



HAL
open science

Les mutations du contrat de travail

Jean-Michel Lattes

► **To cite this version:**

Jean-Michel Lattes. Les mutations du contrat de travail. Marc Nicod. Métamorphoses de l'acte juridique, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole - LGDJ, pp.161-175, 2011, 978-2-36170-025-6. hal-02531176

HAL Id: hal-02531176

<https://hal.science/hal-02531176>

Submitted on 28 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

« Les mutations du contrat de travail »

Jean-Michel Lattes
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Chercheur à l'Institut de droit privé (IDP – EA 1920)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« Les mutations du contrat de travail »

par

Jean-Michel Lattes

Maitre de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole

Introduction

La mesure de l'importance du pouvoir exercé par l'employeur sur ses salariés ne peut être détachée de l'évolution générale du droit du travail. Il est, en effet, aisé de mettre en évidence l'existence d'un lien étroit entre la capacité d'action des dirigeants d'entreprise et le contexte juridique dans lequel ils se trouvent. La naissance du droit du travail au XIXème siècle se justifie par l'impérieuse nécessité de protéger les salariés des atteintes physiques et morales qu'ils subissent dans le cadre de l'exercice de leurs activités professionnelles. L'Etat intervient très progressivement pour limiter les abus les plus choquants d'une relation soumise, dès l'origine, aux méfaits conjugués du libéralisme sauvage et du capitalisme industriel.

Qualifié, dans un premier temps, de "*droit ouvrier*", le droit du travail organise progressivement la mise en place d'un véritable statut du salarié, profitant pour cela des phases de croissance économique rendant possible cette construction. Le droit du travail et le droit de la protection sociale constituent le socle d'une identité nouvelle faisant du salarié une personne juridiquement protégée dans son rôle social.

En se détachant résolument des fondements du droit civil, le droit du travail valorise la dimension extrapatrimoniale de la relation originale et complexe qui s'organise entre l'employeur et ses salariés. Les juristes ne peuvent plus, dès lors, considérer les travailleurs comme des contractants ordinaires. La nécessaire protection de leur corps, leur sécurité tant physique que morale, leurs droits économiques peu à peu reconnus, le respect de leur identité propre au travail... tous ces éléments sont désormais pris en compte pour aboutir à la construction d'une véritable identité collective permettant la reconnaissance de droits homogènes et cohérents au profit de l'ensemble des salariés.

Cette organisation sociale équilibrée ne résiste pas aux grandes crises économiques qui se succèdent à la fin du XXème siècle. Les multiples évolutions qu'a connu le contrat de travail illustrent les mutations et les bouleversements ayant caractérisé le droit social depuis le milieu des années 80. Les crises économiques à répétition et la montée inexorable du chômage ont entraîné un double mouvement aboutissant à la diversification des modes d'organisation des relations de travail (*Partie 1*) et à la multiplication de clauses essentiellement destinées à permettre à l'employeur de peser plus fortement sur la gestion des situations individuelles des salariés dans une perspective avant tout économique (*Partie 2*).

La protection de l'emploi devient le moteur principal de l'évolution d'un outil juridique qui perd peu à peu ses fondements originaux. Ces mutations ne sont pas neutres dans la mise en perspective de notre histoire sociale. D'un statut protecteur de l'homme au travail basé sur la stabilité et les garanties d'un contrat équilibré, le droit social évolue vers la flexibilité et la modulation d'outils juridiques destinés à préserver l'emploi au risque de fragiliser l'humain dans son activité professionnelle. Le contrat n'est plus une garantie de protection et son contenu devient de plus en plus contraignant. L'économie prend le pas sur le social, le droit du travail devient gestionnaire.

Partie 1. La diversification des relations d'emploi.

Si, jusqu'à la fin des années 70, le contrat à durée indéterminée (*CDI*) apparaît comme le contrat dominant, la crise sociale des années 80-90 et la progression de la demande de flexibilisation des normes en droit du travail amènent le législateur à multiplier les outils juridiques susceptibles de faciliter la mise en place de relations professionnelles dans un contexte de grave crise de l'emploi. Le contrat à durée indéterminée, outil stable et traditionnel d'intégration du salarié dans l'entreprise, est progressivement remplacé, jusqu'à devenir minoritaire, par d'autres contrats qualifiés de "*précaires*" dont la finalité est, en priorité, de préserver l'emploi au risque d'aboutir à la mise en cause des droits fondamentaux des personnes. Les contrats précaires deviennent, de fait, le mode habituel d'entrée dans l'entreprise.

Confirmant cette tendance, le contrat à durée déterminée (*CDD*) et le contrat de travail temporaire (*CTT*) voient leurs objets élargis afin de favoriser l'employabilité des salariés. La création du Contrat « *Nouvelles Embauches* » en 2005¹ puis le projet avorté de création d'un contrat « *Première Embauche* » (*CPE*) en 2006² accentuent cette orientation en tentant d'organiser une véritable précarisation du *CDI*³. Le contrat à temps partiel, plus souvent subi que choisi, connaît – de son côté – un grand succès dans les entreprises où la flexibilité constitue la règle (grande distribution, restauration...).

D'autres contrats⁴, encore plus précaires pour les salariés, sont régulièrement mis en place dans le cadre de politiques de lutte contre le chômage dans le but affiché de favoriser le retour sur le marché du travail de personnes en grandes difficultés. Dans cet esprit, les contrats d'adaptation, de qualification, d'orientation, d'initiative emploi, de retour à l'emploi, de professionnalisation... caractérisent la diversification d'outils juridiques ne garantissant plus le maintien d'un socle de droits stables au profit de la collectivité des salariés. Certains contrats, enfin, débouchent sur des états juridiques intermédiaires aboutissant à l'organisation de situations professionnelles d'une grande fragilité assimilables à de simples stages⁵.

L'étape ultime de cette évolution assimilable à une véritable remise en cause du statut de salarié apparaît dans la disparition des frontières entre l'activité salariée et celle du travailleur indépendant. Malgré la réactivité des juges, derniers garants de la protection des salariés⁶, on peut parler d'une véritable "*extension de l'emploi*". Le salarié sort de l'entreprise... tout en restant placé dans un rapport de totale subordination économique. Si le droit du travail a d'abord tenté de sanctionner les abus en la matière, il se préoccupe aujourd'hui d'en

¹ La loi du 27 Juin 2008 dite « *de modernisation du marché du travail* » abroge définitivement le CNE.

² La loi du 21 avril 2006 sur « *L'aide à l'emploi des jeunes* » vient remettre en cause le CPE en renforçant le contrat jeune en entreprise (*CJE*), le contrat de professionnalisation et le contrat d'insertion dans la vie sociale (*Civis*).

³ La remise en cause de ces deux textes ne permet pas de considérer que la voie de la précarité est abandonnée. Elle continue à se développer au travers de la diversification constante des contrats d'exception.

⁴ Ces contrats précaires ont une durée de vie limitée dans le temps. Ainsi, les contrats de professionnalisation ont succédé aux contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation alors qu'un contrat unique d'insertion vient simplifier la multitude de dispositifs mis en place (*Loi du 1.12.2008 sur le RSA et l'insertion professionnelle*). La complexité des outils proposés et leur remise en cause régulière participe aux difficultés de la matière.

⁵ Les Contrats Emploi Solidarité (*C.E.S.*) ont constitué l'exemple le plus significatif de cette dérive.

⁶ La Cour de cassation n'hésite pas cependant à qualifier de « *situation de travail devant donner lieu à un contrat* » des situations d'activités pour lesquelles les employeurs tentent d'éviter l'application du contrat de travail. Dans l'affaire dite de « *L'île de la tentation* », la cour considère que les participants à cette émission de télé-réalité sont bien des salariés (Cass. du 3.06.2009, n° 08-40. 981).

⇒ Ch. Radé, « La possibilité d'une île », *Dt. Soc.* 2009, p.930 – J-E Ray, « Sea, sex... and contrat de travail », *LS* n°99, fev. 2009, p. 42.

aménager les modalités. Le franchising, la sous traitance, les prestations de service... consacrent par leur développement cette évolution de l'externalité des emplois. On remplace le contrat de travail par un acte économique... le salarié disparaît dans une autre forme de relation de travail difficile à définir autrement que sous les termes de clients, fournisseurs, partenaires économiques, sous traitants...

A. Le contrat à durée indéterminée, fondement du droit social.

L'Ordonnance du 5 février 1982 pose le principe selon lequel "*le contrat de travail de droit commun est un contrat à durée indéterminée*"⁷. Il en résulte que, quelque soit la relation de travail, l'employeur doit - ou peut - utiliser ce type de contrat alors que, dans certains cas précisément établis, il est possible de choisir soit un C.D.I., soit un contrat d'exception souvent qualifié de "*précaire*" où un terme sera fixé dès le début de la relation professionnelle⁸.

Un contrat qualifié de « principe »

La liberté laissée aux cocontractants traduit la volonté du législateur de leur permettre de s'engager le plus facilement possible dans la mise en place de ce type d'outils juridiques⁹. Cette simplicité formelle¹⁰ est à comparer avec les obligations qui pèsent sur le choix de contrats parfois qualifiés de spéciaux dont le contrôle de l'usage suppose une véritable obligation d'écrit accompagnée de mentions obligatoires.

Si, à l'origine, l'écrit n'est pas imposé par le droit français¹¹, le droit européen est venu renforcer le formalisme de ce type de contrat¹². Le salarié dispose désormais d'informations concernant son lieu de travail, sa rémunération, la durée de ses congés et la durée du travail. Contrairement aux évolutions concernant l'organisation de nouveaux contrats qualifiés de précaires, ces contraintes nouvelles correspondent à des garanties pour le salarié. Dans le grand mouvement de démembrement du statut des salariés, le droit européen semble naviguer à contre courant en renforçant leur capacité à sécuriser leurs droits, la production d'un écrit permettant de clarifier un certain nombre d'éléments comme la réalité de leur tâche, leur qualification réelle ainsi que l'évaluation de leurs rémunérations.

⁷ Art. L. 1221-1 du code du travail.

⁸ Lorsqu'un contrat précaire est mis en place en dehors des cas exceptionnels de recours fixés par le code du travail, il sera requalifié par le juge en C.D.I.

⁹ Le code du travail précise que "*le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun*" et qu'il peut être constaté "*dans les formes qu'il convient aux parties d'adopter*" (art. L.1221-1). On a donc pu considérer, pendant un temps, que le C.D.I. pouvait être un contrat simplement "*verbal*", la forme écrite n'étant pas imposée. Lorsque le C.D.I. est écrit, le code du travail impose cependant "*une rédaction en français*" (art. L. 1221-3). Le droit européen est venu imposer une obligation d'écrit.

¹⁰ Cette liberté demeure toutefois relative car l'employeur est tenu de respecter une obligation de déclaration, l'élément le plus important demeurant « *la déclaration préalable d'embauche* » dont l'omission entraîne la constitution du délit de travail dissimulé.

¹¹ Certains CDI concernant des professions particulières doivent – par exception – donner lieu à la mise en place d'un contrat écrit. C'est le cas des travailleurs à domicile (Art. L. 7421-1), des médecins salariés (Art. 462 du Code de la santé publique), des engagements maritimes (Art. 4 du Code de l'aviation civile) et du personnel navigant de l'aéronautique civile (Art. L. 423-1 du Code de l'aviation civile).

¹² Sans aller jusqu'à imposer un contrat écrit, la directive du 14 octobre 1991 impose un cadre plus strict que le droit français en garantissant au salarié la mise à disposition d'un ou de plusieurs documents écrits comportant des éléments essentiels d'information sur la relation de travail. Il peut s'agir – bien sur – d'un contrat mais aussi d'une simple lettre d'engagement ou d'un bulletin de paie.

Les tentatives de fragilisation du CDI.

Le CDI, contrat essentiel dans la construction du statut social du salarié, subit à partir du milieu des années 80 les conséquences d'une mutation progressive du droit du travail qui substitue l'emploi au salarié dans ses objectifs protecteurs. Au-delà même de la création de nouveaux outils juridiques inscrits dans la précarité, le CDI connaît alors plusieurs tentatives de remise en cause du fait de la création de contrats de travail à durée indéterminée pouvant être qualifiés de précaires. Afin d'améliorer l'employabilité du salarié, de nouvelles formes de CDI « *précarisés* » sont proposées par le législateur sans que l'on arrive toutefois à proposer une véritable alternative au CDI traditionnel.

L'Ordonnance Villepin du 2 août 2005 constitue une première tentative d'introduire un nouveau type de contrat à durée indéterminée : le Contrat « *Nouvelles Embauches* » (CNE)¹³. Ce contrat apparaît comme une sorte de rupture avec la forme traditionnelle du CDI ayant pour but de faciliter l'embauche d'un salarié tout en garantissant à l'employeur le fait qu'il garde la possibilité de ne pas conserver le salarié si – sur le moyen terme (deux ans) – l'emploi proposé se révèle économiquement incompatible avec les capacités financières de l'entreprise¹⁴. La jurisprudence sociale, dans un premier temps, puis les grands principes défendus par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) ont eu raison d'un outil juridique dont l'objet a été rapidement détourné par ses utilisateurs¹⁵. La loi du 27 Juin 2008 dite « *de modernisation du marché du travail* » abroge définitivement le CNE.

L'introduction par amendement, dans le projet de loi sur l'égalité des chances, d'un Contrat Première Embauche (CPE) apparaît comme une tentative de mettre en place un contrat destiné à favoriser l'embauche des jeunes dans une logique juridique proche de celle du CNE. Destiné aux jeunes de moins de 26 ans, ce contrat est lui aussi assorti d'une période de consolidation de 2 ans au cours de laquelle l'employeur peut licencier sans obligation de motivation. L'ampleur des mouvements sociaux opposés à cette réforme a entraîné le retrait de ce contrat définitivement enterré avec la loi du 21 avril 2006 sur « *L'aide à l'emploi des jeunes* » qui vient remettre en cause le CPE en renforçant le Contrat Jeune en Entreprise (CJE), le contrat de professionnalisation et le Contrat d'Insertion dans la Vie Sociale (Civis).

Ces deux contrats traduisent clairement – malgré l'échec de leur mise en place – la montée de la précarisation des outils juridiques destinés à servir de supports à l'emploi salarié. Le développement des contrats précaires apparaît cependant comme le révélateur majeur de cette évolution.

B. La précarité institutionnalisée.

Les contrats "*d'exception*" parfois qualifiés "*d'atypiques ou de précaires*" sont progressivement devenus majoritaires dans les recrutements, la crise économique ayant profondément modifié l'attitude des entreprises en matière d'embauche. A la fragilité

¹³ Ce contrat concernait les entreprises de 20 salariés au plus. Il n'était cependant pas ouvert aux emplois qualifiés de saisonniers ou pour ceux caractérisés par « *un usage constant de ne pas recourir à un CDI* ». Il était, en outre, réservé aux nouvelles embauches et il était interdit de transformer un CDI classique en Contrat Nouvelles Embauches (CNE).

¹⁴ Le contrat pouvait être rompu à l'initiative du salarié ou de l'employeur durant les deux premières années suivant la date de sa conclusion. A l'issue de cette période, le contrat était entièrement soumis aux règles du droit commun.

¹⁵ La décision de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 2007 (Procureur de la République près du TGI d'Evry et a. / de Wee - RJS n° 8-9 / 07) confirme l'incompatibilité de la période de « *précarité* » de deux ans considérée comme excessive et non raisonnable au regard du droit du licenciement par référence à la Convention de l'OIT n° 158. La Cour de cassation confirme cette orientation dans un arrêt du 1.07.2008 (n° 07-41-910).

économique, celles-ci ont opposé la fragilité sociale, les salariés apparaissant comme les principales victimes de cette évolution.

Autour d'un "noyau dur" de salariés sous contrats à durée indéterminée, on voit se développer des emplois plus fragiles situés en périphérie. Ils constituent la réponse sociale de l'employeur aux contraintes nouvelles de la vie économique. On parle désormais de l'emploi "sous statut différencié" pour évoquer la situation des salariés recrutés sous contrat "précaires".

La précarisation du travail.

L'évolution des contrats de travail utilisables dans notre pays traduit le passage d'une logique de protection à une perspective nouvelle essentiellement gestionnaire. Le droit du travail, droit de protection du salarié, devient un simple outil de sauvegarde de l'emploi.

Le Contrat à durée indéterminée – à l'origine contrat dominant – demeure qualifié de contrat « *de principe* » mais dans la réalité, il est concurrencé sur le marché du travail par des contrats de plus en plus nombreux et de plus en plus précaires. Le contrat de droit commun ouvert à tous cède peu à peu la place à de nouveaux outils limités dans leurs objets et destinés à prendre la mesure de difficultés spécifiques touchant certaines catégories de salariés.

Le contrat à durée déterminée (CDD), à l'origine simplement complémentaire, voit son objet progressivement élargi pour un usage facilité au point de devenir un véritable passage obligé pour les jeunes primo entrants sur le marché du travail. L'ordonnance du 5 février 1982 limite l'usage de ce contrat en imposant un principe nouveau en vertu duquel « *le contrat à durée déterminée est conclu sans détermination de durée* ». Cet encadrement « *vertueux* » des recours possibles aux CDD ne résiste pas à la montée du chômage et à la volonté politique d'en faire une priorité. De nouveaux textes facilitent la mise en place de relations de travail¹⁶ limitées dans le temps tout en réaffirmant le fait que le CDI demeure « *la forme normale et générale de la relation de travail* »¹⁷. L'écart entre ce principe et la réalité de l'application de normes juridiques apparaît comme une sorte de « *schizophrénie juridique* », la précarité ne cessant de progresser dans les relations de travail.

La multiplication au cours du temps de contrats de plus en plus précaires accentue cette impression de décalage entre une référence permanente à l'indispensable stabilité des relations professionnelles et la multiplication d'outils contractuels développant la précarité sociale au nom de l'amélioration de l'employabilité des personnes en difficultés d'insertion. Le statut protecteur du salarié est sacrifié au nom de la lutte contre les exclusions. Si la formation qui leur est associée peut permettre de justifier la mise en place des contrats d'insertion en alternance¹⁸, d'autres formes d'emploi apparaissent comme de simples outils destinés à organiser un traitement social du chômage. Alors que l'acquisition d'un savoir faire peut rendre nécessaire l'exercice en entreprise d'une ou plusieurs activités professionnelles en relation avec les qualifications recherchées par le salarié, la création de ces nouveaux contrats a pour unique objet l'accès provisoire à un emploi, le plus souvent précaire, et ne garantissant pas les droits statutaires attachés au CDI traditionnel. La multiplication de ces contrats et leur caractère provisoire¹⁹ confirme l'idée que le droit du travail est devenu un droit à plusieurs vitesses, certains salariés bénéficiant de droits reconnus et préservés alors que d'autres se

¹⁶ La création des CDD « *séniors* » avec le décret du 28.08.2006 et les CDD à « *objet défini* » créés par la loi du 27 Juin 2008 illustrent cet élargissement.

¹⁷ La loi du 25 Juin 2008 portant modernisation du marché du travail réaffirme ce principe.

¹⁸ Un décret du 13 janvier 1998 a créé, dans le Code du Travail, un nouveau chapitre intitulé « *contrat d'insertion en alternance* » regroupant ce type d'outils juridiques. Longtemps organisé autour des contrats d'adaptation à l'emploi, de qualification et d'orientation, ce type de relations d'emploi est construit autour du contrat dit « *de professionnalisation* » depuis la loi du 4 mai 2004 sur « *la formation et le dialogue social* ».

¹⁹ La loi du 1.12.2008 sur « *le RSA et l'insertion professionnelle* » prévoit la mise en place d'un contrat unique d'insertion à compter du 1.1.2010.

voient rejetés vers une sorte de sous prolétariat juridique entretenu par des contrats très éloignés des principes constituant les fondements de notre histoire sociale²⁰.

L'extériorisation de l'emploi.

La flexibilité de la norme sociale va bien au-delà des outils juridiques que constituent les contrats de travail. Le glissement du salariat traditionnel vers des formes "*extériorisées*" de travail traduit une nouvelle forme de mutations aboutissant à une sorte de distanciation dans la relation classique employeur/salarié²¹. Le droit social ne constitue plus le lien organisé entre les partenaires sociaux, les relations professionnelles étant désormais dominées par des liens économiques²². L'externalisation des emplois, la sous-traitance, l'essaimage, le portage salarial... constituent de nouveaux modèles permettant d'organiser la dépendance économique²³.

La loi Madelin du 11 février 1994 constitue l'exemple le plus caractéristique de cette évolution²⁴, l'enjeu majeur de ce texte étant de réduire une jurisprudence considérée comme "*excessivement favorable*" à l'extension continue du domaine d'application du droit du travail. Les principales orientations du texte Madelin illustrent cette volonté de réduire le poids du droit du travail supposé freiner le développement de l'emploi. Ainsi, certaines personnes qui auraient pu auparavant être qualifiées de salariés demeurent en dehors du champ social dans le contexte d'un processus d'externalisation des emplois plus subi plus que choisi. On voit réapparaître la liberté contractuelle du XIX^{ème} siècle. Un donneur d'ordre place sous une véritable dépendance économique un travailleur artificiellement considéré comme indépendant. Cette situation qui consiste à éviter le droit du travail pose un problème fondamental dans la vision que l'on peut avoir de notre société. Le droit commercial se substitue au droit social en consacrant, comme sous la révolution industrielle, la suprématie de l'économique sur l'homme au travail²⁵. L'indépendance voulue présentée comme une alternative dynamique au salariat devient une indépendance contrainte soumise à des décisions économiques.

Le portage salarial organisé par la loi du 27 Juin 2008 dite de « *modernisation du marché du travail* » induit des mécanismes différents en s'efforçant de concilier les avantages

²⁰ La longue liste des contrats aidés destinés à lutter contre le chômage illustre notre analyse. Le Contrat Initiative Emploi (CIE) mis en place par la loi du 4 août 1995, et modifié à de multiples reprises, a pour objectif "*de favoriser l'insertion professionnelle des personnes en difficulté*". Il est réservé à des personnes en difficulté comme: *les demandeurs d'emploi de longue durée ou âgés de plus de 50 ans en convention de conversion, les demandeurs d'emploi de moins de 50 ans justifiant d'une inscription ANPE pendant au moins 18 mois durant les 36 derniers mois précédant l'embauche, les RMistes, les femmes isolées, les handicapés, les français ayant perdu leur emploi à l'étranger, certains détenus libérés, certains jeunes de 18 à moins de 26 ans...* Le bilan de l'utilisation de ce type de contrat – moins d'un salarié sur 5 véritablement inséré – témoigne de l'écart considérable entre l'ambition affichée de parvenir à une véritable insertion et la réalité de la précarité.

²¹ François Edouard, « Conséquences sur l'emploi et le travail des stratégies d'externalisation d'activités », *Notes d'Iena*, N°194, 18.03.2005.

²² M-L Morin, « L'externalisation du risque – Vers de nouvelles figures de l'employeur », *Cadres-CFDT*, n°403, Février 2002, pp. 73 et s.

²³ P-H Antonmattei et J-Ch Sciberras, « Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ? », *Dt. Soc.* 2009, p.221 – F. de Brouard, « La dépendance économique née d'un contrat », *Bibl. A. Tunc*, Tome 13, *LGDJ* 2007.

²⁴ La loi Madelin crée « *une présomption de non salariat* ». Cette présomption concerne les personnes inscrites au registre du commerce, au registre des métiers ou immatriculés auprès des U.R.S.S.A.F. au titre des travailleurs indépendants.

²⁵ Si la loi Aubry II du 19 janvier 2000 supprime cette présomption, elle est rétablie par la loi pour l'initiative économique du 1er Août 2003 et cela pour des personnes immatriculées à certains registres.

du travail indépendant avec ceux du salariat²⁶. Dans ce dispositif, un professionnel autonome trouve une mission auprès d'une entreprise cliente²⁷. Il s'adresse alors à une société de portage avec laquelle il signe un contrat de travail. Une fois la mission effectuée, la dite société encaisse les honoraires versés par le client puis reverse au professionnel une rémunération sous forme de salaire. Le mécanisme en place évite toute signature directe d'un contrat entre le salarié et l'employeur utilisateur²⁸. La Cour de cassation limite ces orientations en considérant que le portage salarial ne doit pas avoir pour fonction d'éviter le droit du travail²⁹. Sans remettre en cause le principe même du portage salarial, les juges sociaux en condamnent les pratiques abusives.

Force est de constater que, par le moyen de l'extériorisation de l'emploi, les entreprises optimisent l'utilisation de leur réseau de compétences et privilégient l'achat de services plutôt que l'embauche. On retrouve la logique de marché telle qu'elle a pu se développer au XIX^{ème} siècle, l'économique domine à nouveau le social.

Partie 2. La complexification du contenu du contrat.

L'étude de l'évolution de la forme et du fond du contenu des contrats conduit à des analyses quelque peu contradictoires. Longtemps libre dans sa forme, le contrat de travail s'est progressivement structuré afin de prendre en compte les contraintes générées par les textes européens destinés à améliorer la protection des salariés dans l'emploi en sécurisant par l'écrit la mise en place de la relation de travail. Nul doute que l'obligation d'écrit et l'insertion de clauses obligatoires contribuent à assurer une meilleure protection des salariés.

Pourtant la liberté contractuelle reconnue aux partenaires sociaux conjuguée avec la confirmation de la forme écrite du contrat a entraîné une multiplication des clauses loin d'être favorable aux salariés. La liberté civiliste des cocontractants permet à l'employeur d'utiliser le contenu même du contrat de travail pour renforcer le rapport de subordination instauré avec le salarié.

Le contrat de travail devient plus complexe dans son contenu. On passe d'un contrat pouvant être oral à un contrat écrit contenant des clauses obligatoires et protectrices mais laissant une grande liberté à l'employeur dans son choix d'insérer des clauses supplémentaires. De fait, les clauses du contrat imposées par le droit européen sont largement complétées par de multiples clauses permettant d'influer sur l'exécution de la relation de travail. Leur analyse démontre que leur finalité est, le plus souvent, de donner à l'employeur de meilleures marges de manœuvres dans sa gestion sociale.

A. L'influence européenne régularisatrice.

La dimension économique de l'Europe a longtemps masqué ses autres finalités. Pourtant, le droit social communautaire s'impose peu à peu au point de devenir dominant dans certains domaines. Le contrat de travail fait partie des quelques actes sociaux fortement impactés par le droit de l'Union européenne.

²⁶ D'autres formes de relations professionnelles comme le travail temporaire, les groupements d'employeurs ou les associations intermédiaires participent à ce que l'on peut appeler « *les relations de travail de type triangulaire* ».

²⁷ Art. L. 1251-64 du Code du travail.

²⁸ Casaux-Labrunee L., « Fraude ou nouvelle forme d'organisation du travail ? Le portage salarial. », *Actes du colloque, 22 juin 2007*, Université de Nantes.

²⁹ Cass. soc. du 3.02 .2010, Sté Startorg, *RJS* 4/10 n°348.

Une obligation d'écrit

L'adoption par le Conseil des Communautés Européennes de la directive du 14 octobre 1991 faisant obligation aux états membres d'introduire, avant le 1^{er} juillet 1993, dans leur législation du travail une obligation d'écrit pour la mise en place de toute relation de travail, constitue le texte majeur organisant cette évolution. Sans que l'on parle explicitement du contrat de travail³⁰, le document constatant le recrutement doit comporter un certain nombre d'éléments d'information portant sur la nature de la relation de travail: *identité des parties, lieu de travail, catégorie d'emploi, date de début de la relation de travail, durée du droit à congés payés, durée des délais de préavis, durée du travail...*

Cette obligation d'écrit et ces mentions obligatoires constituent un progrès significatif dans la protection des salariés. L'absence d'écrit comme le contenu limité des contrats permettent à l'employeur de profiter de son pouvoir de direction en jouant sur les incertitudes générées lors de la mise en place de la relation de travail. Désormais, l'existence de la relation de travail n'est plus contestée et le contenu du contrat lève de nombreux doutes pouvant résulter de la relation juridique organisée entre les deux cocontractants.

L'interprétation française

Il est permis de considérer que la France se livre à une lecture "*large*" des contraintes imposées par la directive³¹. Cette impression est confirmée par la décision de la C.J.C.E. du 4 décembre 1997 qui interprète, pour la première fois, la directive de 1991³². Si dans certains domaines (*dénomination de l'activité, caractéristiques de l'emploi...*) le droit français semble conforme au droit européen, d'autres aspects du dispositif semblent plus contestables. Ainsi, la décision de la Cour reconnaît aux particuliers le droit d'invoquer devant le juge national des dispositions de la directive « *dès lors qu'elles n'ont pas été transposées ou l'ont été de manière incorrecte ou insuffisante* ».

Cette interprétation de la C.J.C.E. intéresse particulièrement le droit français du fait de la persistance de vides juridiques. Ainsi, l'article 5 de la directive dispose que toute modification des éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail doit faire l'objet d'un document écrit à remettre au salarié dans les plus brefs délais et cela, au plus tard un mois après la modification en cause. En la matière, le droit français évoque uniquement les cas particuliers de l'expatriation³³ et la modification liée à un motif économique³⁴. De fait, l'article 5 de la directive pourrait, dans l'avenir, être invoqué par les tribunaux français. L'article 9 de la directive prévoit cependant la possibilité pour l'employeur d'être dispensé de fournir les informations précitées si "*un ou plusieurs documents voire un contrat de travail préexistant*" font déjà mention de tels éléments³⁵.

B. La multiplication des clauses contractuelles.

³⁰ La directive de 1991 fixe un délai dans lequel cette obligation doit être respectée par l'employeur (*deux mois au plus tard après l'embauche*) mais elle n'impose aucune forme particulière pour cette information si ce n'est qu'elle doit être écrite (*contrat de travail, lettre d'engagement...*).

³¹ Selon le ministère du travail français (Repo. Baliganda, *A.N.* du 25 avril 1994, n° 11165, p. 2079), le code du travail est compatible avec cette directive car il prévoit la remise au salarié de la copie de la déclaration nominative préalable d'embauche alors que la remise du bulletin de paie est obligatoire à la fin de chaque mois. Ce bulletin comportant de nombreuses mentions, il répond aux exigences de la directive en matière de mentions.

³² Aff. C-253/96 à C-258/96, KAMPELMAN et autres.

³³ Art. R.1221-10 du Code du Travail.

³⁴ Art. L.1222-6 du Code du Travail.

³⁵ En France, certains salariés ayant été recrutés sous CDI avant 1993 n'ont pas bénéficié de l'obligation d'écrit et n'ont pas été, depuis, informés de ces éléments. Ils sont aujourd'hui fondés à en exiger la communication.

L'obligation d'écrit et les mentions obligatoires imposées par l'Union Européenne participent à la sécurisation des droits des salariés mais la multiplication de clauses dans les contrats ne s'inscrit pas dans la même perspective. Si certaines clauses peuvent sembler favorables aux salariés, la majeure partie d'entre elles s'inscrit dans une toute autre perspective. Le contrat de travail devient, par leur mise en place, un outil de gestion, l'employeur aménageant des possibilités de gestion des situations sociales. La contractualisation n'est plus un objectif de protection de l'homme de travail, on privilégie la flexibilité et les marges de manœuvres gestionnaires.

Le développement des clauses contraignantes

La multiplication des clauses contractuelles s'inscrit dans une perspective de flexibilité qui caractérise l'évolution de la matière depuis le milieu des années 80. Au-delà des contraintes européennes, l'employeur trouve dans cette évolution des possibilités nouvelles lui permettant d'aménager la relation de travail en fonction des besoins de son entreprise.

L'évolution des clauses organisant une période d'essai illustre parfaitement cette mutation. Reconnues dans le Code du travail mais organisées dans leur application par la jurisprudence, elles ont été confirmées dans leur application par la loi du 27 Juin 2008 dite «*Loi de modernisation du marché du travail* ». Si le nouvel article L. 1221-23 du Code du travail impose une mention «*expresse* » de la période d'essai dans le contrat de travail³⁶, il est permis de constater que le temps de fragilité contractuelle peut désormais aller de 2 mois à 8 mois en fonction du statut des personnes et des conventions en place. Les anciennes limites jurisprudentielles sont repoussées par la loi nouvelle et par les possibilités conventionnelles qu'elle organise.

Les clauses de non concurrence s'inscrivent dans une même perspective. L'employeur protège son entreprise en limitant la capacité du salarié à s'engager auprès d'une entreprise concurrente. L'absence de codification de ce type de clauses n'a pas empêché son développement, la jurisprudence n'en limitant que les excès. La multiplication des contraintes imposées par les juges permet de maintenir un bon équilibre entre la liberté de travail des salariés et la nécessaire protection des entreprises³⁷. La limitation de la durée d'application de la clause et de son espace géographique, la possibilité reconnue au salarié de continuer à exercer son activité professionnelle³⁸, l'exigence d'une protection indispensable des intérêts légitimes de l'entreprise³⁹ et l'introduction d'une obligation de contre partie financière⁴⁰ participent à la protection des personnes amenées à respecter ce type de clauses.

La multiplication de clauses comme la clause de dédit formation⁴¹, la clause de mobilité⁴², la clause de fidélité⁴³ ou la clause dite "*de quotas*" pour les commerciaux⁴⁴

³⁶ L'employeur ne peut donc plus invoquer une convention collective pour justifier l'existence d'une période d'essai.

³⁷ Ch. Soc. C. Cass. du 25 sept. 1991, *Bull. Cass. V* n° 379.

³⁸ La cour reconnaît que l'on ne retient que la limite dans le temps ou que la limite dans l'espace... dès lors que le salarié peut continuer à exercer une activité professionnelle ⇒ Cass. soc. du 27 juin 1984, *Bull. Cass. V*, n°269.

³⁹ Cass. soc. du 14 mai 1992 in *J. C. P.* 1992, Ed. G. II. 21889, note Amiel-Donat.

⁴⁰ Arrêts La Mondiale, Barbie et Molinie du 10.07.2002, *RJS* 10/02.

Voir aussi : Cass. Soc., 4 juin 2008, Y 04-40.609/1072, M. Philippe R. c/ Sté Id'ées intérim SA.

⁴¹ Elle est organisée par la loi du 31 décembre 1991 dans le but de protéger l'investissement-formation. La cour de cassation n'admet la validité d'une telle clause que lorsque l'employeur a effectivement financé la formation au-delà des dépenses imposées par la loi ou par la convention collective et qu'il existe une véritable proportionnalité entre les dépenses de l'employeur et l'obligation du salarié ⇒ Cass. Soc. du 23 janvier 1985 in *Bull. Cass. V*, n° 58 p. 40.

⁴² Cass. Soc. du 8. 01. 1981 in *Bull. Civ. V*, n° 13 - Cass. soc. du 23.01.2008, Garcia / Sté distribution Casino France, *RJS* 4/08.

Les juges veillent à ce que l'application de la clause de mobilité ne porte pas une atteinte illégitime et

confirme notre constat en vertu duquel la volonté des employeurs à contractualiser a pour finalité de leur permettre d'anticiper de possibles évolutions de la relation de travail.

Libertés individuelles et intérêts de l'entreprise

Si le droit du travail apparaît comme un droit original dans son organisation⁴⁵ et dans sa mise en place⁴⁶, il ne s'en inscrit pas moins dans un ensemble juridique plus large où le respect des droits fondamentaux se doit d'être garanti⁴⁷. De fait, les clauses contraires aux libertés des personnes sont interdites par principe.

Les caractéristiques économiques des entreprises permettent cependant aux employeurs de rogner sur ces libertés dans des cas particuliers où les entraves aux libertés peuvent être admises au regard de contraintes liées à l'activité. L'article L.1121-1 du code du travail introduit par la loi du 31 décembre 1992 prend ici tout son sens en précisant que "*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*". Le contenu même de cette règle induit des possibilités et des limites fixées par la jurisprudence sociale. Si certaines clauses, manifestement excessives, sont écartées par les juges, d'autres au contraire, plus équilibrées, participent à l'élaboration d'un droit en recherche d'équilibre entre la protection des libertés fondamentales et les nécessités de la vie économique.

L'exemple des « *clauses de célibat* »⁴⁸ s'inscrit dans cette perspective, les juges annulant toute clause portant atteinte à la liberté de se marier sans que l'entreprise ait la capacité de démontrer l'enjeu économique essentiel. A l'inverse, l'obligation de port

disproportionnée à une liberté fondamentale comme – par exemple – le fait pour le salarié de rechercher, simultanément à sa mutation, un emploi correspondant à ses souhaits personnels (Cass. soc. du 9.01.2009, Sté Renault Trucks, *RJS* 3/10).

⁴³ Par cette clause, le salarié se voit interdire l'exercice d'une activité professionnelle pour son propre compte ou pour celui d'autres employeurs pendant toute la durée du contrat ⇒ Cass. Soc. du 21 mai 1986, *Bull. Cass. V*, n° 240. Ce type de clause ne peut être inséré dans un contrat à temps partiel ⇒ Cass. soc. du 25.02.2004, Mezeix / Sté Univerdis, *RJS* 5 / 04.

⁴⁴ Cette clause a pour but de fixer au salarié des objectifs ou des quotas à atteindre. On parle aussi de clauses "*contractuelles d'objectif*". Elle n'est valable que si elle n'est pas écartée par la convention collective et si elle fixe des chiffres réalisables. Ainsi la Cour de Cassation a décidé dans un arrêt du 30 mars 1999, Evrard c. Sté Samsung que le licenciement pour non réalisation de l'objectif fixé n'était possible qu'en vérifiant si les objectifs étaient « *raisonnables et compatibles avec le marché* ».

⁴⁵ La notion d'Ordre public social parfois qualifiée de « *principe de faveur* » a longtemps permis la mise en place de clauses plus favorables aux salariés que le droit applicable. Cf. Cass. Soc. du 18 octobre 1972, Et. Eram / Demoiselle Lemesle, et C.E. du 22 mars 1973 in *G.A.D.T.* n°49 et 50, pp. 121 et s.

La domination de la protection de l'emploi sur tout autre type d'avantage ne permet plus de garantir aujourd'hui l'amélioration des droits des personnes. La suppression de clauses avantageuses pour les salariés peut être justifiée au nom de la sauvegarde de l'emploi.

⁴⁶ L'interdiction d'appliquer certaines clauses apparaît dans le contenu même de certains textes sociaux. L'ordonnance du 30.12.1958 (modifiée par l'ordonnance du 4.02.1959) interdit la mise en place de clauses d'indexation en raison de leur caractère inflationniste (Cass. soc. du 8.04.1976, *Bull. Cass. V* n°201). Dans le même esprit, les clauses « *couperet* » organisant de plein droit la rupture du contrat de travail en raison de l'âge atteint par le salarié sont interdites par la loi du 30 Juillet 1987. La loi écarte formellement toute dérogation. On parle de loi sociale impérative.

⁴⁷ L. Casaux-Labrunée, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », *Dt. Soc.* 2008, p. 1032.

⁴⁸ L'affaire AIR FRANCE c. Epoux BARBIER (T. conflits du 15 janvier 1968 in *Dalloz* 1969, p. 202 note Auby) illustre cette orientation de la jurisprudence sociale. Dans cette affaire qui débute en 1959 et qui n'est définitivement traitée qu'en 1972 par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation, les juges décident, que "*l'insertion d'une clause de célibat*" tant dans le contrat de travail des salariés d'Air France que dans la convention collective ou dans le règlement intérieur de l'entreprise est illicite car contraire au droit des personnes et cela sans aucune justification possible au regard du bon fonctionnement de l'entreprise.

d'uniforme⁴⁹ voire l'exigence d'une tenue « *adaptée* »⁵⁰ seront admises lorsque le salarié demeure en contact – temporaire ou permanent - avec la clientèle et qu'il véhicule l'image de l'entreprise. La Cour de cassation considère ainsi que la liberté vestimentaire ne constitue pas une liberté fondamentale⁵¹ et que l'employeur peut imposer des restrictions sous réserve d'en apporter la justification⁵².

Les clauses dites de « *transfert de domicile* » s'inscrivent dans la même perspective en permettant de restreindre la liberté pour le salarié de choisir son domicile personnel et familial⁵³. La chambre Sociale de la Cour de Cassation reprend ici sa jurisprudence d'équilibre en considérant que ce type de clause n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché⁵⁴.

Conclusion.

Les mutations du contrat de travail amènent les juristes du travail à s'interroger sur sa fonction première : la protection du salarié. Comment, en effet, maintenir un acquis social fondamental – le statut de salarié – lorsque l'outil juridique qui en garantit l'existence se fragilise au point de devenir un outil purement gestionnaire ?

Les contrats de travail dont use l'employeur lui permettent de disposer aujourd'hui d'un pouvoir beaucoup plus important que celui qui était le sien il y a encore quelques années. L'émergence d'un droit " *à plusieurs vitesses* " facilitant les choix et les alternatives permet de considérer qu'à côté d'un droit traditionnel du travail se développe une sorte de deuxième marché de l'emploi ne respectant pas les fondements même de la protection sociale au nom de la nécessité de créer des postes nouveaux. Cette dualité n'est pas sans risque pour le salarié. L'apparition de la précarité organisée par le droit va à l'encontre de sa capacité d'intégration. En réservant certains dispositifs à des groupes de salariés identifiés comme étant en grande difficulté, le législateur a provoqué l'émiettement du cadre juridique de la relation de travail. C'est l'intérêt économique de l'entreprise qui domine, le statut du salarié ne constituant plus un élément déterminant dans les relations contractuelles.

Le rapport Boissonnat de 1995 préconisait la création d'un nouveau type de contrat : le contrat d'activité⁵⁵. Le risque de changements d'emploi et, de fait, de précarisation du contrat de travail débouchent, nous l'avons vu, sur une véritable remise en cause du statut protecteur du salarié au nom d'une logique gestionnaire. Le contrat d'activité devait constituer un moyen juridiquement organisé permettant d'assurer la pérennité de droits

⁴⁹ Par suite, l'employeur peut imposer un uniforme lorsque le salarié est en contact avec la clientèle et qu'il est nécessaire de l'identifier tout en donnant une certaine image de l'entreprise (Circ. DRT 5-83 du 15.03.1983). Dans cet esprit, un agent immobilier en survêtement (Cass. soc. du 6.11.2001) et une vendeuse portant un foulard islamique (CA de Paris du 16.03.2001, Charni / SA Hamon, *RJS 11/01* n°1252) ont pu être licenciés. A l'inverse, l'obligation faite à un ambulancier de porter une cravate ne semble pas justifiée (Cass. soc. du 19.05.1998, Sté Europe Ambulance/Bekhtaoui).

⁵⁰ Dans une affaire où un salarié s'était vu interdire de porter un bermuda, la Cour de cassation se prononce sur la nature de cette liberté. Les juges considèrent que la tenue vestimentaire du salarié étant incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail, le licenciement devenait justifié ⇒ Cass. soc. du 28.05.2003, Monbirot/SA Sagem.

⁵¹ Cass. soc. du 13.03.2001, Hugues / Société France Telecom.

⁵² Cass. soc. du 28.05.2003, Cedric X / Sté Sagem.

⁵³ *Exemple*: Maisons de fonction de certains cadres situées à proximité d'une usine dans le cadre d'astreintes obligatoires...

⁵⁴ Décision du 12 janvier 1999.

⁵⁵ J. Boissonnat, *Le travail dans 20 ans*, Odile Jacob 1995.

aujourd'hui fragilisés. Dans une même logique, le rapport Supiot élaboré au niveau Européen préconise la mutation du droit du travail pour intégrer - au-delà de l'emploi salarié – toutes les formes modernes prises par le travail⁵⁶.

Le débat ouvert à la fin du XIXème siècle opposant subordination juridique et dépendance économique est à nouveau ouvert avec, en toile de fond, le devenir du travail salarié sous toutes ses formes⁵⁷. Les multiples rapprochements opérés entre le travail salarié et le travail indépendant appellent à refondre la notion de salariat. Les enjeux sont désormais clairement définis. Le droit du travail doit retrouver ses fondamentaux en innovant par la mise en place d'outils nouveaux adaptés aux besoins de entreprises mais garantissant une véritable protection du salarié. La « flexicurité » constitue un possible compromis entre la gestion et le droit protecteur⁵⁸. On cherche à protéger les salariés sans pour autant remettre en cause leur capacité d'adaptation aux besoins des marchés. Le rapport de Virville de 2004⁵⁹ comme d'autres études traitant plus précisément de la protection sociale nous apportent quelques pistes de réflexion sans pour autant que cela donne lieu à des solutions pratiques⁶⁰.

Alain Supiot nous invite, de son côté, à la création d'un droit du travail spécial⁶¹. Cette évolution permettrait de distinguer le droit du travail général de droits qualifiés de professionnels prenant en compte les particularismes de personnes situées dans leurs activités à la frontière du salariat et de l'indépendance. Le contrat de travail traditionnel, déjà fragilisé, ne peut répondre à de telles contraintes. De nouvelles mutations sont nécessaires même si elles s'avèrent difficiles à mettre en œuvre⁶².

Le droit du travail voit s'ouvrir un nouveau chantier. Il doit s'adapter à des situations qu'il ne connaissait pas dans les décennies passées. L'emploi est devenu son principal objet d'évolution au risque de s'éloigner de ses valeurs fondatrices. Sans remettre en cause la nécessité de favoriser le travail de l'homme, il lui faut intégrer ou « réintégrer » la nécessité de protéger l'homme au travail en déterminant de nouvelles frontières au salariat⁶³.

⁵⁶ A. Supiot, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion 1999.

⁵⁷ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dt. soc.* 2000, p. 131.

⁵⁸ D. Méda, « Flexicurité : quel équilibre entre flexibilité et sécurité ? », *Dt. Soc.* 2009, p.763.

⁵⁹ « Pour un code du travail plus efficace » - Documentation Française 2004 – SSL n°1153.

⁶⁰ Rapport Cahuzac-Kramarz, « De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle », Liaisons sociales n°10/2005 du 11.02.2005.

⁶¹ A. Supiot, *Dt. Soc.* 2000, op.cit. p.145.

⁶² A. Mazeaud, « Un nouveau droit de la formation du contrat de travail dans la perspective de la modernisation du marché du travail ? », *Dt. Soc.* 2008, p.626.

⁶³ J. Y. Kerbouc'h, « Nouveau code du travail et frontières du salariat », *Semaine Sociale Lamy* du 20.12.2010, n°1472, p.54.