérentes arrivées aujourd'hui à maturité qui prennent pour objet l'emploi, dès lors que la situation juridique doit recevoir cette qualification. Le droit de l'emploi attribue, en effet, à chaque acteur des obligations qui fixent la part de responsabilité de tous.

2140 Supra n°346 et suiv.

2141 A. SUPIOT, « Du bon usage des lois en matière d''emploi. », *Dr. Soc.* 1997, 229.

b) Les acteurs

A la question posée de savoir si le travail peut être dissocié des droits qu'il confère, la doctrine apporte des réponses contrastées. Néanmoins, si le concept de travail est discuté, on observera qu'il demeure le fait générateur des droits revenu, formation professionnelle et protection sociale au point que c'est le travail hors l'emploi qui est l'objet de nombreuses réflexions. Pourtant, l'idée même de travail est au centre d'une contradiction parce que s'il est une « valeur » constitutive de l'identité individuelle et à la base du lien social, sa finalité propre, surtout du point de vue de l'entreprise, n'est pas de constituer cet état social. Cependant, depuis près d'un demi siècle c'est sur cette contradiction que s'est construite notre société et parallèlement la notion d'emploi, non pas dans un processus naturel mais bien dans la confrontation d'intérêts antagonistes. Toutefois, sur le plan du travail humain, si son contenu ou ses formes évoluent, son rapport à l'entreprise reste étroitement lié à la notion de subordination. De surcroît, sur le plan de l'acquisition des droits sociaux, le lien juridique ou les passerelles entre les situations juridiques ne sont envisagées que dans la continuité, c'estàdire que seule la permanence du lien est susceptible de fonder des droits. Or, la subordination et la permanence sont les attributs de l'emploi. Une autre voie qui emprunterait à l'emploi sans être de l'emploi, c'estàdire dans un rapport d'intégration à l'entreprise, estelle envisageable ? On peut penser que ce serait remettre en cause un système où chaque acteur retrouve dans l'emploi un intérêt et qui, en outre, fixe un cadre juridique pertinent à l'exercice des droits, à la définition d'obligations. L'emploi est donc objet du droit mais aussi objet de droits qui fait de l'entreprise un débiteur d'emploi dans le respect du principe fondamental de la liberté d'entreprendre. Il appartient à l'Etat et au juge de fixer le contenu du droit de l'emploi, aux salariés ou à leur représentation d'en assurer le respect.[2142]

b 1) Le rôle de l'Etat

Collecteur et distributeur du revenu de l'emploi, l'Etat ne peut pas esquiver des choix dans la conduite d'une politique macroéconomique d'emploi, et en tout état de cause, laisser au système d'indemnisation la question du traitement du chômage. L'intervention de l'Etat prend deux voies dans un système de droit, l'une, directive, par le biais de la loi, l'autre, participative, par la fixation d'un cadre à la négociation. En droit du travail, spécifiquement, cette tendance sinon à la négociation du moins à la concertation dans la préparation des normes n'est pas nouvelle. Au surplus, il a beaucoup été négocié sur le thème de l'emploi et la loi est venue, dans des cas importants, reprendre, en substance, le résultat de ces accords.[2143] D'ailleurs, la réflexion entamée par les membres de la commission

[2142] Il semble nécessaire de rompre ici avec un certain idéalisme du droit qui pourrait laisser penser que l''entreprise peut répondre à une demande sociale. En effet, on peut penser que la rationalité économique ne supporte pas le compromis, il faut donc en tirer toutes les conséquences ; c''est par la voie de l''obligation et du contrôle, dans le respect du principe intangible de la liberté d''entreprise, que peut prendre corps un droit à l''emploi.

[2143] Formation professionnelle, recours au travail atypique, licenciement pour motif économique. Deux mots sur la gestion du versus de l''emploi le chômage par les partenaires sociaux ou les régimes complémentaires d''assurances sociales.

Boissonnat propose un renforcement de la négociation collective autour d'un désengagement réglementaire en invitant le législateur à se recentrer sur l'ordre public social c'estàdire dans la définition d'un socle intangible des droits et protections des travailleurs.[2144] Cette orientation appelle cependant deux remarques.

En premier lieu, on peut s'interroger, d'une part, sur le contenu de l'ordre public social dès lors que l'objet auquel il serait attaché reste indéterminé (travail/activité/emploi ?) et que, d'autre part, l'analyse critique du cadre juridique ne conduit pas à son abandon ouvrant la voie à un risque de conflit de normes. De plus, la relation juridique d'emploi induit un ensemble de règles d'ordre public qui laisse, une fois le choix de l'emploi effectué, une place limitée réduite à la volonté ; notamment, le pouvoir de l'employeur est encadré. On peut soutenir en outre que le salarié titulaire d'un emploi peut opposer à l'employeur un droit au maintien dans un lien d'emploi. Le droit positif peut sans doute évoluer, mais au niveau des principes rappelés précédemment, il semble que le droit de l'emploi arrive progressivement à maturité. Sa remise en cause semble alors discutable, et s'il reste encore à développer, il n'est plus à définir.

En second lieu, on doit aborder avec la plus extrême prudence toute négociation ayant pour objet l'emploi. En effet, le risque est celui de la perte du sens et du contenu de la norme dès lors qu'elle trouve sa source dans le compromis même si, bien évidemment, la loi n'est pas un processus autoritaire. Ce que l'on peut craindre c'est que la voie de la négociation produise des normes de moins en moins prescriptives donc moins substantielles. Mais surtout, l'emploi, entendu ici comme une somme de situations juridiques ne se prête pas à la création d'obligations de protection de l'emploi.[2145] En effet, que la négociation collective vise les situations d'emploi dans l'entreprise appréhendées tout aussi bien quantitativement que qualitativement, allant jusque et, y compris, aux conditions de travail relève du champ normal de la négociation. Mais, lorsque la négociation porte directement sur le maintien des situations juridiques saisies collectivement, c'estàdire sur l'exercice du pouvoir de gestion des situations juridiques d'emploi, il y a, pour des motifs déjà analysés, des réserves quant à la validité même de ces accords.[2146]

b 2) Le rôle du juge

L'interpellation du législateur dans la conduite des politiques d'emploi interroge aussi sur le rôle du juge. En effet, on a écrit que l'emploi est porteur d'une attente sociale, aussi se pose la question de savoir qui doit porter cette attente sociale, autrement dit estce seulement le législateur ? Juridiquement la réponse ne souffre cependant aucune hésitation, le juge n'a que la *juris dictio*, le pouvoir d'appliquer les règles de droit. Pourtant, il faut bien constater l'intervention du juge notamment dans le domaine de l'emploi.[2147] Le

2144 Rapport du Commissariat général au plan, *Le travail dans vingt ans*, éd. O. Jacob, la Documentation française, 1995, spéc. p. 304 et suiv.

2145 Supra n°432 et suiv.

2146 Supra n°432 et suiv.

droit de l'emploi est tout autant une construction légale qu'une construction prétorienne.[2148] Le constat de l'intervention du juge dans le domaine de l'emploi appelle une double série de remarques complémentaires : la première concerne le fondement même de l'intervention du juge, la seconde la nature de cette intervention.

En premier lieu, si la question du fondement de l'intervention du juge est résolue sur le plan des principes, il faut souligner la place singulière qu'occupe le juge du droit du travail par rapport à sa place dans d'autres branches du droit qui traitent, comme lui, de l'entreprise. Ainsi, en droit de la concurrence relativement aux pratiques restrictives, il existe aussi des règles d'appréciation du « comportement » de l'entreprise, mais l'intervention du juge judiciaire est, sembletil, plus limitée parce qu'il a une fonction de juge de la « légalité ». Par juge de la légalité, on peut comprendre que techniquement le juge judiciaire, spécialement la cour d'appel de Paris,[2149] va apprécier les recours relatifs aux contrôles opérés par le Conseil de la concurrence. Mais cela signifie aussi que la norme est, le plus souvent, une norme qui fixe objectivement la régularité du comportement. Ainsi, l'ordonnance du 1er décembre 1986 définit précisément ce qu'il faut entendre par concentration, ou bien donne des exemples sur ce qu'il faut comprendre par abus de position dominante ou entente.[2150] La teneur de la règle en droit du travail est souvent plus subjective parce que le législateur a recours à des notions cadres comme la notion de cause réelle et sérieuse. Sur ce plan d'ailleurs, on peut être saisi par le discours très vigoureux contre tel ou tel texte de « protection » ou de telle ou telle décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui serait une atteinte inadmissible au pouvoir du chef d'entreprise alors que dans l'ordre économique les règles applicables à la préservation de la concurrence apparaissent autrement plus contraignantes et lourdes sur la plan financier. Par exemple, la nécessité d'élaborer un plan de reclassement est perçu comme une atteinte plus importante au pouvoir que l'interdiction d'une prise de contrôle qui conduirait l'entreprise à une position dominante sur un marché donné. Ainsi, l'encadrement du comportement de l'entreprise sur un marché économique serait moins intolérable que l'encadrement des actes de gestion sur l'emploi qui ont pourtant une répercussion sur le marché du travail. Dans le même sens, si la règle en droit du travail laisse une place assez large au juge dans l'interprétation du contenu de cette règle, il faut aussi souligner que le juge, dans sa fonction d'interprétation doit répondre à un certain abandon législatif. Ainsi à côté de créations purement prétoriennes comme le devoir d'adaptation, la discussion sur la nullité des licenciements prononcée en méconnaissance de l'article L. 32141 du Code du travail, semble révélatrice de cet abandon législatif ; l'absence de directive claire et précise de la loi sur cet effet essentiel du dispositif est

[2147] Pour une approche globale, A. SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, Thèse Bordeaux I, 1979 et du même auteur, « Le juge et le droit du travail, compte rendu d''une recherche », *Dr. Soc.* 1980, sp. 59.

[2148] Cf. en dernier lieu, A. PHILBERT, Le droit prétorien du licenciement économique jurisprudence de la Cour de cassation , *C.S.B.P.* sup., n°93, sept/oct. 1997.

[2149] Article 3 de la loi n°87499 du 6 juillet 1987.

[2150] Articles 7, 8, 10 et 39 de l''Ordonnance n°861243 du 1er déc. 1986.

significatif.[2151] Le juge est donc appelé à produire par son interprétation un effet normatif que la loi n'indique pas, par sa portée incertaine ou ses modifications fréquentes. Ainsi Monsieur le Conseiller Waquet exprime l'opinion suivante selon laquelle le juge, la Cour de cassation en l'occurrence dans le cadre du licenciement pour motif économique, ne pouvait pas donner moins de garantie au salarié dans une période de crise sociale qu'il n'en était donnée à l'époque du contrôle administratif du licenciement[2152] ! Autrement dit, dans la limite des prérogatives qui sont les siennes sans doute peuton affirmer que le juge renforce par son interprétation le débat judiciaire et qu'il répond à une volonté sociale sans toutefois la devancer. En somme, le juge face à l'emploi n'a pas d'attributions nouvelles, comme le souligne Monsieur A. Jeammaud, il ne peut guère aller, dans le cadre des règles actuelles, audelà de ce qui est aujourd'hui.[2153] Simplement, le droit du travail place le juge dans l'entreprise et la question porte alors moins sur la légitimité de l'intervention du juge que sur la nature même de cette intervention parce que le juge serait amené à se prononcer sur une décision économique de l'employeur.

Cette interrogation heurte bien sûr de front le principe qu'avait énoncé la Cour de cassation selon lequel l'employeur est seul juge de la direction et de la gestion de l'entreprise. Néanmoins, l'évolution récente de la jurisprudence et l'abandon même de cette formulation pourrait laisser croire que le juge porte une critique d'ordre économique sur l'entreprise.[2154] Une telle affirmation serait erronée, et l'analyse mérite circonspection et prudence. Il faut néanmoins partir du constat que le rôle dévolu au juge dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement l'invite à sortir d'une logique strictement juridique pour entrer sur le terrain, mal balisé, de ce que l'on peut appeler « l'économique ». La remarque n'est pas nouvelle et la loi du 3 janvier 1975 avait amené l'analyste à conclure que ce texte sur le licenciement pour motif économique trouvait sa place dans le cadre d'une politique de l'emploi.[2155] D'ailleurs ce droit du licenciement pour motif économique est traversé par une analyse économique et le juge a été et demeure sensible à un discours qui met en avant une certaine rationalité économique. C'est ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation a solennellement affirmé la prise en compte de la notion de compétitivité comme cause justificative du licenciement en énonçant que « lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise considérée. »[2156] En revanche, non moins clairement, elle a

2151 Supra n°376 et suiv.

2152 Ph. WAQUET, « Le juge et le droit du travail », in *Le juge et l' ' entreprise*, *Liaisons Sociales* n°1397, 1er fév. 1996.

2153 A. JEAMMAUD, « Justice et économie : et le social ? », *Justices* n°1 Dalloz 1995, p. 107.

2154 Sur la raison des juges, A. LYONCAEN, « La raison des juges », *Liaisons Sociales mensuel* 1994, page 86 et suiv. ; du même auteur, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. Ouv.*, 1995, 281.

2155 Notamment, J.M. VERDIER, « Sur le nouveau droit du licenciement », *Dr. Soc.* 1976, 1.

2156 Cass. Soc. 5 avril 1995, société Thomson Tubes et Displays, *Bull. V.,* n°123, *C.S.B.P* 1995, n°70, p. 175.

toujours affirmé que le licenciement pour motif économique ne peut pas être prononcé pour un motif d'économie financière ; ainsi dans un arrêt du 16 mars 1994,[2157] il est jugé que « le coût élevé du travail d'un salarié ne constitue pas un motif économique de licenciement lorsque la situation financière de l'entreprise lui permet d'en assurer la charge. »

Ce qui semble pointer c'est que la fonction de jugement laisse une place non négligeable d'interprétation au juge pour des motifs repérés plus haut. Dans cette perspective, il semble que le juge n'effectue pas un contrôle « économique » de la décision mais qu'en revanche il borne l'étendue des pouvoirs de l'employeur. La Cour de cassation affirme d'ailleurs sa doctrine lorsque dans son rapport annuel elle dit explicitement qu'elle entend par sa jurisprudence conduire les chefs d'entreprises à une meilleure régulation de leur droit de procéder à un licenciement pour motif économique.[2158] On passe donc de la mise en oeuvre d'un droit au contrôle d'un pouvoir.[2159] En conséquence, l'intervention du juge ne se positionne pas sur un terrain économique mais sur un terrain de l'interprétation des règles mobilisées. Cela suppose donc que la teneur de la règle puisse faire émerger l'emploi en tant que valeur à protéger. Cette idée semble acquise à l'examen de l'évolution du droit positif.[2160] Autrement dit, l'emploi est une valeur qui est mis en confrontation avec la rationalité économique parce que si le chef d'entreprise a seul le pouvoir de gestion de l'emploi, son acte dépasse les frontières de l'entreprise et que cet acte a, aujourd'hui, une répercussion sociale qui est prise en compte. En conséquence, si le pouvoir du chef d'entreprise n'est pas remis en cause dans son fondement, son exercice est contrôlé à l'aune de l'intérêt de l'emploi. De cette proposition il ressort que le juge ne doit pas porter un jugement sur la gestion de l'entreprise mais qu'il doit apprécier si la mesure de gestion déférée devant lui est objectivement causée et si elle est donc recevable ou non comme justification de l'expression d'un pouvoir. Le débat judiciaire sur l'acte de gestion de l'emploi se doit d'être un débat contradictoire sur la justification de la prise de décision. Si le juge assume pour sa part cette fonction encore fautil que le débat lui soit soumis, mais surtout qu'il repose sur une argumentation substantielle. Il faut en quelque sorte apporter au juge, dans la contradiction, « du grain à moudre ». Telle est la part qui revient aux salariés et à leurs représentants.

2157 Cass. Soc. 16 mars 1994, *Bull. V.,* n°95, *R.J.S.* 3/94, n°530 ; *adde* 26 mars 1992, *Jurisp. Soc. U.I.M.M.*, n°550, p. 224.

2158 Rapport de la Cour de cassation, 1994.

2159 Cependant, que l''autorité du chef d''entreprise n''est pas remise en question. En ce sens, A. SUPIOT, « Le juge et le droit du travail », *Dr. Soc.* 1980, sp. 59.

2160 Cette affirmation est encore contredite. En ce sens A. JEAMMAUD, « Justice et économie : et le social ? », *Justices* n°1 Dalloz 1995, p. 107. Selon l''auteur la défense de l''emploi n''est pas dans la substance des règles, elle est devenue connexe à l''application de règles de gestion qui accompagne l''exercice d''une prérogative. Cette analyse n''est pas pleinement satisfaisante dans la mesure où elle fait une large place au pouvoir normateur du juge. Ce rôle ne doit pas être sous estimé, toutefois, on peut penser que le juge accompagne un mouvement plutôt qu''il ne le devance même s''il peut déceler ailleurs que dans la règle de droit l''amorce de ce mouvement.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

b 3) L'action des salariés ou de leurs représentants

Effectivement, dès lors qu'il ne s'agit pas de mettre en cause le fondement du pouvoir patronal et qu'il n'est pas question non plus d'associer les salariés par la voie d'un mécanisme de codécision, il faut trouver un chemin médian qui doit être celui de la contradiction afin de peser sur la décision de gestion de l'emploi.[2161] Tel est, sembletil, l'enjeu de la défense de l'emploi. En effet, on peut soutenir que l'emploi peut être porteur d'une fonction de conciliation entre les intérêts de l'entreprise et celui des salariés. Aussi, puisque le pouvoir de gestion de l'emploi appartient en propre à l'employeur, l'exercice de ce pouvoir doit pouvoir être objectivement justifié. L'action des représentants des salariés est dans cette perspective essentielle. Elle suppose donc que ces représentants se saisissent des instruments de droits juridiques utiles à ce débat contradictoire.[2162] Celuici doit être conduit aussi bien dans l'entreprise que dans le prétoire même si l'analyse statistique laisse penser à une certaine atonie de l'action. En effet, pour l'année 1995, sur l'ensemble du contentieux prud'homal seulement 3.5% des demandes relèvent du contentieux du licenciement pour motif économique. Il est aussi vrai que dans près de 80% des situations les licenciements économiques sont prononcés dans des entreprises dépourvues d'institutions représentatives du personnel. Ceci étant précisé, il faut donner un sens à l'action en contradiction et proposer une méthode.

Quant à l'action tout d'abord, si elle prétend prendre comme objet l'emploi il faut encore rappeler que l'emploi, sommes de situations juridiques individuelles, n'est pas un objet sur lequel l'employeur peut s'engager par une obligation de non licenciement au niveau de l'entreprise parce que le pouvoir de gestion de l'employeur est engagé et partant l'entreprise ellemême. De surcroît, les syndicats qui participent à ce type de négociation négocient sur des éléments substantiels de la situation juridique du salarié, ce qui ne serait pas sans peser sur leur responsabilité juridique et sûrement sur la crédibilité de leur action.[2163] Aussi, il apparaît beaucoup plus efficace et pertinent de négocier sur des procédures d'encadrement de la décision affectant l'emploi. A cet égard, le contentieux qui entoure le plan social semble particulièrement intéressant lorsque le comité d'entreprise entend se saisir de la procédure de licenciement collectif. L'article L. 122143 du Code du travail dispose en effet, que si l'employeur doit communiquer au juge, en cas de licenciement pour motif économique, tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel, le même texte dispose que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties. Les moyens juridiques mobilisables permettent, en effet, au comité d'entreprise d'apporter une contestation sur les moyens de fait qui motivent la décision de gestion sur l'emploi. Cela requiert une méthode.

La contradiction si elle peut être portée doit s'appuyer avant toute chose sur le

2161 T. GRUMBACH, *La « défense prud'homale »*, t., 1 et 2, APIL, 1979.

2162 Tel est le sens de la défense syndicale défendue par Monsieur T. Grumbach. Voir notamment, T. GRUMBACH, « Citoyenneté, Entreprise et Contrat Social », *Dr. Ouv.* 1995, 235.

2163 Confère le cas Potain analysé supra n°439 et suiv.

respect du droit à l'information. L'action pour être efficace doit donc s'orienter, d'une part, vers le respect des obligations d'information qui incombent à l'employeur mais aussi, d'autre part, à la qualité de l'information. En effet, l'objectif est de permettre au comité d'entreprise, notamment, de reconstruire le processus de décision qui a conduit à la réorganisation de l'entreprise et donc aux suppressions d'emplois ; l'appel à l'expert comptable dans le cadre de l'examen annuel des comptes, voire par le déclenchement d'une procédure d'alerte[2164] doit aider au décryptage des documents fournis et permettre de dépasser l'investigation au simple niveau de l'entreprise pour remonter dans le groupe au centre de décision.[2165] Seule une totale transparence du processus décisionnel est susceptible de rendre objectif, et donc fonder en droit, les mesures de gestion affectant l'emploi.

Conclusion du titre second

S'il n'est pas contesté que l'emploi entretient un rapport de « causalité » avec l'organisation sociale dans nos sociétés industrialisées, une crise économique, induisant celle de l'emploi ou du travail (nul ne sait vraiment), conduirait cependant à repenser la place de l'emploi en tant que catégorie juridique pertinente support de la relation de travail. Estil possible d'écarter aussi radicalement l'emploi et donc de remettre en cause l'organisation sociale à laquelle il a donné naissance dans un contexte, il est vrai exceptionnel, de prospérité économique ? Certes, ainsi que le remarque M. Supiot, l'emploi est un phénomène récent, aujourd'hui critiqué, mais qui a structuré le système du droit du travail, lequel système s'est doté de règles correspondant à la logique portée par l'entreprise eu égard à sa finalité de production. Le dispositif résultant de la lecture combinée des articles L. 1215 et L 1221 du Code du travail en apporte la démonstration. Aussi, toute remise en cause de la notion d'emploi doit faire l'objet d'une extrême prudence. En effet, aussi bien la suppression de « l'emploi microéconomique » que la reconsidération de la catégorie « emploi » au niveau macroéconomique engagent une situation humaine individuelle et une organisation qui a, ellemême, des intérêts propres à défendre. La situation juridique d'emploi parfaite, saisie par le droit, avait vocation à établir un équilibre entre des intérêts particuliers, celui du travailleur mais aussi de l'entreprise, et les intérêts plus généraux de la communauté. Or que peuton constater depuis le premier choc pétrolier ? Si, pour le chef d'entreprise, le principe de la liberté de gestion dans l'alternative à l'emploi demeure la règle, force est de constater que l'intervention des pouvoirs publics dans la régulation du marché du travail a conduit à écarter l'emploi

[2164] Si les conditions en sont réunies. Ainsi, en visant « *faits de nature à compromettre de manière préoccupante la situation économique de l' ' entreprise* » (article L. 4325 du Code du travail), le législateur ouvre un champ d''application de la procédure d''alerte plus large que celui de la procédure de consultation des représentants du personnel en matière de licenciement économique, puisqu''il s''étend sans autres précisions à des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l''entreprise. CA Paris 3 mai 1989, *Dr. Ouv.* 1989, 207, *J.C.P.* éd. E., 1989, II, 15 623. Ce critère est aussi plus large que celui du commissaire aux comptes. Cf. en ce sens J. ROCHERMACHARD, rapp. *A.N.* n°1526, p. 10 spéc. p. 19 ; dans le même sens R. BADINTER, *J.O.* Sénat déb. 15 nov. 1983, p. 2886.

[2165] Dans ce sens, A. LYONCAEN, « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. Ouv.* 1995, 281.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

comme choix pertinent de gestion à mesure de la montée du chômage. Ainsi, il ressort d'une étude récente,[2166] que les politiques publiques d'emploi ont simultanément aidé à l'accompagnement des suppressions d'emploi dans les entreprises, généralisé les subventions à la mise au travail de publics ciblés par l'invention d'outils juridiques s'éloignant du droit commun constitué par le contrat de travail à durée indéterminée. Paradoxalement donc, on a tenté de résorber la précarisation sociale par le recours systématique, sur le plan de la technique juridique, à des formes atypiques de mise au travail jugées, jusqu'alors, socialement insatisfaisantes !

La référence au droit commun, à l'emploi, atelle encore un sens ?

Les solutions préconisées au titre des politiques d'emploi tracent une ligne d'opposition à la notion d'emploi. L'entrée dans notre ordonnancement juridique des « emploisjeunes » apparaît à bien des égards particulièrement significative.[2167] Même si la création des emploisjeunes est soustraite au secteur de l'économie marchande et que, pour partie, ces emplois ont vocation à émerger au sein de structures parapubliques ou d'associations, il n'en reste pas moins que soumis au droit privé ils devraient se conformer aux règles applicables au régime de l'emploi. Or si le législateur a déjà institué des situations juridiques particulières d'emploi brouillant les frontières entre les catégories, contrat de travail à durée indéterminée et contrat à durée déterminée, et même à l'intérieur des catégories, le support juridique de « l'emploijeunes » jette un trouble conceptuel tout à fait inédit. Que l'on en juge : l'article L. 322420 nouveau du Code du travail laisse au choix de l'employeur la forme juridique du contrat, support d'un emploi, même si la circulaire rappelle incidemment que le droit commun de la mise au travail passe par la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée. En outre, si le contrat est conclu pour une durée déterminée, il doit l'être pour une durée de cinq ans, non renouvelable pour le jeune.[2168] Mais si le contrat revêt la nature juridique du contrat à durée déterminée son régime est hybride puisque la stabilité de l'emploi n'est assurée que pour une période annuelle, l'employeur ayant, en effet, la possibilité, par la voie du licenciement, de rompre à chaque date anniversaire en justifiant d'une cause réelle et sérieuse[2169] ! La perte du droit commun, et du sens, est ici flagrante, la fin légitimant les

2166 D.A.R.E.S., *Quarante ans de politique de l'emploi*, La documentation française, 1996.

2167 Loi n° 97940 du 16 oct. 1997, décret n° 97954, du 17 oct. 1997, circulaire CDE n° 97/25 du 24 oct. 1997, *Liaisons sociales* n° 7758. J. SAVATIER, « L'aide aux emploisjeunes » *Dr. Soc.* 1997, 908.

2168 Mais on peut aussi se demander si le renouvellement d'un contrat à durée déterminée type « emploisjeunes » reste possible. En effet, ne peuton pas penser que l'emploi est devenu pérenne au bout de cinq ans et dès lors que l'on envisage le recrutement d'un nouveau jeune ?

2169 Cette voie offerte par l'article L. 322420 II du Code du travail amène des questions pour l'heure sans réponse. Ainsi, l'employeur dans ce schéma peutil encore invoquer une faute disciplinaire, non grave, couverte par le délai de prescription visé par l'article L. 12244 alinéa 1 du Code du travail ? Le motif économique estil envisageable ? Peuton supprimer un emploi en voie de création ? Le motif de l'inaptitudeincompétence trouve sans doute une place, mais laquelle pour un emploi dont les caractéristiques ne sont pas par nature connues et pour lequel le travailleur est précisément dépourvu de tout expérience professionnelle ? En outre, les modes de rupture du contrat à durée déterminée ne sont pas écartés, article L. 12238 alinéa 1 du Code du travail.

moyens. Il est donc nécessaire de rompre avec l'idée selon laquelle en affaiblissant les éléments constitutifs de l'emploi (forme juridique, temps de travail) on protégerait l'emploi du travailleur.

Mais au fond, et à terme, n'estce pas le droit du travail que l'on remet en question ? Il serait, à cet égard, inutile et dangereux de vouloir substituer au droit du travail, droit de l'expansion économique, un droit de l'emploi, droit de la crise économique. L'ancrage de la protection de l'emploi dans les obligations du contrat permet de douter du caractère uniquement conjoncturel de l'orientation récente du droit du travail même s'il ne fait pas de doute que des évolutions comme la désindustrialisation, la mondialisation des échanges l'ont suscité.

Aussi, approuvant la construction prétorienne de la Chambre sociale de la Cour de cassation, il importe de faire résolument le choix de l'emploi comme forme juridique pertinente du rapport de travail dépendant entre l'homme et l'entreprise. C'est pourquoi, parmi les pistes de réflexion l'alternative placée dans l'activité, telle que présentée en l'état, ne semble pas satisfaisante. Le serait encore moins la solution qui consisterait à ne rien changer et à continuer à perdre le sens du droit commun. En revanche, la conduite d'une réflexion autour de la valeur portée par l'emploi semble fructueuse pour autant qu'elle s'accompagne d'une réflexion plus globale sur les conditions d'exécution de la relation de travail ancrée dans la durée. Cela amène, dans le référant de l'emploi, à rechercher quel est le degré de contrainte acceptable pour l'entreprise dans la gestion de l'emploi en prenant en considération l'homme. Le droit a par nature vocation à établir cet équilibre entre les intérêts individuels du travailleur et de l'entreprise et des intérêts propres de la communauté.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Conclusion

Conclure une étude sur la protection de l'emploi dans l'entreprise est difficile parce qu'il y a un changement profond du travail,[2170] en réalité de l'emploi. L'objectif initial était d'analyser les mécanismes juridiques de défense de l'emploi du salarié. Mais la nécessité s'est fait jour de savoir si la notion d'emploi appartenait à l'ordre juridique en tant que catégorie opératoire du droit du travail ou bien si le vocable « emploi » pouvait être utilisé comme une facilité de langage pour désigner toute relation de travail subordonné. On croit pouvoir affirmer que l'emploi est effectivement une catégorie du droit du travail. Parmi les situations juridiques de travail subordonné, l'emploi caractérise la qualité du lien juridique qui s'établit entre l'employeur et le salarié. Tout en recouvrant des niveaux de compréhension différents, la notion d'emploi permet de synthétiser les composantes d'une situation juridique de travail subordonné. Ainsi, l'emploi micro-économique peut être appréhendé comme un élément de la structure de l'entreprise, la notion « d'emploi-fonction » rendant compte de cette division du travail en emplois. Dans l'ordre juridique, l'emploi caractérise la nature du contrat de travail ; le contrat de l'emploi est un contrat à durée indéterminée, l'emploi semblant, en outre, déterminer une part conséquente du contrat lui-même. Ainsi, la définition de l'emploi aurait pour fonction de borner le travail contractuellement fixé par les parties au contrat. De ce point de vue, l'emploi donnerait une image assez complète de l'armature du contrat de travail. Mais il apparaît surtout que la notion d'emploi porte, en ellemême, des intérêts qui aboutissent à caractériser un statut, on serait tenté de voir ici la dimension sociale de l'emploi. En effet,

[2170] *Le travail en perspectives*, sous la direction de M. A. Supiot, , *L.G.D.J.,* 1998.

la situation juridique d'emploi combine un ensemble de « droitsdéfense » qui assure la protection d'un lien d'emploi que seul le contrat à durée indéterminée rend possible. La mise en cohérence des mécanismes de protection de l'emploi semble, de ce point de vue, révéler une harmonie des règles autour de « droitsdéfense » de l'emploi quelle que soit l'atteinte portée au lien d'emploi. Il n'y a plus guère de différences, même si elles demeurent inévitables, entre les « droitsdéfense » trouvant leur cause dans un motif personnel ou dans un motif d'ordre économique. De ce point de vue, la référence, de portée générale, de l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail est remarquable. L'obligation de reclassement et le devoir d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi sont mobilisés lorsque les capacités physiques du salarié sont affectées ou lorsque le contenu de la prestation de travail évolue. L'obligation de reclassement se manifeste pareillement à la suite de l'inaptitude physique du salarié ou lorsque son emploi est supprimé. Le contrat de travail semble découvrir des ressources exprimant dans des sollicitations, à l'initiative du salarié comme de l'employeur, les intérêts contradictoires que manifestent certes toutes les situations de travail mais, spécialement, la situation d'emploi.

Cependant, on peut observer que les discours sur l'emploi restent dominés par le droit du licenciement pour motif économique. Tout se passe comme si, dans l'entreprise, l'encadrement des pouvoirs de direction et de gestion de l'employeur, imposé par la protection de l'emploi, était de nature différente, plus ou moins tolérable, lorsque, par exemple, l'obligation de reclassement est causée par l'inaptitude physique du salarié plutôt que par la suppression d'emploi. Ainsi, c'est bien le droit du licenciement pour motif économique qui focalise l'attention des praticiens du droit, sembletil du gouvernement. Il est vrai, la Cour de cassation l'a plusieurs fois pointé dans ses rapports,[2171] la législation sur le licenciement pour motif économique gagnerait en clarté et en sécurité juridique si elle était refondue, au moins partiellement. Sont notamment visés la question de l'ordre des licenciements et les problèmes de procédure spécifiquement d'articulation autour des consultations du comité d'entreprise. En outre, la question du contrôle du licenciement pour motif économique est ellemême évoquée. Des propositions sont formulées en ce sens et l'évocation d'un retour à une forme de contrôle administratif du licenciement est esquissée. Deux pistes semblent se dessiner. Une première proposition tendrait à imposer, pour tout licenciement, la saisine de l'inspecteur du travail. Dans cette perspective, l'employeur ne pourrait pas licencier sans autorisation, et s'il décidait de le faire malgré un avis négatif, l'employeur devrait alors saisir le conseil de prud'hommes pour faire juger du bien fondé de la rupture.[2172] Cette proposition apparaît audacieuse parce qu'elle semble instituer un contrôle *a priori* du licenciement et on peut penser qu'elle heurte, au moins indirectement, le droit de l'employeur de rompre le contrat de travail (article L. 1224 du Code du travail). De plus, sur un plan pratique, cette réforme apparaît d'une mise en oeuvre difficile eu égard au nombre insuffisant d'inspecteurs et de contrôleurs du travail disponibles pour effectuer un tel contrôle. Dans l'ébauche d'un projet gouvernemental plus récent, l'intervention de l'inspecteur du travail, sans être écartée,

[2171] Rapports de la Cour de cassation 1996 et 1997, *la Documentation française*.

[2172] Proposition de M. Filoche, inspecteur du travail, *Liaisons Sociales* Documents, n°101/97.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

serait cantonnée à un champ d'application plus étroit puisque ne visant plus que les entreprises dépourvues de représentations du personnel.[2173] Dans ce cadre, l'administration du travail exercerait un contrôle de forme sur le respect par l'employeur des critères de licenciement retenus et de son obligation de rechercher un reclassement. Mais dans cette configuration, le salarié resterait demandeur à l'action lors d'une procédure judiciaire tenant à critiquer le bien fondé du licenciement. Enfin, il apparaît qu'une autre voie semble recherchée dans l'incitation à négocier le plan social ce qui nécessiterait, à coup sûr, un toilettage de la procédure de licenciement.

On peut cependant penser que la question du contrôle de l'acte, les problèmes soulevés par une procédure alambiquée, sans être de second plan, ne peuvent pas être abordés sans qu'au préalable la règle, objet du contrôle, ne soit précisément définie dans sa teneur. De ce point de vue, la seule réforme du droit du licenciement pour motif économique serait insuffisante. On sait que la notion de cause réelle et sérieuse est une notion standard, mais il est aujourd'hui acquis, en droit positif, que le licenciement ne peut être prononcé que lorsque toute autre mesure, notamment d'adaptation ou de reclassement, alternative au licenciement, n'a pas été sérieusement mise en oeuvre par l'employeur. Sans doute, l'inscription dans la loi de cette règle est souhaitable.[2174] En effet, édicter une norme à caractère général formalisant l'obligation de maintenir le lien d'emploi contrebalancerait le droit pour l'employeur de rompre le contrat de travail. Il en résulterait plus clairement encore que la responsabilité de l'emploi incombe à l'employeur. Mais on observera que la notion de responsabilité ne rend qu'imparfaitement compte des obligations liées à l'emploi. On sait en effet, que l'obligation de reclassement s'apprécie à l'égard du groupe auquel appartient l'entreprise. Juridiquement la responsabilité repose sur un lien de causalité, le contrat et sur une faute, à tout le moins un risque, faits générateurs de la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur. Or, avec l'obligation de reclassement ces deux fondements apparaissent singulièrement ténus. Ainsi quel lien de droit existe-til entre l'employeur et les entreprises de même groupe ou le groupe luimême et, *a fortiori*, entre le salarié à reclasser et ces entreprises ? Sur un plan différent, on conçoit que l'idée de risque puisse fonder une responsabilité sans faute de l'employeur. Il y a le risque professionnel en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle ; sans doute, y atil le risque économique, que n'a pas à assumer le salarié,[2175] dans l'ordre économique précisément. Mais qu'en estil, lorsque l'obligation trouve sa cause dans l'inaptitude liée à la maladie ordinaire et que de façon remarquable la Cour de cassation pose le principe que la sphère du reclassement est le groupe[2176] ? M. Kessous avance l'idée de solidarité.[2177] L'idée est séduisante, elle n'est pas sans

2173 *Liaisons Sociales*, Bref Social, n°12689, du 19.6.1998. On observera que ces entreprises sont néanmoins les plus nombreuses.

2174 En ce sens, G. LYONCAEN, « Licenciements économiques : propositions de réforme », Colloque du Syndicat des Avocats de France, *Liaisons Sociales* Documents, n°101/97 ; dans le même sens, G. COUTURIER, « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. Soc.* 1997, 75 ; voir également, *Liaisons Sociales*, Bref social, n°12689 du 19.6.1998.

2175 Supra n°62 et suiv.

rappeler l'idée « d'entreprise citoyenne », mais on en mesure aussi les limites. Peuton demander à l'entreprise, au groupe, d'être solidaires ? M. Gérard LyonCaen observe qu'en économie libérale l'entreprise n'a pas pour objet de créer des emplois[2178] ; ils sont un moyen dans la recherche des bénéfices. De plus, on peut penser que l'idée de solidarité repose sur l'idée d'obligation naturelle plutôt que d'obligation juridique, la formulation par la Cour de cassation d'un devoir d'adaptation marquant, en ce sens, une certaine hésitation conceptuelle de la part des hauts magistrats. La formalisation dans un énoncé normatif des règles de protection de l'emploi marquerait alors certainement l'ancrage dans le droit de ce devoir, manifestant la valeur représentée par l'emploi. Cette légalité, le juriste ne peut que l'appeler de ses voeux. Il est vrai que l'imputation d'un devoir civique peut être discutée, comme doivent l'être par ailleurs les propositions alternatives à l'emploi. Le débat entamé est passionnant, il n'ouvre pas sur de simples arguments rhétoriques ou sur les oppositions dialectiques propres au droit du travail. On peut penser, en effet, que la problématique plus vaste posée par la question de l'emploi, du travail et de l'exclusion engage une certaine conception de la citoyenneté.

2176 Cass. Soc. 19 mai 1998, *R.J.S.* 7/98, n°846 ; 16 juin 1998, pourvoi 9641.877, P+B. Supra n°328 et suiv.

2177 R. KESSOUS, « La recherche d'un reclassement dans le groupe préalable au licenciement économique », note sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 1992, *Dr. Soc.* 1992, 826.

2178 Intervention de M. LyonCaen in *Liaisons Sociales*, préc.

Bibliographie

Ouvrages généraux, traités et manuels

BERAUD J.M., Manuel de droit du travail et de droit social, 5ème éd., 1996, Litec.

CAMERLYNCK G.H., Traité de droit du travail, le contrat de travail, Dalloz 1982.

CATALA N., Traité de Droit du travail, L'entreprise, Dalloz 1980.

COUTURIER G., Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail, P.U.F., 3ème éd., 1996.

DESPAX M., Droit du travail, Négociations, conventions et accords collectifs, Dalloz 1989, 2ème éd.

DUPEYROUX J.J., Droit de la sécurité sociale, 12ème éd., Dalloz, 1993.

DURAND P., Traité de Droit du travail, t. 1 et 2, Dalloz 1950.

GHESTIN J., Traité de droit civil, t., II, La formation du contrat, 3ème éd., 1993.

JAVILIER J.Cl., Droit du travail, 6ème éd. L.G.D.J., 1997.

LYONCAEN G., PELISSIER J. et SUPIOT A., Droit du travail, 18ème éd., Dalloz 1996. (également, éditions antérieures du précis Dalloz, Droit du travail).

OLLIER P.D., Le Droit du travail, Collection U, A. Colin, 1972.

PELISSIER J. et DESPAX M., La gestion du personnel, aspects juridiques, 2ème éd., 1974.

PELISSIER J., sous la direction de, Droit de l'emploi, Dalloz Action, 1998.

RAY J.E., Droit vivant, éd. Liaisons, 6ème éd., 1997.

RIVERO J. et SAVATIER J, Droit du travail, P.U.F. 1993, 13ème éd.

ROLAND H. et BOYER L., Droit civil, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle et 2. Contrat et quasicontrat, Régime général, B. Starck, 4ème éd., Litec, 1991.

TEYSSIE B., Droit du travail, t., 1, Relations individuelles de travail, Litec 1993.

Ouvrages spécialisés, thèses, monographies et rapports

AUBERTMONPEYSSEN M.T., Subordination juridique et relation de travail, Thèse Toulouse I, 1985, CNRS 1988.

AUBIN G. et BOUVERESSE J., Introduction historique au droit du travail, Droit fondamental, P.U.F., 1995.

AZENAR G., Emploi : la grande mutation, Hachette, 1996.

BENOIT A., Vers un droit de l'emploi, Thèse Paris I, 1976. Droit de l'emploi, P.U.G., 1995.

AZEMA J., La durée des contrats successifs, L.G.D.J., 1969.

BERAUD J.M., La suspension du contrat de travail, Sirey 1980.

BOUILLOUX A., L'âge du salarié, Thèse Lyon, 1993.

BOUVERESSE J. et AUBIN G., Introduction historique au droit du travail, Droit fondamental, P.U.F., 1995.

BOYERSAUZE C., Le contrat de travail : vers un renouveau ?, Thèse Lyon, 1996.

CARBONNIER J., Droit et passion du droit sous la Ve République, Forum Flammarion, 1996.

CASAUX L., La pluriactivité ou l'exercice par une même personne physique de plusieurs activités professionnelles, L.G.D.J., t. 231, 1992.

CASTEL R., Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat. Fayard, 1995.

Collectif, Chômage, le cas français, Rapport au gouvernement, La documentation française, mai 1997.

Collectif, La justice face aux nouvelles formes d'emploi, Actes du colloque de Vaucresson, 1979, La documentation française.

Collectif, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons FrancoBelges, L.G.D.J., t. 261, 1996.

Collectif, Le temps de travail, Sous la direction de J.Y. BOULIN, G. CETTE, D. TADDEI, Futuribles, Syros, 1993.

Collectif, Le travail, quel avenir ?, Folio/Actuel, 1997.

Collectif, Les politiques publiques d'emploi et leurs acteurs, Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, 1995.

Collectif, Les sansemploi et la loi, hier et aujourd'hui, Actes du colloque Nantes, juin 1987.

Collectif, Priorité emploi, Club Valmy, Le Monde éditions, 1996.

Collectif, Relations sociales et emploi. La France, l'Europe. X^{ème} plan 19891992, Rapport présidée par Mme Aubry, La Documentation française, 1989.

Collectif, Spécial emploi, La revue de L'IRES, n°23 Hiver 1997.

D.A.R.E.S., Quarante ans de politique de l'emploi, La documentation française, 1996. La politique de l'emploi, éd. La découverte, 1997.

DEL SOL M., L'activité salariée aujourd'hui et demain, Ellipses, 1998.

DESPAX M., L'entreprise et le droit, L.G.D.J., 1957.

DURAND P. et alii, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, L.G.D.J., 1960.

ETIENOT P., La formation professionnelle dans le contrat de travail, Thèse Nancy II, 1994.

EWALD F., Histoire de l'Etat Providence. Les origines de la solidarité. Livre de poche, 1996.

FROSSARD S., Les qualifications juridiques en droit du travail, Thèse Lyon 1997.

GAILLARD E., Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985.

GAUDU F., L'emploi dans l'entreprise privée, essai d'une théorie juridique, Thèse 1986. Le contrat de travail, Connaissance du droit, Dalloz 1996.

GAZIER B., Economie du travail et de l'emploi, Précis Dalloz, 1991.

GHESTIN J., La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Bibliothèque de droit privé, t. 261, L.G.D.J., 1996.

GORZ A., Métamorphoses du travail. Quête du sens, Galilée, 1988.

GRUMBACH T., La « défense prud'homale », t., 1 et 2, APIL, 1979.

JEAMMAUD A. et alii, Le droit capitaliste du travail, P.U.G., 1980.

JEAMMAUD A., Le licenciement, Connaissance du droit, Dalloz.

JOINTLAMBERT M.Th. et alii, Politiques sociales, Dalloz, 1994.

JULLIOT S., La protection des libertés individuelles des salariés en droit français, Thèse I.E.T.L. 1990.

LE GOFF J., Du silence à la parole, Droit du travail, société, Etat (18301989), Calligrammes, 1989.

LEBAUBE A., Le travail toujours moins ou autrement, Le Monde éditions, 1997.

LYONCAEN G., Le droit du travail non salarié, Sirey 1990. Les libertés publiques et l'emploi, rapport au ministre du Travail de l'emploi et de la Formation professionnelle, La documentation française, 1992. Le Droit du travail, une technique réversible, Connaissance du droit, Dalloz.

MARCHAND O. et THELOT C., Le travail en France (18002000), Essais et Recherches, Nathan, 1997.

MEDA D., Le travail, une valeur en voie de disparition, Alto Aubier, 1995.

MICHON F., et SEGRESTIN D., L'emploi, l'entreprise et la société, Economica, 1990.

PANCRAZTIAN, La protection judiciaire du lien contractuel, P.U. AixMarseille, 1996.

PELISSIER J. et alii, Droit de l'emploi, Dalloz Action, 1998.

PELISSIER J., Le nouveau droit du licenciement, Sirey, 1977.

PICOD Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, L.G.D.J., t. 208.

POCHARD M., L'emploi et ses problèmes, Que saisje ?, P.U.F., 1976 et 1996.

POULAIN G., Les contrats à durée déterminée, Litec, 1994.

REVET Th., La force de travail (étude juridique), Litec, 1992, Bibliothèque du droit de l'entreprise.

RIFKIN J., La fin du travail, La Découverte, 1996.

RIPERT G., Aspects du capitalisme moderne, L.G.D.J., 1951. Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 1955.

ROCHER G., Introduction à la sociologie générale, Points Seuil, 3 volumes, 1968.

SEGRESTIN D., et MICHON F., L'emploi, l'entreprise et la société, Economica, 1990.

SOURIACROTSCHILD M.A., Les accords d'entreprise, Thèse Paris I, 1986.

SUDREAU P. et alii, La réforme de l'entreprise, Rapport du comité, 10/18, 1975.

SUPIOT A., Critique du droit du travail, P.U.F., les voies du droit, 1994. Sous la direction de, Le travail en perspectives, L.G.D.J., 1998.

THELOT C. et MARCHAND O., Le travail en France (18002000), Essais et Recherches, Nathan, 1997.

VERKINDT P.Y., FRIMAT P., ELOY E., CUVELIER R., Aptitude physique et contrat de travail, Edition Liaisons, 1990.

VILLEVAL M.C. et alii, Mutations industrielles et reconversion des salariés, l'Harmattan, 1992.

VIRTON P., Histoire et politique du droit du travail, éd. B.R.S., 1968.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Articles, chroniques, notes de jurisprudence

A.

ADAM G., « Critique d'une étude critique de J.E. RAY», *Dr. Soc.* 1993, 333.

ADOM K., « La modification du contrat de travail du fait de l'état de santé du salarié », *Dr. Soc.* 1995, 461.

AHUMADA C., « Formation et contrat à durée déterminée », *R.P.D.S.* 1991, 239.

ALFANDARI E., « Le droit au sein des rapports entre « l'économique » et le « social » », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 31.

ALIPRANTIS N., « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », in *le Droit collectif du travail*, Etudes en hommage à Mme H. Sinay, éd. P. Lang, 1994, p. 185.

ANTONMATTEI P.H., « Le recours à un cabinet de conseils en recrutement », in Les aspects juridiques du recrutement, Droit tome III, Litec 1994. « La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social », *R.J.S.* 3/97, p. 155.

ARSEGUEL A. et ISOUX Ph., « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *Dr. Soc.* 1992, 295.

ARSEGUEL A., « le contrat à durée indéterminée à caractère précaire », *J.C.P.* 1989, éd. E., II, 15365. Note sous 24 oct. 1995, *J.C.P.* 1996, éd. E., II, 774.

ARTZ J.F., « La suspension du contrat à exécution successive », *D.* 1979, chron. p. 95.

Association Villermé, « La loi Madelin et le du Code du travail : à contre courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », *Dr. Soc.* 1994, 673.

ATIAS C., « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », *D.* 1995, 125.

AUBERTMONPEYSSEN M.T., « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. Soc.* 1997, 616.

AUVERGNON Ph., « Les ruptures en période d'essai », *Dr. Soc.* 1994, 796.

B.

BALMARY D., « Le traitement des restructurations par l'administration de l'emploi », *Dr. Soc.* 1989, 11. « Le droit du licenciement économique estil vraiment un droit favorable à l'emploi ? », *Dr. Soc.* 1998, 131.

BANCAUD A. et DEZALAY Y., « La justice face aux restructurations économiques, analyses et stratégies », *Dr. Soc.* 19980, 357.

BARTHELEMY J., « Activité libérale et contrat de travail », *J.C.P.* 1990, I, 3450. « Le surprenant statut social de l'avocat salarié », *Dr. Soc.* 1992, 302. « A propos des licenciements pour motif économique », *Gaz. Pal.* 5 et 6 fév. 1997, p. 47.

BELIER G. et LEGRAND H.J., « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ?», *Dr. Soc.* 1996, 932.

BELIER G., « Le travail à temps partiel annuel : un nouveau pas vers « l'indétermination » dans le contrat de travail », *Dr. Soc.* 1994, 176. « Licenciement économique : rétablissement de l'autorisation administrative ou rappel à l'ordre ? », *Semaine Sociale Lamy* n°630 du 11 janv. 1993. « Modifications substantielles de contrats de travail et procédures de licenciement collectif pour motif économique », *Liaisons Sociales* du 7197, n°7590. « Quelques questions autour de la loi Robien », *Dr. Soc.* 1996, 10008.

BENOIT A. et NAUDE F., « Licenciements collectifs et sécurité de l'emploi », *Dr. Soc.* 1975, Sp. p. 41.

BERAUD J.M., « La discipline dans l'entreprise » in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 381. « Maladie et perte d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 579. « L'évolution de la jurisprudence récente en droit du travail », *Travail et Emploi RhôneAlpes*, 1994. « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 529.

BICHOT J., « Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures », *Dr. Soc.* 1987, 755.

BIEDCHARRETON M.F., « Pertinence et cohérence des informations relatives à un projet de licenciement collectif pour motif économique soumis au comité d'entreprise », *Dr. Ouv.* 1994, 413. « La réintégration... à grands pas... ? », *Dr. Ouv.* 1996, 293.

BLAISE H., « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. Soc.* 1985, 449. note sous Cass. Soc. 15 avril 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E., II, 364. « La modification du contrat », *Dr. Soc.* 1994, 189. « La période d'essai, 10 années de jurisprudence », *R.J.S.* 5/89, p. 215. « Maladie et inaptitude, causes de rupture du contrat de travail », *R.J.S.* 6/90, p. 315. «Continuité de l'entreprise : flux et reflux de l'interprétation extensive de l'article L. 12212 al. 2 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1984, 91.

BLANCJOUVAN X., « Initiative et imputabilité : un éclatement de la notion de licenciement », *Dr. Soc.* 1981, 207.

BONNECHERE M.C., « Ordre public et droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. Ouv.* 1988, 188.

BOSSU B., « La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales », *Dr. Soc.* 1996, 383.

BOUBLI B., « Observations sur l'évolution du régime juridique de la modification du contrat de travail », *Semaine Sociale Lamy* n°597, 27.4.92. Rapport pour Cass. Soc. 5 avril 1995, *Semaine Sociale Lamy* n°740, 18.4.95. « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique », *R.J.S.* 3/96, p. 131. « Judiciarisation de l'économique ou retour au contrôle administratif ? Le licenciement économique dix ans après la suppression de l'autorisation

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

administrative », *Gaz. Pal.* 5 et 6 fév. 1997, p. 3. « Sur la modification du contrat de travail », *Semaine Sociale Lamy* n°835, 14.4.97.

BOUILLOUX A., « L'adaptabilité du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 487.

BOULMIER D., « Destruction des emplois :une nécessaire responsabilisation des groupes, par une substitution du groupe réel au groupe virtuel », *Dr. Soc.* 1998, 44.

BRUN A., « Le lien d'entreprise », *J.C.P.*, doctrine 1769, 1962.

BUNEL J., « La négociation collective sur la réduction du temps de travail : facteur de changement des relations professionnelles », in Le temps de travail, *éd. Lég. et adm.,* 1985.

C.

CAIGNY De Ph., « Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements », conclusions sous Cass. Soc. 13 février 1997, *Dr. Soc.* 1997, 249.

CAMERLYNCK G.H., « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », *J.C.P.* 1958, I, 1425. « La maladie du salarié constituetelle un cas de force majeure ? », *J.C.P.* 1961, II, 1609. « La réforme sociale de l'entreprise. Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre. », *D.* 1967, Chron. XV. « Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? », *D.* 1978, 269. « La révision du contrat », *J.C.P.* 1985, éd. G., I, 1964.

CASAUX L., « Le travail saisonnier non précaire », *Dr. Soc.* 1988, 175.

CASTEL R., « Travail et utilité au monde », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 15.

CHAUCHARD J.P., « La clause de déditformation ou le régime de la liberté surveillée appliqué aux salariés », *Dr. Soc.* 1989, 388. « La législation de Sécurité sociale face aux formes particulières d'emploi », *Dr. Soc.* 1990, 566.

CHAUMETTE P., « Quel avenir pour la distinction travail dépendant/travail indépendant ? », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 79.

CHEROT J.Y. et MOREAU M.A., « Les conventions FNE sous contrôle communautaire », *R.J.S.* 1/97, p. 3.

CORRIGNANGARCIN D., « La protection des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1981, chron., 255. « La réinsertion dans l'entreprise des salariés victimes d'une accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *R.J.S.* 12/91, p. 679. « La contrepartie pécuniaire de la clause de nonconcurrence », *R.J.S.* 10/92, p. 587. « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *R.J.S.* 10/94, p. 643. « Le refus abusif d'une proposition de reclassement, article L. 122326 al. 2 du Code du travail », *J.C.P.* 1995, éd. E., n°39, 491. « Loyauté et droit du travail », Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica 1995, p. 125.

COUDRAIS G., « La sécurité de l'emploi des salariés dits « protégés » : une

jurisprudence en peau de chagrin », *Dr. Soc.* 1992, 459.

COURSIER Ph., « L'obligation de rapatriement et de reclassement des salariés mis à disposition d'une filiale à l'étranger », *Dr. Soc.* 1994, 19.

COUTURIER G., « Les nullités du licenciement », 1977, 215. « Plan social : aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1985, 643. « Responsabilité civile et relations individuelles de travail », *Dr. Soc.* 1988, 407. « Plan social et mesures d'accompagnement », *Dr. Soc.* 1987, 217. « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 143. « Plan social et mesures de reclassement », *Dr. Soc.* 1993, 219. note sous CA Lyon, 11 mai 1993, Videocolor, *J.C.P.* 1994, éd. E., II, 547. « Le contrat d'insertion professionnelle », *Dr. Soc.* 1994, 204. « Plans sociaux et exigences de reclassement », *Dr. Soc.* 1994, 436. « Les relations entre employeurs et salariés en droit français », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons FrancoBelges, *L.G.D.J.,* t. 261, 1996, p. 143. « Quel avenir pour le droit du licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. Soc.* 1997, 75. Nullité du plan social débat avec J. Pélissier, *Semaine Sociale Lamy* n°829, du 3.3.97. « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi (à propos de l'arrêt Briou, Cass. Soc. 22 janvier 1998) », *Dr. Soc.* 1998, 375. « Qui touche au salaire touche au contrat », *Liaisons Sociales* mensuel, 1998, p. 82. « La rémunération élément du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1998, 523.

CUCHE P., « La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique », *D.* 1932, Chron. n° 39, p. 18.

D.

DANIEL Ch., « Les politiques d'emploi : une révolution silencieuse », *Dr. Soc.* 1998, 3.

DANTIJUAN M., « Le détachement d'un travailleur auprès d'une autre entreprise », *Dr. Soc.* 1985, 834.

DAUGAREILH I., « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », *Dr. Soc.* 1996, 128.

DAUTY F. et MORIN M.L., « Entre le travail et l'emploi : la polyvalence des contrat à durée déterminée », *Travail et Emploi* n°52, 2/93, p. 20.

DEFOSSEZ M., note sous Cass. Soc. 22 fév. 1992, *D.* 1992,

DEJEAN P., « Formation et pouvoirs de l'employeur », *Dr. Soc.* 1998, 233.

DEL SOL M., « Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante : des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées », *Dr. Soc.* 1994, 412. « L'obligation prétorienne de reclassement en matière de licenciement économique : esquisse d'un régime juridique », *J.C.P.* 1995, éd., E., I, 498

DEPREZ J., « La responsabilité civile du salarié envers l'employeur », *B.S.* 12/81, p. 425. « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur ? », *R.J.S.* 5/92, p. 319. « Transfert d'entreprise », *R.J.S.* 5/95, 315.

DESJARDINS B., « La réintégration », *Dr. Soc.* 1992, 766.

DESJARDINS J.M., « Sur les conditions d'application de la période d'essai prévue par une convention collective, Cass. soc. 29 mars 1995 », *Dr. Soc.* 1995, 454.

DESPAX M., « Stabilité de l'emploi et mobilité de la maind'oeuvre », *D.* Sirey 1960, Chron. p. 229. « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. Soc.* 1982, 15. « L'évolution du droit de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 177. « L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples », *Dr. Soc.* 1994, 243.

DEZALAY Y. et BANCAUD A., « La justice face aux restructurations économiques, analyses et stratégies », *Dr. Soc.* 19980, 357.

DIDRY C. et ROUYER R., « La loi sur les plans sociaux face à la logique gestionnaire, une portée limitée », Travail et Emploi n°69, 4/96, p. 5.

DIDRY C. et TEYSSIER L., « La cause de l'emploi, les usages du droit à la contestation des plans sociaux », Travail et Emploi n°69, 4/96, p. 23.

DOCKES E., « La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1997, 140. « Consécration de la nature contractuelle du salaire », *R.J.S.* 3/98, p. 168.

DOMERGUE J.P., « Les formes juridiques et administratives de l'emploi précaire », *Dr. Ouv.* 1997, 112.

DUGUEY Y., « Nouvelles technologies et adaptation professionnelle des salariés », *R.P.D.S.* 1991, 223.

DUNES A., « Responsabilité du conseil en recrutement de personnel », *B.S.* 6/89, p. 257.

DUPEYROUX J.J., note sous Cass. Soc. 13 nov. 1996, *Dr. Soc.* 1996, 1067.

DUPRILLOT J.P., « Le contrôle administratif des licenciements », *Dr. Soc.* 1975, S. 53.

DUQUESNE F., « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. Soc.* 1995, 576.

DURAND P., « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *J.C.P.* 1944, I, 387. « La notion d'entreprise », Rapport aux journées de l'association H. Capitant, travaux de l'association H. Capitant, Tome 3, 1947, p. 56.

E.

ENCLOS Ph., « Contrats de formation en alternance : quelle garantie d'emploi ? », *R.J.S.* 2/90, p. 58. « La requalification judiciaire de stages d'initiation à la vie professionnelle », *Dr. Soc.* 1991, 500.

ESCANDE VARNIOL M.C., « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.* 1997, 529.

Eymardduvernay F., « Droit du travail et lois économiques : quelques éléments d'analyse », *Travail et Emploi* n° 33 9/87, p. 9. « Le lien durable d'emploi : des accommodements difficile avec le marché », *Dr. Soc.* 1988, 544.

F.

FABRE D., « Le contrat conclu pour un motifs précis », *Droit du trav.* janv. 94, p. 5.

FABRE R., Le clauses d'adaptation dans les contrats, *R.T.D.C.* 1983, 1.

FABREMAGNAN M., « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 101.

FAVENNECHERY F., « SIVP et déclin du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1988, 511. « Le droit et la gestion des départs », *Dr. Soc.* 1992, 581. « Le travail à temps partiel », *Dr. Soc.* 1994, 165. « Licenciement pour motif économique : contrôle et contournement », Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica 1995, p. 209. « L'organisation du temps de travail au service de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 20. « Sur la loi Robien », *Dr. Soc.* 1996, 999. « La jurisprudence La Samaritaine et la prescription des actions en justice », *Dr. Soc.* 1997, 341. « Travail et formation : une frontière qui s'estompe », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 475.

FIESCHIVIVET P., « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *R.J.S.* 7/91, p. 414. « Des cas de non cohabitation entre le contrat de travail et le mandat social », *R.J.S.* 1/94, p. 12.

FOURCADE B., « L'évolution des situations d'emploi particulières de 1945 à 1990 », Travail et Emploi n°52, 2/93, p. 57.

FREYSSINET J., « Nouvelles formes d'emplois et précarité : comparaisons internationales », *Dr. Soc.* 1989, 293.

FRIDENSON P., « Le temps de travail enjeu de luttes sociales », in *Le temps de travail*, Futuribles, Syros 1993, p. 19.

FROSSARD J., Contrat à durée indéterminée. Rupture : licenciement économique, *Encyclopédie Dalloz*, 1983.

FROUIN J.Y., « La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident », *R.J.S.* 12/95, p. 773. « Licéité et existence de la période d'essai », *C.S.B.P.* 1995 n° 72, p. 239. « Les éléments de précarité dans le contrat à durée indéterminée », *Dr. Ouv.* 1997, 125.

G.

GARDIN A., « Une illustration de l'insubordination du salarié : le refus d'exécuter une tâche », *Dr. Soc.* 1996, 363.

GATUMEL D., « La constatation du recrutement », in Les aspects juridiques du recrutement, Droit tome III, Litec 1994.

GAUDU F., « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. Soc.* 1987, 414. « Les réductions d'effectifs et les comités d'entreprise après la loi du 2 août 1989 », *Dr. Ouv.* 1990, p. 177. « L'exécution des conventions d'entreprise », *Dr. Soc.* 1990,

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

606. « Loi n°89549 du 2 août 1989 » *A.L.D.*, 1990, p. 1. « Fidélité et rupture », *Dr. Soc.* 1991, 419. « Le retour du salarié », *Dr. Soc.* 1991, 906. « L'organisation juridique du marché du travail », *Dr. Soc.* 1992, 942. « Le contrôle de l'exécution du plan social », *Dr. Soc.* 1994, 422. « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », *Dr. Soc.* 1995, 535. « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.* 1996, 569. « Travail et activité », *Dr. Soc.* 1997, 119. Note sous 13 février 1997, « La Samaritaine », *J.C.P.* 1997, éd. E., II, 22 843. « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1998, 367.

GAURIAU B., « Le référendum, un préalable nécessaire », *Dr. Soc.* 1998, 338.

GELINEAULARIVET G., « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. Soc.* 1998, 380.

GHESTIN J., « La notion de contrat », *D.* 1990, chronique.

GROUTEL H., « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 49.

GRUMBACH T., « Citoyenneté, Entreprise et Contrat Social », *Dr. Ouv.* 1995, 235. « Encore une fois sur les arrêts La Samaritaine », *Dr. Soc.* 1997, 331.

GUILLOUX P., « Négociation collective et adaptation professionnelle des salariés aux évolutions de l'emploi », *Dr. Soc.* 1990, 818.

GUIOMARD F., « Temps de travail et emploi, un objet conventionnel problématique (loi du 11 juin 1996, dite Robien), *Dr. Soc.* 1997, 1052.

H.

HENGUELLE V., « Les emplois sur contrat à durée déterminée : un mode d'accès à l'emploi stable ? », *Travail et Emploi*, n°58.

HENRY M., « Circulation et reclassement des salariés dans les groupes de sociétés, incidences sur les relations individuelles de travail », *C.S.B.P.* n° 83, p. 263. « La notion de motif économique », *Dr. Soc.* 1995, 551. « La réintégration des salariés non protégés », *Dr. Ouv.* 1995, 371.

HOCQUET J.Y., « Les conventions F.N.E. » *Dr. Soc.* 1985, 651. « Mutations technologiques et mobilité », *Dr. Soc.* 1989, 474.

I.

ISOUX Ph. Et ARSEGUEL A., « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », *Dr. Soc.* 1992, 295.

J.

JACQUET O., « Les clauses pénales dans le droit de la formation ou le prix de la liberté », *Actualité de la formation professionnelle* 1984, p.106.

JAVILLIER J.Cl., « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droits des obligations) : normalisation du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 101. « Permanences et remises en question dans le droit du licenciement », *Dr. Soc.* 1981, 298. « Le contenu des accords d'entreprise », *Dr. Soc.* 1982, 691. « La mobilité, aspects collectifs », *Dr. Soc.* 1989, 458. « Fautil réglementer les relations de travail », *D.* 1995, Chronique, 344. « Libres propos sur une critique jurisprudentielle (en matière de licenciement pour cause économique) », *Gaz. Pal.* 5 et 6 fév. 1997, p. 50.

JEAMMAUD A., « La notion de licenciement pour motifs économiques », *Dr. Soc.* 1981, 267. « Les principes dans le droit du travail français », *Dr. Soc.* 1982, 618. « Handicap et emploi du salarié », *Dr. Soc.* 1988, 71. « Droit du travail 1988 : des retournements, plus qu'une crise », *Dr. Soc.* 1988, 583. « Les polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 299. « Flexibilité : le procès du droit du travail, in Flexibilité du droit du travail : objectif ou réalité ? » CRDS Lyon III. « La place du salarié individu dans le droit français du travail », in *le Droit collectif du travail*, Etudes en hommage à Mme H. Sinay, éd. P. Lang, 1994, p. 347. « Justice et économie : et le social ? » *Revue Justices*, Dalloz, janv./juin 1995, p. 107. « Crise et relations du travail », in *Droit de la crise, crise du droit*, P.U.F. 1997. « Le droit du travail en changement. Essai d'une mesure », *Dr. Soc.* 1998, 211. « Les droits du travail à l'épreuve de la mondialisation », *Dr. Ouv.* 1998, 241.

JEAMMAUD A., LYONCAEN A., « Droit et direction du personnel » *Dr. Soc.* 1982, 56. « Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique », Actes Sud 1986, p. 19 à 49.

JOSEPH D., « Le reclassement des travailleurs inaptes à leur emploi », *Dr. Ouv.* 1989, 123.

K.

KELLER M., « La réparation liée à la perte de l'emploi », *Dr. Ouv.* 1996, 264.

KERBOURC'H J.Y., « Le travail temporaire : une forme déjà élaborée du « contrat d'activité » », *Dr. Soc.* 1997, 127.

KERSCHEN N. et NENOT A.V., « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du fonds national de l'emploi : la pratiques des contreparties », *Dr. Soc.* 1989, 17.

KESSOUS R., « La recherche d'un reclassement dans le groupe préalable au licenciement économique », note sous Cour de cassation, chambre sociale, 25 juin 1992, *Dr. Soc.* 1992, 826. « Annulation de la procédure de licenciement collectif pour motif économique », *R.J.S.* 5/96, p. 313. « Fermeture d'un établissement et licenciement pour motif économique », *R.J.S.* 5/96, p. 311.

L.

LANGLOIS Ph., « Le pouvoir d'organisation et les contrats de travail », *Dr. Soc.* 1982, 83. « La hiérarchie des salariés », in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 185. « Contre la suspension du contrat de travail », *D.* 1992, chron. p. 141. « Le motif économique », *Gaz. Pal.* 5 et 6 fév. 1997, p. 6.

LAROQUE J., « Réflexions sur la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation » in *Tendances du Droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.H. Camerlynck, p. 32.

LEGRAND H.J. et BELIER G., « Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle ? », *Dr. Soc.* 1996, 932.

LEGRAND H.J., « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi », *Dr. Soc.* 1995, 243.

LOSCHAK D., « le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. Soc.* 1982, 22.

LUTTRINGER J.M., « La jurisprudence en matière de formation professionnelle continue (suite) », Actualité de la formation permanente n° 35, 89/1978. « Formation et reclassement », *Dr. Soc.* 1987, 234. « Entreprise et formation professionnelle » in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 363. « Le crédit formation », *Dr. Soc.* 1991, 326. « L'entreprise formatrice sous le regard des juges », *Dr. Soc.* 1994, 283.

LYONCAEN A., « Stage et travail », *Dr. Soc.* 1982, 164. « Actualité du contrat de travail, brefs propos », *Dr. Soc.* 1988, 540. « Le droit et les classifications », *Travail et Emploi* n° 38 12/88, p. 21. « De la mobilité des salariés à l'intérieur de la Communauté européenne », *Dr. Soc.* 1989, 467. « Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation », *Semaine Sociale Lamy* 21.4.92, n° 596. « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.* 1992, 573. « La raison des juges », *Liaisons Sociales* fév. 1994, n° 86, p. 51. « Le contrôle par le juge des licenciements pour motif économique », *Dr. Ouv.* 1995, 281. « La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise. L'apport des arrêts Sietam Industries, 16 avril 1996 », *Dr. Soc.* 1996, 484. « Le maintien de l'emploi », *Dr. Soc.* 1996, 655. « Actualité de la modification », *Dr. Ouv.* 1996, 87. « Le financement public d'un plan social estil condamné par le droit communautaire ? (C.J.C.E. 26 septembre 1996) », *Dr. Soc.* 1997, 185. « L'emploi comme objet de négociation collective », *Dr. Soc.* 1998, 316.

LYONCAEN A. et JEAMMAUD A., « Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique », Actes Sud 1986, p. 19 à 49. « Droit et direction du personnel », *Dr. Soc.* 1982, 56.

LYONCAEN A. et GRUMBACH T., « Nullité des licenciements : où est le scandale ? », *Le Monde* 19 fév. 1997.

LYONCAEN F., « Restructuration et relations individuelles de travail : aspects pratiques », *Dr. Soc.* 1989, 96.

LYONCAEN G. et LYONCAEN A., « La doctrine de l'entreprise », in Dix ans de droit de l'entreprise Litec 1978, page 610.

LYONCAEN G., « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr.*

Ouv., 1951, p. 1. « L'entreprise en droit du travail », Etudes de droit contemporain, Travaux de l'institut de droit comparé, T. XXX, pp. 323339. « Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi », *Dr. Soc.* 1980, spéc. 8. « Le droit au travail », in *Les sans emploi et la loi hier et aujourd'hui*, Actes de colloque, 1987, Calligrammes. « Le droit du travail dans la nouvelle politique de l'emploi », *Dr. Soc.* 1988, 548. « Divagations sur un adjectif qualificatif », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 345. « Critique d'une critique critique (sur le livre d'Alain Supiot) », *Dr. Soc.* 1994, 663. « Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux », *Dr Soc.* 1995, 489. « Où mènent les mauvais chemins », *Dr. Soc.* 1995, 647. « Le droit virtuel : l'exemple du régime de l'emploi », *D.* 1995, Chron. p. 21.

LYONCAEN P., « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des « nouveaux » plans sociaux et de reclassement », *Dr. Soc.* 1995, 570.

M.

MALLET L. et MORIN M.L., « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

MAZEAUD A., « Le licenciement en cas d'inaptitude prolongée ou d'inaptitude physique d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux », *Dr. Soc.* 1992, 234.

MEDA D., « Travail et politiques sociales, à propos de l'article d'A. Supiot : « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1994, 334. « Une mise en perpectives de la valeur travail », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A. Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 33.

MERLE V., « Les nouvelles formes d'emploi en France », *Travail et Emploi* n° 39 1/1989, p. 25.

MERLIN J., « Les petits licenciements pour motif économique : spécificités du contentieux hors plan social », *Dr. Soc.* 1995, 559.

MESTRE J., note sous Cass. Soc. 8 avril 1992, *R.T.D.C.* 1992, 760.

MEYER F., SACHSDURAND C., « L'évolution du rapport salarial », in *le Droit collectif du travail*, Etudes en hommage à Mme H. Sinay, éd. P. Lang, 1994, p. 369.

MILET L., « Classifications et qualification professionnelles des salariés », *R.P.D.S.* 1989, 275.

MODERNE F., « Le contrôle juridictionnel des propositions de reclassement dans le cadre des licenciements collectifs pour motif économique », *Dr. Soc.* 1985, 487. « L'ambiguïté de la notion de licenciement économique dans la jurisprudence administrative », *Dr. Soc.* 1985, 823.

MOREAU M.A. et CHEROT J.Y., « Les conventions FNE sous contrôle communautaire », *R.J.S.* 1/97, p. 3.

MORIN M.L., « Entre le travail et l'emploi : la polyvalence des contrats à durée déterminée », Travail et Emploi, n°52 2/93.

MORIN M.L. et MALLET L., « La détermination de l'emploi occupé », *Dr. Soc.* 1996, 660.

MOULY J., Note sous Cass. Soc. 26 fév. 1988, *D.* 1989 jurisp. p. 202 Note sous Cass. Soc. 28 juin 1989, *D.* 1990 jurisp., p. 297. Note sous C.A. Limoges, 8 fév. 1993, *D.* 1993, 431.

MOURIAUX, « Nouvelles entreprises : des emplois créés, déplacés ou sauvegardés ? », *Travail et Emploi* n° 58.

MOUSSY P., « Brefs propos sur le mécanisme légal de sanction de l'absence de plan visant au reclassement des salariés concernés par un projet de licenciement collectif », *Dr. Ouv.* 1994, 333.

N.

NAUDE F. et BENOIT A., « Licenciements collectifs et sécurité de l'emploi », *Dr. Soc.* 1975, Sp. p. 41.

NENOT A.V. et KERSCHEN N., « Délégation à l'emploi et négociation des conventions du fonds national de l'emploi : la pratiques des contreparties », *Dr. Soc.* 1989, 17.

NICOLASBRISSIER J., « La protection de l'emploi des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle », *D.* 1982, chron. 147.

P.

PAILLUSSEAU J., « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, 97.

PEANO M.A., « *L'intuitus personae* dans le contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, 129.

PELISSIER J., « Réflexions à propos de la suspension du contrat de travail », in Etudes de droit du travail offertes à A. Brun, Librairie économique et sociale 1974, p. 427. « Travail à durée déterminée et droits des salariés », *Dr. Soc.* 1983, 17. « La relation de travail atypique », *Dr. Soc.* 1985, 531. « Droit civil et contrat individuel de travail », *Dr. Soc.* 1988, 387. « Le contrôle des plans sociaux », *R.J.S.* 89/89, p. 563. « La liberté du travail », *Dr. Soc.* 1990, 20. « Les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi », *R.I.D.C.,* 11990. « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 609. « La cause économique de licenciement », *R.J.S.* 89/92, p. 527.

PETIT F., « L'après contrat de travail », *Dr. Soc.* 1995, 589.

PHILBERT A., « Le droit prétorien du licenciement économique », *Dr. Soc.* 1998, 35.

PICCA G., « Le droit du travail à l'épreuve de l'économie », *Dr. Soc.* 1994, p. 26.

PIGASSOU P., « L évolution du lien de subordination en droit du travail et de la Sécurité sociale », *Dr. Soc.* 1982, 578.

PIZZIODELAPORTE C., « La clause de nonconcurrence : jurisprudence récente », *Dr. Soc.* 1996, 145.

PLANTAMP D., « L'originalité du comité de groupe au sens de l'article L. 4391 du Code du travail », *D.* 1991, 69.

POCHARD J.P., « Mutations industrielles et sécurité de l'emploi », *Dr. Soc.* 1974, 1.

POCHET P., « C.J.C.E. : l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique », *Dr. Soc.* 1994, 931.

POIRIER M., « L'accession au travail : insertion ou formation ? », *Dr. Soc.* 1992, 257.

POULAIN G., « La loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1979, 67. « La liberté de rupture en période d'essai », *Dr. Soc.* 1980, 469. « La réforme du contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1982, 356.

PRETOT X., « Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration », *R.J.S.* 2/93, p. 87. « Les obstacles légaux au recrutement », in Les aspects juridiques du recrutement, Droit tome III, Litec 1994. « Licenciement collectif pour motif économique (le constat de carence du plan social par l'autorité administrative), *R.J.S.* 1995, p. 236.

PRIESLEY Th., « A propos du « contrat d'activité » proposé par le rapport Boissonnat », *Dr. Soc.* 1995, 955.

PUEL H., « Le paradigme de l'emploi » Revue Analyse, Epistémologie, histoire économique, P.U.L. n° 18, nov. 1979, p. 133163. « Il y a emploi et emploi », *Travail et Emploi* n° 44, p. 17. « Emploi typique et représentation du travail », *Dr. Soc.* 1981, 489.

R.

RAY J.E., « La mobilité du salarié, aspects individuels », *Dr. Soc.* 1989, 432. « Mutations économique et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. LyonCaen, Dalloz, 1989, p. 11. « Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève. Evolution jurisprudentielle et légale (19881991) », *Dr. Soc.* 1991, 768. « Nouvelles technologies et nouvelles formes de travail », *Dr. Soc.* 1992, 525. « Aspects inattendus du texte sur le recrutement, une loi peut en cacher une autre », *Liaisons Sociales* mensuel, mars 1993 n° 77, p. 73. « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 (dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles) », *Dr. Soc.* 1993, 103. « L'opération de recrutement », in Les aspects juridiques du recrutement, Droit tome III, Litec 1994. « De germinal à internet, une nécessaire évolution du critère du contrat de travail » *Dr. Soc.* 1995, 634. « Plan social et insécurité juridique », *Dr. Soc.* 1995, 661. « De l'accord national interprofessionnel du 31 oct. 1995 à la loi Aubry de 1998 », *Dr. Soc.* 1998, 312. « Du collectif à l'individuel Les oppositions possibles », *Dr. Soc.* 1998, 347.

REVET Th., « L'objet du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1992, 859.

RIVERO J., « Les libertés publiques dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 1982, 421.

ROBE J.Ph., « L'entreprise en droit », *Droit et Société*, 291995, p. 117136.

RONGERE P., « Rôles et conflits de rôle en droit du travail réflexions sur la

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

jurisprudence », Etudes de droit du travail offertes à A. Brun, éd. Librairie sociale et économique, 1974, p. 451476.

ROUAST A., « Quelques réflexions sur l'originalité sociologique du contrat de travail », Mélanges offerts à J. Brethe de La Gressaye, éd. Brière, 1967, p. 663.

ROUDIL A., « Flexibilité de l'emploi et droit du travail : « la beauté du diable » », *Dr. Soc.* 1985, 84.

ROUSSEAU Y., « Conseils en recrutement, chasseurs de tête et notion de placement », *Dr. Soc.* 1990, 545.

ROUYER R. et DIDRY C., « La loi sur les plans sociaux face à la logique gestionnaire, une portée limitée », Travail et Emploi n°69, 4/96, p. 5.

ROYLOUSTAUNAU C, « Réflexions sur le rôle du juge dans la requalificationsanction du contrat à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990 », *J.C.P.* 1990, éd. E., 101. « Le formalisme des mentions obligatoires dans le contrat à durée déterminée », *Dr. Soc.* 1997, 922

S.

SACHSDURAND C., « Le motif économique de licenciement après la loi du 2 août 1989, première approche », *Dr. Ouv.* 1990, 165.

SAGLIO J., « Les négociations de branches et l'unité du système français de relations professionnelles : le cas des négociations de classification », *Dr. Soc.* 1987, 20.

SAINTJOURS Y., « L'entreprise et la démocratie », *D.* chronique 1993, 12. Note sous 5 avril 1995, *J.C.P.* 1995, éd. E., II, 709.

SAINTJOURS Y., « Les options économiques de la jurisprudence sociale », *D.*1987, chron. XXXIII. « La protection juridique des salariés contre les effets pervers de la soustraitance », *Dr. Ouv.* 1988, 257.

SANTELEMANN P., « Insertion et formation professionnelle des jeunes, quel droit à la qualification ? », *Dr. Soc.* 1993, 418. « Formation professionnelle continue : la fin des illusions », *Dr. Soc.* 1998, 463.

SARAMITO F., « Vers un déclin du contrat à durée déterminée », *Dr. Ouv.* 1982, 403. « Le régime actuel du contrat à durée déterminée », *Dr. Ouv.* 1987, 39.

SAURET A., « La gestion prévisionnelle de l'emploi : aspects juridiques », *Dr. Soc.* 1992, 253.

SAVATIER J., « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », études de droit du travail offertes à A. Brun, page 527. « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. Soc.* 1982, 1. « La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers », *Dr. Soc.* 1987, 407. « Réflexions sur les indemnités de licenciement », *Dr. Soc.* 1989, 126. « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. Soc.* 1990, 515. « La portée des engagements pris par l'employeur dans le cadre d'un licenciement collectif », *Dr. Soc.* 1990, 803. « Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat de travail provoquée par l'état de santé du travailleur », *Dr. Soc.* 1991, 113. « Les

garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr. Soc.* 1991, 413. Note sous Cass. Soc. 25 fév. 1992, *J.C.P.* 1992, éd. E, II, 360. « La protection des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », *Dr. Soc.* 1993, 123. « Délocalisations d'activités et cause réelle et sérieuse de licenciement », *Dr. Soc.* 1993, 646. « L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », Mélanges en l'honneur de H. Blaise, Economica 1995, p. 387. « Les contrats emploi solidarité, contrats à durée déterminée et à temps partiel », *Dr. Soc.* 1996, 921.

SCHMID S., « Le plein emploi estil encore possible ? », *Travail et Emploi* n° 65, p. 5.

SCIBERRAS J.C., « Le stagiaire dans l'oeil du cyclone », *Dr. Soc.* 1988, 795. « Création, reprise d'entreprise et essaimage », *Dr. Soc.* 1994, 115. « Naissance d'une loi : « l'amendement Aubry », sur les plans sociaux », *Dr. Soc.* 1994, 482.

SERRET J.J., note sous 23 sept. 1992, *J.C.P.* 1993, éd. E., II, 430.

SERRA Y., « La qualification professionnelle du salarié, élément déterminant de la validité de la clause de nonconcurrence en droit du travail », *D.* 1996, chron., 245.

SERVAIS J.M., « Pluralité des formes d'emploi et normes de l'O.I.T. », *Dr. Soc.* 1989, 136.

SERVERIN E., « L'application des sanctions pénales en droit du travail, un traitement marginal », *Dr. Soc.* 1994, 654.

SEVIN N. « Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail avec la société mère », *R.J.S.* 6/92, p. 391.

SIMITIS S., « Le droit du travail atil encore un avenir ? », *Dr. Soc.* 1997, 655.

SINAY H., « Stabilité de l'emploi et transfert d'entreprise », *S.J.* 1961, n°1647. « Le travail à l'essai », *Dr. Soc.* 1963, 180. « Rigueur et ampleur de la réintégration (19921993) », *Dr. Soc.* 1994, 552.

SOUBIE R., « Après les négociations sur la flexibilité », *Dr. Soc.* 1985, 95. « Quelques observations sur les accords « « donnantdonnant » », *Dr. Soc.* 1985, 614. « La négociation sur l'adaptation des conditions d'emplois », *Dr Soc.* 1984, 429.

SOURIACROTSCHILD M.A., « Regard sur le référendum », *Liaisons Sociales* déc. 1993, n°84, p. 88. « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* n°118 et 119, 1996. « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996, 395. « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. Soc.* 1997, 1061.

SPORTOUCH J.M., « La fermeture d'entreprise en cas de conflit collectif », *Dr. Soc.* 1988, 682.

SUPIOT A., « Le juge et le droit du travail », *Dr. Soc.* 1980, sp. 59. « Pourquoi un droit du travail ? », *Dr. Soc.* 1990, 485. « L'identité professionnelle », in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur de J. Savatier, P.U.F. 1992, p. 409. « La réglementation patronale dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 1992, 215. « Le travail, liberté partagée », *Dr. Soc.* 1993, 715. « L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité Sociale », *Dr. Soc.* 1995, 823. « Temps de travail, pour une concordance des temps », *Dr. Soc.* 1995, 947. « Une littérature de fin de monde », *Dr. Soc.* 1996, 85. « Du bon usage des lois en matière d'emploi » *Dr. Soc*. 1997, 229. « Le travail et l'opposition public/privé », in *Le travail en perpectives*, sous la direction de M. A.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre

Supiot, *L.G.D.J.,* 1998, p. 335.

T.

TAQUET F., « Maladie et rupture du contrat de travail : les nouvelles tendances de la jurisprudence », *Liaisons Sociales* mensuel, n°50, 1991. « La modification substantielle du contrat pour motif économique, premières réflexions sur le nouvel article L. 32111 du Code du travail », *Dr. Trav.*, janv. 1994, p. 2. « Brèves réflexions sur les nouvelles dispositions relatives au contenu du plan social », *J.C.P.* éd. E., n°3, 1994.

TASSEL Y., « L'obligation de non réembauchage », *Dr. Soc.* 1977, 180.

TEYSSIE B., « Remarques sur le droit du travail », Mélanges Colomier, page 495. « Les contrat à durée déterminée », *J.C.P.* 1982, éd. E., 13 380. « L'adaptation de l'emploi à l'activité de l'entreprise », *J.C.P.* 1986, éd. E., 15147. « Personnes, entreprises et relations de travail », *Dr. Soc.* 1988, 374. « Sur un fragment de la loi n°94126 du 11 février 1994 : commentaire de l'article L. 1203 du Code du travail », *Dr. Soc.* 1994, 667. « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique » *J.C.P.* 1996, éd. G., I, 3902.

TEYSSIER L. et DIDRY C., « La cause de l'emploi, les usages du droit à la contestation des plans sociaux », Travail et Emploi n°69, 4/96, p. 23.

THERY M., « La formation professionnelle intégrée », *Dr. Soc.* 1993, 683.

TREILLARD J., « De la suspension des contrats », in *La tendance à la stabilité du lien contractuel*, sous la direction de P. DURAND, *L.G.D.J.*, 1960, p. 60.

TREU T., « La flexibilité du travail en Europe », Revue internationale du BIT 1/93, p. 533.

U.

URBAN Q., « Le licenciement pour motif économique et le groupe (Cour de cassation, chambre sociale 25 juin 1992) », *Dr. Soc.* 1992, 272.

W.

WAGNER E., « Le nouveau champ d'application de l'article L. 12212 alinéa 2, à la suite des arrêts du 16 mars 1990 », *Dr. Ouv.* 1990, 217. « La violation d'une règle légale impérative par l'employeur (à propos de la réintégration des salariés ordinaires) », *Dr. Ouv.* 1995, 365.

WAQUET Ph., « L'employeur atil le choix de réintégrer le salarié protégé « dans son emploi », ou « dans un emploi équivalent ? », rapport sous Cass. Soc. 24 janv. 1990, *Dr. Soc.* 1990, 333. « La modification du contrat de travail : à propos d'un

« tournant » dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *C.S.B.P.* 1992 n° 47, p. 57. « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse de licenciement » *Dr. Soc.* 1992, 980. « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », *Dr. Soc.* 1994, 677. « Protection de l'emploi des accidentés du travail rôle du médecin du travail », *C.S.B.P.* 1994 n° 64, p. 293. « Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique », Cass. soc. 5 avril 1995, *Dr. Soc.* 1995, 482. « L'application par le juge français de la directive communautaire du 14 fév. 1977 », *Dr. Soc.* 1995, 1007. « Le juge et les plans sociaux », *Liaisons Sociales* n°1397, 1er fév. 1996. « Le juge et l'entreprise », *Dr. Soc.* 1996, 472. « Les plans sociaux », *R.J.S.* 5/96, p. 303. « Modification des contrats de travail et plan social », Cass. Soc. 3 déc. 1996, *Dr. Soc.* 1996, 18 « Modification du contrat de travail et changement des conditions de travail », *R.J.S.* 12/96, p. 791. « Les pouvoirs de requalification du juge », *Dr. Ouv.* 1997, 122.

"Cyberthèses ou Plateforme" - © Celui de l'auteur ou l'autre