

PERMANENCE ET TRANSFORMATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL UNE LEÇON DE DARWINISME JURIDIQUE ?

III – L'hybridation des espèces contractuelles

Le CDI, un contrat sans terme ?

par Dirk BAUGARD, Professeur à l'Université Paris 8 – Vincennes Saint-Denis
(COMUE Paris-Lumières)

PLAN

I. Le CDI, support d'un emploi temporaire

- A. L'inadaptation générale du CDI en tant que support d'un emploi précaire
- B. Le caractère temporaire de l'emploi, cause exceptionnellement justificative du licenciement

II. Le CDI, support d'un emploi discontinu

- A. Quelle compatibilité générale entre CDI et emploi discontinu ?
- B. De quelques « modèles » présents dans le Code du travail

1. Se demander si le contrat de travail à durée indéterminée est réellement sans terme peut, avec toute l'amitié et l'estime que l'auteur de ces lignes a pour les organisateurs du colloque s'étant tenu à Bordeaux en mars 2019, paraître au premier regard relativement surprenant. Sébastien Tournaux et Lucas Bento de Carvalho ont toutefois rapidement éclairé le sens du sujet en transmettant les questions suivantes : « Est-il vraiment possible de ranger dans une même catégorie juridique le CDI à temps complet exécuté auprès d'un unique employeur et les autres types de CDI, tels que le CDI intermittent, le CDI intérimaire, le CDI à temps partagé, le CDI de chantier ou d'opération, etc. ? L'ADN du CDI ne s'en trouve-t-il pas modifié ? ». Ces questions ouvraient de multiples pistes, relatives à l'art législatif, aux rapports entre le droit et la « réalité économique » et particulièrement à l'adaptation du premier à la seconde, à l'imagination « contractuelle » du législateur et des partenaires sociaux... Elles réapparaîtront, ici ou là, dans les développements qui suivent.

2. La diversité des contrats de travail possible (voire impérativement) conclus sous la forme d'un contrat à durée indéterminée ne devrait toutefois pas étonner. Après tout, l'article L. 1221-2 dispose que « le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ». Dès lors que le CDI est le contrat de travail de droit commun ou, selon un autre regard, le contrat de travail de référence, il semble logique qu'il puisse constituer le support juridique de formes d'emploi diverses, voire très différentes. Mais au-delà même de cette très grande diversité, le sujet et les questions reproduites conduisent à s'interroger sur ce qui constitue l'« ADN » du CDI ou, pour reprendre un terme plus juridique, son essence pour vérifier que cet ADN n'est pas parfois « corrompu » par certaines combinaisons contractuelles.

3. Cédant peut-être à la facilité, il nous a semblé que cette essence consiste dans la relative stabilité que le contrat de travail à durée indéterminée est censé assurer (1). Gérard Couturier, après avoir rappelé que, dans la distinction entre contrat de

travail à durée déterminée et contrat de travail à durée indéterminée, c'était « la stabilité de l'emploi qui est en cause », observait ainsi que « la doctrine a bien vu que cette dimension de la stabilité devait être intégrée dans l'analyse théorique de la relation de travail ». C'est ainsi que G. Ripert a parlé de la « propriété de l'emploi », qu'A. Brun a développé une théorie du « lien d'entreprise » et que G. H. Camerlynck a préconisé une perspective « statutaire » (2). Malgré les dispositions de l'article 1780 du Code civil ou celles du plus récent article 1211, qui introduit clairement le droit de résiliation unilatérale pour les contrats à durée indéterminée, le contrat de travail à durée indéterminée est donc perçu comme assurant la stabilité de l'emploi. Celle-ci est protégée par le droit du licenciement, subordonnant la légitimité de la rupture par l'employeur à l'existence d'une cause réelle et sérieuse, même si la sanction indemnitaire a été récemment rendue moins dissuasive avec les plafonds que l'on retrouve à l'article L. 1235-3. Parce que le CDI a une vocation naturelle à perdurer, sous la réserve de la survenance de cette

(1) A. Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005.

(2) G. Couturier, *Droit du travail, Relations individuelles*, PUF, 1996, n°83, p. 169.

cause réelle et sérieuse (3), qui ne peut pas être préconstituée par une autre norme que la loi, il peut sembler contre-nature qu'il puisse être conclu pour occuper un emploi objectivement précaire (I). Au-delà de cette stabilité de la relation contrac-

tuelle, il convient d'envisager les situations dans lesquelles c'est la prestation de travail qui est instable, parce que discontinuée : le CDI constitue-t-il un support convenable pour ces emplois particuliers ? (II).

I. Le CDI, support d'un emploi temporaire

4. Il faut, dans un premier temps, de mettre en évidence que recourir au CDI afin de pourvoir un emploi précaire ou temporaire n'est pas contraire aux règles de droit ; en réalité, une telle pratique révèle simplement, en l'absence d'intervention législative, une *inadaptation* ou une *inadéquation* qui peut se manifester au moment du licenciement. En effet, celui-ci, à respecter les règles classiques du licenciement, devrait au moins être sans cause réelle et sérieuse et exposer ainsi l'employeur à de possibles sanctions indemnitaires (A). Cependant, le législateur admet exceptionnellement, et sous certaines conditions, que la précarité de l'emploi ou son caractère temporaire puisse constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (B).

A. L'inadaptation générale du CDI en tant que support d'un emploi précaire

5. Il faut, en premier lieu, constater qu'il n'existe pas d'*incompatibilité* entre le choix du CDI et un emploi précaire : autrement dit, il est loisible de recourir au premier pour pourvoir le second. Rien n'interdit de remplacer un salarié malade par un salarié recruté par un CDI ou encore de pourvoir un emploi saisonnier par ce type contractuel. Le Code du travail semble bien d'ailleurs l'admettre implicitement lorsqu'il interdit seulement le recours à des salariés recrutés par CDD ou à des travailleurs temporaires pour remplacer des grévistes (4) : certains auteurs en déduisent qu'il est parfaitement régulier d'embaucher des salariés par CDI pour procéder à de tels remplacements, par essence temporaires (5). Notons également qu'aux origines jurisprudentielles du contrat de chantier, à une période où un auteur éminent a, certes, décelé dans la jurisprudence une « *allergie au dies incertus* » (6), la Cour de cassation a estimé que des juges du fond, interprétant souverainement la commune intention des parties, pouvaient estimer qu'un ouvrier, dont la feuille d'embauche, *oultre l'indi-*

cation d'un chantier, mentionnait seulement qu'il était engagé « *pour la durée des travaux si la période d'essai était satisfaisante* », était lié à son employeur par un contrat à durée indéterminée et avait droit au délai-congé légalement fixé (7). La figure du « contrat de chantier » à durée indéterminée est donc ancienne, illustrant le fait que CDI et emploi temporaire se combinent de longue date.

6. L'inadéquation entre l'un et l'autre se révèle non pas au stade de la conclusion, donc, mais au moment de la rupture, consécutivement à ce que l'on pourrait désigner comme une « application mécanique » du droit du licenciement. La rupture du contrat étant réellement motivée par le caractère précaire ou temporaire de l'emploi ou des tâches du salarié, sa cause n'est pas inhérente à la personne de ce dernier, de sorte que le licenciement devrait normalement appartenir à la catégorie des licenciements pour motif économique, ce à quoi a d'ailleurs échappé le contrat de chantier (8). Or, la précarité d'une activité ne correspond pas en soi, *a priori*, et sous réserve des potentialités liées à l'adverbe « *notamment* », à l'une des causes justificatives énumérées par l'article L. 1233-3, de sorte que le licenciement semble voué à être dépourvu de cause réelle et sérieuse. À supposer que les plafonds indemnitaires posés par l'article L. 1235-3 ne soient pas jugés contraires à des textes internationaux par la Cour de cassation, les condamnations auxquelles l'employeur s'expose sont toutefois d'un montant peu dissuasif si l'emploi a été effectivement pourvu peu de temps : au maximum un mois et deux mois de salaire en cas d'ancienneté inférieure respectivement à un ou deux ans. Le faible « coût » du recours au CDI conclu afin de pourvoir un emploi temporaire pourrait, en conséquence, être pris en considération par des entreprises pour leur conférer une certaine stabilité – certes relative – que peuvent leur assurer les règles gouvernant la rupture anticipée par le salarié d'un CDD.

(3) Ou d'autres modes de rupture, mais qui impliquent généralement la volonté du salarié.

(4) Art. L. 1242-6 et L. 1251-10, C. trav.

(5) Il faut observer, au surplus, que l'article L. 1245-1 sanctionne, par la requalification en CDI, le contrat conclu en méconnaissance de l'article L. 1242-6 du Code du travail.

(6) G. H. Camerlynck, *L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus*, Études offertes à A. Brun, p. 101.

(7) Cass. Soc. 16 mai 1961, Bull. Civ. V, n° 568.

(8) V. *infra*.

7. Cette inadéquation pourrait toutefois être surmontée par des « manipulations légales », ainsi que le mettent en évidence les travaux du GR-PACT. En effet, le groupe d'universitaires a émis une proposition de dissolution des CDD au sein du CDI : les contrats de travail seraient nécessairement conclus pour une durée indéterminée, mais ils pourraient comporter une clause dite « de durée initiale » lorsqu'il s'agirait de pourvoir des emplois temporaires par nature. Les contrats de travail précaire seraient ainsi remplacés par la possibilité de conclure une telle clause, et à l'achèvement de la durée ainsi prévue, un droit du licenciement plus ou moins « simplifié » s'appliquerait. Contrairement aux projets de précarisation des CDI, la proposition tendrait donc à étendre aux actuels CDD certaines des protections du droit du licenciement, sans rien retrancher de la stabilité des CDI, en supprimant l'effet extinctif automatique de l'échéance du terme. Le droit du licenciement, modifié toutefois, deviendrait au moins partiellement applicable aux emplois les plus précaires ou temporaires.

8. Plus concrètement et précisément, l'employeur signifierait ainsi au salarié, dès le début de la relation de travail, que celle-ci a vocation à être temporaire et devrait, au moment de l'achèvement de la durée initiale, prononcer un licenciement. Ce licenciement serait justifié à/sous deux conditions : l'évènement visé par la clause de durée initiale doit objectivement justifier cette stipulation, ce qui implique un contrôle certain ; cet évènement doit, en outre, s'être effectivement réalisé. Ainsi, au retour de l'absent remplacé, le salarié pourrait être licencié au nom de ce retour ; à l'achèvement de la tâche objectivement temporaire pour laquelle il a été embauché, le salarié pourrait être licencié en raison de cet achèvement, etc. L'application du droit du licenciement obligerait l'employeur à respecter une obligation de reclassement qui a tout son sens, puisque la cause de la rupture n'est pas inhérente au salarié. Elle imposerait également, du moins si le contrat a duré un certain temps, le respect d'une procédure de licenciement. Cette proposition ne tend aucunement à rendre plus facile l'emploi de salariés pour de courtes durées, comme le montrent divers éléments parmi d'autres : la clause de durée initiale ne serait valide que pour certains emplois véritablement précaires (avec des cas de recours limitatifs) ; sa prolongation serait réglemantée, tout

comme la succession de contrats pourvus d'une telle clause ; l'annulation d'une clause de durée initiale ferait l'objet d'une procédure judiciaire simplifiée facilitant l'exercice de l'action avant que la clause ait vocation à être invoquée ; le salarié bénéficierait d'une garantie d'emploi pendant sa durée initiale, etc.

9. Quoi que l'on pense de l'opportunité d'une telle proposition, elle tend à montrer que des adaptations du droit du licenciement pour tenir compte de la précarité sont possibles. Le fait de savoir si elles sont *souhaitables* est une autre question, car ces adaptations peuvent relever de logiques opposées ou au moins nettement diverses, ce qu'illustrent d'ailleurs certaines dispositions du droit positif qui permettent de justifier un licenciement par le caractère temporaire de l'emploi.

B. Le caractère temporaire de l'emploi, cause exceptionnellement justificative du licenciement

10. En l'état actuel du droit, le caractère temporaire de l'emploi est exceptionnellement reconnu comme une cause légitime de rupture du CDI, mais avec un objectif très différent de celui qui était poursuivi par le GR-PACT, puisqu'il s'agit d'*assouplir* les exigences liées au droit du licenciement. C'est ce qu'admet actuellement le Code du travail à travers deux types de contrat de travail : le contrat de chantier ou d'opération et le contrat de mission à l'exportation. Après les avoir présentés, il conviendra d'étudier les modalités de leur soumission au droit du licenciement.

11. La figure la mieux connue du caractère temporaire intégré au sein du droit du licenciement consiste évidemment dans le *contrat de chantier ou d'opération*, que l'on peut présenter comme une « évolution » du licenciement pour fin de chantier (9). Les interrogations relatives au sort qu'il convient de réserver à la rupture du contrat de travail justifiée par la fin d'un chantier remontent à loin. La première tient à la *véritable nature* du contrat conclu en vue de la réalisation d'un chantier : s'agit-il d'un CDD ou d'un CDI ? Ainsi que cela a été dit, la Cour de cassation admettait déjà en 1961, certes en s'appuyant sur l'interprétation de la volonté des parties, qu'un contrat de travail conclu pour la réalisation d'un chantier puisse être à durée indéterminée (10). La même solution devait être retenue lorsque des parties n'avaient pas expres-

(9) Le Code du travail ne donnait pas de définition du « contrat de chantier » avant l'ordonnance n° 2017-1387 : la seule disposition qui lui était consacrée portait, en effet, sur le régime applicable au licenciement pour « le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession » (anc. art. L. 1236-8, C. trav.).

(10) V. également Cass. Soc. 5 déc. 1979, n° 78-40.913, Bull. civ. V, n° 937 : « le contrat conclu [le 22 septembre 1975] pour la durée d'un chantier sans contenir aucune indication sur la date de son expiration, était à durée indéterminée selon les textes alors en vigueur ». Le contrat conclu pour la durée d'un chantier qui ne contient ni la date précise de son expiration, ni aucune indication permettant au salarié de prévoir cette date, est à durée indéterminée (Cass. Soc. 20 mars 1980, n° 78-40.329, Bull. civ. V, n° 275).

sément voulu que le contrat s'achève « *impérativement* » à la fin du chantier (11). Cette qualification de CDI s'est par la suite imposée comme étant de *principe*. Après avoir affirmé que « *le contrat conclu pour la durée d'un chantier est, en l'absence de toute indication contraire, à durée indéterminée* » (12), la Cour de cassation, sans doute influencée par les règles encadrant le recours aux CDD, a retenu à plusieurs reprises que « *le contrat conclu pour la durée d'un chantier est un contrat à durée indéterminée, à moins qu'il ne soit conclu dans l'un des cas (...) où il peut être recouru au contrat à durée déterminée* » (13). Cette dernière formule est discutable, car elle subordonne la qualification de contrat à durée déterminée à sa *régularité*, inversant ainsi l'ordre des opérations. À s'en tenir à la formule de la Chambre sociale, les parties exprimeraient-elles avec la plus grande certitude la volonté commune de considérer la durée du chantier comme un *terme imprécis* que celle-ci serait privée d'effet si le contrat ne s'appuie pas sur un cas de recours régulier. Il semblerait pourtant plus exact, dans ces conditions, de *qualifier* un tel contrat de CDD, puis de constater son *irrégularité*, ce qui l'expose à la *requalification* en CDI si le salarié exerce une action en ce sens. Toujours est-il que, dans le cadre posé par la Cour de cassation, les parties disposaient d'une liberté encadrée : si un cas de recours légal existait, les parties pouvaient conclure un CDD en respectant l'ensemble des règles correspondantes, notamment formelles, ce qui assurait une expression claire de leur volonté ; la qualification de CDI s'imposait si le choix du CDD n'était pas exprimé ou s'il n'était pas régulier.

12. L'ordonnance n°2017-1387 a confirmé cette tendance en instituant un *contrat à durée indéterminée* de chantier ou d'opération (14), dont la « nature » est manifestement paradoxale, voire oxymorique, puisque l'article L. 1223-8 vise un contrat conclu *pour la durée* d'un chantier ou d'une opération, ce qui ne peut manquer d'évoquer une durée déterminée, certes imprécise (15). Monsieur Bernard Teysié en est même venu à affirmer que « *s'il a, légalement, la nature d'un contrat à durée indéterminée (...), ce contrat n'est, en vérité, qu'un CDD déguisé* ». Pour certains auteurs, cette qualification légale de CDI devrait probablement

mettre fin à la jurisprudence précitée, admettant sous conditions la conclusion d'un CDD pour la durée d'un chantier (16), ce qui nous paraît discutable (17). C'est sur le modèle du « contrat de chantier » que la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 avait créé un autre type de contrat de travail, beaucoup moins connu, le « *contrat de mission à l'exportation* » (18). Son caractère hybride apparaît clairement à la lecture de l'article L. 1223-5 du Code du travail : conclu pour la réalisation d'une mission à l'exportation accomplie en majeure partie hors du territoire national, il répond manifestement à un besoin temporaire ; pourtant, il s'agit bien d'un contrat à durée indéterminée, puisque le même article prévoit que « *sa rupture à l'initiative de l'employeur à la fin de la mission n'est pas soumise aux dispositions relatives au licenciement économique* ».

13. De toute évidence, l'hybridité caractéristique de ces deux contrats perturbe l'application « mécanique » du droit du licenciement ; pour que leur rupture puisse être justifiée, des adaptations étaient nécessaires. Il est remarquable, tout d'abord, que les licenciements prononcés pour fin de chantier ou pour fin de la mission d'exportation accomplie à l'étranger *aient été soustraits aux règles du droit du licenciement pour motif économique*, alors qu'ils reposent sur un motif non inhérent à la personne du salarié. S'agissant du contrat de chantier, cette soustraction s'est exprimée de façons diverses au fil du temps. La loi du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique visant de façon imprécise « *les licenciements pour motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel* », la Cour de cassation a rapidement jugé que le régime correspondant n'était pas applicable aux « *licenciements qui, à la fin d'un chantier de travaux publics, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de cette profession* » (19). Cette interprétation jurisprudentielle fut confortée par la loi du 30 décembre 1986, qui écarta expressément du champ d'application des règles du licenciement pour motif économique « *les licenciements qui, à la fin d'un chantier, revêtent un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession considérée, sauf dérogations déterminées par convention ou accord collectif* » (20).

(11) V., par ex., Cass. Soc. 31 oct. 1989, n° 86-44.362.

(12) Cass. Soc. 19 juin 1991, n° 88-40.722

(13) Initialement, Cass. Soc. 9 oct. 1996, n° 95-40.639 ; Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 93-44.829, Bull. Civ. V, n° 357 ; plus récemment, Cass. Soc. 19 sept. 2013, n° 11-25.374.

(14) Notion susceptible d'étendre de façon sensible le domaine possible de conclusion de ce nouveau contrat en comparaison avec les anciens contrats dits de chantier.

(15) Le texte aurait sans doute été mieux écrit s'il avait fait référence au *mobile* de la conclusion du contrat (contrat conclu afin de contribuer à la réalisation d'un chantier) et non à la *durée* du chantier.

(16) O. Rault-Dubois et S. Béal, *Contrat de travail – le contrat de chantier ou d'opération* : en marche !, JCP E 2017, 1537.

(17) V. notre article, « Le développement de la précarité subordonnée à la négociation collective : CDD, contrats de mission et « contrats de chantier », Dr. Ouvr. 1/2018, p. 1, spéc., n° 21.

(18) Cl. Roy-Loustaunau, Deux nouveaux venus contestables dans le maelström des contrats spéciaux : le contrat de mission à l'exportation et le contrat d'avenir, Dr. Soc. 2005. 414

(19) V. par ex. Cass. Soc. 22 avr. 1977, n° 76-40.126, Bull. civ. V, n° 268.

(20) Art. L. 321-12, C. trav., devenu l'art. L. 1236-8 (dans sa rédaction antérieure aux ordonnances *Macron*).

Le même mécanisme d'exclusion a été retenu pour le licenciement consécutif à la fin de mission pour le contrat de mission à l'exportation (21). L'ordonnance n° 2017-1387 procède différemment, mais avec un résultat analogue, pour le contrat de chantier ou d'opération : l'article L.1236-8 modifié précise désormais que la rupture « *qui intervient à la fin du chantier ou une fois l'opération réalisée* » est soumise à différents textes relevant du droit commun, et donc étrangers au licenciement pour motif économique. Cette « rupture » suppose ainsi un entretien préalable, est notifiée dans les conditions du droit commun et entraîne les « conséquences » normales du licenciement (préavis et indemnités de licenciement, documents remis par l'employeur), tout en étant soumise aux dispositions communes relatives aux contestations et sanctions des irrégularités du licenciement (22). Cette « disqualification », bien qu'elle présente l'avantage d'évincer les causes justificatives prévues à l'article L.1233-3 du Code du travail, ne suffit pas, à elle seule, à garantir la légitimité du licenciement prononcé en raison de l'achèvement de la tâche ou de la mission temporaire confiée au salarié. La jurisprudence relative au contrat de chantier – dont devraient s'inspirer les tribunaux dans d'éventuels litiges relatifs à des contrats de mission de l'exportation – est assez subtile, tout en restant intelligible : il paraît en ressortir que le licenciement est justifié lorsque le contrat était bien conclu en vue de la réalisation d'un chantier et que celui-ci, ou les tâches qui incombaient au salarié, est effectivement achevé (23). L'ordonnance n° 2017-1387 n'innove donc que partiellement en disposant 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* ». Pour les contrats de chantier, la question restera la même, malgré l'évolution textuelle : quels sont les éléments constitutifs de la fin de chantier (24) ? Il conviendra, en revanche, de s'assurer que les raisonnements tenus à ce propos seront entièrement transposables à la notion d'« opération ».

(21) Art. L.1223-5, C. trav.

(22) Contrairement aux textes précédents, l'article ne fait plus référence à la possibilité, pour une convention ou un accord collectif de travail, de soumettre ce licenciement aux dispositions du chapitre III relatives au licenciement pour motif économique.

(23) V. not. « Le développement de la précarité ... », art. préc., n° 30, p. 15.

(24) À ce propos, v. récemment Cass. Soc. 9 mai 2019, n° 17-27.493, RDT 2019. 414, obs. S. Tournaux ; Bull. Joly Travail 6/19, p. 14, obs. J. Icard : « *la résiliation du contrat 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* ».

(25) V. ainsi la très grande réserve sur ce contrat de Mme Roy-Loustaunau dans l'article précité.

14. L'opportunité de ces contrats, combinant caractère temporaire de l'emploi et contrat à durée indéterminée, mérite d'être discutée. Puisque le sujet traité invite à s'interroger sur « l'ADN du CDI », n'y a-t-il pas là une *dénaturation* des règles du licenciement, quand bien même elle est admise de longue date par la Cour de cassation, puis par le législateur avec le « contrat de chantier » ? En tout état de cause, était-il nécessaire de créer en 2005 le contrat de mission à l'exportation (25) et d'étendre le mécanisme du contrat de chantier, comme l'a fait l'ordonnance n° 2017-1387 ? Dans des propositions datées de 2004, le Medef envisageait déjà une forme d'extension en soutenant le projet de création d'un « contrat de mission », CDI conclu pour la réalisation d'une mission d'une durée supérieure à 18 mois, mieux adapté aux « *situations dans lesquelles la durée des emplois à pourvoir, tout en étant supérieure à la durée maximum des CDD et des contrats d'intérim, ne peut être fixée avec précision alors que la mission à remplir est bien identifiée* ». « À la fin de la mission, le salarié est licencié et a naturellement droit au préavis et à une indemnité de licenciement spécifique, sans que le licenciement puisse être considéré comme un licenciement économique. *La réalisation de l'objet du contrat constitue le motif légitime du licenciement* » (26). C'est donc l'adaptation juridique du CDD à répondre à des besoins économiques réels à laquelle il aurait fallu remédier. À la lecture de cette proposition particulière, il est assez savoureux que ce soit une ordonnance assouplissant sensiblement les règles relatives aux contrats à durée déterminée (et notamment à leur durée maximale), supposément trop rigides, qui permette un recours plus large au contrat de chantier. N'était-il pas d'ailleurs possible de s'inspirer du contrat à objet défini et d'élargir son champ d'application pour créer un type particulier de CDD, permettant de pourvoir un emploi attaché à une mission particulière, possiblement longue, mais dont la durée est difficilement maîtrisable, comme le proposait la commission de Virville (27) ? Ces différences sensibles entre des propositions à l'objet pourtant assez similaire nous semble

(26) Medef, Moderniser le droit du travail, 44 propositions, 2004, p. 5.

(27) Elle préconisait « *de compléter l'éventail des contrats spéciaux existants en créant une nouvelle forme de contrat, ouverte à des cadres ou des personnels qualifiés, notamment des experts, et permettant à un salarié d'être recruté par une entreprise pour participer à la mise en œuvre d'un projet déterminé* ». Après avoir écarté la solution de l'élargissement du mécanisme des « contrats de chantier » aux motifs qu'« *elle pourrait conduire en pratique à développer des contrats à durée déterminée sans les garanties propres à ce type de contrat* », la Commission estimait que « *la voie la meilleure consiste donc à prévoir, par une disposition spécifique du Code du travail, la création d'un nouveau contrat, empruntant son régime au contrat à durée déterminée, mais se référant non à une durée préfixée, mais à un terme objectif et à renvoyer ensuite à un accord collectif de branche étendu le soin d'organiser, par secteur d'activité, les conditions du recours à de tels contrats* ».

mettre en évidence que le choix du CDI ne s'impose pas ici « par nature » et relève, en réalité, d'appréciations politiques. Cette impression est confortée par l'aspect très peu technique des arguments avancés au soutien de l'extension du mécanisme du « contrat de chantier » et de son adéquation prétendue face à des situations spécifiques articulées autour de projets particuliers : inadapté à « *un environnement économique de plus en plus instable, les entreprises tend[ant] à s'organiser autour de projets qui nécessitent souvent un renfort de main-d'œuvre pour quelques mois ou pour quelques années* », le droit du travail n'aurait pas suffisamment pris en compte « *certaines hypothèses à mi-chemin entre la relation de travail de brève durée et la relation de travail pérenne, correspondant aux besoins permanents de l'entreprise* » (28). C'est d'ailleurs un *argument sociétal* qui paraît finalement avoir le plus de poids, même si sa portée réelle est discutable : le contrat de chantier produirait, *en sa qualité de contrat à durée indéterminée*, des effets positifs pour les salariés dans leur vie quotidienne en permettant « *de trouver plus facilement un logement, d'obtenir des prêts* » (29).

15. Le régime juridique applicable à ces contrats dérogatoires nous semble conforter le caractère quelque peu artificiel de ces arguments. Leur conclusion régulière est, en effet, subordonnée à deux conditions communes : l'existence – en principe – d'un accord collectif, habilitée par la loi à prévoir la conclusion de ces contrats spécifiques ; la présence de *garanties* ou de *contreparties* face à cette admission d'une cause de licenciement préconstituée. Le passage obligatoire par la négociation collective semble bien, en effet, relever d'une démarche « légitime » :

« si les partenaires sociaux se sont accordés pour admettre la conclusion de tels contrats, c'est que leur conclusion est objectivement nécessaire, *le droit devant s'adapter face aux contraintes ou aux besoins nés de la réalité (économique)* » (30). Ainsi, la conclusion du contrat de chantier ou d'opération est, en principe (31), subordonnée à l'existence d'une convention ou d'un accord de branche étendu qui en fixe les conditions, tandis que le recours au contrat de mission à l'exportation doit être prévu, de façon plus souple, par « *un accord collectif de branche ou d'entreprise* » (32). Bien qu'ils aient une fonction que l'on pourrait qualifier de « *règlementaire* » (33), ces accords « *instituant* » renforcent d'autant plus l'acceptabilité de la dérogation ainsi instituée qu'ils doivent prévoir diverses garanties et/ou contreparties similaires venant en quelque sorte la « *compenser* » : d'une part, des « *contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement* » ; d'autre part, des « *garanties en termes de formation pour les salariés concernés* » (34). La convention ou l'accord (de branche étendu) relatif aux contrats de chantier ou d'opération peut également prévoir que « *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 (...)* » (35), tandis que l'accord autorisant la conclusion des contrats de mission à l'exportation doit prévoir « *les mesures indispensables au reclassement des salariés* » (36). N'y aurait-il pas là, avec les accords de performance collective, les signes précurseurs d'une volonté programmée de confier dans l'avenir à la négociation collective un rôle général et prépondérant dans l'appréciation de la justification du licenciement ?

II. Le CDI, support d'un emploi discontinu

16. Il existe des situations objectives, voire « naturelles », d'emplois intermittents ou de prestations de travail discontinues que nul ne saurait utilement contester (succession d'emplois saison-

niers, sportifs professionnels, par ex.) ; et il existe, tout aussi certainement, des situations de travail discontinu qui peuvent résulter de modes d'organisation du travail, ne serait-ce que pour les structures

(28) Rapport AN n°19 de M. Laurent Pietraszewki : examen des articles.

(29) Rapport AN n°19 de M. Laurent Pietraszewki : travaux de la commission, audition de la ministre du Travail, Mme Pénicaud.

(30) V. également les arguments rapportés par Mme Roy-Loustaunau dans l'article précité au soutien de la création du contrat de mission à l'exportation, essentiellement articulés sur l'existence de besoins spécifiques et une prétendue inadaptation du droit antérieur.

(31) À défaut d'un tel accord de branche étendu, ce contrat peut toutefois être conclu dans les secteurs où son usage était habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession qui y recourt au 1^{er} janvier 2017. Mais *quid*, alors, des garanties et contreparties normalement prévues par la convention ou l'accord de branche étendu ?

(32) Art. L. 1223-5, C. trav.

(33) En ce que ces accords peuvent déterminer des conditions de *régularité* du recours au contrat, notamment en définissant (sauf pour l'accord d'entreprise pour le contrat de mission à l'exportation) son champ d'application.

(34) Art. L. 1223-634, qui précise, pour le contrat de mission à l'exportation, que l'indemnité [de licenciement] ne peut être inférieure au montant de l'indemnité légale de licenciement attribuée à due proportion du temps sans condition d'ancienneté et quel que soit l'effectif de l'entreprise, et art. L. 1223-9, C. Trav.

(35) Art. L. 1236-9, C. trav.

(36) Art. L. 1223-6, 5^e, C. trav.

dont l'objet est la mise à disposition de personnel si elles entendent conclure avec leurs salariés un CDI. Dès lors que ces situations *existent*, à quelle figure contractuelle faut-il renvoyer ces emplois/activités/relations marqués par une discontinuité du travail ? Il convient ainsi d'éprouver la compatibilité envisagée de façon générale entre le CDI et de tels emplois (A). Dans un second temps, le regard sera porté sur les dispositions spécifiques concernées et sur les différents modèles qui semblent ainsi s'en dégager (B).

A. Quelle compatibilité générale entre CDI et emploi discontinu ?

17. L'attractivité du CDI comme support d'un emploi discontinu s'impose-t-elle en soi, ou doit-elle s'induire de l'inaptitude juridique ou concrète du CDD à le pourvoir ? Si la conclusion de différents CDD successifs, ajustés à chaque période de travail, présente incontestablement quelques avantages – différents pour les parties –, elle est susceptible de soulever au moins trois problèmes : sa confrontation, de plus en plus difficile au fil du temps, avec le principe interdisant qu'un contrat de travail précaire puisse pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, qui n'est pas à l'entière disposition du législateur en raison de la directive du 28 juin 1999 ; le traitement des *périodes d'inactivité*, qui doivent être envisagées à la fois à l'égard de l'assurance-chômage, qu'il ne faut pas excessivement solliciter (37), et de la jouissance réelle par le salarié de sa liberté d'exercer une activité professionnelle entre les contrats, ce qu'il illustre à notre sens parfaitement la jurisprudence de la Chambre sociale relative aux périodes dites « inters-tituelles » (38) ; le régime qui doit être appliqué au moment de l'achèvement de la relation globale qui s'est progressivement constituée (39).

18. Compte tenu de ces difficultés, le CDI pourrait sembler mieux adapté, et ce d'autant qu'il présente l'avantage d'assurer aux salariés une certaine stabilité. Pourtant, une première difficulté saute rapidement aux yeux lorsque l'on songe aux périodes d'inactivité qui s'intégreraient au sein d'une relation contractuelle, marquée par l'obligation, pour l'employeur, de fournir du travail au salarié, et ce *pour une période indéterminée* (40). La jurisprudence relative aux contrats de portage salarial, avant que le législateur ne décide

véritablement de concevoir un régime défini, donne un fort témoignage de la délicate articulation entre cette obligation et un contrat à durée indéterminée. Chacun sait que la Cour de cassation a, dans deux arrêts du 17 février 2010 antérieurs à la loi du 25 juin 2008, rappelé que « *le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié* » et que c'était à la société de portage, en sa qualité d'employeur, de fournir du travail à son salarié « porté » (41). La même affirmation a justifié la censure d'une cour d'appel qui avait admis, sous l'empire de la loi de 2008, qu'un salarié porté fût licencié pour n'être pas parvenu à trouver des missions conformes à ce que son contrat de travail prévoyait (42). À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014 (43) lui imposant de pleinement exercer sa compétence, le législateur a prévu, d'une part, que « *l'entreprise de portage n'est pas tenue de fournir du travail au salarié porté* » et, d'autre part, que « *le salarié porté bénéficie d'une rémunération minimale définie par accord de branche étendu. À défaut d'accord de branche étendu, le montant de la rémunération mensuelle minimale est fixé à 75 % de la valeur mensuelle du plafond de la Sécurité sociale prévu à l'article L. 241-3 du Code de la Sécurité sociale pour une activité équivalant à un temps plein* ».

19. Ces dispositions légales mettent en évidence une deuxième difficulté tenant à la situation du salarié durant ces périodes d'inactivité. Tenu d'une obligation de loyauté, il ne doit évidemment commettre aucun acte contraire, même s'il ne doit fournir aucune prestation de travail. Mais doit-il rester à la disposition de l'employeur durant ces périodes, être accessible en vue d'une éventuelle intervention ou au moins disponible, en refusant d'autres prestations de travail auprès d'entreprises qui ne concurrencent pas son employeur ? Doit-il être indemnisé, rémunéré, et si oui à quel montant ? La compatibilité du CDI avec un emploi « discontinu » est, en outre, mise à l'épreuve par l'exigence de détermination ou de la déterminabilité de l'objet de la prestation du salarié : ce dernier sait-il avec suffisamment de précision quand il doit travailler ou non ? L'article 1163 du Code civil dispose en effet que « *l'obligation a pour objet une prestation présente ou future* » et que « *celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable* », et il n'existe aucune raison pour que cette disposition ne s'applique pas au

(37) Particulièrement pour les contrats de travail dits « courts » : à ce propos, v. la partie « Controverses » de la RDT à paraître à la fin du mois de juillet 2019.

(38) V. *infra*.

(39) Les règles relativement complexes applicables à la succession de contrats saisonniers pourraient être un bon exemple d'admission, par le droit du travail, d'une intermittence pourvue par des contrats précaires.

(40) La difficulté existe également pour un CDD qui serait confronté à des périodes d'inactivité « internes », survenant durant le contrat. Cependant, parce qu'il a vocation à durer, le CDI s'expose plus certainement à ce risque.

(41) Cass. Soc. 17 fév. 2010, n° 08-45.298 et 08-40.671, RDT 2010.292, obs. J. Pélessier.

(42) Cass. Soc. 4 fév. 2015, n° 13-25.627.

(43) Cons. Const. 11 avr. 2014, n° 2014-388 QPC.

salarié en l'absence de dispositions légales spéciales. À ce propos, le droit positif donne à voir, me semble-t-il, deux modèles principaux de CDI prévoyant et envisageant des périodes d'inactivité : d'un côté, le contrat de travail *intermittent*, qui est fortement inspiré du travail à temps partiel et envisage ces périodes en tentant d'assurer au salarié une réelle prévisibilité de son rythme de travail ; de l'autre, plusieurs corps de règles qui interviennent pour tenter d'encadrer les périodes d'inactivité, qui résultent naturellement du fait que le salarié est employé par un employeur dont l'activité est la mise à disposition.

B. De quelques « modèles » présents dans le Code du travail

20. Le premier « modèle » qui sera envisagé est celui du *contrat de travail intermittent* (44), pour lequel une discontinuité justifiée par la « nature » de l'emploi est contrebalancée par diverses dispositions dont l'objet est d'assurer au salarié une certaine prévisibilité. Nécessairement conclu pour une durée indéterminée (45), il s'agit, en effet, d'un contrat « finalisé », en ce qu'il ne peut être conclu qu'afin de « *pourvoir un emploi permanent* (46) qui, par nature, *comporte une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées* ». Certes, l'article L.3123-38 dispose qu'« *une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche étendu définit les emplois permanents pouvant être pourvus par des salariés titulaires d'un contrat de travail intermittent* », mais il n'en résulte pas que les emplois pouvant être pourvus relèvent du bon vouloir des signataires, le caractère « *intermittent par nature* » de l'emploi étant imposé par une règle d'ordre public. Une circulaire du 3 mars 2000, se rapportant à la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000, insistait bien sur le caractère objectif du recours à ce contrat : « *l'intermittence n'a nullement pour objet d'autoriser les employeurs à organiser le travail de façon à ne faire appel au salarié qu'en cas de besoin spécifique de l'entreprise (travail à la demande) pour pourvoir des emplois ne comportant pas, par nature, une alternance de périodes travaillées et non travaillées* ». Elle ajoutait qu'« *un tel travail ne peut correspondre à un choix*

des salariés *de bénéficier d'un emploi intermittent indépendamment de la nature de cet emploi* » (47). Ici encore, le droit est présenté comme s'adaptant à une certaine réalité économique en considération de données économiques, juridiques et sociétales. La circulaire précitée soulignait ainsi que ce contrat répondait à deux objectifs : « *répondre à un besoin objectif et réel des secteurs professionnels connaissant d'importantes fluctuations d'activité sur l'année* », auxquels les entreprises doivent pouvoir s'adapter ; « *assurer aux salariés intermittents une stabilité de la relation de travail et le bénéfice d'un certain nombre de garanties légales* ».

21. La présentation du régime légal – peu étoffé – du contrat de travail intermittent sera volontairement synthétique, car elle aura pour objet d'insister sur les principes qui s'en dégagent. Relevons, tout d'abord, que ce contrat doit être institué par une convention ou par un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche (48), même si des expérimentations suggèrent une possible fragilité, pour l'avenir, de ce « *verrou conventionnel* » (49). Cette exigence se confronte, en effet, à un obstacle concret : le nombre d'accords de branche conclus dans les secteurs concernés reste faible et ces secteurs comptent souvent des petites entreprises, ce qui rend la négociation collective difficile, malgré les mécanismes dérogatoires. *L'information du salarié* sur ses périodes d'intervention est assurée par une mention obligatoire dans un contrat écrit, qui définit également la répartition des heures de travail à l'intérieur de ces périodes et la durée annuelle minimale de travail du salarié (50). Cependant, dans les secteurs (définis par décret, seul le spectacle vivant et enregistré étant visé par l'article D. 3123-4) où la nature de l'activité ne permet pas de fixer avec précision les périodes de travail et la répartition des heures de travail au sein de ces périodes, l'accord collectif instituant détermine « *les adaptations nécessaires, notamment les conditions dans lesquelles le salarié peut refuser les dates et les horaires de travail qui lui sont proposés* ». Cette prévisibilité accordée au salarié, qui peut être relativisée (51), est d'autant plus importante que les périodes d'inactivité ne font

(44) Institué par l'ordonnance du 11 août 1986, supprimé et remplacé par le travail à temps partiel annualisé par la loi n°93-1313 du 20 décembre 1993, il a été « ramené à la vie » par la loi du 19 janvier 2000.

(45) Art. L. 3123-34, C. trav.

(46) Cette référence à la permanence de l'emploi semble justifier le choix du CDI par le législateur, mais les conséquences attachées à cette exigence sont diversement comprises par la doctrine. La circulaire du 3 mars 2000 soutenait que, malgré leur caractère « permanent », les tâches concernées peuvent « même être effectuées par des salariés embauchés sous contrat à durée déterminée ».

(47) Nous soulignons.

(48) Art. L. 3123-33, C. trav.

(49) La loi du 8 août 2016 (art. 87) a ainsi autorisé, à titre expérimental et jusqu'au 31 décembre 2019, le recours au contrat de travail intermittent afin de pourvoir des emplois saisonniers, en l'absence de convention ou d'accord collectif dans les branches dans lesquelles l'emploi saisonnier est particulièrement développé (déterminées par un arrêté du 7 mai 2017). V. également l'art. 24 de la loi du 14 juin 2013.

(50) Art. L. 3123-34, C. trav.

(51) Les heures complémentaires sont ainsi peu réglementées : seul un plafond est posé (1/3 de la durée minimale de travail, ce qui peut correspondre à un nombre élevé d'heures), sans détermination des modalités d'information du salarié.

l'objet d'aucun paiement ou d'indemnisation, ce qui contribue apparemment au succès mitigé de ce type contractuel. Certes, le lissage de la rémunération peut être prévu par l'accord collectif fondateur, mais il est certain que le législateur entend permettre au salarié de compléter sa rémunération en le mettant en mesure de déployer librement sa force de travail ailleurs, tout en respectant l'obligation de loyauté. Il nous semble à cet égard très intéressant que l'expérimentation mise en place par la loi du 8 août 2016 s'accompagne d'« un volet relatif à la sécurisation de la pluriactivité des salariés concernés, afin de leur garantir une activité indépendante ou salariée avec plusieurs employeurs sur une année entière en associant les partenaires intéressés au plan territorial ». Le contrat de travail intermittent présente enfin l'avantage, pour la détermination des droits liés à l'ancienneté, de prendre en compte en totalité les périodes non travaillées.

22. Une discontinuité peut également être liée au mécanisme de la mise à disposition lorsque l'employeur embauche le salarié par contrat à durée indéterminée, ce qu'illustre le contrat de travail à durée indéterminée intérimaire (ci-après CDII) (52), sans qu'il soit besoin d'en exposer le régime de façon exhaustive. Dans ce cas, il est très peu probable que les mises à disposition du salarié s'enchaînent sans interruption, ce qui soulève des questions fort intéressantes et diversement traitées par le législateur. L'élaboration conventionnelle, puis la reconnaissance légale du CDII ont donné lieu à une véritable « saga », dont l'énumération ne présenterait ici que peu d'intérêt (53). Il suffira de rappeler qu'un accord de branche avait été conclu le 12 juillet 2013 et qu'un contentieux est né à la suite de la contestation de l'arrêté prononçant son extension. C'est dans ce cadre que la Cour de cassation a retenu, dans un arrêt du 12 juillet 2018, que les signataires de l'accord avaient empiété sur la compétence du législateur en créant une « catégorie nouvelle de contrat de travail [dérogeant] aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée et, d'autre part, le contrat de mission » (54). Le législateur a toutefois pris le relais des partenaires sociaux en reconnaissant légalement ce CDII, à titre expérimental en 2015 et de façon stabilisée avec la loi du 5 septembre 2018, qui établit un régime appelant deux remarques principales en lien avec le sujet traité. La première porte

sur un double assouplissement des conditions de régularité du recours par les entreprises utilisatrices au travail temporaire lorsque le salarié est en CDII : d'une part, l'article L. 1251-58-6 prévoit que, « par dérogation à l'article L. 1251-12-1, la durée totale de la mission du salarié lié par un contrat à durée indéterminée avec l'entreprise de travail temporaire ne peut excéder trente-six mois » (55) ; d'autre part, l'article L. 1251-58-4 exclut l'application du délai de carence prévu par l'article L. 1251-36 aux missions effectuées par le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée. Or, on comprend mal pourquoi le recours par l'entreprise utilisatrice au travail temporaire, qui doit rester exceptionnel, mérite d'être facilité au prétexte que le salarié mis à disposition est titulaire d'un contrat à durée indéterminée dans ses rapports avec l'entreprise de travail temporaire.

23. La seconde, plus déterminante, se rapporte au régime des périodes d'inactivité entre missions successives et met en lumière les difficultés liées aux cas dans lesquels le salarié, contrairement au contrat de travail intermittent, n'est pas alors entièrement libre. Le législateur a en effet « neutralisé » l'obligation de fournir du travail au salarié en instituant que le CDII « peut prévoir des périodes sans exécution de mission » (56), celles-ci étant toutefois assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés et pour l'ancienneté. Durant ces périodes, le travailleur doit être « joignable » à des horaires définis par le CDII et un mécanisme de rémunération mensuelle minimale garantie est applicable : le contrat doit ainsi prévoir le versement d'une rémunération au moins égale au produit du montant du SMIC par le nombre d'heures correspondant à la durée légale hebdomadaire pour le mois considéré, compte tenu, le cas échéant, des rémunérations des missions versées au cours de cette période. Les termes choisis par le législateur semblent témoigner d'une réelle habileté juridique, qui pourrait être insuffisante. En effet, en étant seulement « joignable », le salarié peut-il être considéré comme restant à la disposition de l'entreprise de travail temporaire ? Bien que – contrairement à ce que prévoyait l'accord du 10 juillet 2013 – le Code du travail n'impose pas que le salarié doive être capable de commencer une mission chez un utilisateur dans un délai d'une demi-journée (57), il est néanmoins difficile de concevoir

(52) D'autres dispositifs pouvaient être envisagés, comme celui du travail à temps partagé, et ce d'autant que la loi dit du contrat de travail à temps partagé qu'il est réputé être à durée indéterminée (art. L. 1252-4, C. trav.). Cependant, le régime de ce dernier dispositif, apparemment peu utilisé, est loin d'être limpide et le CDII permettait à lui seul de mettre en évidence des points juridiques suffisamment intéressants. Sur le travail à temps partagé, v. l'analyse (justement) critique de P.-Y. Verkindt, Le travail à temps partagé (loi n° 2005-882, 2 août 2005, art. 22) ou « Pourquoi faire simple quand... », JCP S 2005. 1118.

(53) Pour une présentation synthétique, v. S. Tournaux, Le CDI intérimaire : histoire d'un hors-la-loi protégé par... la loi, Dr. Soc. 2018, p. 810.

(54) Cass. Soc. 12 juil. 2018, n° 16-26.844, Bull. Joly trav. sept. 2018, p. 26, obs. L. Bento de Carvalho ; JCP S 2018. 1355, n. T. Lahalle.

(55) Art. L. 1251-58-6, C. trav.

(56) Art. L. 1251-58-2, C. trav.

(57) Art. 2.1 de l'accord du 10 juil. 2013.

que l'entreprise de travail temporaire ne puisse pas le solliciter rapidement après l'avoir contacté et, en conséquence, que le salarié puisse librement travailler pour un autre employeur, même non concurrent. Ces interrogations ont, selon nous, une portée réelle, car il n'est pas certain que le dispositif légal permette de « compenser » suffisamment la « disponibilité minimale » qu'impose logiquement le CDI durant les périodes sans mission. La situation du salarié n'est, en effet, pas sans évoquer la situation de celui qui est en « astreinte », du moins pendant les horaires où le salarié doit rester « joignable », alors que celle-ci suppose légalement une contrepartie (soit sous forme financière, soit sous forme de repos). Elle fait également songer à la solution jurisprudentielle selon laquelle les périodes interstitielles séparant des CDD ou des missions doivent être rémunérées en cas de requalification si le salarié prouve être resté, durant celles-ci, à la disposition de l'employeur (ou de l'utilisateur), auquel cas la Cour de cassation estime que les salaires sont dus pour ces périodes d'inactivité (58). Les situations de l'un et de l'autre sont-elles si différentes ? En tout état de cause, le salarié ne semble pas

pouvoir exercer pleinement sa liberté d'exercer une activité professionnelle durant ces temps d'inactivité, puisqu'il peut être « joint » à tout moment (mais à des horaires définis...) pour intervenir dans le cadre d'une nouvelle mission : or, à l'image de ce qui a été jugé pour la clause de non-concurrence, cette restriction ne justifie-t-elle pas une compensation financière et celle-ci est-elle satisfaite par le dispositif légal (59) ? Le mécanisme est d'ailleurs d'autant plus critiquable que la rémunération mensuelle garantie ne varie pas selon la catégorie des salariés (60), de sorte qu'un salarié « cadre », percevant un salaire relativement élevé, pourrait atteindre le montant prévu en travaillant quelques temps au début du mois, sa situation de disponibilité n'étant ensuite aucunement compensée pour le reste du mois. Tout compte fait, le dispositif permet à l'entreprise de travail temporaire de disposer d'une main-d'œuvre captive et finalement peu coûteuse (61) : est-ce vraiment ce que l'on peut attendre d'un contrat de travail à durée indéterminée ?

Dirk Baugard

(58) V. F. Bousez, Le CDI intérimaire, Cah. Soc. 9/2013.

(59) La question est toutefois délicate, car si l'on suppose que le salarié est concrètement privé de la liberté de travailler pour d'autres employeurs durant ces périodes, la situation évoque plus celle de la clause d'exclusivité que celle de la clause de non-concurrence... Sur la question du fondement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, qui serait ici particulièrement utile, v. F. Rosa, La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dans le contrat de travail : analyse au prisme de l'immobilisation de la force de travail, RDT 2018. 735 ; A. Fabre, « Les atteintes aux droits des salariés sont-elles solubles dans une somme d'argent », in *À droit ouvert*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz 2018, p. 303 ;

D. Baugard, « L'engagement de verser une contrepartie financière dans la clause de non-concurrence », in *Droits du travail, Emploi, Entreprise*, Mélanges en l'honneur du professeur François Gaudu, IRJS Éditions, 2013, p. 331.

(60) Cette considération expliquait peut-être pourquoi l'accord de 2013 instaurait des majorations de la garantie mensuelle pour les intérimaires agents de maîtrise et les techniciens (plus 15 %) et cadres (plus 25 %).

(61) V. les critiques de F. Bousez, art. préc. et de G. Bargain, Le CDI intérimaire : outil de sécurisation ou de flexibilité ?, RDT 2014. 522.