L'imbroglio juridique des politiques de lutte contre l'instabilité de l'emploi

Jean-Yves Kerbourc'h (*)

Au regard de la stabilité du lien contractuel, tout semble, à première vue, opposer les contrats à durée indéterminée et à durée déterminée. Pourtant, l'examen attentif de la jurisprudence récente et des aménagements conventionnels ou réglementaires auxquels procède Jean-Yves Kerbourc'h dans cet article montre des tendances communes à l'œuvre, pour tenter de contenir l'instabilité de l'emploi. Dans un foisonnement qui peut apparaître comme peu organisé et parfois même générateur d'incohérences, ces tentatives transcendent les frontières entre contrats à durée indéterminée et déterminée. Il peut s'agir notamment d'une extension des obligations de reclassement en matière de licenciement économique à certains licenciements individuels, de protection contre l'échéance du terme des contrats à durée limitée ou de leur transformation en contrats à durée indéterminée, et du développement de formules du type tiers-employeur. L'auteur montre qu'on pourrait aller plus loin dans l'édification de garanties, en s'appuyant sur la nature économique des raisons qui président souvent aux décisions de gestion des différents contrats de travail. S'inscrivant dans le prolongement des débats ouverts par les rapports Supiot et Belorgey-Fouquet, cet article invite à la réflexion sur des voies juridiques nouvelles de la construction « d'une continuité professionnelle au-delà de la discontinuité de l'emploi ».

La question de l'instabilité de l'emploi est certainement la préoccupation majeure de ceux qui s'intéressent à l'évolution du travail moderne. L'instabilité est aujourd'hui présentée comme une situation contre laquelle il faut lutter (1). Pourtant par le passé, ce fut pour *éviter* que les situations contractuelles ne demeurent figées que l'instabilité fut organisée (2). Pour se prémunir de la reconstitution des liens de vassalité il fut décidé de prohiber les engagements perpétuels. Les articles 1780 du Code civil et L. 121-4 du Code du travail disposent toujours qu'on « ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». C'est pourquoi le contrat de travail conclu sans détermination de durée comporte une faculté de résiliation unilatérale ouverte à chacune des parties (3). L'instabilité du contrat de travail à durée indéterminée leur permet donc de se délier. C'est grâce à cette instabilité qu'offres et demandes d'emploi peuvent se rencontrer au sein d'un marché du travail. C'est encore grâce à ce droit à l'instabilité que le salarié dispose de la liberté de démissionner (4). A l'inverse, le contrat à durée déterminée est *stable* car les parties ne peuvent pas le rompre avant l'échéance du terme. Pendant longtemps, seuls certains salariés occupant des emplois élevés dans la hiérarchie de l'entreprise parvenaient à négocier ce contrat que l'employeur ne peut pas résilier.

Soucieux de la condition des salariés pour lesquels le contrat de travail constitue le seul moyen de subsistance, le législateur a exigé des employeurs un certain discernement dans l'exercice de leur droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. La loi du 13 juillet 1973 les a obligés à justifier d'une cause réelle et sérieuse. C'est à partir de cette date que le contrat à durée déterminée a connu un essor sans précédant car son extinction par l'échéance du terme évite le formalisme et la justification attachés à la rupture du contrat à durée indéterminée. En réaction, la Cour de cassation puis le législateur poseront des règles qui restreindront les possibilités de conclusion d'un contrat à durée déterminée : ce sont les cas de recours édictés par les articles L. 122-1-1 et suivants, et l'interdiction générale de pourvoir durablement par ce type de contrat des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. On sait que les employeurs qui restent maîtres de l'organisation du travail dans l'entreprise peuvent assez facilement contourner ces cas de recours. Aujourd'hui, le contrat à durée indéterminée est devenu stable car il fait l'objet d'une protection lors de sa *rupture* alors que cette protection qui est censée s'exercer lors de la *conclusion* du contrat à durée déterminée (politique législative des cas de recours) a connu un échec relatif (5). « Liberté de rupture ou sécurité

1. *La tendance à la stabilité du rapport contractuel-Etudes de Droit privé sous la direction de Paul Durand*, Paris, L.G.D.J, 1960, 358 p.
2. G.H CAMERLYNCK, *Le contrat de travail*, Paris, Dalloz, 1982, 725 p., n° 618 et s.
3. C. trav. art. L. 122-4.
4. Les ruptures par démission représentent environ 6 % des entrées à l'A.N.P.E., soit un pourcentage légèrement supérieur à la part des licenciements pour motif économique (*cf.* annexe 1, à la fin de l'article).
5. Les fins de contrat à durée déterminée et les fins de missions de travail temporaine (*cf.* annexe 1 à la fin de l'article) représentent plus du tiers des entrées à l'A.N.P.E.

(*) Maître de conférences à la Faculté de droit de Nantes, chemin de la Sensive du Tertre, BP 8107, 44313 NANTES CEDEX 3.

contractuelle » : tels sont les enjeux concurrents de ces contrats(6).

Ces péripéties de l'histoire, bien connues des juristes, montrent que l'instabilité de la situation contractuelle du salarié résulte moins du contrat lui-même que du régime juridique auquel le législateur le soumet(7). Toute étude et toute politique de lutte contre « l'instabilité » de l'emploi doit alors nécessairement envisager l'ensemble des contrats car la plus ou moins grande stabilité d'une situation résulte d'une comparaison entre plusieurs choix juridiques possibles. Les employeurs procèdent d'ailleurs de la sorte puisqu'ils arbitrent constamment leurs choix en considération des avantages et inconvénients qui leur sont présentés, qu'ils soient juridiques ou non(8). Nous verrons que le législateur qui en a peut-être pris conscience, attache moins d'importance à la distinction faite entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée.

Une autre source de difficultés dans le contrat à durée indéterminée tient aux deux catégories de licenciement que le législateur distingue selon leur cause. Les statistiques font état d'une augmentation régulière du nombre de licenciements pour motif personnel (environ 34 000 salariés chaque mois dans les entrées à l'A.N.P.E.), désormais deux fois plus nombreux que les licenciements pour motif économique (16 000 salariés chaque mois). Si les causes de la diminution des congédiements pour motif économique sont connues (conjoncture économique favorable, efficacité des mesures préventives telles que les plans sociaux et les reclassements), il est en revanche difficile d'expliquer l'augmentation du nombre de licenciements pour motif personnel. Peut-on facilement licencier pour motif personnel ? La protection accordée au salarié qui fait l'objet d'un tel licenciement est-elle suffisante ? Les causes de licenciements pour motif personnel sont-elles bien circonscrites ? De la réponse à ces questions dépend l'idée que l'on se fait de la plus ou moins grande stabilité du contrat à durée indéterminée. Toute lutte contre les ruptures de continuité professionnelle devrait donc se départir de la typologie des contrats de travail et de la typologie des modes de rupture. D'autres questions en découlent. Les dichotomies aujourd'hui considérées comme essentielles (contrats à durée déterminée / contrat à durée indéterminée, licenciement pour motif économique / licenciement pour motif personnel), sont-elles toujours pertinentes au regard de l'évolution des modes de production et d'utilisation de la main-d'œuvre par les entreprises ? Ne faut-il pas les dépasser en imaginant un régime juridique de la rupture du contrat de travail dont la cause (provoquée par l'échéance d'un terme ou par un acte de résiliation unilatérale) importerait moins ?

Des propositions novatrices, comportant des risques

De riches et diverses études prospectives récentes ont tenté de répondre à certaines de ces questions en essayant de concilier les avantages dont bénéficient les employeurs à ajuster le volume de l'emploi à l'activité de l'entreprise, et la continuité professionnelle que souhaitent les salariés. Les auteurs du rapport « Boissonnat » ont eu le mérite, et sans doute le courage, de remettre en cause la distinction entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée, en proposant un contrat « d'activité » conclu entre un salarié et un collectif d'entreprises s'inscrivant dans des limites pluriannuelles à l'intérieur desquelles se seraient succédés des sous-contrats de travail, de formation professionnelle, des congés d'utilité économique et sociale(9)... L'imprécision de ces propositions et le bouleversement du droit positif qu'elles auraient provoquées n'ont pas permis de prolongements législatifs significatifs.

D'autres auteurs ont essayé de montrer que l'intervention d'institutions-tierces dans la relation de travail, ou la création de statuts intermédiaires pouvaient favoriser le passage d'une situation professionnelle à une autre, par un statut de « transition » entre deux emplois qui aurait vocation à être juridiquement consacré(10). Certaines politiques de l'emploi se sont inspirées de cette idée en faisant intervenir un tiers-employeur pour reconstituer *la continuité professionnelle* en dépit de la *discontinuité de l'emploi*. Les groupements d'employeurs, les associations intermédiaires, les associations de services aux personnes, les entreprises d'intérim d'insertion qui se

6. G. POULAIN, *Les contrats à durée déterminée*, Paris, Litec, 2° éd., 1992, n° 3 et s. L'auteur remarque que « *le contrat à durée indéterminée en raison du statut légal ou conventionnel applicable à la rupture va signifier la permanence de l'emploi, alors que le contrat à durée déterminée qui tendait à assurer la sécurité de l'emploi, va être de plus en plus utilisé comme moyen de limiter la durée de la relation contractuelle. Le contrat temporaire devient pour l'employeur un moyen de défense contre les garanties du contrat à durée indéterminée qui n'est plus synonyme de liberté* ».

7. J.-Y. FROUIN, "Les éléments de précarité dans le contrat à durée indéterminée", *Dr. ouvrier* 1997, pp. 125-132.

8. On peut également penser que la situation de l'emploi joue un rôle majeur dans le choix du contrat. Les employeurs ont plutôt intérêt à choisir les formes d'emploi stables en période de pénurie de main-d'œuvre en mettant en place des politiques de fidélisation. V. dans ce sens J. F. LOCHET cité par Y. FONDEUR et F. LEFRESNE, « Les jeunes, vecteurs de la transformation structurelle des normes d'emploi en Europe ? », *Travail et Emploi* 2000, n° 83, pp. 115-136, cit. p. 129. Sur les procédés de fidélisation, v. « La fidélité à l'entreprise », *Dr. soc.* n° spéc., mai 1991, pp. 373-429.

9. J. BOISSONNAT, *Le travail dans vingt ans*, Commissariat Général au Plan, Paris, Ed. O. Jacob, 1995, 373 p.

10. G. SCHMID, « Le plein emploi est-il encore possible ? Les marchés du travail transitoires en tant que nouvelle stratégie dans les politiques d'emploi », *Travail et Emploi*, 1995, n° 65, pp. 5-17.

livrent à une activité de mise à disposition de personnel ont été créés par le législateur dans ce but précis.

En dernier lieu, le rapport « transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe » propose également d'aller « au-delà de l'emploi » en suggérant que soit reconnu un nouvel état professionnel des personnes à l'instar de l'état des personnes en droit civil(11). Cet état aurait pour fonction de « *garantir la continuité d'une trajectoire plutôt que la stabilité des emplois* » en protégeant le travailleur dans les phases de transition entre ces emplois. Le rapport propose de développer les instruments juridiques que sont les droits de tirage sociaux (crédits d'heures des représentants du personnel, crédits formation, congé parentaux notamment).

Toutefois, on a reproché à ces rapports le risque qu'ils faisaient courir de réduire la relation de travail à la simple inscription de droits de créance dans des comptes spécialement créés à cet effet (compte-épargne temps, fonds de mutualisation etc.), et dont les conséquences seraient mal mesurées. Une analogie peut être faite avec l'inscription des valeurs mobilières dématérialisées dans les comptes titres, qui offrent toute la souplesse nécessaire à la liquidité du marché des transactions boursières. Certes, il est audacieux d'assimiler le marché boursier au marché de l'emploi car les créances des droits de tirage sociaux ne sont pas négociables. Certains auteurs posent néanmoins la question de savoir s'il n'existe pas un risque « *d'entériner la liquidité du travail, la flexibilité pure et parfaite, rêve du gestionnaire d'entreprise, tout comme la mobilité parfaite des capitaux est celui de l'investisseur financier* »(12). Autrement dit, la question posée est de savoir si, en voulant remédier aux inconvénients de l'individualisation des rapports professionnels au sein d'un marché de l'emploi qui tend à ressembler au fonctionnement des marchés financiers, cette individualisation contre laquelle on veut lutter ne serait pas exacerbée.

Un tel foisonnement des idées et des débats pourrait faire penser que la législation est restée figée. Nous verrons toutefois qu'insidieusement, le droit du travail connaît de très importantes métamorphoses qui bouleversent les traditionnels procédés de protection du salarié, soit contre la rupture du contrat de travail en favorisant la continuité professionnelle, soit contre la brutale privation de son emploi à l'échéance du terme d'un contrat à durée limitée. Si la lutte contre l'instabilité de l'emploi à durée indéterminée reste bien un souci constant du législateur, cette lutte s'exerce très différemment et d'une manière assez novatrice par rapport à ce qu'elle fut par le passé. D'un autre côté, la lutte contre l'instabilité de l'emploi à durée limitée se manifeste également par des originalités et des innovations juridiques inaperçues, qui tendent à rapprocher le statut du contrat à durée déterminée du statut du contrat à durée indéterminée alors que tout semblait pourtant les opposer.

La lutte contre l'instabilité de l'emploi à durée indéterminée

La stabilité du contrat de travail à durée indéterminée était traditionnellement recherchée par l'encadrement du droit de résiliation unilatérale de l'employeur (la cause réelle et sérieuse exigée pour licencier). Cette stabilité est aujourd'hui recherchée par des procédés qui visent à anticiper le licenciement en imposant le reclassement du salarié, ou en lui offrant la possibilité de recouvrer un emploi après qu'il l'ait momentanément ou définitivement quitté.

Le reclassement du salarié

La tendance à la stabilité du contrat à durée indéterminée a connu un nouvel essor par des droits au reclassement qui s'exercent préalablement à un licenciement pour motif économique, et que la doctrine estime pouvoir être étendus aux licenciements pour motif personnel.

Les mesures de reclassement préalables au licenciement pour motif économique

Le reclassement peut être considéré comme une obligation de faire mise à la charge de l'employeur avant d'envisager une rupture du contrat de travail pour motif économique(13).

En une dizaine d'années, le droit au reclassement s'est transformé en un véritable droit du reclassement(14). Aux visas des articles 1134 al. 3 du Code civil (obligation d'exécuter les conventions de bonne foi) et 1147 de ce même Code (inexécution d'une obligation), la Cour de cassation a imposé à l'employeur un devoir d'adaptation des salariés à

11. *Au-delà de l'emploi*, Dir. A. SUPIOT, Paris, Flammarion, 1999, 321 p. ; pour une présentation générale de ce rapport : « Le rapport Supiot », *Dr. soc.* 1999, pp. 431-473 ; pour une appréciation critique : TH. COUTROT, « 35 heures, marchés transitionnels, droits de tirage sociaux : du mauvais usage des bonnes idées », *Dr. soc.* 1999, pp. 659-668 ; J. LOJKINE, « A propos du rapport Supiot », *Dr. soc.* 1999, pp. 669-672 ; CH. RAMAUX, « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? », *Dr. soc.* 2000, pp. 66-76.

12. TH. COUTROT, notes de lecture sur *Le nouvel esprit du capitalisme* de L. Boltanski et Eve Chiapello, *Travail et Emploi*, 2000, n° 83, cit. p. 162.

13. Sur la distinction entre le reclassement, préalable à la rupture du contrat de travail et les mesures de reclassement postérieures à la rupture, v. F. HÉAS, « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Dr. soc.* 1999, pp. 504-514.

14. G. COUTURIER, « Vers un droit du reclassement ? », *Dr. soc.* 1999, pp. 497-503.

l'évolution de leurs emplois[15] (arrêt *Expovit,* Cass. soc. 25 février 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 379). Elle en a ensuite déduit que le salarié bénéficiait d'un « droit au reclassement », corollaire de « l'obligation de reclassement » de l'employeur.

Dans le même sens, l'article L. 321-4-1 du Code du travail impose à l'employeur d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements pour motif économique en établissant un plan social qui doit « faciliter le reclassement du personnel ». L'alinéa second de cet article prévoit qu'un plan « visant au reclassement » des salariés doit s'intégrer au plan social à peine de frapper de nullité la procédure de licenciement. Dans l'arrêt *Everite* (Cass. soc. 17 mai 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 574), la Cour de cassation a estimé que l'insuffisance du plan devait être assimilée à l'absence de plan[16]. La nullité de la procédure de licenciement emporte alors la nullité des licenciements subséquents : c'est l'arrêt *La Samaritaine* (Cass. soc. 13 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 254). Pour autant, l'obligation de reclassement ne se limite pas aux seules mesures du plan qui doit nécessairement envisager toutes les mesures données à titre d'exemple dans l'article L. 321-4-1 (Arrêt *Lasnon*, Cass. soc. 28 mars 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 600). L'employeur doit en outre rechercher et proposer des postes disponibles dans l'entreprise et dans le groupe (arrêts *Thomson* et *TRW Repa*, Cass. soc. 5 avril 1995, Bull. V, n° 123, p. 89).

Incidemment, le législateur et la jurisprudence ont réglé le sort des stratégies patronales de contournement du plan social. Les arrêts *Majorette* et *Framatome* (Cass. soc. 3 décembre 1996, *Dr. soc.* 1997, pp. 23-24), ont exigé de l'employeur qui propose une modification d'un élément essentiel du contrat à plus de 10 salariés qu'il établisse un plan social car, derrière la modification, se dissimule l'éventualité d'une rupture du contrat de travail[17]. La jurisprudence a également dénié toute autorité au constat (ou à l'absence de constat) de carence du plan par l'administration du travail (arrêt *Sietam*, Cass. soc. 16 avril 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 489). Enfin, la loi du 29 juillet 1992 (C. trav. art. L. 321-1 al. 2) en envisageant généralement « toute rupture » du contrat, inclut dans le nombre des licenciements envisagés – donc soumis aux dispositions du plan social – les ruptures négociées[18].

Ce qu'il faut retenir de cette évolution du droit du licenciement pour motif économique, c'est qu'il tend à stabiliser différemment le lien contractuel. L'employeur n'a plus seulement l'obligation de justifier la rupture, il doit désormais *l'éviter.* Et si cette rupture survenait, elle n'aurait une cause réelle et sérieuse que si l'obligation de reclassement a été satisfaite[19]. Il faut également remarquer que les obligations de reclassement ne se concrétisent pas nécessairement par le maintien du contrat de travail. Au mieux le reclassement entraîne une novation de ce contrat par la modification de certains de ses éléments (poste, qualification, rémunération, avantages divers). Mais souvent le reclassement entraîne la rupture du contrat de travail et la conclusion concomitante d'un nouveau contrat, avec une autre entreprise du groupe par exemple.

Toutefois, les limites actuelles des obligations d'adaptation et de reclassement ont été mises en évidence par leur portée étroite, et par la souplesse offerte par les plans sociaux. Même exécutées de bonne foi, elles sont sans effet lorsqu'une transformation importante d'emploi intervient dans l'entreprise et qu'il s'ensuit un bouleversement des qualifications provoqué par les mutations technologiques ou par un changement dans l'organisation de l'entreprise. On sait alors que les actions de reclassement et de formation que doit prévoir le plan social sont inopérantes. Les juristes ont ainsi mis en lumière le caractère figé et tardif de la procédure applicable au plan social en remarquant qu'il est « *curieux d'imposer la présentation d'un document, ayant entre autres pour but "d'éviter des licenciements", dans une hypothèse qui présuppose l'existence de ceux-ci* »[20]. Ce constat a également été fait par les chercheurs en gestion qui, analysant les opérations de réduction d'effectifs et le travail de ceux qui les appliquent, remarquent que « *toute tentative d'un autre choix que celui de la réduction des effectifs est étouffée avant même de pouvoir être élaborée* »[21]. Au-delà se pose toujours la question de la nature des obligations imposées par le plan qui n'est pas une obligation de résultat car il

15. Cass. soc., 25 février 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 379 ; *D.* 1992, p. 390, note M. Defossez ; *J.C.P.* 1992, Ed. E, I, p. 362, note D. Gatumel ; A. Lyon-Caen, "Adapter et reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation", *Semaine Soc. Lamy*, n° 596, 21 avril 1992, pp. 3-4.

16. P. Lyon-Caen, « Le principe et l'étendue du contrôle par la Cour de cassation du contenu des nouveaux plans sociaux et de reclassement », Concl. sous Cass. soc. 17 mai 1995, *Dr. soc.* 1995, pp. 570-575. Pour une analyse complète des arrêts de la Cour de cassation cités dans les lignes qui suivent, v. PH. Waquet, « Plans sociaux. Point sur la jurisprudence dela Cour de cassation », *Liaisons soc.* n° 647 du 28 octobre 1999, jurisprudence.

17. Ph. Waquet, « Modification des contrats de travail et plan social », Concl. sous Cass. 3 décembre 1996, *Dr. soc.* 1996, pp. 18-23.

18. F. Duquesne, « Départs volontaires et procédures de licenciement économique », *Dr. soc.* 1995, pp. 576-585 ; Ch. Radé, « L'autonomie du droit du licenciement », *Dr. soc.* 2000, pp. 184.

19. Sur un plan procédural, la Cour de cassation a pu décider que, saisie d'une demande de dommages-intérêts pour défaut de cause réelle et sérieuse d'un licenciement pour motif économique, une cour d'appel devait rechercher si l'employeur avait satisfait à son obligation de reclassement (Cass. soc. 17 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 503).

20. F. Favennec-Héry, "Le droit et la gestion des départs", *Dr. soc.* 1992, pp. 581-589, n° 17.

21. R. Beaujolin, *Les vertiges de l'emploi*, Paris, Grasset, 1999, 330 p., cit. p. 234.

"vise" au reclassement sans que "l'on ne puisse attendre de lui qu'il l'assure avec certitude" (22).

Aussi devenait-il impérieux de promouvoir un droit du salarié à la formation, très en amont des difficultés que l'entreprise pourrait rencontrer. Aujourd'hui, la formation professionnelle continue n'est plus envisagée comme la possibilité de pallier aux insuffisances de la formation initiale ou pour permettre d'accéder à des connaissances nouvelles. Il lui est désormais assigné l'objectif d'adapter le salarié à l'évolution des techniques et aux formes nouvelles d'organisation des entreprises pour prévenir les aléas de la vie professionnelle, le chômage notamment (23). Paradoxalement, il est connu que ce sont les catégories de salariés qui ont le plus besoin de formation et qui sont les plus exposées au risque de licenciement qui en reçoivent le moins. Le livre blanc publié par Mme Nicole Pery constate que 17 % des ouvriers non qualifiés participent annuellement à une action de formation dans leur entreprise alors que 51 % des techniciens et 49 % des cadres sont dans ce cas. L'idée de formation « tout au long de la vie » développée dans de nombreux rapports officiels devrait donc nécessairement être appariée à des mesures incitatives et coercitives rendant effective l'exigence « de confrontation permanente entre les acquis de l'expérience et les savoirs constitués » (24). Là sont les véritables enjeux de la politique de prévention des licenciements pour motif économique et du reclassement des salariés.

Sans doute était-il opportun que le législateur conçoive le lien qui unisse l'obligation d'adaptation du salarié à l'obligation de le former. La formation et le reclassement sont en effet des obligations presque symétriques : la formation doit permettre l'adaptation, donc un reclassement éventuel, et le plan social qui « facilite le reclassement » doit prévoir des mesures de formation. La loi du 19 janvier 2000 consacre désormais la formation comme l'un des éléments favorisant l'adaptation. L'article L. 932-2 nouveau du Code du travail dispose que « l'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois ». En corollaire « toute action de formation suivie par le salarié dans le cadre de cette obligation constitue un temps de travail effectif ».

La doctrine propose d'aller plus loin, et pose la question de « *savoir s'il y a lieu, par un élargissement général de l'objet du contrat de travail, de considérer la formation comme une obligation réciproque née du contrat* » (25). Existe déjà une obligation faite au salarié de suivre la formation proposée par l'employeur (26) et de parvenir à s'adapter (27). Mais ce sont surtout les contrats de formation en alternance qui ont consacré la formation comme une « obligation réciproque née du contrat ». C'est ce qui en fait leur principale originalité juridique, mais également leur principal intérêt (28). Sans doute faudrait-il accorder à ces contrats la plus grande attention car ils peuvent constituer un modèle pour l'extension au contrat de travail de droit commun d'une obligation précise de formation, qui n'existe pour l'instant qu'à l'état embryonnaire.

En définitive, l'extraordinaire richesse du droit de la prévention de la rupture du contrat pour motif économique contribue à renouveler le droit à la stabilité contractuelle. Toutefois, ces mesures ne sont pour l'instant applicables qu'au licenciement pour motif économique. Or il faut remarquer que les salariés licenciés pour une telle cause sont statistiquement minoritaires (29), ne représentent qu'environ 5 % des entrées à l'A.N.P.E. et sont actuellement en diminution. Il faudrait alors se demander si une extension des mesures de reclassement aux cas de licenciement pour motif personnel ne devrait pas être envisagée.

Les mesures de reclassement préalables au licenciement pour motif personnel

On sait que les licenciements pour motif personnel (identifiés par défaut dans la catégorie « autre licenciement » des statistiques) représentent environ 12 % des entrées à l'A.N.P.E. et connaissent un accroissement important sur une période récente.

Il est très difficile d'appréhender statistiquement et sociologiquement les causes exactes de ces licenciements pour motif personnel. Le travail d'observation est plus délicat encore lorsqu'il s'agit des causes non fautives, pourtant les plus intéressantes. Ce sont elles en effet qui sanctionnent le manquement du salarié aux obligations que fixe l'employeur dans le contrat de travail. L'étude de ces licenciements devrait donc

22. G. COUTURIER, "Plan social et mesures de reclassement : l'apport de la loi du 27 janvier 1993", *Dr. soc.* 1993, pp. 219-226.
23. A. GAURON, *La formation tout au long de la vie. Une prospective économique*, Conseil d'analyse économique, 2000.
24. N. PERY, *La formation professionnelle, diagnostics, défis et enjeux*, Paris, Doc. fr., 1999, 246 p.
25. M. L. MORIN, « Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles », *in Travail – Activité – Emploi. Une comparaison France-Allemagne*, CAHIER TRAVAIL ET EMPLOI, Paris, Doc. fr., 1999, 302 p., pp. 109-136 ; « Partage des risques et responsabilité de l'emploi », *Dr. soc.* 2000, pp. 730-738.
26. Ce qui pose des problèmes de compatibilité avec l'article L. 932-1 al. 4 qui prévoit que le refus du salarié de se soumettre à une formation ne constitue pas une faute ni un motif de licenciement (mais l'on se situe sur le terrain du licenciement pour motif personnel...). Sur ces questions, v. M. DEL SOL, "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante : des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées", *Dr. soc.* 1994, pp. 412-421, n° 41.
27. A. LYON-CAEN, article préc. n° 19 ; J-M. LUTTRINGER, "L'entreprise formatrice sous le regard des juges", *Dr. soc.* 1994, pp. 283-290.
28. « L'alernance : enjeux et débats », CAHIER TRAVAIL ET EMPLOI, Paris, Doc. fr., 1996, 171 p.
29. DARES, « Le marché du travail en mai 2000 », *Premières informations et premières synthèses*, 2000, n° 27.2.

pouvoir révéler les principaux caractères des obligations inexécutées ainsi que leur transformation récente. Il faudrait alors vérifier si l'objet des obligations contractuelles, devenant plus contraignant, explique (ou non) l'augmentation des ruptures de contrat pour inexécution de ces obligations.

Ce ne sont que des hypothèses. Mais il est devenu banal de remarquer que les qualités professionnelles requises par les employeurs présentent un caractère *intuitus personae* renforcé : il est exigé des salariés qu'ils prennent des initiatives qui intensifient le travail. Le culte de « l'autonomie », de la « responsabilité », de « l'auto-évaluation » et de « l'autocorrection », né des nouvelles formes de management, modifie non seulement le rapport de subordination entre l'employeur et le salarié(30), mais altère également le contenu de l'obligation contractuelle dont ce dernier est débiteur. Les sociologues ont bien montré que si les salariés ont acquis certaines libertés d'initiative dans l'exécution de leur travail et reçoivent moins d'ordres précis, des objectifs et des résultats à atteindre à caractère extrêmement contraignant leur sont en revanche assignés(31). La non-réalisation des objectifs est sanctionnée par des licenciements motivés par l'insuffisance de résultats. Le management « par objectif » tend alors à transformer l'obligation mise à la charge du salarié en une *obligation de résultat.*

Ne faudrait-il pas mieux débattre de cette « autonomie » que seuls constatent pour l'instant les « nouveaux managers » ? Certes, de plus larges espaces d'initiatives sont laissés aux salariés(32). Mais une véritable autonomie signifierait que le salarié dispose du choix des fins à atteindre (donc du pouvoir de direction et de gestion !) alors qu'il lui est juste demandé de prendre la décision d'accomplir les actes qu'il juge opportun pour la réalisation d'un résultat fixé à l'avance(33). Les enquêtes menées sur ces questions font état d'un « *paradoxe au moins apparent entre la généralisation de marges d'initiative dans le déroulement des tâches et la progression du nombre de salariés déclarant être soumis à des contrôles permanents de leur hiérarchie* »(34).

Parallèlement, ces salariés estiment que la charge mentale liée au travail augmente (sentiment de responsabilité, interruptions dans le travail, moyens insuffisants ou relations tendues), et craignent en cas d'erreur de leur part des sanctions portant sur leur emploi(35). Cette tendance ne serait donc qu'une transformation formelle (mais réelle) de la subordination liée à un nouveau mode d'organisation des entreprises indiquant « *une définition des postes de travail impliquant multiplicité des tâches et polyvalence des travailleurs, l'utilisation extensive du travail en équipe, la réduction du nombre d'échelons hiérarchiques, des délégations de responsabilités aux individus et aux équipes* »(36). La tendance à la rationalisation industrielle, à la concentration financière, aux modes d'organisation des entreprises en réseau(37) montre avec quelle prudence il faut accueillir « l'autonomie » des salariés(38). Omettre les indispensables guillemets qui devraient l'entourer, c'est courir le risque de se méprendre sur la réelle contrainte juridique exercée sur le salarié. Le succès rencontré par les agences privées de normalisation de la qualité (de type « Iso ») est là pour rappeler que les salariés ne décident ni de l'organisation de l'entreprise, ni des résultats à atteindre. Le recours croissant au licenciement pour motif personnel ne serait peut-être qu'un des symptômes de ces nouvelles contraintes qui échappent pour l'instant à l'analyse juridique.

Les nouvelles formes de management, en rejetant systématiquement sur le salarié la responsabilité de la non-réalisation des objectifs fixés, occulte les causes extérieures qui peuvent la justifier. L'insuffisance de résultats est à la frontière du motif économique et il arrive que des difficultés non inhérentes à la personne du salarié (état du marché, situation économique du secteur) puissent l'expliquer(39).

---

30. A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, pp. 131-145.
31. J.-P. LE GOFF, *La barbarie douce*, Paris, La découverte, 1999, 126 p.
32. F. MOATTY, *Comment les salariés reçoivent-ils leurs instructions de travail ?*, Dossier du Centre d'Etudes de l'Emploi, n° 2, 1994.
33. K. CHATZIS, C. MOUNIER, P. VELTZ, PH. ZARIFIAN, *L'autonomie dans les organisations. Quoi de neuf ?*, Paris, L'Harmattan, 1999, 314 p. ; G. DE TERSSAC, *Autonomie dans le travail*, Paris, P.U.F., 1992.
34. J. BUÉ, C. ROUGERIE, « L'organisation du travail : entre contrainte et initiative », *Premières informations et premières synthèses*, 1999, n° 32.1, 8 p. Pour les auteurs, ce paradoxe suggère deux explications contradictoires : « *D'un côté, l'augmentation des marges d'initiative peut avoir pour effet de rendre plus pesants et donc plus apparents des contrôles qui n'auraient pas changé dans leur contenu. Mais de l'autre, la logique marchande et les démarches qualité, introduites dans de plus en plus d'entreprises, peuvent se traduire par un double mouvement de responsabilisation des salariés et de formalisation croissante de leurs tâches. Les démarches qualité consistent, en effet, à consigner sur le papier les processus du travail et à préciser les procédures de contrôle. Dans de nombreuses entreprises, des dispositifs de gestion exigeant la spécification des règles et des routines se développent. Or, du côté des salariés, on constate que les normes de qualité se traduisent par une surveillance accrue de la hiérarchie. Et si, toutes choses égales par ailleurs, les cadences augmentent la probabilité d'être soumis à cette surveillance, il en va de même des délais courts, et de la demande immédiate* ».
35. M. CEZARD, S. HAMON-CHOLET, « Travail et charge mentale », *Premières informations et premières synthèses*, 1999, n° 27.1, 12 p.
36. O.C.D.E, *Perspectives de l'emploi*, Juin 1999, 272 p., cit. p. 197.
37. P. VELTZ, PH. ZARIFIAN, « Vers de nouveaux modèles d'organisation ? », *Sociologie du travail* 1993, pp. 3-25.
38. F. DE CONINCK, *Travail intégré, Société éclatée*, Paris, P.U.F., 1995.
39. Un arrêt ancien de la Cour de cassation illustre cette difficulté à faire la part de ce qui relève de la cause économique de la cause personnel dans l'insuffisance de résultats : « *L'insuffisance de résultats obtenus par un salarié chargé de commercialiser les produits de l'entreprise par rapport aux quotas prévus à son contrat constitue, sauf abus de la part de l'employeur, une cause réelle et sérieuse de licenciement, peu important que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que*

Peut-être faudrait-il donc accompagner l'évolution récente de la jurisprudence en faveur d'une *généralisation* de l'obligation de reclassement. La doctrine le propose(40). Existent déjà de manière limitée des obligations de reclassement préalables au licenciement pour motif personnel. Les salariés devenus inaptes à leur emploi par suite d'un accident ou d'une maladie d'origine professionnelle(41) ou non-professionnelle(42) sont créanciers d'une telle obligation. L'employeur doit alors faire diligence en recherchant si le travailleur peut être affecté dans l'entreprise à un poste approprié à ses capacités physiques(43) telles qu'elles ont été appréciées par le médecin du travail(44).

Le professeur G. COUTURIER propose d'étendre cette obligation à d'autres situations que les licenciements pour motif économique en soulignant que « *le droit tend à assurer autant que possible aux salariés la stabilité de leur emploi* »(45), et que « *le licenciement n'est admissible qu'à titre d'issue ultime, quand il n'y a pas moyen d'éviter la rupture du contrat* »(46). Cette stabilité pourrait être recherchée par une extension des obligations de reclassement. On pourrait également estimer que l'obligation de l'article L. 932-2 d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi est une obligation générale préalable à toute forme de rupture du contrat. L'objet serait d'éviter que ne s'accroissent des *différences de régimes* entre deux types de licenciement que les pratiques patronales tendent à ne plus distinguer aussi rigoureusement que le fait le Code du travail.

Mais au-delà de la stabilité contractuelle et du droit de la prévention de la rupture du contrat, se dessine aussi une tendance visant à protéger ou à sauvegarder la pérennité de l'emploi lui-même.

La sauvegarde de l'emploi

La volonté d'offrir au salarié une garantie de maintien dans son emploi peut trouver son origine soit dans des dispositions contractuelles ou conventionnelles, soit dans le droit reconnu au salarié par le législateur de recouvrer un emploi dans certaines circonstances.

Les clauses de garantie d'emploi

Deux sources alimentent les engagements de maintien dans l'emploi pris par certains employeurs. Ces engagements peuvent être souscrits dans un *contrat individuel* de travail(47). L'hypothèse est assez rare et ne concerne que des salariés occupant un poste à haut niveau de responsabilité ou d'anciens dirigeants de l'entreprise qui, ayant vendu celle-ci, concluent avec elle un contrat de travail comportant une clause de maintien dans l'emploi pendant une durée minimum garantie(48).

Il arrive également que des *conventions ou accords collectifs* prévoient des causes de licenciements plus restrictives que celles habituellement admises par le droit commun : par exemple, le maintien de l'emploi pendant une durée minimum en cas de maladie, ce qui empêche l'employeur d'invoquer la désorganisation de l'entreprise pour licencier, ou bien l'interdiction faite à l'employeur de congédier le salarié en dehors de la faute grave commise par ce dernier. Plus fréquemment stipulées sont les clauses de conventions ou d'accord collectif « donnant-donnant ». L'employeur s'engage à maintenir l'emploi, parfois en renonçant à des licenciements envisagés, en contrepartie d'une diminution de rémunération consentie par les salariés.

Ces accords ont donné lieu à de multiples difficultés juridiques réglées assez prudemment par la jurisprudence(49). Dans une affaire *Potain*, la Cour de cassation estima que l'engagement de l'employeur à éviter des licenciements ne s'opposait pas à ce qu'il mette en œuvre ceux rendus inévitables par la situation économique de l'entreprise(50). Plus protectrice est la jurisprudence *Case France* qui a sanctionné l'employeur qui avait *engagé* une procédure de licenciement au cours de la période de garantie de maintien de l'emploi, bien que ces licenciements aient été *prononcés* après cette période de garantie(51). La Cour de cassation s'est fondée sur l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi(52). La jurisprudence *Briou* (engagement de l'employeur à maintenir un site industriel) a donné à la clause litigieuse une valeur contractuelle dont l'inexécution est

---

la situation économique rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces » (Cass. soc. 18 mars 1986, Bull. V., n° 86).

40. G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1999 préc.

41. C. trav. art. L. 122-24-4.

42. C. trav. art. L. 122-32-5.

43. J. SAVATIER, « L'obligation de reclassement des salariés devenus physiquement inaptes à leur emploi », *Mélanges en l'honneur de Henri Blaise*, Paris, Economica, 427 p., pp. 387-398 ; « Médecin traitant, médecin-conseil et médecin du travail : incidences de leurs avis sur la suspension et la rupture du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, pp. 562-565.

44. C. trav. art. L. 241-10-1.

45. G. COUTURIER, « Quel avenir pour le droit de licenciement ? Perspectives d'une régulation européenne », *Dr. soc.* 1997, pp. 75-84.

46. G. COUTURIER, *Dr. soc.* 1999 préc.

47. J. SAVATIER, « Les garanties contractuelles de stabilité d'emploi », *Dr. soc.* 1991, pp. 413-418.

48. Au demeurant, on sait que peuvent être rapportées les clauses du contrat de travail qui visent à limiter la faculté de résiliation unilatérale de l'employeur en stipulant des indemnités manifestement exagérées.

49. M.-A. ROTSCHILD-SOURIAC, « Engagements et arrangement sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997, pp. 1061-1069.

50. Cass. soc. 13 décembre 1995, Bull. V, n° 345 , p. 243.

51. Cass. soc. 1er avril 1997, *Droit Social* 1997, p. 646.

52. V. également l'arrêt *Géophysique* : Cass. soc. 19 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. COUTURIER.

sanctionnée par le payement des dommages-intérêts de l'article 1147 du Code civil(53).

Il faut donc constater la portée très limitée des sanctions. La doctrine et la Cour de cassation estiment qu'à défaut de dispositions conventionnelles prévoyant expressément la nullité de la procédure, le licenciement est seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse(54). Pour l'instant, il n'est pas possible d'invoquer la nullité du licenciement qui résulterait d'une nullité de la procédure provoquée par la violation de la clause de stabilité.

Une véritable négociation sur l'emploi ne peut pourtant pas se passer de sanctions efficaces visant à prévenir la violation de la clause de stabilité. Sans doute manque-t-il à la nullité un texte. Sans doute manque-t-il également l'indispensable lien entre ces accords et l'ensemble des mesures visant à prévenir les licenciements dont ils font indubitablement partie. Dans le cadre d'une véritable politique de promotion de la stabilité du contrat, le législateur devrait pouvoir offrir des garanties juridiques qui donneraient un effet contraignant à la volonté des parties qui négocient ces clauses.

Au-delà de ces difficultés, il faut remarquer que ces clauses *interdisent* à l'employeur d'exercer son droit de résiliation unilatérale. En définitive, il s'agit d'offrir au salarié certains avantages du contrat à durée déterminée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. Le salarié se voit accorder un havre de stabilité pendant une durée convenue à l'intérieur d'un contrat dont l'instabilité est d'autant mieux perçue par les parties que la clause est généralement conclue en période de menace sur l'emploi. Les clauses de stabilité, stipulées dans les conventions collectives n'en constituent pas moins une évolution récente et assez remarquable dans le droit de la protection de l'emploi.

Le droit de recouvrer un emploi

Le législateur a multiplié les situations qui reconnaissent à des salariés le droit de recouvrer un emploi après une suspension ou une rupture du contrat de travail. Juridiquement, trois procédés sont utilisés : les priorités à l'emploi, les priorités de réembauchage et la théorie de la suspension du contrat de travail. La difficulté vient désormais de ce que ces procédés se mêlent de manière désordonnée.

Une *priorité d'emploi* est un droit de primauté pour l'accès à un emploi. Elle bénéficie à certaines personnes à raison de leur situation personnelle (le handicap par exemple) ou à des salariés à régime particulier (travailleur à temps partiel désirant passer à temps plein ou inversement). Les *priorités de réembauchage* bénéficient aux salariés dont le contrat de travail a été rompu : le réembauchage après un licenciement pour motif économique notamment(55). De nombreuses difficultés juridiques pratiques se sont élevées dans l'application de ces priorités(56).

Par ailleurs, la théorie générale de la suspension du contrat de travail opère une distinction fondamentale entre l'exécution de la prestation de travail qui peut être temporairement interrompue et le maintien de ce contrat. A l'issue de la suspension, le salarié bénéficie d'un *droit de réintégration* dans son emploi. L'appel sous les drapeaux, la maladie ou l'accident professionnels ou non-professionnels, la maternité, le chômage partiel et divers congés limitativement énumérés étaient traditionnellement les principales causes de suspension. De très nombreux autres « congés » aux régimes juridiques divers s'y sont ajoutés.

La première difficulté vient de ce que la frontière entre les situations de suspension du contrat et les situations de rupture est parfois incertaine. Ainsi, le congé des élus parlementaires qui consiste en une suspension assortie d'un droit à *réintégration* à l'échéance du premier mandat devient une rupture avec une *priorité de réembauchage* pendant un an si le mandat est renouvelé(57). Le congé pour élever un enfant emporte rupture du contrat de travail avec une *priorité de réembauchage* similaire(58). Dans ces situations, le législateur parle inexactement de « congés » car il s'agit de véritables ruptures, assorties d'une priorité de réembauchage et d'un droit à être (éventuellement) réembauché.

En second lieu, les « véritables » congés (ceux qui suspendent le contrat de travail) emportent des effets contrastés. Certains sont assimilés à un temps de travail effectif rémunéré par l'employeur(59), pas

---

53. Cass. soc. 22 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 379 ; G. COUTURIER, « La méconnaissance d'un engagement de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 1998, pp. 376-379.

54. Cass. soc. 14 octobre 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 1100, obs. J. SAVATIER. Le professeur G. COUTURIER propose même de distinguer soigneusement les sanctions du licenciement sans cause réelle et sérieuse de celles de l'article 1147 du Code civil (*Dr. soc.* 1998 , p. 376 préc.) : dans ce sens, à propos de l'engagement souscrit par un employeur dans une convention d'allocations spéciales F.N.E., de ne pas licencier certains salariés, v. Cass. soc. 13 avril 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 680, obs. J. SAVATIER ; A. LYON-CAEN, « Le maintien dans l'emploi », *Dr. soc.* 1996, pp. 655-659 ; « L'emploi comme objet de négociation collective », *Dr. soc.* 1998, pp. 316-320 ; F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, pp. 367-374 ; G. GÉLINEAU-LARRIVET, « Quelques observations sur le respect des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, pp. 380-381.

55. C. trav. art. L. 321-14.

56. D. CORRIGNAN-CARSIN, « Priorité de réembauchage et licenciement économique », *RJS*, 10/1994, p. 643 ; J. SAVATIER, « La disponibilité d'un emploi en vue d'une réintégration, d'un reclassement ou d'une priorité d'embauche », *Dr. soc.* 1999, pp. 146-151.

57. C. trav. art. L. 122-24-2 al. 5.

58. C. trav. art. L. 122-28.

59. Absences pour participer à l'activité d'organismes sociaux (C. Sé-

d'autres[60]. A défaut de rémunération, des effets particuliers du contrat peuvent encore être maintenus, tel que le décompte de l'ancienneté pour l'acquisition de droits spécifiques[61]. Si la rémunération est versée, elle peut faire l'objet d'un remboursement à l'employeur par l'Etat[62] ou par un organisme mutualisateur[63]. Une indemnité peut parfois être versée à l'entreprise[64], à moins que le coût des salaires ne soit déductible de la participation au financement de la formation professionnelle continue[65]. De son côté, le salarié pourra imputer la période d'absence sur ses congés payés ou la récupérer ultérieurement[66]. Il pourra également, soit être rémunéré par l'organisme pour lequel il travaille pendant la durée de son absence[67], soit être indemnisé s'il n'est pas rémunéré par l'employeur[68]. Dans certains cas, les salaires seront pris en charge par un organisme paritaire agréé par l'Etat au titre de la formation professionnelle[69]. Enfin, il faut remarquer que le droit à réintégration ne s'exerce pas de manière identique à l'échéance de la période de suspension d'une cause de suspension à l'autre.

Dans tous ces congés aux régimes juridiques pour le moins disparates, il faut retenir qu'existe un droit à la *continuité professionnelle* par delà les aléas de la *discontinuité de l'emploi*. Ces situations correspondent assez imparfaitement aux « marchés de transition » décrits par les économistes ou au développement des droits de tirage sociaux que prônent les auteurs du rapport « Supiot ». Ces congés reconnaissent aux salariés des droits à se consacrer à leur vie personnelle et familiale, à la vie sociale, associative, judiciaire, à suivre des formations d'une diversité croissante et à tenter l'aventure du travail indépendant. Il serait intéressant de mieux connaître quels sont les salariés qui exercent ces droits, combien ils sont, quelles sont leurs motivations, leurs difficultés, et surtout comment pourraient être envisagés le développement et un meilleur financement de ces droits à interrompre puis à reprendre sa vie professionnelle.

En définitive, le contrat à durée indéterminée ne doit sa stabilité qu'à l'imagination féconde du législateur et des parties aux contrats et conventions collectives de travail pour annihiler l'exercice du droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Nous verrons que cette imagination n'est pas absente en matière d'emploi à durée limitée, et que certains procédés que nous avons précédemment décrits pourraient y être transposés sans difficulté.

La lutte contre l'instabilité de l'emploi à durée limitée

L'emploi à durée limitée recouvre essentiellement les contrats à durée déterminée et les multiples formes juridiques sous lesquelles ils sont déclinés. La volonté du législateur de limiter le recours à ces contrats s'est traditionnellement traduite par la tendance à l'accroissement de la rigueur des cas de recours. D'autres procédés sont aujourd'hui utilisés, notamment ceux qui permettent de lutter contre l'irrévocabilité du terme de ces contrats, ainsi que ceux qui autorisent l'intervention d'un tiers dans la relation de travail.

La lutte contre l'irrévocabilité du terme des contrats à durée déterminée

L'instabilité du contrat à durée déterminée est paradoxalement liée à son régime juridique extrêmement contraignant. L'échéance du terme du contrat est *irrévocable*, ce qui ne permet pas aux parties de le prolonger. Le salarié est alors brutalement privé d'emploi sans aménagement possible. D'un autre côté, cette irrévocabilité du terme signifie également que les parties ne peuvent pas se délier au cours de l'exécution du contrat et c'est ce qui le rend stable. La sécurité juridique apparente offerte au salarié (un emploi garanti pendant un certain temps) se retourne contre lui lorsque pour une quelconque raison (vie personnelle ou familiale, engagement dans un nouvel emploi aux conditions plus intéressantes) il souhaite rompre le contrat avant le terme stipulé. Le législateur a timidement tenté de lutter contre ces deux inconvénients en posant des exceptions à l'irrévocabilité de l'échéance du terme et en ouvrant les cas de

cur. soc. L. 231-9), absence pour participer à un jury d'examen (C. trav. art. L. 992-8), congé pour événements familiaux (C. trav. art. L. 226-1), congés payés (C. trav. art. L. 223-1 et s.), congé pour les salariés élus locaux (Loi n° 92-108 du 3 février 1992), congé des conseillers prud'hommes (C. trav. art. L. 514-1) et congés de formation de ces conseillers (C. trav. art. L. 514-3), capital de temps de formation (C. trav. art. L. 932-2).

60. Congé pour enfant malade (C. trav. art. L. 122-28-8), congé mutualiste (C. trav. art. L. 225-7), congé parental d'éducation (C. trav. art. L. 122-28-1 et s.), congé sabbatique (C. trav. art. L. 122-32-17 et s.), congé pour création d'entreprise (C. trav. art. L. 122-32-12 et s.), congé pour aider les victimes de catastrophes naturelles (loi n° 82-600 du 13 juillet 1982).

61. Congé de formation de cadres et d'animateurs pour la jeunesse (C. trav. art. L. 225-1 et s.), congé de maternité (C. trav. art. L. 122-26), congé de solidarité internationale (C. trav. art. L. 225-9 et s.).

62. Congé de représentation (C. trav. art. L. 225-8 II).

63. Congé de formation (C. trav. art. L. 931-2 et s.).

64. Congé des sapeurs-pompiers volontaires (loi n° 96-370 du 3 mai 1996).

65. Congé de formation économique, sociale et syndicale (C. trav. art. L. 451-1 et s.), congé de formation des représentants du personnel au CHSCT (C. trav. art. L. 454-3).

66. Congés sans solde, congé des candidats à un mandat parlementaire (C. trav. art. L. 122-24-1).

67. Congé d'enseignement ou de recherche (C. trav. art. L. 931-28).

68. Congé des assesseurs d'un tribunal des affaires de la Sécurité sociale (C. Sécur. soc. art. L. 142-5, R. 142-8), témoins ou juré d'assises (C. proc. pénale art. R. 123 et s., R. 129 et s.).

69. Congé de bilan de compétence (C. trav. art. L. 931-21 et s.).

rupture anticipée. Nous verrons que cette évolution provoque une confusion dans la distinction faite entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée.

La naissance d'un droit de l'échéance du terme du contrat à durée déterminée

L'un des objectifs du législateur a été de soustraire le salarié de la brutale privation de son emploi lors de l'échéance du terme du contrat. Deux procédés ont été utilisés. Un statut juridique a été donné aux situations de *transition* entre un contrat à durée déterminée et un contrat à durée indéterminée. Ceci permet de redonner une unité (très imparfaite) à deux situations contractuelles normalement distinctes(70). Un second procédé consiste pour le législateur ou les négociateurs à une convention collective à introduire une obligation ou une faculté de *reconduction* du contrat à durée déterminée en assurant une certaine stabilité des relations contractuelles entre les parties.

La transition vers un emploi jugé plus stable a été favorisée en multipliant les passerelles entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée : la loi du 12 juillet 1990 s'est donnée expressément pour objectif « de faire reculer la proportion d'emplois précaires en facilitant leur transformation en emplois stables, sous contrat à durée indéterminée » (article 1er). C'est ainsi que l'employeur qui propose un contrat à durée indéterminée immédiatement après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée est dispensé de verser la prime de précarité d'emploi car cet emploi ne peut plus être considéré comme précaire(71).

Le législateur prévoit également que si la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat, « celui-ci devient un contrat à durée indéterminée »(72). Le salarié conserve alors le bénéfice de l'ancienneté acquise à la fin du premier contrat(73). Il est précisé que la durée du contrat à durée déterminée « est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat »(74). Il ne s'agirait donc pas d'une novation d'un contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée mais de la *juxtaposition* de deux contrats avec reprise de l'ancienneté acquise antérieurement(75). Le législateur laisse implicitement croire que le contrat à durée déterminée consiste en une sorte d'essai précédant le contrat à durée indéterminée conclu postérieurement (ce qui est normalement interdit). C'est pour le moins audacieux mais d'une grande efficacité car on offre ainsi la possibilité de reconstituer une *unité contractuelle* en donnant un statut juridique à la situation de transition(76). Dans le même souci, le législateur interdit toute clause restreignant la liberté offerte à l'utilisateur d'un salarié temporaire de l'embaucher à l'échéance du terme du contrat de mission(77).

Il serait utile de poursuivre l'étude de ces situations de transition car elles contribuent à *rapprocher* le statut du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée en favorisant la stabilité contractuelle. Au surplus, on ne ferait qu'accompagner juridiquement une réalité statistique avérée : en 1996 (derniers chiffres disponibles) 22,7 % des salariés recrutés sous contrat à durée indéterminée étaient auparavant des salariés titulaires de contrats à durée déterminée échus ou en mission de travail temporaire dans l'établissement. Cette proportion atteint 37,7 % dans l'industrie(78).

Un second procédé consiste à *écarter l'échéance du terme* du contrat à durée déterminée ou à en suspendre les effets momentanément. Ainsi, lorsqu'un salarié sous contrat à durée déterminée est titulaire d'un mandat de représentation, l'arrivée du terme du contrat n'entraîne la cessation du lien contractuel qu'après constatation par l'inspecteur du travail, saisi un mois avant ce terme, que le salarié ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire(79). A défaut, le lien contractuel doit être poursuivi sans que l'on en connaisse exactement le régime juridique.

Le législateur admet également que le contrat de travail *saisonnier* puisse comporter une clause de reconduction pour la saison suivante(80). Une « convention ou un accord collectif peut prévoir que tout employeur ayant occupé un salarié dans un

70. Même si le législateur a de tous temps bien observé que des distorsions de coût risquaient de se produire entre les deux formes d'emploi et a tenté d'y remédier : d'où des égalités de traitement, notamment en matière de rémunération, qui concernent tant les travailleurs sous contrat à durée déterminée (C. trav. art. L. 122-3-3) que les travailleurs temporaires (C. trav. art. L. 124-4-2).

71. C. trav. art. L. 122-3-4 et L. 124-4-4 (travail temporaire).

72. C. trav. art. L.122-3-10 al. 1.

73. C. trav. art. L.122-3-10 al. 3.

74. Ce faisant, cette législation favorise les stratégies d'utilisation des contrats à durée déterminée comme période d'essai, ce qui est illégal car contribue à éluder les dispositions conventionnelles et jurisprudentielles relatives à l'essai dans les contrats à durée indéterminée en violant les cas de recours énnoncés par le législateur : la circulaire D.R.T. 92/14 du 29 août 1992 rappelle que cette utilisation des contrats précaires comme période de pré-recrutement est interdite.

75. L'alinéa 1er de l'article L. 122-3-10 prévoit que le premier contrat devient un contrat à durée indéterminée, l'alinéa 3 précisant qu'il s'agit d'un « nouveau contrat ». Différente est la situation de la requalification-sanction de l'article L. 122-3-13 qui répute être à durée indéterminée tout contrat conclu en méconnaissance de la législation sur les contrats à durée déterminée.

76. Bien que l'administration du travail elle-même ne souhaite pas que le contrat à durée déterminée puisse être conclu comme période d'essai (*cf.* note 74).

77. C. trav. art. L. 124-4.

78. « Les emplois en contrat à durée déterminée en 1996 », *Les dossiers de la DARES*, n° 7, Juillet 1999, Tableau n° 7, p. 12.

79. C. trav. art. L. 425-2, L. 412-18, L. 436-2.

80. C. trav. art. L. 122-3-15.

emploi à caractère saisonnier doit lui proposer, sauf motif réel et sérieux, un emploi de même nature, pour la même saison de l'année suivante ». Le contrat saisonnier devient alors une catégorie *hybride* entre un contrat à durée déterminée et un contrat à durée indéterminée dont les parties adopteraient les avantages respectifs : l'employeur doit exciper d'un motif réel et sérieux (normalement attaché à l'exercice d'un droit de résiliation unilatérale) pour ne pas renouveler un contrat à durée déterminée. La continuité de l'emploi est donc encouragée sans que les contrats successifs ne perdent leur nature de contrat à durée déterminée.

Dans un tout autre domaine, on sait que le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle bénéficie d'une suspension de son contrat de travail pendant toute la durée de l'arrêt([81]). Cette disposition ne fait néanmoins pas obstacle à l'échéance du terme du contrat à durée déterminée([82]). Toutefois, lorsque le contrat comporte une clause de renouvellement, l'employeur ne peut refuser ce renouvellement « que s'il justifie d'un motif réel et sérieux étranger à l'accident ou à la maladie ». Le salarié bénéficie encore d'un droit à la stabilité qui fait défense à l'employeur d'exercer sa faculté de non-renouvellement du contrat. La référence à « un motif réel et sérieux » mêle les genres et contribue à rapprocher deux statuts qui sont habituellement bien distingués.

Plus surprenante encore est la situation où le législateur reconnaît des droits au salarié dont la relation contractuelle à durée déterminée a cessé. Toute personne qui, au cours de sa vie professionnelle, a été titulaire d'un contrat de travail à durée déterminée peut bénéficier d'un congé de formation([83]). Ce congé se déroule en dehors de la période d'exécution du contrat et moins de douze mois après l'échéance de son terme. Le bénéficiaire du congé a un statut de stagiaire de la formation professionnelle et a droit à une *rémunération* (et non une indemnité) versée par l'organisme paritaire.

Le principe de l'irrévocabilité du terme du contrat à durée déterminée connaît donc des aménagements ou des exceptions qui réintroduisent dans ce contrat un début de stabilité que lui a fait perdre le législateur en prohibant les contrats de longue durée. Plusieurs voies sont envisageables pour accompagner ce mouvement de rapprochement. Il pourrait être envisagé de généraliser certaines obligations aujourd'hui mises à la charge de l'employeur en cas de rupture pour motif économique. Car à la réflexion, au regard de la cause (non juridique) de la privation d'emploi, peu de choses différencient le salarié licencié pour motif économique du salarié dont le contrat à durée déterminée est échu. Dans un cas comme dans l'autre, c'est un événement économique qui provoque cette privation : soit des difficultés économiques, soit un emploi de nature temporaire (remplacement d'un salarié, augmentation provisoire de l'activité) pourvu par l'employeur. Dès lors pourquoi ne pas considérer que l'échéance du terme du contrat à durée déterminée n'est opposable au salarié qu'après que l'employeur ait fait diligence pour adapter le salarié à l'évolution de son emploi qui, par définition, a vocation à disparaître puisqu'il est temporaire ? Le salarié sous contrat à durée déterminée pourrait être débiteur d'un droit de reclassement, corollaire de cette obligation d'adaptation. Se révéleraient ainsi les entreprises qui abusent manifestement des contrats temporaires, puisqu'elles devraient nécessairement réemployer les mêmes salariés en vertu de l'obligation de reclassement, et devraient stabiliser les emplois en procédant à des recrutements sous contrat à durée indéterminée.

Une seconde voie pourrait également être poursuivie à partir de l'idée de créer un instrument statistique permettant de révéler les entreprises dont le volume de contrats à durée déterminée paraît trop important. Il pourrait être envisagé, passé un certain seuil (10 % par exemple) d'exiger de ces entreprises d'élaborer des plans sociaux qui viseraient, principalement, au *reclassement* des salariés recrutés sur ces emplois précaires. A cette occasion, il y aurait lieu de réfléchir à l'extension aux salariés recrutés sous contrat à durée limitée, de priorités de réembauchage similaires à celles des salariés licenciés pour motif économique ou dont le contrat a été résilié pour obtenir un congé non suspensif du contrat de travail.

Ces suggestions sont sans doute très ambitieuses et de mise en œuvre difficile. Un projet de taxation des contrats à durée limitée avait été un temps envisagé. Cette taxation apparaît séduisante car elle procède de l'idée d'allonger la durée des contrats et de favoriser leur transformation en contrat à durée indéterminée (la taxation ne devait intervenir qu'au stade de la conclusion du contrat). Observons toutefois que la tendance (en droit communautaire notamment) est plutôt à l'abaissement de cette durée. Ainsi, la clause 5.1.b de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999 impose une limitation de la « durée maximum totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs »([84]). Par ailleurs, le législateur aurait rompu avec la philosophie de l'ordonnance du 5 février 1982 qui était de *limiter* la durée des contrats à durée déterminée. La taxation aurait eu pour effet d'installer le salarié dans

81. C. trav. art. L. 122-32-1.
82. C. trav. art. L. 122-32-3.
83. C. trav. art. L. 931-13 et s.
84. Ch. VRIGNEAU, « L'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1999, pp. 928-937.

une situation de stabilité assez favorable (on aurait pu imaginer des contrats de 5 ans comme l'avait fait le rapport « Boissonnat »), mais n'aurait pas résolu le problème de la privation d'emploi à l'échéance du terme. En aucun cas la taxation ne garantirait non plus la transformation du contrat à durée limitée en contrat à durée indéterminée.

La taxation est de toute façon très peu coercitive. Les entreprises peu convaincues par l'incitation discrète qui leur serait faite, pourraient continuer à conclure des contrats de courte durée en acceptant de payer la taxe, en répercutant le coût de cette taxe sur les salaires bruts. Le phénomène est bien connu pour les cotisations de sécurité sociale dont la partie à la charge de l'employeur est en réalité supportée par le salarié([85]). Les salariés sous contrats de courte durée, donc particulièrement exposés au risque de chômage subiraient directement le coût de la mesure destinée à les prémunir de la situation funeste dans laquelle ils se trouvent (et donc sans doute à favoriser la reproduction de cette situation...). On peut donc penser que la fiscalisation des rapports de travail à durée très limitée, pour intéressante qu'elle soit, produirait également des résultats qui ne sont pas tous escomptés. Cette fiscalisation exacerberait certainement la dichotomie que l'on souhaite briser entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée.

Car finalement, l'objectif est aujourd'hui d'atténuer les *distorsions* existant entre deux types de contrat que vingt années de réglementation effrénée ont contribué à opposer, alors qu'ils devraient se compléter. Nous verrons que ce rapprochement des statuts affecte également l'exécution du contrat à durée limitée qui, dans certaines situations, peut être rompu avant son terme.

L'ouverture des possibilités de rupture anticipée

Le législateur déroge à l'irrévocabilité du terme du contrat à durée déterminée en autorisant sa *rupture anticipée* en dehors des trois cas admis par le droit commun (la faute grave, la force majeure et l'accord des parties). Ces possibilités ne concernent que certains contrats à durée déterminée aidés.

Il faut remarquer en premier lieu que le législateur attache une moindre importance à la nature indéterminée ou déterminée du contrat aidé en écartant l'application des cas de recours pour ces derniers et en laissant toute liberté de choix à l'employeur de conclure un contrat à durée déterminée ou un contrat à durée indéterminée (le contrat d'adaptation par exemple). La jurisprudence a d'ailleurs accompagné cette tendance en décidant que les salariés recrutés sous contrat emploi-solidarité pouvaient pourvoir des emplois correspondant à l'activité normale et permanente des collectivités, organismes et personnes concernées([86]). Par dérogation, ces contrats emploi-solidarité peuvent être rompus avant leur terme, à l'initiative du salarié lorsque cette rupture a pour objet de lui permettre d'occuper un autre emploi ou de suivre une formation conduisant à une qualification professionnelle reconnue([87]). Le contrat d'orientation peut également être rompu avant l'échéance du terme à l'initiative du salarié dans des conditions semblables([88]).

Bien connus sont également les contrats « emploi-jeunes » à durée déterminée (soixante mois), susceptibles d'être rompus à l'expiration de chacune des périodes annuelles de leur exécution à l'initiative du salarié ou de l'employeur si ce dernier justifie *d'une cause réelle et sérieuse*([89]). Dans ce dernier cas, la procédure de licenciement de l'article L. 122-14 du Code du travail doit être respectée ainsi que le délai-congé de l'article L. 122-6. Des indemnités de licenciement calculées selon des modalités dérogatoires doivent être versées. Il est également possible au salarié de suspendre l'exécution du contrat pour effectuer la période d'essai afférente à une offre d'emploi. En cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis([90]). La doctrine a bien souligné que ce nouveau contrat hybride venait « *compliquer encore le droit de la rupture du contrat de travail en empruntant au droit de la résiliation des contrats à durée indéterminée des règles qui sont rendues applicables à des contrats à durée déterminée* »([91]).

A l'inverse, le droit de résiliation unilatérale de l'employeur dans un contrat de retour à l'emploi conclu à durée indéterminée était paralysé pendant une durée de six mois. L'article L. 322-4-3 ancien prévoyait en effet que ce contrat devait avoir une durée d'au moins six mois([92]). Un contrat à durée indéterminée comportait donc une clause légale de stabilité d'emploi pour la période de formation.

Ces originalités juridiques sont encore mal connues et assez peu analysées. Si les données statistiques appréhendent bien les phénomènes quantitatifs

85. J.-J. DUPEYROUX, *Droit de la Sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 12ème éd., 1993, n° 178 et s. ; J.-C. WILLARD, « Prélèvements obligatoires, salaires directs et indirect : fausses querelles, vrais enjeux », *Dr. soc.* 1992, pp. 93-99, qui relève que « *la dérive relative des prélèvements sociaux a affecté le salaire net plutôt que le coût salarial* ».
86. C. ROY-LOUSTAUNAU, « Tempête sur la requalification du contrat emploi-solidarité », *Dr. soc.* 1999, pp. 553-561.
87. C. trav. art. L. 322-4-10.
88. C. trav. art. L. 981-8.
89. C. trav. art. L. 322-4-20.
90. F. DUQUESNE, « Le contentieux des contrats aidés », *Dr. soc.* 1999, pp. 134-142.
91. J. SAVATIER, « L'aide aux emplois-jeunes », *Dr. soc.* 1997, pp. 908-914.
92. Cass. soc. 7 avril 1998 et 25 mars 1998, Dr. soc. 1998, p. 612, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU.

généraux (effectifs, flux, population), elles ne permettent pas encore de cerner les ruptures de parcours de travail des salariés à travers la typologie (il est vrai subtile) des modes juridiques de rupture[93]. Des études menées par des sociologues sur les « trajectoires » des publics sous contrats à durée déterminée (aidés ou non aidés) ainsi que sur le recrutement pourraient permettre de mieux connaître ces objets qui contribuent à la stabilité juridique, et peut-être d'améliorer la législation qui les concerne.

L'emploi et l'employeur « de transition »

Dans de nombreuses formes d'emploi, l'utilisateur de la main-d'œuvre n'est pas l'employeur. Longtemps vilipendées parce qu'elles participaient des politiques de « précarisation » du travail, la question est aujourd'hui posée de savoir si ces formes d'emploi comportant un tiers-employeur ne permettraient pas d'assurer au salarié une continuité professionnelle[94]. Cette évolution qui a d'abord concerné le travail temporaire a servi de modèle à de nouvelles formes de relations professionnelles.

Le travail temporaire

C'est en voulant lutter contre l'extrême irrégularité de l'emploi intérimaire que le législateur et les négociateurs de la convention collective de la branche du travail temporaire ont créé de véritables originalités juridiques[95].

En premier lieu, certaines périodes intermissions pendant lesquelles le salarié ne travaille pas sont *assimilées* à des temps contractuels de travail ce qui permet de reconstituer une continuité d'emploi. C'est le cas des heures de délégation des titulaires de mandats de représentation utilisées en dehors des périodes de mission[96], du contrat qui a pour objet exclusif l'exercice d'un mandat syndical[97] ou de la formation professionnelle du travailleur temporaire[98]. Dans le même souci, le législateur a décidé que l'échéance du terme du contrat de mission n'emporterait pas déchéance du mandat de représentation d'un délégué du personnel, d'un délégué syndical et d'un membre du comité d'entreprise[99]. L'aménagement des règles d'électorat et d'éligibilité a permis de rendre électeurs ou éligibles des salariés qui ne seraient pas en mission à la date de l'élection : il suffit d'être en mission à la date de confection des listes électorales[100].

En second lieu, le travailleur temporaire est autorisé à *cumuler l'ancienneté* acquise au cours de plusieurs contrats, soit dans l'entreprise (pour le bénéfice de la participation, pour le calcul de l'effectif de l'entreprise et la reprise partielle de l'ancienneté acquise dans l'entreprise de travail temporaire en cas d'embauche par l'utilisateur), soit dans la branche pour le bénéfice de la protection sociale et de la retraite complémentaires.

Dans ces exemples, on a recherché l'adaptation du droit commun aux spécificités du travail temporaire. Observons également que ces règles permettent de remédier à la logique économique de cette forme d'emploi (faire supporter par d'autres le risque économique et le risque de l'emploi). Le législateur tente de reconstituer la pérennité de la relation de travail qui est perdue au sein de l'entreprise utilisatrice, et qui est décousue dans l'entreprise de travail temporaire. Il faut rappeler que les travailleurs temporaires occupent 470 000 emplois en équivalents-temps plein en France[101]. Le choix a donc été fait depuis longtemps d'assurer une certaine *continuité* professionnelle dans la *discontinuité* de l'emploi intérimaire. C'est d'ailleurs ce que recherche encore le législateur lorsqu'il fait intervenir des tiers dans d'autres formes de relation de travail.

L'intervention de tiers dans la relation de travail

Tous les contrats dits « aidés » (contrat emploi solidarité, contrat de qualification, contrat d'adaptation etc.) constituent autant de variantes de relations complexes entre l'Etat qui contracte avec des entreprises ou des associations qui embauchent elles-mêmes ou (et) forment des travailleurs sans emploi moyennant des avantages financiers directs ou indirects. Les contrats de travail sont généralement passés « en application de conventions conclues avec l'Etat pour le développement d'activités répondant à des besoins non satisfaits[102] », pour le « développement d'activités créatrices d'emploi », ou « afin de faciliter l'insertion professionnelle durable » de certains publics.

Les entreprises d'insertion utilisent le personnel qu'elles embauchent, mais elles ont obligatoirement pour objet « l'insertion sociale par l'exercice d'une activité professionnelle », et c'est encore l'Etat qui

93. Pour ces données complètes, v. « Tableau de bord des politiques de l'emploi », DARES, n° 73, septembre 1999.
94. Y. DUPUY, F. LARRÉ, S. SUBLET (dir. M. L. MORIN), *Prestation de travail et activité de service*, Paris, Doc. fr. 1999, 232 p., spéc. p. 197.
95. J.-Y. KERBOURC'H, « Le travail temporaire : une forme déjà élaborée du contrat d'activité », *Dr. soc.* 1997, pp. 127-132.
96. Accord du 8 novembre 1984 sur le droit syndical dans le travail temporaire et accord national du 27 octobre 1988 relatif à la représentation du personnel des entreprises de travail temporaire.
97. Accord Manpower du 26 janvier 1990 (« Droit syndical, institutions représentatives du personnel »).
98. Accord du 15 octobre 1991.
99. C. trav. art. L. 412-18, L. 425-1, L. 436-1.
100. C. trav. art. L. 423-10, L. 433-7.
101. C. JOURDAIN, A. TANAY, « Le travail temporaire au premier semestre 1999 », *Premières informations et premières synthèses*, 2000, n° 06.1, 8 p.
102. C. trav. art. L. 322-4-7, L. 322-4-18, L. 322-4-2.

conclut une convention avec elles pour embaucher un public précis. Parfois, l'employeur doit contracter avec un organisme de formation avant de conclure le contrat de travail([103]). L'emploi devient donc *l'objet* d'un contrat, susceptible de commerce juridique.

D'un autre coté, le travail temporaire a inspiré la création d'entreprises ou d'associations à régime juridique dérogatoire, spécifiquement créées à l'effet d'employer ceux dont aucun employeur de droit commun ne veut parce qu'ils n'ont pas les qualifications requises, ou encore pour faciliter le rapprochement de l'offre et de la demande d'emploi : associations intermédiaires, entreprises d'intérim d'insertion, entreprises ou associations de services aux personnes, groupements d'employeurs. Ces entreprises ou associations se livrent à des activités de mise à disposition de personnel dans des conditions similaires à celles des entreprises de travail temporaire sans en subir toutes les contraintes juridiques. Le travail temporaire est devenu le modèle juridique de certaines politiques de développement de l'emploi dont les conséquences sur les relations de travail, et plus généralement sur l'emploi, sont parfois mal mesurées.

Pour autant, il a bien été démontré que « multiplier les figures du tiers employeur » permettrait de « mutualiser l'emploi »([104]) : ce sont les employeurs dits de « transition ». Toutefois, un tel développement nécessite une organisation nouvelle de la continuité de l'emploi qui, pour l'instant, n'existe que dans la branche du travail temporaire, à l'état embryonnaire. M. Michel Théry insiste sur le fait que « *par définition l'organisation de la transition suppose que ceux qui sont responsables de ses différentes étapes s'associent pour assurer les continuum que l'idée même de transition propose. Dès lors qu'on applique cette notion à un employeur, ce ne peut être qu'un employeur pluriel, né de l'association des employeurs de chacune des étapes. Ou bien une seule et même personne morale assure la réalisation de l'ensemble des étapes* »([105]). Multiplier les employeurs de transition nécessite donc d'imaginer de nouvelles protections. Or ces formes nouvelles de mise à disposition ne disposent pas d'un régime juridique aussi protecteur que le travail temporaire dont ils constituent pourtant un dérivé. Et l'on peut alors se demander si ces formes de travail ne risquent pas de précariser des situations professionnelles que l'on voudrait en fait stabiliser.

Beaucoup de questions sont soulevées, peu sont résolues : quelle réelle continuité d'emploi ces entreprises offrent-elles à ceux qui en ont le plus besoin en raison de leur faible chance de trouver un emploi sur un poste « de droit commun » ? Quelle est l'utilité de ces créations juridiques au regard de l'effet attendu ? Quelles perturbations sont-elles susceptibles de créer sur le marché du travail ? Il a par exemple été démontré que la création des associations de services aux personnes provoquait d'importantes perturbations dans le secteur de l'emploi domestique de droit commun([106]). La responsabilité civile du prêteur de main-d'œuvre, la qualité de commettant de l'utilisateur, la nature juridique du lien unissant le prêteur à l'utilisateur sont autant de difficultés qui sont systématiquement éludées lors de la création de nouvelles formes de mise à disposition de personnel alors qu'elles sont le quotidien des rapports juridiques de travail.

Les politiques de l'emploi visent aujourd'hui à créer des emplois et non à procurer nécessairement un travail à une catégorie statistique de personnes qui en sont dépourvues([107]). Cette évolution repose sur des choix peu débattus. Ces choix politiques, économiques et juridiques mériteraient d'être mieux abordés dans des études pluridisciplinaires coordonnées.

*
* *

Nous venons d'observer que l'instabilité de l'emploi était *irréductible* à une catégorie juridique particulière de contrat. L'instabilité de l'emploi est donc *contingente* car sa survenance dépend pour l'essentiel de facteurs que les juristes ne maîtrisent pas. Ainsi, une raréfaction de la demande d'emploi venant de salariés dont la compétence est prisée peut se traduire par la conclusion de contrats à durée déterminée de longue durée qui empêcheront le salarié de démissionner en mettant ses capacités à la disposition d'employeurs mieux offrants : le contrat à durée déterminée devient un gage de stabilité pour l'employeur. Non seulement ce dernier ne rechercherait pas l'instabilité, mais il choisirait de surcroît la forme de contrat habituellement considérée comme la moins favorable au salarié. Inversement, mieux vaut ne pas être titulaire d'un contrat à durée indéterminée dans le secteur du bâtiment et des travaux publics : la fin d'un chantier n'est pas considérée comme un événement économique mais, comme une cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel([108]). Le contrat à durée indéterminée (exécuté pendant quelques semaines ou quelques mois seulement) est alors particulièrement instable car l'employeur est

103. C. trav. art. L. 981-7 (contrat d'orientation).
104. v. la contribution de M.-L. Morin, in *Minima sociaux, revenus d'activité, précarité*, dir. J.-M. Belorgey, Commissariat Général du Plan, février 2000, 115 p.
105. M. Théry, « L'employeur de transition », Doc. travail, Commissariat Général du Plan, 19 p.
106. J.Y. Kerbourc'h, « Le régime du travail domestique au regard du droit du travail », *Dr. soc.* 1999, pp. 335-342.
107. C. Daniel, « Les politiques d'emploi : une révolution silencieuse », *Dr. soc.* 1998, pp. 3-11.
108. C. trav. art. L. 321-12.

susceptible d'exercer son droit de résiliation unilatérale à l'occasion de la fin d'un chantier.

La multiplication des catégories juridiques augmente donc le risque de provoquer des *distorsions* entre statuts différents et d'exacerber des stratégies que seuls maîtrisent les employeurs. Les économistes connaissent particulièrement bien ces difficultés dans les politiques de l'emploi : effet d'aubaine et effet de substitution anéantissent l'espoir placé dans la création d'une catégorie juridique nouvelle visant à développer l'emploi.

Il faudrait donc se résoudre à rapprocher et à coordonner certaines catégories juridiques plutôt qu'à les dissocier. Ce mouvement de rapprochement a commencé entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée. Il pourrait également être envisagé le rapprochement du licenciement pour motif économique et du licenciement pour motif personnel.

Plusieurs conditions doivent toutefois être posées pour accompagner ces mouvements :

– il faudrait continuer à construire l'indispensable lien devant unir la formation professionnelle et l'obligation de reclassement du salarié. Il s'agit donc d'articuler la « formation tout au long de la vie » que tous les rapports officiels appellent de leurs vœux à une *obligation* de formation qui constituerait l'un des objets du contrat de travail : la formation envisagée comme une « obligation réciproque née du contrat ».

– les formes nouvelles de management imposent des contraintes inédites aux salariés dont le travail est contrôlé par ses résultats. L'augmentation du recours aux licenciements pour motif personnel liés à l'insuffisance de ces résultats menace d'ouvrir un nouvel espace d'instabilité dans le contrat à durée indéterminée. Il est donc important de mieux connaître l'évolution des modes d'utilisation de la main-d'œuvre par les entreprises (sociologiquement) et demander aux juristes d'imaginer comment circonscrire la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif personnel : extension à ces licenciements des obligations de reclassement, priorités de réembauchage etc.

– les événements impromptus de la vie professionnelle (formation, mandat de représentation, création d'entreprise etc), familiale (élever un enfant, s'occuper d'un proche) et sociale (fonction associative, fonction élective...) sont sources de risque d'instabilité de l'emploi et doivent donc être mieux protégés et surtout analysés : recours aux différents congés, motivation des bénéficiaires, contraintes, dissuasions, recueil d'éléments statistiques... Ils devraient également faire l'objet de statuts juridiques moins dispersés. L'accroissement du nombre de congés ainsi reconnus par le législateur montre l'importance que ces événements connexes à la vie professionnelle risquent de prendre à l'avenir.

– les possibilités de conclure des conventions ayant pour objet le travail d'autrui sont de plus en plus nombreuses. Assez paradoxalement ces formules de tiers-employeurs sont tantôt honnies (cas du travail temporaire), tantôt encensées en ce qu'elles permettraient d'assurer la continuité de l'emploi de salariés dont les employeurs ont une activité décousue. Les risques et les avantages mériteraient une étude plus approfondie, notamment quant à la couverture sociale des salariés concernés, le statut fiscal de ces entreprises, leur statut en droit commercial et en droit des sociétés.

Instaurer la continuité professionnelle malgré l'instabilité de l'emploi reste donc particulièrement difficile. C'est pourtant le défi qui est lancé à celles et ceux qui seront chargés de la nécessaire et ingrate réforme de l'ensemble des contrats de travail.

Annexe1

Entrées à l'ANPE en catégorie 1

Unité : Nombre

Répartition selon la raison du dépôt de la demande	Juillet 1999	Juillet 2000	Pourcentage Juillet 2000	Variation en % sur un an
Données brutes				
Licenciement pour cause économique	21 277	18 517	**5,1**	**-13,0**
Fin de convention de conversion	6 344	5 271	**1,5**	**-16,9**
Autre licenciement	37 943	39 951	**11,0**	**+5,3**
Démission	17 692	20 178	**5,6**	**+14,1**
Fin de contrat à durée déterminée	103 776	103 462	**28,5**	**-0,3**
Fin de mission d'intérim	21 239	28 393	**7,8**	**+33,7**
Première entrée	45 850	36 658	**10,1**	**-20,0**
Reprise d'activité	6 483	8 830	**2,4**	**+36,2**
Autre cas	102 218	102 242	**28,1**	**+0,0**
Ensemble	362 822	363 502	**100,0**	**+0,2**
Ensemble en données CVS	339 900	334 000		**-1,7**
Dont :				
Licenciement pour cause économique	19 300	16 700		**-13,5**
Autre licenciement	35 100	36 700		**+4,6**
Fin de contrat à durée déterminée	101 400	98 900		**-2,5**
Première entrée	38 100	29 600		**-22,3**
Fin de mission d'intérim	21 900	28 000		**+27,9**

Source DARES : « Le marché du travail en juillet 2000 », *Premières informations et premières synthèses*, Septembre 2000, n° 36.1, p. 4.