

## Un droit de l'insertion ou de l'incapacité professionnelle ?

par Vincent BONNIN, Maître de conférences, Université de Poitiers

*Le texte qui suit propose une comparaison, selon laquelle nombre de règles appliquées dans le droit de l'insertion professionnelle trouvent des correspondances avec le droit des incapacités civiles. De la sorte, s'effectue une réduction de la personnalité du salarié ou du demandeur d'emploi. Un régime original et implicite transparaît ainsi : celui des incapacités professionnelles.*

**M**algré l'amélioration continue de l'emploi depuis la fin de l'année 1997, l'ampleur du chômage est telle encore (1) qu'elle demeure imputée à des causes objectives (2). Pourtant, les règles juridiques qui s'appliquent à l'offre et, surtout, à la demande d'emploi s'attachent au moins autant aux personnes qu'à ces paramètres économiques, de telle sorte que cette approche par ce qu'il est convenu d'appeler le droit de l'emploi ou, plus précisément, de l'insertion professionnelle paraît vite subjective.

Les "personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi", comme en disposent, par exemple, les articles L 322-4-2, relatif au contrat initiative emploi, et L 322-4-7 du Code du Travail, relatif au contrat emploi solidarité, ou encore celles "sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières" de l'article L 322-4-16 du Code du Travail, introduisant le nouveau régime des entreprises d'insertion par l'activité économique, illustrent cette manière de procéder (3). Le droit se réfère à des catégories de demandeurs d'emploi. Des caractéristiques sont imputées aux personnes (4). Dès lors, une ambiguïté gagne : est-ce le marché qui doit recevoir une réponse destinée à améliorer l'état de l'emploi, ou bien est-ce le demandeur, lui-même, qui doit être abordé en tenant compte de ces traits personnels qui l'ont conduit et le maintiennent au chômage ?

Cette question devient plus insistante après avoir relevé certains éléments du vocabulaire utilisé à l'occasion. L'usage est aujourd'hui banalisé de la notion d'employabilité, au contenu pourtant imprécis (5). Certes, il n'y a pas d'emploi pour tout le monde mais des personnes disposent de plus d'avantages, ou éprouvent plus de difficultés que d'autres, pour obtenir un emploi. Autrement dit, dans la gestion de ce que les économistes et sociologues appellent la "file d'attente", apparaissent des facteurs humains qui influencent l'accès à l'emploi. Il existerait donc des demandeurs d'emplois plus capables que d'autres d'être remplis de leur demande. La notion de capacité possède un sens juridique particulièrement évocateur, selon lequel une personne est apte à jouir et à exercer des droits (6). Mais c'est surtout sa négation qui est la plus suggestive et, dans le cas présent, la plus dérangeante : des personnes ne seraient pas capables d'accéder à un emploi, en raison de difficultés personnelles, souvent intimes et décelées à partir d'enquêtes approfondies, comme il en va de la déclaration de l'état d'incapable au sens des articles 488 et s. du Code civil. L'article 1er de la loi du 1er décembre 1988, par laquelle a été instauré le revenu minimum d'insertion (RMI) ne dispose-t-il pas, en reprenant une formule de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, que cette allocation est destinée à "toute personne qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation de l'économie ou de l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler".

Autre exemple : ce volet du droit de l'emploi utilise un autre terme polysémique, lui aussi évocateur du droit des incapacités : la personne embauchée dans le cadre de mesures d'insertion bénéficiera le plus souvent des services d'un "tuteur". Le linguiste s'interrogera forcément sur cette communauté terminologique (7).

(1) INSEE, "Bulletin mensuel de la statistique", mars 2001 p. 9 : le nombre de demandeurs d'emploi de catégorie 1 (emploi à durée indéterminée et à temps plein) était de 2,092 millions en février 2001.

(2) Et néanmoins discutées, telles que la croissance insuffisante, l'inadéquation du système de formation professionnelle, les rigidités réglementaires aggravées par le passage aux 35 heures ou la relative faiblesse des investissements dans les technologies nouvelles ...

(3) Autres exemples : les jeunes susceptibles de conclure un contrat d'orientation (art. L 981-7 Code trav. : "jeunes rencontrant des difficultés d'accès à l'emploi") ; ceux éligibles aux opérations de parrainage (circ. n° 99-164 du 15.3.1999, Bul. off. min. emploi et solid. 99/9, p. 89 : "jeunes rencontrant des difficultés particulières d'insertion dans le monde du travail").

(4) P. Jestaz, "Le droit", Dalloz 1996, p. 18 s. ; P. Amseleck, "La part de la science dans les activités des juristes", D. 1997, p. 337 ; plus généralement, sur le raisonnement juridique, Ch. Perelman, "Logique juridique, nouvelle rhétorique", Dalloz 1979, n° 2 s.

(5) Y. Chassard et A. Bosco, "L'émergence du concept d'employabilité", D.S. 1998, p. 903.

(6) G. Cornu et Ass. H. Capitant, "Vocabulaire juridique", PUF 1987 ; F. Terre et D. Fenouillet, "Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités", Dalloz 1996, n° 5, n° 1197 s. ; J.L. Aubert, "Introduction au droit", A. Colin 2000, n° 189 ; J. Carbonnier, "Droit civil, les personnes, PUF 2000, n° 98 s. ; P. Malaurie, "Les personnes, les incapacités", Cujas 2000, n° 499.

(7) G. Cornu, "Linguistique juridique", Montchrestien 1990, n° 18 et 29.

Le demandeur d'emploi est d'abord saisi par le droit comme quelqu'un qui recherche activement un emploi, ainsi que le prévoient tant les articles L 351-1 et L 351-16 du Code du Travail que les accords nationaux interprofessionnels qui se sont succédés pour fonder l'UNEDIC (8). C'est notamment à partir de sa volonté que le statut du demandeur d'emploi est élaboré. S'il ne respecte pas cette condition, il est écarté du bénéfice des prestations, considéré comme un "mauvais chômeur". Ces conditions de recherche sont d'ailleurs devenues d'autant plus draconiennes que l'emploi s'est fait rare (9). Dans un marché du travail plus étroit, des catégories de personnes, rassemblant des points communs tels que l'âge, le sexe, l'ancienneté dans le chômage ou le niveau de formation, sont apparues défavorisées pour accéder à l'emploi. Était-ce parce qu'elles n'avaient pas ou mal cherché (10) ? Plutôt que des coupables (11), elles sont désignées comme des victimes (12). Puisqu'il ne peut être reproché à ces personnes de ne pas rechercher un emploi, c'est qu'elles ne sont pas capables d'y accéder. Une telle distinction, certes sommaire, n'en est pas moins juridique : c'est la question de la capacité qui est alors posée.

Ce n'est pas seulement la capacité à conclure un contrat de travail qui est en jeu, c'est aussi celle à accéder au droit à l'emploi, droit que la loi de lutte contre l'exclusion a voulu rendre plus effectif encore (13), cherché à "assurer au mieux", comme pourrait l'écrire le Conseil constitutionnel (14). Puisqu'il n'y a vraiment "pas de place pour tout le monde" sur le marché du travail, les dispositifs destinés à l'insertion des demandeurs d'emploi ne constituent-ils pas, pour nombre de ceux-ci, des modes de gestion de l'incapacité professionnelle (15) ? Celle-ci peut être entendue comme l'ensemble des difficultés ou désavantages personnels, handicaps qui empêchent d'accéder à un emploi. Le nombre d'emplois offerts sur le marché devient ainsi une donnée et la variable sur laquelle l'action d'insertion se porte est alors le demandeur d'emploi, abordé dans des catégories de personnes plus ou moins éloignées, "exclues" (16) de l'emploi. Cette action peut être non seulement professionnelle mais aussi sociale, comme il en va par exemple avec le RMI (17).

C'est un véritable statut d'incapacité professionnelle qui se dessine derrière les actions d'insertion. Il repose sur des notions et emploie des modes de protection comparables à ceux de l'incapacité civile, à deux différences près cependant. D'une part, il ne s'agit que d'une ressemblance et non d'une confusion même partielle, d'autre part, cette incapacité est d'étendue plus réduite et ne concerne que l'accès à l'emploi ou la conservation de celui-ci.

Avant d'étudier ces similitudes entre le régime de l'incapacité professionnelle et celui des incapacités civiles (II), il convient de s'intéresser à la notion même d'incapacité professionnelle qui fonde ce régime (I).

8) Pour le dernier en date : art. 4 de la convention du 19 octobre 2000 (L.S. n° 13267 du 31.10.2000, lég. soc. n° 8118), agréée par l'arrêté ministériel du 4.12.2000, J.O. du 6.12.2000.

(9) J.P. Domergue, in "Le droit de l'emploi", Dalloz 1999, n° 3129, 3376 s. ; C. Willmann, "L'identité juridique du chômeur", LGDG1998, n° 362 s.

(10) La question de l'insertion volontaire, posée avec le revenu minimum d'insertion (M. Badel, "Le droit social à l'épreuve du R.M.I.", Presses univ. de Bordeaux, 1996, p. 227 s. ; M. Borgetto et R. Lafore, "La république sociale", PUF 2000, p. 295 s., p. 342 s.), rebondit avec les débats sur la nouvelle convention d'assurance chômage et son plan d'aide au retour à l'emploi (PARE) : de la convention d'aide au retour à l'emploi issue du protocole du 14.6.2000 (L.S. n° 13182 du 23.6.2000, lég. soc. n° 8089) à la convention agréée du 19 octobre 2000, précitée supra, en passant par l'échange de courriers entre les ministres et les signataires (D.S. 2000, p. 823).

(11) Le schématisme, qui avait parcouru les travées du Parlement lors du débat sur le RMI, a-t-il disparu ? A. Griotteray, "Pourquoi j'ai voté contre", in Panoramiques n° 27, 1996, p. 25 ou, plus récemment, à propos de la loi sur la couverture maladie universelle, P. Salin, in L.S. mensuel mars 1999, p. 11 : "...les efforts sont punis et l'absence d'effort - qu'elle soit volontaire ou involontaire - est récompensée...". Comme un doute ...

(12) F. X. Merrien, "État providence et lutte contre l'exclusion", in "L'exclusion, l'état des savoirs", \ dir. S. Paugam, La découverte 1996, p. 417, sp. p. 423 ; A. Supiot (dir.), "Au delà de l'emploi", Flammarion 1999, p. 9 (jeu de mots).

(13) N. Hantali, "Le volet emploi de la loi du 29 juillet 1998", RDSS 1999, p. 325.

(14) C. consti. 28.5.1983, R. p. 41 ; AJDA 1984, p. 619, obs. F.R. Le Bris ; M. Borgetto et R. Lafore, "Droit de l'action et de l'aide sociales", Montchrestien 2000, n° 388 s.

(15) Les auteurs les plus autorisés ne manquaient pas de souligner, il y a peu encore, la "médiocrité" des mesures d'insertion professionnelle (\ dir. M. T. Join-Lambert, "Politiques sociales", P.S.P. et Dalloz 1997, p. 641 s., sp. p. 645).

(16) "Inutiles au monde", selon la forte expression de R. Castel, "Travail et utilité au monde", in "Le travail en perspective", \ dir. A. Supiot, LGDG 1998, p. 15. Si le terme exclusion est l'objet d'un examen critique bienvenu (M. T. Join-Lambert, "Exclusion" : pour une plus grande rigueur d'analyse", D.S. 1999, p. 215 ; S. Paugam, "La constitution d'un paradigme", in "L'exclusion : l'état des savoirs", précité, p. 7), il n'en reste pas moins que nombre de ces personnes ont été "incluses" auparavant. L'exclusion n'est pas seulement faite de personnes ignorées, mais aussi de personnes rejetées vers des statuts dévalorisés ou, pour employer un terme à connotation sportive dans un marché du travail qui compte ses "gagnants" et ses "perdants", de personnes reléguées. A ce propos, la catégorie des "perdants" pourrait se substituer plus froidement à celle des fautifs et des victimes : M. Borgetto, "Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions", D.S. 1999, p. 221.

(17) in Esprit n° 241, mars-avril 1998 : J. Donzelot et Roman, "Les nouvelles donnes du social", p. 7 et I. Astier, "R.M.I. : du travail social à une politique des individus", p. 142 ; sur l'alternative entre agir sur le marché et agir sur les individus : R. Castel, "Du travail social à la gestion sociale du non travail", in Esprit, précité, p. 28.

## I.

## La notion d'incapacité professionnelle

La notion d'incapacité professionnelle se dégage de l'énumération des différentes difficultés imputées aux personnes qui bénéficient des mesures destinées à faciliter leur insertion professionnelle (A). Ces difficultés, qui relèvent parfois de l'intime, sont comparables à l'état des personnes civilement incapables, même si les domaines d'incapacité sont différents (B).

## A) Des difficultés imputées au demandeur

Nombreux sont les textes qui définissent diverses catégories de personnes dont les difficultés les rendent susceptibles de bénéficier de mesures spécifiques, afin de faciliter leur insertion professionnelle, voire sociale. Ces difficultés se concentrent sur la personne même ; elles sont d'ordre subjectif (1). Elles doivent être distinguées d'autres notions qui désignent également une altération des facultés de travail (2).

## 1) Des difficultés d'ordre subjectif

Le premier trait personnel qui marque une difficulté d'accès à l'emploi est celui de l'âge. Ce critère distingue bien évidemment la catégorie des jeunes travailleurs, âgés de 16 à 25 ans révolus (18), destinataires principalement des contrats d'insertion en alternance (L 981-1 s. du Code du Travail), mais aussi de contrats emploi-solidarité, de contrat emploi-consolidé ou de contrats emploi-jeune (L 322-4-7 s., L 311-4-18 s. du Code du Travail). Même si la pertinence de cette distinction a été fortement discutée (19), les raisons de la fixation de cette "tranche d'âge" méritent d'être examinées. Nombreuses sont les études sur le chômage des jeunes qui montrent que cette catégorie d'âge est plus vulnérable au chômage. Mais, du constat froidement statistique, découlent les interprétations. Certaines sont d'ordre économique : plus faible productivité parce que nécessitant au moins une adaptation à l'entreprise (20), professionnel : les jeunes sortent du système scolaire sans formation qualifiante (21),

sociologique : l'adhésion des jeunes à l'entreprise est plus distanciée (22), ou psychologique (23). C'est la personne qui est jugée, quelles que soient les distinctions qui peuvent être proposées entre elle et sa "force de travail" (24).

La même méthode est employée pour les demandeurs d'emploi de 50 ans ou plus, qui constituent eux aussi un public destinataire des CES et CEC, ainsi que du contrat initiative emploi (CIE) prévu à l'article L 322-4-2 du Code du Travail. Cette catégorie de personnes "âgées" est considérée par la loi comme vulnérable, puisque l'article L 321-1-1 du Code du Travail fait de l'âge des salariés, dont le licenciement pour motif économique est envisagé, une des "*caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile*". L'âge n'est plus seulement un seuil statistique, c'est aussi un critère de distinction par ce qui touche au plus intime de la personne. Il ne reste, après soustraction de ces deux périodes extrêmes, qu'un court "entre deux âges", comme l'eût chanté G. Brassens...

Le demandeur d'emploi âgé est souvent associé à une catégorie très générale et recouvrant des situations très différentes, celle des personnes "*rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi*" (25). Dans cet ensemble figurent aussi bien les chômeurs de longue durée que certaines catégories de jeunes demandeurs d'emploi, les bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique, les allocataires du RMI ou les travailleurs handicapés bénéficiant de l'obligation d'emploi des articles L 323-1 s. du Code du Travail (26). La loi désigne aussi des personnes dont les difficultés d'accès à l'emploi sont plus importantes encore, telles que celles "*rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières*", auxquelles s'adressent les entreprises des articles L 322-4-16 s. du Code du Travail vouées à l'insertion par l'activité économique, ou celles, "*en grande difficulté d'insertion sociale et professionnelle*" vers lesquelles sont dirigés les plans locaux pluriannuels pour l'insertion par l'emploi de l'article L 322-4-16-6 du Code du Travail. Également, les

(18) Le contrat d'orientation (L 981-7 Code trav.) s'adresse, selon la situation du jeune, jusqu'à 22 ou 24 ans.

(19) A. Supiot, "Les inégalités entre chômeurs", in "Les sans emploi et la loi", Calligrammes 1988, p. 185 ; J. Capdevielle, H. Y. Meynaud, R. Mouriaux, "Petits boulots et grand marché européen : le travail démobilisé", P.F.N.S.P. 1990, p. 73 s. ; J. Savatier, "L'aide aux emplois jeunes", D.S. 1998, p. 908 s.

(20) Y. Lichtenberger, "L'emploi des jeunes", in "Le travail quel avenir", Gallimard, Folio, 1997, p. 115 ; déjà, J. Prieur, "L'insertion professionnelle des jeunes chômeurs", D.S. 1978, p. 247 ; M. Del Sol, "Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante : des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées", D.S. 1994, p. 412 ; J.L. Meyer, "Des contrats emploi-solidarité aux emplois-jeunes", L'Harmattan 1999.

(21) P. Santelmann, "Insertion et formation professionnelle des jeunes : quel droit à la qualification ?", D.S. 1993, p. 418.

(22) J. Capdevielle, H. Y. Meynaud, R. Mouriaux, précités, p. 85 s. ; Sébastien Schehr, "La vie quotidienne des jeunes chômeurs", PUF 1999.

(23) Y. Lichtenberger, précité.

(24) T. Revet, "La force de travail", Litec, 1992 ; "L'objet du contrat de travail", D.S. 1992, p. 859.

(25) Ainsi, le contrat d'orientation, destiné à certains jeunes travailleurs (art. L 981-7 Code trav.), le CIE, le CES (les jeunes devant rencontrer des "difficultés particulières d'insertion" : art. L 322-4-7 Code trav.), le C.E.C. ou les stages de l'article L 322-4-1 du Code du Travail : stage d'accès à l'emploi (SAE) et stage d'insertion et de formation à l'emploi (SIFE).

(26) Ex. : décret n° 925, modifié du 19.5.1995, relatif au CIE ; décret n° 105 modifié du 30.1.1990 pour le C.E.S.

opérations dites de "parrainage" ou d'appui social individualisé de l'article L 322-4-17 du Code du Travail viennent en aide aux "personnes qui, rencontrant des difficultés particulières d'insertion professionnelle, ont besoin d'un accompagnement social". Dans un même ordre d'idées, les jeunes destinataires du programme "Trajet d'accès à l'emploi" (TRACE) sont désignés par l'article 4 de la loi du 29 juillet 1998 comme "en difficulté et confrontés à un risque d'exclusion professionnelle" (27).

Les textes qui précisent la désignation de ces différentes catégories entrent là encore dans des considérations particulièrement subjectives. Ainsi les jeunes auxquels le programme TRACE est destiné souffrent de "handicaps sociaux, personnels ou familiaux", sont en "situation d'échec récurrent" (28). Ou encore, les précisions apportées à propos des bénéficiaires de C.I.E. ou de C.E.S. insistent sur les caractères des personnes et les difficultés que celles-ci éprouvent (29). Les entreprises des articles L 322-4-16 et suivants du Code du Travail sont bien définies par leurs activités de production de "biens ou de services en vue de leur commercialisation" ou "d'activité présentant un caractère d'utilité sociale", mais ces définitions sont à la mesure des personnes susceptibles d'être employées. Cette approche très personnelle est par ailleurs inscrite de façon plus anodine dans différentes dispositions légis-

latives lorsque, afin d'apprécier les avantages et les points faibles des demandeurs d'emploi, il est procédé à un bilan "évaluation-orientation", que ce soit lors d'une convention de conversion, d'une entrée en contrat orientation, dans le cadre d'un congé bilan-formation ou, désormais, celui du PARE (30).

Ces catégories sont elles aussi l'objet de nombreuses études, souvent à forte teneur psychologique (31). La fixation de ces critères par le droit s'accompagne parfois d'états d'âmes, de la peur de "stigmatiser" ces personnes, avec le regard que portent sur eux le législateur et ceux qu'il investit dans la lutte contre l'exclusion (32). Cette crainte est d'autant plus fondée que, pour les personnes les plus affaiblies, la probabilité de sortir de leurs difficultés paraît plus réduite (33). A cela, s'ajoute un brouillage de ces catégories entre elles et, par conséquent, la difficulté de les délimiter chacune (34). Ces approches ciblées, multiples montrent d'ailleurs leurs limites et des mesures plus globales, de nature préventive, dépassant le seul cadre de l'emploi, sont engagées, dans le cadre notamment de la loi du 29 juillet 1998 (35).

Cette litanie des vulnérabilités des destinataires des mesures d'insertion professionnelle (36) rencontre d'autres situations de diminution de la capacité de travail, essentiellement l'inaptitude et le handicap. Il convient de les comparer.

(27) Circulaire DGEFP 98/33 du 23.10.1998, L.S. n° 12782 du 9.11.1998, lég. soc. n° 7938 ; Bul. officiel min. emploi et solid. 98/23, p. 105. Dans ce cadre là, le crédit formation individualisé (CFI), instauré par la loi du 4.7.1990, apparaît plus comme une mesure d'insertion professionnelle que sociale. Compte tenu de ce qu'il vise les personnes sans qualification, la formule risque fort de se dissoudre dans les programmes TRACE ou ASI (F. Gaudu, "Travail et activité", in "Le travail en perspectives", précité, p. 589).

(28) Circ. du 23.10.1998 précitée. L'accord national interprofessionnel du 23.6.1995 (L.S. n° 12959 du 27.6.1995, lég. soc. n° 7286), relatif à l'insertion professionnelle des jeunes, insiste également sur les actions spécifiques en direction des "jeunes en grande difficulté".

(29) CIE : circulaire DGEFP n° 99/14 du 8.3.1999, LS n° 12896 du 22.4.1999, lég. soc. n° 7990 ; CES : circulaire DGEFP n° 98/44 du 16.12.1998, LS n° 12825 du 12.1.1999, lég. soc. n° 7956.

(30) cf. supra.

(31) B. Schwartz, "L'insertion sociale et professionnelle des jeunes", La documentation française 1981 ; "Moderniser sans exclure"; La découverte, nouvelle édition, 1994 ; Coquelle C., "La formation sans l'emploi ?", AFP mars-avril 1995, p. 8 ; Ferrandi R., "Stages d'insertion : cultures autres ou bien "sous cultures" ?", A.F.P. mars-avril 1995, p. 22. Le langage de certains spécialistes de la formation professionnelle est parfois difficile à saisir pour le profane ... ex. P. Besnard et B. Liétard, "La formation continue", Q.S.J., 1995 ; L. Van Eeckhout, "En créant son propre dialecte, la formation professionnelle est devenue ésotérique", Le Monde, Initiatives, du 13.3.1996.

(32) \. dir. M. T. Join-Lambert, "Politiques ..." précité, p. 238 ; I. Astier, précité ; P. Y. Verkindt, "Un autre regard sur l'exclusion", D.S. 1999, p. 211 ; D. Fougere, "Trajectoires de chômeurs de longue durée", in "L'exclusion, l'état des savoirs" précité ; Werquin P., "De l'école à l'emploi, les parcours précaires", in "L'exclusion ..." précité, p. 122 ; R. Lafore, "Exclusion, insertion, intégration, fracture sociale, cohésion sociale : le poids des maux", R.D.S.S. 1996, p. 803.

(33) S. Wuhl, "Insertion, les politiques en crise", PUF 1998, p. 119 s. L'auteur met en évidence que pour les populations les plus fragiles, les périodes de reprise de la création d'emploi sont sans grand bénéfice. L'évaluation de ce phénomène est cependant délicate : alors qu'entre août 1999 et août 2000 le nombre de demandeurs d'emplois a diminué de 15 % et que le nombre de demandeurs inscrits depuis plus d'un an a baissé de 21 %, l'ancienneté moyenne des demandes d'emploi n'a, elle, baissé que de 5,23 % : LS n° 13280 du 20.11.2000, doc. n° 95.

(34) A. Supiot, "Les inégalités...", précité. Ainsi, "les difficultés particulières d'accès à l'emploi" : G. Couturier, "Le contrat d'insertion professionnelle", DS 1994, p. 204 ; également, les travaux parlementaires qui ont précédé la loi du 29 juillet 1998 : Rapport A.N. n° 856, présenté par J. Le Garrec, p. 22 s. La jurisprudence fournit un exemple, s'agissant du public éligible au contrat d'adaptation. La Cour de cassation admet qu'un jeune embauché par un contrat à durée déterminée de courte durée conclue, en cours de contrat et avec le même employeur un contrat d'adaptation de 18 mois (Soc. 9.5.1996, RJS 1996, n° 698) alors que la Conseil d'Etat exige, pour la conclusion d'un tel contrat, que le salarié soit demandeur d'emploi (CE 12.2.1997, RJS 1997, n° 579) : dans la première affaire, le jeune était-il demandeur d'emploi ? dans quelle catégorie ? La Cour de cassation justifie la conclusion du contrat d'adaptation en raison du caractère "précaire" du premier contrat.

(35) O. Pujolar, "Présentation générale de la loi", RDSS 1999, p. 255 ; projet de loi : LS n° 12641 du 7.4.1999, doc. n° 35.

(36) "Au-delà de l'emploi" précité, p. 282 s. La circulaire 99-164 du 15.3.1999 (Bul. officiel min. emploi et solid. 99/9, p. 89), relative au parrainage illustre à l'extrême le renversement des choix entre agir sur le milieu ou agir sur la personne. Le parrainage est justifié en effet par les discriminations "en raison, notamment, de leur origine nationale, réelle ou supposée, de leur sexe ou encore de leur lieu d'habitat" que les jeunes pourraient rencontrer sur le marché du travail. Devant l'impossibilité d'empêcher des comportements délictuels, le jeune est aidé à les contourner.

## 2) Incapacité, inaptitude et handicap

La notion d'incapacité de travail est employée en droit de la sécurité sociale. C'est, d'une part, l'incapacité totale temporaire de la personne malade ou accidentée : l'arrêt de travail prescrit par le médecin traitant. C'est, d'autre part, l'incapacité partielle permanente, lorsque, après consolidation, le salarié endure des séquelles.

La seconde peut entraîner un reclassement ou une rupture du contrat de travail. C'est alors, en droit du travail, l'inaptitude du salarié qui est discutée, à partir des emplois qui composent l'entreprise ou le groupe d'entreprises.

L'incapacité professionnelle est différente de l'inaptitude. Elle résulte des difficultés que cumule la personne pour accéder à un emploi. Elle n'est pas appréciée dans le cadre d'un contrat de travail mais en amont, sur le marché de l'emploi. L'inaptitude est constatée, alors que l'incapacité professionnelle est le produit d'une interprétation des différents critères : l'âge, le niveau d'études, la durée du chômage, la situation familiale - les bénéficiaires de l'allocation veuvage ou de parent isolé - voire même la situation géographique (37). Sont ainsi établies de véritables présomptions. L'inaptitude peut cependant conduire à placer une personne dans une de ces différentes catégories, lorsque celle-ci, devenue demandeur d'emploi après la rupture de son contrat de travail, rencontre des difficultés de retour à l'emploi (38).

Une autre différence apparaît entre l'inaptitude et l'état de salarié nécessitant une mesure spécifique d'insertion. Il est en effet possible de considérer un salarié apte à exercer activité professionnelle, parce que disposant de la formation et de la qualification professionnelle, tout en l'estimant par ailleurs incapable d'exercer son métier sans être aidé, guidé et conseillé. C'est l'exemple de la formule du contrat d'adaptation (39).

La définition du handicap n'est pas unique et varie selon les domaines dans lesquels elle est employée

(40). S'agissant de l'accès à l'emploi, l'article L 323-10 du Code du Travail considère comme travailleur handicapé "toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales." Cette très large formule explique que les travailleurs handicapés soient compris dans diverses mesures d'insertion, expressément avec les contrats emploi solidarité et les contrats initiative emploi, de façon plus implicite pour les contrats passés avec les employeurs du secteur de l'insertion par l'activité économique. Les travailleurs handicapés, au sens de l'article L 323-10 du Code du Travail disposent de moyens particuliers d'insertion : les équipes de préparation de suite au reclassement (EPSR) (41) ou les ateliers protégés qui peuvent être comparés aux entreprises d'insertion par l'économique de l'article L 322-4-16 du Code du Travail. Mais la définition du handicap, telle que mise en œuvre par les commissions techniques d'orientation et de reclassement professionnel (COTOREP) ne résume pas toutes les difficultés d'insertion professionnelle. Nombreux sont les travailleurs handicapés qui exercent une activité dans le milieu dit "ordinaire", sans les aides et dispositifs attachés à ces difficultés. Il n'en reste pas moins que ces mesures sont souvent présentées, par comparaison, comme destinées à réduire ou supprimer des handicaps.

Effectuée par plusieurs auteurs (42), cette comparaison est dérangeante. Cette idée très élargie du handicap a même été présente dans le Code du Travail, par une section relative aux "handicapés sociaux", qui comprenait, jusqu'à la loi du 29 juillet 1998, un article L 323-35 bis appliquant les règles d'organisation des ateliers protégés aux centres d'hébergement et de réinsertion sociale de l'article 185, ancien, du Code de la famille et de l'aide sociale (43). Les actions d'insertion professionnelle organisées par ces centres relèvent désormais des dispositions applicables aux entreprises d'insertion par l'activité économique (44).

(37) Il en fut ainsi des "emploi-villes" de la loi du 6.5.1996. cf. également la circulaire citée supra sur le parrainage et les risques de discrimination.

(38) La notion d'incapacité peut même interférer sur la structure du marché de l'emploi. Les Pays-Bas, qui comptent un chômage particulièrement faible, à l'échelle de l'Union européenne, sont aussi le pays où le nombre de personnes reconnues médicalement inaptes au travail et, ainsi, délogées du marché de l'emploi, est particulièrement important (*Le Monde* du 2.2.1999, supplément Économie, p. VIII).

(39) C'est ainsi qu'un adjoint de direction de supermarché, appelé à exercer une fonction d'autorité, peut bénéficier, dans le cadre d'un contrat d'adaptation, de l'accueil et du suivi d'un tuteur : Soc. 5.11.1992, Hervé/S.A. Sodimage, n° 3504, non publié, Lexilaser. Également : Soc. 2.6.1993, Hutt/Soc. européenne de supermarchés, n° 2037, non publié, Lexilaser.

(40) M. Borgetto et R. Lafore, précités n° 325.

(41) A. Brygoo, N. Schmidt, F. Tarquis, "Insertion ou sélection : l'exemple des travailleurs handicapés", in "Cahiers du centre d'études de l'emploi", P.U.F., 1995, p. 199.

(42) \. dir. M.T. Join-Lambert, "Politiques sociales" précité, p. 241 ; R. Lafore précité, p. 803 : "polytraumatisés" et "monohandicapés" ; sur les rapports entre incapacité et handicap : M. Borgetto et R. Lafore, précités, n° 325, n° 484 (les "capacités requises" pour atteindre l'objectif d'insertion) ; \. dir. A. Suiot, "Au-delà..." précité, p. 268 (sur la formation, l'entretien et le développement des "capacités" des personnes) ; Y. Lichtenberger, précité ; M. Elbaum, "Pour une autre politique de traitement du chômage", in "Le travail, quel avenir ?", précité p. 135, sp. p. 153. Également, le rapport du ministre de l'emploi et de la solidarité en présentation du projet de loi de lutte contre les exclusions : AN n° 780, p. 10.

(43) Ancienne codification. P.Y. Verkindt, "Un autre regard ...", précité. La circulaire précitée du 23.10.1998, supra note (28), relative au programme TRACE a elle aussi recours à la notion de handicap social.

(44) Circulaire D.G.E.F.P. n° 99-17 du 26.3.1999, LS n° 12894 du 20.4.1999, lég. soc. n° 7989. Circulaire n° 2000-15 du 20.6.2000, Bul. off. min. emploi et solid. n° 2000/14, p. 59.

Des différentes dispositions relatives à l'insertion professionnelle, d'une part, des comparaisons faites avec des notions proches, d'autre part, ressort l'idée selon laquelle de nombreux destinataires sont dans l'incapacité d'accéder à l'emploi sans des mesures de soutien parfois considérables. Cette idée d'incapacité professionnelle est plus qu'une simple coïncidence avec la notion d'incapacité entendue en droit civil.

## B) Incapacité professionnelle et incapacité civile

Avec l'incapacité professionnelle, c'est l'impossibilité d'accéder à l'emploi qui est observée. Avec l'incapacité civile, le droit prend en compte une altération de la lucidité de la personne (45). Dans un cas comme dans l'autre, c'est la volonté qui est entravée (1) : la personne n'est pas en mesure de conclure un acte juridique, parce que sa volonté est sans prise sur le marché, ou parce que la loi la considère par principe sans effet. Cette comparaison peut être prolongée par la distinction entre capacités d'exercice et de jouissance, sur laquelle reposent les incapacités civiles. Il apparaît alors que, pour être partielle dans son étendue, l'incapacité professionnelle n'en est pas moins marquée par cette distinction (2).

### 1) Une altération de la volonté

Le demandeur d'emploi qui ne parvient pas à se faire embaucher est considéré comme n'ayant pas su ou pas pu parvenir à ses fins. Sa demande n'a pas été assez mise en valeur (les stages de "peaufinage" de curriculum vitae) ; il n'a pas su se présenter à son avantage lors d'entretiens d'embauche (les stages d'expression orale) ; il ne croit pas en ses capacités (les stages de redynamisation, en particulier pour les cadres). C'est le "savoir-être" de la personne qui doit ainsi être revu et corrigé (46). Ou encore, relevant plus du "savoir faire", le demandeur n'a peut être pas choisi le secteur professionnel qui pourrait lui être favorable, compte tenu de l'évolution des offres d'emploi. Sur un marché en mouvement, avec des règles qui évoluent très vite, la personne doit faire face à une complexité accrue (47). Le droit de l'emploi participe d'ailleurs à cette contrainte, avec ses régimes à durée de vie réduite, ou prolongée, d'abrogations en rétablissements (48) et, surtout, ses mesures financières qui rendent

telle formule ou telle catégorie de demandeurs d'emploi plus attractive que telle autre pour les employeurs.

L'"autonomie" (49) du demandeur d'emploi, ou sa "capacité à décider" (50) sont mises à mal : comment se débrouiller seul ? La même question est sous-entendue par l'article 488 du Code civil, qui introduit le régime des incapacités des majeurs, au deuxième alinéa : "*Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts.*" Sur le marché de l'emploi, il est des demandeurs qui ne peuvent pourvoir seuls à leurs intérêts : les structures d'information, de conseil et d'orientation, de suivi abondent pour en apporter la preuve. L'article 490 du Code civil est ensuite plus restrictif, en apparence puisqu'il fait dépendre la fixation du statut d'incapable civil d'une altération des "facultés mentales ou corporelles". Cependant, l'examen des "capacités" du demandeur d'emploi relève le plus souvent de l'intime, plonge au cœur de la vie privée, passant ainsi au crible les capacités physiques, comme les ressorts psychologiques (51). Le psychologue, l'assistante sociale chargée du suivi de l'allocataire du RMI, le conseiller orienteur de l'ANPE ou de la mission locale vont exercer des investigations parfois plus dérangeantes que celles du médecin.

Particulièrement, les plus jeunes seraient-ils présumés, en dessous de la barrière des 25 ans, comme atteints de "minorité professionnelle" ? Les difficultés d'insertion professionnelle et sociale, les régimes d'incapacité civile, tendent d'ailleurs à se rejoindre dans une disposition particulière, édictée lors de l'abaissement de la majorité de 21 à 18 ans. Le décret du 18 février 1975, relatif à la protection judiciaire des jeunes majeurs dispose, dans son article premier, que "*jusqu'à l'âge de 21 ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale a la faculté de demander au juge des enfants la prolongation ou l'organisation d'une mesure de protection judiciaire.*" Les graves difficultés d'insertion sociale sont susceptibles de rejoindre, par exemple, celles qu'éprouvent les plus jeunes travailleurs, lorsqu'ils bénéficient de l'appui social individualisé de l'article L 322-4-17 du Code du Travail.

(45) F. Terre et D. Fenouillet précité ; J. Carbonnier, "Droit civil, les personnes", précité.

(46) J.M. Luttringer, "L'entreprise formatrice" sous le regard des juges", D.S. 1994, p. 283.

(47) A. Tarby, "Lectures et pratiques du droit de la formation continue", L'Harmattan 1995, p. 173 s. ; J. Bichot, "Insertion professionnelle des jeunes : la valse des mesures", D.S. 1987, p. 755 ; J.J. Dupeyroux, "Après la révolte des chômeurs", D.S. 1998, p. 252 ; A. Mazeaud, "Droit du travail", Montchrestien 2000, n° 15, n° 53 ; N. Hantali précité, commentant les motifs de la loi du 29.7.1998.

(48) Quelques exemples : les contrats d'orientation en d'adaptation qui, selon la loi quinquennale devaient disparaître avec la montée en puissance du contrat d'insertion professionnelle furent finalement pérennisés ; le contrat initiative emploi qui remplaça à la fois le contrat de retour à l'emploi (C.R.E.) et l'éphémère contrat spécifique aux allocataires du RMI, etc.

(49) J.P. Domergue précité, n° 127.

(50) M. Maruani et E. Raynaud, "Sociologie de l'emploi", La découverte, 1993, p. 87.

(51) I. Astier, précité ; "Qu'est-ce qui se joue lors des séances", in Panoramiques précité, p. 71 (à propos de l'allocation du RMI).

Une autre proximité peut apparaître entre les deux incapacités : elles sont l'une et l'autre graduelle. Les mesures d'insertion sont d'intensité variable, du jeune diplômé embauché par contrat d'adaptation, flanqué momentanément d'un tuteur, au demandeur d'emploi âgé et malade, employé sous un suivi qui vise à faciliter ou maintenir son insertion ou sa réinsertion sociale. Mais ces mesures s'adressent souvent, pour une part, aux mêmes publics. Il suffit pour le vérifier de comparer le champ d'application du CES, du CIE et des entreprises d'insertion par l'activité économique. Il en résulte que l'importance de l'incapacité professionnelle ne se vérifie pas à coup sûr, pour une personne donnée, à partir du contrat que celle-ci aura conclu ou de l'action de soutien dont elle profitera. En effet, les publics destinataires de certaines formules représentent un éventail si large que peuvent être placées sous un même statut des personnes dont les difficultés sont très différentes, tant en nature qu'en gravité. A ce premier effet pervers, s'en ajoute un second : la recherche de l'efficacité des mesures d'insertion conduit à une sélection entre les bénéficiaires et relègue ainsi ceux dont l'embauche est la plus difficile. D'où les rappels réguliers pour resserrer les catégories de bénéficiaires (52).

Si une échelle de gravité des incapacités professionnelles peut être mise en évidence, en comparaison avec celle des incapacités civiles, les premières apparaissent à certains égards plus radicales que les secondes, s'il s'agit de les apprécier à partir de la distinction, faite en droit civil, entre incapacités d'exercice et de jouissance.

## 2) Incapacités d'exercice et de jouissance

De ce point de vue, l'incapacité professionnelle apparaît plus radicale que l'incapacité civile. Le

mineur civil ou l'incapable majeur voient certes leur volonté déclarée sans effet, pour certains actes, mais la loi applique dans ces cas là des mécanismes qui permettent de pallier cette impuissance juridique. L'incapable peut passer en particulier des actes de disposition, pour peu qu'il bénéficie d'une assistance ou soit représenté. Il peut ainsi conclure un contrat de travail (53).

Celui-ci constitue cependant, un acte juridique à caractère personnel (54). L'incapable civil doit exécuter lui-même sa prestation de travail. Cette exécution ne souffre d'aucune réduction des droits de l'incapable. Dans le cadre des mesures d'insertion pourtant, le caractère personnel du contrat de travail produit des effets particuliers et souvent réducteurs : l'embauche par des contrats précaires, dans des emplois le plus souvent subalternes, lorsque le salaire n'est pas réduit comme il en va de certaines formules de formation professionnelle. Autrement dit, si la capacité de jouissance de l'incapable civil n'est pas atteinte en principe sur le marché de l'emploi, la personne connaissant des difficultés d'insertion ou de réinsertion n'accèdera pas au plein exercice du droit à l'emploi ; tout au plus, les dispositifs d'aide aux demandeurs d'emploi la placeront sur un autre marché de l'emploi, propre aux personnes à l'"employabilité" réduite, dans le but exprimé de lui permettre d'accéder, tôt ou tard, à un statut plus valorisant.

Ainsi se dégage une figure juridique implicite, celle de la personne incapable d'accéder à un certain modèle d'emploi. Désignée autant par des critères subjectifs, d'ordre psychosociologique, que statistiques, celle-ci ne parvient pas à conclure par elle-même un contrat de travail. Sa volonté est sans effet. Elle va alors entrer dans un régime juridique visant à son insertion professionnelle, voire sociale.

## II.

### Le régime de l'incapacité professionnelle

Du contrat de qualification à l'entreprise d'insertion par l'économique, en passant par l'appui social individualisé et le CES, les formules destinées à permettre l'insertion professionnelle et sociale sont nombreuses. Si la cohérence de l'ensemble est parfois discutée (55), et ce d'autant plus facilement que les buts qui lui sont fixés ne sont que partiellement atteints, une autre approche que l'examen des résultats est possible. Bien moins optimiste, elle part d'un double constat. D'une part, ce n'est pas

la loi qui crée l'emploi et permet l'insertion, mais l'environnement socio-économique (56). D'autre part, dans ces conditions, l'application du droit à ces "files d'attente" ne peut aboutir qu'à ce que le droit produit partout ailleurs : des classifications, inscrites dans l'ordre juridique, entre les demandeurs d'emploi.

Au-delà des notions explicites telles que celle de chômeur de longue durée, les jeunes bénéficiaires de mesures d'insertion en alternance ou les personnes rele-

(52) cf. infra note (105).

(53) J. Hauser, "Incapacité juridique et emploi", D.S. 1991, p. 553.

(54) A. Mazeaud, précité, n° 404 ; M.A. Peano, "L'intuitus personae dans le contrat de travail", D.S. 1995, p. 129.

(55) A. Supiot, "Les inégalités ..." précité.

(56) J. Pelissier, A. Supiot et A. Jeammaud, "Droit du travail", Dalloz 2000, n° 226 ; A. Supiot, "Du bon usage des lois en matière d'emploi", D.S. 1997, p. 229.

vant du RMI, la classification juridique appliquée à l'insertion professionnelle de manière implicite emprunte au droit des incapacités civiles : les bénéficiaires des mesures d'insertion relèvent de régimes qui s'apparentent à l'assistance, voire à la représentation (A). Cette protection que la loi réserve aux demandeurs d'emploi recèle bien des ambiguïtés (B).

## A) Entre assistance et représentation

L'assistance, telle qu'entendue en droit des incapacités civiles, signifie que l'incapable ne peut accomplir certains actes juridiques qu'avec le concours, les conseils d'une personne chargée de veiller au respect de ses intérêts. La représentation est quand à elle un véritable effacement de l'incapable, par un mandat légal dont dispose un tiers, afin d'agir en lieu et place de celui-ci, dans son intérêt (57). Ces deux manières de répondre à l'incapacité civile transparaissent dans les différentes actions engagées auprès des demandeurs d'emploi.

### 1) L'assistance

C'est d'abord celle qui est dispensée auprès du demandeur d'emploi lui-même. Un certain degré d'aide montre que celui-ci n'est pas considéré comme assez autonome pour se mouvoir seul sur le marché de l'emploi. Plusieurs actions entrent à coup sûr dans ce cadre là.

Le parrainage et l'"accompagnement social" individualisé (ASI) de l'article L 322-4-17 du Code du Travail prévoient des interventions sur les aspects les plus matériels de la vie quotidienne (logement, finances, alphabétisation, soutien psychologique ...) et permettent à la personne de constituer un projet, une démarche d'insertion (58). Le programme TRACE, quant à lui, repose sur les mêmes principes que l'ASI mais dans une perspective plus affirmée d'insertion professionnelle (59). Les agences locales de l'agence nationale de l'emploi (ANPE), les missions locales et les permanences d'accueil, d'information et d'orientation des jeunes travailleurs (PAIO) (60), de même que les entreprises participant à l'insertion par l'activité économique (associa-

tions intermédiaires, entreprises d'insertion, régies de quartier, centre d'hébergement et de réadaptation sociale) (61) participent à ces actions.

De son côté, le tuteur est présent dans les contrats dits "d'insertion en alternance" (62) des articles L 981-1 s. du Code du Travail, ainsi que dans le C.I.E., pour les personnes au chômage depuis plus de deux ans, s'il est prévu d'y recourir (article L 322-4-2 Code trav.) et les contrats emploi-jeune, selon l'article L 322-4-18 du Code du Travail. Dans le cas du contrat d'apprentissage, le maître d'apprentissage est également le tuteur (article L 117-4 Code trav.) (62 bis). Dans d'autres contrats d'insertion, tels que le C.E.S., il n'en est pas prévu, mais le contrat doit indiquer "*le nom de la personne chargée par l'employeur de suivre le déroulement du contrat*" (63).

Cette précision réglementaire est très proche des fonctions dévolues au tuteur, comme le montre la lecture des articles D 981-18 et D 981-21 du Code du Travail, relatifs au financement du tutorat dans les contrats d'insertion en alternance, ainsi que celle de l'article 13 du décret n° 925 du 19 août 1995, portant sur l'exercice de cette mission dans le cadre du CIE (64). Ces textes disposent en effet que le tuteur a pour mission d'"accueillir, aider, informer et guider" le salarié. Ces quatre verbes font du tuteur une personne chargée d'un accompagnement global, portant sur tous les aspects de la vie professionnelle du salarié, bien au-delà de la formation professionnelle, laquelle peut d'ailleurs être absente de certains contrats, tels que le CIE. Les formateurs peuvent n'être que des interlocuteurs de ce collègue référent. Cette vie professionnelle sort en outre du cadre de l'entreprise, puisque, comme le souligne l'article D. 981-21 du Code du Travail, le tuteur doit également assurer les liaisons avec les autres organismes participant au déroulement du contrat, ainsi que l'accompagnement du jeune à l'extérieur de l'entreprise.

L'emploi d'un tel terme pour désigner cette fonction n'est pas fortuit. Plus que la métaphore arboricole, c'est la polysémie juridique qui importe. Le tutorat est

(57) F. Terre et D. Fenouillet, précité, n° 1229 s. ; J. Carbonnier, "Droit civil, les personnes", précité, n° 101.

(58) Sur l'A.S.I. : circulaire CDE 95/25 du 5.5.1995, L.S. n° 11993 du 23.8.1995, lég. soc. n° 7317. Sur le parrainage : circulaire 1999-164 du 15.3.1999, Bul. off. min. emploi et solid. n° 99/9, p. 89 ; circulaire 2000-313 du 7.6.2000, Bul. off. min. emploi et solid. n° 2000/15, p. 77.

(59) cf. supra note (27).

(60) J.M. Luttringer, "Le droit de la formation continue", Dalloz 1986, n° 38.

(61) cf. supra, note (44)

(62) Formule ô combien maladroite, issue de la loi du 31.12.1991 : les "formations professionnelles en alternance" sont devenues des "contrats d'insertion en alternance". Qu'est-ce qu'une insertion en alternance sinon de la précarité ?

(63) En application de l'article 4 du décret n° 105 du 30 janvier 1990, lequel fixe "les conditions d'accueil, de suivi et de formation des bénéficiaires d'un contrat emploi-solidarité".

(64) A. Bousiges, "La transmission de l'expérience professionnelle : maître d'apprentissage et tutorat", in "Les orientations du droit pour l'insertion professionnelle des jeunes", PUF 1996, p. 31 ; J.M. Luttringer, précité, n° 205 ; C. Levoir, "A propos de la formation en alternance", DS 1993, p. 411. Aucun texte d'application, relatif aux contrats emploi-jeune ne précise le régime du tutorat. Parmi les différentes aides prévues par le dispositif, il en est plusieurs qui se rapprochent de la fonction de tuteur, telles que la professionnalisation des jeunes par la formation ou le bilan de compétence (cf. décret n° 954 du 17.10.1997 ainsi que les circulaires des 24.10.1997 et du 12.4.1999 : LS n° 12539 du 10/12.11.1997, lég. soc. n° 7758 ; LS n° 12941 du 29.6.1999, lég. soc. n° 8005).

d'ailleurs l'objet de multiples études de la part des spécialistes de la formation professionnelle, sociologues, pédagogues et, plus généralement, des ressources humaines (65), comme s'il s'agissait d'une formule magique guérissant tous les maux (66). La charge juridique renforce vraisemblablement la force symbolique de cette fonction (67). Voué à représenter un incapable, majeur ou mineur, le tuteur est, en droit des incapacités civiles, chargé de défendre les intérêts de la personne protégée. Si le tuteur de l'insertion professionnelle ne remplit pas de fonction de représentation légale, il exerce à l'évidence une fonction d'assistance et de conseil, à tel point que le non respect de ces fonctions est susceptible de retentir sur le contrat de travail. Le Conseil d'État a en effet admis le rejet par l'administration de l'emploi d'une demande de convention préalable à la conclusion d'un contrat emploi-solidarité, au motif que le tutorat ne pouvait être correctement assuré dans le projet présenté par l'employeur (68). Cette solution est d'autant plus remarquable que le CES ne fait pas partie des contrats assortis expressément d'un tutorat. Le Conseil d'État désigne pourtant ce suivi comme tel et ce de façon très ferme, en considérant que *"le tutorat (...), assuré par une personne désignée par l'employeur et chargée de suivre le déroulement du contrat, a été conçu comme un mécanisme essentiel pour atteindre un tel objectif"*. Or l'inspection du travail avait constaté que *"les relations difficiles qui existaient entre la personne exerçant le tutorat et les personnes embauchées par l'association requérante étaient de nature à compromettre l'intérêt du contrat emploi-solidarité envisagé par cette association"*. Il n'est pas certain cependant que cette solution doive être généralisée à tous les contrats par lesquels est prodiguée cette assistance. Dans le cadre d'un CES, le tutorat rassemble tous les éléments de l'insertion qui fait la raison d'être de ce contrat. Avec des contrats assortis de clauses de formation professionnelle, tels que le contrat de qualification ou d'adaptation, le tutorat n'a pas la même

importance. C'est la formation dispensée au jeune qui prime. Sans doute un tutorat déficient ne produirait-il les mêmes effets qu'à la condition d'établir que la formation professionnelle est compromise.

A l'instar du CES, les fonctions du tutorat se retrouvent, sous d'autres appellations, dans l'action des entreprises vouées à l'insertion par l'activité économique. L'accompagnement spécifique que celles-ci assurent, par l'intervention de personnels spécialement chargés de cette fonction, s'y apparente fortement (69).

Mais cette assistance, qui caractérise le droit des incapacités, ne se manifeste pas seulement par cette présence de proximité. Elle se retrouve dans la conclusion de certains contrats d'insertion professionnelle et, plus précisément, dans les contrats qui permettent l'embauche de personnes particulièrement vulnérables. Plusieurs contrats ne peuvent prendre effet qu'après conclusion d'une convention entre l'État, ou l'organisme chargé de le représenter et l'employeur. C'est le cas du CES. et du CEC (art. L 322-4-7 et L 322-4-8-1 Code trav.), ainsi que du CIE (art. L 322-4-2 Code trav.). Ces conventions ont pour objet de définir les conditions dans lesquelles ces salariés, nommément désignés (70), vont bénéficier des actions d'insertion ou de réinsertion professionnelle. Sera ainsi déterminé l'objet du contrat de travail. Autrement dit, le salarié ne conclut son contrat de travail, n'exprime sa volonté que pour mettre en œuvre la convention dont il n'a rien négocié (71). Il a en outre été observé que le salarié employé selon la formule du CIE n'est même pas informé du contenu de la convention conclue entre l'État et l'employeur (72). Certes, l'objet de la convention préalable est aussi de décider des avantages financiers dont l'employeur va bénéficier. Mais ces avantages dépendent du respect par l'employeur de ses obligations en matière d'insertion professionnelle, qui constituent bien l'objet principal de cette convention. Cette façon de garantir le droit à l'insertion, d'accéder à un statut professionnel ressemble assez au mode de passation des contrats sou-

(65) Des textes des précurseurs (B. Schwartz, rapport précité ; F. Vincent, "Du côté de l'entreprise : à l'ombre des tuteurs", A.F.P. 1981, n° 55, p. 78 et l'avenant du 26.10.1983 à l'accord national interprofessionnel du 9.7.1970, L.S. n° 9110 du 14.11.1983, lég. soc. n° 5413) aux recherches d'ensemble (G. Vanderpotte, "Les fonctions tutorales dans les formations alternées, situation et enjeux", rapport au ministre du travail, 1992), toute une littérature s'est développée sur le sujet. Pour un aperçu, cf la bibliographie rassemblée par M. Tugal, "Tutorat et alternance", Centre info., mai 1995.

(66) Du tutorat des étudiants de première année à celui qui, dans le contrat d'insertion professionnelle (CIP) de la loi quinquennale, devait dissiper les craintes d'un SMIC jeune...

(67) La connotation familiale explique-t-elle que, parmi les mesures prises en application de l'article L 322-4-17 du Code du Travail, figurent les opérations de "parrainage" ?

(68) CE 3.2.1999, RJS 1999, n° 713. En outre, le refus de conclure une convention relative à un CES est une décision susceptible

d'un recours pour excès de pouvoir : CE 18.3.1999, Dr. Ouv. 1998 p. 497 n. A. de Senga, RJS 1998, n° 774.

(69) cf. supra note (44).

(70) cf. décret n° 925 du 19.8.1995 (C.I.E.) ; décrets n° 105 et 106 du 30.1.1990 (CES, CEC et CRE - ce dernier désormais remplacé par le CIE).

(71) La convention permettant la mise en œuvre du régime du CIE peut même être conclue dans le mois qui suit la conclusion du contrat de travail, en vertu de l'article 6 du décret n° 925 du 19.8.1995. Les demandes de conclusion d'une convention de CES et de CEC doivent être, en revanche, "déposées" préalablement à l'embauche du salarié, selon l'article 4 du décret n° 105 du 30.1.1990.

(72) J. Savatier, "Le contrat initiative emploi", DS 1995, p. 965. L'auteur observe que le salarié peut difficilement se prévaloir des engagements de l'employeur envers l'État, puisqu'il n'en reçoit même pas communication. Les salariés embauchés par CES, CEC et CRE reçoivent, en revanche, copie de la convention.

mis à la protection de la curatelle civile (73). L'État assiste et autorise, de la même manière que l'organe civil. Également, cette figure se rapproche de celle retenue par la jurisprudence en matière de conclusion du contrat de travail par un mineur. Malgré le strict régime de représentation qui s'applique en principe, le consentement de l'enfant est nécessaire, en plus de celui de son représentant légal, pour la raison que le contrat de travail dépasse le seul cadre patrimonial et concerne la personne du jeune travailleur (74).

Cette formule de la convention préalable est aussi employée pour les contrats emploi-jeune, comme en dispose l'article L 322-4-18 du Code du Travail. Certains des jeunes recrutés ainsi ont connu ou connaissent encore des difficultés d'insertion professionnelle, comme le montrent les circulaires d'application (75). Cependant, l'objet du contrat emploi jeune est d'abord de faire émerger un emploi, par la mise en œuvre d'un projet partagé par l'employeur et le jeune, ce qui n'est pas le cas des autres contrats. L'aide paraît se déplacer alors : plutôt que de l'insertion du jeune dans un emploi existant, il s'agit d'aider celui-ci à insérer un nouvel emploi dans un cadre professionnel.

En dehors de ces conventions, l'État exerce son contrôle sur la légalité des autres contrats de travail visant à l'insertion professionnelle : par le moyen de l'habilitation, pour le contrat de qualification, ou de l'agrément, pour le contrat d'apprentissage (76). Ce contrôle par voie de décision unilatérale relève de ce que de nombreux auteurs appellent la "protection tutélaire" (77). Elle prend ainsi une forme plus directe, bien que plus éloignée de la figure de l'assistance d'un incapable en droit civil.

## 2) La représentation

La représentation, en droit des incapacités civiles, consiste à substituer le représentant légal à l'incapable, dans les actes qui touchent à son patrimoine, cette règle ne recevant de tempérament que lorsque la per-

sonne de l'incapable est en cause.

La représentation est, somme toute, présente dans le droit de l'insertion professionnelle et sociale, par la formule des entreprises d'intérim d'insertion et des associations intermédiaires des articles L 322-4-16-2 et L 322-4-16-3 du Code du Travail. Celles-ci appartiennent à l'ensemble des entreprises d'insertion par l'activité économique. Dans l'un et l'autre cas, ces employeurs mettent à titre onéreux des salariés à la disposition d'utilisateurs. Ces contrats de mise à disposition se substituent aux contrats de travail à durée déterminée que les salariés pourraient, en principe, conclure eux-mêmes. Or c'est justement parce que ces derniers éprouvent des difficultés pour se faire embaucher que la structure d'insertion intervient. Cette représentation est certes imparfaite, puisque la structure d'insertion va conclure avec le bénéficiaire de la prestation de travail un contrat de service en lieu et place d'un contrat de travail. Dans ce contrat de service, la personne du salarié mise à disposition sera cependant désignée. En effet, le contrat de mise à disposition conclu par l'entreprise d'intérim d'insertion doit respecter les dispositions applicables aux mises à disposition de l'intérim classique et celui conclu par l'association intermédiaire doit également indiquer le nom du salarié mis à disposition, comme le précise l'article 5 du décret n° 109 du 18 février 1999.

Cette mention obligatoire montre que le salarié peut être choisi de concert par la structure d'insertion et son client, dans l'intérêt de ce dernier mais aussi dans celui du salarié, pour lequel les tâches les plus adaptées à l'objectif d'insertion seront déterminées. Le contrat de travail sera conclu entre le salarié et l'entreprise d'insertion, mais dans le contexte particulier du suivi et des conseils prodigués par celle-ci. Les relations que l'entreprise d'insertion par l'économique entretient avec les demandeurs d'emploi sont en effet continues, notamment entre les missions que ceux-ci exécutent (78). C'est là un autre aspect de la fonction particulière de protection et d'insertion à laquelle ces structures sont vouées,

(73) F. Terre et D. Fenouillet, précité, n° 1283 ; J. Carbonnier, précité, n° 169 ; P. Malaurie, précité, n° 754 s. ; J. Hauser, précité.

(74) La jurisprudence est ancienne mais non démentie (Civ. 10.2.1926, D.P. 1927, 1, p. 20). Elle reçoit même une confirmation partielle par l'article L 117-14 du Code du Travail qui impose la signature de l'apprenti en plus de celle de son représentant légal.

(75) cf. supra note (64).

(76) Le contrat d'orientation et le contrat d'adaptation ne font l'objet que d'un dépôt à la direction départementale de l'emploi, en suite de quoi l'autorité administrative dispose d'un mois pour contrôler le contenu des documents remis. Le silence observé au terme de ce mois vaut approbation (art. D 981-6 et D 981-15 Code trav.). Si les salariés recrutés par contrat d'adaptation font - a priori - partie de ceux dont l'insertion professionnelle est des moins délicates, expliquant ainsi la légèreté du dispositif, il n'en va pas de même des jeunes embauchés

par contrat d'orientation. L'exemple caricatural du stage d'initiation à la vie professionnelle (S.I.V.P.), qui précède le contrat d'orientation, aurait dû conduire à plus de "présence" de la part de l'administration.

(77) Noter cependant que l'adjectif en usage pour désigner la fonction du tuteur est "tutoral" plutôt que tutélaire... L'idée de tutelle exercée sur les salariés en général et sur les plus faibles d'entre eux en particulier est parfois avancée, sous la plume de juristes, dans le sens de l'exercice d'une autorité, pas toujours bienveillante : J. Donzelot et J. Roman, DS, précité, p. 11 s. ; A. Supiot, "L'avenir d'un vieux couple : travail et sécurité sociale", DS 1999, p. 823, sp. p. 828 ; B. Boubli, "A propos de la flexibilité de l'emploi : vers la fin du droit du travail ?", DS 1985, p. 239 ; A. Jeammaud, "La notion de durée légale de travail", DS 1981, p. 441 ; P. Durand et R. Jaussaud, "Traité de droit du travail", DS, T.3, n° 206.

(78) cf. supra note (45).

qui les différencie des entreprises de travail temporaire de "droit commun" (79). Mais, dans ce cas, comme dans d'autres, cette protection recèle de nombreuses ambiguïtés.

## B) Les ambiguïtés de la protection

Les craintes ne sont pas nouvelles (80). Elles se sont même vérifiées au moins deux fois sous la forme, d'une part, du remplacement des travaux d'utilité collective (TUC) par le contrat emploi solidarité (81) et, d'autre part, d'un accord collectif dont l'objet fut notamment de remplacer, à des fins de "moralisation" le stage d'initiation à la vie professionnelle (SIVP) par le contrat d'orientation (82). Malgré la suppression de ces formules, qui écartaient les jeunes travailleurs de la qualité de salarié (83), le souci de protection des personnes les plus vulnérables sur le marché de l'emploi n'aboutit-il pas encore à créer, malgré les préventions ministérielles (84), un droit de seconde classe, par des dispositions dérogatoires (1), dont l'application conduit à une véritable relégation (2) ?

### 1) Dérogation

Le recours aux dispositifs dérogatoires repose sur un raisonnement frappé en apparence au coin du bon sens. Des personnes sont incapables de trouver un emploi dans le régime de droit commun. Les règles en vigueur sont donc inadaptées. Il faut par conséquent fixer d'autres règles pour permettre l'embauche de ces personnes. Ces dérogations sont de deux sortes. Les premières cherchent plus à influencer le marché qu'à améliorer les capacités du demandeur d'emploi à retrouver le chemin de l'entreprise. Ce sont les diverses exonérations qui réduisent le coût du travail pour l'employeur (85). Ces exonérations accompagnent non seu-

lement des emplois de faible qualification ou à temps partiel, mais aussi toutes les formules qui relèvent de la deuxième sorte de dérogations, constituée par des conditions d'embauche et d'exécution du contrat de travail différentes de celles du droit commun.

Ces dérogations là touchent plus intimement le demandeur d'emploi. Elles sont édictées en raison de ses caractéristiques personnelles. Toutes, elles obéissent à la même logique : plus de souplesse pour l'employeur afin de permettre une gestion de l'emploi qui corresponde au mieux aux besoins de ces salariés et facilite leur insertion ou leur réinsertion. C'est ainsi que les contrats de travail à durée déterminée conclus dans le cadre des entreprises d'insertion relèvent soit de l'article L 122-2 du Code du Travail, qui offre les conditions de conclusion particulièrement larges, soit de dispositions dérogatoires aux règles du travail temporaire. Relèvent également de ce texte, avec quelques aménagements particuliers, les contrats emploi solidarité, les contrats emploi jeune ainsi que les contrats initiative emploi - lorsqu'ils sont à durée déterminée - et les contrats d'insertion en alternance. Ces dérogations, fondées sur les cas de recours, concernent notamment les successions facilitées de contrats sur un même poste ou la mise à l'écart de l'indemnité de précarité.

De la sorte, la Cour de Cassation a considéré que les contrats emploi-solidarité pouvaient "être contractés pour des emplois liés à l'activité permanente" de l'entreprise ou du service (86). Cette décision est en apparence d'une implacable logique. L'article L 122-1 du Code du Travail dispose, dans son second alinéa, que les contrats de travail à durée déterminée ne peuvent être conclus que pour "l'exécution d'une tâche précise et temporaire", "sous réserve des dispositions de l'article L 122-2". Or les CES relèvent de cette exception ; donc il est possible avec ce contrat de s'affranchir de la restriction.

(79) Les associations intermédiaires ont pour objet (art. L 322-4-16-3 Code trav.) d'embaucher les personnes mentionnées à l'article L 322-4-16, "afin de faciliter leur insertion professionnelle en les mettant à titre onéreux à disposition...". Les entreprises de travail temporaire d'insertion (ETTI) sont des employeurs "dont l'activité exclusive consiste à faciliter l'insertion professionnelle" (des mêmes personnes) "au moyen de la conclusion de contrats de travail temporaire" (art. L 322-4-16-2 Code trav.). Les ETT classiques savent cependant faire valoir qu'elles peuvent elles aussi remplir une fonction d'insertion, par leur connaissance du marché et des demandeurs d'emploi ...

(80) B. Boubli, "Les contrats permettant une formation en alternance. Analyse comparative", D.S. 1982, p. 141 ; G. Poulain, "Stage et précarité de l'emploi", D.S. 1982, p. 155 ; S. Ballet, "Insertion sociale et professionnelle des jeunes de 16 à 26 ans", D.O. 1984, p. 85 ; F. Favennec-Hery, "SIVP et déclin du contrat de travail", DS 1988, p. 511.

(81) Les TUC, abrogés par la loi du 19.12.1989, avaient été instaurés par un décret du 16.10.1984. Certains chocs linguistiques sont troublants, tant ils suggèrent la négligence dans l'attention que l'ordre juridique peut porter à ses sujets. Au printemps de l'année 1984, le président du CNPF réclamait, afin de faire bais-

ser le chômage, des emplois nouveaux à contraintes allégées (ENCA). Quelques mois plus tard, étaient servis les fameux TUC... ; J.J. Dupeyroux, "Les placebos du docteur Gattaz", *Le Monde* du 24.4.1984.

(82) Accord national interprofessionnel du 3.7.1991, LS n° 10992, du 15.7.1991, lég. soc. n° 6549. La "moralisation" en question n'avait d'autre but que de mettre un terme à des abus criants dans le recours à ces stages, qui se substituaient purement et simplement aux contrats de travail sur des emplois permanents.

(83) J.L. Meyer, précité ; F. Favennec-Hery, "SIVP et déclin du contrat de travail", DS 1988, p. 511 ; M. Poirier, "L'accession au travail : insertion ou formation ?", DS 1993, p. 257.

(84) M. Aubry, présentation du projet de loi de lutte contre les exclusions, AN, n° 780, p. 4.

(85) Une énumération exhaustive est-elle possible ? Pour les principales formules : "Les aides à l'emploi", Liaisons sociales n° spéc. 13265 du 27.10.2000.

(86) Soc. 16.3.1999, DS 1999, p. 517 ; RJS 1999, n° 1119 ; C. Roy-Loustaunau, "Tempête sur la requalification du CES", DS 1999, p. 553 ; J.C.P. 2000, G. II, n° 10263, note F. Duquesne ; Soc. 29.6.1999, J.C.P. 2000 id.

Ce raisonnement est pourtant incomplet. Le contrat emploi solidarité doit correspondre à un objet précis, comme tout contrat. Cet objet, qui est aussi un cas de recours, est déterminé par l'article L 322-4-7 du Code du Travail selon lequel un C.E.S. est conclu afin de permettre le "développement d'activités répondant à des besoins collectifs non satisfaits". Or ce cadre n'est défini nulle part, pas même dans les circulaires, nombreuses, qui accompagnent ce dispositif depuis dix ans (87). C'est là toute l'ambiguïté de la formule. Il est dès lors permis de douter de la conformité de certains de ces contrats avec la formule légale, lorsque des salariés sont employés à des travaux de même nature que ceux accomplis par d'autres, parfois fonctionnaires ou exécutant un travail qualifié dans le secteur associatif. Le contrôle de la Cour de cassation est de toute façon limité. S'il lui est possible de vérifier la conformité des conditions d'exécution du contrat, ou même de son objet, avec ce qui a été convenu dans la convention préalable, elle ne peut examiner la convention elle-même, passée par l'employeur et l'État (88). Ce texte, de nature administrative, scelle pour une large part le sort de la personne qui sera employée. De plus, ces conventions sont conclues en fonction des objectifs gouvernementaux de lutte contre le chômage. Une lecture rigoureuse de l'article L 322-4-7 du Code du Travail ne céderait-elle pas quelque peu à la tentation de "faire du chiffre" ? Il n'en reste pas moins que l'absence de contrôle de cet objet permet des recours abusifs aux CES, ainsi qu'aux contrats emploi consolidé (CEC) dont l'activité est de même nature. L'idée de départ, visant à plus de souplesse au bénéfice des demandeurs d'emploi, se mitige d'une "flexibilité" importante au bénéfice des employeurs...

La dérogation se manifeste aussi dans le paiement du salaire. Les jeunes en formation, dans le cadre des contrats d'insertion en alternance, auxquels il convient de joindre les apprentis, sont rémunérés selon des pourcentages du SMIC ou du salaire conventionnel. Cela repose sur le fait que ces salariés ne sont pas suffisamment productifs pour être rémunérés à plein tarif. Ceci rejoint d'ailleurs le régime salarial auquel sont soumis les travailleurs handicapés des ateliers protégés,

comme en disposent les articles L 323-6 et L 323-32 du Code du Travail, pour la raison de leur plus faible "rendement". La systématisation de cette considération a pu provoquer des réactions farouches, à l'occasion de la tentative de promotion du contrat d'insertion professionnelle (CIP). Avec ce contrat, le jeune âge et "les difficultés particulières d'accès à l'emploi" suffisaient à l'application d'un abattement d'au moins 20 % sur le SMIC horaire (89). D'autres applications, telles que le contrat d'adaptation qui peut être conclu avec un jeune ayant déjà reçu une solide formation, sont discutables. La réduction du salaire apparaît moins comme la contrepartie de la formation complémentaire et d'une moindre productivité que comme un rabais sur le prix du travail d'une personne en position de faiblesse sur le marché du travail. Il est à noter d'ailleurs que les considérations synallagmatiques, reposant sur la contrepartie du travail que peut fournir le salarié, ne peuvent tout expliquer. En effet, l'extension du contrat de qualification aux travailleurs plus âgés, par l'article 25 de la loi du 29 juillet 1998, s'accompagne d'une rémunération à hauteur du SMIC, sans abattement. C'est bien, avec ce contrat, la seule considération de l'âge qui fait la différence (90).

D'autres dérogations sont moins ambivalentes. Ainsi, l'inaptitude professionnelle et les fautes disciplinaires sont-elles regardées avec plus de mansuétude lorsqu'elles concernent une personne relevant d'une formule d'insertion, les jeunes salariés notamment (91). Mais la plus significative est certainement la possibilité offerte, dans certains cas, au salarié de rompre son contrat, afin de suivre une formation professionnelle ou d'occuper un autre emploi (92). La loi autorise à se défaire de l'engagement initial portant sur la durée du contrat et, de la sorte, à déroger à l'article L 122-3-8 du Code du Travail, parce qu'un intérêt considéré supérieur à celui de l'employeur doit être préféré : celui de la formation professionnelle et de l'accès à l'emploi. En négatif, il apparaît que l'emploi que quitte le salarié est lui-même quelque peu dérogatoire à un modèle auquel il est permis d'accéder par une entorse à l'article 1134 du Code civil. Cette "accession" ne marque-t-elle pas alors la fin d'une relégation ?

(87) Tout au plus, la circulaire du 30 juillet 1992 (Bull. min. 92/15 p. 279) précise-t-elle qu'afin de développer l'offre de contrats emploi-solidarité, sont prospectés des secteurs dans lesquels celui-ci est "susceptible de permettre la création de nouveaux services et de répondre ainsi à de nouveaux besoins, notamment dans les domaines de l'environnement, de la politique de la ville, de la sécurité, dans les secteurs éducatif et sportif, ainsi que dans le domaine social."

(88) Soc. 25.3.1997, D 1997, p. 285, note J. Savatier ; Soc. 16.3.1999 précité ; TC 7.6.1999 et Soc. 8.7.1999, RJS 1999, n° 1120 ; Soc. 17.10.2000, RJS 2000, n° 1269.

(89) Article L 981-9-1 du Code du Travail issu de l'art. 62 de la loi du 20.12.1993 et article D 981-5 du Code du Travail ; cf. G. Couturier, "Le contrat d'insertion professionnelle", DS 1994, p. 204 ; A. Mazeaud précité, n° 457.

(90) Noter que, durant la procédure d'adoption de la loi du 28 juillet 1998, le Sénat avait supprimé l'alinéa de l'article L 322-4-16-3 du Code du Travail qui appliquait le principe d'égalité des rémunérations entre les salariés mis à disposition par les associations intermédiaires et ceux embauchés au même poste par l'entreprise utilisatrice. Cet alinéa fut rétabli par l'Assemblée nationale (Rapport AN n° 1002, tome 1, p. 49).

(91) P. Etiennot, "La formation professionnelle dans le contrat de travail", thèse Nancy 2, 1994, p. 287 s. ; "Formation professionnelle et contrat de travail", D.S. 1998, p. 149.

(92) C'est le cas du CES (article L 322-4-10 du Code du Travail), du contrat d'orientation (article L 981-8 dernier alinéa du Code du Travail) et, selon des modalités particulières, du contrat emploi-jeune (article L 322-4-20 III du Code du Travail).

## 2) Relégation (93)

C'est la face cachée des mesures d'insertion professionnelle. Derrière les dispositifs légaux, derrière les statuts, se trouvent des salariés mis à l'écart, en droit et en fait. Un second marché (94) se dessine, composé d'emplois "périphériques" (95) aux emplois de référence. Trois modes de relégation sont à l'œuvre et il est possible qu'un même salarié en subisse plusieurs.

C'est d'abord une relégation au sein d'un secteur professionnel. Regroupées aux articles L 322-4-16 s. du Code du Travail, les entreprises et associations qui participent à l'insertion par l'activité économique se trouvent le plus souvent au bout de la chaîne de sous-traitance (entreprises d'insertion), ou offrent des emplois à faible productivité voire de nature domestique (entreprises d'intérim d'insertion ou associations intermédiaires). Les salariés sont certes protégés par les moyens dont doivent se doter leurs employeurs, mais cette protection se réalise au prix d'une mise à l'écart dont le caractère temporaire n'est pas assuré pour tous.

C'est ensuite une relégation au sein même de l'entreprise. L'exemple le plus symbolique est sans doute l'exclusion du calcul de l'effectif de la plupart des salariés employés selon des formules d'insertion, lorsque des droits sont soumis à des effets de seuil (96). Mise en forme du règlement intérieur, modalités d'exercice du droit à la formation professionnelle, calcul du financement de celle-ci par l'employeur et, surtout, mise en place des institutions de représentation des salariés, peuvent être négociés pour la raison de la présence d'apprentis, de personnes sous contrat emploi solidarité ou de jeunes en formation en alternance alors que, physiquement, le seuil nécessaire à la mise en œuvre de ce droit est atteint. Étranges contrats d'insertion que ces contrats dont un premier effet est de faire en sorte

que ces salariés ne comptent pour rien et dont un second effet peut être l'exclusion de tout un groupe de salariés de l'exercice de droits fondamentaux ...

Au sein de l'entreprise, d'autres différences peuvent se faire sentir. En particulier dans les établissements où le personnel relève d'un statut de droit public. Vont effectuer des travaux parfois similaires des personnes qui relèveront pour certaines d'un statut de fonctionnaire et, pour les autres - employées par CES par exemple - d'un statut de droit privé (97). La distinction entre les "contractuels" et le personnel statutaire, qui fait l'objet de débats réguliers (98), se complique en outre par le fait que ces contractuels de droit privé côtoient des contractuels de droit public, aux statuts qui peuvent être, d'ailleurs, tout aussi précaires. Mais ces distinctions ont aussi cours dans des entreprises ou des services relevant d'un régime de droit privé. C'est pourquoi la question de l'application des accords collectifs à ces salariés est aujourd'hui discutée. La Cour de cassation considère qu'à défaut d'exclusion expresse, les avantages conventionnels sont applicables aux CES, aux CEC de même qu'aux contrats d'apprentissage (99). Cette solution prend de court les employeurs qui comptent sur un coût très réduit de ces contrats, par les exonérations de cotisations sociales et les prises en charge des frais de formation professionnelle. Mais elle a le mérite de respecter le principe d'égalité de traitement, applicable aux contrats relevant de l'article L 122-2 du Code du Travail comme aux autres contrats, tel qu'énoncé par l'article L 122-3-3 du Code du Travail. C'est en tout cas un obstacle à la relégation des salariés employés selon ces formules.

Cet obstacle n'empêche pas de confiner le salarié relevant de ces mesures d'insertion dans un emploi subalterne, sous l'influence de deux phénomènes. Le premier est un effet des exonérations de cotisations de

(93) R. Lafore, art. précité.

(94) Sur ces formes particulières d'emploi : M. Maruani et E. Reynaud, "Sociologie de l'emploi", La déc. 1993, p. 54 ; le rapport de l'atelier 3 préparatoire au rapport sous dir. J. M. Belorgey, "Minimas sociaux, revenus d'activité, précarité", La doc. franc. 2000, p. 377 ; sous dir. A. Supiot, "Au-delà de l'emploi", précité, p. 69 ; M. Bonnechère, "Le droit du travail", La découverte 1997, p. 29.

(95) A. Jeammaud, "L'emploi périphérique", in "Les sans-emploi et la loi" précité, p. 153.

(96) Les exemples abondent : le contrat d'apprentissage (article L 117-11-1 du Code du Travail), les contrats d'insertion en alternance (L 981-12 du Code du Travail) ; le contrat initiative-emploi (L 322-4-5 du Code du Travail), le contrat emploi-solidarité et le contrat emploi-consolidé (L 322-4-14 du Code du Travail).

(97) Certains auteurs n'ont pas manqué d'observer que l'extension de la qualité d'agent public résultant de l'arrêt Berkani (TC 25.3.1996, DS 1996, p. 735) n'était que d'une portée toute relative, en raison de la soumission à un régime de droit privé des contrats d'insertion professionnelle au sein des mêmes services : M. Keller, "Les agents contractuels de l'administration : retour à la case départ", DS 1999, p. 143. Dans le cas où le salarié est recruté dans des conditions illicites, il ne peut obtenir,

à titre de sanction, une intégration dans le statut. Tout au plus, peut-il faire valoir l'illégalité de sa condition : Soc. 23.3.1999, RJS 1999, n° 759. En revanche, dans des entreprises ou services entièrement soumis à des règles de droit privé, la requalification en contrat à durée indéterminée est envisageable, dès lors que l'illégalité relève de la sanction de l'article L 122-3-13 du Code du Travail : Soc. 4.1.2000, DS 2000, p. 433 ; RJS 2000, n° 154 ; Soc. 19.1.2000, RJS 2000, n° 636.

(98) De nouvelles mesures de résorption de la précarité dans la fonction publique ont abouti à la loi du 3.1.2001 (J.O. du 4.1.2001, p. 96), à la suite de l'adoption du protocole entre le ministre chargé de la fonction publique et certains syndicats (protocole du 10.7.2000, LS n° 13198 du 18.7.2000, conv. col. n° 117). Elle succède au dispositif Perben de 1996 (loi du 16.12.1996 et protocole du 14.5.1996 : L.S. n° 13198 du 18.7.1996, cov. col. n° 117)

(99) Contrat emploi-solidarité : Soc. 1.6.1999, DS 1999, p. 834 ; contrat emploi-consolidé : Soc. 15.7.1998, DS 1998, p. 941 ; contrat d'apprentissage : Soc. 12.7.1999, RJS 1999, n° 1270 ; D. 2000, som. com. p. 82 ; Soc. 27.6.2000, DS 2000, p. 1010.

sécurité sociale. Un employeur qui embauche en raison de ces avantages pourra être tenté de conserver le bénéfice des aides. Or celles-ci sont assises sur le SMIC (100). Les emplois occupés, le plus souvent exclus des grilles conventionnelles de classification, peuvent nécessiter des compétences, un savoir faire, qui ne seront pourtant pas pris en compte dans le calcul du salaire (101). C'est là le second phénomène de relégation dans l'emploi. Une exception cependant à ce processus : les contrats emplois-jeunes qui doivent aboutir à une professionnalisation et à une reconnaissance de nouvelles qualifications. Les premiers ont été conclus fin 1997, pour une durée de cinq ans maximum ; l'échéance de leur reconnaissance approche (102)...

Il existe une dernière relégation, moins visible mais symbolique. Elle est juridique et se manifeste dans les sources des régimes applicables à ces contrats. Le recours aux circulaires ministérielles est particulièrement important dans la gestion des mesures d'insertion. Faut-il préciser le public éligible au contrat de qualification (103), au contrat d'orientation (104) ou cibler sur certaines catégories de bénéficiaires du contrat emploi-solidarité (105) ? Il est recouru à une circulaire, dont la légalité peut être discutée (106). Il est certain que l'ampleur des actions d'insertion dépendent largement des crédits votés annuellement au titre des actions publiques en faveur de l'emploi, et que les publics prioritaires doivent être fréquemment redéfinis. Il n'en reste

pas moins que les demandeurs d'emploi les plus vulnérables voient leurs conditions d'insertion dépendre de ce qui n'est en principe même pas une source du droit positif (107). Le besoin de souplesse dans la mise en œuvre des mesures destinées à l'emploi explique peut-être de telles méthodes ; celles-ci révèlent alors que le régime juridique qui en résulte est lui-même précaire. Les destinataires de ces mesures sont de la sorte privés de repères fixes, un peu moins maîtres de leurs choix, un peu moins autonomes (108). Cela participe aussi à la constitution, en creux, de cette catégorie de salariés considérés comme incapables d'accéder à un emploi "central" ou normal, à la formation d'un régime d'incapacité qui ne dit pas son nom.

Le droit du travail est un droit "concret", comme l'écrivaient il y a plus de cinquante années P. Durand et A. Vitu (109). Ces deux auteurs voulaient montrer que cette discipline prenait en compte, désignait des réalités professionnelles et ne se contentait pas d'appliquer un ensemble de notions trop générales et abstraites. L'impression gagne ici d'une perversion de la démarche : des situations concrètes, parfois pénibles, relèvent de régimes, de statuts particuliers qui masquent, occultent (110) non seulement des notions générales et abstraites mais aussi, et c'est le plus grave, la réalité elle-même.

Vincent Bonnin.

(100) Le même raisonnement peut être tenu pour les exonérations liées à l'emploi de salariés rémunérés par des bas salaires, ou pour l'embauche d'un premier salarié. L'aide dégressive, "lissée", prévue par la seconde loi Aubry sur les 35 heures, atténuée cependant cet effet de "trappe" à bas salaire : la pente est un peu plus facile à remonter... Ces exonérations participent sans aucun doute au développement de la catégorie des "travailleurs pauvres" : P. Concialdi, "Les travailleurs pauvres", DS 2000, p. 708 ; \ dir. J.M. Belorgey, rapport précité, p. 31.

(101) P. Santelmann, "La reconnaissance de la qualification professionnelle", DS 1995, p. 1014.

(102) Bilan provisoire D.A.R.E.S., "Premières synthèses", février 1999, n° 6-1 ; Circ. DGEFP n° 14 du 30.5.2000, Bul. min. emploi ; cf. supra note (64).

(103) Circulaire du 29.3.1996, Bul. min. trav. et aff. soc. n° 96/8, p. 129 et lettre circulaire du 20.8.1996, Bul. min. trav. et aff. soc. n° 96/21, p. 57.

(104) Ainsi les "difficultés d'accès à l'emploi" de l'article L 981-7 du Code du Travail deviennent-elles des "difficultés particulières d'insertion professionnelle" (circulaire 98-20 du 2.6.1998, Bul. off. min. emploi et solid. 98/13, p. 89).

(105) Circulaire du 31.12.1997, Bul. off. min. emploi et solid. 98/2, p. 74 : "les C.E.S. n'ont pas vocation à bénéficier à toutes les personnes qui entrent dans les critères définis par la loi" ; circulaire 98-30 du 27.8.1998, Bul. off. min. emploi et solid. n° 98/18, 73, dans laquelle il est question de "recentrer le dispositif en faveur des publics les plus en difficulté" ; id. circulai-

re n° 44 du 16.12.1998, L.S. n° 12825 du 12.1.1999, lég. soc. n° 7956 ; rapport commission Ass. ntle en préparation de la loi du 28.7.1998, n° 856, tome 2, p. 36.

(106) Sur la légalité des circulaires prises dans le domaine du droit social : X. Prétot, "De l'esprit des circulaires et instructions... et des rapports qu'elles entretiennent avec le droit social", RJS 1997, p. 415.

(107) Le phénomène est d'ailleurs plus net encore avec la mise en place des stages destinés à l'insertion professionnelle, tels que les stages d'insertion et d'accès à l'emploi (SIFE) et les stages d'accès à l'emploi (SAE), prévus par l'article L 322-4-1 du Code du Travail ; cf., pour les SIFE : Circulaire 200-2 du 6.2.2000, Bul. off. min. emploi et solid. n° 2000/4, p. 149.

(108) Cf. supra note (48). Il peut être observé en outre qu'en matière d'insertion professionnelle la répartition des compétences entre la loi et le règlement de l'article 34 de la Constitution se brouille. En effet, selon les contrats d'insertion en alternance, le public éligible sera tantôt défini par la loi (contrat d'orientation : article L 981-7 du Code du Travail), tantôt par un décret (contrat d'adaptation : article D 981-9 du Code du Travail). En revanche, les contrats du livre 3 du Code du Travail sont soumis à un régime qui relève de la seule source légale, quand une circulaire ne précise pas les publics éligibles...

(109) P. Durand et A. Vitu, "Traité de droit du travail", Tome 1, 1947, p. 232 s.

(110) P. Jestaz précité, p. 89 ; F. Collin et a., "Le droit capitaliste du travail", PUG1980, p. 172.