HAL open science

Les contrats d'activité segmentée

Stéphane Michel

To cite this version:

Stéphane Michel. Les contrats d'activité segmentée. Droit. Université Polytechnique Hauts-de-France, 2023. tel-04622456

HAL Id: tel-04622456

https://uphf.hal.science/tel-04622456v1

Submitted on 24 Jun 2024

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.

HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES
de
L'UNIVERSITÉ POLYTECHNIQUE HAUTS-DE-FRANCE

Sciences de la société, Droit privé et sciences criminelles
Présentée et soutenue par Stéphane MICHEL
Le 11 juillet 2023, à Valenciennes

Unité de recherche :
Laboratoire de Recherche Sociétés & Humanités (LARSH)

Les contrats d'activité segmentée

JURY

Rapporteurs
Dirk BAUGARD, Professeur à l'université Paris 8.
Emeric JEANSEN, Maître de conférences HDR à l'université Panthéon-Assas.
Sébastien TOURNAUX, Professeur à l'université de Bordeaux.

Examinateurs
Grégoire DUCHANGE, Professeur à l'université Polytechnique Hauts de France.
Jean Philippe TRICOIT, Maître de conférences HDR à l'université de Lille.

Référent de recherche
Julien ICARD, Professeur à l'université Panthéon-Assas.

HABILITATION À DIRIGER DES RECHERCHES
from
UNIVERSITÉ POLYTECHNIQUE HAUTS-DE-FRANCE

Sciences of society, Private law and criminal sciences
Presented and defended by Stéphane MICHEL
On July 13th 2023, Valenciennes

Research Unit
Research Laboratory Societies & Humanities (LARSH)

The segmented activity contracts

JURY

Reviewer
Dirk BAUGARD, Professeur à l'université Paris 8.
Emeric JEANSEN, Maître de conférences HDR à l'université Panthéon-Assas.
Sébastien TOURNAUX, Professeur à l'université de Bordeaux.

Examiners
Grégoire DUCHANGE, Professeur à l'université Polytechnique Hauts de France.
Jean Philippe TRICOIT, Maître de conférences HDR à l'université de Lille.

Research referent
Julien ICARD, Professeur à l'université Panthéon-Assas.

« Copier sur un seul, c’est du plagiat, copier sur deux, c’est de la recherche »

Wilson Mizner

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement toutes les personnes qui de près ou de loin ont contribué à rendre cette HDR possible et notamment :

Patrice ADAM, Nikitas ALIPRANTIS, Dirk BAUGARD, Rolf BIRK, Valérie DESCAMPS, Agathe DESCAMPS-MICHEL, Grégoire DUCHANGE, Michel EBER, Sylvie FRANCOIS, Frédéric GEA, Frédéric GERBER, Sylvie HANNESSE, Julien ICARD, Emeric JEANSEN, Franz KIBLER, Francis KESSLER, Nicolas LEBLOND, Mathieu LEONHARDT, Catherine MARRAUD, Raphaël MICHEL, Estelle NAUDIN, Nicolas NORD, Guy POULAIN, Nicolas RONTCHEVSKY, Claude ROUAT, Jean-Pierre ROUZE, Laurent SIGUOIRT, Sébastien TOURNAUX, Jean-Philippe TRICOIT.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS 4
SOMMAIRE 5
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 6

CURRICULUM VITAE 8

INTRODUCTION 15

Section 1 : Apprentissage 17
Section 2 : Formation continue 21
Section 3 : Nouveaux champs d'études. 25

TITRE 1 : IDENTITÉ 33

CHAPITRE 1 : LA FRAGMENTATION DES FONCTIONS D'EMPLOYEUR 34
Section 1 : Des salariés aux prérogatives particulières 34
Section 2 : Des employeurs aux prérogatives limitées 38
CHAPITRE 2 : LA MISE À DISPOSITION DU SALARIÉ 42
Section 1 : Cadre international 43
Section 2 : Cadre national 45

TITRE 2 : TEMPORALITÉ 52

CHAPITRE 1 : LES INTERMISSIONS 53
Section 1 : Le maintien du salaire 53
Section 2 : Le versement d'allocations chômage 56
Section 3 : Nul salaire, nulle allocation chômage 63
CHAPITRE 2 : LES CESSATIONS 67
Section 1 : Cessations de droit commun 67
Section 2 : Cessations exorbitantes du droit commun 70

CONCLUSION 77

BIBLIOGRAPHIE 78
PUBLICATIONS SELECTIONNÉES 91
TABLE DES MATIERES 118

Liste des principales abréviations

a.	autres
A et CT	Administration et collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJT	Bulletin Joly Travail
BSFL	Bulletin social Francis Lefebvre
Bull.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CDD	Contrat à durée déterminée
CDDU	Contrat à durée déterminée d'usage
CDI	Contrat à durée indéterminée
CDII	Contrat à durée indéterminée intérimaire
CE	Conseil d'État
Chro.	Chronique
Circ.	Circulaire
Coll.	Collection
CP'H	Conseil des prud'hommes
CSBP	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
CSE	Comité social et économique
CTT	Contrat de travail temporaire
D.	Recueil Dalloz
D.E.A.	Diplôme d'études approfondies
Dir.	Direction
Dr.	Droit
Dr. Ouv.	Droit Ouvrier
Dr. Soc.	Droit Social
E.	Entreprise
ETT	Entreprise de travail temporaire
Fasc.	Fascicule
FSPI	Fonds de sécurisation des parcours des intérimaires
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GEA	Gestion des entreprises et des administrations
IUT	Institut universitaire de technologie
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
J.O.	Journal officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Juris-Cl.	Jurisclasseur
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du Travail
Op. cit.	Opus citatum

Ord.	Ordonnance
Ouv.	Ouvrage
p.	Page
pp.	Principalement page
Préc.	Précité
Préf.	Préface
P.U.S.	Presses universitaires de Strasbourg
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT	Revue de Droit du Travail
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJS	Revue de Jurisprudence sociale (Francis Lefebvre)
RPDS	Revue pratique de droit social
RUE	Revue de l'Union européenne
s.	suivant(e)s
S.	Sociale
SMIC	Salaire minimum interprofessionnel de croissance
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
SSL	Semaine sociale Lamy
TD	Travaux dirigés
UE	Union européenne
§	Paragraphe

CURRICULUM VITAE

Stéphane MICHEL
22, rue Rameau
59242 Templeuve en Pévèle
Né le 13 décembre 1970 à Sélestat (67)
Téléphone : 06.47.87.25.69
stephane.michel@uphf.fr

MAÎTRE DE CONFÉRENCES EN DROIT PRIVÉ (UPHF)

DÉROULEMENT de CARRIÈRE

Depuis 2018 — **MCF HC, université Polytechnique Hauts de France** (Valenciennes), Unité Académique Droit et Administration Publique (**UA DAP**), *introduction au droit, droit du travail (relations collectives du travail), droit social international et européen)*

De 2002 à 2018 — **MCF, université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, I.U.T.**, département Gestion des entreprises et des administrations, *Droit du travail, Droit des obligations, Introduction au droit (enseignements évalués dans la cadre de la certification Qualicert)*

-De 2000 à 2002 : **ATER**, université Robert Schuman, Strasbourg III
Droit du travail, Droit civil (les obligations).

-De 1995 à 2000 : **Vacataire**, université Robert Schuman, Strasbourg III, *Droit du travail* et Centre National de la Fonction Publique Territoriale du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, *Droit de la sécurité sociale.*

-De 1995 à 2000 : **Formateur**, GIFOP de Mulhouse, *Droit du travail.*

RESPONSABILITÉS SCIENTIFIQUES

De 2020 à 2022 — **Membre élu** du Laboratoire CRISS

De 2018 à 2020 — **Co-responsable de l'axe** ITIS du Laboratoire de recherche IDP (EA 1384), UPHF

Depuis 2019	**Membre du comité de relecture** de la Revue SociologieS pour les articles relatifs au droit du travail
De 2016 à 2020	**Membre du Conseil** de l'Institut du Développement et de la Prospective (EA 1384)
De 2012 à 2016	**Membre élu au conseil scientifique** de l'université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis
Depuis 2005	Suivi de mémoires (environ une dizaine par an) de Master 1 et 2 à la Faculté de droit de Valenciennes, puis à l'UA DAP.

RESPONSABILITÉS ADMINISTRATIVES

Depuis 2022	**Co-responsable pédagogique** avec le Professeur Grégoire DUCHANGE du Master 1 et 2 Droit des Affaires, Parcours Social, UA DAP, Valenciennes.
Depuis 2021	**Responsable pédagogique** de la Licence 3 droit et droit/langue, UA DAP, Valenciennes.
De 2020 à 2022	**Responsable pédagogique** du Master 1 et 2 Droit des Affaires, Parcours Social, UA DAP, Valenciennes.
2019	**Co-création** avec le Professeur J. ICARD du parcours social au sein du Master 1 et 2 Droit des affaires pour l'UA Droit et Administration Publique de l'ISH (UPHF).
De 2018 à 2020	**Responsable pédagogique** du Master 2 Droit des Affaires, Parcours Transports, UA DAP, Valenciennes.
Depuis 2017	**Membre titulaire (personnes qualifiées) de la Commission Pédagogique Nationale** (CPN) des DUT Carrières Juridiques et Gestion des entreprises et des administrations.
De 2015 à 2018	**Responsable pédagogique** de la Licence professionnelle petites et moyennes organisations entrepreneuriat (PMOE), IUT Valenciennes.
2015	**Création** de Licence Professionnelle métiers de l'immobilier : administration de biens accréditée en 2015 pour le compte de l'IUT de Valenciennes.
De 2009 à 2018	Membre élu du conseil restreint de l'IUT

De 2013 à 2015	**Vice-Président** de l'Assemblée des Chefs de département GEA
De 2011 à 2015 :	**Membre élu du bureau** de l'Assemblée des Chefs de Département GEA (association nationale). Participation au groupe de travail de mise en place du PPN GEA de 2013 (création de fiches de modules en droit) pour le compte de la CPN GEA et de la CCN GEA.
De 2009 à 2015	Membre du Conseil d'IUT
De 2009 à 2015 :	**Chef du département** G.E.A. de l'I.U.T. de Valenciennes.
De 2003 à 2009 :	**Directeur des études** de l'apprentissage au sein du département G.E.A., I.U.T. de Valenciennes.
De 2002 à 2004	Responsable des projets tuteurés au sein du département GEA, IUT de Valenciennes

TITRES UNIVERSITAIRES

- 2000 : **Doctorat en droit**, mention très honorable avec les félicitations du jury, université Robert Schuman, Strasbourg III.
Sujet : « *Les ripostes patronales à la grève en droit français et allemand* », sous la direction du Professeur N. Aliprantis.

- 2000 : Diplôme de Premier Cycle de la **Faculté Internationale de Droit Comparé de Strasbourg**, mention bien.

- 1993 : **D.E.A. Droit social**, mention assez bien, Université Robert Schuman, Strasbourg III.

- 1992 : Maîtrise de Droit, Université Robert Schuman, Strasbourg III.

PUBLICATIONS

(Les publications en gras se trouvent en fin de document)

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (juin 2022 – novembre 2022), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 928, 15 décembre 2022, formation professionnelle, pp.1-4.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (décembre 2021 – mai 2022), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 910, 16 juin 2022, formation professionnelle, pp.1-5.

- « Le droit de grève dans les transports », Droit Social, Mai 2022, p. 427.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (juin 2021 – novembre 2021), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 887, 9 décembre 2021, formation professionnelle, pp. 1-5.

- « Pour un contrat unique d'alternance », *JCP S* n° 28 du 13 juillet 2021, n° 1181.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (décembre 2020 – mai 2021), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 869, 17 juin 2021, formation professionnelle, pp. 1-4.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (juin 2020 – novembre 2020), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 847, 10 décembre 2020, formation professionnelle, pp. 1-4.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (décembre 2019 – mai 2020), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 827, 11 juin 2020, formation professionnelle, pp. 1-4.

- « L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 494, 23 mars 2020, pp. 3-13.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (juin-novembre 2019), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 805, 5 décembre 2019, contrat de travail, pp. 1-6.

- « La mobilité internationale de l'apprenti », *Bulletin Joly Travail,* Septembre 2019, n°9, dossier, pp. 62-65.

- « Chronique de droit des contrats de formation professionnelle » (janvier-Mai 2019), *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 791, 18 juillet 2019, contrat de travail, pp. 1-4.

- « La mise en place imposée du comité social et économique – l'obligation d'instituer un CSE », *Lexbase Hebdo, édition sociale*, n° 782, 9 mai 2019, Relations collectives de travail, pp. 2-6.

- « Les contrats d'alternance après la loi Avenir », *JCP édition Sociale*, n° 9, 5 mars 2019, étude n° 1063, pp. 17-21.

- « La déconnexion du salarié : entre droit de retrait et retrait d'un droit », *Petites Affiches* 6 novembre 2018, n° 222, pp. 8-14.

- « Le détachement après la loi Avenir », *Bulletin Joly Travail* n° 3 du 1er Novembre 2018, pp. 35-39.

- « TIC et protection de la vie privée », *Bulletin Joly Travail* n° 2 du 1er octobre 2018, pp. 149-152.

- « Les contrats spéciaux, instrument de sécurisation des parcours professionnels ? », *Lexbase Hebdo édition sociale*, n° 703 du 22 juin 2017, pp-1-7.

- « Ordinateur professionnel, messagerie personnelle et secret des correspondances », Obs. sous Cass. Soc. 26 janvier 2016, *Revue de Droit du Travail* 2016, p. 421 et s.

- « Les incertitudes liées à la nouvelle durée de la période d'essai applicable au contrat d'apprentissage », *Droit Ouvrier* 2016, p. 66-69.

- « L'effectivité de la directive 2014/67 par le prisme de ses acteurs » *Revue de l'Union Européenne* 2016, p. 90-96.

- Note sous Cass. Soc. 8 juillet 2009, *Droit Ouvrier* 2009, pp-517-521.

- « Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008 », *Droit Ouvrier* 2008, pp. 604-610.

- « La rupture du contrat d'apprentissage », *Bulletin Social Francis Lefebvre*, 8-9/2005, pp. 443-454.

- « Le droit de grève dans le secteur privé – Partie III », *Revue Pratique de Droit Social* 2004, n°709, pp. 169-174.

- « Le droit de grève dans le secteur privé – Partie II », *Revue Pratique de Droit Social* 2004, n°708, pp. 125-136.

- « Le droit de grève dans le secteur privé – Partie I », *Revue Pratique de Droit Social* 2004, n° 706, pp. 43-53.

- « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L 133-2 du Code du travail » *Droit ouvrier* avril 2003, pp. 133-140.

- « Les avatars de l'article L 113-3 du Code des assurances », *Revue Générale du Droit des Assurances*, 2001, n° 4, pp. 901-914.

- « L'irrecevabilité de l'action en bornage entre copropriétaires », observations sous Cass. Civ. 3ème 27 avril 2000, *Les Petites Affiches* 2000, n° 231, pp. 17-18.

- « La rupture du contrat de travail en droit allemand : présentation générale », coécrit avec F. Géa, O. Kaufmann, F. Kessler, in « *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand* », Strasbourg, P.U.S., 2000, Dir. C. Marraud, F. Kessler, F. Géa, pp. 23-50.

- « Le droit du travail allemand dans la science juridique française », coécrit avec N. Aliprantis, in « *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel* », Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, Dir. O. Beaud, E. Von Heyen, pp. 197-207.

- « Déréglementation à l'allemande ? », coécrit avec F. Kibler, *Semaine Sociale Lamy*, n° 821 du 6 janvier 1997, pp. 3-5.

CONFÉRENCES, COLLOQUES, CO-ENCADREMENT DE THÈSES

- **Co-encadrement** depuis 2022 de la thèse de Madame Camille PERAT intitulé « le travail dissimulé », sous la direction du Professeur Grégoire DUCHANGE, UPHF, LARSH.

- **Organisation** de la cinquième journée d'études régionale en droit du travail, « les 50 ans de la formation professionnelle », Unité Académique Droit et Administration Publique, université Polytechnique Hauts de France, Valenciennes, 18 novembre 2021. Intervention en table ronde sur les contrats d'alternance.

- « Doit/peut-on encore licencier ? », Quatrième journée d'études régionale en droit du travail « La rupture du contrat de travail, une technique évolutive », organisée par Madame Dimitra Pallantza, Faculté de droit de Douai, 22 octobre 2020.

- « Le dialogue social au travers de la négociation collective » et « synthèse de l'atelier – dialogue social », Colloque « Vers un nouveau droit du travail ? », organisé par l'Ordre des Avocats du Barreau de Valenciennes, Faculté de Droit de Valenciennes, 15 novembre 2019.

- « La transformation de l'alternance », Troisième journée d'études régionale en droit du travail « la sécurisation des parcours professionnels après la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel », organisée par Madame Dimitra Pallantza, Faculté de droit de Boulogne Sur Mer, 8 février 2019.

- « La mise en place imposée, l'obligation d'instituer un Comité social et économique », 14 décembre 2018, Deuxième journée d'études régionale en droit du travail « Les institutions représentatives du personnel après les ordonnances Macron », organisée par Monsieur le Professeur Bernard Bossu et Monsieur Jean-Philippe Tricoit, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de l'université de Lille.

- « Le harcèlement moral : regards croisés entre le thérapeute et le juriste », co-intervention avec M. Philippe Saielli, 11ème congrès international sur le harcèlement au travail, Bullying 2018, « Mieux comprendre le harcèlement au travail dans un monde en mutation », 5-8 juin 2018, organisation Madame Marie-France Hirigoyen et Monsieur Loïc Lerouge, Bordeaux.

- **Animation** de la journée d'études « La vérité et le droit » organisée par Madame Solène Ringler, 24 mai 2018, Campus des Tertiales, université Polytechnique des Hauts de France.

- « Les obligations de l'employeur en matière de déconnexion », 15 mai 2018, Colloque CNAM sous l'égide de Madame Anissa Boualit, Pôle d'enseignement supérieur Baudimont Saint-Charles, Arras.

- « Cadre légal et analyse critique du droit à la déconnexion du salarié », 19 avril 2018, Colloque GRH organisé par Madame Solène Ringler consacré au droit à la déconnexion des salariés, université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.

« Nouvelles technologies de l'information et des communications et protection de la vie privée du salarié », 2 février 2018, Colloque RH organisé par Madame Dimitra Pallantza consacré au droit du travail et aux nouvelles technologies, ULCO, ISCID-CO, LARJ, Longuenesse.

« Le harcèlement moral – Bref retour sur quelques évolutions en la matière », 27 avril 2017, Colloque RH organisé par Madame Solène Ringler consacré au harcèlement moral au travail – évolutions juridiques et sociétales ces dix dernières années, UVHC.

Co-Organisation avec M. le Professeur Julien ICARD, de la première journée d'études régionale en droit du travail relative « aux accords collectifs d'entreprise après la Loi Travail », 25 Avril 2017, 10h-17h, UVHC, Site des Tertiales. Laboratoires associés : IDP, DPD, LARJ.
Intervention sur le sujet « La révision des accords collectifs d'entreprise » et présidence de la séance de l'après-midi.

- « Les contrats aidés, instrument de sécurisation des parcours professionnels ? », 3 mars 2017, Colloque RH organisé par Madame Dimitra Pallantza consacré à la sécurisation des parcours professionnels – Enjeu d'évolution du marché du travail et de lutte contre le chômage, ULCO, ISCID-CO, LARJ, Longuenesse.

- « Aspects juridiques de la mobilité internationale des travailleurs », 21 avril 2016, Colloque GRH organisé par Madame Solène Ringler consacré à la mobilité internationale des travailleurs, université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis.

INTRODUCTION

Un enseignant-chercheur ne se retourne la plupart du temps sur ses publications et sur son évolution de carrière qu'au moment de la rédaction de son mémoire en vue de la soutenance de son Habilitation à diriger des recherches. Cela est sans doute une erreur car l'exercice, s'il est parfois cruel, est souvent intéressant, enrichissant voire même salvateur. Il s'agit en fait de savoir d'où l'on vient pour peut-être mieux savoir où l'on va. Et pendant très longtemps, ce chemin était des plus flous.

Après un cycle d'études générales au lycée et l'obtention d'un Baccalauréat B, je décide de m'inscrire, en tant que boursier, à la Faculté de droit de Strasbourg pour trois raisons principales : d'une part, je pouvais, moyennant deux heures et demi de trajet quotidien, continuer à habiter chez mes parents. D'autre part, les études de droit étaient exclusives de toute épreuve en mathématiques. Enfin, mon frère venait de réussir sa première année et par orgueil, je ne me voyais pas échouer là où il avait réussi. Après l'obtention d'un DEUG, je choisissais de suivre une licence générale, n'ayant aucune opinion quant à la question de savoir si les disciplines de droit privé avaient plus d'intérêt que celles de droit public[1]. En revanche, j'avais lors de cette troisième année, pour la première fois, choisi une matière autrement que par défaut, c'est-à-dire, non pas sur la base de l'enseignant (et de sa prétendue notation) et de l'horaire. En effet, j'étais heureux de pouvoir étudier le droit du travail. Je ne connaissais évidemment pas la discipline que je découvrais d'abord en amphithéâtre avec le Professeur Ortscheidt. Mais c'est surtout la première séance de travaux dirigés qui fut un choc. Avec certitude, c'est cette première séance de TD en droit du travail assurée par Guy Poulain qui m'a donné l'envie de m'intéresser au droit du travail et qui m'a plus encore donné la vocation de l'enseignement. Une heure trente a permis de me faire comprendre pourquoi je me retrouvais sur les bancs de cette Faculté. Et vingt séances plus tard, j'avais pour la première fois une bonne note dans une matière. Puis, la maîtrise de droit général se résumait, de mon point de vue, aux cours magistraux de contrat de travail du premier semestre et de droit de la protection sociale du second semestre qui étaient assurés par Guy Poulain. Au sortir de quatre années d'études juridiques, je ne formulais qu'un seul vœu de D.E.A, à savoir celui de droit social, dirigé à l'époque par le Professeur Nikitas Aliprantis au sein de l'université Robert Schuman de Strasbourg.

Mon parcours ne rebuta pas l'équipe pédagogique composée alors, outre du Professeur Aliprantis, des Professeurs Ortscheidt et Olszak, de Madame Corinne Sachs-Durand et de Messieurs Francis Kessler et Francis Meyer. Les séminaires de relations individuelles et collectives du travail avec le Professeur Aliprantis étaient une (re)découverte car le droit du travail se voyait mêlé à l'histoire, à la philosophie, à la géopolitique, à la sociologie, à la psychologie et le tout au travers de l'étude d'au moins trois ou quatre pays différents. C'est assez naturellement vers lui que je me suis tourné pour évoquer mon sujet de mémoire.

Ce dernier était, à notre premier rendez-vous, peu clair dans mon esprit. Je savais que je voulais travailler sur les conflits collectifs et plus particulièrement sur le lock-out mais je ne savais pas bien comment m'y prendre. Très rapidement, le Professeur Aliprantis me demandait si j'avais des connaissances linguistiques et si j'avais envie de faire du droit

[1] Il existait en outre déjà à l'époque à la Faculté de droit de Strasbourg une licence de droit des affaires et une licence de droit public.

comparé. Dialectophone de naissance, j'ai toujours parlé allemand et je m'empressais de lui dire que j'étais ouvert à toute proposition d'étude comparative même si je n'avais pas beaucoup d'idées de ce que cela signifiait et impliquait. Le sujet de mémoire ainsi choisi était consacré au lock-out en droit français et allemand. J'ai alors entrepris un siège : celui de la bibliothèque de l'Institut du travail (IST) de Strasbourg. Si la salle de travail n'offrait que cinq petites tables, le fonds documentaire était colossal et je me lançais ainsi dans une lecture acharnée de tout ce qui pouvait avoir un quelconque lien avec le lock-out en droit français et allemand. Quelques mois plus tard, je soutenais un mémoire de près de 150 pages devant M. Kessler et le Professeur Aliprantis et finissais deuxième du D.E.A. avec une moyenne juste en dessous de 15 sur 20.

Sachant que je devais procéder à une césure dans mes études pour cause de service national[2], j'ai souhaité rencontrer rapidement, fin 1993, le Professeur Aliprantis afin de lui proposer une inscription en thèse. Bien qu'il m'eût expliqué qu'un financement de la thèse était impossible[3], il me proposa un sujet dans la continuité de celui de mon mémoire. Nous étions très rapidement d'accord sur le fait d'ouvrir le sujet à toutes les formes de ripostes patronales à la grève en gardant l'aspect de droit comparé français-allemand.

Le travail de recherche, notamment à la bibliothèque de l'IST de Strasbourg, ne commençait qu'à la rentrée 1995, à la suite de mon service national. J'avais la chance de pouvoir assurer en parallèle et dès cette époque, des vacations dans le cadre de travaux dirigés en droit du travail dans la filière « Administration économique et sociale » de la Faculté de droit sous l'égide de Guy Poulain. Ce dernier m'initia au métier d'enseignant en m'expliquant semaine après semaine l'élaboration de chacune des fiches relatives aux séances de travaux dirigés. Nos rencontres hebdomadaires me permettaient de comprendre l'avancée du cours magistral et les éléments pratiques qu'il était nécessaire de développer en séances de TD. Il s'avère que par ailleurs, je travaillais quasiment à temps plein sur divers chantiers comme manœuvre et ouvrier. Le droit du travail était à mes yeux un champ disciplinaire mais surtout une réalité. Il me semble que je n'ai jamais su me défaire de ce lien presque physique avec cette matière.

Arrivé à la fin de ma première année universitaire de vacations, je me rendais compte que les recherches pour ma thèse étaient trop limitées en droit allemand. Après en avoir discuté avec Francis Kessler, alors directeur de l'IST de Strasbourg, ce dernier me fit demander une bourse au programme d'échanges universitaires franco-allemand, le DAAD[4]. Ainsi j'ai pu passer près de quatre mois en Allemagne durant l'été 1996, grâce à l'amabilité du Professeur Rolf Birk, directeur de l'Institut du travail de Trêves. Par ce séjour, j'ai pu me plonger dans la littérature allemande de droit du travail et mieux comprendre les conflits collectifs outre-Rhin. Ce fonds documentaire allemand important fut ensuite mis au jour par des visites régulières au sein de la bibliothèque de la Faculté de droit de Fribourg en Brisgau.

De 1995 à l'an 2000, j'ai donc partagé mon temps entre la préparation de la thèse, les vacations à l'université Robert Schuman de Strasbourg et le travail purement alimentaire. Durant ce temps, j'ai néanmoins pu avoir quelques premières expériences de publications ou plutôt de co-publications. Mon activité de recherche débute par une phase d'apprentissage (section 1). Celle-ci se poursuit par de la formation tout au long de la vie (section 2). Et elle s'ouvre sur de nouveaux champs d'études (section 3).

---

[2] Qui allait durer 20 mois.

[3] L'école doctorale ne bénéficiait pas de financement en droit du travail au sortir de mon année de D.E.A.

[4] Deutscher Akademischer Austauschdienst, Office allemand d'échanges universitaires.

Section 1 : Apprentissage

La rédaction d'un mémoire permet de découvrir l'éventuelle appétence à la recherche ce qui vous décide à vous plonger dans une thèse. Cette dernière, qui peut être comparée à un marathon, relève d'un exercice assez différent de celui demandé dans le cadre des publications scientifiques. En effet, les revues, que ce soit dans le cadre d'un article ou d'une note de jurisprudence, ont tendance à limiter quantitativement le contenu de la contribution tout en devant être au plus proche de l'actualité juridique. L'exercice s'apparente alors plutôt à un sprint et ce type de course a des exigences que j'ai tenté d'appréhender petit à petit.

§ 1 : Premiers pas

Lors des quatre mois que j'ai passé à l'Institut du travail de Trêves en 1996, la rencontre avec Franz Kibler, qui occupait le poste d'assistant du Professeur Birk, fut importante. Nous avions, entre autres, des discussions poussées en français et en allemand sur le débat très agité qui animait la classe politique allemande dirigée à l'époque par le Chancelier Kohl et qui tournait autour du projet de loi tendant à encourager la croissance et l'emploi. L'idée du législateur relevait de ce que nous nommerions aujourd'hui la flexisécurité. Après l'adoption de la loi à l'automne 1996, Franz Kibler me proposa d'écrire sur le sujet pour présenter au lecteur français les points saillants de cette réforme. L'article fut écrit à quatre mains et à distance, avec force fax et coups de téléphone fixe… Il en résulte une toute première publication, assez descriptive et entachée d'une coquille de l'éditeur[5].
En 1998, l'Institut du travail de Strasbourg mit en place une collaboration avec le Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (Comptrasec) de Bordeaux qui déboucha sur la publication d'un numéro dédié au droit social allemand du Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Dans ce cadre, les membres de l'Institut du travail, et notamment Francis Kessler, se sont tournés vers moi afin de me confier un travail de compilation. Il s'agissait de dresser une bibliographie relative au droit social allemand en langue française. J'y liste sur 23 pages, les manuels, monographies, ouvrages généraux, thèses, articles, chroniques, notes, contributions dans des ouvrages collectifs consacrés au sujet[6]. L'exercice était fastidieux mais formateur et utile pour mes recherches dans le cadre de ma thèse et pour la prochaine co-publication.
En effet, à l'été 1999, je fus sollicité par mon directeur de thèse, le Professeur Aliprantis pour rédiger conjointement un article dans un ouvrage collectif dirigé par les Professeurs Beaud et Von Heyen, intitulé « Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel ». Il convient de préciser que les délais étaient plus que contraints puisque les directeurs scientifiques de l'ouvrage attendaient la contribution du Professeur Aliprantis depuis plusieurs mois… En urgence, j'entrepris d'étudier une partie des publications citées dans la bibliographie éditée par le Comptrasec de Bordeaux l'année précédente et il en découle un premier jet de ce qui allait devenir une co-publication avec mon directeur de thèse. Ce dernier réalisa une relecture critique et l'envoi du texte se fit avec une certaine précipitation qui se retrouve dans les quelques coquilles qui ont échappé à notre attention.

[5] Le seuil d'application du droit commun du licenciement a été doublé, passant de plus de 5 à plus de 10 salariés ce qui a été résumé par la revue comme allant de 6 à 12… Voir F. KIBLER, S. MICHEL, Déréglementation à l'allemande ?, SSL, n° 821, 6 janvier 1997, p. 3. La loi en question sera quasiment totalement abrogée en 1998 après l'arrivée au pouvoir du Chancelier Schröder.
[6] Voir : Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 1998, p. 300.

L'article consacré au droit du travail allemand dans la science juridique française recèle outre une analyse des travaux du Professeur Paul Durand, une introduction assez péremptoire et une conclusion plutôt idéologique[7].
Enfin, mes premiers pas de chercheur ou de co-chercheur s'achèvent l'année de ma soutenance de thèse. En effet, courant 2000, Frédéric Géa me sollicite pour co-rédiger avec lui, Otto Kaufmann[8] et Francis Kessler, la présentation générale d'un ouvrage collectif imprimé aux Presses universitaires de Strasbourg et intitulé « La rupture du contrat de travail en droits français et allemand ». Cet ouvrage dirigé par Catherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa en collaboration avec Rolf Birk, regroupe des publications d'enseignants-chercheurs principalement issus des universités de Nancy, Strasbourg et Trêves. Ma contribution fut d'assurer la relecture finale et l'actualisation de l'article[9].
Ces diverses publications parues au cours des années de thèse furent l'occasion de travailler en binôme, parfois en équipe, sur des sujets en lien avec le droit du travail allemand. Cela me permit de consolider mes connaissances et surtout de commencer à apprendre le travail de chercheur. Je vécus ces expériences comme un apprentissage au sens propre du terme, ce qui allait évidement grandement me servir tout au long des années suivantes.

§ 2 : Figures imposées

À l'issue de ma soutenance de thèse qui s'est déroulée le 30 juin 2000 et qui me vaut le grade de Docteur de la Faculté de droit de Strasbourg, je m'autorise à m'intéresser à la qualification aux fonctions de Maître de conférences. J'en discute notamment avec un jeune Maître de conférences de l'époque, en poste à l'Institut du travail de Strasbourg, Fabrice Bocquillon. Il me conseille fortement de publier dans une discipline autre que le droit allemand et le droit du travail et il me suggère qu'en droit des biens, il y aurait largement matière à commenter l'un ou l'autre arrêt de la Cour de cassation. Ainsi, sans grande conviction, je me lance dans la recherche d'une décision de justice qui pourrait être le prétexte d'un bref commentaire. Je jette mon dévolu sur un arrêt de la troisième chambre sociale de la Cour de cassation du 27 avril 2000 relatif à l'action en bornage[10]. Cette courte note, plutôt technique et sans grand intérêt ne suffit pas à convaincre les deux rapporteurs du CNU puisque l'un des deux refuse ma qualification.
Effectuant un contrat d'ATER en post-doctorat à l'université Robert Schuman de Strasbourg, j'intègre en 2001, l'équipe des chargés de travaux dirigés en droit civil de deuxième année (DEUG) du Professeur Nicolas Rontchevsky. Ce dernier, qui me prend en quelque sorte sous son aile, me pousse à travailler un article de fond, dans une matière une fois encore autre que le droit du travail. Pour lui, c'est ma plus grande chance d'être qualifié aux fonctions de Maître de conférences. Après plusieurs semaines consacrées à trouver une idée de sujet, je découvre en note de bas de page d'une publication dont j'ai oublié l'auteur et la revue, le caractère portable de la prime d'assurance. Cette information m'intrigue, et après quelques recherches,

---

[7] Voir : N. ALIPRANTIS, S. MICHEL, Le droit du travail allemand dans la science juridique française, in « *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel* », Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999, Dir. O. Beaud, E. Von Heyen, pp. 197-207.
[8] Que j'avais rencontré lors de mon DEA dans le cadre d'un séminaire organisé par Francis Kessler.
[9] Voir : La rupture du contrat de travail en droit allemand : présentation générale, coécrit avec F. Géa, O. Kaufmann, F. Kessler, in « *La rupture du contrat de travail en droits français et allemand* », Strasbourg, P.U.S., 2000, Dir. C. Marraud, F. Kessler, F. Géa, pp. 23-50.
[10] Voir : L'irrecevabilité de l'action en bornage entre copropriétaires, note sous Cass. Civ. 3ème 27 avril 2000, LPA 2000, n° 231, p. 17.

je m'aperçois que l'article L 113-3 du Code des assurances prévoit un mécanisme de recouvrement singulier de cette prime. Après discussions avec le Professeur Rontchevsky, décision est prise qu'il s'agit du sujet de ma prochaine contribution qui se doit d'être à la hauteur d'un futur Maître de conférences. Le sujet plutôt ardu et technique a un aspect pratique fort intéressant. De plus, la logique du droit des assurances n'est pas toujours très éloignée du droit du travail. En effet, dans les deux cas, il existe une partie forte, une autre faible (ou réputée faible) et la relation juridique se matérialise par un contrat que l'on peut qualifier d'adhésion. Après deux relectures particulièrement critiques du Professeur Rontchevsky, ce dernier m'incita à proposer l'article à la Revue générale du droit des assurances. À ma grande surprise, le Professeur Bigot pris mon attache par téléphone et me fixa laconiquement rendez-vous à Paris pour le rencontrer. Je découvris en me rendant dans la capitale, qu'il s'agissait du domicile de ce dernier et je n'étais pas bien fier quand je poussais la porte de son appartement. Autour d'un nuage de fumée, consciencieusement entretenu par des volutes de plusieurs pipes qui se succédaient entre les dents et sur la lippe du Professeur, il m'annonçait avec malice qu'il acceptait de publier ma publication à la RGDA[11]. Comprenant que la qualification au CNU était en jeu, il me rédigea sur le champ une lettre de sa main donnant son accord de publication.
Nul besoin d'être devin pour comprendre que cette lettre dut compter pour quelque chose dans la décision du CNU qui était, début 2002, favorable. J'entrepris dans les mois qui suivirent, un « tour de France »[12] qui me permit d'être en poste au sein du département Gestion des entreprises et des administrations (GEA) de l'IUT de Valenciennes à la rentrée 2002. D'un point de vue scientifique je retournais aux relations collectives du travail.

§ 3 : Enfance

Lorsque j'arrive au sein de l'équipe, principalement constituée d'enseignants du second degré, du département GEA de l'IUT de Valenciennes, son chef, Jean Pierre ROUZÉ, me fait rapidement comprendre qu'il attend de moi deux choses : d'une part, d'assurer un maximum d'enseignements[13], et d'autre part, de prendre des responsabilités administratives[14]. De plus, l'Institut du développement et de la prospective (IDP), laboratoire de recherche pluridisciplinaire valenciennois[15] est au début des années 2000, en sommeil, si bien que je reste, pour quelques années encore, rattaché au laboratoire strasbourgeois.
Lors de mon « tour de France », les différentes auditions que j'ai pu effectuer m'ont permis de rencontrer bon nombre de personnes dont Arnaud Mazières qui, malgré son titre de rédacteur en chef de la revue Droit Ouvrier, n'arrivait pas à trouver un poste autre que celui de Maître de conférences associé. Au début de 2003, il me propose de commenter un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 décembre 2002[16]. Celui-ci est relatif à la représentativité syndicale et j'avais pu, au cours de mes échanges avec Arnaud Mazières, lui faire comprendre mon intérêt pour le sujet qui remonte à une séance de travaux dirigés suivie en licence de droit. L'arrêt m'invite à me pencher principalement sur le critère de

[11] Voir : Les avatars de l'article L 113-3 du code des assurances, RGDA 2001, n° 4, p. 901.
[12] Je pus honorer six des sept auditions qui me furent accordées.
[13] Je me retrouve pour mon année de stage, seul juriste au sein du département et j'assume un service de plus de 600 h équivalent TD…
[14] Je suis dès mon arrivée responsable des projets tuteurés, puis co-responsable de l'apprentissage au sein du département GEA.
[15] Principalement droit, économie, sciences de gestion, sociologie et psychologie.
[16] Voir : Le critère de l'indépendance au sein de l'article L 133-2 du Code du travail, Dr. Ouv. Avril 2003, p. 133.

l'indépendance que j'essaye de présenter sous l'ensemble de ses formes. Mais l'article me donne également l'occasion de relever l'importance de la transparence financière, les liens nécessaires entre effectifs et cotisations ou la question de la temporalité de la détermination du critère de l'audience, ce qui sera notamment mis en avant par le législateur en 2008[17].
À la suite de cette publication, Arnaud Mazières me fait savoir que la Revue pratique de droit social (RPDS) cherche un auteur qui accepterait de rédiger un article qui présente de manière claire, simple et assez complète le droit de grève dans le secteur privé. Outre les droits d'auteur plutôt substantiels pour l'époque, la RPDS me donne l'occasion de me replonger dans les conflits collectifs et d'utiliser une partie de mes travaux de thèse. L'article est ainsi publié en trois volets au cours de l'année 2004[18].

§ 4 : Adolescence

Début 2005, Frédéric Géa avec qui j'avais conservé des liens forts depuis nos années de doctorat, me propose d'entreprendre une recherche sur la rupture du contrat d'apprentissage. Il savait que le sujet m'intéressait car j'occupais depuis quelques temps la fonction de responsable de l'apprentissage au sein du département GEA de l'IUT de Valenciennes. Le cahier des charges était simple et complexe à la fois. Il fallait présenter le sujet dans sa globalité[19] en utilisant et en intégrant les décisions des cours d'appel. Le Cerit-CRDP de Nancy[20] disposait d'une base de données des arrêts des Cours d'appel françaises et l'idée était d'illustrer les propos de manière relativement concrète avec des exemples issus de la jurisprudence et de la pratique. La tâche fut assez fastidieuse car les décisions des juges du fond se comptaient en centaines. Les propos sont aujourd'hui en partie obsolètes, mais ce sujet qui m'a fait entrer dans les relations individuelles du travail, continuera de susciter mon plus vif intérêt[21].
Quelques années plus tard, le législateur me donna l'occasion de revenir sur le sujet de la représentativité syndicale et plus précisément sur les critères de cette dernière. J'ai ainsi pris l'initiative de contacter Arnaud Mazières et de proposer à Droit Ouvrier une lecture rapide des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008[22]. La contribution qui présente les sept critères s'appuie sur la légitimité électorale et sociale des organisations syndicales de salariés. Les critères de l'audience et de l'indépendance sont particulièrement mis en avant. Dans la foulée, Patrice Adam, autre complice nancéien de l'époque de la thèse, attire mon attention sur une série de décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2009 et notamment l'arrêt Okaidi. Droit Ouvrier accepte une note (en trois parties) consacrée audit arrêt et me permet notamment d'aborder la question de la divulgation de la liste des adhérents d'un syndicat[23]. Interdite à l'égard de l'employeur au nom de la vie personnelle du salarié, l'arrêt est l'occasion de m'interroger pour la première fois sur cette thématique que je vais retrouver quelques années plus tard.

---

[17] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.
[18] Voir : L'exercice du droit de grève dans le secteur privé, première partie, RPDS 2004, p. 43 ; L'exercice du droit de grève dans le secteur privé, deuxième partie, RPDS 2004, p. 125 ; Les actions judiciaires en cas de grève, RPDS 2004, p. 169.
[19] Sans limitation dans le nombre de signes.
[20] Centre d'étude et de recherche de l'institut régional du travail.
[21] Voir : La rupture du contrat d'apprentissage, BSFL, 8-9 2005, p. 443.
[22] Voir : Présentation succincte des critères de représentativité syndicale après la loi du 20 août 2008, Dr. Ouv. Décembre 2008, p. 604.
[23] Voir : note sous Cass. Soc. 8 juillet 2009, Dr. Ouv. Octobre 2009, p. 517.

Mais pour l'heure, mes activités de recherche sont mises entre parenthèse durant six années qui correspondent à mes deux mandats de Chef du département GEA de l'IUT. En effet, début 2009, je me décide à briguer les fonctions de Chef du département GEA et de monter une liste avec deux autres collègues (futurs directeurs des études). La campagne électorale fut plutôt rude tant les antagonismes étaient présents au sein du département. Notamment, depuis sa création début des années 1970, le département n'avait jamais élu comme chef un Maître de conférences. Aussi, mon élection est en partie une surprise. Le département GEA est à l'époque le plus conséquent en termes d'étudiants et d'alternants au sein de l'IUT de Valenciennes. Plus de 700 apprenants se côtoyaient au sein de plus de 20 groupes différents. Le pilotage d'une unité de formation de cette taille était certes passionnant et formateur mais également particulièrement chronophage. De plus, j'ai décidé de conserver une lourde charge d'enseignements mais de délaisser la recherche. Ce choix peut évidemment être discuté. Pour autant, il me paraît encore aujourd'hui cohérent. En effet, enseigner au sein des différentes formations de l'IUT me permettait de rester au contact des étudiants, auditeurs, alternants[24]. Après ce laps de temps assez long, il est possible de considérer que ma « production scientifique » entre dans son âge adulte. Mais l'enseignant-chercheur ne cesse jamais d'apprendre et, espérons-le, de progresser, grâce à la formation continue ou formation tout au long de la vie.

Section 2 : Formation continue

Après deux mandats de Chef du département GEA de l'IUT de Valenciennes, j'occupe durant quelques années la fonction de Responsable pédagogique d'une licence professionnelle PMOE qui fonctionne avec un groupe en formation initiale et un autre en formation par alternance. Assez naturellement, j'ambitionne à partir de 2015 de retrouver une activité de recherche et je m'ouvre sur le sujet au Professeur Stéphane de La Rosa, alors Directeur du laboratoire IDP. Ce dernier me pousse à investir le champ du droit social international et européen, matière que j'avais commencé à enseigner quelques années auparavant. Il s'agira d'un thème récurrent de recherche (§ 1). Par ailleurs, je vais continuer à m'intéresser aux contrats de type particulier, à savoir principalement les contrats aidés et d'alternance (§ 2). Puis, va se dégager une autre problématique axée sur l'existence même du contrat de travail et sur les relations entre vie professionnelle et vie personnelle (§ 3). Enfin, les relations collectives du travail ne seront jamais totalement laissées de côté (§ 4).

§ 1 : le droit social international et européen

Courant 2015, je fréquente encore les réunions du laboratoire IDP au titre de mes fonctions de Chef de département à l'IUT, et la Professeure Cécile Rapoport me propose d'intégrer un groupe de travail chargé de rédiger un dossier relatif à la directive n° 2014/67/UE pour une publication au sein de la Revue de l'Union européenne[25]. N'ayant plus rien publié depuis des

[24] Nous nous permettons une remarque. Selon nous, quelle que soit l'importance des fonctions administratives assurées, un enseignant y compris enseignant-chercheur devrait toujours conserver un minimum d'heures d'enseignement. Les décharges complètes de service sont ainsi à éviter pour ne pas perdre le contact avec une forme de réalité, en l'occurrence les étudiants.

[25] Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et

années, une certaine fébrilité me gagne et c'est la question de l'effectivité de la directive détachement qui me revient. Après quelques discussions et grâce à bon nombre d'encouragements, je choisis de traiter la question sous l'angle de ses acteurs[26]. En découle une étude qui porte un jugement assez sévère sur ce texte considéré comme décevant et qui en appelle, à mes yeux, nécessairement un autre.
Ainsi, lorsque la directive n° 2018/957/UE est publiée, j'en fais une lecture approfondie en vue d'en tirer une éventuelle publication[27]. Ne sachant pas trop par quel bout prendre le texte, le Professeur Julien Icard me propose d'intégrer un groupe de travail qui vise à publier, au Bulletin Joly Travail, un dossier relatif à la réforme du détachement. Entre temps, la loi « Avenir » transpose la directive et je m'attelle à la tâche de présenter son chapitre 3 de manière succincte et structurée[28]. La directive de 2018 renforce les prérogatives des états membres d'accueil en matière de contrôles et de sanctions, ce qui va dans le bon sens selon nous[29].
De plus, cette publication me donne l'occasion de me plonger dans une lecture sérieuse de la loi Avenir et les développements du législateur relatifs aux alternants m'interpellent, notamment ceux qui offrent aux apprentis des possibilités de mobilité internationale. Je propose au Bulletin Joly Travail, avec l'appui de Julien Icard, de faire, dans le cadre d'un dossier, une sorte de focus sur ce point qui soulève de nombreuses questions[30].
Cette publication se trouve ainsi à la croisée d'une autre thématique qui relève certainement de mon activité principale de recherche à savoir les contrats de type particulier et prioritairement les contrats d'alternance.

§ 2 : les contrats de type particulier

Suite à la lecture de la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, je décide de m'arrêter sur la modification apportée à la « période d'essai » applicable au contrat d'apprentissage[31]. L'intervention législative me semble particulièrement discutable sur ce point puisque cette période de rupture libre est fort longue, à mon sens, trop longue[32].
Décortiquer une loi nouvelle est un exercice très stimulant. Ainsi, assez logiquement, lorsque le législateur intervient sur les contrats d'alternance (contrat d'apprentissage et contrat de professionnalisation) dans le cadre de la loi Avenir, j'entreprends une étude du sujet. Après discussions avec le Professeur Icard, ce dernier m'oriente vers le JCP édition sociale[33]. L'article qui revient en partie sur la période d'essai me permet également d'évoquer la possibilité de

---

modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»). JOUE L 159 du 28 mai 2014.

[26] Voir : L'effectivité de la directive n° 2014/67/UE par le prisme de ses acteurs, RUE 2016, p. 90.

[27] Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; JOUE L 173 du 9 juillet 2018.

[28] Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel ; JO 6 septembre 2018.

[29] Voir : Le détachement après la loi Avenir, BJT, novembre 2018, n° 110q2, p. 35.

[30] Voir : La mobilité internationale de l'apprenti, BJT septembre 2019, n° 111y9, p. 62.

[31] JO n° 0189 du 18 août 2015.

[32] Voir : Les incertitudes liées à la nouvelle durée de la période d'essai applicable au contrat d'apprentissage, Dr. Ouv. Février 2016, p. 66.

[33] Voir : Les contrats d'alternance après la loi Avenir professionnel, JCP édition sociale, n° 9, 5 mars 2019, n° 1063, p. 17.

fusionner les deux contrats d'alternance, ce qui fera l'objet d'une autre publication quelques années plus tard[34].
Entre-temps, début 2017, Dimitra Pallantza, à l'époque en poste à l'université du Littoral Côte d'Opale, me sollicite pour intervenir dans un colloque RH sur le sujet des contrats aidés. La question posée était de savoir si ces contrats sont un instrument de sécurisation des parcours professionnels. Préparée au départ à l'oral, l'intervention se transforme en un écrit qui fera l'objet d'une publication à Lexbase Hebdo édition sociale[35]. Si la réponse à la question posée est plutôt négative, l'article me permet d'émettre la proposition d'un contrat aidé véritablement unique, voire la suppression des contrats aidés au profit notamment des contrats d'alternance. L'exclusion du calcul des effectifs des contrats aidés interroge notamment vis-à-vis des contrats d'alternance mais aussi par rapport à sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne ce qui est très certainement à creuser.
Surtout cette étude et celles concernant les contrats d'apprentissage fait germer, fin 2018, dans l'esprit de Julien Icard, une idée de chronique qui porterait à la fois sur les contrats aidés et sur les contrats d'alternance. La proposition m'enthousiasme et nous tombons d'accord sur le fait que Lexbase Hebdo sociale pourrait être la revue idéale pour une telle chronique. En effet, quelques semaines après avoir sollicité ladite revue, l'accord de principe est donné par son comité scientifique.
En juillet 2019 paraît ainsi la première chronique des contrats de formation professionnelle qui fait la part belle aux décisions jurisprudentielles significatives sur la période de janvier à mai[36]. Va s'ensuivre toute une série de chroniques semestrielles jusqu'à aujourd'hui[37]. L'idée est de présenter l'actualité jurisprudentielle, législative, réglementaire et conventionnelle sur le sujet en essayant d'être synthétique, didactique et concret. Par exemple, lors de la chronique du second semestre 2020, je me livre à un exercice comptable qui permet à un employeur de connaître son reste à charge lié à l'embauche d'un apprenti[38]. Mais la chronique permet également de formuler un certain nombre de propositions comme celle relative à l'allongement de l'âge autorisé pour les contrats d'alternance[39].
Pour autant le format nécessairement court de l'exercice n'autorise pas le développement d'idées très poussées. C'est pourquoi, début 2021, je me décide à écrire un article qui livre une réflexion et un souhait mûris de longue date[40]. Il s'agit de militer en faveur de la fusion

[34] Cf. infra.
[35] Voir : Les contrats aidés, instrument de sécurisation des parcours professionnels ?, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 703, 22 juin 2017, p. 1.
[36] Voir : Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 791, 18 juillet 2019.
[37] Voir : Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°805, 5 décembre 2019 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°827, 11 juin 2020 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°847, 10 décembre 2020 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°968, 17 juin 2021 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°887, 9 décembre 2021 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 910, 16 juin 2022 ; Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 928, 15 décembre 2022.
[38] Voir : Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°847, 10 décembre 2020.
[39] Voir : Chronique de droit des contrats de formation professionnelle, Lexbase Hebdo édition sociale, n°827, 11 juin 2020.
[40] L'idée avait déjà été largement abordée lors d'une intervention à la troisième journée d'études régionales en droit du travail intitulée « la transformation de l'alternance » et réalisée à Boulogne sur Mer le 8 février 2019.

entre contrat d'apprentissage et contrat de professionnalisation au sein d'un unique contrat d'alternance[41]. La proposition permet d'esquisser un nouveau régime juridique propre à ce type de contrat ce qui s'avère, à mes yeux, fort intéressant.
Cette stimulation intellectuelle se retrouve également dans le cadre d'une autre thématique consacrée aux relations entre vie professionnelle et vie personnelle et à l'existence du contrat de travail.

§ 3 : Vie professionnelle, vie personnelle, existence du contrat de travail

Début 2016, lors d'un colloque se déroulant à Valenciennes, j'ai la joie de revoir le Professeur Patrice Adam avec qui j'ai partagé quelques années de thèse lorsque les Facultés de droit de Nancy et de Strasbourg avaient déjà des relations nourries. Lors de cette journée, ce dernier me demande un peu à brûle-pourpoint si je ne voudrais pas commenter une décision de justice récente pour la Revue de Droit du Travail dans laquelle il dirige une rubrique. Répondant par l'affirmative sans trop savoir à quoi m'attendre, il m'envoie quelques jours plus tard l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 26 janvier 2016 en me disant que les observations ne doivent pas dépasser 20 000 signes. L'arrêt qui va donner lieu à une publication de 10 000 signes après injonction de l'éditeur est difficile à décrypter mais me permet d'explorer pour la première fois les relations poreuses entre vie professionnelle et vie personnelle[42].
L'année suivante, Dimitra Pallantza me sollicite pour intervenir lors d'un colloque RH consacré au droit du travail et aux nouvelles technologies[43]. Je propose de traiter le sujet des NTIC et de la protection de la vie privée du salarié qui fera l'objet d'une publication au Bulletin Joly Travail[44]. La question posée est de savoir ce que l'employeur peut faire en matière de surveillance numérique de l'activité matérielle du salarié et en matière de surveillance matérielle de l'activité numérique de ce dernier. La proposition finale formulée dans l'article relève d'un point d'équilibre à chercher concrètement autour de la notion d'atteinte proportionnée au but recherché et justifiée par la nature de la tâche à accomplir.
En parallèle, Solène Ringler[45] me demande de prendre la parole lors d'un colloque GRH organisé à Valenciennes et qui porte sur le thème du droit à la déconnexion du salarié. Cherchant à présenter le sujet d'une manière didactique, je propose de le faire par les deux faces d'une même médaille, ce qui structure le propos en autant de parties. D'une part, la déconnexion se présente parfois comme l'exercice d'une sorte de droit de retrait. D'autre part, cette même déconnexion résonne aux oreilles de certains comme le retrait d'un droit. L'idée retravaillée à l'écrit sera soumise aux Petites Affiches[46].
Lorsque paraît la loi n°2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités, dite LOM, je m'intéresse particulièrement à son article 44 relatif aux travailleurs des plateformes numériques. La situation de ces travailleurs m'interpelle au départ sous l'angle de la surveillance de l'employeur et des possibilités de déconnexion « offertes » par ce système. Cependant, rapidement il apparaît que la question soulevée est relative à l'application ou non

[41] Voir : Pour un contrat unique d'alternance, JCP S., n° 28, 13 juillet 2021, n° 1181.
[42] Voir : Ordinateur professionnel, messagerie personnelle et secret des correspondances, Obs. Sous Cass. Soc. 26 janvier 2016, n° 14-15.360, RDT 2016, p. 421.
[43] Colloque qui se tiendra finalement début 2018.
[44] Voir : TIC et protection de la vie privée du salarié, BJT octobre 2018, p. 149.
[45] A l'époque encore en poste au sein du département GEA de l'IUT de Valenciennes.
[46] Voir : La déconnexion du salarié : entre droit de retrait et retrait d'un droit, LPA n° 222, 6 novembre 2018, p.8.

du droit du travail à ces travailleurs et que le législateur adopte une position contraire à celle de la jurisprudence. Je m'efforce ainsi dans l'article de décrire ce rapport de force entre parlementaires et magistrats[47]. Cette publication me permet de me plonger à quelques reprises dans le Code des transports et de constater qu'il y a des passerelles significatives entre celui-ci et le Code du travail.

§ 4 : Relations collectives du travail

Les relations collectives de travail n'ont jamais cessé de m'intéresser même si, depuis 2015 et la reprise de mes activités de recherche, j'ai plutôt exploré les relations individuelles ou le droit social international et européen. Ainsi, il m'a été agréable d'être contacté par Jean Philippe Tricoit début 2018 pour participer à la deuxième journée d'études régionale en droit du travail consacrée aux institutions représentatives du personnel après les ordonnances Macron. C'est le sujet de la mise en place imposée du comité social et économique que j'ai pu traiter[48]. Si la seconde partie de l'analyse, qui est assez technique, ne présente plus guère d'intérêt aujourd'hui[49], la première partie recèle des remarques plus définitives et plus utiles sur le long terme.
Surtout, j'ai souhaité réinvestir les relations collectives du travail et plus particulièrement la thématique des conflits collectifs du travail fin 2021. En effet, à cette date, Julien Icard qui depuis quelques années m'encourage à présenter une Habilitation à diriger des recherches, m'explique que celle-ci pourrait être entamée si je publie un article de fond dans une revue de référence. Il s'agit, en quelque sorte, d'une dernière étape à franchir avant de pouvoir travailler sur ladite HDR. Dès lors, suite à l'étude de la loi LOM à propos des travailleurs des plateformes numériques qui me permet d'appréhender quelque peu le Code des transports[50], je décide de réfléchir au droit de grève dans ce secteur. Grâce à des échanges nourris et fructueux avec mon collègue valenciennois Laurent Siguoirt, je m'engage plus particulièrement sur le terrain des transports ferroviaires et aériens. Il en ressort une contribution de 65 000 signes qui est acceptée à Droit Social et qui permet d'examiner des notions issues du droit privé, du droit public et du droit européen[51]. Surtout, plus de 20 ans après la soutenance de ma thèse, et à l'orée d'une HDR, travailler sur ce type de conflits collectifs m'a donné l'impression de boucler une boucle.
Dès lors, il est temps de s'ouvrir à de nouveaux champs d'études.

Section 3 : Nouveaux champs d'études.

Décrire son activité scientifique future relève, dans une certaine mesure, de la gageure. En effet, cette dernière est déterminée en grande partie par les rencontres faites, les personnes croisées dans sa vie professionnelle et personnelle, comme le montrent les deux premières sections de cette introduction. Néanmoins, il est *a minima* possible d'exprimer des souhaits, des envies.

---

[47] Voir : L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber, JSL, n° 494, mars 2020, p.4.
[48] Voir : La mise en place imposée du comité social et économique – l'obligation d'instituer un CSE, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 782, 9 mai 2019.
[49] Il s'agissait d'exposer principalement les dispositions transitoires de la loi.
[50] Voir supra § 3 de cette section.
[51] Voir : Le droit de grève dans les transports, Dr. Soc. Mai 2022, p. 427.

Premier vœu. Ma première volonté est de renouer avec le droit allemand. J'ai pu réinvestir le domaine des conflits collectifs en 2022 au travers d'une étude consacrée au secteur des transports[52] et j'ai l'impression que mon attrait pour le droit du travail allemand grandit à nouveau. Sans doute s'agit-il, à ce stade de mon parcours professionnel, de revenir à mes premières amours. Le droit allemand a été une clef pour trouver un sujet de mémoire lors de mon D.E.A. Bien plus encore, sans comparaison avec le droit allemand, mon sujet de thèse n'aurait certainement pas présenté de grand intérêt et n'aurait peut-être même pas été accepté[53]. Enfin, mes toutes premières co-publications juridiques reposaient en grande partie sur mes connaissances de la langue allemande et de quelques éléments du droit social d'outre-Rhin[54]. Dès lors, je souhaite dans les années à venir réinvestir le champ du droit du travail allemand. Ce retour aux sources aurait comme objectif de voir comment le droit du travail germanique pourrait (ou non) être une source d'inspiration pour le législateur français. Les premières idées jaillissent presque instantanément des relations collectives du travail et plus précisément de la représentation du personnel[55] ; mais les relations individuelles peuvent également être étudiées notamment au travers de développements initiés il y a fort longtemps par le Professeur Durand[56]. Nul doute que cette entreprise sera longue et ardue. Elle nécessitera une remise à niveau linguistique et surtout juridique tant la matière est comme partout ailleurs fluctuante et évolutive. Ce champ ne sera ainsi investi qu'à moyen terme, d'ici deux ou trois années. Car auparavant, il me serait agréable d'aborder une autre question.

Second vœu. Celle-ci se situe dans un champ d'étude déjà exploré à savoir les contrats de travail de type particulier[57]. En effet, nous avons étudié ces dernières années, d'une part, les contrats d'alternance y compris dans leur dimension internationale et d'autre part, les contrats de formation professionnelle. Notre souhait est d'aller nous intéresser à d'autres contrats de type particulier.

Constat économique. Cette envie repose sur un constat qui sonne comme un truisme : le monde du travail change. Schématiquement, durant les trente glorieuses, l'emploi pouvait être considéré comme continu ou permanent puisque le chômage était réduit à sa portion congrue[58]. Certes, les contrats de travail étaient néanmoins rompus mais assez souvent à l'initiative des salariés qui quittaient un employeur pour un autre lorsque ce dernier offrait un salaire plus conséquent. L'activité du salarié était quasiment garantie et les carrières souvent complètes. Suite aux chocs pétroliers des années 1970 et la montée du chômage, la situation des travailleurs a évolué. Les parcours professionnels sont devenus moins linéaires[59].

---

[52] Voir article préc., Dr. Soc. 2022, p. 427.

[53] Le Professeur Ray avait soutenu sa thèse sur les ripostes patronales à la grève en 1985 et sans approche comparatiste, il eut été difficile de reprendre ce sujet quelques années plus tard. Voir : J.E. RAY, les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, Paris, Litec, Préf. G. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit de l'entreprise sous la direction de J.M. Mousseron, n° 17, 1985, 428 pages.

[54] Voir supra, § 1, section 1 de cette introduction.

[55] Voir entre autres : P. REMY, Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ?, Dr. Soc. 2017, n°12, p. 1050.

[56] Voir sur ce point par exemple : G. DUCHANGE, La nature juridique du contrat de travail, D. 2022, n° 41, p. 2108.

[57] Cf. supra, § 2, section 2 de cette introduction.

[58] Voir par exemple : J. FOURASTIE, Les trente glorieuses (ou la révolution invisible de 1946 à 1975), Paris, Fayard, coll. sciences humaines, 1979, 306 p.

[59] Voir en ce sens : F. HAFIED, Marché du travail : pour la réforme, Fondation pour l'innovation politique, Fondapol.org, juillet 2017, 65 p.

Autrement dit, les situations d'emploi et l'activité sont plus discontinues, ce qui est peut-être en phase avec les aspirations d'une génération appelée « Z »[60].

Constat juridique. Cette évolution n'a pas manqué de ressurgir sur la forme du contrat de travail. Le contrat à durée indéterminée (CDI) s'est vu concurrencer par les contrats dits précaires à savoir le contrat à durée déterminée (CDD) et le contrat de travail temporaire (CTT). Ces deux types de contrats ont fait l'objet d'études exhaustives dès les années 1970 et sont aujourd'hui largement connus[61]. Ils intègrent la dimension morcelée de l'activité dans le cadre de contrats qui ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise[62]. Ils sont limités dans le temps et restreints dans leurs renouvellements ou leurs successions[63].

Contrats nouveaux. Notre champ d'études relève d'une catégorie de contrats approchante mais différente. Il s'agit de contrats de travail qui prennent en compte le caractère discontinu ou « hachuré » de l'activité (comme le CDD ou le CTT) mais dans le cadre d'une enveloppe qui se veut en quelque sorte plus durable. En d'autres termes, la relation contractuelle s'inscrit dans un rapport court (car l'activité est morcelée) mais sous l'égide d'un ensemble qui permet, en droit ou en fait, une relation de long terme (CDI). Au fond, l'idée est d'intégrer dans des contrats d'un nouveau genre des éléments issus des contrats précaires au sein du CDI. L'inverse peut également être vrai. Des règles issues du CDI viennent s'appliquer à une forme de contrat précaire.

En fait, l'imagination contractuelle est sans grande limite. Ainsi, le CDI est notamment devenu le support aussi bien d'un emploi temporaire que d'un emploi discontinu[64]. Se sont ainsi développées des formes de CDI comportant des périodes d'inactivité[65], ce que l'on a pu appeler à juste titre « l'intérim permanent »[66]. Il s'agit de contrats de travail particuliers qui viennent « bousculer » l'appréhension des notions classiques du droit du travail[67]. Ce sont des contrats de travail le plus souvent hybrides[68], des véritables « OVNI » juridiques[69], désignés parfois par des oxymores[70].

---

[60] Voir entre autres les propos d'Alain SUPIOT, Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?, Dr. Ouv. 2015, p. 582 ; J. DIRRINGER, D. GRAVOUIL, Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ?, RDT 2019, p. 612. Concernant la génération « Z » Voir notamment : A. MARTINON, Propositions et évolutions sur l'emploi, JCP éd. S., n° 14, 12 avril 2022, n° 1106.

[61] Nous pensons notamment à la thèse de Guy POULAIN, « La distinction du contrat de travail à durée déterminée et indéterminée ». Essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail, Paris, LGDJ, Préf. H. SINAY, bibliothèque d'ouvrages de droit social, tome XIV.

[62] Selon les termes de l'article L 1242-1 du Code du travail.

[63] Voir respectivement les articles L 1242-8-1, L 1242-13-1 et L 1244-3-1 du Code du travail.

[64] Voir l'article incontournable de D. BAUGARD, Le CDI, un contrat sans terme ?, Dr. Ouv. 2019, p. 581. Voir également du même auteur : Le développement de la précarité subordonné à la négociation collective : CDD, contrats de mission et « contrats de chantier », Dr. Ouv. 2018, p. 1.

[65] Voir notamment : D. BAUGARD, B. COQUET, E. HEYER, Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ?, RDT 2019, p. 452.

[66] A. LYON-CAEN, Intérim permanent, RDT 2014, p. 297.

[67] Voir entre autres : D. BAUGARD, Bref regard sur le formalisme des contrats de travail dérogatoires, CSBP, n° 255, Septembre 2013, n° 111f2 ; L. CASAUX-LABRUNEE, Le contrat de travail au défi du portage salarial, Dr. Ouv. 2011, p. 424.

[68] Voir F. BOUSEZ, le CDI intérimaire, CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

[69] J. ICARD, La notion de « fin de chantier » en question, BJT, juin 2019, p. 14.

[70] G. BARGAIN, M. FERRACI, Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ?, RDT 2014, p. 522.

Contrats d'activité segmentée. Sont ainsi visés en premier lieu le contrat de travail intermittent, le CDI intérimaire et le contrat de chantier[71]. Mais il convient selon nous, d'ajouter à cette liste et donc à notre étude deux situations : celle des salariés portés et celle des intermittents du spectacle. Dans tous les cas visés, nous sommes en présence d'un contrat qui prend plus ou moins en compte le caractère segmenté de l'activité en procédant à une sorte de fusion des règles issues du CDI et des contrats précaires. Dès lors et pour des raisons de commodité, nous nous proposons de les nommer « contrats (de travail) d'activité segmentée ».

Contrat de travail intermittent. Nous y retrouvons ainsi, le contrat de travail intermittent, qu'il convient de ne pas confondre avec l'annualisation du temps de travail ou le contrat de travail à temps partiel et qui est appréhendé aux articles L 3123-33 et suivants du Code du travail[72]. Selon l'article L 3123-34 de ce Code, le contrat de travail intermittent est un contrat à durée indéterminée. Il peut être conclu afin de pourvoir un emploi permanent qui, par nature, comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées. Ce dispositif a, selon les pouvoirs publics, le double objectif de prendre en compte la spécificité des secteurs professionnels connaissant d'importantes fluctuations d'activité sur l'année (liées par exemple au rythme scolaire, au tourisme, aux spectacles, au cycle des saisons, ainsi de permettre aux entreprises concernées de s'y adapter) et d'assurer aux salariés intermittents une stabilité de la relation de travail et le bénéfice d'un certain nombre de garanties légales[73].

CDII. Concernant le CDI intérimaire, l'article L 1251-58-1 du Code du travail dispose qu'une entreprise de travail temporaire peut conclure avec le salarié un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions successives. L'article suivant précise qu'il peut prévoir des périodes sans exécution de mission[74]. Autrement dit, à l'instar du contrat de travail intermittent, le CDI intérimaire permet d'alterner des périodes de travail avec des moments sans activité.

Contrat de chantier. Le contrat de travail de chantier ou d'opération, même s'il est conçu différemment, aboutit de fait au même résultat[75]. En effet, il s'agit dans ce cadre également d'un CDI mais qui cesse normalement à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée. Dans ce cas, selon l'article L 1236-8 du Code du travail, la rupture repose sur une cause réelle et sérieuse. La structure même du contrat permet à l'employeur de se « caler » en quelque sorte sur le rythme d'une activité segmentée donc discontinue.

Intermittent du spectacle. Cette dernière est identifiée de longue date comme nécessitant un régime particulier dans le secteur du spectacle. Nous faisons référence au célèbre et ancien

---

[71] Ces trois types de contrats sont défendus et promus par certains. Voir par exemple : F. MOREL, 18 idées pour le prochain quinquennat, Institut Montaigne, Publications, Droit du travail, Février 2022.

[72] Voir respectivement : F. CANUT, Distinction entre contrat de travail intermittent et annualisation du temps de travail, RDT 2015, p. 122 ; J.F. CESARO, Le contrat de travail à temps partiel et le contrat de travail intermittent, JCP éd. S, n° 26, 25 juin 2013, étude doctrine, n° 1270, p. 22. Cf. également infra section 3, chapitre 1, du titre 2 de cette étude.

[73] Circ. DRT n° 2000-03, Liaisons Sociales, Les thématiques, n° 79, 1er juin 2020, n° 58 (caractéristiques du travail intermittent).

[74] Voir par exemple : S. TOURNAUX, Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par…la loi, Dr. Soc. 2018, p. 810.

[75] Voir entre autres : F. BOUSEZ, CDD à durée indéterminable ? et CDI d'opération à durée limitée ?, Ord. N° 2017-1387, 22 septembre 2017, article 4, 22 à 31, JCP éd. S., n° 41, 17 octobre 2017, étude, doctrine, n° 1316 ; L. GAMET, L. ALUOME, Le contrat de travail de chantier ou d'opération, JCP éd. S., n° 45, 14 novembre 2017, étude, doctrine, n° 1355.

statut des intermittents du spectacle[76]. Celui-ci repose sur une succession de contrats de travail à durée déterminée d'usage avec des temps d'intermission couverts par un régime particulier d'assurance chômage prévue par les annexes 8 et 10 du règlement Unédic[77].

Portage salarial. Une forme d'activité segmentée doit en outre être envisagée : il s'agit du portage salarial[78]. Cette forme de relation de travail triangulaire, qui a connu ses derniers temps un regain d'intérêt[79], désigne selon l'article L 1254-1 du Code du travail l'ensemble organisé constitué par : d'une part, la relation entre une entreprise dénommée « entreprise de portage salarial » effectuant une prestation et une entreprise cliente bénéficiant de cette prestation, qui donne lieu à la conclusion d'un contrat commercial de prestation de portage salarial ; et d'autre part, le contrat de travail conclu entre l'entreprise de portage salarial et un salarié désigné comme étant le « salarié porté », lequel est rémunéré par cette entreprise.

Mécanisme. Ces cinq mécanismes juridiques qui exigent un écrit[80] et qui sont parfois particulièrement critiqués[81], reposent sur des ressorts différents mais tendent tous vers le même objectif : conférer des moyens juridiques à l'employeur lui permettant d'organiser le travail dans le cadre d'une activité segmentée, temporaire et discontinue tout en bénéficiant d'une relation contractuelle qui peut s'inscrire dans un temps long.

Distinction. Pour autant, à l'intérieur de ces contrats d'activité segmentée, il est loisible d'opérer une distinction. En effet, selon nous, certains contrats sont segmentés « par nature ». Nous pensons au contrat de travail intermittent, au CDI intérimaire ou au portage salarial. Les autres, à savoir le contrat de chantier et ceux relatifs aux intermittents du spectacle sont en quelque sorte des contrats d'activité segmentée « par destination ». Dans ces deux dernières situations, c'est l'utilisation qui en est faite qui conduit au caractère segmenté des contrats en question. En d'autres termes, les contrats étudiés sont directement ou indirectement segmentés. La différence n'est pas qu'intellectuelle. En effet, d'un point de vue juridique, et à l'image de ce qui peut survenir en présence de CDD successifs, les contrats d'activité segmentée par destination peuvent faire l'objet d'une requalification en CDI. Cette dernière semble plus difficile à obtenir, de prime abord, en présence de contrats segmentés par nature[82].

Objectif. Cette distinction semble rationnelle, mais est-elle fonctionnelle ? Un des objectifs principaux de notre étude sera d'essayer de trouver des lignes de force entre les 5 contrats d'activité segmentée retenus. En d'autres termes, existe-t-il une forme de cohérence entre ces différents mécanismes ?

Loi et convention collective. Nous pouvons tout d'abord constater que la reconnaissance des situations de travail particulières étudiées est souvent le fruit d'une intervention forte des partenaires sociaux. Si l'on a pu, à juste titre, évoquer à propos de ce type de contrats

---

[76] Voir par exemple : P.M. MENGER, L'employeur, le salarié et l'assureur dans l'hyperflexibilité contractuelle : les intermittents du spectacle, Dr. Soc. 2004, p. 825.

[77] Voir par exemple : T. LAHALLE, La réforme de l'assurance chômage, JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333.

[78] Voir notamment : C. WILLMANN, Le portage salarial, ce mal-aimé (à propos de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015), Dr. Soc. 2015, p. 416.

[79] A propos des travailleurs des plateformes numériques dans le cadre du rapport Frouin. Voir entre autres : B. GOMES, Réguler les plateformes numériques de travail : lecture critique du « rapport Frouin », Dr. Soc. 2021, p. 207.

[80] Voir : D. BAUGARD, article préc., CSBP n°255, Septembre 2013, n°111f2.

[81] Sans doute pour la plus célèbre d'entre elle Voir : J.J. DUPEYROUX, Le roi est nu, Dr. Soc. 2007, 2007, p. 81.

[82] Voir concernant un CDII : Cass. Soc. QPC 25 janvier 2023, n° 22-40.018.

particuliers, l'image d'un arc-en-ciel normatif[83], c'est la position de la convention collective par rapport à la loi qui mérite d'abord notre attention[84]. Le législateur, guidé semble-t-il par une analyse économique libérale, considère que l'autorégulation, c'est-à-dire l'intervention des partenaires sociaux est en partie préférable à celle de l'État. Il en découle ce que l'on nomme la conventionnalisation des règles du droit du travail[85]. Le phénomène est particulièrement saillant dans le cadre de l'ensemble des contrats qui nous intéressent.

Reconnaissance du portage salarial. Le portage salarial est né dans la pratique au milieu des années 1980, à l'initiative des grandes écoles pour permettre à d'anciens élèves d'intervenir dans des entreprises pour des missions ponctuelles de conseil. Ce sont des associations qui servaient d'intermédiaire entre l'entreprise utilisatrice et le salarié porté[86]. Ce mécanisme s'est développé dans les années 2000 dans tous types de secteurs notamment pour des cadres supérieurs et seniors licenciés. Le processus de reconnaissance du portage salarial est caractérisé par sa lenteur et sa complexité[87]. Celui-ci repose, d'une part, sur l'accord relatif au portage salarial du 15 novembre 2007 qui vise les entreprises adhérentes du SNEPS[88] et, d'autre part, sur l'article 19 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 qui définit le portage salarial et qui appelle la branche du travail temporaire à organiser par accord collectif étendu, la relation de travail triangulaire visée[89]. Le législateur a ensuite repris le contenu de l'ANI dans sa loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail[90]. Et la négociation qui s'est déroulée au sein du secteur de l'intérim a débouché sur la signature d'un accord national le 24 juin 2010, étendu le 24 mai 2013[91]. Cela étant, le Conseil constitutionnel, par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité, a estimé que l'article 34 de la Constitution est dans cette situation méconnue[92]. En effet, la loi ne peut renvoyer à une convention collective étendue le soin de fixer les règles dont la détermination n'incombe qu'au législateur. Cette décision dont les effets ont été reportés au 1er janvier 2015 a incité les pouvoirs publics à intervenir par l'ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial[93]. L'activité de portage salarial est ensuite codifiée aux articles L 1254-1 et suivants du Code du travail par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Enfin, le Syndicat des

---

[83] C. WILLMANN, article préc., Dr. Soc. 2015, p. 416.

[84] Voir notamment : N. ALIPRANTIS, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, tome 22, 1980, 363 p. Concernant l'émergence de la convention collective comme source du droit Voir : P-Y. VERKINDT, D. SIMONNEAU, Convention collective et loi professionnelle – Le regard de René Demogue, Dr. Soc. 2022, p. 935.

[85] Voir sur l'ensemble de la question : J. ICARD, La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires, BJT, Décembre 2019, p.55.

[86] Voir : D. CHENU, F. MOREL, Légalisation du portage salarial, Les Cahiers du DRH, n° 221, 1er juin 2015.

[87] Voir : B. KANTOROWICZ, Le portage salarial, CSBP, n° 255, Septembre 2013, n° 111c6.

[88] Syndicat national des entreprises de portage salarial. Voir : C. WILLMANN, Statut du salarié « porté » : la Cour de cassation plus audacieuse que le législateur !, Lexbase Hebdo, éd. Soc., 2010, n° 384.

[89] Voir : G. AUZERO, Commentaire des articles 1, 9 et 19 de l'accord sur la modernisation du travail : contrats de travail, GPEC et sécurisation du portage salarial, Lexbase Hebdo, éd. Soc., 2008, n° 289.

[90] Voir entre autres : P. MORVAN, Le portage salarial face à son destin, JCP éd. S. 2008, n° 1363.

[91] Voir notamment : A. FABRE, Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ?, SSL 2010, n° 1454, p. 2 ; En ce qui concerne l'arrêté du 24 mai 2013 portant extension de l'ANI du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial Voir : Liaisons Sociales 2013, n° 16350.

[92] Voir : Cons. Const. 11 avril 2014, n°2014-388, QPC, Dr. Soc. 2015, p. 40. Voir également CE 4 février 2014, n° 371062, Dr. Soc. 2014, p. 760, chro. S. TOURNAUX.

[93] Sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2014-1545 du 20 décembre 3014 relative à la simplification de la vie des entreprises.

professionnels de l'emploi en portage salarial signe avec les organisations syndicales de salariés la convention collective nationale des salariés en portage salarial le 22 mars 2017[94].

Reconnaissance du CDII. Le CDI intérimaire relève d'un feuilleton juridique comparable et il n'est pas illogique de constater que les mêmes causes produisent les mêmes conséquences. Après de longues et difficiles discussions, le CDI intérimaire est institué par l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, étendu par arrêté du 22 février 2014[95]. Pour sécuriser le dispositif, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a considéré que le CDI intérimaire devait être légalisé à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2018[96]. Cela n'a pas empêché les organisations syndicales non signataires de l'accord de 2013 de saisir le Conseil d'État aux fins d'annulation de l'arrêté d'extension de 2014. Le Conseil a sursis à statuer jusqu'à ce que le TGI de Paris se prononce sur le point de savoir si les parties à l'accord de 2013 avaient compétence pour prévoir un nouveau CDI en l'occurrence le CDI intérimaire[97]. Suite à une décision favorable aux syndicats signataires, les non signataires forment un pourvoi en cassation. Fort logiquement, la chambre sociale de la Cour de cassation casse le jugement du TGI de Paris aux motifs, comme pour le portage salarial, que la création d'un nouveau CDI relève de l'article 34 de la Constitution, donc du domaine de la loi[98]. Puis, le Conseil d'État a annulé l'arrêté d'extension du 22 février 2014[99]. Mais entre-temps, le législateur est venu pérenniser le CDI intérimaire par la loi Avenir mettant un terme (définitif ?) à cette saga[100].

Contrat de travail intermittent. Les situations du contrat de travail intermittent et du contrat de chantier sont proches et simples à comprendre. Selon l'article L 3123-33 du Code du travail, un contrat de travail intermittent peut être conclu dans les entreprises couvertes par une convention ou par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche étendu qui le prévoit[101]. Depuis longtemps et de manière constante, la jurisprudence considère que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une telle convention ou d'un tel accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet[102]. Dès lors, l'employeur est tenu du fait de cette requalification, au paiement du salaire correspondant à un temps complet y compris pour la période pendant laquelle le salarié n'a pas travaillé, peu important qu'il n'ait pas été à la disposition de

---

[94] Voir par exemple : S. MOUNIER, Le portage salarial sécurisé, vraiment ? SSL, n° 1958, 14 juin 2021.

[95] Voir entre autres : F. SARFATI, C. VIVES, Sécuriser les intérimaires sans toucher au CDI ? La création négociée du CDI intérimaire, La Revue de l'IRES 2016, n° 88, p. 3.

[96] Voir notamment : A. De FRANQUEVILLE, G. BOSSY, CDI intérimaire : nouvelle forme d'emploi en pleine expansion, Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016.

[97] Voir : CE 27 juillet 2015, n° 379677 et F. BOUSEZ, CDI intérimaire : la création d'un nouveau contrat de travail est du domaine de la loi, JCP éd. S., n° 38, 25 septembre 2018, n° 1306.

[98] Voir : Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, Lexbase Hebdo, éd. Soc., n° 751, 26 juillet 2018, obs. C. WILLMANN ; BJT septembre 2018, p. 26, note L. BENTO DE CARVALHO. Sur l'entrée en vigueur et les effets de l'accord de 2013 et son arrêté d'extension de 2014 Voir plus récemment : Cass. Soc. 29 septembre 2021, n° 20-16.494, JCP éd. S., n° 45, 9 novembre 2021, n° 1277, note M. ELIPHE ; JSL, n° 530, 18 novembre 2021, obs. H. NASOM-TISSANDIER.

[99] Voir : CE 28 novembre 2018, JSL, n° 468, 28 janvier 2019, obs. D.J-P.

[100] Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

[101] Il est à noter qu'un accord de groupe ne peut valablement permettre le recours au contrat de travail intermittent. Voir : Cass. Soc. 3 avril 2019, n° 17-19.524, SSL, n° 1858, 23 avril 2019.

[102] Voir : Cass. Soc. 8 juin 2011, Dr. Soc. 2011, p. 1205, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU. Voir également : Cass. Soc. 19 mars 2014, n° 13-10.760, Dr. Soc. 2014, p. 578, obs. J. MOULY. Il est à relever que l'accord collectif doit désigner de façon précise les emplois permanents qui peuvent être pourvus par la conclusion des contrats de travail intermittent. Voir : Cass. Soc. 11 mai 2016, n° 15-11.382, JCP éd. S., 2016, n° 1250, note A. BAREGE.

l'employeur pour effectuer un travail[103]. Cette situation tranche avec celle retenue en présence d'un CDD que l'on pourrait qualifier de « classique ». En effet, rappelons dans ce cadre, que la requalification de plusieurs CDD en CDI n'emporte pas paiement des périodes non travaillées entre les CDD sauf pour le salarié à prouver qu'il se tenait à la disposition de l'employeur[104].

Contrat de chantier. D'après l'article L 1223-8 du Code du travail, une convention ou un accord collectif de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération[105]. Mais cette fois-ci l'absence de convention collective de branche n'empêche pas toute conclusion régulière d'un contrat de chantier ou d'opération puisque l'alinéa 2 du texte dispose qu'à défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1er janvier 2017[106]. Il s'agit par exemple du secteur du BTP ou de la recherche scientifique universitaire[107].

Intermittents du spectacle. Enfin, il va de soi que le statut des intermittents du spectacle repose en grande partie sur un régime d'assurance chômage particulier qui, par définition, est lié à une négociation entre partenaires sociaux[108]. Ainsi, même si le rôle de la négociation collective n'est pas le même dans les différentes situations étudiées, la conventionnalisation des contrats de travail d'activité segmentée est indiscutable.

Législateur versus juges. L'étude de ces différents contrats permet ensuite de mettre en lumière l'opposition parfois forte entre le législateur et les juges. À l'instar du duel que se livrent la Cour de cassation et le législateur à propos du statut des travailleurs des plateformes numériques[109], cette course-poursuite entre ces deux protagonistes est manifeste, tout d'abord en ce qui concerne le CDI intérimaire. Sans reprendre l'intégralité de la mise en place mouvementée de ce contrat de travail particulier[110], nous pouvons constater qu'un amendement est déposé au Sénat quatre jours seulement après l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 12 juillet 2018 qui remet en cause l'accord collectif du 10 juillet 2013 instituant ce contrat[111]. Cet amendement adopté le 16 juillet 2018 est devenu l'article 116 de la loi Avenir du 5 septembre 2018 et a pu être regardé comme la cavalerie

---

[103] Voir : Cass. Soc. 6 janvier 2021, n° 19-14.159, RJS 2022, n° 185. Comp : G. DUCHANGE, Travail intermittent, le dépassement d'un plafond conventionnel d'heures de travail n'entraîne pas la requalification, Cass. Soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009 et n° 14-23.216, JCP éd. E., n° 49, 8 décembre 2016, p. 44.

[104] Voir : Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 09-43.385.

[105] Il a été écrit, à juste titre, que l'accord de branche étendu crée un modèle de contrat sui generis. Voir : J. ICARD, Les contours de la pré-justification conventionnelle du motif de licenciement, CSBP, n° 302, Décembre 2017, n°122a6, p. 46.

[106] Voir notamment : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. Janvier 2018, p. 1.

[107] Voir respectivement : CA Caen, 27 mai 2016, n° 15-01585 ; Cass. Soc. 7 février 2007, n° 05-45.282, Bull. V., n° 19.

[108] Voir l'article L 5424-22 du Code du travail et Voir notamment : D. BAUGARD, Le régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle, Dr. Soc. 2015, p. 915. En cas d'incapacité des partenaires sociaux à conclure un accord national d'assurance chômage, la prolongation du régime se fait par voie réglementaire. Voir la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 et notamment : C. WILLMANN, Les réformes, sensibles et controversées, de l'indemnisation chômage, par la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 (articles 1, 3 et 5), Dr. Soc. 2023, p. 150. Voir également : Y. FERKANE, E. GASSERT, Réforme de l'assurance chômage, le paritarisme en état d'urgence ?, RDT 2023, p. 8.

[109] Voir notre étude, L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber, JCP éd. S., 2020, p. 494.

[110] Cf. supra.

[111] Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, préc. Voir à ce sujet : S. TOURNAUX, Le contrat de travail, nouveau laboratoire d'expérimentation ? (Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JO 6 septembre), RDT 2018, p. 671.

venant au secours d'un CDI intérimaire pendu quelques jours auparavant par les hauts magistrats[112]. Un auteur a pu parler plus sobrement de concordance de temps entre l'amendement et l'arrêt[113]. Il va de soi que ce « timing » ne relève pas du hasard, le législateur ayant clairement eu la volonté de faire échec à l'arrêt du 12 juillet.
Ensuite, le même procédé a été employé par le législateur, à propos du portage salarial. En effet, schématiquement, l'ordonnance du 2 avril 2015 a été prise pour contrecarrer la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014[114]. L'ordonnance a ensuite été ratifiée par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 de sorte que l'on a pu la qualifier de loi-écran[115]. Il faut rajouter que précédemment, la chambre sociale de la Cour de cassation avait en grande partie remis en cause le régime juridique légal du portage salarial alors institué par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008[116]. Ainsi, dans cette matière, les juges et le législateur se livrent en quelque sorte au jeu du chat et de la souris.
Plan. Les contrats de travail d'activité segmentée sont l'occasion d'étudier toutes sortes de sources du droit et les rapports qui peuvent s'établir entre elles. Surtout, ces contrats posent deux questions auxquelles nous voudrions tenter de répondre. La première est une question d'identité (titre 1). Par le biais des contrats étudiés, l'atomisation de la figure d'employeur est encore plus importante qu'ailleurs[117]. Il existe une torsion des catégories qui conduit à se demander qui est employeur. Cela est d'autant plus vrai lorsque le contrat nécessite une mise à disposition. La seconde est une question de temporalité (titre 2). Quand et jusqu'à quand, le salarié travaille-t-il ? La problématique est double. Elle relève à la fois des périodes d'intermission et du terme de chaque contrat. Autrement dit, comment convient-il, d'une part, d'organiser les périodes d'intermission dans le cadre de ce travail discontinu ou segmenté ? Comment faut-il, d'autre part, organiser la fin des contrats étudiés ?

Titre 1 : Identité

La question de l'identité de l'employeur ne s'est longtemps pas véritablement posée. Comme l'écrivait le Professeur Lyon-Caen au tout début de sa préface de l'ouvrage d'Isabelle Vacarie : « l'employeur, c'était la personne physique ou morale qui embauchait, payait, donnait des ordres et éventuellement licenciait ; l'employeur c'était une des deux parties au contrat de

[112] L'image revient à S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 810. Voir également J.P. LHERNOULD, Rapport annuel de la Cour de cassation 2018 : quel état des lieux dresser ?, JSL, n° 486, 22 novembre 2019.
[113] C. WILLMANN, Accords de branche : incompétence des partenaires sociaux pour créer le « CDI intérimaire », Lexbase Hebdo éd. S., n° 751, 26 juillet 2018.
[114] Cf. supra et notamment : B. KANTOROWICZ, Le portage salarial : un mode d'organisation du travail enfin sécurisé, SSL, n° 1673, 20 avril 2015.
[115] Voir : R. CHAMBON, conclusions, La loi-écran au secours de l'extension de la convention collective des salariés en portage salarial, CE 6 novembre 2019, n° 412051, RJS janvier 2020, étude et doctrine. Voir également : L. CASAUX-LABRUNEE, Portage salarial et contrat de travail : la vigilance des juges… en attendant la loi, Lexbase Hebdo éd. S., n° 603, 5 mars 2015, contrat de travail.
[116] Cf. infra et Voir : Cass. Soc. 17 février 2010, 2 arrêts, n° 08-45.298 et n° 08-40.671, Lexbase Hebdo éd. S., n° 384, 25 février 2010, relations individuelles du travail, obs. C. WILLMANN, Statut du salarié « porté » : la Cour de cassation plus audacieuse que le législateur !
[117] Voir : P.M. MENGER, article préc., Dr. Soc. 2004, p. 825.

travail, laquelle se confondait avec le chef d'entreprise »[118]. À la fin de cette préface, l'auteur posait la question suivante : « Qui osera désormais soutenir que la notion même d'employeur n'est pas fuyante ? »[119]. Ces propos datent de la fin des années 1970. Ils sont pourtant d'une grande actualité[120] notamment dans le cadre des contrats d'activité segmentée. En effet, la notion d'employeur est devenue une abstraction, un concept flexible[121] dont les contours sont difficiles à cerner. Le juriste a parfois l'impression d'évoluer dans un épais brouillard, dans lequel les fonctions ou les prérogatives de l'employeur et du salarié se confondent, se mélangent, s'intervertissent. Dès lors, il nous semble utile d'étudier cette fragmentation des fonctions d'employeur (Chapitre 1). Puis, il conviendra de nous intéresser à une situation qui vient encore plus brouiller les pistes, à savoir celle liée à la mise à disposition de personnel (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La fragmentation des fonctions d'employeur

Le contrat de travail repose sur une prestation de travail, une rémunération et un lien de subordination juridique[122]. Et selon l'attendu de principe issu de l'arrêt Société Générale, « le lien de subordination juridique est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné »[123]. Les fonctions de l'employeur semblent depuis lors bien définies. Néanmoins, dans le cadre des contrats d'activité segmentée, nous relevons une fragmentation voire une décomposition de ces fonctions qui a une double conséquence. Ainsi, les salariés disposent de prérogatives particulières (section 1), de sorte que celles des employeurs paraissent fort limitées (section 2).

Section 1 : Des salariés aux prérogatives particulières

Deux éléments peuvent être mis en avant pour comprendre et pour expliquer pourquoi certains des salariés soumis à un contrat d'activité segmentée disposent de prérogatives particulières. D'une part, ils bénéficient d'un degré important d'autonomie dans leur travail (§ 1). D'autre part, ils recherchent et trouvent souvent eux-mêmes leur activité ou leur travail (§ 2).

---

[118] G. LYON-CAEN, préf., I. VACARIE, L'employeur, Paris, Sirey, bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, tome 6, 1979, 275 p.
[119] G. LYON-CAEN, préf., préc.
[120] Il suffit pour s'en convaincre de lire la définition de la notion d'employeur donnée par la CJUE en 2020. L'employeur est « l'entité sous l'autorité effective de laquelle est placé le travailleur, à laquelle incombe, dans les faits, la charge salariale correspondante et qui dispose du pouvoir effectif de licencier ce travailleur ». Voir : CJUE 16 juillet 2020, aff. C-610/18, D. 2020, p. 1522 et F. JAULT-SESEKE, À la recherche de l'employeur, Miscellanées autour de la mise à disposition, de l'intérim et du portage salarial dans un contexte de mobilité internationale, RDT 2020, p. 769.
[121] L'expression est d'Isabelle VACARIE, ouv. Préc., 1979, p. 1.
[122] Voir entre autres : F. FAVENNEC-HERY, P-Y. VERKINDT, G. DUCHANGE, Droit du travail, Paris, LGDJ, 8ème éd., 2022, p. 468 et s.
[123] Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Dr. Soc. 1996, p. 1067, note J.J. DUPEYROUX.

§1 : Des salariés autonomes

L'autonomie est parfois, à tort, confondue avec l'indépendance du salarié[124]. Un salarié peut être autonome tout en étant subordonné. Car la notion d'autonomie est plurielle[125]. L'autonomie renvoie parfois à une expertise technique (A.) et à une liberté d'organisation (B.).

A. Expertise

Portage salarial. La notion d'expertise nous permet d'évoquer plusieurs contrats d'activité segmentée. Il s'agit en premier lieu de la situation du salarié porté. Selon Benjamin Kantorowicz, « le portage est l'opération par laquelle un travailleur appelé "le porté " confie à une société de portage la facturation et la gestion administrative de missions effectuées auprès d'une entreprise utilisatrice (le client) moyennant le paiement par la première d'un salaire »[126]. L'auteur poursuit en indiquant que le portage salarial désigne un mode d'organisation du travail qui permet à un professionnel d'exécuter une mission dans une entreprise en toute indépendance tout en bénéficiant du statut de salarié[127]. À la lecture de cette approche nous comprenons que le mécanisme du portage salarial opère comme un montage dans lequel la situation du salarié est exorbitante du droit commun. Cette dernière apparaît à la lecture de l'article L 1254-2 du Code du travail. L'alinéa 1 du texte dispose que « le salarié porté justifie d'une expertise, d'une qualification et d'une autonomie qui lui "permettent" de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix ».

Notion floue. L'expertise est un élément *a priori* clé du portage salarial puisque celle-ci intervient pour justifier le recours à ce mécanisme. L'article L 1254-3 du Code du travail dispose ainsi que « l'entreprise cliente ne peut avoir recours à un salarié porté que pour l'exécution d'une tâche occasionnelle ne relevant pas de son activité normale et permanente ou pour une prestation ponctuelle nécessitant une expertise dont elle ne dispose pas ». Néanmoins, le législateur ne donne pas de définition de l'expertise. La notion peut dès lors paraître floue, même si elle est née avec le portage lui-même[128]. Surtout, l'expertise, voire la qualification qui en découle, ne vient pas directement limiter le recours au portage salarial. Cela est dû au fait que l'employeur peut faire appel au salarié porté uniquement pour une prestation occasionnelle sans être obligé de se justifier sur le fondement de l'expertise du salarié. En fait, la seule interdiction stricte relève du fait que le salarié porté ne peut pas remplacer un salarié gréviste, ou effectuer des travaux particulièrement dangereux[129], à l'instar de ce qui existe pour les salariés en CDD[130].

---

[124] Voir sur ce point : B. GOMES, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, Thèse Université Paris X, Dir. A. LYON-CAEN, 2018. Voir également : A. DONNETTE, J. THOEMMES, D. GARDES, L'autonomie du salarié, concept et enjeux, BJT novembre 2022, p. 51 ; B. GOMES, article préc., Dr. Soc. 2021, p. 207.

[125] Voir sur ce point : A. DONNETTE-BOISSIERE, L'autonomie du travailleur subordonné, BJT juillet-août 2021, p. 49. Nous nous permettons également de renvoyer à notre étude qui appréhende partiellement cette notion d'autonomie : L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber, JSL, n° 494, 23 mars 2020, p. 3.

[126] B. KANTOROWICZ, Portage salarial, Juris-Cl. Travail Traité, Fasc. 3-22 points clés.

[127] B. KANTOROWICZ, Portage salarial, Juris-Cl. Travail Traité, Fasc. 3-22, n°1. Pour ce qui est de la relation tripartite liée à ce mécanisme, Cf. infra chapitre 2 de ce titre.

[128] Voir en ce sens : B. KANTOROWICZ, Portage salarial, Juris-Cl. Travail Traité, Fasc. 3-22, n°26.

[129] Voir l'article L 1254-4 du Code du travail.

[130] Article L 1242-6 du Code du travail.

Portage versus CDD. Néanmoins, entre salarié porté et salarié en CDD de droit commun, le recours au premier paraît plus aisé que le recours au second. En effet, il convient de se souvenir qu'en vertu de l'article L 1242-2 du Code du travail, les cas licites de recours au CDD sont limités, en substance, au remplacement d'un salarié voire du chef d'entreprise, à l'accroissement temporaire d'activité, aux emplois saisonniers et d'usage[131]. Pourtant, d'un point de vue quantitatif, l'embauche en CDD de droit commun est bien plus fréquente que le recrutement par le biais du portage salarial qui suscite, en pratique, un intérêt relatif[132].
Intermittents du spectacle. Parmi les cas de recours aux CDD, ceux d'usage sont utilisés pour embaucher les intermittents du spectacle. En d'autres termes, les spectacles, l'action culturelle, l'audiovisuel, la production cinématographique, l'édition phonographique, font partie des 15 secteurs pouvant, selon l'article D 1242-1 du Code du travail, avoir recours au contrat à durée déterminée d'usage (CDDU). De plus, les intermittents du spectacle bénéficient depuis la fin des années 1960 d'une présomption de salariat[133]. Ils possèdent, comme les salariés portés, une forme d'expertise liée, par essence, à leurs compétences.
Critère relatif. Cela étant, cette expertise peut être trouvée auprès d'une grande partie des salariés titulaires soit d'un contrat d'activité segmentée, soit de tout autre forme de contrat de travail. En effet, un employeur embauche un salarié, sous quelque statut que ce soit, le plus souvent pour ses compétences. Et ces dernières peuvent assez rapidement être considérées comme une sorte d'expertise. Un ouvrier qualifié, un comptable, un juriste, un cuisinier, bref, d'innombrables salariés, peuvent être vus comme possédant une expertise. Hormis dans le cadre de certaines professions où l'expertise nécessite un diplôme[134] et hormis les experts agréés par la Cour de cassation ou les Cours d'appel, la dénomination d'expert renvoie à celle d'un connaisseur et peut être attribuée n'importe quand, par n'importe qui, y compris, par soi-même. Cette notion d'expertise ne nous permet donc pas de comprendre pourquoi certains salariés soumis à un contrat d'activité segmentée sont autonomes et disposent de prérogatives particulières. La liberté d'organisation sera peut-être plus déterminante.

B. Liberté d'organisation

Latitude. L'autonomie du salarié renvoie ici à une liberté d'organiser les modalités d'exécution de ses missions, à la faculté de prendre des décisions dans le cadre de ses fonctions. Il ne s'agit pas seulement d'une question d'emploi du temps ou de lieu de travail. Il est certain que l'on

[131] Voir par exemple : A. FABRE, F. ROSA, J. ICARD, Cours de droit social, Paris, 2ditions IEJ Jean Domat, collection CRFPA, 3ème édition, 2021, p. 33 et s.
[132] Les chiffres du portage salarial sont variables selon les sources. 86 000 salariés portés : S. GUEDES DA COSTA, F. MOREL, E. RAYNAUD, Formes atypiques d'activité : de la défiance à la régulation, JCP éd. S., n° 4, 31 janvier 2023, n° 1027. 90 000 salariés portés : https://www.admissions.fr/portage-salarial/les-chiffres-cles-du-portage-salarial-en-france/. 32 800 salariés portés : https://www.infoportage.fr/le-portage-salarial-en-chiffres/. 100 000 salariés portés : https://www.rh-solutions.com/actualites/les-chiffres-cles-du-portage-salarial-en-france.html. Voir également : S. TOURNAUX, Portage salarial : des salariés (presque) comme les autres, Dr. Soc. 2021, p. 561. Il est à noter que le leader français du portage salarial (ITG) et l'entreprise de travail temporaire Randstad ont signé un partenariat en mai 2022 pour « fluidifier » le marché de l'emploi. Voir : Liaisons Sociales Quotidien, L'actualité, n° 18548, section acteurs, débats, événements, 9 mai 2022.
[133] Voir la loi n° 69-1186 du 26 décembre 1969 relative à la situation juridique des artistes du spectacle et des mannequins. Il est à noter qu'un intermittent du spectacle peut être embauché par l'intermédiaire d'un CDI, même si l'hypothèse est relativement rare. Voir : J. DIRRINGER, D. GRAVOUIL, article préc., RDT 2019, p. 612.
[134] Nous pensons notamment au diplôme d'expertise comptable.

peut aujourd'hui travailler n'importe quand, de n'importe où, ou presque[135]. L'idée est plutôt dans ce cadre, de ne plus simplement réfléchir en termes de réalisation de tâches mais plutôt de résultats à atteindre. Ainsi, le salarié opère librement pour arriver à cette fin.

Critère applicable. Cette situation se rencontre fréquemment dans le cadre du portage salarial à tel point que l'on a pu dire que ce dernier se situe entre le travail indépendant et le salariat[136]. Il en va de même en ce qui concerne l'intermittent du spectacle. Il est, en effet, maître de son agenda[137], il bâtit son réseau d'employeurs[138] et de clients. Il dispose d'une liberté qui n'est d'ailleurs pas qu'organisationnelle puisque son travail découle souvent d'un processus de création qui lui est propre et qu'il maîtrise même s'il peut le déléguer.

Proposition. Néanmoins, une fois encore, cette liberté d'organisation peut se retrouver dans le cadre d'autres contrats de travail, y compris d'activité segmentée. D'ailleurs, un collectif d'auteurs propose la reconnaissance de salariés d'un type nouveau, qualifiés de « salariés autonomes »[139]. Le groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT) énonce à l'article L 11-7 de leur projet de Code, qu'« un salarié autonome est un salarié autonome dans son travail et dans l'organisation de son emploi du temps ». Ce salarié serait alors soumis aux dispositions du Code du travail à l'exception des dispositions relatives schématiquement au pouvoir disciplinaire de l'employeur, au temps de travail et à la propriété des outils de travail.

Critère relatif. Ainsi, les salariés qui jouissent d'une autonomie importante, comme certains de ceux soumis à un contrat d'activité segmentée sont, d'une certaine manière, partiellement rétifs à être considérés comme juridiquement subordonnés à l'employeur. Pour autant, cette situation n'est pas exceptionnelle et ne vient pas remettre en cause la répartition des fonctions entre les salariés et les employeurs. Il en va autrement, lorsque l'on constate que certains salariés soumis à un contrat d'activité segmentée agissent, du moins partiellement, comme des entrepreneurs.

§ 2 : La recherche d'une activité par les salariés

Portage salarial. Comme nous l'avons déjà vu, selon l'alinéa 1 de l'article L 1254-2 du Code du travail, le salarié porté se trouve dans une situation qui lui permet de rechercher lui-même ses clients et de convenir avec eux des conditions d'exécution de sa prestation et de son prix[140]. En d'autres termes, c'est le salarié porté qui démarche les entreprises utilisatrices[141]. C'est lui qui établit avec son client les conditions d'exécution de sa prestation et son prix. Il discute, en quelque sorte, d'égal à égal avec l'entreprise cliente. Le salarié porté se comporte alors, selon nous au moins partiellement, comme un entrepreneur (ou auto-entrepreneur) qui établit une relation d'affaires avec un autre entrepreneur[142].

---

[135] Nous pensons assurément au télétravail et aux questions de déconnexion.

[136] Voir : R. CHAMBON, conclusions préc., RJS janvier 2020.

[137] Ce qui peut être difficile à gérer lorsque la notoriété entraîne des demandes qui peuvent se chevaucher.

[138] Un intermittent peut établir des CDDU avec différents entrepreneurs de spectacles vivants.

[139] GR-PACT, Proposition de Code du travail, Dir. E. DOCKES, Dalloz, 2017.

[140] Pour mémoire, le législateur utilise le terme « permettent » en le mettant entre guillemets, ce qui ne manque pas d'interroger.

[141] La différence entre le portage salarial et le travail temporaire est ici évidente. Dans le cadre de l'intérim, c'est l'entreprise de travail temporaire qui trouve au salarié l'entreprise utilisatrice. Voir les articles L 1251-1 et s. du Code du travail.

[142] Cf. infra, chapitre 2 de ce titre.

Intermittent du spectacle. L'intermittent du spectacle se trouve dans une situation équivalente. Certes, l'intermittent et notamment l'artiste ne prospecte pas toujours lui-même ses futurs clients, cela dépend de ses compétences et de sa notoriété. Il délègue fréquemment cette activité à des chargés de production/diffusion que l'on pourrait comparer à des agents artistiques et qui sont eux-mêmes souvent des intermittents du spectacle, c'est-à-dire des salariés de l'entrepreneur de spectacles vivants. En effet, ces derniers sont parfois « payés au cachet » au moment où l'artiste délivre sa prestation auprès du client dans le cadre par exemple d'un festival, d'un événement, d'une fête communale etc. Comme un auteur a pu l'écrire il y a près de vingt ans, « à bien des égards, les compétences qu'un salarié (intermittent) doit déployer pour consolider sa position sur un tel marché de l'emploi s'apparentent à celles de l'employeur confronté au risque entrepreneurial, ou à celles du travailleur indépendant qui doit gérer son portefeuille de clientèle »[143].

Coopératives. Cette position que l'on pourrait qualifier de salarié-entrepreneur explique sans doute pourquoi certains artistes ont parfois tendance à se tourner vers les coopératives d'activité et d'emploi (CAE) ou les sociétés coopératives de production (SCOP)[144]. Ces dernières peuvent prendre la forme d'une société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) qui sont souvent créées dans le secteur des activités culturelles[145]. Les coopératives accompagnent les membres en assurant entre autres une activité de gestion administrative. Les membres de la CAE sont qualifiés d'entrepreneurs salariés associés par le législateur[146] ce qui peut, pour le moins surprendre et mériterait une analyse approfondie. Le choix de devenir membre de la coopérative devrait être exclusif du statut d'intermittent du spectacle[147]. En effet, ce dernier statut correspond à celui d'un salarié alors que le membre de la société coopérative est un entrepreneur associé de la coopérative. Le fait qu'il perçoive un salaire n'en fait pas pour autant un salarié au sens strict du terme. Il se rapproche plutôt d'un gérant de société percevant une rémunération sous forme de salaire.

Pour autant, même si l'intermittent ne fait pas le choix de basculer vers la coopérative, sa position de fait le rapproche de celle d'un employeur. Dès lors, il n'est pas illégitime de se demander quel est le rôle joué par l'entreprise de spectacle vivant si cette dernière ne s'occupe ni de trouver les clients, ni de déterminer les conditions d'exécution du travail, ni du prix de la prestation. La même question peut se poser pour les entreprises de portage salarial.

Section 2 : Des employeurs aux prérogatives limitées

La faible ampleur des prérogatives patronales se mesure en quelque sorte négativement et positivement. D'une part, il est constaté une absence de fourniture de travail par les entreprises de portage salarial et de spectacles vivants (§ 1). D'autre part, ces employeurs se contentent d'assurer des missions essentiellement administratives et relatives au paiement du salaire (§ 2).

---

[143] P-M. MENGER, article préc., Dr. Soc. 2004, p. 825.

[144] Voir les articles L 7331-1 et s. du Code du travail. Voir notamment : L. ENJOLRAS, L'entrepreneuriat salarié, Réflexions autour des coopératives d'activité et d'emploi et du portage salarial, RJS 1er octobre 2022, chronique.

[145] Ce qui permet notamment de percevoir des subventions accordées par les collectivités territoriales. Voir : J-Y. KERBOUC'H, Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ?, Dr. Soc. 2009, p. 530.

[146] Dès l'intitulé du titre 3, du livre 3, de la septième partie de la partie législative du Code du travail.

[147] Cf. infra chapitre 1 du Titre 2 de cette étude.

§1 : Une absence de fourniture de travail

Reconnaissance légale. L'alinéa 3 de l'article L 1254-2 du Code du travail énonce que « l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté ». Ce texte résulte de l'article 85 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 qui a ratifié l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage. Dès lors, certains ont pu écrire que le portage salarial était définitivement ou enfin sécurisé[148]. En effet, le législateur a inscrit dans la loi ce que les partenaires sociaux avaient énoncé dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. L'article 19 de l'ANI de 2008 stipule que le porté est en charge de la prospection des clients, de la négociation de la prestation et de son prix[149]. En d'autres termes, ce n'est pas l'entreprise de portage qui fournit du travail au salarié, c'est le salarié lui-même qui se fournit son propre travail. Les partenaires sociaux l'écrivent, tout comme l'ordonnance et la loi. Dont acte ou plutôt dernier acte d'une pièce qui se joue depuis des lustres[150] ? L'on a pu écrire que le roi est nu[151], qu'il était rhabillé[152], mais est-il mort ?

Résistance des juges. Rien n'est moins certain car le roi dispose d'un allié pugnace, en l'occurrence le juge. Nous savons que les relations entre le législateur et les juridictions peuvent être délicates notamment dans la matière des contrats d'activité segmentée[153]. Mais pas seulement. Qui pourra, par exemple, nier que certains tribunaux font depuis des années de la résistance à l'entrée en vigueur de ce que l'on nomme communément le « barème Macron »[154] ? Dès lors, nous ne sommes pas certains qu'il faille mettre aux oubliettes les arrêts de 2010 et de 2015 de la chambre sociale de la Cour de cassation qui énoncent fermement que la conclusion d'un contrat de travail comporte, pour l'employeur, l'obligation de fourniture du travail[155]. Certes, il ne s'agirait pas pour les juges de simplement remettre en cause la volonté des parties. En effet, l'on connaît depuis longtemps en droit du travail, le principe de l'indisponibilité de la qualification issu, entre autres, des célèbres arrêts Barrât et

---

[148] Voir : L. CARRIE, Le portage salarial définitivement sécurisé, ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015, JCP éd. S., n° 21, 26 mai 2015, n° 1176 ; B. KANTOROWICZ, article préc., SSL, n° 1673, 20 avril 2015. Voir pour une position plus nuancée : H. GUYOT, Portage salarial : de l'obligation de fournir du travail au porté, JCP éd. S., n° 21, 26 mai 2015, n° 1179.

[149] Cf. supra, § 2 de la section précédente. Voir : P. MORVAN, Ces employeurs qui voulaient que des travailleurs indépendants soient leurs salariés. Retour sur la saga du portage salarial, JSL, n° 500, 19 juin 2020.

[150] Cf. supra section 3 de l'introduction de cette étude.

[151] J.J. DUPEYROUX, article préc., Dr. Soc. 2007, p. 81.

[152] J. ICARD, Obligation de fournir du travail pour une société de portage salarial, CSBP, mars 2015, n°115r1, p. 158.

[153] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.

[154] Voir l'article L 1235-3 du Code du travail. Voir entre autres car les contributions doctrinales sont très importantes : Dossier, Licenciement et barème – prévoir et sécuriser ?, Dr. Soc. 2019, p. 280 et s. ; Dossier, Barème Macron, Dr. Soc. 2022, p. 727.

[155] Voir : Cass. Soc. 17 février 2010, 2 arrêts, n° 08-45.298 et n° 08-40.671, Lexbase Hebdo éd. S., n° 384, 25 février 2010, relations individuelles du travail, obs. C. WILLMANN, préc. ; RDT 2010, p. 292, J. PELISSIER, Le portage salarial : une sécurisation inaboutie. Voir : Cass. Soc. 4 février 2015, n° 13-25.627JCP éd. S., n° 21, 26 mai 2015, n° 1179, note H. GUYOT ; Dr. Ouv. 2015, n° 803, p. 328, F. CANUT, Portage salarial : les enjeux de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au travailleur porté ; Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 603, 5 mars 2015, contrat de travail, L. CASAUX-LABRUNEE, Portage salarial et contrat de travail : la vigilance des juges… en attendant la loi. Voir également : Cass. Soc. 23 octobre 2013, n° 12-14.237, Dr. Soc. 2014, p. 11, S. TOURNAUX, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail.

Labanne[156]. Dans notre hypothèse, pour contrecarrer l'alinéa 3 de l'article L 1254-2 du Code du travail, les juges devraient instaurer une jurisprudence *contra legem*.

Illustration. Si cette dernière n'existe pas, à cette heure et à notre connaissance, nous pouvons néanmoins évoquer un arrêt de 2021, relatif au calcul de l'indemnité de licenciement pour un salarié en portage salarial n'ayant pas effectué de missions pendant plusieurs années[157]. Certes, les faits sont antérieurs à l'ordonnance du 2 avril 2015 puisque le salarié porté a été engagé en 2006 en CDI par une société de portage salarial pour exercer des fonctions de conception, d'animation et de formation. Déplorant l'absence de missions courant 2012, le salarié saisit la juridiction prud'homale afin d'obtenir le prononcé de la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de son employeur. Les juges du fond lui donnent raison ce que la Cour de cassation confirme sur la base d'un attendu d'une grande clarté : « l'employeur est tenu de payer sa rémunération et de fournir un travail au salarié qui se tient à sa disposition »[158].

CDI versus CDD. Si cette solution devait être maintenue dans le cadre d'une opération de portage salarial postérieure à 2015, il faudrait bien entendu que le contrat soit un CDI et non pas un CDD[159]. En effet, avec un CDD, la mission du salarié porté est par essence temporaire et se recoupe immanquablement avec la durée du contrat lui-même[160]. L'obligation de fourniture du travail par l'employeur aurait encore plus de sens sous l'égide d'un CDI et remettrait le contrat de travail du salarié porté à l'endroit[161].

Activité réglementée. La situation des entrepreneurs de spectacles vivants ressemble aux entreprises de portage salarial. D'abord, l'activité est règlementée : l'entrepreneur de spectacles vivants doit posséder une licence[162] tandis que l'entrepreneur de portage salarial n'exerce qu'après déclaration faite à l'autorité administrative et obtention d'une garantie financière[163]. Ensuite et surtout, l'entrepreneur de spectacles vivants ne fournit pas de travail au salarié, c'est-à-dire à l'intermittent du spectacle puisque c'est ce dernier qui directement ou indirectement trouve ses clients[164].

En somme, en présence d'une opération de portage ou d'un CDDU d'intermittent du spectacle, nous rencontrons un contrat mis à l'envers ou plus précisément un contrat dans

---

[156] Voir respectivement : Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381, conclusions J. CABANNES ; Cass. Soc. 19 décembre 2000, Dr. Soc. 2001, p. 227, note A. JEAMMAUD. Voir sur l'ensemble de la question notamment : L. CASAUX-LABRUNEE, Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ?, Dr. Soc. 2007, p. 58.

[157] Voir : Cass. Soc. 15 septembre 2021, n° 20-14.886, JSL, n° 530, 18 novembre 2021, obs. D.J.-P.

[158] L'article L 1254-21 II dispose que « les périodes sans prestation à une entreprise cliente ne sont pas rémunérées ».

[159] Pour mémoire, les deux sont possibles. Voir : article L 1254-7 du Code du travail.

[160] En ce sens Voir : C. WILLMANN, article préc., Dr. Soc. 2015, p. 416.

[161] Des auteurs ont pu écrire qu'il s'agirait de remettre la réalité au-dessus de la fiction. Voir : T. SACHS, S. VERNAC, Pouvoir et responsabilité au sien des plateformes : de la fiction au réalisme, Dr. Soc. 2021, p. 216.

[162] Voir l'ordonnance n° 2019-700 du 3 juillet 2019 relative aux entrepreneurs de spectacles vivants. Voir également : S. SAUNIER, Un an de droit de la culture, Actualités de septembre 2018 à septembre 2019, JCP éd. A. et CT, n° 3, 20 janvier 2020, n° 2013. Voir encore : R. DECOUT-PAOLINI, Indemnisation, chômage des intermittents et « certification sociale » de l'entreprise, conclusions sous CE 18 juillet 2018, CGT Spectacle et autres, n° 412217, RDT 2018, p. 582.

[163] Voir les articles L 1254-26 et L 1254-27 du Code du travail.

[164] Cf. supra, § 2 de la section précédente.

lequel le salarié prend, en partie, la place de l'employeur[165]. Mais dans ces conditions, à quel endroit doit se mettre l'employeur si le salarié prend sa place ? En d'autres termes, que fait l'employeur s'il ne fournit pas de travail au salarié ?

§ 2 : Un employeur administratif payeur

Rémunération. Les prérogatives dévolues à l'entreprise de portage salarial peuvent se résumer en trois points. Premièrement, l'entreprise de portage rémunère le salarié porté quand celui-ci assure une prestation auprès d'un client. Elle doit ainsi mettre en place et gérer pour chaque salarié porté un compte d'activité qui détaille notamment les versements effectués par l'entreprise cliente au titre de la prestation réalisée, les frais de gestion prélevés, sa rémunération nette ou encore le montant de l'indemnité d'apport d'affaire[166]. Le mécanisme est schématiquement le suivant : l'entreprise utilisatrice verse une somme d'argent à l'entreprise de portage qui facture le prix d'une prestation réalisée et apportée par le salarié porté. Puis, l'entreprise de portage transforme une partie de cette somme en salaire pour le porté. La différence entre les deux montants relève du gain réalisé par l'entreprise de portage[167].

Santé et sécurité. Deuxièmement, l'entreprise de portage assume une obligation prévue à l'article L 1254-28 du Code du travail. Le texte dispose que « les obligations relatives à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise de portage salarial »[168]. Sur ce fondement, l'entreprise de portage assume également une partie de l'obligation de sécurité qui repose principalement sur l'entreprise cliente[169].

Activité administrative. Troisièmement et de manière plus générale, le rôle de l'entreprise de portage est purement administratif[170]. Il incombe à cette dernière d'accomplir les formalités administratives et les déclarations sociales obligatoires. L'article 18.1 de la convention collective de branche des salariés de portage salarial du 22 mars 2017 énonce que l'entreprise de portage apporte toute assistance utile dans la négociation, la rédaction des contrats commerciaux et aux bons aspects des obligations légales et/ou contractuelles entre le salarié porté et son client, notamment par le recours éventuel à une assistance juridique[171]. L'entreprise de portage salarial va en outre centraliser les comptes rendus d'activité réguliers envoyés par les salariés portés et/ou les entreprises clientes[172].

Entrepreneur de spectacles vivants. Les prérogatives de l'entrepreneur de spectacles vivants sont équivalentes. Il assume des tâches administratives et procède aux déclarations sociales obligatoires. Surtout, il fait également office d'organisme payeur. En effet, il convient d'avoir

---

[165] Une question se pose néanmoins *a* contrario pour le salarié porté. En effet, si c'est l'employeur qui apporte véritablement le travail au salarié porté, ne faut-il pas alors songer à requalifier le faux contrat de portage en vrai contrat de droit commun ? Voir sur ce point : L. CASAUX-LABRUNEE, article préc., Dr. Ouv. 2011, n° 756, p. 424.

[166] Voir l'article L 1254-25 du Code du travail.

[167] Sur les éventuels abus et fraudes qui peuvent résulter de ce mécanisme Voir : S. MOUNIER, article préc., SSL, n° 1958, 14 juin 2021.

[168] Voir : S. RANC, note sous Cass. Soc. Avis, 11 février 2021, n° 20-70005, Avis de la Cour de cassation relatif aux congés pour évènements familiaux du salarié porté, BJT, Avril 2021, contrat de travail, p. 23.

[169] Cf. infra, § 1, section 2 du chapitre 2 de ce titre.

[170] Voir en ce sens : B. KRIEF, Le portage salarial : une relation commerciale atypique, CSBP, n° 275, 1er juin 2015, p. 308.

[171] Voir : B. KANTOROWICZ, Juris-cl. Préc., Fasc. 3-22, n° 35.

[172] Par exemple, ce sont les salariés portés qui précisent dans leurs comptes rendus les heures et les jours travaillés ainsi que les frais de missions éventuels.

à l'esprit que les intermittents du spectacle se placent presque toujours dans une relation dite triangulaire[173]. L'intermittent va fournir sa prestation auprès d'un client[174], qui va verser une somme d'argent à un entrepreneur de spectacles vivants. Et c'est ce dernier qui va transformer une partie de cette somme en salaire, appelée cachet[175].

***

Bilan. *In fine*, les prérogatives des entreprises de portage salarial et des entrepreneurs de spectacles vivants sont peu consistantes. Nulle fourniture de travail. Nuls ordres. Nulles directives. Nuls contrôles. Nulles sanctions. Il ne reste en réalité quasiment que la rémunération. Cela semble maigre et permet de se poser la question de savoir si ce n'est pas plutôt l'entreprise cliente qui devrait être considérée comme l'employeur[176] voire même si ce n'est pas le porté ou l'intermittent qui devrait endosser ce rôle[177]. Dans les deux hypothèses de contrats d'activité segmentée étudiées, la fragmentation des fonctions d'employeur est indiscutable. Certes, les fonctions et charges de l'employeur que l'on pourrait qualifier de traditionnelles ne s'évaporent pas totalement. Au contraire même, puisque celles-ci sont plutôt transférées au salarié. Le mécanisme fonctionne en vase clos. D'une certaine manière, les prérogatives perdues par l'employeur sont gagnées par le salarié. Aux yeux des salariés, ce n'est pourtant pas nécessairement une bonne nouvelle. En effet, en pratique, ce sont les salariés qui assument les risques de l'activité. L'intermittent du spectacle peut perdre son statut chaque année[178] et le porté se doit de trouver des clients sous peine de ne plus être considéré comme salarié. Certes, il est possible de se dire qu'un salarié que l'on pourrait qualifier de droit commun ou ordinaire assume toujours une part du risque entrepreneurial puisque si l'entreprise subit des pertes ou pire ferme ses portes, celui-ci se retrouve sans emploi. Mais cette conséquence aura pour causes des décisions prises par l'employeur. Or dans nos hypothèses, ce sont les salariés qui prennent les décisions et ce sont celles-là mêmes qui risquent ensuite de remettre en cause leurs situations.
Cette fragmentation des prérogatives patronales ou si l'on préfère cette nouvelle répartition, est sans doute accentuée par la situation de mise à disposition qui s'établit dans le cadre de certains des contrats d'activité segmentée.

Chapitre 2 : La mise à disposition du salarié

Champs d'étude. L'ensemble des contrats d'activité segmentée peuvent permettre une mise à disposition du salarié. Néanmoins, trois catégories sont directement concernées puisque la relation de travail est nécessairement et non pas potentiellement triangulaire[179]. Il s'agit tout

[173] Cf. infra, chapitre 2 de ce titre. Il est à noter qu'un intermittent du spectacle peut évidemment être un artiste au sens large du terme mais également un technicien, ou un chargé de production / chargé de diffusion etc. La différence est d'importance car ce sont deux annexes différentes de l'assurance chômage qui couvrent les deux catégories de salariés. Cf. infra, chapitre 1 du Titre 2 de cette étude.
[174] Le client peut être par exemple, une entreprise, une association, une collectivité publique, etc.
[175] Au demeurant, cela n'empêche pas la mensualisation du salaire.
[176] Voir par exemple en ce sens : E. LEDERLIN, Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité, JCP éd. S., n° 47, 17 novembre 2015, n° 1415.
[177] Cf. infra Chapitre 2 de ce titre.
[178] Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.
[179] Cette possibilité de relation triangulaire existe notamment pour le CDI de chantier.

d'abord du portage salarial, qui met en relation le salarié porté, l'entreprise de portage et le client[180]. Ensuite, les intermittents du spectacle qui sont en lien avec une entreprise de spectacles vivants et un client[181]. Enfin, la mise à disposition est l'essence même du CDII puisque ce dernier concerne une entreprise de travail temporaire, un travailleur et une ou plusieurs entreprises utilisatrices[182]. Dès lors, au-delà de l'éclatement des fonctions d'employeur que nous avons pu constater dans le chapitre précédent, une question supplémentaire apparaît. En effet, vue sous l'angle de la mise à disposition, se pose la question de savoir qui est employeur. Cette interrogation mérite une analyse tant au niveau international (section 1) que national (section 2).

Section 1 : Cadre international

Portage international. Isabelle Vacarie écrivait en 1979 que « les relations de travail s'internationalisent »[183]. À l'époque, il s'agissait surtout d'étudier le phénomène au travers du développement des groupes internationaux. Aujourd'hui, les relations de travail internationales existent dans divers cadres[184] et ne nécessitent même plus forcément un déplacement physique à l'étranger. En effet, avec l'essor du télétravail, il est possible de travailler pour le compte d'une entité d'un pays, mais depuis un autre pays, ce qui est appelé « remote work », donc « travail distant » ou « travail nomade »[185]. Les situations qui en résultent peuvent varier quasi à l'infini et ne peuvent toutes être étudiées dans notre cadre. Nous nous intéresserons principalement à l'hypothèse dans laquelle une entreprise de portage est utilisée. À l'échelle internationale[186], l'intervention d'une telle entreprise rend l'identification de l'employeur plus délicate[187]. Plus encore, elle peut permettre la reconnaissance d'un employeur bicéphale, ou d'employeurs conjoints[188].
Jurisprudences. Pour illustrer le propos nous pouvons nous appuyer tout d'abord sur un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 23 janvier 2019[189]. En l'espèce, une entreprise de portage international de droit andorran a embauché en 2012 un salarié par CDD de trois ans pour exercer des fonctions de management de direction auprès de plusieurs sociétés de droit gabonais. Ces dernières font partie d'un groupe aéronautique français. Suite à la rupture du contrat de travail prononcée en 2013 pour faute grave, l'ex-salarié saisit les juridictions

[180] Cf. supra, A, § 1, section 1, chapitre 1 de ce titre.
[181] D'un point de vue chronologique la situation des intermittents du spectacle précède celle des salariés portés.
[182] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.
[183] I. VACARIE, ouv. préc., 1979, p. 147. Voir également : K. CHATZILAOU, N. MIHMAN (Dir.), La figure du travailleur à l'épreuve de l'internationalisation du droit du travail, coll. LEJEP, CY Cergy Paris Université, 2022, 138 p.
[184] Nous pensons notamment à la situation du détachement des salariés et à celle de la mobilité internationale de l'apprenti. Voir respectivement nos études : L'effectivité de la directive 2014/67 par le prisme de ces acteurs, RUE 2016, p. 90 ; Le détachement après la loi avenir, BJT novembre 2018, p. 35 ; La mobilité internationale de l'apprenti, BJT, septembre 2019, p. 62.
[185] Voir sur l'ensemble de cette question entre autres : S. THIRY, L. AGOSSOU, Remote work et nouvelles formes d'activité à l'étranger : enjeux de structuration des groupes dans leur déploiement international, Revue Lamy Droit des affaires, n° 182, 1er juin 2022.
[186] Également à l'échelle nationale. Cf. infra Section 2 de ce chapitre.
[187] Voir notamment : F. JAULT-SESEKE, article préc., RDT 2020, p. 769.
[188] Les expressions sont d'I. VACARIE, ouv. préc., 1979, pp. 113 et 122. Pour une distinction entre l'emploi conjoint et le coemploi Cf. infra, section 2 de ce chapitre.
[189] Cass. Soc. 23 janvier 2019, n° 17-20.937 et n° 17-24.604.

françaises et plus précisément le conseil de prud'hommes de Paris. Il poursuit aussi bien l'entreprise de portage andorrane que la société mère française, considérant que les deux entités ont la qualité de co-employeurs[190]. Rappelons à ce stade que l'alinéa 1 de l'article 42 du Code de procédure civile dispose que « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur » et que l'alinéa 2 ajoute que « s'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux ». Ainsi, dès lors qu'un co-défendeur est domicilié en France, l'ensemble de ceux-ci peuvent être assignés dans l'Hexagone, même si certains d'entre eux sont domiciliés à l'étranger. Encore faut-il qu'il existe entre les demandes formées contre les co-défendeurs un lien sérieux, ou un lien étroit de connexité[191]. La haute juridiction, en accord avec les magistrats de la Cour d'appel de Paris[192], considère que ce lien existe en l'espèce par l'intermédiaire de la suspicion de pluralité d'employeurs[193]. Car il s'agit bien d'une suspicion et non d'une certitude. En effet, dans cette affaire les juges discutent de la compétence juridictionnelle et ne tranchent pas directement la question de la qualité de co-employeurs de la société de portage et de la société mère[194].

Base d'affectation. Il en va de même, dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 9 septembre 2020[195] : il s'agissait dans ce cas, une fois encore, d'une société de portage international de droit andorran. Elle embauche un steward par CDD d'une durée de 1 an pour exercer ses fonctions auprès de différentes filiales africaines et européennes d'une société mère ayant son siège à Paris. Quelques mois plus tard, suite à la rupture de son contrat par la société de portage salarial, le steward intente une action devant le conseil de prud'hommes de Paris dirigée contre la société andorrane et la société mère française. La question première qui se pose en l'espèce n'est pas essentielle dans notre cadre. En effet, en présence de personnel navigant, il convient de déterminer le lieu à partir duquel le salarié s'acquitte de l'essentiel de ses missions[196]. Par exemple, le juge essaye de savoir d'où il part et où il rentre après ses vols, d'où il reçoit ses instructions, d'où est organisé son travail etc. Ces éléments renvoient à la notion de base d'affectation utilisée par le juge européen[197].

Compétence juridictionnelle. En second lieu, il est intéressant de relever que l'action du salarié est engagée à l'encontre de la société de portage andorrane mais également par le biais d'une action directe et connexe envers la société française auprès de laquelle il a été mis à disposition. La société mère apparaît comme une défenderesse sérieuse et en vertu de l'alinéa 2 de l'article 42 du Code de procédure civile, le conseil des prud'hommes pouvait dès lors statuer sur l'ensemble des demandes. La société mère française est prise en sa qualité alléguée de co-employeur selon les termes employés par les hauts magistrats.

---

[190] Voir sur l'ensemble de cette question : N. MIHMAN, À propos du portage salarial international, BJT, 1er mars 2019, p. 44.

[191] Voir entre autres : Cass. 1ère civ. 24 février 1998, n°95-20.627.

[192] Cour d'appel qui infirme le jugement du conseil de prud'hommes de Paris.

[193] Sur la question de la différence entre les co-employeurs et les employeurs conjoints Voir : Y. PAGNERRE, Regard historique sur le coemploi, Dr. Soc. 2016, p. 550.

[194] Voir également en ce sens : Cass. Soc. 28 janvier 2015, n° 13-22.994 et F. JAULT-SESEKE, Coemploi et compétence juridictionnelle, BJS mai 2015, n°113k7, p. 222.

[195] Cass. Soc. 9 septembre 2020, n° 18-22.971, Bull. V., n° 632.

[196] Voir : H. NASOM-TISSANDIER, Société de portage salarial de droit andorran et compétence du juge prud'homal, JSL, n° 506, 16 octobre 2020.

[197] Voir entre autres : CJUE 14 septembre 2017, Crewlink et Ryanair, aff. C-168/16 et C-169/16.

Emploi conjoint. Une fois encore, la chambre sociale de la Cour de cassation ne se prononce pas directement sur la question du coemploi ou de l'emploi conjoint[198]. Mais il nous semble que dans une situation comme celle-là, une telle reconnaissance aurait du sens. Car, est-il dans cette hypothèse logique de reconnaître l'utilisation du portage salarial ? Si nous nous plaçons du côté du salarié, le steward ne bénéficie pas réellement d'une expertise et d'une autonomie qui le positionnent dans la sphère des salariés pouvant être portés[199]. D'ailleurs, est-ce véritablement lui qui a démarché les compagnies aériennes auprès desquelles il a été mis à disposition ? La société de portage salarial international ressemble à un paravent utilisé par la société mère pour ne pas embaucher elle-même le personnel navigant. Dans ces conditions, n'est-il pas envisageable de considérer cette dernière comme un employeur supplémentaire du salarié porté ? Cette question posée à l'aune d'une société de portage international se pose pareillement dans un cadre national pour tous les contrats d'activité segmentée permettant une mise à disposition du salarié.

Section 2 : Cadre national

Pour mémoire, nous pouvons mobiliser, pour déterminer qui est employeur, trois contrats d'activité segmentée reposant sur une mise à disposition du salarié : le portage salarial, le CDDU des intermittents du spectacle et le CDII. Considérant ces trois situations, nous pouvons envisager trois cas de figures : celui où il y aurait deux employeurs (§1), celui où il n'y en aurait qu'un mais pas nécessairement celui reconnu par la loi (§2) et celui où il n'y en aurait pas (§3).

§ 1 : Deux employeurs

Distinction. Les contrats d'activité segmentée qui reposent nécessairement sur une mise à disposition font intervenir, outre le salarié, deux entités juridiques. Peut-on les considérer toutes les deux comme des employeurs du salarié ? *Prima facie*, la question pourrait paraître simple. Elle est, en réalité, d'une redoutable difficulté, un auteur ayant d'ailleurs pu écrire qu'en la matière, l'analyse juridique était embarrassée[200]. Dès lors, pour tenter d'y voir plus clair, le juriste ne dispose pas d'une multitude de solutions : il lui faut établir une ou des distinctions. Ainsi, il est loisible de différencier le coemploi juridique de ce que l'on a pu nommer le coemploi économique[201]. La première situation renvoie à ce que l'on peut appeler l'emploi conjoint, c'est-à-dire qu'il existe alors deux employeurs avec deux contrats de travail. Il en ressort une position particulièrement favorable pour le salarié. La seconde situation appelée coemploi économique ou parfois tout simplement coemploi apparaît principalement à la suite d'un licenciement économique. La question essentielle est de trouver pour le salarié un garant payeur.

[198] Sur cette distinction Cf. infra, section suivante.
[199] Cf. supra, chapitre 1 de ce titre.
[200] J.F. CESARO, Le coemploi, RJS janvier 2013, p. 3.
[201] Voir notamment : G. LOISEAU, L'identification des effets du coemploi, JCP éd. Sociale, 2013, n° 1439. Voir également : J. ICARD, Prescription et action à l'encontre d'une société tierce, BJ Entreprises en difficulté, Janvier 2023, p. 46.

Coemploi (économique). Cette dernière est posée depuis des décennies dans le cadre des groupes de sociétés[202]. La reconnaissance de cette situation est fluctuante en jurisprudence[203]. D'abord rare dans les années 1960 - 1970[204], elle est plus fréquente dans les années 1990 - 2000[205], pour redevenir exceptionnelle à partir du milieu des années 2010[206]. Il faut dire que les critères permettant de caractériser l'existence d'un coemploi (économique) n'ont cessé d'évoluer au fil du temps, que ce soit au niveau jurisprudentiel ou doctrinal[207]. Pour autant, les effets de la pluralité d'employeurs ont toujours présenté un grand intérêt pour le salarié qui peut se tourner contre n'importe lequel des employeurs solidairement responsables, par exemple, du paiement du salaire ou des indemnités de licenciement[208]. Dès lors, si l'un des employeurs supporte la totalité d'un paiement, celui-ci pourra évidemment se retourner contre l'autre[209]. Alors, même si l'approche des juges est aujourd'hui plus que frileuse en matière de coemploi[210], la question peut être évoquée en présence d'un prêt de main d'œuvre.

Emploi conjoint. Mais c'est surtout l'hypothèse de l'emploi conjoint qui nous semble pertinente. Et le risque de l'emploi conjoint repose par essence sur l'entreprise utilisatrice puisque l'entreprise mettant à disposition le salarié est déjà considérée juridiquement comme l'employeur de ce dernier[211].

---

[202] Voir déjà : M. DESPAX, Groupes de sociétés et contrat de travail, Dr. Soc. 1961, p. 596. Voir entre autres beaucoup plus récemment : S. VERNAC, Le coemploi, ou la quête d'un pouvoir sur le pouvoir, Lexbase hebdo, éd. Sociale, n° 935, 16 février 2023, n° 4348BZ3.

[203] Voir : P. BAILLY, S. RANC, Coemploi et responsabilité, études et doctrines, RJS février 2021. Voir également : G. AUZERO, Le coemploi bouge encore !, SSL 2021, n° 1956, p. 9 ; S. RANC, Coemploi : rien n'est impossible ! Cass. Soc. 23 novembre 2022, n° 20-23.206, BJT janvier 2023, p. 37.

[204] Voir par exemple : Cass. Soc. 8 décembre 1965, Bull. VI, n° 886, p. 755 ; Cass. Soc. 10 avril 1975, Bull. V, n° 188, p. 166.

[205] Voir par exemple : Cass. Soc. 22 janvier 1992, n° 87-44.284 ; Cass. Soc. 18 juin 1996, n° 13-40.487 ; Cass. Soc. 12 juillet 2005, n° 03-45.487. Voir également dans un contexte international : Cass. Soc. 18 janvier 2011 (Jungheinrich), n° 09-69.199. Ou encore : Cass. Soc. 15 février 2012, n° 10-13.897. Voir sur cette période : G. LOISEAU, Les débordements du coemploi, CSBP juin 2013, n° CSB110r1.

[206] Voir notamment : Cass. Soc. 2 juillet 2014 (Molex), n° 13-15.208 ; Cass. Soc. 25 novembre 2020 (AGC), n° 18-13.769. Voir également : G. LOISEAU, Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle !, JCP éd. Sociale 2014, n° 1311.

[207] La jurisprudence considère depuis 2016 que la situation de coemploi est caractérisée par une immixtion permanente d'une société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière. Voir : Cass. Soc. 6 juillet 2016, n° 15-15.481, Bull. V., n° 147. Voir encore : Cass. Soc. 23 novembre 2022, n° 20-23.206.

Pour un rappel de quelques-unes des propositions faites ces dernières années Voir : D. BAUGARD, Le coemploi : pourquoi et pour quoi ?, Dr. Soc. Avril 2021, p. 367. Voir également entre autres : G. AUZERO, La nature juridique du lien de coemploi, SSL, n° 1600, 2013, p. 8 ; G. DUCHANGE, Quand le coemploi s'invite dans le droit des contrats de mission temporaire, BJT, 1er décembre 2020, p. 22.

[208] Voir pour un exemple célèbre relatif aux salariés appelés les « conti » : CP'H Compiègne, 30 août 2013, JS Lamy 2013, n° 351, p. 3, note S. BOUCHENE, T. BAUDOIN. Voir également : S. TOURNAUX, Chronique préc., Dr. Soc. 2014, p. 11. Voir également : J. ICARD, article préc., BJ Entreprises en difficulté, Janvier 2023, p. 46.

[209] Voir entre autres : Cass. Soc. 21 mars 1978, Bull. V., n° 224, p. 168.

[210] Voir encore : Cass. Soc. 14 avril 2021, n° 19-10.150 et n° 19-16.918. Voir également : M-L. MORIN, Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi, Dr. Soc. 2001, p. 478 ; P. PISONI, Coemploi : confirmation d'une approche restrictive ; note sous Cass. Soc. 9 octobre 2019, n° 17-28.150, Revue des Sociétés, n° 12, 1er décembre 2019, p. 776.

[211] Voir en ce sens : B. DESAINT, F. CARRIERE, Le prêt de main-d'œuvre…késako ?, SSL, n° 1674, 27 avril 2015.

Salariés portés. Ainsi et par exemple, le portage salarial suppose une coopération étroite entre le porté et le client[212]. Cela découle déjà du fait que le travailleur porté démarche lui-même l'entreprise utilisatrice. C'est donc lui qui discute, qui négocie dès le départ avec son client. Et lorsqu'il réalise la prestation, l'entreprise cliente doit assurer le respect des règles d'hygiène et de sécurité[213]. De plus, seul le salarié porté réalisant une prestation de travail peut bénéficier des congés pour événements familiaux[214]. En effet, le portage salarial peut se réaliser via un CDI et dans ce cadre, le salarié porté peut enchaîner des périodes pendant lesquelles il effectue ou non une prestation de travail. Par conséquent, le travailleur porté ne perçoit de salaire qu'au moment de la réalisation des prestations[215].

Dès lors, il nous semble que le portage salarial ne se présente pas seulement comme une addition de relations juridiques indépendantes. Par définition, les différents contrats entre les trois protagonistes ont un point commun : le salarié porté. Contrairement au travail intérimaire (une relation directe entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice puisque la première cherche et trouve la seconde), dans l'hypothèse de portage, le salarié est de fait la courroie de transmission entre l'entreprise de portage et le client. Si le travail temporaire relève de relations juridiques entièrement triangulaires[216], le portage salarial se résume à une double relation dont le centre névralgique est constitué par le travailleur porté. À ce titre, l'existence d'une situation d'emploi conjoint nous paraît possible. Le lien direct entre le client et l'entreprise de portage est des plus ténus et ce lien n'est assuré que par le porté. La situation est donc différente dans le cadre du CDII puisque l'entreprise de travail temporaire tisse un lien étroit avec la ou les entreprises utilisatrices[217].

Intermittents du spectacle. Néanmoins le raisonnement suivi pour les salariés portés peut s'appliquer à certains intermittents du spectacle[218]. Les mêmes causes pouvant dès lors avoir les mêmes conséquences. L'intermittent du spectacle pourrait ainsi avoir deux employeurs : l'entreprise de spectacles vivants et la structure cliente.

Mais la question de l'emploi conjoint ou du coemploi économique fait naître un doute qui lui-même se transforme en interrogation qui a pu être posée sous cette forme par un auteur : « le coemploi identifie-t-il réellement un débiteur supplémentaire, ou le seul débiteur véritable ? »[219]. En d'autres termes, plutôt que deux employeurs, ne convient-il pas, dans le cadre de certains contrats d'activité segmentée, de se contenter d'un seul employeur, mais peut-être pas celui désigné par le législateur ?

---

[212] Voir en ce sens : J-Y ; KERBOUC'H, Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre ?, Dr. Soc. 2007, p. 72.

[213] Voir : B. KANTOROWICZ, article préc., CSBP n° 255, septembre 2015, n° 111c6. Ce qui ne signifie pas nécessairement que l'entreprise de portage ne puisse pas devoir néanmoins et également jouer un rôle en la matière. Voir sur ce point à propos d'une entreprise de travail temporaire : J. ICARD, De l'incidence de la méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la sécurité des intérimaires, BJT avril 2021, n° 115c4.

[214] Voir l'avis de la Cour de cassation du 11 février 2021, n° 20-70005, BJT avril 2021, p. 23, S. RANC, Avis de la Cour de cassation relatif aux congés pour événements familiaux du salarié porté.

[215] Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude. La situation est identique en présence d'un CTT « classique » mais différente en présence d'un CDII.

[216] Un acteur important du travail temporaire en France se dénomme justement triangle intérim.

[217] Ce qui est d'ailleurs dans son intérêt puisqu'en l'absence d'entreprise utilisatrice, l'entreprise de travail temporaire doit tout de même rémunérer le salarié en CDII. Cf. infra, section 1, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.

[218] Nous laissons ici de côté la situation des contrats de travail commun à plusieurs artistes dans le cadre desquels un de ces derniers peut être considéré comme l'employeur des autres. Voir : Cass. Soc. 4 décembre 2013, Dr. Soc. 2014, p. 760, chronique S. TOURNAUX.

[219] D. BAUGARD, article préc., Dr. Soc. Avril 2021, p. 367.

§ 2 : Un employeur

Portage salarial. Dans sa critique du portage salarial restée célèbre, Jean-Jacques Dupeyroux posait cette question : « Tout le problème se ramène à une question et à une seule : les portés sont-ils réellement les salariés du porteur ? »[220]. La réponse sous-entendue est sans doute négative et si employeur il y a, il faudrait certainement plutôt le chercher du côté de l'entreprise utilisatrice. Quant à la même époque, Lise Casaux-Labrunée pose la question de savoir si les entreprises de portage salarial sont de véritables entreprises, la même réponse implicite doit, selon nous, être formulée[221].

Intérim. L'on pourrait bien entendu objecter que dans le cadre du travail temporaire, et notamment en présence d'un CDII, le contrat de travail existe uniquement entre l'agence d'intérim et le travailleur[222]. En d'autres termes, il n'y a pas de contrat de travail entre l'intérimaire et l'entreprise utilisatrice. Alors pourquoi l'accepter dans le cadre du contrat de travail temporaire et le refuser dans le cadre du portage salarial ?

Différences. D'une part, il n'est pas interdit de discuter de la question en présence du travail intérimaire[223]. D'autre part, l'entreprise de travail temporaire, au contraire de l'entreprise de portage salarial, recrute l'intérimaire et lui trouve une ou des entreprises utilisatrices. D'ailleurs, le plus souvent, c'est parce que l'agence d'intérim fait face à une demande d'une entreprise utilisatrice, qu'elle contacte le futur intérimaire. En résumé, l'entreprise de travail temporaire recrute à la place de l'entreprise utilisatrice et fournit du travail à l'intérimaire. Elle agit au moins en partie comme un employeur. Dans le cadre du portage, le porté, si l'on peut écrire, se recrute lui-même et se fournit lui-même du travail[224].

Conséquences. Dans ces conditions, l'entreprise de portage devient transparente, et derrière elle, nous voyons logiquement apparaître l'entreprise utilisatrice[225]. Comme nous l'avons écrit, cette dernière endosse toute une série de responsabilités qui peuvent lui conférer le statut d'employeur[226]. Et si tel devait être le cas, ce statut aurait au moins le mérite de réduire le coût financier global de la prestation tout en maintenant le porté dans une situation de salariat[227].

Intermittents du spectacle. Une fois de plus, un raisonnement identique peut être tenu à propos de certains intermittents du spectacle. En effet, l'entreprise de spectacles vivants est aussi transparente que l'entreprise de portage salarial. Et ici encore, si l'entreprise de spectacles vivants s'efface, il ne reste, *a priori*, que le client. Certes, ce dernier n'est pas toujours structuré pour devenir employeur[228] mais il serait par exemple possible d'envisager une forme préremplie de CDDU[229] adossé à un régime fiscal simplifié[230]. De plus, ce système

---

[220] J.J. DUPEYROUX, article préc., Dr. Soc. 2007, p. 81.
[221] L. CASAUX-LABRUNEE, article préc., Dr. Soc. 2007, p. 58.
[222] Pour mémoire, Voir l'article L 1251-1 du Code du travail.
[223] Voir par exemple : I. VACARIE, ouv. préc., 1979, pp. 41 et s.
[224] Cf. supra section 1, chapitre 1 de ce titre.
[225] La notion d'employeur transparent a également été utilisée à propos des plateformes numériques. Voir : T. SACHS, S. VERNAC, article préc., Dr. Soc. 2021, p. 216.
[226] Cf. supra § 1 de cette section.
[227] Puisque l'entreprise cliente épargnerait la marge dégagée par l'entreprise de portage.
[228] Nous pensons par exemple à des clients comme des relais petite enfance ou certaines associations.
[229] Pourquoi pas un contrat type.
[230] Comme dans le cadre d'un chèque emploi-service universel.

aurait le mérite d'écarter le risque de requalification de certains CDDU en raison de la jurisprudence de la CJUE[231]. En effet, le point 1 de la clause 5 de l'accord-cadre annexé à la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, oblige les États membres à mettre en place des mesures préventives contre le recours abusif à des CDD successifs. Dans une affaire du 26 février 2015, étaient visés les intermittents du spectacle luxembourgeois[232]. Et le Grand-Duché du Luxembourg a été condamné pour ne pas avoir prévu une des trois mesures suivantes dans ce cadre : obligation de justifier le renouvellement d'un CDD par des raisons objectives, limitation de la durée totale des CDD successifs, limitation du nombre de renouvellements. La Cour de Justice considère dès lors que la législation luxembourgeoise n'empêche pas les employeurs de conclure des CDD successifs avec des intermittents du spectacle pour satisfaire des besoins permanents et durables en matière de personnels.

Risque. Certes, les motifs de recours au CDD sont limités dans l'hexagone, mais ne faut-il pas pour autant convenir qu'un tel raisonnement pourrait s'appliquer au droit français ? Et cela d'autant plus lorsque l'intermittent du spectacle ne conclut des CDDU qu'avec une seule entreprise de spectacles vivants ? En effet, dans ce cadre, les renouvellements de CDDU ne reposent pas toujours sur des raisons objectives et ne sont pas véritablement limités en nombre[233]. Mais lorsque l'artiste, ou le technicien, travaille pour des clients différents, au gré des différentes prestations, le risque de condamnation par la CJUE s'éloigne et ce d'autant plus, si ce sont ces derniers qui deviennent juridiquement les employeurs[234].

Néanmoins, dans les cas de figure étudiés dans les deux premiers paragraphes de cette section, le raisonnement est basé sur une relation employeur (ou employeurs) et salarié. La question se pose dès lors de savoir s'il n'est pas possible d'imaginer une situation sans employeur.

§ 3 : Nul employeur

Micro-entreprise. Le statut de l'auto-entrepreneur a été mis en place par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Cette forme d'activité qui peut être exercée à titre principal ou accessoire a immédiatement connu un succès certain[235]. La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises est venue fusionner ce statut avec celui de la micro-entreprise. Ainsi, il convient de parler de micro-entrepreneurs qui sont plus de deux millions en France actuellement[236]. Certains de ces travailleurs indépendants ont été mis récemment sur le devant de la scène par le biais du rapport Frouin qui présente des propositions visant à normer le statut des travailleurs de

[231] Cf. infra, chapitre 2 du titre 2 de cette étude.

[232] Voir : CJUE 26 février 2015, aff. C-238/14, AJDA 2015, p. 1093, chronique de jurisprudence de la CJUE, E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GANSER ; Voir également : L. DRIGUEZ, Politiques et actions de l'Union, Revue Europe, Avril 2015, n° 162.

[233] Dans la limite de 28 CDDU dans un mois. Cf. infra, § 2, section 2, chapitre 1 de ce titre.

[234] Il convient néanmoins de dire que l'argument ne porte plus dans le cadre de ce que l'on nomme habituellement les « permittents » du spectacle. Voir notamment : T. LAHALLE, article préc., JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333. Voir également : R. DECOUT-PAOLINI, article préc., RDT 2018, p. 582.

[235] Voir entre autres : O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P. LEVY-WAITZ, F. MOREL, Le portage salarial sécurisé, une voie d'avenir entre travail indépendant et salariat, SSL, n° 1956, 31 mai 2021.

[236] Voir par exemple : https://www.banquedesterritoires.fr/le-nombre-dauto-entrepreneurs-la-hausse-leur-chiffre-daffaires-moyen-aussi.

plateformes[237]. Sans entrer dans l'étude détaillée de la micro-entreprise, il est utile de relever que la création du statut se fait aisément et rapidement[238]. Selon nous, ce statut pourrait venir remplacer celui des travailleurs portés et celui de certains des intermittents du spectacle.

Salariés portés versus micro-entrepreneur. D'ailleurs, concernant le portage salarial, le statut de salarié porté est parfois une transition avant de devenir micro-entrepreneur[239]. L'idée serait donc ici de supprimer cette phase transitoire et de basculer directement vers la qualité de travailleur indépendant. À nos yeux, le porté joue le rôle d'entrepreneur, puisqu'il cherche et trouve lui-même son ou ses clients. Et lorsqu'il n'a pas ou plus de clients, l'entreprise de portage cesse de rémunérer le travailleur porté. Sa rémunération dépend donc avant tout de lui et de l'activité qu'il arrive à générer à l'instar d'un travailleur indépendant. Certes, le statut de salarié porté permet de bénéficier durant les périodes sans client de l'assurance chômage[240] mais la réforme de cette dernière permet également sous conditions à l'entrepreneur d'être couvert[241]. De plus, le micro-entrepreneur bénéficie moyennant cotisations sociales d'une protection sociale qui comprend notamment des droits à l'assurance maladie, maternité, paternité, vieillesse[242]. Dès lors, s'il n'est pas totalement illusoire d'évoquer une forme de crainte entrepreneuriale qui peut être éprouvée par certains[243], celle-ci semble d'intensité faible lorsque l'on se rappelle que les portés sont parfois des professionnels aguerris ou expérimentés, autonomes et experts dans un ou plusieurs domaines[244]. Cela est d'autant plus vrai dans le contexte économique actuel où le vivier de main d'œuvre est réduit pour des métiers qualifiés[245]. Ainsi, il est loisible de penser que les travailleurs portés pourraient assez facilement être affiliés au régime des indépendants. Néanmoins, dans ce cas, le statut de micro-entrepreneur n'exclut pas totalement un risque de requalification en salarié de l'entreprise cliente, notamment dans certains secteurs tels que le numérique ou l'informatique et dans le cadre de certaines relations de longue durée[246].

Salariés portés versus intermittents du spectacle. La situation des intermittents du spectacle, si elle est proche de celle des travailleurs portés, s'en éloigne sur plusieurs points : d'abord, le contexte économique n'est pas comparable et il semble difficile d'évoquer une pénurie de main d'œuvre généralisée dans le secteur culturel. Ensuite, les intermittents du spectacle bénéficient d'un régime d'assurance chômage particulier qui paraît, sous bien des égards, avantageux et qu'il est inopportun pour eux d'abandonner au profit du statut de micro-

---

[237] Voir entre autres : B. GOMES, article préc., Dr. Soc. 2021, p. 207 ; G. LOISEAU, Travailleurs de plateformes : le néo-salariat, Communication – Commerce Electronique, n° 3, Mars 2021, n° 6.

[238] Voir le lien suivant : https://www.portail-autoentrepreneur.fr/devenir-auto-entrepreneur

[239] Voir en ce sens : B. KANTOROWICZ, Juris-classeur préc., Fasc. 3-22, n°6. Voir déjà : M-L. MORIN, article préc., Dr. Soc. 2001, p. 478.

[240] À condition que le portage soit conclu pour une durée déterminée. Sur la question générale des « intermissions », Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.

[241] Voir le lien : https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F23994. Ou encore : https://www.portail-autoentrepreneur.fr/academie/statut-auto-entrepreneur/assurance-chomage-auto-entrepreneur.

[242] Voir : https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F36708.

[243] Voir en ce sens : B. KANTOROWICZ, Juris-classeur préc., Fasc. 3-22, n°6. Voir également : P. MORVAN, Éloge juridique et épistémologique du portage salarial, Dr. Soc. 2007, p. 607.

[244] Cf. supra, section 1, chapitre 1 de ce titre.

[245] Voir par exemple : https://www.vie-publique.fr/en-bref/281760-marche-du-travail-comment-pallier-les-difficultes-de-recrutement. Le CDD de multi-remplacements peut être regardé comme une tentative de réponse à cette pénurie. Voir : P-Y. VERKINDT, Brève exégèse de l'article 6 sur les CDD de multi-remplacements, Dr. Soc. 2023, p. 163.

[246] Voir en ce sens : E. LEDERLIN, article préc., JCP éd. S., n° 47, 17 novembre 2015, n° 1415. Cf. supra, § 2 de ce cette section.

entrepreneur[247]. Enfin, de nombreux artistes utilisent les services d'un chargé de production/diffusion dont le métier consiste notamment à trouver un client pour le compte de l'artiste[248]. Dès lors, il est plus facile de voir une micro-entreprise dans l'activité du chargé de production/diffusion plutôt que dans celle de l'artiste.

Intermittents versus micro-entrepreneur. Pour autant, transformer le statut de certains intermittents en micro-entrepreneurs n'est pas une gageure. La plupart des intermittents bénéficient d'un revenu qui relève de deux lignes différentes sur leur avis d'imposition. D'une part, s'y trouvent les salaires, appelés couramment cachets, qui représentent les sommes versées par les entreprises de spectacles vivants[249]. D'autre part, y figurent les autres revenus imposables et qui découlent des allocations chômage attribuées par Pôle emploi[250]. Par essence, le poids des deux sources de revenus peut différer d'un intermittent du spectacle à l'autre et, sans les compléments versés au titre des allocations chômage, de nombreux intermittents ne pourraient pas exercer leurs arts à titre professionnel. Ainsi, il est fort à parier que la transformation du statut d'intermittent en micro-entrepreneur aurait nécessairement pour conséquence de faire augmenter le prix des prestations. En effet, ces dernières sont souvent relativement faibles car une partie conséquente de la rémunération de l'intermittent est assurée par les allocations chômage. En d'autres termes, c'est Pôle emploi, donc d'une certaine manière la collectivité, qui prend en charge une partie du coût final de la prestation artistique[251]. Cet élément est connu de tous, intermittents, clients et entreprises de spectacles vivants et il a forcément une influence sur la fixation du prix de la prestation.

Conséquences. Cela dit, si l'intermittent du spectacle devait basculer sous le régime de la micro-entreprise, sa rémunération se construirait différemment. En effet, sous le statut du micro-entrepreneur, le versement des cotisations aux Urssaf est possiblement libératoire de l'impôt[252]. Et si le montant des cachets est suffisamment élevé, le revenu net qui en résulterait pourrait être aussi important que sous l'égide du statut d'intermittent à condition évidemment d'avoir une activité suffisante. Mais cette dernière condition est également fondamentale sous l'emprise de l'intermittence puisque Pôle emploi ne consent à verser des allocations chômage que si le statut est atteint par un système de calcul d'heures transformées annuellement sur la base du montant des cachets[253]. En d'autres termes, presque chaque intermittent du spectacle subit une forme de pression à renouveler année après année son statut. Tous les ans, il doit atteindre des objectifs ; tous les ans, il risque de perdre les allocations chômage et donc son statut. En ce sens, l'intermittent se comporte déjà, d'une certaine manière de gré ou de force, comme un travailleur indépendant. L'idée serait donc de mettre en place un régime en phase avec la réalité de son activité quitte à créer au sein de la micro-entreprise des règles parfois dérogatoires pour tenir compte de la spécificité de l'activité culturelle. Il faudrait certainement également différencier les régimes en fonction de l'activité de l'ex-intermittent car le travail d'un artiste est difficilement comparable à celui d'un technicien de spectacle ou d'un chargé de production.

---

[247] Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude. Voir également : D. BAUGARD, article préc., Dr. Soc. 2015, p. 915 ; T. LAHALLE, article préc., JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333.

[248] Cf. supra, section 2, chapitre 1 de ce titre.

[249] Pour mémoire, l'entreprise de spectacles vivants transforme une partie du coût du spectacle payé par le client en salaire. Cf. supra, section 2, chapitre 1 de ce titre.

[250] Sur le rôle de Pôle emploi, Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.

[251] Voir par exemple : P-M. MENGER, article préc., Dr. Soc. 2004, p. 825.

[252] Voir notamment l'article 50-0 du Code général des impôts

[253] Cf. infra, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.

***

Bilan. Les contrats d'activité segmentée sont, et ce n'est guère une surprise, rétifs à l'approche classique du contrat de travail qui repose sur l'identification certaine ou quasi-certaine de l'employeur et du salarié. Dans le cadre des contrats d'activité segmentée, les prérogatives et même la place de l'un et de l'autre est équivoque. En d'autres termes, difficile de savoir qui est qui et qui fait quoi. Et l'impression est encore plus forte lorsque le contrat d'activité segmentée permet une mise à disposition du salarié. De deux acteurs, l'on passe à trois, et dans cette hypothèse, le juriste se trouve encore plus dans une sorte d'impasse doctrinale.
Avenir. Ce constat étant fait, il nous semble que cette approche des notions d'employeur et de salarié doit être renouvelée. Et nous envisageons de nous y consacrer dans les années à venir, mais pas seulement à l'aune des contrats d'activité segmentée. En effet, notamment au travers du CDII, nous avons l'intuition qu'il pourrait être intéressant de nous plonger dans l'étude du contrat de travail temporaire. En effet, si nos travaux nous ont menés, au fil des années, vers des contrats exorbitants du droit commun, comme les contrats d'alternance[254], les contrats de formation professionnelle[255] ou les contrats d'activité segmentée présentés dans le cadre de cette étude, nous ne nous sommes pas encore arrêtés sur le contrat de travail temporaire. Or, de par son ancienneté, il fait office à nos yeux de père des contrats de mise à disposition et nous souhaiterions nous y consacrer prochainement. Les diverses questions de responsabilité qui se posent nous paraissent très intéressantes[256] et permettent peut-être de jeter un regard renouvelé sur les prérogatives de l'entreprise de travail temporaire et de l'entreprise utilisatrice.
En attendant, nous nous permettons de revenir à l'étude des contrats d'activité segmentée, car outre une question d'identité, ces derniers posent une question de temporalité. Celle-ci englobe, cette fois-ci d'ailleurs, l'ensemble des contrats d'activité segmentée.

Titre 2 : Temporalité

Les contrats d'activité segmentée reposent, entre autres, sur des missions qui peuvent être plus ou moins longues mais qui sont par nature temporaire. En toute logique et cela résonne comme une évidence, une activité segmentée ou morcelée est composée nécessairement de moments avec et sans travail. Il y a donc obligatoirement entre les phases d'activité, des périodes que l'on peut nommer d'intermissions[257] (chapitre 1). Ces dernières peuvent être « intracontractuelles », mais elles peuvent également résulter de la cessation à intervalles plus ou moins réguliers des différents contrats. Dès lors, se pose, dans cette dernière hypothèse, la question de la cessation des contrats d'activité segmentée (chapitre 2).

[254] Pour mémoire, nous militons pour la mise en place d'un contrat d'alternance unique. Voir notre article (JCP S, n° 28, 13 juillet 2021, n° 1181) reproduit à la fin de cette étude.
[255] Nous renvoyons le lecteur à nos chroniques semestrielles à Lexbase Hedbo édition sociale.
[256] Par exemple, suite à dommages causés par le travailleur temporaire, à un tiers ou à l'entreprise utilisatrice. La question de la responsabilité civile de l'entreprise utilisatrice vis-à-vis du salarié temporaire, notamment en cas d'accident du travail semble également essentielle.
[257] Ou périodes interstitielles.

Chapitre 1 : Les intermissions

Dans le cadre des intermissions, donc des périodes non travaillées, l'enjeu majeur pour le salarié est de savoir si et comment il va pouvoir percevoir une rémunération. L'étude des contrats d'activité segmentée nous permet de relever trois situations : celle d'un maintien de salaire (section 1), celle du versement d'une allocation chômage (section 2), celle qui ne permet ni l'un ni l'autre (section 3).

Section 1 : Le maintien du salaire

Aspects positifs du CDII. Évoquer l'hypothèse d'un maintien de rémunération pendant une période d'intermission nécessite avant tout de se pencher sur le CDII. En effet, dans ce cadre, l'agence d'intérim doit, lors les périodes d'inactivité entre deux missions, verser au salarié une rémunération minimale et garantir l'ouverture des droits aux congés payés[258]. Il s'agit d'une garantie minimale de rémunération soumise à cotisations sociales dont le mode de calcul la rend, *a minima*, équivalente au montant du SMIC[259]. En outre, les périodes d'intermissions sont assimilées à du temps de travail effectif et ce, notamment pour la détermination des droits à congés et pour l'ancienneté[260]. Ce régime, qui a été mis en place comme condition pour que les entreprises de travail temporaire puissent échapper à la majoration de la cotisation chômage prévue pour les contrats courts, est financé par la création d'un fonds de sécurisation des parcours des intérimaires (FSPI) [261]. Ce dernier est alimenté par deux biais : d'une part, les employeurs intérimaires versent au fonds 10 % du salaire perçu pendant les missions des salariés, ce qui correspond au montant de l'indemnité de précarité qui est supprimée dans ce cadre. D'autre part, le fonds reçoit une cotisation des ETT de 0,5 % de la masse salariale de l'ensemble des intérimaires[262]. La Cour de cassation a d'ailleurs énoncé en 2021 que le FSPI devait produire effet depuis l'entrée en vigueur de l'accord collectif du 6 mars 2014 instituant le CDII[263].

Aspects négatifs du CDII. Le mécanisme permettant de rémunérer les périodes d'intermission paraît ainsi favorable au salarié, ou du moins plus favorable que l'ensemble des principes et des règles structurant le contrat de travail intérimaire « classique » ou l'emploi temporaire[264]. Cependant, une médaille a toujours un revers et les inscriptions qui figurent sur cette face sont nombreuses.

D'abord, certaines règles spécifiques aux CTT de droit commun ne s'appliquent pas au CDII. Ainsi, comme nous le savons, le versement de l'indemnité de fin de mission, encore appelée indemnité de précarité, n'est pas dû au détenteur d'un CDII, ce qui peut, en un certain sens,

---

[258] Voir les articles L 1251-58-2 et L 1251-58-3 du Code du travail et Voir notamment : F. LALANNE, Le CDI-I, quèsaco ?, JSL, n° 460, 28 septembre 2018.

[259] Voir : G. BARGAIN, Prendre le droit du travail au sérieux, RDT 2014, p. 522 ; S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 810.

[260] Voir : A. de FRANQUEVILLE, G. BOSSY, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016.

[261] Voir : F. BOUSEZ, article préc., CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

[262] Voir ici encore : F. BOUSEZ, article préc., CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

[263] Voir : Cass. Soc. 29 septembre 2021, n° 20-16.494, JCP éd. S., n° 45, 9 novembre 2021, n° 1277, note M. ELIPHE ; H. NASOM-TISSANDIER, Une convention collective ne peut pas créer une nouvelle catégorie de contrat de travail, JSL, n° 530, 18 novembre 2021.

[264] Voir sur ce point : P. PACOTTE, J. LAYAT-LE BOURHIS, contrat de travail CDI intérimaire : illustration de la hiérarchie des normes, Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, JSL, n° 460, 28 septembre 2018.

paraître justifié[265]. En revanche, nous comprenons mal pourquoi le salarié se trouve privé de l'indemnité compensatrice de congés payés. En effet, les salariés doivent prendre leurs congés au moment des intermissions, ce qui sonne comme une sujétion aux oreilles de certains d'entre eux. Plus encore, les règles de la rupture anticipée de la mission par l'intérimaire et surtout l'ETT sont écartées. En d'autres termes, ce sont les règles de droit commun de rupture du CDI qui s'imposent et elles assurent une stabilité au contrat moindre que celle liée à l'exécution d'un CTT[266]. Il convient ici notamment de se souvenir qu'un salarié peut être licencié sur le fondement d'une cause réelle et sérieuse dans le cadre d'un CDI alors que la rupture à l'initiative de l'employeur n'est possible en présence d'un CDD que si le salarié commet une faute grave ou *a fortiori* lourde. En outre, il n'existe pas de délai de carence entre deux missions sur le même poste de travail auprès de la même entreprise utilisatrice[267]. Enfin, la durée des missions dans le cadre d'un CDII n'est plus plafonnée[268].

Liberté ? Ensuite, il convient de noter que les intermissions sont rémunérées à condition que le salarié n'ait pas travaillé pour d'autres employeurs durant ces périodes[269]. En fait, l'intérimaire en CDI reste à la disposition de l'employeur. Il est tenu d'accepter les missions proposées par l'entreprise dès lors qu'elles sont compatibles avec les emplois tels que définis au contrat de travail[270]. La proposition d'activité doit également se situer dans un périmètre de mobilité et donner lieu à une rémunération au moins égale à 70 % du taux horaire de la dernière mission. Ainsi, d'une part, le lieu de travail doit se situer à moins de 50 kms et moins d'une heure trente de temps de déplacement du domicile du salarié en CDII. D'autre part, cela signifie que mécaniquement, au fil des missions, la rémunération du salarié peut légitimement baisser. En somme, si le salarié ne peut avancer un cas légitime de refus sur un des trois points énoncés, ce dernier constitue un motif de licenciement, sur le fondement d'une cause réelle et sérieuse voire pour faute grave[271]. Pour éviter cette rupture, le travailleur doit être joignable à des horaires définis par le CDII durant les périodes d'intermissions, ce qui a pu faire dire ou écrire qu'il apparaît dès lors un temps nouveau en droit du travail, à savoir le « temps d'emploi »[272]. Il en résulte pour l'employeur, une main d'œuvre captive et finalement peu coûteuse[273]. Cela est d'autant plus vrai que le travailleur en CDII doit être particulièrement

---

[265] Cf. supra.

[266] Cf. infra, chapitre 2 de ce titre.

[267] Voir entre autres : S. TOURNAUX, article préc., RDT 2018, p. 671 ; A. de FRANQUEVILLE, G. BOSSY, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016. Pour comparaison avec le contrat de mission Voir : CE 27 avril 2022, n° 440521, Liaisons Sociales Quotidien – le dossier jurisprudence théma, n° 184/2022, 11 octobre 2022.

[268] Le plafond était de 36 mois et a été supprimé par l'article 7 de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, JO 22 décembre 2022. Voir : S. TOURNAUX, Durée des relations de travail et indemnisation du chômage, loi n° 2022-1588 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi, articles 2 et 7, Dr. Soc. Février 2023, p. 155. Voir également l'article L 1251-58-6 du Code du travail et déjà : S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 810. Voir encore : L. BENTO DE CARVALHO, Illégalité du CDI intérimaire : la négociation collective marque le pas face à l'article 34 de la Constitution, Cass. Soc. 12 juillet 2018 préc., BJT septembre 2018, n° 110d6, p. 26.

[269] Voir : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2019, p. 581. Un auteur a pu y voir, à juste titre, un forçage de la volonté des partenaires sociaux. S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2023, p. 155. Voir également : B. BOSSU, Mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail et du plein emploi (à propos de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022), JCP éd. G., n° 3, 23 janvier 2023, n° 83, p. 138.

[270] Voir : F. BOUSEZ, article préc., CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

[271] A. de FRANQUEVILLE, G. BOSSY, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016.

[272] Voir : G. BARGAIN, article préc., RDT 2014, p. 522.

[273] Voir : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2019, p. 581.

réactif puisqu'il ne dispose que d'une demi-journée pour aller exécuter ses nouvelles missions[274].

CDII et astreinte. Ostensiblement, ce mécanisme fait penser au régime des astreintes puisque le salarié est tenu d'être disponible durant une certaine période pour pouvoir être joint afin de répondre à une éventuelle demande d'intervention immédiate au service de l'entreprise, en l'occurrence de l'entreprise utilisatrice sur ordre de l'ETT[275]. Durant l'intermission, à l'instar de la période d'astreinte, le salarié est rémunéré mais selon un mécanisme idoine. Dès qu'il est appelé à intervenir, le travailleur en CDII quitte son intermission pour une période de travail lors de laquelle il est rémunéré sur la base de son contrat. Cela est également le cas du salarié en astreinte puisque son intervention pour le compte de l'entreprise est considérée comme du temps de travail effectif.

CDII versus contrat de travail intermittent. Le CDII relève d'un régime qui apparaît comme favorable non pas au salarié mais à l'employeur. En effet, un parallèle avec le contrat de travail intermittent est, selon nous, éclairant. Nous savons que l'absence de mention dans le contrat de travail intermittent des périodes travaillées et non travaillées entraîne la requalification de ce contrat en CDI de droit commun à temps plein[276]. Néanmoins, il existe des situations dans lesquelles il n'est pas possible de fixer avec précision les périodes de travail ou plus précisément la répartition des périodes de travail. L'article L 3123-38 *in fine* du Code du travail, dispose que c'est par la négociation collective que les partenaires sociaux doivent déterminer les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont alors proposées. Cela signifie que le salarié doit donc, dans cette hypothèse, disposer d'un délai de prévenance dans son contrat de travail qui lui permet d'accepter ou de refuser le travail proposé. Or l'omission de cette mention dans le contrat crée une présomption simple de travail à temps complet. L'employeur peut la renverser en rapportant la preuve que le salarié n'avait pas à se tenir en permanence à sa disposition[277]. À l'inverse du CDII, le salarié en contrat de travail intermittent n'est pas tenu par cette forme d'astreinte lorsqu'il n'exécute pas de mission.

Jurisprudence. Un arrêt de 2021 le confirme[278]. Les hauts magistrats affirment tout d'abord que le contrat de travail intermittent conclu malgré l'absence d'une convention ou d'un accord collectif est illicite et doit être requalifié en contrat de travail à temps complet. Surtout, ils poursuivent en disant que l'employeur est tenu, du fait de cette requalification, au paiement du salaire correspondant à un temps complet y compris pour la période pendant laquelle le salarié n'a pas travaillé, peu important qu'il n'ait pas été à la disposition de

[274] Voir : F. BOUSEZ, article préc., CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

[275] Pour une définition de l'astreinte Voir par exemple : Cass. Soc. 20 janvier 2021, n° 19-10.956, Lexbase Hebdo éd. Sociale, 28 janvier 2021, n° N6219BYY ; RJS 2021, n° 216. Voir également : Cass. Soc. 26 octobre 2022, n° 21-14.178, RDT 2023, p. 46, obs. M. VERICEL, Qualification de l'astreinte et nécessaire prise en compte du degré de contrainte imposé au salarié. Voir également : A. BAREGE, Requalification du contrat intermittent et paiement du salaire, JCP éd. S., n° 42, 25 octobre 2022, n° 1269 ; F. BOUSEZ, Rappel de salaires et requalification de CDD et d'un contrat intermittent, qui supporte la charge de la preuve ?, JCP éd. S., n° 47, 20 novembre 2022, n° 1301.

[276] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude et par exemple : Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, S. TOURNAUX, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, Dr. Soc. 2016, p. 650 ; Jurisport 2016, n° 166, p. 10, J. MONDOU.

[277] Voir : Cass. Soc. 3 juin 2020, n° 18-24.945, JSL, n° 504, 28 septembre 2020 ; SSL, n° 1914, 29 juin 2020.

[278] Cass. Soc. 6 janvier 2021, n° 19-14.159, RJS 2022, n° 185.

l'employeur pour effectuer un travail[279]. Il s'agit, à cet égard, d'une différence également fondamentale avec la situation de requalification qui s'applique à un CDD de droit commun[280]. En somme, le régime du CDII donne l'impression que la rémunération des intermissions se payent pour le salarié au final bien cher. Il nous semble ainsi opportun de confronter ce système à d'autres contrats d'activité segmentée qui prévoient le versement d'allocations chômage.

Section 2 : Le versement d'allocations chômage

Un livre entier du Code du travail est consacré au demandeur d'emploi[281]. Pourtant l'on a pu écrire que le chômage est un point d'observation absolument central et cependant négligé par la doctrine[282]. Nous partageons ce point de vue même si les contributions des juristes sur la question dépendent en partie de l'actualité et ont ainsi un aspect conjoncturel[283]. De manière plus structurelle, la question du versement d'allocations chômage se doit d'être posée en présence de contrats d'activité segmentée. En effet, par essence, un salarié ayant signé un contrat de ce type se trouve par intermittence et potentiellement fréquemment sans emploi, et donc susceptible de bénéficier d'une allocation d'aide au retour à l'emploi[284]. Deux mécanismes coexistent : l'un que l'on peut qualifier de droit commun (§1), l'autre qui est spécifique aux intermittents du spectacle (§2).

§ 1 : Assurance chômage de droit commun

Dans l'hypothèse de l'application du régime d'assurance chômage de droit commun, deux situations peuvent être observées. La première relève des contrats d'opération et de chantier (A.). La seconde est propre au portage salarial conclu pour une durée déterminée (B.).

---

[279] Voir néanmoins : Cass. Soc. 21 septembre 2022, n° 20-17.622 et n° 21-16.821, BJT octobre 2022, p. 11 note A. CHARBONNEAU, Requalification du contrat intermittent et rappels de salaires : des précisions quant au régime probatoire.

[280] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude et note n° 104.

[281] Il s'agit du livre 4 de la cinquième partie du Code du travail intitulée l'emploi, donc des articles L 5411-1 et s.

[282] A. SUPIOT, article préc., Dr. Ouv. 2015, p. 582 et pp. 589.

[283] Voir entre autres : G. DUCHANGE, I. MEFTAH, La démission sans volonté de démissionner, quels effets aura cet objet juridique non identifié ?, RDT 2022, p. 685 ; A. FABRE, Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues, JCP éd. S., n° 1, 10 janvier 2023, n° 1000 ; A. LYON-CAEN, Démission, RDT 2022, p. 611 ; P-E. TATER, Réforme de l'assurance chômage, entre passé et futur, JCP éd. S., n° 4, 31 janvier 2023, n° 1028.

[284] Il est évidemment possible qu'après une période d'intermission, le salarié soit à nouveau embauché par l'entreprise qui a mis fin précédemment à son contrat. Comme a pu l'écrire un auteur, dans ce cas, l'assurance chômage devient un outil permettant de financer les périodes de chômage entre deux emplois chez un même employeur qui fait ainsi prendre en charge une gestion « flexible » de ses ressources humaines par la collectivité. F. FONTAINE, La « flexisécurité à la française » n'a jamais existé, RDT 2022, p. 619.

A. Les contrats d'opération et de chantier[285]

Condition d'activité antérieure. Le salarié en contrat de chantier ou d'opération se trouve dans une situation comparable, en ce qui concerne le régime d'assurance chômage, au salarié en intérim ou en CDD. En d'autres termes, c'est le régime que l'on peut qualifier de droit commun qui s'applique dans ce cas, et il n'est pas dans nos ambitions d'en faire une présentation générale[286]. Comme pour tous les systèmes d'assurance, la garantie du risque nécessite des cotisations. Et il va de soi que dans le cadre des contrats d'opération ou de chantier la question essentielle sera systématiquement pour l'ex-salarié de savoir si son contrat a suffisamment duré pour bénéficier d'une allocation d'aide au retour à l'emploi. Il s'agit de la condition d'activité antérieure mentionnée dès l'alinéa 1 de l'article L 5422-1 du Code du travail et qui n'est donc pas propre aux contrats d'activité segmentée.

Coûts. Néanmoins, ces derniers contrats, à l'instar des CTT ou des CDD, pèsent lourdement sur les finances de l'Unédic[287]. Or l'alinéa 1 de l'article L 5422-12 du Code du travail dispose que « les taux de contributions et de l'allocation sont calculés de manière à garantir l'équilibre financier du régime ». Ainsi, le taux de contribution de chaque employeur est minoré ou majoré en fonction de différents éléments dont la nature du contrat de travail, sa durée ou le motif de recours. Ce système que l'on nomme bonus-malus a fait couler beaucoup d'encre[288]. En d'autres termes et en ce qui nous concerne plus directement, le traitement par Pôle emploi des salariés en contrats d'activité segmentée est lourd et coûteux, bien plus, avec certitude, que celui des salariés en CDI[289].

À l'issue du contrat. Mais au-delà de la question du coût du système, se pose celle relative aux droits des salariés à l'expiration de leurs contrats d'activité segmentée. Jusqu'à présent, il était loisible de penser qu'un salarié qui arrive au terme de son contrat d'opération ou de chantier (ou d'un autre contrat d'activité segmentée) et qui refuse un CDI devait être

---

[285] Pour une présentation générale mais succincte de ces contrats Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.

[286] Voir pour quelques-uns des manuels les plus usuels : J.P. CHAUCHARD, J-Y. HERBOUC'H, C. WILLMANN, Droit de la sécurité sociale, Paris, LGDJ, Manuel, 10ème éd., 2022 ; E. JEANSEN, Droit de la protection sociale, Paris, Lexisnexis, Objectif droit, cours, 4ème éd., 2021 ; F. KESSLER, Droit de la protection sociale, Paris, Dalloz, Cours, 8ème éd., 2022 ; P. MORVAN, Droit de la protection sociale, Paris, Lexisnexis, Manuels, 10ème éd., 2021. Concernant la question du montant de l'indemnisation des salariés ayant une activité discontinue Voir : L. DE MONTVALON, L'assurance chômage menacée par sa dette, Dr. Soc. 2022, p. 618.

[287] Voir par exemple : M. FERRACI, Le CDI intérimaire, une mesure cosmétique qui masque les véritables enjeux de la réforme de l'intérim, RDT 2014, p. 522. Voir également F. HAFIED, op. cit., Fondapol.org, juillet 2017, 65 p.

[288] Voir entre autres : B. DESAINT, Le « bonus-malus » sur les contributions patronales d'assurance chômage est mort ! Vive le « bonus-malus » !, SSL, n° 1934, 21 décembre 2020, p. 4 ; A-C. DUFOUR, Le financement de la sécurité sociale devant le juge constitutionnel, Dr. Soc. 2022, p. 896 ; D. GRAVOUIL, Réforme de l'assurance chômage : à la croisée de deux projets de société, Dr. Ouv. n° 875, août 2021, p. 429 ; M. GREGOIRE, Réforme de l'assurance chômage : les droits des salariés au risque de l'expérience rating, Dr. Ouv. n° 875, août 2021, p. 418 ; S. IZARD, Le Sénat redonne la main aux partenaires sociaux sur l'assurance chômage, SSL, n° 2018, 24 octobre 2022, p. 3 ; L. JOLY, Le financement de l'assurance chômage : un facteur d'insécurité sociale, Dr. Soc. 2022, p. 1033 ; C. LEBORGNE-INGELAERE, Les contrats courts ou le délicat équilibre entre souplesse et précarité, RJS, 1er février 2022, p. 85 ; R. PELLET, Finances sociales : pour un big bang juridique, Dr. Soc. 2022, p. 956 ; M. RICHEVAUX, Encore une nouvelle réforme du chômage, encore des réductions des droits des chômeurs, LPA, n° 102, 24 mai 2021, p. 8 ; C. WILLMANN, La malédiction des réformes : après les retraites, l'exemple du chômage, Dr. Soc. 2021, p. 577 ; C. WILLMANN, article préc., Dr. Soc. 2023, p. 150.

[289] L'enjeu de la réforme dernière de l'assurance chômage est ainsi d'inciter salariés et employeurs à privilégier l'allongement de la durée des contrats. Voir : F. FONTAINE, L. JOLY, La réforme de l'assurance chômage, acte de décès de la flexisécurité à la française ?, RDT 2022, p. 619.

considéré comme ayant néanmoins été involontairement privé d'emploi ce qui permet le versement d'une allocation d'assurance chômage[290]. Cette situation pourrait avoir évolué sous le coup de deux textes du 21 décembre 2022[291]. Le premier est relatif aux CDD. L'article L 1243-11-1 du Code du travail dispose ainsi : « Lorsque l'employeur propose que la relation contractuelle de travail se poursuive après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée sous la forme d'un contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente pour une durée de travail équivalente, relevant de la même classification et sans changement du lieu de travail, il notifie cette proposition par écrit au salarié. En cas de refus du salarié, l'employeur en informe Pôle emploi en justifiant du caractère similaire de l'emploi proposé ». Le second concerne les CTT et est rédigé en termes similaires[292]. Dès lors, il convient de se demander si les salariés en contrat d'activité segmentée seront soumis aux mêmes règles.

Conséquences. Si tel devait être le cas, Pôle emploi pourrait s'opposer au versement d'une allocation chômage au salarié qui refuse une poursuite de contrat de travail sous la forme d'un CDI à l'issue d'un contrat d'activité segmentée. Une telle possibilité nous paraît très discutable dans la mesure où Pôle emploi forcerait la main du salarié. En effet, sous la menace d'être sans ressources, le salarié pourrait accepter un CDI dont il ne voulait peut-être pas à l'origine. De plus, ce système instaurerait une reconnaissance de fait du contrat d'activité segmentée faisant office de période d'essai au profit de l'employeur. En effet, plutôt que d'embaucher un salarié sous CDI avec une période d'essai, l'employeur pourrait se contenter de recourir à un contrat d'activité segmentée. Si le salarié ne répond pas aux attentes de l'employeur, le contrat cessera. Dans l'hypothèse inverse, l'employeur formulera une offre de CDI au salarié que ce dernier pourra, comme nous venons de le voir, difficilement refuser.

Ce type de question se pose pour l'ensemble des contrats d'activité segmentée, y compris dans le cas de figure du portage salarial.

B. Le portage salarial

Exclusion du CDI. L'article L 1254-7 du Code du travail dispose que : « le contrat de travail est conclu entre l'entreprise de portage salarial et le salarié porté pour une durée déterminée ou indéterminée »[293]. L'assurance chômage ne va jouer que dans la première hypothèse. En effet, si l'opération de portage est établie pour une durée indéterminée, le salarié ne peut pas bénéficier d'allocation d'aide au retour à l'emploi lors des périodes sans prestations à une entreprise cliente, alors même que ces dernières ne sont pas rémunérées[294].

Pôle emploi. Si le portage salarial est construit autour d'un CDD, le salarié pourra être pris en charge par Pôle Emploi à la suite de la perte involontaire de son contrat de travail, sous réserve bien entendu du respect des conditions d'ouverture des droits fixées par l'assurance

[290] En vertu de l'article L 5422-1 du Code du travail.

[291] Voir l'article 2 de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022. Voir également : S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2023, p. 155.

[292] L'article L 1251-33-1 du Code du travail dispose : « Lorsque, à l'issue d'une mission, l'entreprise utilisatrice propose au salarié de conclure un contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, sans changement du lieu de travail, elle notifie cette proposition par écrit au salarié. En cas de refus du salarié, l'entreprise utilisatrice en informe Pôle emploi en justifiant du caractère similaire de l'emploi proposé ».

[293] Cf. supra, §2, section 1, chapitre 1 du titre 1 de cette étude.

[294] Voir l'article L 1254-21 II du Code du travail. Cf. infra, section 3 de ce chapitre.

chômage[295]. Pourtant, la position de Pôle Emploi à l'égard du portage salarial a longtemps été réservée pour ne pas dire négative[296]. Tout comme les intermittents du spectacle qui peuvent parfois faire face à des conseillers Pôle Emploi tâtillons et extrêmement zélés[297], les salariés portés sont parfois considérés comme des « passagers clandestins » au regard notamment des règles de financement et d'équilibre de la sécurité sociale et du régime d'assurance chômage[298]. À vrai dire, par ce biais, il s'agit surtout de refuser de considérer les portés comme des salariés ce qui peut au demeurant, sur un plan juridique, se comprendre puisque les fonctions de l'employeur sont particulièrement fragmentées dans ce cadre[299].
Pour autant, il n'est sans doute pas de la compétence de Pôle emploi de trancher la question du statut de salarié ou d'indépendant du porté, et dans l'hypothèse d'un contrat conclu pour une durée déterminée, ce dernier alternera les périodes travaillées et les périodes chômées[300]. Et qui dit périodes chômées, dit, *a priori*, chômage. Il y a donc dans notre cas de figure, selon les modalités de droit commun, versement d'allocations chômage. La question est alors plutôt de savoir si, à l'instar des intermittents du spectacle, les portés ne devraient pas bénéficier d'un régime d'assurance chômage spécifique[301].

§ 2 : Assurance chômage spécifique

Historique. Le système d'assurance chômage des intermittents du spectacle est ancien et a été mis en place en deux phases. En effet, l'Unédic est créée en 1958 et la première annexe 8 relative, à l'époque, principalement aux techniciens de cinéma date de 1964[302]. Puis, en 1969 est introduite pour les artistes l'annexe 10[303]. De nombreuses réformes se sont succédées, mais l'ossature générale du régime des intermittents est restée identique. Les annexes 8 et 10 sont assurément les deux piliers du système[304].

---

[295] Voir notamment : D. CHENU, F. MOREL, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 221, 1er juin 2015. Sur l'évolution de ces droits qui fait tendre la couverture assurantielle de la perte d'emploi vers un système d'assistance donnée aux personnes sans emploi Voir : L. DE MONTVALON, article préc., Dr. Soc. 2022, p. 618 ; S. TOURNAUX, La profonde déstabilisation du droit du chômage, RDSS 2022, p. 147.
[296] Voir entre autres : P-M. MENGER, P. COSTA, D. HANET, C. MARCHIKA, article préc., Dr. Soc. 2007, p. 46. Voir également : B. KANTOROWICZ, Portage salarial, Juris-Cl. Travail Traité, Fasc. 3-22, n°77 et
[297] Cf. infra § 2 de cette section et Voir notamment : E. VIDECOQ, note sous TGI Toulouse, 9 juin 2016, Dr. Ouv. 2016, n° 819, p. 631.
[298] En ce sens : C. LENOIR, F. SCHECHTER, Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés, Dr. Soc. 2012, p. 771.
[299] Cf. notamment supra, titre 1 de cette étude.
[300] Rappelons que cette alternance a un impact sur le bénéfice des congés pour événements familiaux. Cf. supra § 2, section 1, chapitre 1 du titre 1 de cette étude et Voir : l'avis de la Cour de cassation du 11 février 2021, n° 20-70005, BJT avril 2021, p. 23, S. RANC.
[301] Voir : L. CASAUX-LABRUNEE, article préc., Dr. Ouv. 2011, p. 424. Voir encore : P. MORVAN, article préc., Dr. Soc. 2007, p. 607. Cet auteur propose un assouplissement des indemnisations des portés en les intégrant dans le champ de l'annexe I à la convention d'assurance chômage qui regroupe des salariés touchant une rémunération variable, parfois de plusieurs employeurs, voire dans le champ de l'annexe V relative aux travailleurs à domicile.
[302] Aujourd'hui l'annexe concerne les ouvriers et techniciens sous contrat de travail à durée déterminée.
[303] Voir : D. GRAVOUIL, Intermittents du spectacle : un laboratoire à double tranchant, RDT 2019, p. 612.
[304] Pour une comparaison du régime français avec celui de L'Allemagne, de l'Italie, de la Grande Bretagne et de la Suède, Voir : RIDC vol. 66, n° 1, 2014, p. 146, L'indemnisation du chômage des intermittents du spectacle. Pour une comparaison plus générale des différents systèmes d'assurance chômage Voir : A. KOZUSNIKOVA, G. FOKI, Regards croisés sur les systèmes d'assurance chômage en Europe, JCP éd. S., n° 50, 20 décembre 2022, n° 1321.

Statut. Il n'est pas dans nos objectifs de procéder à une présentation approfondie de ce régime mais en résumé, dans le cadre des deux annexes, l'intermittent du spectacle doit justifier d'au moins 507 heures de travail ou d'heures assimilées au cours des 12 mois qui précèdent la fin du contrat de travail pris en considération pour l'ouverture des droits[305]. Le mécanisme renvoie ainsi à une date anniversaire qui permet de calculer l'ouverture des droits à une allocation chômage[306]. Pour mémoire, les intermittents sont payés par l'entreprise de spectacles vivants qui transforme en salaire, appelé cachet, le prix de la prestation facturée au client[307]. Ce cachet correspond habituellement à un forfait de 12 heures de travail et il peut faire suite, par exemple, à une représentation, à des répétitions, à un enregistrement, à la création d'un spectacle en résidence d'artistes[308]. Il est à noter qu'un artiste ne peut pas cumuler plus de 28 cachets sur un mois et un technicien ne peut travailler plus de 208 heures mensuellement[309]. Si l'intermittent remplit les conditions énoncées, il va percevoir une allocation journalière avec cotisation variable selon le montant de cette dernière[310]. Cette allocation journalière est attribuée par une indemnisation mensuelle, soumise à retenue au titre de l'impôt sur le revenu si l'intermittent est imposable, dont le montant est plafonné[311]. À défaut de remplir les conditions évoquées, l'intermittent pourra bénéficier d'une clause de rattrapage. Puis, si la situation persiste, c'est-à-dire que les heures ne sont toujours pas suffisantes pour bénéficier du régime, l'intermittent pourra percevoir une des allocations spécifiques de solidarité[312]. Enfin, si la situation ne s'améliore toujours pas, l'intermittent ne percevra plus d'allocation par Pôle emploi et devra se contenter des revenus générés par ses cachets en attendant d'atteindre à nouveau les 507 heures de travail[313].

Pôle emploi. Au fond, l'intermittent est un curieux salarié puisque son principal objectif d'un point de vue financier ou économique est d'être reconnu comme un demandeur d'emploi ! Paradoxe à part, il est chômeur mais en activité. En d'autres termes, il cumule des revenus liés à son activité (les cachets) avec une allocation d'aide au retour à l'emploi… alors qu'il est en emploi. Et il est donc dans l'obligation, chaque mois, de procéder à une actualisation de son dossier sur le site de Pôle emploi. D'ailleurs, à l'instar de ce que l'on a pu noter à propos des salariés portés[314], Pôle emploi diligente quelquefois des contrôles sur les prestations réalisées

---

[305] Pour une présentation succincte mais complète du régime des intermittents Voir : https://www.pole-emploi.fr/files/live/sites/PE/files/fichiers-en-telechargement/fichiers-en-telechargement---dem/GUIDE%20INTERMITTENT.pdf.

[306] Cette date anniversaire peut être anticipée par une demande formulée par l'intermittent ou retardée suite par exemple à la survenance d'un congé maladie.

[307] Cf. supra, section 2, chapitre 1 du titre 1 de cette étude.

[308] Mathématiquement, un intermittent doit donc cumuler 42,25 cachets sur une année pour « faire son statut ».

[309] Il n'existe pas d'autres limitations au renouvellement des CDDU des intermittents du spectacle ce qui est susceptible de poser un problème avec les instances européennes. Cf. supra, § 2, section 2, chapitre 2 du titre 1 de cette étude et Voir : CJUE 26 février 2015, aff. C-238/14, AJDA 2015, p. 1093, chronique préc., E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GANSER.

[310] Elle est fin 2022 d'un montant minimal de 31,36 euros. Il est à relever qu'il existe un certain nombre de franchises qui viennent impacter le montant de l'allocation journalière, notamment pour les congés payés. Voir sur ce dernier point : C. WILLMANN, L'adhésion à la caisse des congés spectacles à l'épreuve du droit européen des droits de l'homme, Cass. Civ. 1ère, 28 juin 2007, n° 06-12.061, Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 269, 19 juillet 2007.

[311] De l'ordre de 3857,42 euros fin 2022.

[312] Voir l'article L 5424-21 du Code du travail. Il s'agit de l'allocation de professionnalisation et de solidarité (APS) et de l'allocation de fin de droits (AFD).

[313] À moins qu'il ne décide par exemple de changer d'orientation et de renoncer à obtenir à nouveau son statut d'intermittent.

[314] Cf. supra, B ; du § précédent.

par des intermittents auprès de leurs employeurs dans des conditions parfois contestables[315]. Ce n'est pas le zèle des conseillers Pôle emploi qu'il convient de remettre en cause mais plutôt les possibles excès. Le régime des intermittents est ainsi régulièrement dénoncé alors que de très nombreux régimes spéciaux s'appliquent à une multitude de catégories de salariés[316]. Il faut dire que le régime spécial des intermittents concerne un nombre élevé d'allocataires. Il n'y avait, en effet que quelques dizaines de milliers d'intermittents du spectacle dans les années 1990. On en dénombre en 2020, donc en pleine crise sanitaire, plus de 200 000[317].

Critiques. Néanmoins, les critiques se concentrent, en premier lieu, sur les abus liés à ce que l'on nomme la « permittence »[318]. Ce phénomène que l'on rencontre principalement dans l'audiovisuel et qui concernerait environ 15 % des intermittents du spectacle, consiste en une entente entre l'employeur et le salarié pour que le statut d'intermittent soit accordé alors que la relation est de fait permanente et devrait donc être assurée par un CDI[319]. Le mécanisme permet concrètement à l'employeur de faire prendre en charge une partie de la rémunération du salarié par Pôle emploi. Et le salarié, du fait de la permanence de la relation, à la garantie de pouvoir chaque année renouveler son statut[320].

Coût. En second lieu et cette critique résulte en partie du phénomène de « permittence », le coût du régime est depuis longtemps dénoncé. À vrai dire, les annexes 8 et 10 de la convention Unédic sont structurellement déficitaires[321], ce que la Cour des comptes pointe du doigt depuis des lustres[322]. En résumé, le régime des intermittents rapporte en cotisations environ 200 millions d'euros par an, et coûte en allocations environ 1,2 milliard. Le déficit annuel quasi systématique, depuis des années, se situe donc autour du milliard d'euros[323]. De plus, durant la période dite du COVID, les dispositifs d'urgence mis en place par les pouvoirs publics ont

---

[315] Voir notamment : E. VIDECOQ, note sous TGI Toulouse, 9 juin 2016, Dr. Ouv. 2016, n° 819, p. 631. Voir également les propos du même auteur, Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur, discussion, Dr. Ouv. Octobre 2015, n° 807, pp. 583.

[316] Par exemple : L. COSTES, L'indispensable réforme du statut des intermittents du spectacle, Revue Lamy droit de l'immatériel, 1er juillet 2014, n° 106, p. 3. En ce qui concerne les différents régimes spéciaux d'assurance chômage Voir : https://www.unedic.org/indemnisation/textes-reglementaires/conventions-dassurance-chomage. En résumé, l'annexe 1 concerne les VRP, journalistes, personnels navigants de l'aviation civile, assistants maternels, assistants familiaux, bûcherons-tâcherons. L'annexe 2 est relative aux personnels navigants de la marine marchande, l'annexe 3 aux dockers professionnels intermittents, l'annexe 4 aux intérimaires, l'annexe 5 aux travailleurs à domicile, l'annexe 6 aux titulaires d'un CDD, l'annexe 7 aux personnels employés par des associations, aux personnels d'encadrement des centres de vacances et de loisirs, aux porteurs de presse etc. L'annexe 9 s'applique aux salariés expatriés et l'annexe 11 aux salariés apprentis ou en contrat de professionnalisation.

[317] Voir notamment : https://www.pole-emploi.org/statistiques-analyses/entreprises/emploi-intermittents-du-spectacl/lemploi-intermittent-dans-le-spectacle-au-cours-de-lannee-2020.html?type=article.

[318] Voir notamment : R. DECOUT-PAOLINI, article préc., RDT 2018, p. 582.

[319] Voir : C. WILLMANN, Requalification du contrat d'usage en CDI et appréciation du motif réel et sérieux de la rupture du contrat, Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-23.712, Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 631, 5 novembre 2015.

[320] Voir entre autres : T. LAHALLE, article préc., JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333.

[321] Voir déjà : P-M. MENGER, article préc., Dr. Soc. 2004, p. 825.

[322] Par exemple : Cour des comptes, rapport public annuel (février) 2012, étude, Le régime des intermittents du spectacle : la persistance d'une dérive massive.

[323] Voir : F. HAFIED, op. cit., Fondapol.org, juillet 2017, pp. 21.

pesé sur les comptes[324]. Le surcoût de la crise sanitaire s'élève pour les intermittents du spectacle aux alentours de 500 millions d'euros par an pour 2020 et 2021[325].

Statu quo. Pourtant, le statut des intermittents a peu évolué ces dernières années. Par exemple, la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a « sanctuarisé » le régime des intermittents[326]. Force est de constater que le sanctuaire reste inviolé puisque les intermittents du spectacle sont exclus des dispositions qui viennent à durcir, au 1er février 2023, les règles d'indemnisation chômage[327]. Certes, les tentatives de remise en cause partielle du statut des intermittents n'ont pas manqué mais les colères et autres mouvements de protestation d'ampleur des intéressés ont sans doute, jusqu'à présent, fait renoncer les pouvoirs publics[328].

Pistes. Est-ce à dire qu'il est dès lors interdit de réfléchir au régime lui-même ? Espérons que non. Mais, le paramètre de son coût ne peut pas être le seul point d'entrée de son étude. D'ailleurs, le régime des intermittents du spectacle peut servir de boussole pour un certain nombre de salariés en contrat d'activité segmentée. Nous pensons principalement aux salariés soumis à un contrat de travail intermittent[329]. Certains pensent qu'un alignement du régime des intermittents sur celui des intérimaires aurait des vertus notamment pour lutter contre le phénomène de « permittence »[330], alors même que l'annexe 4 qui est relative aux salariés en CTT est elle aussi largement déficitaire[331]. D'autres estiment que les allocations chômage des intermittents devraient suivre une tarification différenciée selon le compte assurantiel de l'employeur à l'aune de ce qui est pratiqué pour les accidents du travail et les maladies professionnelles[332]. Ce qui est certain, c'est qu'aujourd'hui, le coût du statut des intermittents est couvert par la solidarité interprofessionnelle, c'est-à-dire que l'Unédic supporte le déficit chronique du régime[333]. Il n'est dès lors pas illogique de considérer que les ressources de l'assurance-chômage permettent de financer une politique culturelle qui devrait relever de l'État et donc de l'impôt[334].

---

[324] Nous pensons notamment à la mise en place de l'année dite « blanche ». Voir : T. LAHALLE, Covid et activité partielle, LPA, n° 113, 5 juin 2020, p. 15. Voir également : Liaisons Sociales Quotidien, L'actualité, n° 18529, 11 avril 2022, La majoration temporaire de l'aide à l'embauche en CDD dans le spectacle est prolongée.

[325] Voir : Liaisons Sociales Quotidien, L'actualité, n°18481, 2 février 2022, Intermittents du spectacle : le surcoût de la crise pour l'Unédic s'élève à 520 millions d'euros en 2021.

[326] Le terme est emprunté à Christophe WILLMANN. Voir : C. WILLMANN, Loi « Rebsamen » : dispositions portant sur le volet « Emploi-insertion professionnelle » (art. 34 à 60), Lexbase hebdo éd. Sociale, n° 624, 10 septembre 2015, emploi ; C. WILLMANN, Le régime des intermittents du spectacle, par petites touches, JCP éd. S., n° 41, 6 octobre 2015, n°1357.

[327] Voir : S. IZARD, Le gouvernement acte un durcissement des règles d'indemnisation chômage au 1er février 2023, SSL, n° 2023, 28 novembre 2022.

[328] Voir par exemple : D. BAUGARD, article préc., Dr. Soc. 2015, p. 915 ; M. VERICEL, La nouvelle convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 – Recherche d'un certain équilibre entre nécessité de réduction du déficit et avancées en faveur des plus précaires, RDT 2014, p. 467.

[329] Cf. infra section 3 de ce chapitre. Il est également possible d'évoquer la situation des salariés en CDD saisonnier. Voir : S. TOURNAUX, À quand un véritable statut des saisonniers ?, Cass. Soc. 14 février 2018, n° 16-19.656, RDT 2018, p. 376.

[330] Voir en ce sens : T. LAHALLE, article préc., JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333.

[331] Voir par exemple : M. FERRACI, article préc., RDT 2014, p. 522.

[332] Voir : P-M. MENGER, article préc., Dr. Soc. 2004, p. 825.

[333] Voir notamment : L. DE MONTVALON, article préc., Dr. Soc. 2022, p. 618.

[334] Voir en ce sens : A. SUPIOT, article préc., Dr. Ouv. Octobre 2015, n° 807, pp. 583. Voir également, Le mensuel de la Fondation IFRAP, Réforme de l'assurance chômage, Les mesures à prendre pour stopper la dérive, Société civile, n° 185, Décembre 2017.

Quelle que soit la réponse apportée à cette dernière question, les périodes d'intermissions des intermittents du spectacle sont pris en charge par un système d'assurance chômage spécifique qui doit particulièrement faire envie aux salariés qui ne bénéficient d'aucune allocation.

Section 3 : Nul salaire, nulle allocation chômage

Deux types de contrats d'activité segmentée sont concernés par cette situation qui de prime abord paraît très défavorable aux salariés. Il s'agit du contrat de travail intermittent (§ 1) et du portage salarial sous forme de CDI (§ 2).

§ 1 : Contrat de travail intermittent

Absence de ressources. L'alinéa 1 de l'article L 3123-34 du Code du travail, dispose que « le contrat de travail intermittent est un contrat à durée indéterminée ». L'alinéa 2 du même texte énonce qu'« il peut être conclu afin de pourvoir un emploi permanent qui, par nature, comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées »[335]. Une double conséquence découle de l'analyse des deux alinéas. D'une part, les périodes non travaillées ne sont pas rémunérées par l'employeur, même si elles sont prises en compte au titre de l'ancienneté[336]. D'autre part, ces mêmes périodes ne sont pas indemnisées au titre du chômage[337]. Le salarié se trouve donc dans une situation inconfortable d'un point de vue financier puisqu'il est durant les périodes dites d'intermission ou interstitielles, sans ressources.

Lissage de la rémunération. C'est pourquoi, il existe un mécanisme facultatif de lissage de la rémunération sur l'année du travailleur en contrat de travail intermittent[338]. Cette possibilité n'est offerte aux salariés qu'à la condition qu'un accord collectif de travail ou le contrat de travail le prévoit[339]. L'intervention des partenaires sociaux en la matière ne saurait surprendre tant le contrat de travail intermittent dépend obligatoirement d'une convention ou d'un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, d'une convention ou d'un accord de branche étendu[340]. Néanmoins le mécanisme interpelle.

Travail à temps partiel. En l'absence de lissage, nous pouvons partir du principe que les périodes travaillées sont payées en fonction du nombre d'heures effectuées[341]. Lors d'une

---

[335] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude. Voir également : Liaisons sociales, Les thématiques, n° 79, 1er juin 2020, n° 58, Caractéristiques du travail intermittent.

[336] Voir l'alinéa 2 de l'article L 3123-36 du Code du travail.

[337] Voir par exemple : P. LOKIEC, Le contrat de travail intermittent : quelles sanctions ?, Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, Lexbase Hebdo éd. Sociale, 9 juin 2016, n° A0180RR4 ; S. TOURNAUX, La requalification du contrat de travail intermittent et l'objectif communautaire de développement du travail à temps partiel, Cass. Soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009, Lexbase Hebdo éd. Sociale, 17 mars 2016, n° A0781QYL.

[338] Voir : Expérimentation du contrat de travail intermittent pour les emplois saisonniers : pas d'obligation de lisser la rémunération sur l'année, Lexbase hebdo éd. Sociale, 5 janvier 2017, n° N6051BWZ.

[339] Voir : S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2021 p. 561.

[340] Article L 3123-33 du Code du travail. Voir notamment sur la question des relations entre accord collectif d'entreprise et convention collective de branche : B. TEYSSIE, La négociation collective d'entreprise ou l'enclos des illusions, Dr. Soc. 2022, p. 377.

[341] Lorsque le salarié est payé au temps selon un salaire horaire du type SMIC ou bien entendu supérieur à ce dernier.

période non travaillée, le salarié qui est toujours sous contrat puisqu'il s'agit d'un CDI ne perçoit donc aucune rémunération, ni salaire, ni allocation chômage. Par exemple, nous pouvons imaginer un salarié qui gagne 2000 euros par mois net lorsqu'il est en activité, et que cette dernière situation correspond à la moitié de l'année. Un simple calcul nous permet alors de constater que le salarié aura perçu 6 fois 2 000 euros sur l'année, donc 12 000 euros[342]. En présence du lissage, le salarié va percevoir chaque mois de l'année, le montant de la rémunération annuelle divisée par 12. Ainsi, dans notre exemple chiffré, le travailleur percevra les mêmes 12 000 euros simplement versées en 12 fois 1 000 euros. Au final, la rémunération du salarié en contrat de travail intermittent sera la même et l'avantage du mécanisme de lissage semble donc limité.

Annualisation du temps de travail. D'un point de vue financier, le contrat de travail intermittent revient dès lors, à une forme d'annualisation du temps de travail ou à une forme de travail à temps partiel. Toujours en suivant un exemple concret, si le salarié est en période travaillée la moitié de l'année à temps plein donc 35 heures hebdomadaires, et qu'il se trouve en période non travaillée l'autre moitié de l'année, il sera, *in fine*, payé comme s'il avait travaillé à mi-temps, donc 17,5 heures par semaine. L'approche du droit de l'Union européenne qui considère le travail intermittent comme une composante du travail à temps partiel peut, en ce sens, se comprendre[343].

La situation du salarié porté en CDI est approchante mais pas identique.

§ 2 : Le portage salarial sous forme de CDI

Absence de ressources. Le portage salarial relève par nature d'une forme de CDD[344]. Cela étant, il n'est pas interdit pour une entreprise de portage de faire signer un CDI au salarié. L'hypothèse semble rare car elle n'a, *a priori*, pas grand intérêt pour le salarié puisque cela ne modifie en rien le fait qu'il se doit de trouver lui-même sa ou ses futures entreprises clientes, et qu'il ne percevra aucune rémunération de l'entreprise de portage durant les périodes d'intermission[345]. En outre, le porté ne pourra pas non plus bénéficier d'allocations chômage[346]. À l'instar du salarié sous contrat de travail intermittent, le porté sous CDI se retrouve donc dans ces laps de temps sans ressources.

---

[342] Puisque durant les 6 mois sans activité, il perçoit 6 fois zéro euro.

[343] Voir : S. TOURNAUX, article préc., Lexbase Hebdo éd. Sociale, 17 mars 2016, n° A0781QYL. Voir également : P. FLORES, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, chambre sociale, D. 2016, p. 1588, I, Sport professionnel (intermittence) : requalification et octroi d'une prime d'ancienneté.

[344] En ce sens : C. WILLMANN, article préc., Dr. Soc. 2015, p. 416. Cf. également supra, section 1, chapitre 1, du titre 1 de cette étude.

[345] Voir l'article L 1254-21 II du Code du travail et S. RANC, note préc., BJT, Avril 2021, contrat de travail, p. 23. Voir encore : L. CARRIE, En question : plateforme numérique de travail : la voie du portage salarial, JCP éd. S., n° 30-34, 27 juillet 2021, n° 361.

[346] Cf. supra, B., § 1, section 2 de ce chapitre.

Réserve financière. C'est pourquoi, il existe dans ce cadre un dispositif original[347]. La convention collective du portage salarial a prévu la constitution d'une réserve financière sur le compte d'activité du salarié porté[348]. L'article 21.3 de cette convention stipule ainsi que « pour les salariés en contrat à durée indéterminée, une réserve égale à 10 % du salaire de base de la dernière mission, est constituée sur le compte d'activité : elle a pour vocation de pallier la baisse substantielle de rémunération, voire son absence, pendant les périodes hors activités et de permettre aux salariés portés de sécuriser leur développement lors des périodes d'inactivité en permettant notamment de rechercher de nouveaux clients ou de nouvelles missions dans le cadre des dispositions de l'article 22.2 de la présente convention »[349]. Ainsi, le salarié porté voit, chaque mois pendant lesquels il est en activité auprès d'un client, son compte d'activité abondé par une provision correspondant à 10 % de son salaire. Il s'agit d'une somme d'argent qui n'affecte pas le montant de son salaire mensuel. Le salarié porté utilise cette provision dans les conditions de l'article 22.2 de la convention collective du 22 mars 2017[350]. Il est à noter que le versement de ce que les partenaires sociaux nomment une allocation prospection[351], c'est-à-dire le montant de cette provision, se fait sauf demande contraire du salarié et dans la limite de trois mois[352]. En d'autres termes, le salarié porté a tout intérêt à ce que les périodes d'intermission ne dépassent pas trois mois car il aura sinon dans ce cas, épuisé sa provision. Et il va de soi que le montant de cette allocation prospection dépend du niveau de salaire de base du porté et de la durée pendant laquelle il a été en mission précédemment[353].

Critiques. La situation du porté en CDI est donc moins enviable, de ce point de vue, que celle du porté en CDD puisque ce dernier est susceptible, durant les périodes interstitielles, de percevoir les allocations chômage de droit commun. Ne faudrait-il donc pas aligner le régime des portés en CDI sur celui des portés en CDD ? La même question peut se poser à propos des salariés en contrat de travail intermittent. Ne prévoir aucune forme de ressources pour certains salariés en contrat d'activité segmentée pendant les intermissions est critiquable.

Au fond, si nous pouvons regrouper l'ensemble des contrats étudiés sous le vocable de contrats d'activité segmentée, c'est bien parce qu'ils répondent à une logique similaire. Dès

---

[347] Voir : L. ENJOLRAS, article préc., RJS 1er octobre 2022, chronique.

[348] Ce dernier est envisagé à l'article L 1254-25 du Code du travail qui dispose : « L'entreprise de portage salarial met en place et gère pour chaque salarié porté un compte d'activité.

Le salarié porté est informé une fois par mois des éléments imputés sur ce compte, et notamment :

1° De tout versement effectué par l'entreprise cliente à l'entreprise de portage au titre de la réalisation de sa prestation ;

2° Du détail des frais de gestion ;

3° Des frais professionnels ;

4° Des prélèvements sociaux et fiscaux ;

5° De la rémunération nette ;

6° Du montant de l'indemnité d'apport d'affaire ».

[349] Convention collective de branche des salariés en portage salarial du 22 mars 2017, étendue par arrêté du 28 avril 2017, JORF 30 avril 2017.

[350] Voir l'article 21.4 *in fine* de la convention collective de branche des salariés en portage salarial préc.

[351] Le terme est loin d'être neutre. Il montre que ce versement est réalisé afin de lui permettre financièrement de rechercher une nouvelle entreprise cliente.

[352] Les sommes ainsi allouées sont souvent assez faibles. Le montant mensuel de l'allocation provision est au moins égal à une journée, ce qui paraît bien peu. Voir l'alinéa 3 de l'article 22.2 de la convention collective de branche des salariés en portage salarial préc.

[353] La rémunération des salariés portés est parfois relativement élevée car ils bénéficient d'une expertise souvent recherchée. Cf. supra, A., § 1, section 1, chapitre 1 du titre 1 de cette étude. À tout le moins, les salariés portés bénéficient d'une rémunération minimale définie à l'article 21.3 de la convention collective du 22 mars 2017.

lors, le traitement différencié des périodes d'intermission nous semble discutable et le versement d'allocations chômage pour tous les salariés sous contrat d'activité segmentée relativement logique.

Financement. Pour autant, sur la base de ce postulat, une question doit être soulevée. Comment financer le régime d'assurance chômage dès lors garanti ? Selon nous, les contrats d'activité segmentée devraient intégrer la catégorie des contrats courts[354]. Cela permettrait de leur appliquer le mécanisme du bonus-malus sur la contribution chômage[355]. Car ce sont en définitive les employeurs qui choisissent de recourir à ce type de contrats, en raison des avantages économiques qu'ils en retirent. Il n'est donc pas déraisonnable de penser que ce sont ces mêmes employeurs qui doivent prendre en charge au moins une partie du coût ou plutôt du surcoût que le traitement de ce type de contrats engendre[356]. Cette remarque nous paraît devoir être faite pour l'ensemble des contrats d'activité segmentée y compris les CDDU des intermittents du spectacle. En effet, une sur-contribution assurance chômage appliquée aux entreprises de spectacles vivants est possible même si cela peut avoir un impact sur le prix des prestations[357]. En d'autres termes, ce n'est pas en premier lieu à l'Unédic de combler le déficit engendré par l'utilisation des contrats d'activité segmentée, mais aux utilisateurs, donc aux employeurs[358].

***

Questionnements. Les périodes d'intermission sont, pour l'instant, appréhendées de fort différentes manières dans le cadre des multiples contrats d'activité segmentée que nous étudions. Existe-t-il derrière cet éclatement des situations, une certaine logique ou mieux, une logique certaine ? *Prima facie*, la réponse est négative. En effet, il est loisible de penser qu'une distinction aurait été opérée sur le fondement d'une séparation cohérente entre contrats d'activité segmentée par nature et par destination[359]. Mais notre étude nous conduit à constater que le législateur ne suit pas cette logique. Pour autant, cette question de la logique qui sous-tend globalement le mécanisme de l'assurance chômage mérite que l'on s'y attarde. Il nous est en effet difficile de croire que les règles de prise en charge ou de non prise en charge par l'Unédic des situations de chômage ne reposent que sur des considérations financières. Nous n'excluons donc pas de pouvoir un jour nous y intéresser de plus près.

Pour autant, si nous revenons à notre étude consacrée à la temporalité des contrats d'activité segmentée, il convient de ne pas perdre de vue que l'existence des périodes d'intermission

---

[354] Le CDII, le CDI chantier, le contrat de travail intermittent ne sont pas considérés comme des contrats courts. Voir : Liaisons Sociales Quotidien, Le dossier juridique, n° 162, 8 septembre 2022, Le bonus-malus sur la contribution chômage.

[355] Voir l'article L 5422-12 du Code du travail qui évoque la garantie de l'équilibre financier du régime au travers du taux de contribution de chaque employeur qui peut être minoré ou majoré. Certains proposent la mise en place d'un système de cotisation à des minima sociaux spéciaux qui seraient alors ouverts lors des périodes non travaillées. Voir en ce sens : F. HAFIED, op. cit., Fondapol.org, juillet 2017, 65 p., pp. 19 et 20.

[356] En ce sens notamment : B. COQUET, E. HEYER, Contrats courts : de l'encadrement juridique à l'incitation économique, RDT 2019, p. 452.

[357] Voir l'article L 5424-20 du Code du travail et Voir : B. COQUET, E. HEYER, article préc., RDT 2019, p. 452. Concernant le prix des prestations des intermittents du spectacle, Cf. supra, § 3, section 2, chapitre 2 du titre 1 de cette étude.

[358] En ce sens : L. DE MONTVALON, article préc., Dr. Soc. 2022, p. 618. La proposition faite par certains de transférer cette charge financière à l'État ne modifie en rien le fait qu' *in fine*, il s'agit toujours d'argent public. Voir par exemple : A. SUPIOT, article préc., Dr. Ouv. 2015, p. 582.

[359] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.

découle, le plus souvent, soit d'une rupture (régulière), soit d'un non-renouvellement du contrat[360].

Chapitre 2 : Les cessations

La cessation des contrats d'activité segmentée est appréhendée de deux manières. Tantôt, celle-ci relève des règles de droit commun (section 1), tantôt de règles exorbitantes du droit commun (section 2).

Section 1 : Cessations de droit commun

Les cessations de droit commun renvoient, soit aux règles du CDI (§ 1), soit aux règles du CDD (§ 2).

§ 1 : règles du CDI

Contrat de travail intermittent. Le contrat de travail intermittent est le premier des contrats d'activité segmentée auquel il est appliqué les règles de cessation du CDI. Rappelons que l'article dispose que « le contrat de travail intermittent est un contrat à durée indéterminée »[361]. Dès lors, en l'absence de dispositions spécifiques à la cessation ou rupture du contrat de travail intermittent, nous en déduisons que ce sont bien les règles du droit commun relatives aux CDI qui viennent régir la question[362]. Par ailleurs, puisqu'il s'agit d'un CDI, mais qu'en outre, le contrat de travail intermittent est un contrat d'activité segmentée par nature[363], tout risque d'une quelconque requalification paraît écarté.
Requalification. Pourtant, il est intéressant de relever que le contrat de travail intermittent qui est donc un CDI, peut néanmoins être requalifié par le juge en CDI de droit commun à temps complet[364]. Cela est le cas, par exemple, en l'absence d'une convention collective ou d'un accord collectif prévoyant l'existence du contrat de travail intermittent ou en l'absence de définition des périodes travaillées et non travaillées dans ledit contrat[365]. Or dans l'hypothèse d'une telle requalification, il peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir fourni de travail à son salarié pendant certains laps de temps correspondant aux périodes non travaillées du pseudo-contrat de travail intermittent.
La question se pose alors de savoir si, par exemple, un salarié pourrait prendre acte de la rupture de son contrat de travail sur ce fondement.

---

[360] C'est pourquoi nous utilisons le terme large de cessations.
[361] Cf. supra, section de l'introduction de cette étude.
[362] Il n'est évidemment pas dans nos ambitions d'étudier dans notre cadre la rupture du CDI. Voir les articles L 1231-1 et s. du Code du travail.
[363] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.
[364] Avec un rappel de salaire correspondant à la différence entre la rémunération que le salarié aurait dû percevoir sur la base d'un temps complet et celle perçue au titre du contrat de travail intermittent. Voir entre autres : Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-30.584.
[365] Voir respectivement : Cass. Soc. 19 mars 2014, n° 13-10.759 et n° 13-10.760, Dr. Soc. 2014, p. 578, Obs. J. MOULY ; JCP éd. S., n° 25, 24 juin 2014, p. 35, note M. MORAND ; Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, JCP éd. S., n° 27, 12 juillet 2016, p. 17, note A. BAREGE.

Résiliation judiciaire. Nous savons que les hauts magistrats ont considéré que l'absence de fourniture de travail pendant les périodes non travaillées ayant pour origine un contrat de travail intermittent illicite justifie une action en résiliation judiciaire du contrat de travail ou une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse d'une prise d'acte du contrat de travail[366]. N'oublions pas néanmoins, que les manquements de l'employeur à ses obligations ne justifient pas nécessairement que la rupture lui soit imputable lorsque les manquements n'ont pas empêché la poursuite du contrat de travail[367].
CDII. Le CDI intérimaire est le second contrat d'activité segmentée auquel sont appliquées les règles de rupture du CDI[368]. L'alinéa 1 de l'article L 1251-58-2 du Code du travail énonce clairement que le CDII est régi par les dispositions du Code du travail relatives au CDI, sous réserve des dispositions de la présente section. Or jusqu'à très récemment, une question pouvait se poser à propos de la cessation du CDII puisque ce contrat ne pouvait pas dépasser 36 mois. Présenté comme un contrat à deux faces, il était alors légitime de se demander si une part des règles relatives au CDD ne devait pas s'appliquer au CDII qui arrivait à son terme[369]. Comme nous le savons, depuis la loi du 21 décembre 2022, la durée du CDII n'est plus limitée[370]. Ainsi, il n'y a plus, selon nous, de raisons de penser que d'autres règles que celles liées à la rupture du CDI seraient susceptibles de s'appliquer au CDII.

§ 2 : Règles du CDD

Deux contrats d'activité segmentée se voient appliquer, en cas de cessation, le régime (de droit commun) relatif aux CDD. Il s'agit des intermittents du spectacle et des salariés portés sous CDD.
CDDU. Le contrat de travail qui sous-tend le statut des intermittents du spectacle relève du CDDU[371]. Sa cessation découle ainsi d'une rupture anticipée ou de l'arrivée du terme qu'il n'est pas dans nos objectifs d'étudier ici[372]. Pour autant, nous savons que la succession des CDDU pose question au niveau européen[373]. Et nous avons également vu que le régime des intermittents du spectacle était confronté dans certains cas à un phénomène de « permittence » régulièrement dénoncé par la Cour des comptes et une partie de la doctrine[374].
Surtout, ce mécanisme de « permittence » est susceptible de heurter l'article L 1242-1 du Code du travail qui dispose qu'« un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à

[366] Voir respectivement : Cass. Soc. 5 octobre 2011, n° 10-19.706 et Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-30.584.
[367] Voir : Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-35040.
[368] Voir en ce sens notamment : A. De FRANQUEVILLE, G. BOSSY, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016 ; F. BOUSEZ, article préc., CSBP, n° 255, 1er septembre 2013, n° 111d9.
[369] Voir : F. BOUSEZ, note sous Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, CDI intérimaire : la création d'un nouveau contrat de travail est du domaine de la loi, JCP éd. S., n° 38, 25 septembre 2018, n° 1306.
[370] Cf. supra section 1, chapitre 1 de ce titre 2. Voir l'article L 1251-58-6 du Code du travail issu de l'article 7 de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi.
[371] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.
[372] Pour mémoire Voir les articles L 1243-1 et s. du Code du travail.
[373] Cf. supra, § 2, section 2, chapitre 2, du titre 1 de cette étude et Voir : CJUE 26 février 2015, aff. 238/14, commission c. Luxembourg, RJS juin 2015, études et doctrine, chronique, L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale, A. GARDIN, Succession de CDD : l'étau européen se maintient sur les CDD d'usage.
[374] Cf. supra, § 2, section 2, chapitre 1 du titre 2 de cette étude.

l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Ainsi, sur ce fondement, un employeur ayant conclu un ou plusieurs CDDU n'est pas à l'abri d'une requalification en CDI.

Requalification. Une affaire célèbre peut illustrer le propos. Il s'agit de l'arrêt « Nicolas Canteloup »[375]. Ce célèbre imitateur avait, durant 16 ans, dans le cadre de l'émission les Guignols de l'info, enchaîné les CDDU signés avec la société Canal Plus. La Cour de cassation a dès lors considéré que le caractère temporaire de l'emploi n'était pas établi et apprécié la succession de CDD comme formant un ensemble à durée indéterminée[376]. Il en découle nécessairement que le régime de fin des CDD est remplacé par celui des CDI. En d'autres termes, le salarié va donc bénéficier du droit du licenciement. Pour autant, les deux régimes ne sont pas obligatoirement incompatibles. En effet, si l'employeur a mis fin au CDDU par une lettre de rupture, celle-ci peut valoir lettre de licenciement. Et cette dernière peut ainsi contenir des motifs propres à justifier de l'existence d'une cause réelle et sérieuse voire d'une faute grave. En somme, sur le fond, le licenciement ne sera pas systématiquement injustifié.

Mais en dehors de ce cas de figure, les intermittents du spectacle signant un CDDU sont bien soumis au régime de la cessation afférente à ce type de contrat précaire.

Portage salarial sous CDD. Il en va de même dans le cadre de la situation de portage salarial conclue sous l'égide d'un CDD[377]. L'alinéa 1 de l'article L 1254-11 du Code du travail énonce que le contrat de travail comporte un terme fixé avec précision dès sa conclusion et il en découle que l'arrivée du terme sonne la fin du CDD de portage. L'alinéa 2 du même texte ajoute que « toutefois, il peut ne pas comporter de terme précis lorsque le terme de l'objet pour lequel il a été conclu n'est pas connu. Il est alors conclu pour une durée minimale. Il a pour terme la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu ».

Rupture du contrat de prestation de service. La rupture anticipée du CDD de portage salarial répond aux exigences du droit commun que celle-ci relève de l'initiative du salarié ou de l'employeur, ce qui n'appelle donc pas de remarques particulières dans notre cadre[378]. En revanche, il est utile de se souvenir que l'opération de portage est triangulaire et qu'au cours de cette dernière, le contrat de prestation de service peut être rompu. En d'autres termes, et les raisons peuvent être multiples, l'entreprise cliente peut rompre le contrat qui la lie à l'entreprise de portage ce qui est potentiellement préjudiciable pour le salarié porté[379]. Fort heureusement selon nous, l'article L 1254-8 du Code du travail dispose que « la seule rupture du contrat commercial de prestation de portage salarial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié. L'entreprise de portage salarial est redevable de la rémunération due au salarié porté correspondant à la prestation réalisée dans les conditions prévues aux articles L. 1254-15 et L. 1254-21 »[380]. En d'autres termes, lorsque l'entreprise cliente met fin à sa

---

[375] Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-23.712, Dr. Ouv. mars 2016, n° 812, p. 169, note V. LACOSTE-MARY ; Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 631, 5 novembre 2015, C. WILLMANN, Requalification du contrat d'usage en CDI et appréciation du motif réel et sérieux de la rupture du contrat. Voir également : Cass. Soc. 17 novembre 2021, n° 20-17.526, BJT janvier 2022, p. 20, note J. ICARD, La délicate détermination des sommes dues au titre des périodes interstitielles.

[376] L'employeur est sanctionné civilement au versement d'une indemnité spécifique d'au moins un mois de salaire et pénalement à une amende de 3 750 euros. Voir C. WILLMANN, article préc., Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 631, 5 novembre 2015. L'indemnité de précarité reste acquise au salarié. Voir : Cass. Soc. 9 mai 2001, n° 89-44.090, Bull. V., n° 153.

[377] En ce qui concerne le portage salarial sous forme de CDI Cf. infra, section 2 de ce chapitre.

[378] Voir sur ces questions : B. KANTOROWICZ, Juris-Cl. Préc., Fasc. 3-22, n° 71 et s.

[379] Il est à noter que la rupture du contrat commercial peut être directement notifiée au salarié porté. Voir : CA Versailles, 14 avril 2015, n° 13/03783, B. KRIEF, article préc., CSBP, n° 275, 1er juin 2015, p. 308.

[380] Voir entre autres : Y. BROUSSOLLE, Les principales dispositions de l'ordonnance du 2 avril 2015 relative au portage salarial, LPA, n° 122, 19 juin 2015, p. 4 ; B. KANTOROWICZ, article préc., SSL, n° 1673, 20 avril 2015.

relation commerciale avec l'entreprise de portage salarial, cette dernière ne peut pas se retrancher derrière un cas de force majeure pour rompre de manière anticipée et légale le CDD du salarié porté. L'analogie avec la situation de l'intérim est évidente. En effet, en vertu de l'article L 1251-27 du Code du travail, « la rupture du contrat de mise à disposition ne constitue pas un cas de force majeure ».
En somme, ici encore, nous voyons que ce sont les règles de droit commun qui régissent les cessations afférentes à certains contrats d'activité segmentée. Dans d'autres hypothèses, des règles spécifiques existent.

Section 2 : Cessations exorbitantes du droit commun

Deux contrats d'activité segmentée prévoient des règles de cessation exorbitantes du droit commun. Celles-ci le sont indirectement pour le salarié porté sous CDI (§ 1), directement dans le cadre du contrat de chantier (§ 2).

§ 1 : Portage salarial sous forme de CDI

Licenciement. L'alinéa 2 de l'article L 1254-19 du Code du travail énonce, en substance, que le droit du licenciement prévu au titre 3 du livre 2 dudit Code est applicable au salarié porté embauché par CDI[381]. Dès lors, il pourrait sembler que c'est le régime du licenciement de droit commun qui s'applique à ces derniers[382].
Absence de fourniture de travail. Pourtant, il convient de se souvenir que dans ce cadre, l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié[383]. Nous pensons ainsi que si le salarié porté n'apporte pas son client à l'entreprise de portage, celle-ci n'embauchera pas ledit salarié[384]. Sur ce même schéma, il n'est pas incohérent de croire que l'entreprise de portage soit tentée de mettre fin au CDI du salarié porté si ce dernier a perdu son client et s'il n'en retrouve pas. En d'autres termes, se pose la question de savoir si l'absence de fourniture de travail par le salarié constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, auquel cas, il s'agirait d'une pré-constitution de motif de licenciement[385]. La question est d'autant plus légitime que l'employeur peut aisément insérer dans le contrat de travail du salarié porté une clause d'objectifs, qui ferait reposer sur le seul salarié, les risques économiques de l'absence de missions[386]. Par exemple, l'employeur peut mettre à la charge du porté une obligation de réaliser un minimum de missions, à peine de licenciement[387].

---

[381] En contrepartie, le salarié dispose de la possibilité de rompre unilatéralement son CDI de portage salarial soit par démission, par prise d'acte ou par résiliation judiciaire. Voir sur ce point : B. KANTOROWICZ, Juris-Cl. préc., Fasc. 3-22, n° 72.
[382] Rappelons néanmoins que la seule rupture du contrat commercial n'entraîne pas la rupture du contrat de travail du salarié porté. Cf. supra, § 2 de la section précédente de cette étude et Voir : article L 1254-8 du Code du travail. Il est à noter que des agissements fautifs d'un porté dans une entreprise cliente causant la rupture du contrat commercial peuvent cependant fonder une cause réelle et sérieuse de licenciement, à condition de démontrer les faits fautifs. Voir en ce sens : CA Versailles, 17 octobre 2019, n° 17/00033.
[383] Cf. supra, chapitre 1 du titre 1 de cette étude et Voir : article L 1254-2 III du Code du travail.
[384] En ce sens Voir : L. CASAUX-LABRUNEE, article préc., Dr. Ouv. 2011, n° 756, p. 424.
[385] Toujours en ce sens : L. CASAUX-LABRUNEE, article préc., Dr. Ouv. 2011, n° 756, p. 424.
[386] En ce sens Voir : D. CHENU, F. MOREL, article préc., Les Cahiers du DRH, n° 221, 1er juin 2015.
[387] Pour une illustration Voir : Cass. Soc. 17 février 2010, n° 08-45.298, Bull. V, n° 41. Voir également : F. CANUT, article préc., Dr. Ouv. 2015, n° 803, p. 328.

Clauses d'objectifs. Certes, il est possible d'arguer du fait que la clause d'objectifs est par essence contractuelle et que le porté peut négocier le contenu de son contrat de travail avant de le signer[388]. En outre, l'entreprise n'a pas nécessairement besoin de licencier le salarié porté en CDI qui n'apporte plus de missions, puisque les périodes dites interstitielles ne sont pas rémunérées[389].

Convention collective. Néanmoins, les partenaires sociaux se sont penchés sur la question. L'article 22.3 de la convention collective du 22 mars 2017 stipule ainsi : « si au terme d'une période de 1 mois de prospection, le salarié porté n'a pas conclu de nouvelle prestation et demeure sans activité, l'employeur pourra engager une procédure de licenciement, sous réserve de l'application des dispositions de l'article L. 1232-1 du Code du travail relatif à la nécessité d'existence d'une cause réelle et sérieuse. En effet en cas d'inactivité prolongée, le salarié porté ne satisfait plus aux conditions de l'article 2 de la présente convention définissant les critères attachés au salarié porté, notamment la capacité à rechercher sa clientèle induite par le critère de l'autonomie »[390].

L'expiration du délai d'un mois prévu par le texte ne constitue donc pas en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement[391]. Néanmoins, les partenaires sociaux laissent ensuite clairement entendre qu'en présence d'un CDI, l'absence prolongée de clientèle apportée par le porté est contraire à l'essence même du portage salarial.

Jurisprudence. Cette approche du licenciement en présence d'un salarié porté en CDI n'a pas, à notre connaissance, prospéré en jurisprudence. Comme nous le savons, la chambre sociale de la Cour de cassation retient une conception du portage salarial qui n'admet pas que le porté soit dans l'obligation d'apporter sa prestation de travail[392]. Le fait de ne pas trouver de client, y compris, au-delà d'un délai d'un mois, ne constitue donc pas en soi une cause réelle et sérieuse de licenciement[393].

La pré-justification du licenciement n'existe donc, dans le cadre du portage salarial en CDI, qu'en théorie. En présence d'un contrat de chantier, la théorie devient pratique.

§ 2 : Contrat de chantier

Contrat de chantier versus contrat de projet. Le contrat de chantier (ou d'opération), aurait pu être, à l'instar du contrat de projet dans la fonction publique, un CDD[394].

Dans cette hypothèse, le salarié aurait bénéficié de la relative stabilité liée à l'exécution de ce type de contrat[395]. Mais, sans doute suite aux instigations des organisations patronales, le

---

[388] Pour autant, le contrat de travail, y compris du salarié porté, est bien souvent un contrat d'adhésion.

[389] Cf. supra, § 2, section 3, chapitre 1, du titre 2 de cette étude et Voir : article L 1254-21 II du Code du travail.

[390] Convention collective de branche des salariés en portage salarial du 22 mars 2017, étendue par arrêté du 28 avril 2017, JORF 30 avril 2017. Voir notamment : R. CHAMBON, conclusions préc., RJS janvier 2020, étude et doctrine.

[391] De toute manière, il ne pourrait en être autrement car cela reviendrait à faire fi du contrôle du juge.

[392] Cf. supra, chapitre 1, du titre 1 de cette étude et Voir notamment : Cass. Soc. 15 septembre 2021, n° 20-14.886, préc.

[393] En ce sens : B. KANTOROWICZ, Juris-Cl. préc., Fasc. 3-22, n° 75.

[394] Voir la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, JORF, n° 0182 du 7 août 2019 et le décret n°2020-172 du 27 février 2020 relatif au contrat de projet dans la fonction publique, JORF, n° 0050 du 28 février 2020.

[395] Voir notamment en ce sens : G. LOISEAU, À propos de nouveaux contrats spéciaux du travail : le contrat d'opération et le contrat de projet, Revue des contrats, 1er décembre 2019, 2019/4, p. 102. Il est vrai néanmoins

législateur, à l'alinéa 3 de l'article L 1223-8 du Code du travail, a préféré énoncer que ce contrat est conclu pour une durée indéterminée[396]. Il en découle que le contrat de chantier peut être rompu selon les règles du droit commun applicable au CDI[397]. Néanmoins ce sont les particularités de la rupture de ce contrat qui nous intéressent dans le cadre de cette étude.

Champ d'application. Ainsi, il convient d'abord de se souvenir que c'est une convention ou un accord collectif de branche étendu qui fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir au contrat de chantier[398]. Et à défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession[399].

Ruptures. Ensuite et surtout, ce qui retient l'attention, ce sont les règles de rupture exorbitantes du droit commun qui facilitent la justification du licenciement[400]. Deux textes doivent ici être mobilisés. Primo, l'alinéa 1 de l'article L 1236-8 du Code du travail qui dispose que « la rupture du contrat de chantier ou d'opération qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée repose sur une cause réelle et sérieuse ». Secundo, l'article L 1223-9 du même Code qui énonce que la convention ou l'accord collectif (qui établit les conditions dans lesquelles il est possible de recourir au contrat de chantier) fixe, notamment, « les modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée ». Un auteur a pu écrire que la loi distingue une fin de chantier « normale » issue du premier texte, d'une fin de chantier « anormale » dans l'hypothèse du second texte[401].

Pré-justification du motif du licenciement. Mais les deux articles se rejoignent dans le sens où il s'agit à chaque fois de reconnaître et d'organiser une pré-justification du motif du licenciement[402]. Comme a pu l'écrire le même auteur, il existe cependant deux hypothèses de pré-détermination du motif justificatif de rupture du contrat de chantier : l'une fermée, l'autre semi-ouverte[403].

La situation dite fermée renvoie à l'article L 1236-8 du Code du travail. Non seulement, l'employeur peut lorsque le chantier est fini ou l'opération réalisée, licencier le salarié, mais de plus, ce licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse. L'alinéa 2 du texte prend d'ailleurs soin de soumettre ce licenciement à la procédure de droit commun applicable au licenciement pour motif personnel[404]. Les partenaires sociaux n'ont pas d'emprise sur cette situation.

---

que sous l'emprise d'un CDI, le salarié peut librement démissionner ce qui n'est pas le cas sous l'égide d'un CDD. Voir en ce sens : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2018, p. 1.

[396] Voir entre autres : C. DECHRISTE, Le contrat de chantier ou d'opération : le grand retour ?, Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 30 et 31, RDT 2017, p. 633 ; P. LOKIEC, Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, SSL, n° 1781, 11 septembre 2017.

[397] En ce sens : J. ICARD, article préc., BJT, juin 2019, p. 14. Le contrat de chantier n'aboutit donc pas, selon nous, à la reconnaissance d'une garantie d'emploi. Contra : Y. FERKANE, Droit du travail, avril 2019-mars 2020, D. 2020, p. 1136.

[398] Alinéa 1 de l'article L 1223-8 du Code du travail. Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.

[399] Alinéa 2 de l'article L 1223-8 du Code du travail.

[400] Il est à noter que le législateur utilise le terme de rupture alors qu'il aurait pu (ou dû) utiliser celui de licenciement. En ce sens : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. Janvier 2018, p. 1.

[401] Voir : J. ICARD, article préc., BJT, juin 2019, p. 14.

[402] Il s'agit d'une figure ancienne. Il suffit pour s'en convaincre de penser notamment au contrat à objet défini. Voir entre autres : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2018, p. 1 ; C. DECHRISTE, article préc., RDT 2017, p. 633.

[403] J. ICARD, article préc., CSBP, n° 302, Décembre 2017, n°122a6, p. 46.

[404] Procédure prévue aux articles L 1232-2 et s. du Code du travail.

Ces derniers retrouvent des marges de manœuvre dans l'hypothèse dite semi-ouverte. En effet, dans le cadre d'un licenciement prononcé à la suite d'une impossibilité de réaliser le chantier ou pour fin anticipée du chantier, la convention collective ou l'accord collectif peut définir les modalités de cette rupture. Dans sa cause, le licenciement suit un régime légal. En d'autres termes, ce ne sont que les effets de la rupture qui sont conventionnels.

Licenciement pour motif personnel versus licenciement pour motif économique. Les deux cas de figure suscitent immédiatement deux remarques[405]. La première tient au choix du législateur de soumettre les ruptures ainsi pré-définies aux règles relatives au licenciement pour motif personnel. En effet, qu'il s'agisse de la fin du chantier, de la réalisation de l'opération, d'un chantier qui ne peut se réaliser ou qui se termine de manière anticipée, à chaque fois, la cause du licenciement est extérieure au salarié. En d'autres termes, un début de rigueur juridique aurait dû conduire le législateur à appliquer dans ces hypothèses les règles du licenciement pour motif économique. Sans entrer dans de longs développements, il est aisé de comprendre que ce choix aurait été préférable pour le salarié[406].

CDI versus CDD. La seconde tient au caractère antinomique de la qualification juridique de CDI affublée au contrat de chantier[407]. Ce dernier est à durée indéterminée mais contient un terme à l'instar d'un CDD[408]. Certes, l'employeur peut ne pas licencier le salarié, par exemple, à la fin du chantier mais alors, comme le CDD dans le même cas de figure, celui-ci sera requalifié en CDI[409]. Il y aura donc ici requalification en CDI de droit commun d'un CDI exorbitant du droit commun[410]. En dehors de cette hypothèse, le contrat de chantier relève, si l'on ose écrire, de la chronique d'une mort annoncée[411]. Dès le départ, les deux parties savent que le contrat va cesser au moment défini par l'article L 1236-8 ou L 1223-9 du Code du travail. Rien n'est plus juste que d'écrire qu'il s'agit d'un CDD déguisé[412]. Le but étant

---

[405] Il est également possible de contester le régime du licenciement à la lumière notamment de la convention n° 158 de l'OIT. Voir : L. BENTO DE CARVALHO, Le CDI de chantier : une précarité au carré, Dr. Ouv. octobre / novembre 2021, n° 878-879, p. 548.

[406] Même si l'article L 1236-9 du Code du travail dispose que « si la convention ou l'accord mentionné à l'article L. 1223-8 le prévoit, le salarié licencié à l'issue d'un contrat de chantier ou d'opération peut bénéficier d'une priorité de réembauche en contrat à durée indéterminée dans le délai et selon les modalités fixés par la convention ou l'accord ». Voir : J. ICARD, article préc., BJT, Décembre 2019, p.55. Il n'en demeure pas moins, que l'obligation de reclassement est par exemple évincée. Voir notamment : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2018, p. 1 ; D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2019, p. 581 ; J. ICARD, article préc., CSBP, n° 302, Décembre 2017, n°122a6, p. 46.

[407] Les termes d'oxymorique ou paradoxal ont pu être employés. Voir : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2019, p. 581.

[408] Voir : G. LOISEAU, article préc., Revue des contrats, 1er décembre 2019, 2019/4, p. 102. Un auteur a pu, à juste titre, écrire qu'il s'agissait dès lors, d'un modèle de confusion et d'incohérence établi à partir d'une conception erronée ou incomprise du terme contractuel dans l'esprit des rédacteurs de l'ordonnance. Voir : S. TOURNAUX, CDD, contrat de mission, contrat de chantier, Dr. Soc. 2018, p. 37.

[409] Voir : L. GAMET, L. ALUOME, article préc., JCP éd. S., n° 45, 14 novembre 2017, étude, doctrine, n° 1355. En d'autres termes, la rupture du contrat n'est pas automatique, l'employeur se doit d'initier et de suivre la procédure de licenciement pour motif personnel. Voir entre autres : D. BAUGARD, article préc., Dr. Ouv. 2018, p. 1.

[410] Cette requalification pourrait même être prononcée si les partenaires ne prévoient pas de contreparties en matière de rémunération ou d'indemnités de licenciement et/ou des garanties en matière de formation prévues aux alinéas 4 et 5 de l'article L 1223-9 du Code du travail. Voir : J. ICARD, article préc., BJT, Décembre 2019, p.55.

[411] D'ailleurs le contrat risque d'être aussi court que le roman de Gabriel Garcia Marquez !

[412] Selon la formule de B. TEYSSIE, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP éd. S., 2017, p. 1294. Voir également : S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 37. L'auteur défend à juste titre, l'idée selon laquelle le CDI de chantier est un CDD à terme imprécis qui ne dit pas son nom.

d'écarter d'une part, les règles du CDD, et d'autre part, les règles du licenciement pour motif économique, qui peuvent être, dans les deux cas, protectrices des intérêts du salarié[413].
Pour autant, et donc malgré les efforts déployés par le législateur pour faciliter la tâche de la future et logique rupture du contrat de chantier, cette dernière est source de contentieux[414].
Fin de chantier. Par exemple, que faut -il entendre par la notion de fin de chantier ? Cette qualification est déterminante[415]. Faut-il systématiquement être en présence de la fin de l'intégralité du chantier ou de l'opération pour pouvoir licencier le salarié sous contrat de chantier ou est-ce que l'achèvement de la phase de travaux pour laquelle il a été recruté est suffisante ? Cela dépend sans doute de la manière dont le contrat a été rédigé[416]. Certes, à l'instar d'un CDD à objet défini, il ne peut être mis fin à un contrat de chantier que si la mission est terminée, ce qui n'est pas le cas si les opérations afférentes sont sur le point de prendre fin[417]. L'on sait également que la fin du chantier n'est pas caractérisée lorsque le salarié est réaffecté, postérieurement à son licenciement pour fin de chantier, sur le même chantier[418].
Fin du contrat de mission. Mais la question essentielle en la matière est la suivante : est-ce que la résiliation de la mission confiée à l'employeur par son client constitue la fin de chantier permettant de justifier la rupture du contrat de travail ? Un arrêt de 2019, rendu sous l'empire de l'article L 1236-8 du Code du travail dans sa rédaction antérieure à celle issue des ordonnances du 22 septembre 2017, répond à la question[419] : dans cette affaire, la société Louis Berger a signé un contrat de mission avec une société cliente (entreprise Fluor) puis un CDI de chantier avec un salarié pour assurer une prestation de consultant informatique auprès dudit client. Le salarié a été licencié un peu plus d'un an après son embauche pour fin de chantier à la suite de la rupture par la société Fluor du contrat d'assistance technique qui la liait à la société Louis Berger[420].
Dans un attendu d'une grande fermeté, les hauts magistrats énoncent que « la résiliation de la mission confiée à l'employeur par son client, ne saurait constituer la fin de chantier permettant de justifier la rupture du contrat de travail ».
Sévérité. La solution a pu être considérée comme rigoureuse voire sévère[421]. Cela se comprend en un certain sens car, dans cette espèce, il existait sur un plan juridique, un rapport

---

[413] Un auteur a pu évoquer une précarité au carré pour décrire cette situation. Voir : L. BENTO DE CARVALHO, article préc., Dr. Ouv. octobre / novembre 2021, n° 878-879, p. 548.
[414] Voir en ce sens notamment : F. BOUSEZ, article préc., JCP éd. S., n° 41, 17 octobre 2017, étude, doctrine, n° 1316 ; C. DECHRISTE, article préc., RDT 2017, p. 633.
[415] Voir : J. ICARD, article préc., BJT, juin 2019, p. 14.
[416] Voir : L. GAMET, L. ALUOME, article préc., JCP éd. S., n° 45, 14 novembre 2017, étude, doctrine, n° 1355.
[417] Voir : Cass. Soc. 4 mars 2020, n° 19-10.130, D-J. PATURLE, La rupture d'un contrat à objet défini ne peut avoir lieu que lorsque la mission est entièrement achevée, JSL, n° 498, 18 mai 2020.
[418] Voir : Cass. Soc. 31 octobre 2006, n° 04-46.258.
[419] Cass. Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.493, JCP éd. S., n° 28, 16 juillet 2019, n° 1210, note F. BOUSEZ, CDD, La qualification de fin de chantier : une notion déterminante précisée ; L. BENTO de CARVALHO, S. TOURNAUX, Chronique d'actualité juridique du contrat de travail, Dr. Soc. 2019, p. 941 ; Y. FERKANE, obs. préc., D. 2020, p. 1136 ; J. ICARD, note préc., BJT, juin 2019, p. 14 ; G. LOISEAU, article préc., Revue des contrats, n° 2019/4, p. 102 ; J. MOULY, Contrat de chantier : ne pas confondre fin du chantier et résiliation du contrat conclu par l'employeur avec son client, Dr. Soc. 2019, p. 663 ; S. TOURNAUX, Licenciement pour fin de chantier, une cause de rupture en travaux, RDT 2019, p. 414.
[420] Il va de soi que si le contrat d'assistance technique avait toujours été en cours, le licenciement était, sans hésitation, sans cause réelle et sérieuse. Voir : Cass. Soc. 6 janvier 2010, n° 08-44.059.
[421] En ce sens : L. BENTO DE CARVALHO, article préc., Dr. Ouv. octobre / novembre 2021, n° 878-879, p. 548 ; L. BENTO de CARVALHO, S. TOURNAUX, Chronique préc., Dr. Soc. 2019, p. 941 ; S. TOURNAUX, article préc., RDT 2019, p. 414. Il est à noter que dans l'affaire en question, l'employeur avait cherché à reclasser le salarié au sein des sociétés du groupe ce que la loi ne l'oblige nullement à faire.

direct de cause à effet entre la résiliation du contrat par le client de la société employeur et le licenciement du salarié[422]. Or, la Cour de cassation ne prend en compte que la conception matérielle du chantier[423]. Pourtant, l'employeur n'est plus en mesure, objectivement, d'offrir un travail au salarié lié à ce chantier[424]. Et on voit mal à quel moment le chantier pourra prendre fin puisque le contrat justement passé à cet effet a été résilié[425].

Équité. Mais la solution peut aussi paraître pleinement justifiée[426]. La Cour de cassation procède comme en matière d'intérim, dans laquelle il est bien établi que la rupture du contrat de mission ne met pas fin au contrat de travail du salarié[427]. Il est également possible d'y voir une manière pour la chambre sociale de la Cour de cassation de contrebalancer la précarité inhérente à ce type de contrat[428]. En effet, le contrat de chantier relève d'un « CDI précaire » dans lequel le licenciement est facilité par la pré-constitution d'un juste motif de rupture[429]. Nous pourrions encore dire qu'il s'agit, en quelque sorte, d'un CDI de « seconde zone ». Et il nous semble que cette catégorie de CDI est une exception par rapport au « CDI classique », et comme toute exception, celle-ci doit être interprétée strictement. Car l'employeur aurait très bien pu, dès le départ, embaucher le salarié par un CDI de droit commun. Il se trouve que son choix se retourne dans cette hypothèse contre lui, le rat ayant peut-être rencontré son huître[430].

***

La rupture ou le non-renouvellement de l'ensemble des contrats d'activité segmentée étudiés répond à trois logiques : celle du CDI (contrat de travail intermittent, CDII), celle du CDD intermittents du spectacle et salarié porté en CDD), et une dernière que l'on pourrait qualifier de *sui generis* (salarié porté en CDI et contrat de chantier). Ce large éventail qui semble n'avoir aucune cohérence répond, selon nous à une logique identique. Il s'agit dans les choix opérés par le législateur de privilégier autant que possible la position de l'employeur. Les règles relatives à la cessation du contrat de chantier sont, à ce titre, significatives.

À l'instar de ce que les magistrats ont pu faire pour retarder, à défaut d'empêcher, la mise en place de certains des contrats d'activité segmentée[431], la chambre sociale de la Cour de cassation vient ériger des garde-fous, à grands renforts notamment de diverses requalifications. L'effort est louable mais est-il suffisant ? L'entrepreneur avisé dispose d'un tel panel de contrats d'activité segmentée qu'il se retrouve en quelque sorte dans la position

---

[422] L. BENTO de CARVALHO, S. TOURNAUX, Chronique préc., Dr. Soc. 2019, p. 941.

[423] S. TOURNAUX, article préc., RDT 2019, p. 414.

[424] En ce sens : J. ICARD, note préc., BJT, juin 2019, p. 14. Néanmoins, la résiliation anticipée du contrat de mission doit permettre à l'entrepreneur d'être indemnisé à hauteur des préjudices subis en vertu de l'article 1794 du Code civil. Voir une fois encore : S. TOURNAUX, article préc., RDT 2019, p. 414.

[425] Le Professeur Loiseau a pu écrire qu'il s'agissait de conséquences littéralement ubuesques. G. LOISEAU, article préc., Revue des contrats, n° 2019/4, p. 102.

[426] J. MOULY, article préc., Dr. Soc. 2019, p. 663.

[427] Voir notamment : Cass. Soc. 9 juillet 2003, n° 01-41.326.

[428] En ce sens : Y. FERKANE, obs. préc., D. 2020, p. 1136.

[429] La formule est de J. MOULY, article préc., Dr. Soc. 2019, p. 663.

[430] « Que ceux qui n'ont du monde aucune expérience
Sont, aux moindres objets, frappés d'étonnement ;
Et puis nous y pouvons apprendre
Que tel est pris qui croyait prendre ».
Le rat et l'huître, Livre VIII, Fable 9, Jean de la Fontaine.

[431] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.

d’un consommateur faisant son marché. Il lui est loisible de choisir pour chaque situation et pour chaque besoin, le contrat le mieux adapté à ses exigences et à ses volontés. Difficile de l’en blâmer, ce n’est évidemment pas l’entrepreneur qui établit les règles applicables à ces différents contrats.

CONCLUSION

L'avenir des contrats d'activité segmentée ne paraît pas en danger. Nombre de groupes de réflexion, de laboratoires d'idées, bref de « think tank » militent pour une extension et un développement de ces contrats[432]. Ce sont d'ailleurs souvent les mêmes, paradoxe à part, qui défendent les vertus du statut d'indépendant ou de la micro-entreprise[433].
Pourtant d'autres voix se font entendre. Le groupe d'universitaires du GR-PACT propose, outre de fusionner le contrat de travail intermittent et le temps partiel annualisé, de fondre le CDD dans le CDI[434]. En d'autres termes, exit les contrats d'activité segmentée et les CDD. Ils sont remplacés par la possibilité de conclure une clause de durée initiale, à l'achèvement de laquelle un droit du licenciement simplifié est appliqué[435]. Cette clause ne pourrait être stipulée que pour la réalisation d'une tâche précise et dont l'objet est par nature temporaire, pour le remplacement d'un salarié absent, pour un surcroît temporaire d'activité.
Ce type de propositions est le bienvenu. Car, inutile de se leurrer, les contrats d'activité segmentée permettent une flexibilité accrue sans accorder une majoration de sécurisation professionnelle. En d'autres termes, ces contrats affaiblissent le génome du CDI[436]. Or il nous paraît plutôt opportun de renforcer ce dernier. La piste de la garantie d'emploi est à creuser, en prenant comme exemple le contrat d'apprentissage à durée indéterminée[437].
Nous essayerons dans les années à venir de nous pencher sur ces questions, car la situation actuelle ne doit pas rester en l'état. Il sera d'ailleurs peut-être possible de trouver des pistes d'évolution en prenant soin d'étudier les contrats de travail existants outre-Rhin[438].
Les travaux sur les contrats de travail ne sont donc pas près de s'arrêter mais il nous semble que ceux-ci peuvent se cantonner à trois types de conventions : le CDI, les contrats précaires et le contrat d'alternance[439]. Ainsi, nous pensons que les contrats d'activité segmentée doivent être supprimés, tant ils ressemblent à une histoire de faussaire[440]. Faux CDI, faux CDD, faux employeurs, faux salariés, fausses ruptures, fausses rémunérations, rien ne paraît bien sincère dans le cadre de ces contrats. Mais, ce serait sans doute mentir par omission de ne pas dire que je dois quand même, à leur étude, de nombreuses heures authentiques de vrai bonheur.

---

[432] Voir entre autres : F. HAFIED, op. cit., Fondapol.org, juillet 2017, 65 p. ; F. MOREL, op.cit., Institut Montaigne, Février 2022, 14 p.
[433] Sur ce point Voir par exemple : J.J. DUPEYROUX, Réponse, Dr. Soc. 2007, p. 607.
[434] Proposition de Code du travail, sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), direction E. DOCKES, Paris, Dalloz, 2017. Voir l'article 12-4 et les articles L 22-11 et s.
[435] Avec une sorte d'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur. Voir article L 22-25 du GR-PACT.
[436] Expression empruntée à S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 810.
[437] En ce sens : S. TOURNAUX, article préc., Dr. Soc. 2018, p. 37.
[438] Cf. supra, section 3 de l'introduction de cette étude.
[439] Nous militons en effet pour une fusion du contrat d'apprentissage et du contrat de professionnalisation. Voir : S. MICHEL, article préc., JCP S., n° 28, 13 juillet 2021, n° 1181 et Cf. supra, § 2, section 2 de l'introduction de cette étude.
[440] G. Brassens, Histoire de faussaire, 1976, album Trompe la mort.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages, thèses, monographies, études

- N. ALIPRANTIS, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque d'ouvrages de droit social, tome 22, 1980, 363 p.

- K. CHATZILAOU, N. MIHMAN (Dir.), La figure du travailleur à l'épreuve de l'internationalisation du droit du travail, coll. LEJEP, CY Cergy Paris Université, 2022, 138 p.

- J.P. CHAUCHARD, J-Y. HERBOUC'H, C. WILLMANN, Droit de la sécurité sociale, Paris, LGDJ, Manuel, 10ème éd., 2022.

- E. DOCKES (dir.), Proposition de Code du travail, sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), Paris, Dalloz, 2017.

- A. FABRE, F. ROSA, J. ICARD, Cours de droit social, Paris, éditions IEJ Jean Domat, collection CRFPA, 3ème édition, 2021.

- F. FAVENNEC-HERY, P-Y. VERKINDT, G. DUCHANGE, Droit du travail, Paris, LGDJ, 8ème éd., 2022.

- J. FOURASTIE, Les trente glorieuses (ou la révolution invisible de 1946 à 1975), Paris, Fayard, coll. sciences humaines, 1979, 306 p.

- B. GOMES, Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques, Thèse Université Paris X, Dir. A. LYON-CAEN, 2018.

- F. HAFIED, Marché du travail : pour la réforme, Fondation pour l'innovation politique, Fondapol.org, juillet 2017, 65 p.

- E. JEANSEN, Droit de la protection sociale, Paris, Lexisnexis, Objectif droit, cours, 4ème éd., 2021.

- B. KANTOROWICZ, Portage salarial, Juris-Cl. Travail Traité, Fasc. 3-22.

- F. KESSLER, Droit de la protection sociale, Paris, Dalloz, Cours, 8ème éd., 2022.

- F. MOREL, 18 idées pour le prochain quinquennat, Institut Montaigne, Publications, Droit du travail, Février 2022.

- P. MORVAN, Droit de la protection sociale, Paris, Lexisnexis, Manuels, 10ème éd., 2021.

- J.E. RAY, les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, Paris, Litec, Préf. G. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit de l'entreprise sous la direction de J.M. Mousseron, n° 17, 1985, 428 pages.

- I. VACARIE, L'employeur, Paris, Sirey, bibliothèque de droit du travail et de la sécurité sociale, tome 6, Préf. G. LYON-CAEN, 1979, 275 p.

II. Articles, chroniques, conclusions, notes, observations

- G. AUZERO, Commentaire des articles 1, 9 et 19 de l'accord sur la modernisation du travail : contrats de travail, GPEC et sécurisation du portage salarial, Lexbase Hebdo, éd. Soc., 2008, n° 289.

- G. AUZERO, La nature juridique du lien de coemploi, SSL, n° 1600, 2013, p. 8.

- G. AUZERO, Le coemploi bouge encore !, SSL 2021, n° 1956, p. 9.

- P. BAILLY, S. RANC, Coemploi et responsabilité, études et doctrines, RJS février 2021.

- A. BAREGE, note sous Cass. Soc. 11 mai 2016, n° 15-11.382, JCP éd. S., 2016, n° 1250.

- A. BAREGE, note sous Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, JCP éd. S., n° 27, 12 juillet 2016, p. 17.

- A. BAREGE, Requalification du contrat intermittent et paiement du salaire, JCP éd. S., n° 42, 25 octobre 2022, n° 1269.

- G. BARGAIN, Prendre le droit du travail au sérieux, RDT 2014, p. 522.

- G. BARGAIN, M. FERRACI, Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ?, RDT 2014, p. 522.

- D. BAUGARD, Bref regard sur le formalisme des contrats de travail dérogatoires, CSBP, n° 255, Septembre 2013, n° 111f2.

- D. BAUGARD, Le régime d'assurance chômage des intermittents du spectacle, Dr. Soc. 2015, p. 915.

- D. BAUGARD, Le développement de la précarité subordonné à la négociation collective : CDD, contrats de mission et « contrats de chantier », Dr. Ouv. 2018, p. 1.

- D. BAUGARD, Le CDI, un contrat sans terme ?, Dr. Ouv. 2019, p. 581.

- D. BAUGARD, Le coemploi : pourquoi et pour quoi ?, Dr. Soc. Avril 2021, p. 367.

- D. BAUGARD, B. COQUET, E. HEYER, Controverse : quels instruments juridiques pour limiter le recours aux contrats courts ?, RDT 2019, p. 452.

- L. BENTO DE CARVALHO, note sous Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, BJT septembre 2018, p. 26, Illégalité du CDI intérimaire : la négociation collective marque le pas face à l'article 34 de la Constitution.

- L. BENTO de CARVALHO, S. TOURNAUX, Chronique d'actualité juridique du contrat de travail, Dr. Soc. 2019, p. 941.

- L. BENTO DE CARVALHO, Le CDI de chantier : une précarité au carré, Dr. Ouv. octobre / novembre 2021, n° 878-879, p. 548.

- B. BOSSU, Mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail et du plein emploi (à propos de la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022), JCP éd. G., n° 3, 23 janvier 2023, n° 83, p. 138.

- S. BOUCHENE, T. BAUDOIN, note sous CP'H Compiègne, 30 août 2013, JS Lamy 2013, n° 351, p. 3.

- F. BOUSEZ, le CDI intérimaire, CSBP, n° 255, septembre 2013, n° 111d9.

- F. BOUSEZ, CDD à durée indéterminable ? et CDI d'opération à durée limitée ?, Ord. N° 2017-1387, 22 septembre 2017, article 4, 22 à 31, JCP éd. S., n° 41, 17 octobre 2017, étude, doctrine, n° 1316.

- F. BOUSEZ, note sous Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, CDI intérimaire : la création d'un nouveau contrat de travail est du domaine de la loi, JCP éd. S., n° 38, 25 septembre 2018, n° 1306.

- F. BOUSEZ, note sous Cass. Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.493, CDD, La qualification de fin de chantier : une notion déterminante précisée, JCP éd. S., n° 28, 16 juillet 2019, n° 1210.

- F. BOUSEZ, Rappel de salaires et requalification de CDD et d'un contrat intermittent, qui supporte la charge de la preuve ?, JCP éd. S., n° 47, 20 novembre 2022, n° 1301.

- Y. BROUSSOLLE, Les principales dispositions de l'ordonnance du 2 avril 2015 relative au portage salarial, LPA, n° 122, 19 juin 2015, p. 4.

- E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GANSER obs. sous CJUE 26 février 2015, aff. C-238/14, AJDA 2015, chronique de jurisprudence de la CJUE, p. 1093.

- J. CABANNES, conclusions sous Cass. Ass. Plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381.

- F. CANUT, Distinction entre contrat de travail intermittent et annualisation du temps de travail, RDT 2015, p. 122.

- F. CANUT, Portage salarial : les enjeux de la qualification de contrat de travail quant à l'obligation pour l'employeur de fournir du travail au travailleur porté, Dr. Ouv. 2015, n° 803, p. 328.

- L. CARRIE, Le portage salarial définitivement sécurisé, ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015, JCP éd. S., n° 21, 26 mai 2015, n° 1176.

- L. CARRIE, En questions : plateforme numérique de travail : la voie du portage salarial, JCP éd. S., n° 30-34, 27 juillet 2021, n° 361.

- L. CASAUX-LABRUNEE, Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant ?, Dr. Soc. 2007, p. 58.

- L. CASAUX-LABRUNEE, Le contrat de travail au défi du portage salarial, Dr. Ouv. 2011, p. 424.

- L. CASAUX-LABRUNEE, Portage salarial et contrat de travail : la vigilance des juges… en attendant la loi, Lexbase Hebdo éd. S., n° 603, 5 mars 2015, contrat de travail.

- J.F. CESARO, Le coemploi, RJS janvier 2013, p. 3.

- J.F. CESARO, Le contrat de travail à temps partiel et le contrat de travail intermittent, JCP éd. S, n° 26, 25 juin 2013, étude doctrine, n° 1270, p. 22.

- R. CHAMBON, conclusions, La loi-écran au secours de l'extension de la convention collective des salariés en portage salarial, CE 6 novembre 2019, n° 412051, RJS janvier 2020, étude et doctrine.

- A. CHARBONNEAU, Requalification du contrat intermittent et rappels de salaires : des précisions quant au régime probatoire, note sous Cass. Soc. 21 septembre 2022, n° 20-17.622 et n° 21-16.821, BJT octobre 2022, p. 11.

- D. CHENU, F. MOREL, Légalisation du portage salarial, Les Cahiers du DRH, n° 221, 1er juin 2015.

- B. COQUET, E. HEYER, Contrats courts : de l'encadrement juridique à l'incitation économique, RDT 2019, p. 452.

- L. COSTES, L'indispensable réforme du statut des intermittents du spectacle, Revue Lamy droit de l'immatériel, 1er juillet 2014, n° 106, p. 3.

- C. DECHRISTE, Le contrat de chantier ou d'opération : le grand retour ?, Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, art. 30 et 31, RDT 2017, p. 633.

- R. DECOUT-PAOLINI, Indemnisation, chômage des intermittents et « certification sociale » de l'entreprise, conclusions sous CE 18 juillet 2018, CGT Spectacle et autres, n° 412217, RDT 2018, p. 582.

- A. De FRANQUEVILLE, G. BOSSY, CDI intérimaire : nouvelle forme d'emploi en pleine expansion, Les Cahiers du DRH, n° 230, 1er avril 2016.

- L. DE MONTVALON, L'assurance chômage menacée par sa dette, Dr. Soc. 2022, p. 618.

- B. DESAINT, Le « bonus-malus » sur les contributions patronales d'assurance chômage est mort ! Vive le « bonus-malus » !, SSL, n° 1934, 21 décembre 2020, p. 4.

- B. DESAINT, F. CARRIERE, Le prêt de main-d'œuvre…késako ?, SSL, n° 1674, 27 avril 2015.

- M. DESPAX, Groupes de sociétés et contrat de travail, Dr. Soc. 1961, p. 596.

- J. DIRRINGER, D. GRAVOUIL, Le régime des intermittents du spectacle : le régime du salariat de demain ?, RDT 2019, p. 612.

- A. DONNETTE-BOISSIERE, L'autonomie du travailleur subordonné, BJT juillet-août 2021, p. 49.

- A. DONNETTE, J. THOEMMES, D. GARDES, L'autonomie du salarié, concept et enjeux, BJT novembre 2022, p. 51.

- L. DRIGUEZ, Politiques et actions de l'Union, Revue Europe, Avril 2015, n° 162.

- G. DUCHANGE, Travail intermittent, le dépassement d'un plafond conventionnel d'heures de travail n'entraîne pas la requalification, Cass. Soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009 et n° 14-23.216, JCP éd. E., n° 49, 8 décembre 2016, p. 44.

- G. DUCHANGE, Quand le coemploi s'invite dans le droit des contrats de mission temporaire, BJT, 1er décembre 2020, p. 22.

- G. DUCHANGE, I. MEFTAH, La démission sans volonté de démissionner, quels effets aura cet objet juridique non identifié ?, RDT 2022, p. 685.

- G. DUCHANGE, La nature juridique du contrat de travail, D. 2022, n° 41, p. 2108.

- A-C. DUFOUR, Le financement de la sécurité sociale devant le juge constitutionnel, Dr. Soc. 2022, p. 896.

- J.J. DUPEYROUX, note sous Cass. Soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, Dr. Soc. 1996, p. 1067.

- J.J. DUPEYROUX, Le roi est nu, Dr. Soc. 2007, 2007, p. 81.

- J.J. DUPEYROUX, Réponse, Dr. Soc. 2007, p. 607.

- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P. LEVY-WAITZ, F. MOREL, Le portage salarial sécurisé, une voie d'avenir entre travail indépendant et salariat, SSL, n° 1956, 31 mai 2021.

- M. ELIPHE, note sous Cass. Soc. 29 septembre 2021, n° 20-16.494, JCP éd. S., n° 45, 9 novembre 2021, n° 1277.

- L. ENJOLRAS, L'entrepreneuriat salarié, Réflexions autour des coopératives d'activité et d'emploi et du portage salarial, RJS 1er octobre 2022, chronique.

- A. FABRE, Accord sur le portage salarial : la fin des incertitudes ?, SSL 2010, n° 1454, p. 2 ; En ce qui concerne l'arrêté du 24 mai 2013 portant extension de l'ANI du 24 juin 2010 relatif à l'activité de portage salarial Voir : Liaisons Sociales 2013, n° 16350.

- A. FABRE, Abandon de poste = présomption de démission. Une équation à plusieurs inconnues, JCP éd. S., n° 1, 10 janvier 2023, n° 1000.

- Y. FERKANE, Droit du travail, avril 2019-mars 2020, D. 2020, p. 1136.

- Y. FERKANE, E. GASSERT, Réforme de l'assurance chômage, le paritarisme en état d'urgence ?, RDT 2023, p. 8.

- M. FERRACI, Le CDI intérimaire, une mesure cosmétique qui masque les véritables enjeux de la réforme de l'intérim, RDT 2014, p. 522.

- P. FLORES, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, chambre sociale, D. 2016, p. 1588, I, Sport professionnel (intermittence) : requalification et octroi d'une prime d'ancienneté.

- F. FONTAINE, L. JOLY, La réforme de l'assurance chômage, acte de décès de la flexisécurité à la française ?, RDT 2022, p. 619.

- F. FONTAINE, La « flexisécurité à la française » n'a jamais existé, RDT 2022, p. 619.

- L. GAMET, L. ALUOME, Le contrat de travail de chantier ou d'opération, JCP éd. S., n° 45, 14 novembre 2017, étude, doctrine, n° 1355.

- A. GARDIN, Succession de CDD : l'étau européen se maintient sur les CDD d'usage, CJUE 26 février 2015, aff. 238/14, commission c. Luxembourg, RJS juin 2015, études et doctrine, chronique, L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale.

- B. GOMES, Réguler les plateformes numériques de travail : lecture critique du « rapport Frouin », Dr. Soc. 2021, p. 207.

- D. GRAVOUIL, Intermittents du spectacle : un laboratoire à double tranchant, RDT 2019, p. 612.

- D. GRAVOUIL, Réforme de l'assurance chômage : à la croisée de deux projets de société, Dr. Ouv., n° 875, août 2021, p. 429.

- M. GREGOIRE, Réforme de l'assurance chômage : les droits des salariés au risque de l'expérience rating, Dr. Ouv. n° 875, août 2021, p. 418.

- S. GUEDES DA COSTA, F. MOREL, E. RAYNAUD, Formes atypiques d'activité : de la défiance à la régulation, JCP éd. S., n° 4, 31 janvier 2023, n° 1027.

- H. GUYOT, note sous Cass. Soc. 4 février 2015, n° 13-25.627, Portage salarial : de l'obligation de fournir du travail au porté, JCP éd. S., n° 21, 26 mai 2015, n° 1179.

- J. ICARD, Obligation de fournir du travail pour une société de portage salarial, CSBP, mars 2015, n°115r1, p. 158.

- J. ICARD, Les contours de la pré-justification conventionnelle du motif de licenciement, CSBP, n° 302, Décembre 2017, n°122a6, p. 46.

- J. ICARD, La notion de « fin de chantier » en question, BJT, juin 2019, p. 14.

- J. ICARD, La conventionnalisation des règles relatives aux contrats précaires, BJT, Décembre 2019, p.55.

- J. ICARD, De l'incidence de la méconnaissance des dispositions relatives à la protection de la sécurité des intérimaires, BJT avril 2021, n° 115c4.

- J. ICARD, La délicate détermination des sommes dues au titre des périodes interstitielles, note sous Cass. Soc. 17 novembre 2021, n° 20-17.526, BJT janvier 2022, p. 20.

- J. ICARD, Prescription et action à l'encontre d'une société tierce, BJ Entreprises en difficulté, Janvier 2023, p. 46.

- S. IZARD, Le sénat redonne la main aux partenaires sociaux sur l'assurance chômage, SSL, n° 2018, 24 octobre 2022, p. 3.

- S. IZARD, Le gouvernement acte un durcissement des règles d'indemnisation chômage au 1er février 2023, SSL, n° 2023, 28 novembre 2022.

- F. JAULT-SESEKE, Coemploi et compétence juridictionnelle, BJS mai 2015, n°113k7, p. 222.

- F. JAULT-SESEKE, À la recherche de l'employeur, Miscellanées autour de la mise à disposition, de l'intérim et du portage salarial dans un contexte de mobilité internationale, RDT 2020, p. 769.

- A. JEAMMAUD, note sous Cass. Soc. 19 décembre 2000, Dr. Soc. 2001, p. 227.

- L. JOLY, Le financement de l'assurance chômage : un facteur d'insécurité sociale, Dr. Soc. 2022, p. 1033.

- B. KANTOROWICZ, Le portage salarial, CSBP, n° 255, Septembre 2013, n° 111c6.

- B. KANTOROWICZ, Le portage salarial : un mode d'organisation du travail enfin sécurisé, SSL, n° 1673, 20 avril 2015.

- J-Y ; KERBOUC'H, Le portage salarial : prestation de services ou prêt de main-d'œuvre ?, Dr. Soc. 2007, p. 72.

- J-Y. KERBOUC'H, Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel ?, Dr. Soc. 2009, p. 530.

- A. KOZUSNIKOVA, G. FOKI, Regards croisés sur les systèmes d'assurance chômage en Europe, JCP éd. S., n° 50, 20 décembre 2022, n° 1321.

- B. KRIEF, Le portage salarial : une relation commerciale atypique, CSBP, n° 275, 1er juin 2015, p. 308.

- V. LACOSTE-MARY, note sous Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-23.712, Dr. Ouv. mars 2016, n° 812, p. 169.

- T. LAHALLE, La réforme de l'assurance chômage, JCP éd. S., n° 47, 26 novembre 2019, étude, doctrine, n° 1333.

- . LAHALLE, Covid et activité partielle, LPA, n° 113, 5 juin 2020, p. 15.

- F. LALANNE, Le CDI-I, quèsaco ?, JSL, n° 460, 28 septembre 2018.

- C. LEBORGNE-INGELAERE, Les contrats courts ou le délicat équilibre entre souplesse et précarité, RJS, 1er février 2022, p. 85.

- E. LEDERLIN, Le travail numérique à l'épreuve du droit social : l'appréciation du lien de subordination selon le principe de réalité, JCP éd. S., n° 47, 17 novembre 2015, n° 1415.

- C. LENOIR, F. SCHECHTER, Le portage salarial doit sortir de ses ambiguïtés, Dr. Soc. 2012, p. 771.

- J.P. LHERNOULD, Rapport annuel de la Cour de cassation 2018 : quel état des lieux dresser ?, JSL, n° 486, 22 novembre 2019.

- G. LOISEAU, L'identification des effets du coemploi, JCP éd. Sociale, 2013, n° 1439.

- G. LOISEAU, Les débordements du coemploi, CSBP juin 2013, n° CSB110r1.

- G. LOISEAU, Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle !, JCP éd. Sociale 2014, n° 1311.

- G. LOISEAU, A propos de nouveaux contrats spéciaux du travail : le contrat d'opération et le contrat de projet, Revue des contrats, 1er décembre 2019, 2019/4, p. 102.

- G. LOISEAU, Travailleurs de plateformes : le néo-salariat, Communication – Commerce Electronique, n° 3, Mars 2021, n° 6.

- P. LOKIEC, Le contrat de travail intermittent : quelles sanctions ?, Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, Lexbase Hebdo éd. Sociale, 9 juin 2016, n° A0180RR4.

- P. LOKIEC, Le nouveau modèle du droit du travail est-il viable ?, SSL, n° 1781, 11 septembre 2017.

- A. LYON-CAEN, Intérim permanent, RDT 2014, p. 297.

- A. LYON-CAEN, Démission, RDT 2022, p. 611.

- A. MARTINON, Propositions et évolutions sur l'emploi, JCP éd. S., n° 14, 12 avril 2022, n° 1106.

- P.M. MENGER, L'employeur, le salarié et l'assureur dans l'hyperflexibilité contractuelle : les intermittents du spectacle, Dr. Soc. 2004, p. 825.

- P-M. MENGER, P. COSTA, D. HANET, C. MARCHIKA, Travailler par mission : qui et comment ? Le cas du portage, Dr. Soc. 2007, p. 46.

- S. MICHEL, L'article 44 de la LOM versus les arrêts Take Eat Easy et Uber, JCP éd. S., 2020, p. 494.

- S. MICHEL, Pour un contrat unique d'alternance, JCP S., n° 28, 13 juillet 2021, n° 1181.

- N. MIHMAN, A propos du portage salarial international, BJT, 1er mars 2019, p. 44.

- J. MONDOU, note sous Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, Jurisport 2016, n° 166, p. 10.

- M. MORAND, note sous Cass. Soc. 19 mars 2014, n° 13-10.760, JCP éd. S., n° 25, 24 juin 2014, p. 35.

- M-L. MORIN, Les frontières de l'entreprise et la responsabilité de l'emploi, Dr. Soc. 2001, p. 478.

- P. MORVAN, Éloge juridique et épistémologique du portage salarial, Dr. Soc. 2007, p. 607.

- P. MORVAN, Le portage salarial face à son destin, JCP éd. S. 2008, n° 1363.

- P. MORVAN, Ces employeurs qui voulaient que des travailleurs indépendants soient leurs salariés. Retour sur la saga du portage salarial, JSL, n° 500, 19 juin 2020.

- J. MOULY, obs. sous Cass. Soc. 19 mars 2014, n° 13-10.760, Dr. Soc. 2014, p. 578.

- J. MOULY, Contrat de chantier : ne pas confondre fin du chantier et résiliation du contrat conclu par l'employeur avec son client, Dr. Soc. 2019, p. 663.

- S. MOUNIER, Le portage salarial sécurisé, vraiment ? SSL, n° 1958, 14 juin 2021.

- H. NASOM-TISSANDIER, Société de portage salarial de droit andorran et compétence du juge prud'homal, JSL, n° 506, 16 octobre 2020.

- H. NASOM-TISSANDIER, obs. sous Cass. Soc. 29 septembre 2021, n° 20-16.494, JSL, n° 530, 18 novembre 2021, Une convention collective ne peut pas créer une nouvelle catégorie de contrat de travail.

- P. PACOTTE, J. LAYAT-LE BOURHIS, contrat de travail CDI intérimaire : illustration de la hiérarchie des normes, Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, JSL, n° 460, 28 septembre 2018.

- Y. PAGNERRE, Regard historique sur le coemploi, Dr. Soc. 2016, p. 550.

- D-J. PATURLE, note sous Cass. Soc. 4 mars 2020, n° 19-10.130, La rupture d'un contrat à objet défini ne peut avoir lieu que lorsque la mission est entièrement achevée, JSL, n° 498, 18 mai 2020.

- J. PELISSIER, Le portage salarial : une sécurisation inaboutie, RDT 2010, p. 292.

- R. PELLET, Finances sociales : pour un big bang juridique, Dr. Soc. 2022, p. 956.

- P. PISONI, Coemploi : confirmation d'une approche restrictive ; note sous Cass. Soc. 9 octobre 2019, n° 17-28.150, Revue des Sociétés, n° 12, 1er décembre 2019, p. 776.

- S. RANC, note sous Cass. Soc. Avis, 11 février 2021, n° 20-70005, Avis de la Cour de cassation relatif aux congés pour évènements familiaux du salarié porté, BJT, Avril 2021, contrat de travail, p. 23.

- S. RANC, Coemploi : rien n'est impossible ! Cass. Soc. 23 novembre 2022, n° 20-23.206, BJT janvier 2023, p. 37.

- P. REMY, Le conseil d'entreprise : un premier pas vers le conseil d'établissement allemand ?, Dr. Soc. 2017, n°12, p. 1050.

- M. RICHEVAUX, Encore une nouvelle réforme du chômage, encore des réductions des droits des chômeurs, LPA, n° 102, 24 mai 2021, p. 8.

- C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Cass. Soc. 8 juin 2011, Dr. Soc. 2011, p. 1205.

- T. SACHS, S. VERNAC, Pouvoir et responsabilité au sien des plateformes : de la fiction au réalisme, Dr. Soc. 2021, p. 216.

- F. SARFATI, C. VIVES, Sécuriser les intérimaires sans toucher au CDI ? La création négociée du CDI intérimaire, La Revue de l'IRES 2016, n° 88, p. 3.

- S. SAUNIER, Un an de droit de la culture, Actualités de septembre 2018 à septembre 2019, JCP éd. A. et CT, n° 3, 20 janvier 2020, n° 2013.

- A. SUPIOT, Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur ?, Dr. Ouv. 2015, p. 582.

- P-E. TATER, Réforme de l'assurance chômage, entre passé et futur, JCP éd. S., n° 4, 31 janvier 2023, n° 1028.

- B. TEYSSIE, Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales, JCP éd. S., 2017, p. 1294.

- B. TEYSSIE, La négociation collective d'entreprise ou l'enclos des illusions, Dr. Soc. 2022, p. 377.

- S. THIRY, L. AGOSSOU, Remote work et nouvelles formes d'activité à l'étranger : enjeux de structuration des groupes dans leur déploiement international, Revue Lamy Droit des affaires, n° 182, 1er juin 2022.

- S. TOURNAUX, Cass. Soc. 23 octobre 2013, n° 12-14.237, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, Dr. Soc. 2014, p. 11.

- S. TOURNAUX, CE 4 février 2014, n° 371062, Dr. Soc. 2014, chronique, p. 760.

- S. TOURNAUX, La requalification du contrat de travail intermittent et l'objectif communautaire de développement du travail à temps partiel, Cass. Soc. 2 mars 2016, n° 14-23.009, Lexbase Hebdo éd. Sociale, 17 mars 2016, n° A0781QYL.

- S. TOURNAUX note sous Cass. Soc. 25 mai 2016, n° 15-12.332, Chronique d'actualité du régime juridique du contrat de travail, Dr. Soc. 2016, p. 650.

- S. TOURNAUX, CDD, contrat de mission, contrat de chantier, Dr. Soc. 2018, p. 37.

- S. TOURNAUX, Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par…la loi, Dr. Soc. 2018, p. 810.

- S. TOURNAUX, À quand un véritable statut des saisonniers, Cass. Soc. 14 février 2018, n° 16-19.656, RDT 2018, p. 376.

- S. TOURNAUX, Le contrat de travail, nouveau laboratoire d'expérimentation ? (Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, JO 6 septembre), RDT 2018, p. 671.

- S. TOURNAUX, Licenciement pour fin de chantier, une cause de rupture en travaux, RDT 2019, p. 414.

- S. TOURNAUX, Portage salarial : des salariés (presque) comme les autres, Dr. Soc. 2021, p. 561.

- S. TOURNAUX, La profonde déstabilisation du droit du chômage, RDSS 2022, p. 147.

- S. TOURNAUX, Durée des relations de travail et indemnisation du chômage (loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 portant mesures d'urgence relatives au fonctionnement du marché du travail en vue du plein emploi), Dr. Soc. 2023, p. 155.

- M. VERICEL, La nouvelle convention d'assurance chômage du 14 mai 2014 – Recherche d'un certain équilibre entre nécessité de réduction du déficit et avancées en faveur des plus précaires, RDT 2014, p. 467.

- M. VERICEL, Qualification de l'astreinte et nécessaire prise en compte du degré de contrainte imposé au salarié, Obs. sous Cass. Soc. 26 octobre 2022, n° 21-14.178, RDT 2023, p. 46.

- P-Y. VERKINDT, D. SIMONNEAU, Convention collective et loi professionnelle – Le regard de René Demogue, Dr. Soc. 2022, p. 935.

- P-Y. VERKINDT, Brève exégèse de l'article 6 sur les CDD de multi-remplacements, Dr. Soc. 2023, p. 163.

- S. VERNAC, Le coemploi, ou la quête d'un pouvoir sur le pouvoir, Lexbase hebdo, éd. Sociale, n° 935, 16 février 2023, n° 4348BZ3.

- E. VIDECOQ, Vers un nouveau statut social attaché à la personne du travailleur, discussion, Dr. Ouv. Octobre 2015, n° 807, pp. 583.

- E. VIDECOQ, note sous TGI Toulouse, 9 juin 2016, Dr. Ouv. 2016, n° 819, p. 631.

- C. WILLMANN, L'adhésion à la caisse des congés spectacles à l'épreuve du droit européen des droits de l'homme, Cass. Civ. 1ère, 28 juin 2007, n° 06-12.061, Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 269, 19 juillet 2007.

- C. WILLMANN, obs. sous Cass. Soc. 17 février 2010, 2 arrêts, n° 08-45.298 et n° 08-40.671, Lexbase Hebdo éd. S., n° 384, 25 février 2010, Statut du salarié « porté » : la Cour de cassation plus audacieuse que le législateur !

- C. WILLMANN, Le portage salarial, ce mal-aimé (à propos de l'ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015), Dr. Soc. 2015, p. 416.

- C. WILLMANN, Loi « Rebsamen » : dispositions portant sur le volet « Emploi-insertion professionnelle » (art. 34 à 60), Lexbase hebdo éd. Sociale, n° 624, 10 septembre 2015, emploi.

- C. WILLMANN, Le régime des intermittents du spectacle, par petites touches, JCP éd. S., n° 41, 6 octobre 2015, n°1357.

- C. WILLMANN, Requalification du contrat d'usage en CDI et appréciation du motif réel et sérieux de la rupture du contrat, Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-23.712, Lexbase Hebdo éd. Sociale, n° 631, 5 novembre 2015.

- C. WILLMANN, obs. sous Cass. Soc. 12 juillet 2018, n° 16-26.844, Lexbase Hebdo, éd. Soc., n° 751, 26 juillet 2018.

- C. WILLMANN, Accords de branche : incompétence des partenaires sociaux pour créer le « CDI intérimaire », Lexbase Hebdo éd. S., n° 751, 26 juillet 2018.

- C. WILLMANN, La malédiction des réformes : après les retraites, l'exemple du chômage, Dr. Soc. 2021, p. 577.

- C. WILLMANN, Les réformes, sensibles et controversées, de l'indemnisation chômage, par la loi n° 2022-1598 du 21 décembre 2022 (articles 1, 3 et 5), Dr. Soc. 2023, p. 150.

PUBLICATIONS SELECTIONNÉES

- « Le droit de grève dans les transports », Droit Social, Mai 2022, p. 427.

- « Pour un contrat unique d'alternance », *JCP S* n° 28 du 13 juillet 2021, n° 1181.

- « Le détachement après la loi Avenir », *Bulletin Joly Travail* n° 3 du 1er Novembre 2018, pp. 35-39.

Droit social 2022 p.427

Le droit de grève dans les transports

Stéphane Michel, Maître de conférences en droit privé, université Polytechnique Hauts-de-France (UPHF-Valenciennes) - Membre du LARSH

L'essentiel

À la suite des deux lois de 2007 et de 2012, le régime juridique du droit de grève dans les transports s'avère singulier car il mêle dispositions issues du secteur privé, règles relatives aux services publics et mécanismes propres. L'exercice de la grève est notamment soumis à un double préavis qui retarde le déclenchement du mouvement collectif. Parfois même, le droit de grève est supprimé.

Un mouvement de grève laisse rarement indifférents celles et ceux qui en subissent les conséquences. Dans le secteur des transports, ces réactions parfois hostiles semblent plus importantes qu'ailleurs (1). Est-ce dû à la fréquence des grèves ou au fait que les clients ou usagers des transports, ainsi que les entreprises, s'organisent parfois difficilement pour faire face à ce type de mouvement social (2) ? Le rôle de l'opinion publique n'est pas neutre quant à l'intervention des pouvoirs publics en la matière.

Le droit de grève dans les transports est régi principalement par deux lois : la première, du 21 août 2007, concerne les transports terrestres de voyageurs (3) ; la seconde du 19 mars 2012, est relative aux entreprises de transport aérien de passagers (4). Elles sont codifiées non dans le code du travail, mais en plusieurs endroits du code des transports (5), et s'appliquent principalement à des entreprises chargées de la gestion d'un service public (6). Il s'agit pour le transport terrestre essentiellement de la SNCF et de la RATP et, pour le transport aérien, des compagnies aériennes mais également des entreprises assurant des services annexes du type exploitation d'aéroports ou d'aérodromes et missions d'assistance (7). Les règles particulières relatives à l'exercice du droit de grève ne s'appliquent qu'à certains personnels des entreprises de transport, en l'occurrence ceux affectés à une activité de service public (8).

En effet, dans le secteur des transports le droit de grève connaît un régime juridique singulier qui mêle dispositions de droit commun (donc issues du secteur privé), règles relatives aux services publics, et mécanismes autochtones, donc propres aux transports et à certains types de personnel (9). Les lois de 2007 et de 2012 ont été votées en prenant particulièrement en compte les intérêts des tiers au conflit, des usagers et clients des entreprises de transport, dont les incidences sur l'exercice du droit de grève dans ce secteur sont lourdes (10). Certes, la mise en oeuvre du droit de grève n'est jamais simple en général (11). Cette question est encore plus délicate dans le secteur du transport. Les grévistes se trouvent à cet égard dans une situation proche du voyageur assis dans la salle des pas perdus d'une gare ou dans le hall d'une aérogare dans l'attente de son départ : à l'instar du train ou du vol, l'exercice du droit de grève sera parfois retardé (I) ou exceptionnellement supprimé (III) ; il pourra également s'exécuter moyennant un régime particulier (II).

I. - Le retard

Dans le secteur des transports, l'exercice du droit de grève ne peut se faire sans au préalable, le dépôt d'un préavis collectif et individuel. Le droit de grève est donc retardé ou décalé dans son exercice collectivement (A) et individuellement (B) (12).

A - Le retard collectif

Dans le secteur privé, l'exercice normal du droit de grève n'est soumis à aucun préavis légal et un préavis institué par accord collectif est inopposable aux salariés (13), au contraire du secteur public, pour lequel la loi du 31 juillet 1963 a imposé que la cessation concertée du travail soit précédée d'un préavis (14). L'alinéa 2 de l'article L. 2512-2 du code du travail dispose que « le préavis émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé ». Cette disposition qui condamne les grèves dites sauvages, signifie que le travailleur n'est pas maître du déclenchement d'un mouvement de grève. Il ne peut que se résoudre à choisir ou non de rejoindre un conflit en cours, décidé par d'autres que lui (15) et à un moment sur lequel il n'a pas d'emprise (16). Le Conseil constitutionnel n'y voit rien à redire puisque, la liberté de faire ou non grève est préservée (17). En revanche, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) considère à propos de la décision d'appeler à la grève (qui ne peut être prise que par un syndicat représentatif), qu'elle n'est pas en conformité avec l'article 6 de la Charte sociale européenne (CSE) du Conseil de l'Europe (18).

Pour autant, ce préavis de cinq jours francs minimum s'applique également dans les entreprises de transport terrestre de voyageurs et de transport aérien de passagers (19). Il convient, dès lors, de relever que toutes les décisions de justice relatives à l'auteur, au destinataire, ou au contenu du préavis sont applicables au secteur des transports (20). Cela étant, l'article L. 1324-6 du code des transports dispose que « lorsqu'un préavis a été déposé dans les conditions prévues à l'article L. 2512-2 du code du travail par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, un nouveau préavis ne peut être déposé par la ou les mêmes organisations et pour les mêmes motifs qu'à l'issue du délai du préavis en cours et avant que la procédure prévue à la présente section n'ait été mise en oeuvre ». Il s'agit d'interdire dans ce cadre les préavis successifs, en sachant que ladite section visée par le texte est relative au dialogue social et à la prévention des conflits. Rappelons en effet, que dans les services publics, hormis entre autres le secteur des transports (21), l'envoi de préavis de grève successifs pour le même motif ne caractérise aucun trouble manifestement illicite lorsque le délai de cinq jours francs du préavis a été respecté (22).

Toutefois, la mise en oeuvre du préavis est conditionnée en droit des transports. L'article L. 1324-2 du code des transports dispose en effet que, dans les entreprises de transport, l'employeur et les organisations syndicales représentatives engagent des négociations en vue de la signature d'un accord-cadre organisant une procédure de prévention des conflits et tendant à développer le dialogue social (23). Or « le dépôt d'un préavis de grève ne peut intervenir qu'après une négociation préalable entre l'employeur et la ou les organisations syndicales représentatives qui envisagent de déposer le préavis. L'accord-cadre fixe les règles d'organisation et de déroulement de cette négociation ». À défaut d'accord-cadre propre à l'entreprise concernée, la négociation préalable au dépôt du préavis est organisée selon les modalités arrêtées par accord de branche et, à défaut de ce dernier, par voie réglementaire (24). Ainsi, dans les transports, l'exercice du droit de grève est non seulement précédé d'un préavis (25), mais également d'une négociation préalable au préavis. En somme, il existe une sorte de préavis au préavis qui retarde d'autant l'exercice potentiel du droit de grève (26).

Ce double report de la grève est censé permettre à l'entreprise de transport d'élaborer un plan de transport ou de prévisibilité et d'information des clients. Mais si cela n'est pas possible du fait de la grève, celle-ci ne constitue pas un abus et ne suffit pas à caractériser une désorganisation de l'entreprise (27). En d'autres termes, si le préavis est licite, l'incapacité de l'entreprise à informer correctement les clients sur les conséquences de la grève ne rend pas cette dernière illicite. Au demeurant, un préavis est licite même s'il est illimité dans le temps (28). Il s'en évince que les salariés ne sont pas tenus de faire grève durant toute la durée du préavis (29). Ainsi, un conflit collectif peut être mené avec un rythme alternatif de deux jours de grève suivi de trois jours de reprise du travail comme cela a pu être le cas à la SNCF en 2018 (30). De plus, l'absence de salariés grévistes au cours de la période de préavis ne permet pas de déduire que la grève est terminée, puisque cette décision ne peut être prise que par le ou les syndicats représentatifs ayant déposé le préavis (31).

À l'inverse, l'irrégularité du préavis de grève suffit à justifier la suspension de ses effets. En ce sens, un préavis qui n'indique pas l'heure du début de la grève (32) et/ou son champ géographique, caractérise un trouble manifestement illicite (33). Dès lors, un salarié qui cesse le travail sans être couvert par un préavis syndical régulier s'expose à des sanctions disciplinaires (34). Mais un salarié dont l'attention n'a pas été attirée sur l'obligation de préavis, n'enfreint pas sciemment les dispositions de l'article L. 2512-2 du code du travail, ce qui exclut de reconnaître à son encontre, du seul fait de la méconnaissance de ce texte, la qualification de faute lourde (35). Surtout, un salarié ne commet pas de faute, alors même que le préavis de grève déposé est irrégulier, s'il respecte lui-même un préavis individuel (36).

B - Le retard individuel

L'exigence d'un préavis collectif dans les services publics n'a pas de conséquences, en principe, sur le fait qu'il ne peut être imposé aux salariés d'indiquer à l'avance à l'employeur s'ils ont l'intention de participer ou non à la grève (37). Mais dans le secteur des transports terrestres régulier de voyageurs, le législateur a instauré un double préavis individuel à la charge des salariés (38).

Ainsi, les salariés indispensables à l'exécution du plan de transport doivent, sous peine de sanctions disciplinaires, avertir l'employeur de leurs intentions de se joindre au mouvement de grève (pour lequel un préavis collectif a été déposé), 48 heures au moins avant de cesser le travail (39). Si un salarié renonce à participer à la grève, il doit en informer l'employeur au moins 24 heures avant le début de la cessation du travail (40). Il en va de même dans le secteur aérien de voyageurs en ce qui concerne les salariés dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols (41).

Certes, le préavis de 48 heures n'a pas toujours pour conséquence de retarder l'utilisation par le salarié de son droit de grève. En effet, s'il déclare son intention de participer à la grève durant le préavis collectif de cinq jours minimum, et au moins deux jours avant l'expiration de ce dernier, l'incidence sur le début de l'exercice du droit de grève sera nulle. Il en va évidemment différemment si un salarié souhaite se joindre à la grève en cours de conflit. Dans ce cas, il devra patienter dans une antichambre durant 48 heures avant de pouvoir participer à la grève (42). La grève est alors retardée individuellement en plus de l'être collectivement.

Une question d'importance, et qui n'est pas toujours neutre en termes de date d'entrée en grève, est celle de savoir ce que l'employeur peut faire de l'information fournie par le salarié de son intention de faire grève 48 heures à l'avance. Il est certain que cette dernière est couverte par le secret professionnel (43), ce qui signifie, dans le secteur aérien, qu'elle ne doit servir que pour l'organisation de l'activité durant la grève en vue d'en informer les passagers (44). En effet, en l'absence de service minimum imposé, le code des transports n'autorise pas l'employeur à utiliser les informations de déclarations individuelles pour recomposer les équipes et réaménager le trafic et donc les rotations avant le début de la grève (45). Cette solution, qui n'est pas sans conséquence financière (46), a été récemment rappelée à propos d'un pilote de la société Air France (47). Elle doit être approuvée ; à défaut, l'employeur pourrait fortement réduire les incidences de la grève en amont et vider en quelque sorte le droit de grève de sa substance.

Il en va différemment dans le secteur des transports terrestres de voyageurs. Dans ce cadre, l'employeur doit assurer la circulation d'un certain nombre de moyens de transport (48). La direction de l'entreprise concernée va donc pouvoir tenir compte des déclarations individuelles transmises par les salariés au moins 48 heures avant leur entrée en grève pour mettre en place un plan de transport adapté. Pour autant, cette déclaration n'est que d'intention et, jusqu'à 24 heures avant le début de la grève, le salarié peut se désister et renoncer à exercer son droit. Dès lors, jusqu'à ce moment butoir, le salarié peut être considéré comme disponible et être intégré au plan de transport même s'il a déclaré son intention de faire grève (49). Certes, le salarié pourrait même, en ne respectant pas le préavis de 24 heures, ne pas faire grève, mais il s'exposerait alors à des sanctions disciplinaires. Dès lors, le juge le considère dans ce délai de 24 heures, comme indisponible (50). En effet, selon l'article L. 1324-8 du code des transports, « est passible d'une sanction disciplinaire le salarié qui n'a pas informé son employeur

de son intention de participer à la grève dans les conditions prévues à l'article L. 1324-7. Cette sanction disciplinaire peut également être prise à l'encontre du salarié qui, de façon répétée, n'a pas informé son employeur de son intention de renoncer à participer à la grève ou de reprendre son service » (51). À ce propos, nous ne pouvons nous empêcher de penser qu'il est assez singulier de voir un salarié se faire sanctionner alors qu'il ne fait pas autre chose qu'aller travailler (52) ! Pour autant, le non-respect du double préavis individuel imposé aux salariés dans le secteur des transports terrestres, n'a pas d'incidence sur la licéité de la grève (53).

Cette dernière remarque peut être gardée à l'esprit lorsque l'on se penche sur la question de la forme que doivent prendre ces préavis individuels. Ni la loi du 21 août 2007 ni celle du 19 mars 2012 n'apportent de précision sur les modalités d'accomplissement de cette double formalité. La Cour de cassation en déduit que celle-ci n'est soumise à aucune règle de forme dès lors qu'elle permet à l'employeur (en l'occurrence un exploitant de transport aérien) d'être informé des absences des salariés souhaitant s'associer au mouvement de grève (54). En l'espèce, le procédé mis en place était une liste collective intitulée « Déclaration de grève » émargée par les salariés inscrits pour prendre part à l'action collective. Autrement dit, chaque salarié a bien signé individuellement la liste mentionnée avec indication de l'heure du début de sa participation au mouvement social et les salariés pouvaient également déclarer vouloir prendre part à la grève d'une manière plus « classique », c'est-à-dire par un biais strictement individuel. Cette approche est convaincante tant il est vrai que le double préavis est déjà suffisamment contraignant pour qu'il ne soit pas nécessaire de le rendre encore plus strict (55). De plus, elle s'inscrit dans l'adage selon lequel « il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas » (56). Mais les modes de transmission des déclarations individuelles des salariés qui entendent exercer leur droit de grève peuvent être déterminés unilatéralement par l'employeur (ici, une entreprise de transport urbain de voyageurs) parmi plusieurs modalités prévues par un accord de branche (57). Dans un arrêt du 23 mars 2017, les salariés avaient le choix entre la remise d'un formulaire, l'envoi d'un courrier électronique et une déclaration orale. Plus récemment, les hauts magistrats sont venus redire que « cette formalité d'information n'[étant] soumise à aucune règle de forme, l'employeur, agissant en vertu de son pouvoir de direction, est compétent pour déterminer, afin de lui permettre d'organiser, en cas de conflit, l'activité durant la grève, les modalités pratiques de transmission par les salariés de leur déclaration d'intention de participer à une grève » (58). Dans cette affaire, les salariés n'avaient que deux choix : soit procéder via l'espace personnel (Pl@n.net), soit par remise en main propre. Cela signifie que l'employeur ne peut pas conditionner la déclaration aux deux formalités cumulées (59). Un choix doit donc toujours être offert au salarié.

Ce système de double préavis, de 48 heures et de 24 heures, est aujourd'hui applicable à certains agents, en dehors du secteur des transports, notamment depuis la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (60). Cela pose avec une acuité certaine la question de l'égalité des agents du service public ou des secteurs disposant d'une telle délégation. Comme évoqué par un auteur, il convient soit d'étendre soit de faire disparaître ces préavis (61). Au vu du régime juridique particulièrement contraignant applicable aux grévistes du secteur des transports et que nous allons étudier plus avant, nous penchons plutôt pour une suppression des deux préavis ou du moins du préavis de 24 heures.

II. - L'exécution

Un auteur distingue, à propos des formes d'action collective, le genre (la cessation collective de travail) et les espèces (grève des salariés, grève dans les services publics, etc.) (62). Partant de cette proposition, il ne nous semble pas judicieux d'étudier la grève dans le secteur des transports lorsque cette dernière relève du régime de droit commun (63). En revanche, nous allons nous attacher à étudier les conséquences internes (A) et externes (B) spécifiques aux grèves dans les transports.

A - Les conséquences dans l'entreprise

La rémunération d'un gréviste dans la fonction publique, subit un abattement forfaitaire (64). Cette règle communément appelée du trentième indivisible, a pour conséquence que la retenue sur salaire de ces grévistes excède la part de leur salaire correspondant à la période durant laquelle ils ont participé au mouvement, ce qui

pose d'ailleurs question au Comité européen des droits sociaux qui a demandé un complément d'information à la France à ce titre (65).

Cette règle est écartée dans le secteur des transports (66). Ainsi, à l'instar du droit commun, le salaire est réduit dans l'exacte proportion de l'arrêt de travail (67). Et si au cours d'un long préavis de grève collectif déposé par les organisations syndicales, les salariés alternent les périodes de grève avec des périodes de reprise de travail, qui peuvent au demeurant coïncider partiellement avec des périodes de repos, l'employeur devra payer aux salariés les jours de repos inclus dans les moments où ils ne cessent pas le travail (68). De plus, si un salarié renonce 24 heures à l'avance à participer à une grève, et qu'il se tient donc à la disposition de l'employeur, même si ce dernier ne peut l'affecter à un poste de travail, le salaire sera dû (69). Cela résulte de l'obligation pesant sur l'employeur de confier un travail aux salariés (70).

Néanmoins, la règle de la baisse strictement proportionnelle du salaire à la durée de la grève connaît une exception applicable au personnel navigant dans le transport aérien comme l'illustre un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 septembre 2021 (71). Dans cette affaire, un pilote d'Air France indique, deux jours à l'avance, qu'il va participer à un mouvement de grève le 25 juillet 2012 et uniquement ce jour-là. Or le salarié devait effectuer un vol long-courrier aller-retour, c'est-à-dire une rotation de trois jours, donc jusqu'au 27 juillet inclus. L'employeur supprime trois jours de salaire, ce que le pilote conteste. Il obtient gain de cause devant la cour d'appel, ce qui entraîne le pourvoi en cassation formé par la société. Dans un arrêt particulièrement didactique, les hauts magistrats cassent la décision des juges du fond en se fondant tout d'abord sur les articles L. 6522-2 et suivants du code des transports. Aux termes de ces textes, le personnel navigant est tenu, sauf cas de force majeure ou d'impossibilité médicale, d'assurer son service tel qu'il a été programmé. Ensuite, la Cour de cassation rappelle que l'employeur ne peut utiliser les informations issues des déclarations individuelles des salariés que pour l'organisation de l'activité durant la grève en vue d'en informer les passagers (72). Autrement dit, en l'absence de service minimum imposé, lesdites informations ne peuvent pas servir à recomposer les équipages et à réaménager le trafic avant le début du mouvement de grève. Ainsi, la réduction de salaire pouvait s'opérer sur la durée globale de la rotation, à savoir trois jours, car les jours de vols (premier et troisième jour) et de repos (deuxième jour) de cette rotation constituent un ensemble indivisible (73).

Ce raisonnement encourage dès lors les salariés concernés à retarder l'entrée en grève, et à privilégier les grèves en escale (74). Ce mécanisme est néanmoins propre aux personnels navigants des entreprises de transport aérien et ne peut être transposé, par exemple, dans le secteur du transport terrestre de voyageurs. En effet, dans ce cadre, l'employeur peut se servir des déclarations individuelles d'intention de grève pour réorganiser les équipes par le biais d'un plan de prévisibilité ou de transport (75).

Pour autant, même si la portée de l'arrêt du 8 septembre 2021 est limitée, la solution retenue peut être discutée. En effet, eu égard au fait que dans le secteur des transports, le législateur a fait le choix d'appliquer la règle de droit commun relative à l'abattement proportionnel du salaire au temps strict de la grève, il nous semble intéressant de faire le parallèle avec les salariés du secteur privé, et notamment ceux qui font grève en arrêtant les machines. Dans ce type de secteur d'activité, la remise en route des machines peut prendre un certain temps et l'arrêt de ces dernières peut être obligatoire pour des raisons de sécurité lorsque les salariés décident de faire grève et quittent les lieux de travail. Or, dès la fin des années 1980, les juges estiment que la réduction de salaire ne peut s'étendre à la période d'arrêt et de remise en route des machines, quel que soit le type d'industrie ou la date de la grève (76). Sinon l'employeur procède à une sanction pécuniaire prohibée notamment par l'article L. 1331-2 du code du travail.

Par ailleurs, il est vrai que dans le domaine des transports, la grève a des conséquences « externes » qui peuvent favorablement être utilisées par les grévistes au cours ou même avant le conflit.

B - Les conséquences à l'égard des tiers à l'entreprise

Le règlement (CE) n° 261/2004 du 11 février 2004 établit des règles d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important (plus de trois heures) d'un vol (77). L'article 5 § 1 dudit règlement prévoit que les passagers concernés ont droit à une indemnisation forfaitaire, dont le montant dépend de la distance du vol, à la charge du transporteur aérien. Cela étant, son article 5 § 3 accorde au transporteur aérien une cause exonératoire puisque le texte dispose qu'« [il] n'est pas tenu de verser l'indemnisation [...] s'il est en mesure de prouver que l'annulation est due à des circonstances extraordinaires qui n'auraient pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises ». En ce qui concerne notre étude, il est dès lors intéressant de savoir si une grève relève ou non d'une telle circonstance extraordinaire. En effet, si tel ne devait pas être le cas, le risque d'indemnisation lié aux annulations des vols à la suite d'une grève constituerait un moyen de pression non négligeable dans les négociations salariales (78).

Or la question a été récemment posée, quasiment dans ces termes, à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la réponse ne souffre pas de discussions. La Cour de Luxembourg énonce clairement et fermement que « l'article 5 § 3 du règlement CE 261/2004 doit être interprété en ce sens qu'un mouvement de grève entamé à l'appel d'un syndicat du personnel d'un transporteur aérien effectif, dans le respect des conditions édictées par la législation nationale, notamment du délai de préavis imposé par celle-ci, destiné à porter les revendications des travailleurs de ce transporteur et suivi par une catégorie de personnel indispensable à la réalisation du vol, ne relève pas de la notion de circonstance extraordinaire au sens de cette disposition » (79). Par « circonstances extraordinaires », au sens du règlement, il convient d'entendre des événements qui, par leur nature ou leur origine, ne sont pas inhérents à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné et échappent à la maîtrise effective de celui-ci. Ces deux conditions sont cumulatives et leur respect doit faire l'objet d'une appréciation stricte et au cas par cas (80). Dans cette espèce, une grève des pilotes d'une compagnie aérienne scandinave qui a duré du 26 avril au 2 mai 2019, a occasionné l'annulation de près de 4 000 vols concernant un peu de moins de 400 000 passagers. Et c'est l'un d'eux qui a demandé une indemnisation forfaitaire devant le tribunal d'Attunda en Suède, juge de première instance, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice une question préjudicielle.

La solution adoptée ne doit pas surprendre (81) car la grève était dans ce cadre strictement interne (elle était menée par les pilotes de la compagnie) et prévisible du fait du préavis déposé. En effet, les circonstances extraordinaires sont reconnues lorsque l'événement est extérieur à l'entreprise, comme dans l'hypothèse d'un passager au comportement perturbateur qui oblige le pilote à dérouter le vol, ou dans celle d'un coup de foudre qui oblige l'avion à rester au sol (82). Une grève des contrôleurs aériens qui ne travaillent pas directement pour l'un ou l'autre transporteur aérien, pourrait ainsi être considérée comme une circonstance extraordinaire qui libère ce dernier de son indemnisation forfaitaire à destination des passagers (83).

Mais qu'en est-il d'un mouvement de grève mené auprès d'une société mère et qui affecte une filiale ? Dans un arrêt du 6 octobre 2021, la CJUE répond que cette situation ne relève pas de la notion de circonstance extraordinaire (84). L'arrêt est intéressant car il s'agissait d'un mouvement destiné à porter des revendications, entamé à l'appel d'un syndicat du personnel d'un transporteur aérien effectif par solidarité avec celui qui a été lancé contre la société mère (Lufthansa) dont ce transporteur constitue l'une des filiales (Eurowings). La grève est suivie par une catégorie du personnel de cette filiale dont la présence est nécessaire pour opérer un vol (des hôtesses de l'air et des stewards) et qui se poursuit au-delà du terme initialement annoncé par le syndicat ayant appelé à la grève en dépit du fait qu'un accord a été trouvé entre-temps avec la société mère. Ainsi, la grève de solidarité n'est pas une cause d'exonération pour les transporteurs aériens (85) et la licéité de la grève n'a pas d'incidence sur cette dernière (86). De plus, le règlement (CE) n° 261/2004 apporte un haut degré de protection aux passagers (87) et la solution retenue par la CJUE est conforme au droit commun (88).

En effet, les circonstances extraordinaires sont proches du cas de force majeure (89). Et, en droit français, la grève ne constitue pas en elle-même une cause d'exonération de l'employeur vis-à-vis des salariés non-grévistes. Seule une situation contraignante exceptionnelle de fournir un travail et un salaire pourrait libérer l'employeur de sa responsabilité (90).

En somme, une grève dans les transports aériens va peser plus lourdement sur l'employeur qu'ailleurs. Pour autant, cet élément ne doit pas faire oublier que le droit de grève est parfois supprimé dans le secteur des transports.

III. - La suppression

Dans le secteur des transports, au-delà de huit jours d'arrêt de travail, l'employeur (ou une organisation syndicale représentative ou le médiateur désigné) peut organiser un vote à bulletin secret réservé aux salariés concernés par les motifs énoncés dans le préavis, portant sur la poursuite ou non du mouvement de grève (91). Le résultat n'affecte pas juridiquement l'exercice du droit de grève, le vote étant consultatif, mais il pèse dans le rapport de forces. Pour autant, la suppression de la grève telle qu'elle est entendue ici n'est pas celle qui est liée à une décision de reprise du travail des grévistes. Il s'agit plutôt d'une suppression imposée directement (A) ou décidée indirectement (B).

A - La suppression directe

Certains fonctionnaires, comme les militaires ou les magistrats sont privés du droit de grève (92). Cette éviction permanente limitée à certains agents (93), est justifiée aussi bien pour le CEDS que pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et ne concerne pas les personnels du secteur des transports (94). Cependant, comme le rappelle le Conseil d'État, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif, ou bien contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels du pays (95). Ainsi, la RATP se doit de garantir l'effectivité du principe fondamental de la continuité du service public des transports collectifs dans l'agglomération parisienne et de prendre toutes les mesures permanentes ou temporaires, nécessaires à cette fin (96). De plus, les contrôles de la circulation des trains ou de la navigation aérienne sont des services de sécurité, ce qui a pour conséquence d'y instituer un service minimum pour ce type de personnel (97).

Mais, dans le secteur des transports, les lois des 21 août 2007 et 19 mars 2012 n'instituent pas de service minimum (98). C'est pourquoi il est interdit à une compagnie aérienne d'utiliser les déclarations individuelles des grévistes pour recomposer les équipages et réaménager le trafic avant le début du mouvement collectif, même si tout passager a le droit de disposer d'une information gratuite, précise et fiable sur l'activité assurée (99). Le droit à l'information existe également pour les voyageurs des transports terrestres, ce qui contraint l'autorité organisatrice de la mobilité et les entreprises de transports à définir des dessertes prioritaires, puis à élaborer un plan de transport adapté à ces dessertes (100). Ces dessertes prioritaires, qui ne doivent donc pas être confondues avec un service minimum, permettent d'y affecter en priorité les salariés qui ne font pas grève (101). Autrement dit, il n'existe, dans le secteur des transports, aucune réquisition spécifique des déclarés grévistes.

Certes, le législateur s'est interrogé sur la question de savoir s'il ne fallait pas mettre en place des règles spéciales pour permettre la réquisition des grévistes dans les transports (102). Cela ne nous semble guère opportun car les règles générales relatives à la réquisition sont suffisantes (103). Elles peuvent être prises au niveau national par le gouvernement, et au niveau départemental par le préfet (104). Elles ont été mises en oeuvre ces dernières années principalement dans le secteur pétrolier et de la fourniture d'énergie électrique même si elles sont plutôt rares en général et en particulier dans le secteur des transports (105). Il faut dire que face à un refus collectif des grévistes, la réquisition peut se transformer en échec cuisant, comme l'avaient montré en leur temps, les mineurs des Houillères de Bassin et des Charbonnages de France (106). Dès lors, plutôt que de réquisitionner, l'autorité administrative préfère parfois procéder par une substitution de main-d'oeuvre. Ainsi, lors du conflit de l'automne 2011, les forces de l'ordre sont venues remplacer les agents de sécurité grévistes des aéroports (107). D'un point de vue strict, il n'y a pas réquisition (108), mais le droit de grève est anéanti dans ses effets, ce qui entraîne dans les faits une suppression du droit de grève.

Néanmoins, si l'autorité publique n'est pas la dernière à jouer avec les règles pour arriver à ses fins, les grévistes ne sont pas en reste en termes de stratégies conflictuelles. Le droit de grève est alors indirectement supprimé car remplacé par un autre procédé, à savoir le droit de retrait.

B - La suppression indirecte

Durant les années 1990, Jean-Emmanuel Ray posait déjà en substance la question suivante à ses lecteurs se livrant à une auto-évaluation : est-ce que les salariés ne préfèrent pas utiliser le droit de retrait à la place du droit de grève (109) ? Il faut dire que les deux droits se ressemblent à certains égards. D'une part, dans les deux cas, c'est le salarié qui est seul à la manoeuvre et à prendre une décision sans consultation ou autorisation de sa hiérarchie (110). D'autre part, l'exercice de ces droits entraîne la suspension de toute une série d'effets juridiques du contrat de travail (111). Qui n'a pas à l'esprit, l'utilisation « collective » d'un droit de retrait décidée par des cheminots ou des conducteurs de métro ou de tramway, par exemple après que l'un des leurs a subi une agression physique (112) ? Dans ce cas, comment faire la distinction avec une grève qui aurait pour revendication première la suppression d'une situation de travail perçue comme dangereuse et contraire à l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur (113) ?

L'article L. 4131-1 du code du travail envisage le droit de retrait comme un droit individuel qui répond à une situation qui relève de l'état de nécessité. Mais le législateur n'exclut toutefois pas un usage collectif du droit de retrait, l'article L. 4131-3 du code du travail disposant qu'« aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux ». Ce groupe de travailleurs a donc intérêt à choisir d'exercer collectivement le droit de retrait plutôt que le droit de grève puisqu'il y a maintien du salaire d'un côté, et suppression proportionnelle de l'autre (114). De plus, il convient de ne pas perdre de vue que dans le secteur des transports, il y a obligation de déposer un préavis en cas de mouvement de grève, ce qui n'existe évidemment pas en présence du droit de retrait. Enfin, l'intérêt de délaisser le droit de grève au profit du droit de retrait permet de jouir d'une forme d'empathie naturelle de l'opinion publique ou même du juge (115).

Ainsi, de fait, il convient de reconnaître que les salariés du secteur des transports peuvent, plutôt qu'exercer le droit de grève, faire usage du droit de retrait, lorsqu'ils sont confrontés à une situation qui fait raisonnablement penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour la vie ou la santé. Mais, comme indiqué à l'article L. 4131-1 du code du travail, se pose ensuite la question de la temporalité de cet usage. En effet, le ou les salariés doivent reprendre le chemin du travail ou alors se décider à se mettre en grève lorsque cesse le danger grave et imminent énoncé dans le texte.

Pour y voir plus clair, prenons l'exemple de 103 salariés de la SNCF, contrôleurs ou chefs de bord dans le département de l'Isère (116), qui ont, à la suite de deux agressions survenues à l'encontre de collègues, usé de leur droit de retrait (117). Même l'employeur accepte l'idée du droit de retrait qui était dans cette hypothèse, concerté, prévu et revendiqué. Mais un peu plus de 24 heures après la survenance des agressions, ce dernier notifia une injonction de reprise du travail aux salariés. Pour lui, le danger grave et imminent était passé. Il faut dire que dans ce cas d'espèce, l'agresseur des cheminots a été neutralisé et, dès lors, les juges du fond et de la Haute Juridiction sont unanimes pour penser que le droit de retrait ne pouvait plus s'exercer. Certes, les salariés pouvaient encore revendiquer le contrôle des titres de transport par deux agents (au lieu d'un seul) pour amenuiser le risque d'agression, mais dans le cadre de l'exercice du droit de grève. Comme le dit un auteur, le droit de retrait doit demeurer subsidiaire et exceptionnel (118). Mais que faire si, dans l'affaire jugée le 17 septembre 2017, l'agresseur n'avait pas été arrêté ? Comment considérer qu'il faille cesser, à un moment donné, l'exercice du droit de retrait au profit de l'exercice du droit de grève ou de la reprise du travail ? Quoi qu'il en soit, il nous semble, notamment dans le secteur des transports, que les salariés évincent autant que possible, et aussi longtemps que le juge l'accepte, le droit de grève au profit du droit de retrait.

En somme, le droit de grève est notamment par les lois de 2007 et de 2012, bien plus qu'ailleurs, systématiquement retardé et parfois supprimé. Nous doutons que ce soit ce régime juridique qui devrait servir de repère ou de modèle pour une proposition de révision du socle commun des règles de recours à la grève dans les services publics (119). Au contraire, nous sommes plutôt enclins à penser qu'en vertu du principe d'égalité, la grève dans le secteur des transports n'aurait pas dû quitter le giron du régime commun.

Mots clés :
GREVE * Droit de grève * Régime juridique * Secteur du transport * Transport terrestre * Transport aérien

(1) En ce sens, A. Lyon-Caen, Grève et métiers, RDT 2014. 593.

(2) Concernant les chiffres relatifs aux mouvements sociaux, v. entre autres : Dares, les journées individuelles non travaillées (JINT), 27 oct. 2021 ; A. Carlier, Dares, Mesurer les grèves dans les entreprises, Document d'études, n° 139, août 2008 ; Dares, Les grèves en 2017, Dares Résultats, n° 059, déc. 2019. V. égal., F. Aknin et V. Daviot, Faire face à un mouvement social d'ampleur nationale, JCP S, 21 janv. 2020, n° 1010.

(3) L. n° 2007-1224, 21 août 2007, sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports réguliers de voyageurs, JO 22 août. V. not., V. Bernaud, La « nature particulière » du droit de grève n'implique pas une protection constitutionnelle amoindrie, Dr. soc. 2007. 1221 ; C. Fortier, La garantie de continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs, RD publ. 2017. 1635 ; F. Melleray, La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum, AFDA 2007. 1755 ; J.-E. Ray, À propos de la loi sur la grève dans les transports publics, Dr. soc. 2007. 1205. Cette loi s'inspire largement du rapport Mandelkern de 2004 : D. Mandelkern, La continuité des services publics dans les transports terrestres de voyageurs, rapport remis au ministre G. de Robien, Doc. fr., 2004.

(4) L. n° 2012-375, 19 mars 2012, relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers et à diverses dispositions dans le domaine des transports. V. not., N. Guillet, Le trompe-l'oeil juridique de la loi du 12 mars 2012 relative à l'organisation du service et à l'information des passagers dans les entreprises de transport aérien de passagers, Dr. soc. 2012. 697.

(5) Aux articles L. 1114-1 et suivants pour les dispositions relatives au droit à l'information des passagers du transport aérien, aux articles L. 1221-1 et suivants pour les services de transport public de personnes et aux articles L. 1324-1 et suivants pour les services publics de transport terrestre régulier de personnes et aux services librement organisés de transport ferroviaire de voyageurs.

(6) V., B. Teyssié, Conflits collectifs - Grève dans le secteur public, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 70-30. V. égal., P.-Y. Gahdoun, Le droit de grève, EDF et la jurisprudence *Dehaene* : un ménage à trois difficile, CE, 12 avr. 2013, n° 329570, *Force ouvrière Énergie et mines*, Dr. soc. 2013. 608.

(7) Il convient de songer au personnel navigant (pilotes de ligne, hôtesses de l'air et stewards), aux agents de sûreté aéroportuaire, d'enregistrement ou d'embarquement, aux avitailleurs, aux bagagistes, etc. V., S. Ranc, Retenue de salaire du personnel navigant du fait de l'exercice du droit de grève au début d'une période de rotation, JCP S, 19 oct. 2021, n° 1260.

(8) V., Soc., 8 oct. 2014, n° 13-13.792, Bull. civ. V, n° 224, D. 2014. 2054 ; JCP S, 18 nov. 2014, n° 1449, étude E. Jeansen ; JCP E, 4 déc. 2014, n° 1634, obs. E. Jeansen.

(9) Respectivement, C. trav., art. L. 2511-1 s., L. 2512-1 s., et C. transp., art. L. 1114-1 s., L. 1221-1 s. et L. 1324-1 s.

(10) V. en ce sens, V. Bonnin, Les limitations du droit de grève fondées sur les droits des tiers au conflit, Dr. soc. 2013. 424.

(11) P.-Y. Gahdoun, Les aléas du droit de grève dans la Constitution, Dr. soc. 2014. 349.

(12) Un auteur a pu écrire à juste titre que l'encadrement du droit de grève dans le domaine des services publics laisse apparaître la volonté des pouvoirs publics de resserrer son exercice dans le temps. Y. Ferkane, Encadrement temporel et conséquences attachées à l'exercice du droit de grève, RDT 2016. 108.

(13) V. not. et respectivement : Soc., 22 oct. 2014, n°s 13-19.858, 13-19.859 et 13-19.860, Bull. civ. V, n° 246, D. 2014. 2179 ; *ibid*. 2015. 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2015. 206, chron. S. Tournaux ; RDT 2015. 128, obs. I. Odoul-Asorey - Soc., 7 juin 1995, n° 93-46.448, Bull. civ. V, n° 180, D. 1996. 75, note B. Mathieu ; Dr. soc. 1995. 835, obs. J.-E. Ray ; *ibid*. 1996. 37, note C. Radé ; RDSS 1996. 115, obs. J.-M. Lhuillier ; RTD civ. 1996. 153, obs. J. Mestre.

(14) C. trav., art. L. 2512-2, al. 1er. V. entre autres : B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 70-30, préc.

(15) Sauf à être membre des instances dirigeantes d'une organisation syndicale.

(16) Dans le même sens, P.-Y. Gahdoun, préc., Dr. soc. 2014. 349.

(17) V. not., Cons. const., 7 août 2008, n° 2008-569 DC, AJDA 2008. 1565 ; *ibid*. 2410, note M. Verpeaux ; D. 2008. 2064 et les obs. ; Dr. soc. 2009. 147, étude V. Bernaud ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud

(18) V., Conclusions XV-1, France, p. 254 s\. ; de manière plus générale, v. S. Clauwaert, Le droit à l'action collective (y compris le droit de grève) du point de vue de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, RDT 2016. 438.

(19) Au vu de l'alinéa 4 de l'article L. 2512-2 du code du travail.

(20) V. not., B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 70-30 préc. ; F. Petit, Le droit de grève dans les services publics : un puzzle à recomposer ?, Dr. soc. 2017. 503 - V. par ex. : Soc., 14 sept. 2017, n° 16-12.215, JS Lamy, 26 oct. 2017, obs. D. J.-P., à propos d'un préavis valable malgré une absence de signature et des imprécisions.

(21) Concernant le secteur de l'audiovisuel, v., F. Fouvet, L'exercice constitutionnellement garanti du droit individuel de faire grève face à l'exigence d'un préavis, RDT 2015. 411.

(22) V. not., Soc., 25 janv. 2012, n° 10-26.237, Bull. civ. V, n° 18, D. 2012. 368 ; Dr. soc. 2012. 433, obs. P. Chaumette.

(23) V., N. Guillet, préc., Dr. soc. 2012. 697.

(24) V., C. transp., art. L. 1324-3 et L. 1324-4.

(25) Ce qui explique partiellement pourquoi la grève dans les transports aériens n'est pas une cause d'exonération pour les compagnies puisque la grève n'est donc pas imprévisible. v. *infra,* II, B, de cette étude, et L. Siguoirt, Règlement CE 261/2004 : la grève d'un syndicat de pilotes n'est pas une circonstance extraordinaire, D. 2021. 1171 .

(26) Il est à relever que dans le cadre du transport aérien, la négociation avant l'entrée en conflit n'est pas strictement obligatoire puisqu'elle est prévue uniquement par un accord-cadre de prévention des conflits qui est facultatif. V., L. Peru-Pirotte, Les transports : activités, contrats et responsabilités (2e partie), JCP E, 21 sept. 2017, n° 1494, p. 33. V. égal., N. Guillet, préc., Dr. soc. 2012. 697.

(27) V., Soc., 30 juin 2015, n° 14-10.764, Bull. civ. V, n° 132, AJDA 2015. 1346 ; D. 2015. 1493 ; RDT 2016. 108, obs. Y. Ferkane ; JCP S., 13 oct. 2015, n° 1366, note S. Carre.

(28) V., V. Bonnin, préc., Dr. soc. 2013. 424.

(29) V., Soc., 11 févr. 2015, n° 13-14.607, Bull. civ. V, n° 25, D. 2015. 493 ; *ibid*. 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2015. 411, obs. F. Fouvet ; RJS 2015. 329. En l'espèce, dans le cadre d'un préavis de 180 jours, les salariés n'ont pas fait grève durant les trois premiers jours de cette période.

(30) V., G. Pignarre, Retour sur les retenues (illicites) de salaire en cas de conflit collectif, RDT 2018. 684.

(31) V., Soc., 8 déc. 2016, n° 15-16.999, Bull. civ. V, n° 236, D. 2016. 2577 ; JCP S, 24 janv. 2017, n° 1024, p. 1, note F. Duquesne - V. déjà : Soc., 4 juill. 2012, n° 11-18.404, Bull. civ. V, n° 207, AJDA 2012. 2149 ; D. 2012. 1892 ; *ibid*. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012. 860, obs. C. Radé.

(32) Il convient de se souvenir que dans le secteur public, la grève tournante est interdite en vertu de l'article L. 2512-3 du code du travail. V. égal. Soc., 13 mai 2009, n° 07-44.952, Dr. soc. 2009. 826, note F. Duquesne.

(33) V., Aix-en-Provence, 25 juin 2020, n° 19/14125, JCP S, 15 sept. 2020, n° 350, p. 5. Trouble qui justifie la saisine du juge des référés. V. not., B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 70-30, préc., n° 10.

(34) V., Soc., 30 janv. 2013, n° 11-23.791, Bull. civ. V, n° 21, AJDA 2013. 958 ; D. 2013. 371 ; *ibid*. 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RJS 2013, n° 317.

(35) V. par ex., Soc., 5 juin 1984, n°s 81-42.229 et 81-42.238, Bull. civ. V, n° 229.

(36) Déjà en ce sens : Soc., 25 févr. 2003, n° 00-44.339, Bull. civ. V, n° 63, Dr. soc. 2003. 554, obs. C. Radé.

(37) V. par ex., Cass., ass. plén., 23 juin 2006, n° 04-40.289, Bull. ass. plén., n° 7, D. 2006. 1843, obs. A. Astaix ; Dr. soc. 2006. 935, obs. E. Dockès ; RDT 2006. 248, obs. N. Olszak ; *ibid*. 404, obs. O. Leclerc.

(38) L. 21 août 2007, préc.

(39) C. transp., art. L. 1324-7, al. 1er.

(40) C. transp., art. L. 1324-7, al. 2. Il est à noter que cette information n'est pas requise lorsque la grève n'a pas lieu ou lorsque la prise du service est consécutive à la fin de la grève

(41) C. transp., art. L. 1114-3. L'alinéa 5 de cet article dispose que « sont considérés comme salariés dont l'absence est de nature à affecter directement la réalisation des vols, les salariés des exploitants d'aérodrome et des entreprises, établissements ou parties d'établissement mentionnés à l'article L. 1114-1 qui occupent un emploi de personnel navigant ou qui assurent personnellement l'une des opérations d'assistance en escale mentionnée au même article L. 1114-1, de maintenance en ligne des aéronefs, de sûreté aéroportuaire, de secours et de lutte contre l'incendie ou de lutte contre le péril animalier ». Un système équivalent existe pour les enseignants depuis la loi du 7 août 2008, ce qui apparaît comme discutable à certains égards d'un point de vue constitutionnel. V. en ce sens : P.-Y. Gadhoun, préc., Dr. soc. 2014. 349.

(42) V., Soc., 19 mai 2016, n° 14-26.700, Bull. civ. V, n° 102 ; JCP S, 5 juill. 2016, n° 1244, note F. Duquesne. Il ressort de l'arrêt que la déclaration individuelle d'intention doit être portée à la connaissance de l'employeur au plus tard 48 heures avant que l'agent participe à la grève et non à la date du dépôt du préavis de grève. En l'espèce, un salarié en congé n'avait déclaré son intention de participer au mouvement que la veille de la reprise de son

travail, ce qui est ici accepté par la Cour de cassation. Cette dernière estime, dans ce cas, que le salarié a établi sa déclaration dès que possible.

(43) C. transp., art. L. 1324-7 et L. 1114-3, al. 6. Il est même dit à l'alinéa 1er *in fine* de l'article L. 1324-7 du code des transports que leur (l'information des salariés) utilisation à d'autres fins ou leur communication à toute personne autre que celles désignées par l'employeur comme étant chargées de l'organisation du service est passible des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal.

(44) Pour le transport aérien, l'article L. 1114-7 du code des transports dispose qu'« en cas de perturbation du trafic aérien liée à une grève dans une entreprise, un établissement ou une partie d'établissement entrant dans le champ d'application du présent chapitre, tout passager a le droit de disposer d'une information gratuite, précise et fiable sur l'activité assurée. Cette information doit être délivrée aux passagers par l'entreprise de transport aérien au plus tard vingt-quatre heures avant le début de la perturbation ». V. égal., Cons. const., 15 mars 2012, n° 2012-650 DC, AJDA 2012. 574 ; Dr. soc. 2012. 708, étude V. Bernaud ; Constitutions 2012. 333, obs. C. Radé.

(45) V., Soc., 12 oct. 2017, n° 16-12.550, Bull. civ. V, n° 181, D. 2017. 2104 ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 717, 26 oct. 2017, obs. C. Radé.

(46) V. *infra,* II, A, de cette étude.

(47) V., Soc., 8 sept. 2021, n° 19-21.025, publié au Bulletin, D. 2021. 1633 ; Dr. soc. 2021. 1052, obs. C. Radé ; étude C. Mariano, La proportionnalité de la retenue sur salaire en cas de grève dans le transport aérien, BJT, n° 12, 2021. 11 ; JCP S, 19 oct. 2021, n° 1260, note S. Ranc ; RJS, n° 11, 2021, n° 618.

(48) V. entre autres : R. Vatinet, Sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs, JCP S 2007, n° 1692.

(49) V. not., Soc., 13 oct. 2016, n° 15-13.886, Bull. civ. V, n° 187, D. 2016. 2218 ; JCP S, 6 déc. 2016, n° 1417, note E. Jeansen ; Gaz. Pal., 28 oct. 2016. 54, obs. C. Berlaud - V. égal., Soc., 8 juill. 2020, n° 19-13.767, publié au Bulletin ; JCP S, 15 sept. 2020, n° 3013, note S. Carre ; RJS, n° 10, 2020, n° 496. Dans cette affaire, les hauts magistrats considèrent comme conforme la décision de l'employeur de modifier l'horaire de prise de service du salarié à la suite de sa déclaration de son intention de participer au mouvement de grève, dès lors qu'il s'agit d'une révision de l'organisation du travail rendue nécessaire par des raisons de sécurité et n'ayant pas d'incidence sur l'exercice du droit de grève.

(50) V., Soc., 16 janv. 2019, n° 17-27.124, publié au Bulletin, D. 2019. 134 ; JCP S, 19 févr. 2019, n° 1050, note E. Jeansen ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 770, 31 janv. 2019, obs. C. Radé ; BJT, n° 3, 2019. 28, obs. F. Bergeron-Canut ; JS Lamy, n° 474, 23 avr. 2019, obs. D. J.-P. ; RJS 2019. 314.

(51) V. à propos de la dernière phrase de l'article : Soc., 7 mai 1991, n° 87-43.737, Bull. civ. V, n° 218 - Soc., 10 nov. 1999, n° 97-43.514, RJS 2000, n° 26 - Soc., 12 févr. 2001, n° 98-46.482, RJS 2001, n° 444 - V. égal., à propos du non-respect du préavis de 48 heures : Paris, 12 juin 2019, n° 17/10260, JCP S, 30 juill. 2019, n° 304.

(52) Dans un sens équivalent v., N. Guillet, préc., Dr. soc. 2012. 697.

(53) V. entre autres : TGI Nanterre, 10 févr. 2015, et Soc., 11 févr. 2015, n° 13-14.607, Bull. civ. V, n° 25, D. 2015. 493 ; *ibid*. 2340, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2015. 411, obs. F. Fouvet ; RJS, n° 5, 2015, n° 360.

(54) V., Soc., 8 déc. 2016, n° 15-16.999, Bull. civ. V, n° 236, D. 2016. 2577 ; JCP S, 24 janv. 2017, n° 1024, note F. Duquesne ; Y. Ferkane, Titularité et chronologie de l'exercice du droit de grève dans les services publics, RDT 2017. 273 ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 681, 22 déc. 2016, obs. C. Radé.

(55) En ce sens : Y. Ferkane, préc., RDT 2017. 273.

(56) C. Radé obs. préc., Lexbase hebdo, éd. soc., n° 681, 22 déc. 2016.

(57) V., Soc., 23 mars 2017, n° 15-26.835, Bull. civ. V, n° 54, D. 2017. 823 ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 694, 6 avr. 2017, obs. C. Radé ; L. Peru-Pirotte, obs. *in* Les transports : activités, contrats et responsabilités (deuxième partie), JCP E, 21 sept. 2017, n° 32, p. 33 ; JCP S, 11 mai 2017, n° 1154, note E. Jeansen.

(58) V., Soc., 9 juin 2021, n° 19-22.392.

(59) V. dans le même sens : Versailles, 10 déc. 2020, n° 19/00360, JCP S, 26 janv. 2021, n° 40.

(60) L. n° 2019-828. V., A. Taillefait, L'exercice du droit de grève dans les services publics locaux, Dr. soc. 2019. 1020.

(61) V., F. Petit, préc., Dr. soc. 2017. 503.

(62) F. Masson, Un droit de grève en droit des contrats ? À propos des « mouvements de refus concerté » de fournir des services à une plateforme numérique, Dr. soc. 2017. 861.

(63) V. en ce sens : F. Petit, préc., Dr. soc. 2017. 503 - À propos de la définition de la grève, v. Soc., 11 juill. 2016, n° 14-14.226, Bull. civ. V, n° 150, D. 2016. 1655 ; JCP S, 4 oct. 2016, n° 1332, note F. Duquesne ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 665, 28 juill. 2016, obs. P. Lokiec. Concernant la responsabilité civile engagée à l'encontre des grévistes ou des syndicats, v. par ex. : V. Bonnin, préc., Dr. soc. 2013. 424 ; B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, préc., fasc. 70-30. À propos de la responsabilité pénale, v. entre autres : M.-C. Rouault et F. Duquesne, La répression des comportements violents dans l'entreprise en grève, Dr. soc. 2009. 1091.

(64) V., C. trav., art. L. 2512-5, et not. sur ce point : B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, préc., fasc. 70-30, n°s 20 s\.

(65) Conclusions XIII-1, France, p. 154. V. sur la question : S. Clauwaert, préc., RDT 2016. 438. V. égal. : CEDS 155/2017, *Confédération générale du travail (CGT) c/ France*. La réclamation a été enregistrée le 28 juill. 2017. Elle porte sur l'article 6 § 4 (droit de négociation collective - actions collectives) de la Charte sociale européenne révisée. La CGT allègue que la règle dite « du trentième indivisible » prévue par la loi n° 87-588 du 30 juill. 1987 (signifiant que toute absence de service fait, pendant une fraction de la journée donne lieu à une retenue de salaire dont le montant est égal à la fraction indivisible d'un trentième du traitement mensuel, chaque mois étant réputé contenir 30 jours), et qui est applicable aux grèves d'une durée inférieure à un jour dans la fonction publique, a pour objet et pour effet de porter une atteinte injustifiée au droit de grève des fonctionnaires en violation de la disposition susmentionnée de la Charte.

(66) En vertu de l'article L. 1324-11 du code des transports, « la rémunération d'un salarié participant à une grève, incluant le salaire et ses compléments directs et indirects, à l'exclusion des suppléments pour charges de famille, est réduite en fonction de la durée non travaillée en raison de la participation à cette grève ».

(67) Soc., 8 juill. 2020, n° 19-13.767, publié au Bulletin ; JCP S, 15 sept. 2020, n° 3013, note S. Carre ; RJS, n° 10, 2020, n° 496 ; JS Lamy, n° 505, 12 oct. 2020, obs. D. J.-P. ; Gaz. Pal., 15 sept. 2020. 35, obs. C. Berlaud. Il s'agissait en l'occurrence d'arrêts de travail d'une durée de deux fois 59 minutes par jour.

(68) V. *supra*, I, A, de cette étude, et G. Pignarre, préc., RDT 2018. 684.

(69) V. *supra*, I, B, de cette étude - Et Soc., 13 oct. 2016, n° 15-13.886, Bull. civ. V, n° 187, D. 2016. 2218 ; JCP S, 6 déc. 2016, n° 1417, note E. Jeansen.

(70) V., Soc., 17 févr. 2010, n° 08-45.298, Bull. civ. V, n° 41, D. 2010. 799, note J. Mouly ; *ibid*. 576, obs. J. Cortot ; RDT 2010. 292, obs. J. Pélissier.

(71) Soc., 8 sept. 2021, n° 19-21.025, publié au Bulletin, D. 2021. 1633 ; Dr. soc. 2021. 1052, obs. C. Radé ; BJT, n° 12, 2021. 11, obs. C. Mariano ; JCP S, 19 oct. 2021. 1260, note S. Ranc ; RJS, n° 11, 2021, n° 618. D'autres décisions prises le même jour, adoptent rigoureusement la même solution et le même raisonnement. V., Soc., 8 sept. 2021, n°s 19-25.604, 19-25.560 et 19-21.027.

(72) V. *supra,* I, B, de cette étude.

(73) Dans un arrêt du même jour et non publié, relatif à des faits similaires, les magistrats évoquent également l'impossibilité d'une nouvelle affectation liée à l'impératif de stabilité des plannings du personnel navigant technique qui impose que les vols soient programmés un mois à l'avance afin de garantir la sécurité et la continuité des vols. V., Soc., 8 sept. 2021, n° 19-25.592.

(74) En ce sens : S. Ranc, préc., JCP S, 19 oct. 2021. 1260.

(75) V. *supra,* I, B, de cette étude.

(76) V., Soc., 4 févr. 1988, n° 84-43.429, Bull. civ. V, n° 91, p. 62 ; Dr. ouvrier 1988. 448. Confirmation Soc., 6 juin 1989, n° 85-46.435, *BSN (Sté)* c/ *Demaret*, Bull. civ. V, n° 426, D. 1990. 170, obs. G. Borenfreund.

(77) V. entre autres : N. Balat, J. Jourdan-Marques et L. Siguoirt, L'indemnisation et l'assistance des passagers du transport aérien - regards civilistes sur le règlement n° 261/2004, LexisNexis, 2019.

(78) V. en ce sens : L. Siguoirt, préc., D. 2021. 1171.

(79) CJUE, gr. ch., 23 mars 2021, aff. C-28/20, *Airhelp Ltd c/ Scandinavian Airlines*, D. 2021. 1171, note L. Siguoirt ; *ibid*. 1695, obs. H. Kenfack ; Dr. soc. 2021. 534, étude J.-P. Lhernould ; JCP S, 8 juin 2021, n° 1151, note S. Ranc ; Europe mai 2021. 165, note V. Michel ; Énergie-Envir.-Infrastructures juin 2021. 58, note R. Ktorza ; JCP, 6 avr. 2021. 387, obs. D. Berlin ; Gaz. Pal., 25 mai 2021. 20, obs. P. Dupont ; JT 2021, n° 243, p. 44, obs. C. Lachieze.

(80) V. CJUE, 23 mars 2021, aff. C-28/20, préc., pts 23 et 24.

(81) Même si les conclusions de l'avocat général étaient en sens contraire.

(82) V. respectivement : CJUE, 11 juin 2020, aff. C-74/19, D. 2020. 2223, note P. Dupont et G. Poissonnier ; *ibid*. 2021. 1695, obs. H. Kenfack ; RTD eur. 2021. 449, obs. L. Grard - Civ. 1re, 12 sept. 2018, n° 17-11.361, publié au Bulletin, D. 2018. 2120, note P. Dupont et G. Poissonnier ; *ibid*. 2117, avis J.-P. Sudre ; *ibid*. 2019. 1469, obs. H. Kenfack ; JCP E, 15 nov. 2018, n° 1580, étude L. Siguoirt.

(83) V. en ce sens : S. Ranc, préc., JCP S, 8 juin 2021, n° 1151.

(84) CJUE, 6 oct. 2021, aff. C-613/20, D. 2021. 1813 ; JCP S, 30 nov. 2021. 1302, note J. Icard et L. Siguoirt.

(85) V. de manière plus générale pour un plaidoyer de la grève de solidarité : A. Lyon-Caen, Fraternité, RDT 2018. 489.

(86) V. CJUE, 6 oct. 2021, aff. C-613/20, pt 32, D. 2021. 1813 et, en ce sens : S. Ranc, préc., JCP S, 8 juin 2021, n° 1151.

(87) Il est même possible d'y voir la consécration de la supériorité du droit de grève sur les libertés économiques à l'instar de la CEDH. V., CEDH, 10 juin 2021, n° 4587/17, RDT 2021. 535, étude K. Chatzilaou.

(88) V. en ce sens : J. Icard et L. Siguoirt, L'effet d'une grève externe en droit du transport aérien, JCP S, 30 nov. 2021. 1302.

(89) V., L. Siguoirt, préc., D. 2021. 1171.

(90) V. déjà : Soc., 18 oct. 1952, Bull. civ. VI, n° 742.

(91) V., C. transp., art. L. 1114-6 et L. 1324-10.

(92) Respectivement L. n° 72-662, 13 juill. 1972, et Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958. Dans la magistrature, la grève est pourtant de fait reconnue par l'administration puisque depuis l'« affaire de Pornic » il est procédé à des retenues sur traitement des magistrats grévistes pour... « service non fait ». V. not. Le Monde, 4 févr. 2011.

(93) Au contraire de l'Allemagne qui interdit de manière générale le droit de grève aux fonctionnaires. V. entre autres : P. Remy et A. Seifert, Les droits des conflits collectifs, RDT 2010. 250.

(94) V. respectivement : CEDS, 4 nov. 2014, réclamation n° 112/2014, RDT 2018. 535, obs. B. Delmas - CEDH, 21 avr. 2015, n° 45892/09, *Junta Rectora c/ Espagne*, Dr. soc. 2016. 697, étude J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(95) CE, 12 avr. 2013, JCP S 2013, n° 1283, note E. Jeansen. V. de manière plus générale : P.-Y. Gahdoun, Les aléas du droit de grève dans la Constitution, Dr. soc. 2014. 349.

(96) CE, 8 mars 2006, n° 278999, *Onesto*, Lebon ; AJDA 2006. 576 ; AJFP 2006. 206, concl. R. Keller ; RDT 2006. 259, obs. O. Leclerc ; RFDA 2006. 1236, concl. R. Keller ; RJS 2006, n° 882.

(97) V. respectivement : CE, 23 oct. 1964, n° 56194, JCP 1965. II, n° 14271, note G. Belorgey - CE, 26 oct. 1960[mev],[/mev] Dr. soc. 1961. 100. V. égal. L. n° 84-1286, 31 déc. 1984, et L. n° 87-1014, 18 déc. 1987, instaurant un service minimum opposable aux officiers contrôleurs et ingénieurs d'études et d'exploitation de l'aviation civile.

(98) Contrairement aux services de transmission du ministère de l'Intérieur ou à la radio et télévision. V., F. Petit, préc., Dr. soc. 2017. 503.

(99) V. *supra*, I, B, de cette étude, et Soc., 12 oct. 2017, n° 16-12.550, Bull. civ. V, n° 181, D. 2017. 2104 ; RJS 2017, n° 823 ; Lexbase hebdo, éd. soc., 26 oct. 2017, obs. C. Radé. L'arrêt énonce : « Et attendu qu'ayant exactement retenu que ces dispositions, dont la finalité est l'information des usagers vingt-quatre heures à l'avance sur l'état du trafic afin d'éviter tout déplacement et encombrement des aéroports et préserver l'ordre public, n'autorisaient pas l'employeur, *en l'absence de service minimum imposé*, à utiliser les informations issues des déclarations individuelles des salariés afin de recomposer les équipages et réaménager le trafic avant le début du mouvement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (nous soulignons). Il est intéressant de relever que dans le secteur aérien, les passagers ont droit à une information sur l'état du trafic en cas de grève mais pas, par exemple, en cas d'événement météorologique, qui peut pourtant engendrer de nombreux retards ou annulations de vols. V. en ce sens : N. Guillet, préc., Dr. soc. 2012. 697.

(100) C. transp., art. L. 1222-1 s. V. entre autres : F. Melleray, préc., AFDA 2007. 1755 ; J.-E. Ray, préc., Dr. soc. 2007. 1205 ; V. Bernaud, préc., Dr. soc. 2007. 1221.

(101) V., Soc., 16 janv. 2019, n° 17-27.124, publié au Bulletin, D. 2019. 134 ; Lexbase hebdo, éd. soc., 31 janv. 2019, obs. C. Radé ; BJT, n° 3, 2019. 28, obs. F. Bergeron-Canut.

(102) V., Sénat, proposition de loi n° 166, 2 déc. 2020, JCP, 20 janv. 2020, n° 64, étude B. Teyssié.

(103) Dans le même sens : B. Teyssié, étude préc., JCP, 20 janv. 2020, n° 64.

(104) Pour une présentation générale de la réquisition, v. B. Teyssié, J.-Cl. Travail Traité, fasc. 70-30 préc., n°s 35 s\.

(105) V. respectivement : N. Guillet, Après les réquisitions de personnels grévistes de l'automne 2010 (réflexions sur la portée du droit de grève dans une France en crise), Dr. soc. 2012. 152 ; P.-Y. Gahdoun, préc., Dr. soc. 2013. 608.

(106) En 1963. V., B. Teyssié, étude préc., JCP, 20 janv. 2020, n° 64.

(107) Ce conflit collectif est à l'origine de la loi du 19 mars 2012. Sur ce point, v. V. Bonnin, préc., Dr. soc. 2013. 424 .

(108) V. not. sur ce point : TA Montreuil, 23 déc. 2011, n° 1111179, cité par V. Bonnin, préc., Dr. soc. 2013. 424

(109) J.-E. Ray, Droit du travail, Droit vivant, 7e éd., éd. Liaisons, 1998.

(110) Préavis syndical mis à part. V. *supra*, I, A, de cette étude.

(111) V. sur les deux aspects évoqués : P.-Y. Verkindt, Le droit de retrait est en pratique moins puissant qu'on l'imagine..., Controverse : quels usages du droit de retrait ?, RDT 2020. 721.

(112) V. pour des faits de cet ordre : Soc., 17 sept. 2017, n° 16-22.224, RDT 2018. 137, obs. M. Véricel.

(113) En ce sens : P.-Y. Verkindt, préc., RDT 2020. 721 ; v. égal. : M. Babin, Du droit de retrait au droit d'éviction, Controverse : quels usages du droit de retrait ?, RDT 2020. 721.

(114) V. *supra*, II, A, de cette étude.

(115) V. sur ce point : M. Babin, préc., RDT 2020. 721. L'auteur pose cette question d'importance : « N'aurais-je pas eu peur ? ».

(116) Donc en contact direct avec la clientèle.

(117) V., Soc., 17 sept. 2017, n° 16-22.224, préc., RDT 2018. 137, obs. M. Vericel.

(118) M. Babin, préc., RDT 2020. 721.

(119) *Contra* : F. Petit, préc., Dr. soc. 2017. 503.

Copyright 2023 - Dalloz – Tous droits réservés

1181 Pour un contrat unique d'alternance

Stéphane Michel,
maître de conférences en droit privé à l'université Polytechnique Hauts de France, membre du CRISS

En matière d'alternance, deux contrats coexistent à savoir le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation. Or notre étude souhaite montrer qu'il est temps d'unifier les deux contrats. Les conditions pour réussir la mise en place de cet unique contrat d'alternance sont réunies. Et cette fusion nous paraît aussi logique que nécessaire.

1 - Les réformes législatives se succèdent depuis des années, voire des décennies en matière d'apprentissage et de formation professionnelle [1]. Ce rythme frénétique de réformes [2] est calqué en grande partie sur les changements de majorité politique mais peut, semble-t-il, également s'expliquer par le fait que la formation professionnelle se situe au cœur de la négociation collective [3]. Il en résulte une multitude d'interventions réglementaires et législatives qui sonnent comme des réformes à la fois techniques, partielles, voire inutiles. Combien de lois annoncées comme fondamentales sur le sujet laissent un sentiment de déception à la lecture [4] ? Combien de réformes annoncées comme d'envergure ne sont en fait que des « *réformettes* » [5] ? Or, employeurs et salariés sont d'abord intéressés par des dispositions concrètes et ce qui les préoccupe surtout, relève essentiellement du ou plutôt des contrats de travail qui les lient.

2 - En matière d'alternance, deux contrats existent ou coexistent depuis de nombreuses années à savoir le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation [6]. Ces derniers ont évolué au fil du temps dans le sens d'un assouplissement voulu et annoncé à partir du début des années 2010 [7] et plutôt concrétisé par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, dite loi Avenir [8]. Durant cette période, les gouvernements successifs ont progressivement gommé les spécificités du contrat d'apprentissage et du contrat de professionnalisation, rapprochant leur régime de celui des contrats de travail de droit commun [9]. Nier les spécificités de la situation des salariés alternants [10] tout en maintenant des différences minimes de régimes entre les deux contrats semble peu pertinent. L'alternance ne doit pas être édulcorée, mais mérite d'être unifiée. Une réforme simple, efficace, lisible et intelligible doit procéder, à notre sens, de la mise en place d'un unique contrat d'alternance qui disposerait d'un régime juridique autonome. À cette fin, nous allons expliquer la logique de la fusion entre contrat de professionnalisation et d'apprentissage avant de montrer que cette fusion est logique.

1. Citons de manière non exhaustive, les interventions (uniquement) législatives suivantes : *L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. – L. n° 2009-1437, 24 nov. 2009, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie. – L. n° 2014-288, 5 mars 2014, relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. – L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi. – L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. – L. n° 2017-86, 27 janv. 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté. – L. n° 2018-771, 5 sept. 2018, pour la liberté de choisir son avenir professionnel.*
2. *L'expression est de P. Caillaud, La refonte du système des diplômes et des certifications professionnelles : Dr. soc. 2018, p. 1016.*
3. *La loi du 4 mai 2004 qui instaure le contrat de professionnalisation est le résultat de l'accord national interprofessionnel du 5 décembre 2003 (signé le 20 septembre 2003). – V. par ex. Ch. Willmann, Le contrat de professionnalisation : un vrai contrat de formation en alternance : Dr. soc. 2004, p. 715.*
4. *V. par ex. J.-M. Luttringer, J.-P. Willems, La loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie : Dr. soc. 2010, p. 417.*
5. Un auteur a pu parler de petites réformes : *Y. Pagnerre, Petites réformes de l'apprentissage et de la formation continue : JCP S 2016, 1308.*
6. *Respectivement prévu à C. trav., art. L. 6221-1 et s. – Et, C. trav., art. L. 6325-1 et s.*
7. *V. par ex. J.-Y. Kerbouc'h, Réforme de la formation en alternance : changement d'objectifs, changement de méthode : Dr. soc. 2012, p. 592. – V. not. L. n° 2011-893, 28 juill. 2011, pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels.*
8. *S. Michel, Les contrats d'alternance après la loi Avenir : JCP S 2019, 1063.*
9. L'illustration qui vient à l'esprit relève de la rupture du contrat d'apprentissage. Anciennement, celle-ci ne pouvait être prononcée que devant le conseil de prud'hommes. Aujourd'hui, cette rupture prend la forme d'un licenciement (sic !) prévu à l'article L. 6222-18 du Code du travail. – V. par ex. *S. Tournaux, Le contrat de travail, nouveau laboratoire d'expérimentation ? : RDT 2018, p. 671.*
10. Largement et depuis longtemps mis en avant. – V. par ex. *P. Etiennot, Formation professionnelle et contrat de travail : Dr. soc. 1998, p. 149.*

1. La logique de la fusion

3 - La fusion du contrat d'apprentissage et du contrat de professionnalisation a d'autant plus de sens qu'elle a déjà débuté.

A. - Un sens

4 - Terminologie. – Les origines de l'apprentissage sont fort anciennes. Sous l'Ancien Régime, il s'agissait par ce biais d'acquérir les compétences liées à un métier pour faire partie d'une corporation. Une modeste intervention législative en 1851, a évoqué l'apprentissage après la dissolution des corporations décidée par la loi Le Chapelier de 1791. Néanmoins, c'est la loi Astier de 1919 qui marque le réel point de départ de l'apprentissage et du contrat du même nom [11]. L'article L. 6211-2 du Code du travail nous rappelle aujourd'hui que l'apprentissage est une forme d'éducation alternée associant une formation dans une ou plusieurs entreprises et des enseignements dispensés pendant le temps de travail dans un centre de formation d'apprentis (CFA). Ce contrat a donc pour objet de faire acquérir à son bénéficiaire des compétences et de lui faire apprendre un métier ou une profession. En d'autres termes, il s'agit de le rendre capable d'occuper un poste quel qu'il soit. Le contrat d'apprentissage est ainsi, d'un point de vue sémantique, assez facile à appréhender.

Il n'en va pas de même du contrat de professionnalisation. Ce dernier, qui fait suite aux contrats de formation en alternance, à savoir aux contrats de qualification, d'adaptation et d'orientation, est issu de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 [12]. Il s'agit d'un contrat qui associe lui aussi, des périodes de formation (que l'on pourrait qualifier de théorique) et des mises en situation de travail en entreprise (que l'on pourrait qualifier de pratique) [13]. Ce contrat de professionnalisation est né de la volonté des partenaires sociaux de créer leur propre contrat d'alternance alors qu'ils auraient pu, plus simplement, développer le contrat d'apprentissage. Visiblement, patronat et syndicats souhaitaient pouvoir bénéficier d'un contrat à leurs mesures et surtout avec un financement idoine [14]. Or, comme l'a écrit un auteur, le terme « professionnalisation » n'a aucune résonance juridique [15] et le dictionnaire Larousse n'est pas d'une grande aide lorsqu'il énonce qu'il s'agit du fait, pour quelqu'un (ou quelque chose), de se professionnaliser. Doit-on comprendre que le salarié soumis à un tel contrat passe de l'état d'amateur à celui de professionnel ? Sans vouloir gloser à l'excès, le terme de professionnalisation est pour le moins abscons.

5 - Amalgames. – Pour autant, si la distinction entre les contrats d'apprentissage et de professionnalisation relevait d'une dichotomie claire, les difficultés à appréhender le terme de professionnalisation ne mériteraient pas que l'on s'y arrête aussi longuement. Cependant, les confusions sémantiques continuent. Ainsi, les signataires de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 22 février 2018 qui sert de base à la loi dite « Avenir », énoncent que « *la mise en activité au cœur de la pédagogie de l'alternance est un puissant levier de la professionnalisation et du développement des compétences en réunissant trois conditions : intégrer l'activité comme moteur central de la formation ; accompagner la personne sur le plan pédagogique ; lui permettre d'accéder à des ressources diverses qui renforcent son apprentissage* » [16]. Alternance, professionnalisation, apprentissage, les trois vocables se trouvent dans la même phrase, ce qui entraîne une difficulté, voire une absence de lisibilité au demeurant entretenue par l'intervention de multiples décideurs et opérateurs [17].

6 - Lueur. – Ne serait-il pas plus simple de substituer aux expressions de contrat de professionnalisation et de contrat d'apprentissage, celle de contrat d'alternance [18] ? Il est d'ailleurs intéressant de relever que, dans le cadre du plan de développement des compétences, qui fait suite au plan de formation, la période de professionnalisation est remplacée depuis le 1er janvier 2019 par un dispositif appelé « *reconversion ou promotion par l'alternance* » [19]. Nous sommes peut-être, à l'aube de la fusion du contrat d'apprentissage et du contrat de professionnalisation.

B. - Une convergence

7 - La fusion des contrats d'apprentissage et de professionnalisation a été envisagée par les partenaires sociaux lors des discussions de ce qui va devenir l'ANI du 22 février 2018 mais n'a pas été retenue dans la loi dite « Avenir » [20]. Pourtant, de nombreux éléments significatifs convergent pour la préparer. En effet, si le contrat d'apprentissage est lié à la formation initiale, le contrat de professionnalisation est rattaché à la formation professionnelle continue. Or, ces deux mondes traditionnellement séparés deviennent poreux [21].

8 - Financement. – La loi du 5 septembre 2018 crée une nouvelle « *institution centrale* » dénommée France compétences [22] qui a pour mission d'assurer la régulation du système de la formation professionnelle continue et de l'apprentissage et démontre la volonté de l'État de se (re)mettre au centre du dispositif. France compétences remplace trois instances, à savoir le conseil paritaire interprofessionnel national pour l'emploi et la formation (COPANEF), le conseil national de l'emploi, de l'orientation et de la formation professionnelle (CNEFOP) et le fonds paritaire de sécurisation des parcours professionnels (FPSPP). Est présente l'idée de simplifier un système, accompagnée de la volonté de le centraliser [23]. En effet, ce nouvel établissement public administratif a entre autres pour objet de redistribuer les fonds aux financeurs des contrats d'apprentissage et de professionnalisation. À ce titre, les anciens organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) deviennent des opérateurs de compétences (OPCO) [24]. Autrement dit, France Compétences réunit des fonds jus-

11. *V. pour une approche historique complète du contrat d'apprentissage : G. Buseine, L'apprentissage : Dr. ouvrier 1998, p. 385 et s.*
12. *L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. – V. not. J.-Y. Kerbourc'h : JCl. Travail Traité, fasc. 40-12.*
13. V. entre autres : *Y. Pagnerre, Le droit à la formation professionnelle des demandeurs d'emploi : Dr. soc. 2018, p. 1022 et s.*
14. V. en ce sens : *J.-L. Dayan, La formation professionnelle des jeunes : système dual en Allemagne, système dualiste en France : Dr. soc. 2018, p. 1032 et s.*
15. *Ch. Willmann, Le contrat de professionnalisation : un vrai contrat de formation en alternance : Dr. soc. 2004, p. 715 et s.*
16. *V. P. Debruyne, Le paritarisme dans la formation professionnelle : déclin annoncé ou phoenix renaissant des flammes ? : Dr. soc. 2018, p. 972 et s.*
17. *V. not. C. Puydebois, La régulation dans le système de formation professionnelle – les changements nés de la création de France Compétences et les évolutions du rôle de l'État : Dr. soc. 2018, p. 965 et s.*
18. *V. par ex. S. Boterdael, Le cadre renouvelé de l'apprentissage : Dr. soc. 2018, p. 1037 et s.*
19. *V. S. Dougados, J. Poyau, Formation professionnelle : quoi de neuf pour l'employeur ? : JCP S 2018, 1302.*
20. *S. Dougados, Les grandes lignes du projet de réforme de la formation professionnelle – ANI 22 févr. 2018 et annonces du Gouvernement : JCP S 2018, 163.*
21. *V. P. Piccoli, Formation professionnelle – moyens d'accès : JCl. Travail Traité, fasc. 61-20 (introduction). – V. également : J.-M. Luttringer, La réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage par la loi du 5 septembre 2018 « relative à la liberté de choisir son avenir professionnel » : Dr. soc. 2018, p. 962.*
22. *V. not. S. Dougados, Formation professionnelle : une nouvelle gouvernance : JCP S 2018, 1303.*
23. Contrairement à ce qui a pu être dit par la ministre du Travail. – *V. M. Penicaud, La bataille des compétences ne fait que commencer : Dr. soc. 2018, p. 960.*
24. *V. par ex. J.-P. Willems, Les opérateurs de compétences : que reste-t-il de l'assurance formation ? : Dr. soc. 2018, p. 1011.* – De 20 OPCA, il ne reste que 11 OPCO qui se répartissent les centaines de branches professionnelles

qu'ici affectés soit à l'apprentissage soit à la formation continue au sein d'une même enveloppe « *alternance* ». Cet organisme est également chargé de distribuer cette enveloppe selon une clé de répartition qui ne tient plus compte de la provenance des fonds [25]. Concrètement, une somme perçue au titre de la taxe d'apprentissage peut aller vers un dispositif de formation professionnelle et vice versa. On constate donc que les formations en alternance sont financées sur la base d'un même compte sans distinction entre contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation mais aussi la ProA qui remplace les périodes de professionnalisation [26].

Pour autant, la logique n'a pas été poussée jusqu'au bout. En effet, si le taux inchangé de prélèvement obligatoire pour la formation professionnelle et l'apprentissage est appliqué à une contribution unique à la formation professionnelle et à l'alternance (CUFPA), celle-ci est toujours composée de la contribution à la formation professionnelle (FPC) et de la taxe d'apprentissage (TA) [27]. La contribution n'a donc d'unique que le nom [28]. Or, la collecte se fait dans les deux cas par le réseau des Urssaf [29], ce qui accentue la sensation de centralisation étatique. Cette situation est d'autant plus perceptible que le rôle des régions est amoindri dans le sens où elles ne sont plus à l'origine de la prise en charge des coûts de formation [30].

9 - Formation. – Les titulaires d'un contrat de professionnalisation ou d'apprentissage passent par définition une partie de leur temps de travail sur les bancs de l'école, prestataires de formation continue dans le cadre du contrat de professionnalisation et au sein des CFA dans le cadre du contrat d'apprentissage. Ces derniers étaient historiquement régis par un régime juridique particulièrement contraignant et contrôlé, au contraire des autres prestataires ou acteurs de la formation professionnelle [31]. Cette différence de régime a aujourd'hui largement disparu [32]. En effet, les dispositions relatives aux prestataires de formation s'appliquent en principe aux CFA [33]. Ainsi, la création d'un CFA qui relevait traditionnellement si ce n'est d'un parcours du combattant, du moins d'un parcours initiatique [34], passe par une simple déclaration d'activité qui traite en quelque sorte aujourd'hui cette création comme une activité économique de droit commun [35]. En conséquence, les entreprises se voient offrir la possibilité d'ouvrir leur propre CFA [36]. Il en résulte également pour les CFA une plus grande liberté dans la gestion et la mise en œuvre des formations [37]. Le rapprochement entre la formation professionnelle et l'apprentissage est donc patent concernant le volet « *académique* » ou « *éducation* » des deux contrats d'alternance. Il est peut-être encore plus symptomatique de constater que les dernières interventions du législateur, qu'elles soient structurelles ou conjoncturelles, traitent le contrat d'apprentissage et de professionnalisation de manière identique.

10 - Interventions législatives. – La convergence résulte de plusieurs interventions législatives. Rappelons d'abord que les deux contrats peuvent être conclus pour une durée déterminée ou indéterminée [38]. La loi du 5 septembre 2018 a en outre donné la possibilité aux salariés d'exécuter les deux contrats d'alternance à l'étranger [39]. Le décret n° 2019-1086 du 24 octobre 2019 précise les modalités de mise en œuvre de cette mobilité dans ou hors l'Union européenne pour les bénéficiaires d'un contrat de professionnalisation à l'instar des titulaires d'un contrat d'apprentissage [40]. Dans le même ordre d'idées, les conditions qui doivent être remplies pour pouvoir devenir maître d'apprentissage sont aujourd'hui équivalentes à celles qui relèvent du tuteur d'un bénéficiaire d'un contrat de professionnalisation [41].

Enfin, à la suite de la crise sanitaire liée à la Covid-19, le législateur a traité ensemble les contrats d'apprentissage et de professionnalisation, en permettant aux alternants dont le terme du contrat survenait entre le 12 mars 2020 et le 31 juillet 2020, sans que ceux-ci aient pu achever leur cycle de formation en raison de reports ou d'annulations de sessions de formation ou d'examens, de prolonger leur contrat jusqu'à la fin du cycle de formation dans lequel ils étaient inscrits [42]. Plus encore, l'État a mis en place rapidement puis prolongé des aides financières identiques pour les entreprises qui embauchent des salariés en contrat d'apprentissage et en contrat de professionnalisation [43], ce qui a d'ailleurs largement permis d'augmenter le nombre d'apprentis en 2020 par rapport aux années précédentes.

En somme, toute une série d'éléments tend à montrer que la fusion entre le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation

existantes. – V. *Y. Pagnerre, Rénovation du cadre institutionnel de la formation professionnelle : BJT sept. 2019, p. 52.* – Il n'est dès lors pas illégitime de se dire, à l'instar des Assédic par rapport à Pôle emploi, que les OPCO se verront, peut-être un jour absorbés par France Compétences. – V. une fois encore : *J.-P. Willems, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 1011.*

25. *V. S. Pelicier-Loevenbruck, C. Dumel, Financement : priorités et modalités : Les Cahiers du DRH, 1er mars 2019, n° 262.*

26. Sur les 10 milliards d'euros qui doivent être collectés, plus de la moitié sont consacrés à l'alternance, ce qui représente une augmentation importante de cette part. – V. *S. Pelicier-Loevenbruck, C. Dumel, art. préc. : Les Cahiers du DRH, 1er mars 2019, n° 262.*

27. *V. not. S. Remy, La régulation de la formation professionnelle et de l'apprentissage par le financement : Dr. soc. 2018, p. 977.*

28. Ce système soi-disant unique mais en fait dual nous fait penser à l'ancien contrat unique d'insertion qui se décompose en deux volets.

29. Ou de la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole (CCMSA).

30. Ce sont aujourd'hui les branches professionnelles, par l'intermédiaire des OPCO, qui jouent ce rôle. – V. *J.-L. Dayan, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 1032.* – Pour le rôle réduit des conseils régionaux, V. *C. Puydebois, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 965.*

31. V. entre autres : *S. Dougados, S. Pelicier-LOvenbruck, Optimiser le recours aux contrats en alternance : Les Cahiers du DRH, 1er mai 2013, p. 1.*

32. *V. par ex. S. Dougados, F. du Pradel, CFA et organismes de formation : vers un alignement des planètes : JCP S 2019, n° 424 ; Formation professionnelle : la réforme des organismes de formation : JCP S 2018, n° 1304. – S. Borterdael, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 1037.*

33. *V. S. Remy, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 977.*

34. Il s'agissait principalement d'obtenir une autorisation préalable de la Région. – V. *S. Pelicier-Lovenbruck, C. DumeL, art. préc. : Les Cahiers du DRH, 1er mars 2019, n° 262.*

35. Ce constat est renforcé par le fait que les CFA sont dorénavant financés principalement « au contrat », ce qui les entraîne dans une logique de type « productiviste ». – V. sur l'ensemble de cette question : *P. Guezou, B. Masingue, Le nouveau visage des CFA après la réforme de l'apprentissage : missions, clients, offres de service : Dr. soc. 2018, p. 1042.*

36. *L. Aluome, et A. Vetu, La création d'un CFA d'entreprise : JCP S 2021, n° 1084.*

37. L'objectif consiste également à harmoniser voire à uniformiser le coût des formations pour un même diplôme lorsqu'il pouvait varier grandement d'une région à l'autre. Les branches professionnelles vont pouvoir veiller à éviter voire à supprimer ces disparités. – *V. supra.*

38. *V. M. Hautefort, Ch. Willmann, Embaucher un apprenti : Les Cahiers du DRH, 1er janv. 2020, n° 271. – J.-Y. Kerbouc'h, JCl. Travail Traité, fasc. 40-12, préc.*

39. *V. E. Jeansen, L'insertion professionnelle par l'apprentissage : JCP S 2018, 1305. – S. Michel, La mobilité internationale de l'apprenti : BJT sept. 2019, n° 9, dossier, p. 62.*

40. *V. P. Piccoli, JCl. Travail Traité, fasc. 61-20. – Pour le contrat d'apprentissage, V. C. trav., art. L. 6222-42 et s.*

41. *V. E. Jeansen, Formation professionnelle – apprentissage – contrat : JCl. Travail Traité, fasc. 60-20.*

42. *V. par ex. E. Jeansen, JCl. Travail Traité, fasc. 60-20, préc.*

43. Aides de l'ordre de 5 000 € pour l'embauche d'un mineur et de 8 000 € pour un majeur. V. *JCP S 2021, act. 215. – S. Michel, Chronique de droit des contrats de formation professionnelle (déc. 2019 – mai 2020) : Lexbase Hebdo, éd. sociale, n° 827, 11 juin 2020, formation professionnelle, p. 1.* – V. également à propos de la prolongation des aides : *J. Lepeytre : AEF info, dépêche n° 642797, social, RH, 4 janv. 2021.*

est plus qu'envisageable. Elle viendrait d'une certaine manière parachever une évolution initiée depuis quelques années.

2. Une fusion logique

11 - Fusionner le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation nécessite une harmonisation de deux statuts aujourd'hui proches mais encore parfois trop éloignés. Les bienfaits potentiels d'une telle fusion militent en ce sens.

A. - Une harmonisation nécessaire

12 - Harmoniser deux contrats de travail ne revient pas nécessairement à trancher en faveur de l'un ou de l'autre des statuts. Il convient sans doute, concernant la formation, l'exécution et la disparition des contrats, de dépasser les régimes existants pour créer un nouvel ensemble cohérent.

13 - Naissance. – Rappelons que le contrat d'apprentissage est possible dès l'âge de 15 ans et jusqu'à 29 ans révolus [44]. Dans certains cas, par exemple lorsque la personne qui souscrit le contrat d'apprentissage est handicapée, ou est un sportif de haut niveau, ou est porteuse d'un projet de création ou de reprise d'entreprise, aucune limite d'âge supérieure n'est applicable [45]. Le contrat de professionnalisation est quant à lui ouvert aux personnes âgées de 16 à 25 ans révolus, aux demandeurs d'emplois de 26 ans et plus, aux bénéficiaires notamment du revenu de solidarité active, de l'allocation de solidarité spécifique ou de l'allocation aux adultes handicapés, sans limite d'âge *(C. trav., art. L. 6325-1)*. Le contrat d'alternance qui regrouperait le contrat d'apprentissage et de professionnalisation devrait pouvoir être signé selon nous sans condition de 15 à 29 ans révolus [46], et pour les demandeurs d'emplois et bénéficiaires des minimas sociaux sans limite d'âge [47].

Ce contrat d'alternance qui pourrait être à durée indéterminée ou à durée déterminée [48], et qui devrait être ouvert à toutes les entreprises sans restriction de taille, d'activité [49] ou de nombre, devrait être déposé auprès de l'opérateur de compétences concerné [50]. Ce contrat qui se devrait d'être formaliste, dans le sens où il nécessiterait un écrit sous peine de nullité [51], devrait également comporter un certain nombre de clauses dont celle relative à la période d'essai. Cette dernière devrait être d'une durée limitée. Les 45 jours, consécutifs ou non, de formation pratique en entreprise aujourd'hui appliqués aux apprentis, constitutifs d'une période d'essai qui ne porte pas son nom, nous paraissent excessifs [52]. Deux mois de période d'essai non renouvelable dans le cadre du contrat d'alternance, nous semblerait plus logique, et ce sans dissociation du temps en entreprise de celui passé au sein de l'organisme de formation. L'essai doit permettre aux deux parties de savoir si le contrat convient et pas nécessairement d'évaluer complétement l'alternant qui est par définition à la recherche de l'acquisition de nouveaux savoirs au sens large du terme et de l'obtention d'un diplôme ou d'une certification [53].

14 - Exécution. – Le contrat d'apprentissage est aujourd'hui une forme d'éducation alternée dont il découle que l'apprenti passe au moins 25 % de son temps au sein du centre de formation *(C. trav., art. L. 6211-2)*. Tandis que dans le cadre du contrat de professionnalisation l'article L. 6325-13 du Code du travail prévoit que la durée des enseignements mis en œuvre par l'organisme de formation doit être comprise entre 15 et 25 % de la durée totale dudit contrat. Le nouveau contrat d'alternance se doit de trouver un équilibre entre les deux nécessaires temps d'exécution du contrat. Selon nous, une balance pourrait être atteinte autour de deux tiers de formation pratique en entreprise, et d'un tiers de formation théorique au sein de l'organisme de formation. Il devrait s'en suivre un montant de rémunération adapté qui pourrait être calqué, pour les plus jeunes, sur l'âge du signataire et sur le niveau de la formation suivie. Il se présenterait sous la forme d'un pourcentage du SMIC [54]. Au-delà de l'âge de 21 ans, le SMIC serait dû *a minima*. L'exonération des cotisations sociales pourrait être totale dans le cadre du contrat d'alternance avec le versement d'une aide qui serait définie par l'État.

Par ailleurs, accompagné en entreprise par un tuteur professionnel et au sein de l'organisme de formation par un tuteur académique [55], l'alternant devrait être soumis aux règles de droit commun en matière de temps de travail et de conditions de travail [56].

15 - Disparition. – La rupture du contrat d'alternance doit pouvoir se faire par accord écrit signé des deux parties [57]. Lorsqu'elle est unilatérale, elle émane soit de l'employeur, soit du salarié.

Dans la première hypothèse, le contrat de professionnalisation à durée déterminée ne peut être rompu qu'en cas de faute grave ou de force majeure [58] et le contrat d'apprentissage dans les mêmes hypothèses augmentées par l'inaptitude constatée par le médecin du travail et par le décès d'un employeur maître d'apprentissage dans le cadre d'une entreprise unipersonnelle [59]. Le futur contrat d'alternance pourrait reprendre les motifs limitatifs ici évoqués au titre du

44. *V. C. trav., art. L. 6222-1.* – V. également de manière plus générale : *S. Sereno, Le droit du travail à l'épreuve de l'intérêt supérieur de l'enfant : Dr. famille 2021, étude 2.*
45. *V. JCl. Travail Traité, fasc. 60-20, n° 10, par E. Jeansen.*
46. L'on pourrait même envisager une limite d'âge supérieure voire supprimer cette dernière.
47. L'absence de limite d'âge pourrait notamment permettre au contrat d'alternance d'être une alternative supplémentaire offerte au salarié qui souhaite changer d'orientation professionnelle et donc se lancer dans ce que l'on nomme parfois une reconversion professionnelle.
48. Ce qui est déjà le cas aujourd'hui pour les contrats de professionnalisation et d'apprentissage.
49. Entendu dans le sens privé ou public.
50. Selon nous, ce dépôt doit donner lieu à un contrôle de conformité à la législation à l'instar de ce qui existe aujourd'hui pour le contrat de professionnalisation. – V. not. *M. Hautefort, E. Hautefort, Ch. Willmann, art. préc. : Les Cahiers du DRH, 1er janv. 2020, n° 271.*
51. Dans le sens de la jurisprudence relative au contrat d'apprentissage. – *V. par ex. Cass. soc., 22 mars 2016 : JurisData n° 2016-005454.*
52. Ce que nous avions déjà tenté de démontrer par le passé. – *S. Michel, Les incertitudes liées à la nouvelle durée de la période d'essai applicable au contrat d'apprentissage : Dr. ouvrier 2016, p. 66.* – Nous militons également pour la levée de l'hypocrisie qui consiste à ne pas nommer ces 45 jours de période d'essai alors qu'il s'agit manifestement de cela.
53. Le recensement desdits diplômes ou certifications doit à notre sens être effectué par France Compétences. – V. *P. Caillaud, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 1016.*
54. V. par ex. pour le contrat de professionnalisation : *J.-Y. Kerbourc'h : JCl. Travail Traité, fasc. 40-12, n° 26.* – Pour le contrat d'apprentissage, *C. trav., art. D. 6222-26.*
55. Si la question du nombre de suivis qui peuvent être effectués par un même tuteur en entreprise, appelé maître d'apprentissage dans le cadre du contrat du même nom, a souvent fait l'objet à juste titre d'interrogations. Il devrait selon nous être de même pour les tuteurs académiques. Pour autant, la réponse en termes de nombre ne doit pas être identique car les charges qui pèsent sur les deux types de tuteurs ne sont pas comparables.
56. Il va de soi que dans notre esprit le temps passé au sein de la formation théorique équivaut à du temps de travail effectif. Ainsi, en cas d'accident, celui-ci relève des accidents du travail. – *V. not. E. Jeansen, Retour sur la notion d'accident du travail : JCP S 2020, 3105.*
57. À l'instar de ce qui existe pour le contrat d'apprentissage par exemple. – V. *C. trav., art. L. 6222-18.*
58. V. par ex. pour une illustration concernant un journaliste : *Cass. soc., 31 oct. 2012, n° 11-21.734.* – *V. également J.-Y. Kerbourc'h : JCl. Travail Traité, fasc. 40-12, n° 24-1.*
59. *V. C. trav., art. L. 6222-18.* – *S. Michel, Les contrats d'alternance après la loi Avenir : JCP S 2019, 1063.* – *V. également : P. Piccoli, La contribution des juges à l'élaboration d'un droit de la formation professionnelle : Dr. soc. 2018, p. 1027.* – V. également pour le décès de l'employeur : *Cass. soc., 14 nov. 2018, n° 17-24.464.*

contrat d'apprentissage. En effet, sur le fond, il nous paraît essentiel de tenir compte du fait qu'un alternant n'est pas un salarié comme un autre. Par exemple, l'appréciation d'une insuffisance professionnelle, voire d'un comportement professionnel, doit se faire en gardant à l'esprit qu'un alternant ne peut pas être un salarié jouissant d'une ancienneté et d'une expérience importantes [60]. Au contraire, par le contrat d'alternance, le salarié vient chercher cette expérience, ce savoir-faire, ces compétences et même parfois ce savoir-être. Sur la forme, nous considérons que l'expression licenciement ne peut être retenu dans le cadre d'un contrat d'alternance à durée déterminée [61]. Il s'agit alors plutôt d'une rupture anticipée prononcée à l'initiative de l'employeur [62].

Lorsque la rupture est imputable au salarié, celle-ci doit être précédée actuellement dans le cadre d'un contrat d'apprentissage, de l'avis d'un médiateur [63]. Cette procédure lourde, voire décourageante [64], ne doit pas survivre au potentiel futur contrat d'alternance. L'alternant devrait pouvoir rompre le contrat sans justification spécifique mais en respectant un délai de préavis qui pourrait augmenter en fonction de l'ancienneté du salarié. Dans ce contexte, et toujours en présence d'un contrat d'alternance à durée déterminée, l'expression démission nous paraît devoir être écartée au profit d'une rupture anticipée à l'initiative de l'alternant [65].

Le régime juridique applicable au futur contrat d'alternance n'est ici qu'esquissé, mais quel qu'il soit, les apports de la mise en place d'un contrat unique d'alternance en remplacement du contrat d'apprentissage et de professionnalisation semblent déterminants.

B. - Des apports manifestes

16 - La coexistence des contrats d'apprentissage et de professionnalisation entraîne un manque de lisibilité et une complexité régulièrement dénoncée sous différents angles [66]. Si la loi du 5 septembre 2018 a apporté une forme de simplification dans le système d'apprentissage et de formation professionnelle [67], le législateur se doit d'aller plus loin. Il est temps de fusionner les deux contrats et de créer un unique contrat d'alternance qui pourra également s'appliquer dans le cadre de la « pro-A », à savoir la promotion ou la reconversion par l'alternance [68].

17 - Compétition. – La coexistence des contrats d'apprentissage et de professionnalisation engendre des formes de concurrence. Concurrence notamment entre les divers organismes de formation qui sont aujourd'hui principalement financés par les contrats [69]. Dès lors, les étudiants titulaires d'un contrat sont recrutés non plus seulement en fonction de leur niveau ou de leur motivation mais parfois uniquement en raison des fonds qu'ils vont apporter à l'organisme. Plus encore, la compétition existe parfois à l'intérieur du même organisme de formation quand il comporte une entité consacrée à l'apprentissage et une autre à la formation continue. Les deux services, pourtant membres du même organisme, ont alors des relations au mieux cordiales, alors qu'ils devraient œuvrer ensemble. De plus, les recrutements en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation décidés par les entrepreneurs se font en partie sur la seule base des aides et des exonérations de charges qui varient en fonction des époques [70]. Un contrat d'alternance unique permettra d'éviter ces comparaisons sans fin sur les avantages et inconvénients des deux contrats actuels.

18 - Évolutions. – Il faudra au demeurant veiller à ce que le coût des formations soit plus uniforme non seulement d'un diplôme à l'autre mais surtout dans le cadre du même diplôme ou de la même certification [71]. Plus encore, le contrat d'alternance se doit d'aller d'abord vers les personnes qui en ont le plus besoin [72]. Or, il est marquant de constater que l'apprentissage, notamment, a évolué vers les secteurs du commerce et des services et est depuis quelques années fort utilisé dans le cadre des études supérieures [73]. Autrement dit, ce sont les universités qui se taillent aujourd'hui la part du lion. Certes, il n'est pas interdit de s'en réjouir. Les ponts entre « monde théorique » et « monde pratique » doivent se développer et se consolider. Pour autant, il nous paraît important de comprendre que le duo formé par le contrat d'apprentissage et le contrat de professionnalisation doit laisser place à un unique contrat d'alternance. Cette situation ne mettra pas fin à cette autre dualité qui s'est établie entre alternants en fonction du niveau d'études [74].

La création du contrat d'alternance doit donner à cette forme d'éducation et de travail, ses lettres de noblesse. Au fond, c'est l'image toute entière de la filière de l'alternance qui doit être améliorée. En effet, l'alternance ne manque pas uniquement d'offres d'emploi mais souvent également de candidats.

Mots-Clés : *Apprentissage - Contrat d'apprentissage - Contrat de professionnalisation - Proposition de fusion*
Formation professionnelle - Contrat de professionnalisation - Contrat d'apprentissage - Proposition de fusion
Textes : *C. trav., art. L. 6221-1 à L. 6261-2 et L. 6325-1 à L. 6325-25*
JurisClasseur : *JCl. Travail Traité, fasc. 40-12, par Jean-Yves Kerbourc'h. – JCl. Travail Traité, fasc. 60-20, par Emeric Jeansen*
Autres publications LexisNexis : *D.O. social, fasc. 1180, par Stéphanie Arnaud-Micha. – Fiche pratique n° 1052 : Recourir à un contrat de professionnalisation, par Sabrina Dougados et Léa Rameau. – Fiche pratique n° 1227 : Recourir au contrat d'apprentissage, par Nicolas Léger*

60. Déjà en ce sens : *P. Etiennot, art. préc. : Dr. soc. 1998, p. 149.*
61. V. en ce sens pour la rupture du contrat d'apprentissage : *S. Tournaux, article préc. : RDT 2018, p. 671.*
62. En présence d'une rupture illégale, il convient selon nous d'envisager au minimum le versement à titre de dommages-intérêts des salaires bruts restant à percevoir.
63. *V. not. E. Jeansen, L'insertion professionnelle par l'apprentissage : JCP S 2018, 1305.*
64. L'expression est de : *S. Boterdael, art. préc. : Dr. soc. 2018, p. 1037.*
65. En cas de rupture illégale, ce qui n'est pas totalement impossible, même si l'alternant n'a pas à se justifier, celui-ci pourrait être condamné à verser des dommages-intérêts à l'employeur limités au montant des salaires bruts à courir.
66. V. par ex. relativement récemment : *Y. Pagnerre, Rénovation du cadre institutionnel de la formation professionnelle préc. : BJT sept. 2019, p. 52.* – Par ex. plus anciennement : *Ch. Willmann, art. préc. : Dr. soc. 2004, p. 715.*
67. V. en ce sens : *A. Bugada, C. Frouin, P. le Cohu, G. de Raincourt, A. Sauret, Une nouvelle réforme de la formation professionnelle et de l'apprentissage : Gaz. Pal. 4 déc. 2018, p. 46. – V. également : M. Hautefort, E. Hautefort, C. Willmann : Les Cahiers du DRH, 1er janv. 2020, n° 271.*
68. V. sur ce point : *P. Piccoli : JCl. Travail Traité, fasc. 61-20, n° 149.*
69. *V. § 16 de cette étude. – V. également : S. Boterdael, article préc. : Dr. soc. 2018, p. 1037.*
70. Il va de soi que les avantages financiers liés à l'embauche d'un alternant ne sont pas les seuls éléments déclencheurs. Par exemple, l'entrepreneur cherche à former des personnes à ses méthodes de travail et à sa culture d'entreprise. – V. par ex. *M. Hautefort, E. Hautefort, C. Willmann, art. préc. : Les Cahiers du DRH, 1er janv. 2020, n° 271.*
71. *V. § 16. de cette étude.* À ce titre, il peut sembler paradoxal que les régions soient mises partiellement hors-jeu au moment où elles sont passées de 22 à 14 et alors qu'elles détiennent en matière d'alternance une expertise évidente. Cela est d'autant plus étonnant que l'Allemagne, qui sert souvent de référence en matière d'alternance, s'appuie en tant qu'État fédéral, sur les régions. – V. plus globalement : *B. Zimmermann, La formation continue et sa réforme, talon d'Achille du système allemand de formation professionnelle : Dr. soc. 2018, p. 1047.*
72. En ce sens : *S. Pelicier-Loevenbruck, C. Dumel, art. préc. : Les Cahiers du DRH, 1er mars 2019, n° 262.*
73. V. déjà : *A. Sauret, Le contrat d'apprentissage : nature et avantages : Gaz. Pal. 8 juin 2013, n° 159.*
74. V. en ce sens *Dr. soc. 2018, p. 1032, obs. L. Dayan.*

convention d'entreprise (…) prévalent sur celles ayant le même objet prévues par la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large. En l'absence d'accord d'entreprise, la convention de branche ou l'accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large s'applique »[24].

Ce nouveau schéma d'articulation des normes conventionnelles rend légitime la comparaison entre les 13 matières de prévalence de l'accord de branche sur les accords d'entreprise et les matières du noyau dur. L'analyse comparative, qui ne prétend nullement à l'exhaustivité, permet de faire émerger une situation particulièrement intéressante : la situation de recoupement entre des matières du noyau dur et des domaines de non-prévalence de l'accord de branche ou, exprimé autrement, des domaines de prévalence de l'accord d'entreprise. Cela renvoie à des hypothèses où un accord d'entreprise peut déroger aux stipulations de l'accord de branche, y compris *in pejus*.

Cette situation mérite attention puisque les matières concernées sont tout à fait essentielles, voire centrales, dans les rapports de travail. Il s'agit tout d'abord des périodes maximales de travail et minimales de repos : si les accords de branche peuvent fixer une durée maximale hebdomadaire de travail inférieure au plafond légal de 48 heures, les accords d'entreprise peuvent désormais – sous réserve de condition de majorité – déroger au plafond conventionnel de branche ; il en va de même en matière de repos quotidien. Il s'agit ensuite des taux de majoration des heures supplémentaires qui sont déterminés par voie conventionnelle : un accord d'entreprise peut fixer un taux de majoration inférieur à celui résultant des stipulations conventionnelles de branche à condition que le taux ne soit pas inférieur à 10 %[25]. Il s'agit enfin et surtout de la rémunération. En effet, les salaires *minima* hiérarchiques relèvent de la prévalence de l'accord de branche ainsi que, si la convention de branche le prévoit, les primes pour travaux dangereux ou insalubres ; par conséquent, les éléments constitutifs de la rémunération peuvent, à l'intérieur d'un même secteur d'activité, différer d'une entreprise à l'autre selon le résultat de la négociation d'entreprise, résultat de toute façon non opposable au prestataire qui détache des travailleurs en France.

Dès lors, un travailleur local se verra appliquer l'éventuel accord d'entreprise moins-disant négocié au sein de son entreprise (C. trav., art. L. 2253-3) là où le travailleur détaché pourra prétendre aux garanties plus avantageuses de l'accord de branche, les accords d'entreprise n'entrant pas dans le champ de l'opposabilité des sources conventionnelles en matière de détachement !

24 Nicod C., « Conventions de branche et d'entreprise : une nouvelle partition », RDT 2017, p. 657 ; Auzero G., « Conventions d'entreprise et conventions de branche », Dr. soc. 2017, p. 1018.

25 C. trav., art. L. 3121-33.

Le détachement après la loi *Avenir* 110q2

Stéphane Michel
Maître de conférences en droit privé à l'université polytechnique des Hauts-de-France
Membre du laboratoire IDP (EA 1384)

Le chapitre 3 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel (dite loi *Avenir*) comporte des mesures relatives au détachement des travailleurs et à la lutte contre le travail illégal. Il en ressort des dispositions qui visent à améliorer les mécanismes de contrôle et à accentuer les sanctions applicables.

La directive n° 2018/957/UE du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive n° 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service est, peut-être comme toutes les directives, un texte de compromis. En l'occurrence, deux camps s'opposaient sur la question de savoir s'il fallait ou non réviser l'historique directive n° 96/71/CE et sa directive d'exécution n° 2014/67/UE[1]. D'un côté, certains des pays fondateurs de l'Europe comme la France, l'Allemagne, les Pays-Bas ou le Luxembourg ont clairement prôné une refonte importante des règles du détachement pour globalement lutter contre les fraudes[2] et le *dumping* social. Le président Macron dans sa déclaration de Salzbourg du 23 août

1 V. sur ce point : Guesdes da Costa S., « Vers une révision en profondeur de la directive de 1996 ? », SSL, n° 1774, p. 3 ; Izard S., « Détachement, sécurité sociale… La France en première ligne », SSL, n° 1774, p. 3.

2 Pour une présentation complète des différentes formes que la fraude peut prendre en matière de détachement, v. Guichaoua H., « Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le *dumping* social du fait des entreprises étrangères ? », Dr. ouv. 2017, p. 329.

2017 a fustigé la directive n° 96/71/CE et les dérives et abus qu'elle occasionne[3]. De l'autre côté, des pays plus récemment entrés au sein de l'Union comme la Bulgarie, la Roumanie, la Hongrie, la Pologne ou la Slovaquie, ont défendu l'idée d'un *statu quo* en avançant l'argument relatif au caractère récent de la directive d'exécution qui doit donc encore faire ses preuves.

Quel que soit le jugement que l'on peut porter sur le texte final, celui-ci énonce en son article 3 que les États membres ont jusqu'au 30 juillet 2020 au plus tard pour être en conformité avec la directive. Nulle surprise donc de constater que la France souhaite dans les 6 mois, et par ordonnances, transposer la directive n° 2018/957/UE. Cette volonté est exprimée à l'article 93 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel[4] appelée loi *Avenir*. Cette dernière comporte un chapitre 3 intitulé « Mesures relatives au détachement des travailleurs et à la lutte contre le travail illégal » qui fait office, d'une certaine manière et toutes proportions gardées, d'entrée en vigueur anticipée de la directive n° 2018/957/UE et de mise en application concrète des déclarations de principe énoncées par le candidat puis par le président Macron.

À la lecture du texte, l'accent est mis par le législateur sur la lutte contre les fraudes et les abus en matière de détachement et cela passe par deux actions : contrôler (I) et sanctionner (II).

I. Contrôler

L'alinéa premier de l'article 5 de la directive n° 2018/957/UE dispose que « l'État membre sur le territoire duquel est détaché et l'État membre à partir duquel le travailleur est détaché sont responsables du suivi, **du contrôle**[5] et de l'exécution des obligations prévues par la présente directive et par la directive n° 2014/67/UE et prennent des mesures appropriées en cas de non-respect de la présente directive ». Si des objectifs quantifiés de contrôles peuvent exister[6], la loi *Avenir* tend à adopter une approche nouvelle des contrôles que l'on pourrait résumer succinctement par la formule moins (A) mais mieux (B).

A. Contrôler moins

Les lois n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi *Macron*) et n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite loi *Travail* ou loi *El Khomri*) ont obligé l'employeur qui détache à adresser une déclaration préalable[7] à l'inspection du travail[8] et à désigner un représentant de l'entreprise en France chargé d'assurer la liaison avec les agents de contrôle[9].

Comme annoncé dans le projet de loi[10], la loi *Avenir* dans son chapitre 3 « Mesures relatives au détachement des travailleurs et à la lutte contre le travail illégal » a prévu deux dérogations à cette déclaration et à cette désignation ; l'une par dispense ; l'autre par aménagement.

La dispense est prévue par le nouvel article L. 1262-6 du Code du travail. Ce dernier énonce que les entreprises qui ont recours au détachement pour des opérations de courte durée ou dans le cadre d'événements ponctuels sont dispensées de ces deux obligations. Un futur arrêté du ministre chargé du Travail va préciser les activités concernées et la durée maximale d'activité en France[11], mais il semble évident que cette disposition va alléger en partie les contrôles pour les autorités chargées de ceux-ci. Ici, le législateur considère que les « petits » détachements (car courts ou ponctuels) ne méritent pas que l'on s'y attarde trop. L'idée qui transparaît en filigrane semble être qu'il vaut mieux se concentrer sur les détachements réguliers et de durée plutôt importante.

L'aménagement découle, quant à lui, du nouvel article L. 1263-8 du Code du travail. En effet, l'autorité administrative peut aménager les règles relatives à la

3 V. not. Minet-Letalle C., « Révision des textes européens sur les travailleurs détachés : le durcissement de la présidence Macron », D. 2017, p. 1704 ; Muller F., « La révision des règles en matière de détachement : l'heure des choix en droit du travail et droit de la sécurité sociale », RTD eur. 2018, p. 75.

4 JO, 6 sept. 2018. La loi fait immédiatement suite à la décision n° 2018-769 du Conseil constitutionnel du 4 septembre 2018 (conformité partielle mais aucun développement concernant le volet détachement).

5 Nous soulignons.

6 16 nouvelles mesures pour lutter contre le travail illégal et la fraude au détachement annoncées par le gouvernement le 12 février 2018. V. SSL, n° 1804, p. 4, « Un nouvel arsenal répressif pour combattre le travail illégal ». V. égal. en ce qui concerne les contrôles des URSSAF : Kessler F., « La portée des certificats de détachement : le retour au droit et à la raison ? », Dr. soc., 2018, p. 389.

7 Et non pas une autorisation préalable. V. not. Bouveresse A., « Chronique jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'Union européenne », RTD eur. 2017, p. 335.

La déclaration doit notamment prévoir les coordonnées de l'entreprise, adresse du ou des lieux successifs où doit s'accomplir la prestation, nom, prénoms, date et lieu de naissance, adresse de résidence habituelle et nationalité de chacun des salariés détachés, heures auxquelles commence et finit le travail, adresse du ou des lieux d'hébergement successifs des salariés. V. D. n° 2017-825, 5 mai 2017, relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales.

8 Faisant ici suite à L. n° 2014-790, 10 juill. 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (dite loi *Sauary II*). V. Willmann C., « Le certificat E 101, à tout prix », Lexbase Hebdo, n° 698, 11 mai 2017.

9 V. Chopin F., « Les récentes mesures de lutte contre le détachement illégal », Gaz. Pal. 7 mars 2017, n° 289z1, p. 74.

10 V. Willmann C., « Détachement : obligations de l'entreprise de détachement et appréciation judiciaire des sanctions », Lexbase Hebdo, n° 744, 7 juin 2018.

11 Il est à noter qu'en vertu du nouvel article L. 1262-7 du Code du travail, ces dispenses ne sont pas applicables aux entreprises de travail temporaire. Nous pouvons relever que les dispositions relatives aux activités de détachement dans les zones frontalières ont disparu du texte final. V. l'art. 50 du projet de loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel du 2 août 2018.

déclaration préalable et à la désignation du chargé de liaison pour une durée maximale d'un an lorsqu'elle est saisie par une ou plusieurs entreprises détachant de manière récurrente des salariés, en apportant des éléments qui appuient le fait qu'elles respectent les dispositions légales et conventionnelles relatives à ce qui est prévu à l'article L. 1262-4 du Code du travail et que l'on nomme le « noyau dur ». Un décret en Conseil d'État devra fixer la nature des aménagements pouvant être accordés mais il nous semble dans ce cadre encore, que le législateur cherche à orienter les contrôles vers les entreprises qui présentent de réels risques de fraude. En d'autres termes, les entreprises qui présentent des garanties de sérieux et de loyauté peuvent se voir appliquer un système dérogatoire allégé. Certes, les contrôles ne sont pas pour autant interdits mais l'on croit comprendre que les efforts des agents de contrôle porteront sur d'autres entreprises dont la diligence n'est pas connue ou reconnue.

À défaut de réaliser quantitativement moins de contrôles, ceux-ci seront moins dispersés et concentrés sur les situations qui en valent, *a priori*, la peine [12]. Dans la continuité de cette logique, la loi *Avenir* tente ainsi de mieux contrôler.

POSITION DE LA CPME

Les dispositions de la loi *Avenir* viennent compléter l'arsenal de contrôles et de sanctions des fraudes au détachement. Cette orientation est conforme aux demandes répétées de la CPME d'accroître le nombre et l'efficacité de ces contrôles et ainsi, mieux lutter contre les détachements frauduleux. Il ne fait aucun doute que l'efficience de la directive n° 2018/957 se mesurera à l'aune de l'efficacité de ces contrôles. Si l'accès aux données et leur partage entre les différents corps de contrôle constituent une évolution importante, les modalités de réalisation de ces contrôles ne seront pas neutres. Il conviendrait, par exemple, de ne pas omettre de les matérialiser en dehors des heures et des jours traditionnellement ouvrés.

Dans le même temps, la CPME se félicite que les « mini-détachements » liés par exemple à une prestation artistique, à la participation à des évènements sportifs ou à des salons professionnels soient facilités. De même, la souplesse octroyée en matière de détachements intra-groupes témoigne de la volonté de mieux contrôler et de véritablement cibler les situations de fraude avérée.

12 Le 12 février 2018, la ministre du Travail a annoncé l'établissement de cartographies par secteurs d'activité pour mieux évaluer les zones de risque et adapter les méthodologies de contrôle avec, entre autres, la création d'un observatoire de la fraude au sein de l'ACOSS.

B. Contrôler mieux

Le considérant 26 de la directive n° 2018/957/UE énonce clairement qu'afin de garantir la bonne application de la directive n° 96/71/CE, il convient de renforcer la coordination entre les autorités et/ou organismes compétents des États membres, ainsi que la coopération au niveau de l'Union en matière de lutte contre la fraude au détachement des travailleurs. Cela passe notamment au niveau de l'Union européenne par la mise en place de la plate-forme européenne visant à renforcer la coopération dans la lutte contre le travail non déclaré [13] mais rien ne s'oppose, bien au contraire, à ce que les États membres prennent eux-mêmes des mesures allant dans le sens d'un renforcement de la coordination des différents organismes de contrôle.

En ce sens, une partie non négligeable des 16 mesures pour lutter contre le travail illégal et la fraude au détachement annoncées par la ministre du Travail le 12 février 2018 porte sur le partenariat des agents de contrôle [14]. En ce sens, il est décidé que le groupe national de veille d'appui et de contrôle et l'office central de lutte contre le travail Illégal travaillent en étroite collaboration avec la gendarmerie et les services de police. Il est également créé une entité centralisée en charge du traitement des fraudes complexes en matière de lutte contre le travail illégal au sein de l'ACOSS.

Plus encore, la loi *Avenir* facilite les contrôles et renforce les pouvoirs des agents. L'article 103 de la loi, codifié à l'article L. 8113-5-1 du Code du travail, dispose que les agents de contrôle peuvent obtenir au cours de leurs visites, communication de tout document ou tout autre élément d'information propre à faciliter l'accomplissement de leur mission. Cela suppose notamment un accès aux logiciels et aux données informatisées stockées. Il s'agit donc d'un véritable droit de communication permettant aux agents de contrôle d'obtenir, sans que s'y oppose le secret des affaires, tout document, renseignement ou élément d'information, quel que soit le support, utile à l'accomplissement de leur mission. Ce droit déjà prévu dans le projet de loi s'inscrit dans le droit fil de la loi *El Khomri* qui prévoit d'ailleurs que les agents de contrôle peuvent bénéficier d'un accompagnement systématique par un interprète assermenté quand ils officient [15].

13 Déc. n° 2016/344/UE du PE et du Cons., 9 mars 2016 : JO, 11 mars 2016, p. 12.

14 La Cour des comptes appelle de ses vœux une telle coordination des contrôles. V. Cour des comptes, rapport annuel 2018, tome II, chap. 5. V. égal. Willmann C., « Détachement : CJUE et Cour des comptes convergent pour renforcer la lutte contre les fraudes », Lexbase Hebdo, n° 731, 15 févr. 2018.

15 Chopin F., « Les récentes mesures de lutte contre le détachement illégal », Gaz. Pal. 7 mars 2017, n° 289z1, p. 74.

Ce droit de communication est d'autant plus important qu'une fois les données collectées, elles pourront être mieux partagées entre les différents acteurs intervenants dans la lutte contre les fraudes au détachement. Par exemple, les données de la déclaration sociale nominative ou le fichier national des interdits de gérer pourront circuler entre les différents organismes concernés par cette lutte.

Si par l'intermédiaire d'un contrôle, la fraude est reconnue, alors il convient de sanctionner.

POSITION DE LA CFDT

La CFDT salue les efforts engagés sur le plan national depuis plusieurs années. Ainsi, la loi *Avenir professionnel* va dans le bon sens. Les nouvelles sanctions administratives ne doivent cependant pas entrainer la suppression de la sanction pénale. Les deux sanctions doivent pouvoir coexister, en laissant le choix à l'agent de contrôle. Concernant les nouvelles dispositions qui facilitent certains détachements, il faut être vigilant. La CFDT avait d'ailleurs fait savoir au gouvernement que les dispenses ne devaient concerner que certaines prestations et seulement les détachements de courte durée, ce qui a été repris dans la loi. Reste à surveiller, d'une part, la période de référence retenue pour la durée maximale des prestations et, d'autre part, la liste d'activités concernées. Dans le cas des détachements pour compte propre, la simple suppression des démarches (déclaration et désignation du représentant) aurait dû être conditionnée à une durée très courte du détachement. En cas de détachements récurrents, il est regrettable que la fin des allègements ne soit pas automatique si les conditions ne sont pas respectées. Enfin, la lutte contre le *dumping* social nécessite d'augmenter les moyens humains et financiers de l'inspection du travail.

Clara Grangeon et Mathilde Frapard, secrétaires confédérales, service juridique CFDT

II. Sanctionner

L'alinéa 2 de l'article 5 de la directive n° 2018/957/UE dispose que « les États membres fixent les règles relatives aux sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive et prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre. Les sanctions prévues sont effectives, proportionnées et dissuasives ». Le législateur français a dans le cadre de la loi *Avenir* mis en place une sanction principale (A) et une sanction complémentaire (B).

A. Sanction principale

L'article L. 1264-1 du Code du travail énonce qu'un employeur qui méconnaît les obligations liées à un détachement est passible d'une amende administrative prévue à l'article L. 1264-3 du même code. Ce dernier article a subi une modification importante par l'intermédiaire de l'article 95 de la loi *Avenir* puisque les montants anciennement prévus ont été doublés. Ainsi, le montant de l'amende par salarié (illégalement) détaché passe de 2 000 € à 4 000 € et de 4 000 € à 8 000 € en cas de réitération de l'infraction dans un délai de 2 ans (et non plus d'un an). Cette augmentation des montants est d'autant plus remarquable qu'elle dépasse largement ce qui était prévu à l'article 53 du projet de loi du 2 août 2018 puisque ce texte prévoyait des montants respectivement de 3 000 € et de 6 000 €[16].

De plus, la loi *Avenir* prévoit que si une entreprise persévère à ne pas verser le montant des amendes après une information sans délai du manquement constaté par injonction, l'autorité administrative peut ordonner l'interdiction de la prestation de services pour une durée de 2 mois renouvelable. Ce nouvel article L. 1263-4-2 du Code du travail va, d'une certaine manière, deux fois plus loin que l'ancien article L. 1263-4-1 issu de la loi *El Khomri* du 8 août 2016, puisque le délai de suspension prévu était d'un mois[17]. La loi *Avenir* est ainsi en phase avec ce qui était annoncé dans le projet de loi en son article 54.

Enfin, l'article 97 de la loi *Avenir* ajoute que l'opposition à l'exécution ou l'opposition aux poursuites n'a pas pour effet de suspendre l'action en recouvrement de la créance ce qui montre toute la motivation de l'administration à percevoir les amendes visées plus haut.

Cet accroissement des montants des amendes est selon nous plutôt bienvenu et ne risque pas d'être considéré par les instances européennes comme des sanctions non effectives, disproportionnées et non dissuasives[18] à l'instar de ce que le tribunal Administratif de Rennes a pu dire dernièrement à propos des sanctions issues de la loi *El Khomri*[19]. Ce dernier a d'ailleurs insisté sur le fait que la lutte contre le détachement illégal constitue une raison impérieuse d'intérêt général ce qui justifie sans doute également le prononcé d'une sanction complémentaire.

16 V. sur ce point Willmann C., « Détachement : CJUE et Cour des comptes convergent pour renforcer la lutte contre les fraudes », Lexbase Hebdo, n° 731, 15 févr. 2018.

17 Chopin F., « Les récentes mesures de lutte contre le détachement illégal », Gaz. Pal. 7 mars 2017, n° 289z1, p. 74.

18 Cf. *supra* dir. n° 2018/957/UE, art. 5.

19 TA Rennes, 23 avr. 2018, n° 1704197 ; TA Rennes, 23 avr. 2018, n° 1703996. V. Willmann C., « Détachement : CJUE et Cour des comptes convergent pour renforcer la lutte contre les fraudes », Lexbase Hebdo, n° 731, 15 févr. 2018.

POSITION DE LA CFE-CGC

Face au développement du recours au détachement et afin d'éviter toute dérive de ce dispositif, le législateur a adopté plusieurs lois visant à améliorer le contrôle et la lutte contre la fraude au détachement. Le dernier texte en date est la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

La CFE-CGC salue les efforts en matière de lutte contre le détachement illégal introduits par cette loi et approuve la mise en place d'outils et de sanctions visant à dissuader l'employeur de violer les règles relatives au détachement. Toutefois, certaines mesures de la loi soulèvent des inquiétudes, notamment les assouplissements prévus pour les employeurs détachant des salariés de manière récurrente. Cette possibilité accordée entreprise par entreprise de demander des allègements nous laisse craindre un traitement différencié des salariés en fonction de leur entreprise d'appartenance. Par ailleurs, on s'interroge sur l'impact, concernant certaines professions des allègements de déclaration de détachement et de désignation de représentants en France accordés par arrêté. Sur quel fondement identifier des activités plutôt que d'autres, établir des durées maximales de détachements, censés être de courte durée ? L'assouplissement de ces déclarations ne créerait-il pas un effet d'aubaine préjudiciable ou encore une disparité de traitement ?

De plus, sans réouvrir le débat de la clause *Molière*, les dispositions prévues à l'article L. 1263-7 du Code du travail ne peuvent être considérées comme une entrave au détachement. Au contraire, pour la CFE-CGC, cet article vise à faciliter le contrôle effectué par l'inspection du travail. De ce fait, nous sommes opposés à tout assouplissement de cette obligation telle que celle introduite par le nouvel article L. 1262-6 du Code du travail. Enfin, concernant le renforcement des pouvoirs d'enquête de l'inspection du travail inscrit dans cette loi, la CFE-CGC salue ces nouvelles dispositions mais tient à réaffirmer que cela ne sert à rien de bâtir le meilleur arsenal si on ne dispose pas des moyens humains pour en assurer le correct fonctionnement. Pas de droits sans l'effectivité des droits !

Pour la CFE-CGC, la lutte contre le détachement passe surtout et d'abord par plus de moyens pour l'inspection du travail et pour une inspection du travail européenne.

B. Sanction complémentaire

L'article 99 de la loi *Avenir* ajoute à l'article L. 8221-3 du Code du travail un nouvel alinéa 3, qui dit en substance que le travail dissimulé est établi lorsqu'un employeur s'est illégalement prévalu des dispositions applicables au détachement des salariés[20]. De ce fait, un employeur violant les dispositions relatives au détachement s'expose certes aux amendes administratives, mais également au prononcé d'une sanction complémentaire prévue à l'article 102 de la loi *Avenir*. Ce dernier modifie l'alinéa 4 de l'article L. 8224-3 du Code du travail en ce que la décision condamnant une entreprise pour travail dissimulé sera obligatoirement assortie d'une peine complémentaire d'affichage et de diffusion opérée pour une durée maximale d'un an.

De prime abord, cet article nouveau marque un recul vis-à-vis des dispositions antérieures puisque l'ancien texte prévoyait une durée de 2 ans et non d'un an. Cependant, l'ancien texte issu de la loi *Savary II* considérait que la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion pouvait simplement être ordonnée ce qui signifiait bien entendu qu'aucune obligation ne pesait sur le juge.

La loi *Avenir* constitue donc bien une avancée puisque la peine complémentaire est quasi automatique. En effet, la juridiction peut, mais uniquement par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer la peine complémentaire[21]. Le refus, par le juge, de prononcer la sanction d'affichage ou de diffusion constitue une exception qui doit être interprétée strictement.

Le nouveau régime de la peine d'affichage ou de diffusion s'inscrit dans la lignée de ce que le projet de loi avait prévu en son article 59 et des 16 mesures annoncées par la ministre du Travail le 12 février 2018. Nous pouvons également y voir un pas effectué vers le célèbre *Name and Shame* bien connu outre-Atlantique, et qui semble opportun tant que l'Union européenne refusera d'établir une liste noire des entreprises condamnées pour fraude aux règles du détachement[22].

20 Soit lorsque l'employeur des salariés détachés exerce dans l'État sur le territoire duquel il est établi des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative, ou lorsque son activité est réalisée sur le territoire national de façon habituelle, stable et continue.

21 En considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

22 V. not. notre étude, « L'effectivité de la directive n° 2014/67/UE par le prisme de ses acteurs », RUE 2016, p. 90.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS 4
SOMMAIRE 5
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS 6

CURRICULUM VITAE 8

INTRODUCTION 15

Section 1 : Apprentissage 17
§ 1 : Premiers pas 17
§ 2 : Figures imposées 18
§ 3 : Enfance 19
§ 4 : Adolescence 20
Section 2 : Formation continue 21
§ 1 : le droit social international et européen 21
§ 2 : les contrats de type particulier 22
§ 3 : Vie professionnelle, vie personnelle, existence du contrat de travail 24
§ 4 : Relations collectives du travail 25
Section 3 : Nouveaux champs d'études. 25

TITRE 1 : IDENTITÉ 33

CHAPITRE 1 : LA FRAGMENTATION DES FONCTIONS D'EMPLOYEUR 34
Section 1 : Des salariés aux prérogatives particulières 34
§1 : Des salariés autonomes 35
A. Expertise 35
B. Liberté d'organisation 36
§ 2 : La recherche d'une activité par les salariés 37
Section 2 : Des employeurs aux prérogatives limitées 38
§1 : Une absence de fourniture de travail 39
§ 2 : Un employeur administratif payeur 41
CHAPITRE 2 : LA MISE À DISPOSITION DU SALARIÉ 42
Section 1 : Cadre international 43
Section 2 : Cadre national 45
§ 1 : Deux employeurs 45
§ 2 : Un employeur 48
§ 3 : Nul employeur 49

TITRE 2 : TEMPORALITÉ 52

CHAPITRE 1 : LES INTERMISSIONS 53
Section 1 : Le maintien du salaire 53
Section 2 : Le versement d'allocations chômage 56
§ 1 : Assurance chômage de droit commun 56
A. Les contrats d'opération et de chantier 57
B. Le portage salarial 58
§ 2 : Assurance chômage spécifique 59
Section 3 : Nul salaire, nulle allocation chômage 63
§ 1 : Contrat de travail intermittent 63
§ 2 : Le portage salarial sous forme de CDI 64
CHAPITRE 2 : LES CESSATIONS 67
Section 1 : Cessations de droit commun 67
§ 1 : règles du CDI 67
§ 2 : Règles du CDD 68
Section 2 : Cessations exorbitantes du droit commun 70
§ 1 : Portage salarial sous forme de CDI 70
§ 2 : Contrat de chantier 71

CONCLUSION 77

BIBLIOGRAPHIE 78

PUBLICATIONS SELECTIONNÉES 91
TABLE DES MATIERES..... 118