

Les emplois à durée déterminée et leur approche dans la jurisprudence française et allemande

Rencontre du GEFACT

Hanovre, les 29 et 30 mai 2009

Les travaux du groupe franco-allemand en matière de droit du travail (GEFACT) seront consacrés, sur la période 2009-2010, à l'approche des situations de travail précaires dans la jurisprudence française et allemande. Dans le cadre d'un programme soutenu par le CIERA (Centre Interdisciplinaire d'Etudes et de Recherches sur l'Allemagne), quatre rencontres seront organisées autour du rôle des tribunaux du travail français et allemands dans la résolution des conflits en matière d'emplois précaires. La première rencontre, consacrée aux emplois à durée déterminée, s'est tenue les 29 et 30 mai 2009 à l'Université de Hanovre.

Les exposés de Gerhard Binkert (Vice-président du Tribunal du Travail de Berlin-Brandebourg) et de Marie-Cécile Escande-Varniol (Maître de conférences à l'Institut du travail de l'Université Lyon II) ont porté sur l'évolution historique des règles de droit régissant les emplois à durée déterminée et de la jurisprudence en la matière dans leurs pays respectifs. De part et d'autre du Rhin, la réglementation relative à ce sujet s'est aussi fondée sur des cas de jurisprudence. S'ajoute à cela, depuis la directive 1999/70/EG, une influence notable du droit européen, et notamment de la jurisprudence de la CJCE, sur les modes de régulation nationaux. (Cela vaut en tout cas pour l'Allemagne, et dans une moindre mesure pour la France. Car ni la directive 99/70, ni la jurisprudence de la CJCE ne sont parvenues à influencer considérablement le droit du travail français. Si la Cour de Cassation a modifié en 2008 la jurisprudence relative aux contrats d'usage en faisant référence à la directive européenne, ce renvoi ne s'avérait pas nécessaire. De toute évidence, la Cour de Cassation n'a argumenté en ce sens que dans la mesure où elle ne voulait pas reconnaître que la modification qu'elle avait apportée précédemment en 2003 n'était pas compatible avec le droit national français.)

Liens historiques entre la réglementation relative aux emplois à durée déterminée et les règles établies en matière de contrôle des licenciements

Dans les deux pays, l'établissement de normes relatives aux emplois à durée déterminée avait pour objectif de développer et renforcer la protection contre le licenciement, destinée à réduire les possibilités de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée sans préavis. Le contournement *ipso jure* de la protection contre le licenciement *via* la conclusion de contrats à durée déterminée ne pouvait et ne devait être toléré. Cela fut déjà spécifié par le Tribunal du Travail du Reich dans sa décision du 2 juillet 1932, qui requérait alors des tribunaux du travail un contrôle des abus en cas de contrats de travail successifs à durée déterminée. Le Tribunal fédéral du Travail (*Bundesarbeitsgericht*, BAG) a maintenu cette jurisprudence (voir BAG du 12/10/1960) en considérant que le recours sans motif valable à l'emploi à durée déterminée constituait un abus de droit objectif. En France également, les premières lois régissant les contrats de travail à durée déterminée ont été élaborées concurremment avec l'instauration d'une protection légale contre le licenciement en cas de contrats de travail à durée indéterminée, c'est-à-dire au début des années 1970. Bien que le rattachement à la protection contre le licenciement fût ensuite assoupli et que, par exemple, conformément à la disposition de 2000 établie au § 14, al. 1 de la Loi relative au temps partiel et aux contrats de travail à durée déterminée (*Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG*), l'existence de la protection contre le licenciement (nulle en Allemagne dans les petites entreprises et pour une période d'emploi inférieure ou égale à six mois) ne soit plus une condition pour l'examen juridique de la raison valable motivant le recours à un contrat de travail à durée déterminée (voir BAG du 6/11/2003), la réglementation nationale relative aux contrats de travail à durée déterminée demeure clairement influencée par les règles établies en matière de licenciement. Tandis qu'outre-Rhin, la question de la légalité du caractère temporaire de l'emploi sera posée lors d'un procès visant uniquement le maintien au travail du salarié concerné au-delà de la date prévue de fin de contrat (dans ce cas précis, le délai de recours équivaut à celui de la procédure relative à la protection contre le licenciement, c'est-à-dire trois semaines à compter de la date prévue de fin de contrat), en France, à l'instar du droit national de protection contre le licenciement, l'accent sera placé sur les possibilités d'indemnisation financière en cas de recours illégal à l'emploi à durée déterminée. Car si le tribunal considère que l'emploi à durée déterminée du salarié plaignant, déjà arrivé à son terme, correspond à un emploi à durée indéterminée, alors la cessation du contrat de travail sera irréfutablement assimilée à un licenciement injustifié, ce qui contraindra l'employeur à verser les indemnités requises dans ce cas.

Flexibilité vs sécurité

Comme étayé par la présentation des différentes régulations en matière d'emploi à durée déterminée de part et d'autre du Rhin, les législateurs et la jurisprudence à l'échelon national respectif s'intéressent à l'équilibre des intérêts essentiels en jeu, en partie contradictoires, pouvant être circonscrits entre d'un côté l'exigence de flexibilité et, de l'autre, l'exigence de sécurité ainsi que les besoins en matière d'emploi et de formation professionnelle. En France, l'attention accordée (notamment par l'employeur) à la flexibilité est visiblement soumise à des limites plus contraignantes. Ainsi, le recours au contrat à durée déterminé doit être motivé par une raison valable. En cas de renouvellement d'un emploi à durée déterminée concernant le même salarié sur le même poste de travail (hormis les vacances, contrats d'usage et contrats de travail saisonniers), des périodes de carence doivent être respectées. En France également, une plus grande importance est accordée à l'exigence de sécurité (souvent du fait du salarié). Par exemple, il n'existe pour l'employeur aucun recours contractuel possible à un licenciement ordinaire durant toute la période couverte par le contrat à durée déterminée. Du reste, le salarié recevra une indemnité de précarité à l'issue du contrat. Enfin, l'intérêt (public) accordé à l'emploi et à la réinsertion sur le marché du travail est plus clairement pris en compte en France, comme en attestent les nombreux contrats à durée déterminée subventionnés par l'État, qui se sont relayés ou complétés par le passé, et qui sont aujourd'hui associés au nouveau « Revenu de solidarité active » (RSA). Ces emplois à durée déterminée sont soumis à une réglementation toute particulière qui diverge de la réglementation usuelle en la matière. De toute évidence, l'argument selon lequel un employeur serait davantage susceptible de procéder à des embauches s'il pouvait se séparer de ses employés sans difficultés ni coûts supplémentaires ne semble pas trouver le même écho en France qu'en Allemagne.

A l'issue de ces exposés plutôt théoriques, Daniele Reber (Présidente d'une Chambre sociale au Tribunal du Travail de Berlin-Brandebourg) et Chantal Verdin (Présidente du Conseil de prud'hommes de Paris) ont présenté des cas litigieux caractéristiques de leur pays respectif dans le domaine des emplois à durée déterminée. Ces contributions ont permis d'établir un tour d'horizon des difficultés rencontrées par la jurisprudence des tribunaux du travail nationaux. Si un contrat de travail à durée déterminée est conclu en vue du remplacement d'un salarié empêché pour diverses raisons, se poseront dans les deux pays les questions suivantes : dans quelle mesure le contrat conclu à durée déterminée est-il lié à la personne à remplacer et à son poste ? Le recours par l'employeur à l'emploi à durée déterminé sera-t-il exclu en raison d'un déficit structurel en matière de personnel ? En cas d'accroissement prétendument temporaire de l'activité, les juges du travail français et allemands se retrouvent face à la même interrogation : une augmentation prévisible de l'activité de l'entreprise ne fait-elle pas partie de l'évolution normale et durable de l'entreprise, ce qui viendrait invalider la légitimité d'un recours à un contrat de travail à durée déterminée ? Dans ce contexte, l'évaluation par le juge de contrats de travail relatifs à un projet, dont la durée est déterminée à ce titre, pose notamment un problème en droit allemand. A ce sujet, la Loi de modernisation du marché de l'emploi adoptée en 2008 en droit français rend possible la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée nécessaire à la réalisation d'une mission donnée. Cela ne s'applique toutefois qu'aux cadres et ingénieurs. Les conditions supplémentaires, d'ordre formel, requises pour ce type de contrat de travail, rendent peu probable un recours massif à celui-ci dans le contexte professionnel français.

Pertinence du recours au contrat de travail à durée déterminée

Dans l'art. L 1241-1, le Code du travail énonce expressément une condition négative comme critère général de justification du recours à un contrat à durée déterminée. Celle-ci peut constituer également une grille d'évaluation, au fondement de la jurisprudence allemande :

« Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

Par décret, le droit français définit, en apparence de façon généreuse, de nombreux domaines dans lesquels le recours à l'emploi à durée déterminée est usuel, et par conséquent, susceptible de se justifier. Cependant, en faisant référence à la directive européenne comme mentionné précédemment, la Cour de Cassation a repris en 2008 sa jurisprudence de 2003, dans la mesure où il ne suffit plus de justifier le recours au contrat de travail à durée déterminée en vérifiant uniquement devant un tribunal si le contrat de travail contesté s'intègre à l'un des domaines répertoriés. Il faut plutôt, à la lumière de circonstances uniques et objectives, vérifier de surcroît si l'activité concrète du salarié embauché à durée déterminée ne relève pas de l'activité normale et durable de l'entreprise. Cela a été constaté pour un journaliste de télévision qui assurait la diffusion obligatoire des émissions religieuses dominicales, de sorte que le contrat à durée déterminée a été qualifié de contrat à durée indéterminée.

De part et d'autre du Rhin, les juges se montrent satisfaits lorsqu'un contrat à durée déterminée peut être invalidé pour des raisons de forme : un examen de la pertinence de fond n'est alors plus nécessaire. Ainsi, le juge allemand sera par exemple particulièrement attentif au moment précis où l'accord a été conclu, qu'il s'agisse de la signature d'un contrat à durée déterminée ou de sa prorogation. Les formalités à observer lors de l'établissement, de la réalisation et de la cessation du contrat de travail à durée déterminée sont beaucoup plus nombreuses en France. En outre, l'examen du juge de la justification du contrat de travail à durée déterminée se limite au motif inscrit dans le contrat de travail.

La réglementation française plus stricte en matière de contrats de travail à durée déterminée, au même titre que les sanctions financières de droit civil, voire de droit pénal envers les contrats à durée déterminée conclus indûment ont fait surgir lors du débat final la question de savoir notamment dans quelle mesure l'exécution réelle des contrats de travail à durée déterminée s'est éloignée des dispositions légales d'ordre complexe. Car seule une infime partie de ces contrats sont soumis à l'examen des tribunaux. Patrick Rémy, Maître de Conférences à l'Université Paris I, a signalé dans ce contexte la grande disparité existant entre le droit et l'usage en matière d'emplois à durée déterminée, notamment au sein des PME françaises. Selon lui, le législateur français ne se risquerait pas à assouplir le droit en la matière en raison de sa haute valeur symbolique.

Dans le cadre du projet de recherche, une seconde rencontre du GEFACT se tiendra les 27 et 28 novembre 2009 à l'Institut du travail de l'Université Nancy II. Elle portera sur l'approche du travail intérimaire dans la jurisprudence française et allemande.

Patrick Rémy, Meinhard Zumfelde
Traduction : Solène Hazouard