

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

Formation continue

thème: **Les contrats d'embauche - régimes et contentieux prévisibles**
intervenant : **Paul Bouaziz** (Cabinet Bouaziz-Benamara) et
Joël Grangé (Cabinet Gide Loyrette Nouël), avocats à la cour
séance du : 9 mars 2006

Documents proposés par Paul Bouaziz

I- " Un contrat nommé *nouvelles embauches*"

Article paru dans le *recueil Dalloz* n° 42, 2005, p. 2907
La genèse du CNE. Son économie générale. Les enjeux.

II- " Vous avez dit *sécurisation*"

Article paru dans la *Semaine sociale Lamy* du 3 octobre 2005, n° 1230
Panorama du contentieux prévisible et des contestations possibles relatives
à la conclusion, à l'exécution et à la rupture d'un CNE.

III- "Des patrons pas encore sauvés des juges"

Interview publiée dans la revue du syndicat de la Magistrature *Justice*
n° 185, novembre 2005.
Réponse donnée au syndicat de la Magistrature à propos des deux articles précédents.

IV- "Contrat nouvelles embauches et l'audience de conciliation"

Intervention au colloque du syndicat des Avocats de France L'audience initiale :
le bureau de conciliation au cœur des droits de la défense du salarié, Université de
Paris-Dauphine, le 10 décembre 2005.
Actes du colloque publiés dans la revue *le Droit ouvrier* de mai 2006,
avec des notes d'actualisation rédigées après le vote des dispositions relatives au CPE,
et avant leur retrait.

CONTRAT DE TRAVAIL**Un contrat nommé « nouvelles embauches »**

par Paul Bouaziz et Pierre Bouaziz *
Avocats au barreau de Paris

L'ESSENTIEL

Un contrat spécial parmi les multiples contrats spéciaux? Un contrat de troisième type hybride entre le contrat à durée indéterminée et le contrat à durée déterminée? L'économie générale du texte correspond-elle à une simple période d'essai de deux ans aménagée? A quelles préoccupations correspond cette période de deux ans? Quel degré de satisfaction ou d'insatisfaction des protagonistes sociaux? Quels sont les enjeux actuels et prévisibles du contrat nouvelles embauches au regard de l'emploi, du contrat et du pacte social?

Le juriste-travailleiste qui prend connaissance des termes de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, relative au contrat de travail «nouvelles embauches», prise en application de la loi n° 2005-846 du 26 juillet 2005 habitant le gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, ne peut que se sentir mal à l'aise. Non seulement parce que la présentation du nouveau «contrat nouvelles embauches» (CNE) est quelque peu atypique mais, surtout, parce que l'analyse juridique classique d'un tel texte se heurte à une très mauvaise conscience.

Il a été dit et redit que cette grande initiative des premiers cent jours du gouvernement avait pour but et aurait pour effet de combattre le chômage. Comment analyser la signification d'un texte, ses imperfections et ses interrogations, tout ce qui est contenu dans ces nouvelles règles de droit, sans se poser la question de la vanité de cette démarche, alors qu'il suffirait que, grâce à cette ordonnance, quelques milliers de salariés à la recherche d'une embauche soient embauchés, même dans le cadre d'une hyper-précarité, pour que tout soit justifié.

On ne peut cependant se contenter de paraphraser l'ordonnance pour tout commentaire, et d'attendre six à douze mois si les effets escomptés sont au rendez-vous, pour aborder le fond du problème. Surmontons donc toute mauvaise conscience et examinons le «contrat nouvelles embauches» tel qu'il est.

I - La recherche des origines**A - Les critiques portées à l'objet et à la rupture...**

Les critiques portées par certains au contrat de travail ne visent pas, pour l'essentiel, les conditions d'exécution et de transfert du contrat de travail. Elles visent surtout la réglementation relative à la conclusion et à la rupture...

a) ... des CDD - Les freins apportés par le législateur à la libre conclusion et rupture du CDD sont les suivants :

1°) stricte réglementation de la période d'essai quant à sa durée, en fonction de la durée du CDD (un jour par semaine limitée à deux semaines pour le CDD de moins de six mois et à un mois dans les autres cas);

2°) obligation de ne conclure un CDD que pour un motif légalement déterminé;

3°) interdiction de le rompre en cours d'exécution, sauf pour faute grave ou de force majeure;

4°) interdiction de le renouveler librement et limitation en fonction de la durée initiale et du nombre de renouvellement;

5°) aggravation de ces obligations dans certaines conventions collectives selon le principe de préférence;

6°) risque de requalification du CDD en CDI avec requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En revanche, l'indemnité de précarité de 10% s'ajoutant au salaire et aux congés payés ne semble pas poser trop de problème aux employeurs.

b) ... des CDI - Le CDI comportait notamment les inconvénients suivants pour l'employeur :

1°) modalité de rupture hors période d'essai jugée contraignante par l'obligation d'alléguer et de justifier un motif réel et sérieux de la rupture que ce soit pour raison personnelle ou pour motif économique;

2°) obligation d'entretien préalable et de motivation de la lettre de licenciement;

3°) pouvoir du juge prud'homal de fixer des dommages et intérêts réparant l'intégralité du préjudice subi du fait de la perte d'un emploi même pour un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté.

c) ... de la période d'essai des CDI - La période d'essai elle-même subissait quelques critiques. Certes les dispositions de l'article L. 122-4, alinéa 2, du code du travail, distinguant la date de conclusion d'un CDI de la date d'application des règles relatives à la rupture, présentait des avantages certains. Elles comportaient également pour les employeurs des contraintes :

(*) Les auteurs remercient Mlle Emilie Morin, élève avocate promotion 2005, stagiaire en leur cabinet, qui a participé activement et très efficacement à la rédaction de cet article.

1°) la période d'essai doit être contractuellement et expressément prévue, elle doit être conforme aux dispositions, s'il y en a, de la convention collective ou, à défaut, respecter le principe d'un délai raisonnable. Elle est généralement comprise dans la fourchette de quinze jours à six mois selon la catégorie du salarié;

2°) elle doit impérativement se situer au début de l'exécution du contrat de travail;

3°) il n'est pas possible de l'imposer en cours de contrat;

4°) il n'est pas possible de l'imposer à l'occasion d'un transfert de contrat;

5°) les juges ayant pris au mot l'expression «essai» en avaient tiré la conséquence qu'une période d'essai durant laquelle le salarié n'avait pas été loyalement «essayé» était rompue de façon fautive;

6°) la responsabilité de l'employeur pouvait même être recherchée, en dehors de l'absence d'obligation de motivation de la rupture, en se référant aux principes universels de l'abus de droit ou même de la légèreté blâmable.

La période d'essai n'était plus ce qu'elle était... Le rêve d'une période libérée de tous ses carcans et soumise à aucune condition et d'une durée confortable pouvait-il se réaliser? Il apparaît que le contrat de travail dénommé «contrat nouvelles embauches» répond de façon presque parfaite à ces critiques.

B - La réponse gouvernementale

La première réponse très explicite a été donnée par le nouveau Premier ministre dans son discours programme en date du 8 juin 2005. Il s'agit évidemment d'une réponse partielle fondée sur la «politique des étapes».

L'étape première qui semblait la plus adaptée était celle qui visait ce que l'on appelle communément les petites entreprises. On faisait valoir que c'était elles qui rencontraient les plus grandes difficultés pour embaucher alors qu'elles employaient un nombre important de salariés et qu'elle constituaient un gisement d'emplois plus intéressant que celui des grandes entreprises. Seule variation en ce qui concerne la petite entreprise définie comme étant celle occupant dix salariés au plus, elle passait rapidement à l'effectif vingt salariés au plus.

«Le premier objectif de mon gouvernement sera d'aller chercher les emplois là où ils se trouvent. Ensuite bien sûr l'emploi dans les très petites entreprises. Il y a deux millions six cent mille entreprises en France: un million cinq cent mille d'entre elles n'ont pas de salariés, près d'un million a moins de dix salariés. L'emploi en France passe par elles. Si nous libérons leur esprit d'initiative et leur talent, si nous leur garantissons des procédures de recrutement simples, lisibles et sûres, elles embaucheront (...). Pour débloquer l'embauche dans ce secteur, je propose trois mesures (...). Deuxième mesure: dans le respect du code du travail, je propose la mise en place, à compter du 1er septembre, d'un nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée, le «contrat nouvelle embauche». Mieux adapté aux contraintes des très petites entreprises auxquelles il pourra être proposé, il conciliera plus de souplesse pour l'employeur et de nouvelles sécurités pour le salarié.» (extrait du discours de politique générale du Premier ministre, Assemblée nationale, mercredi 8 juin 2005).

La traduction dans les faits de ce discours a été rapide: un projet de loi d'habilitation était déposé et visait expressément le nouveau contrat du Premier ministre. L'affinement définitif du CNE intervenait avec le vote de la loi d'habilitation et son article 1er: «Favoriser l'embauche dans les entreprises (...) n'employant aucun salarié ou n'employant qu'un petit nombre de salariés, par l'institution d'un contrat de travail sans limitation de durée comportant pendant une période déterminée des règles de rupture et un régime indemnitaire spécifiques (...)» (loi du 26 juillet 2005, habilitant le gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi).

Enfin, le Conseil constitutionnel apportait sa propre interprétation à ce texte: «Considérant que, selon les requérants, cette habilitation ne satisfait pas aux exigences de précision résultant de l'article 38 de la Constitution et pourrait permettre au gouvernement de «bouleverser l'ensemble du droit du travail»; qu'elle porterait également une atteinte disproportionnée à l'économie des accords collectifs en cours ainsi qu'à la convention C 158 de l'Organisation internationale du travail concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur; qu'elle procéderait à une conciliation déséquilibrée du droit à l'emploi et de la liberté d'entreprendre; (...) 6. Considérant, en l'espèce, que, comme il ressort des termes mêmes de l'habilitation critiquée, la finalité de l'autorisation délivrée au gouvernement par le 1° de l'article 1er de la loi déferée, qui est de lever certains freins à l'embauche de nouveaux salariés dans les petites entreprises, et le domaine dans lequel l'ordonnance pourra intervenir sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution.»

L'ordonnance a été promulguée le 2 août 2005, applicable symboliquement le 4 août 2005, ainsi qu'un décret n° 2005-894 relatif à l'allocation forfaitaire. Des circulaires sont en préparation mais d'ores et déjà les sites internet du Premier ministre et du ministère de l'Emploi répondent à une série de questions pour éclairer le texte et son application (www.premier-ministre.gouv.fr/bataillepourleemploi, www.travail.gouv.fr/actualites/question-reponse-contrat-nouvelles-embauches-html). Les organisations syndicales ont exercé un recours en annulation de l'ordonnance devant le Conseil d'Etat (V. CE 19 oct. 2005, D. 2005, IR p. 2627).

Les employeurs peuvent relever, et ont relevé, dans l'ordonnance une série de droits nouveaux:

- libre choix de l'objet du contrat à l'exception des emplois saisonniers et des CDD d'usage;
- libre choix d'un salarié à la seule exception du respect d'un délai de carence de trois mois pour conclure un nouveau CNE entre le même employeur et le même salarié;
- libre utilisation d'une «période d'essai aménagée» de deux ans, sans les contraintes résultant de la loi ou des accords collectifs;
- sécurité résultant d'un délai d'un an pour contester la rupture.

En revanche, les organisations syndicales ont été unanimes à condamner ce texte.

C - L'économie générale du contrat nouvelles embauches

Il est relativement difficile de saisir à première lecture l'économie générale du CNE. En vertu du bon vieux principe selon lequel il n'y a aucune raison de faire simple quand on peut faire très compliqué, les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas choisi

la facilité. De surcroît, la qualité juridique du texte laisse à désirer, comme l'a relevé avec une certaine méchanceté réconfortante Patrick Morvan: «Le texte qui, une fois de plus, n'a pas dû compter beaucoup de juristes ou de praticiens parmi ses artisans...» (JCP Social, 6 sept. 2005).

La compréhension de l'économie générale de l'ordonnance est rendue plus difficile en raison de la volonté de ne pas utiliser l'expression «période d'essai». Dans son discours d'investiture, le Premier ministre avait clairement exposé qu'un nouveau contrat avec période d'essai de deux ans serait institué. Non seulement cette expression a disparu en cours du processus d'élaboration de la loi d'habilitation, mais les réponses ministérielles «martèlent» qu'il ne s'agit pas d'une période d'essai. Au gré des débats parlementaires et des discours, cette période, non juridiquement dénommée, est qualifiée de période d'embauche ou de période de consolidation dans l'emploi. Dans ses questions-réponses sur le CNE, le ministre de l'Emploi indique: «Cette période est une période spécifique dite de consolidation dans l'emploi qui permet notamment à un employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise» (réponse n° 26).

C'est en fin de compte un texte qui, au lieu d'aménager la période d'essai du contrat à durée indéterminée, pose le principe de l'indétermination de la durée du contrat avec une période non dénommée de deux ans comportant un régime particulier. Cette formulation a toutes les apparences d'un rideau de fumée pour cacher le concept de période d'essai de deux ans qui avait soulevé une émotion considérable. Cette volonté se trouve soulignée par le fait qu'il s'agit d'un texte non codifié aux apparences autonomes de contrat de troisième type en marge ou en annexe du code du travail. Il est affirmé que ce contrat est un contrat conclu sans détermination de durée, par référence implicite à l'article L. 121-5. Mais le texte de l'ordonnance ne va pas plus loin puisqu'il n'y a aucune définition de la *nouvelle embauche* et que le régime de ce contrat est défini négativement. La conséquence est cette longue énumération des articles du code du travail qui ne sont pas applicables pendant cette durée de deux ans. Au total, 49 articles (de L. 122-4 à L. 122-11, de L. 122-13 à L. 122-14-14, de L. 321-1 à L. 321-17), sans compter les articles R. et D. correspondant aux articles L. qui ne s'appliquent pas.

La réalité est qu'il s'agit bien, au sein du contrat à durée indéterminée, d'une période d'essai de deux ans à laquelle s'appliquent les règles de droit habituelles à la période d'essai au sens de l'article L. 122-4, alinéa 2, avec quelques aménagements.

Si on part de l'hypothèse que ce contrat s'insère bien dans le cadre du titre II du livre 1er du code du travail («Contrat de travail»), on peut tenter de le rattacher aux concepts habituels de notre état de droit: l'article L. 121-5 définit déjà le CDI («Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée...»), avec la dérogation de la période d'essai de l'article L. 122-4 («le contrat conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles ci-après définies. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai»). Il est possible dans ce cadre-là de tenter une présentation allégée des articles de l'ordonnance du 2 août: le «contrat nouvelles embauches» est un contrat de travail à durée indéterminée assorti d'une période initiale de deux ans, à compter de sa conclusion, soumise au régime de la période d'essai, et aux règles particulières suivantes:

- l'entreprise doit comporter vingt salariés au plus au sens de l'article L. 620-10 du code du travail;

- son activité doit être une de celles visées par l'article L. 131-2, alinéa 1er;

- l'emploi offert ne peut être un emploi saisonnier ou pour lequel il est d'usage de ne pas recourir au CDI, au sens de l'article L. 122-1-1, alinéa 3;

- la période de deux ans est de droit;

- la rupture du contrat pendant les deux premières années suivant sa conclusion est soumise aux règles suivantes:

• délai de prévenance: sauf faute grave ou de force majeure, entre un mois et six mois d'ancienneté: quinze jours; entre six mois et deux ans d'ancienneté: un mois;

• délai de contestation de la rupture: un an à compter de l'envoi de la lettre recommandée notifiant la rupture du contrat. Ce délai n'est opposable au salarié que si la lettre de rupture le mentionne expressément;

• délai de carence après rupture du CNE: trois mois, entre le même employeur et le même salarié;

• application de l'article L. 122-12: le CNE est inclus dans les contrats transférés par application de ce texte;

• indemnité de rupture: sauf faute grave, 8% des rémunérations brutes perçues depuis la conclusion du contrat jusqu'à la fin du délai de prévenance;

• régime social: sauf faute grave, l'employeur est tenu de régler, au moment de la rupture, 2% du montant des rémunérations brutes perçues par le salarié, aux ASSEDIC, qui, en contrepartie, assureront au salarié les prestations suivantes: congés de formation, droit individuel à la formation, convention de reclassement personnalisé, ainsi que le versement d'une allocation forfaitaire (qui concerne le salarié sous CNE dont le contrat a été rompu après quatre mois d'activité et avant les six mois d'activité lui ouvrant normalement ses droits aux ASSEDIC).

On peut ainsi observer que l'essentiel du traitement du salarié dans le cadre de ce nouveau contrat ne repose pas sur l'employeur mais est transféré aux organismes sociaux. La méthode choisie par le gouvernement d'établir une très longue liste d'articles non applicables, pendant la période de deux ans, au contrat nouvelles embauches comportait néanmoins des avantages:

- d'une part, elle contraint le lecteur à relire en continu des sections entières du code du travail et d'opérer ainsi une révision que les praticiens malheureusement négligent parfois de faire;

- le second avantage est que d'ores et déjà se trouve concrètement traduit en termes d'abrogation ce que certains employeurs considèrent comme étant, dans le code du travail, ce qu'il faut dans un premier temps brûler.

Un citoyen averti en vaut deux.

II - Les enjeux

L'ordonnance prévoit un bilan au plus tard le 31 décembre 2008 en ces termes: «Les conditions de mise en œuvre du «contrat nouvelles embauches» institué par la présente ordonnance et ses effets sur l'emploi feront l'objet, au plus tard au 31 décembre 2008, d'une évaluation par une commission associant les organisations d'employeurs et de salariés représentatives au plan national et interprofessionnel.»

Il sera intéressant d'établir des bilans d'étapes:

- dans quelle mesure des embauches dites nouvelles se sont traduites par des emplois réellement nouveaux?

- quelles conséquences sur les relations de travail de la période de deux ans qui n'est ni une période d'essai ni une période à durée déterminée?

- quel impact sur l'évolution du droit et le devenir du code du travail ?

- quel impact sur la production judiciaire puisqu'il est doré et déjà certain que la sécurisation totale d'un employeur qui n'aurait jamais à s'expliquer devant un juge est un leurre? (Cf. Semaine social Lamy, 3 oct. 2005, «CNE, vous avez dit sécurisation», par P. et P. Bouaziz).

A - L'emploi

La base de l'argumentation tendant à justifier la création de ce contrat ultra-précaire repose sur un sophisme psychologique :

- il existe notamment dans les petites et moyennes entreprises un gisement potentiel d'emplois inexploités ;

- le motif du refus d'embaucher de ces employeurs résulte des difficultés qu'ils rencontreraient pour rompre un CDI ;

- même si ces difficultés ne sont pas réelles et même si les statistiques démontrent le contraire, il n'en reste pas moins que le blocage psychologique empêche ces employeurs d'offrir les emplois disponibles ;

- conclusion : inventons une libération de l'employeur pendant deux ans pour lever toute crainte relative à la rupture du contrat de travail et à une explication devant les juges.

Dans ce cadre-là, la discussion devient impossible lorsque l'on quitte la réalité pour passer au fantasme. Ce n'est pas le lieu aujourd'hui de discuter quel sera l'impact sur l'emploi de ce nouveau contrat. On en est à spéculer sur les effets éventuels du contrat. Des arguments très basiques sont énoncés, notamment par la direction de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises : «Nous sommes deux millions cinq cent mille petites entreprises de moins de vingt salariés. Si chacun d'entre nous n'embauche qu'un seul salarié cela fera deux cent cinquante mille chômeurs en moins.»

Certes l'employeur aura plus de liberté, mais comment sera utilisé le mécanisme pour le contraindre à utiliser sa liberté nouvelle pour des emplois nouveaux ? Si, en d'autres temps, on a pu discuter sans fin des incidences sur l'emploi de la réduction du temps légal de travail, en revanche il n'y a guère eu de discussion pour constater que la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, pour motif économique, n'a pas généré d'emplois supplémentaires malgré les promesses qui n'étaient pas des prévisions. Méfions-nous donc tant des prédictions que des prévisions en l'espèce.

Si on peut en avancer une, ce serait de prévoir qu'il n'y aura que très peu d'impact sur l'emploi : un employeur d'une entreprise de vingt salariés au plus, qui envisage d'embaucher avec un CDI classique ou un CDD, choisira évidemment, ce qui est indiscutablement son intérêt, un CNE. Il est extrêmement difficile de prévoir le volume des embauches supplémentaires. Un peu comme «la mauvaise monnaie chasse la bonne», on peut craindre que le CNE chasse en grande partie les deux autres contrats et, effectivement, si dans les années à venir des emplois sont créés, ils seront le fait pour l'essentiel de la politique économique pour créer une véritable croissance.

En revanche, on peut raisonnablement craindre que si la conjoncture crée de l'emploi, l'employeur en profite pour étendre la précarité. S'il est vraisemblable que le principe des vases communicants va s'appliquer aux entreprises de moins de vingt salariés, le CNE étant choisi de préférence au CDD et aux missions d'intérim, par contre, il sera particulièrement intéressant d'examiner l'évolution de l'emploi dans les petites entreprises

n'ayant aucun salarié. Les statistiques indiquent qu'il en existerait 1,5 million sur les 2,5 millions recensés occupant vingt salariés au plus. A la question «peut-on faire un CNE pour remplacer un salarié absent», le ministre de l'Emploi répond affirmativement, démontrant ainsi la captation par le CNE du champ d'application des CDD (question 22). Lorsque les chiffres seront connus, il y aura lieu de les rapprocher de ceux du flux et du reflux des embauches et des débauchages. Avant l'ordonnance, 70% des nouveaux contrats étaient des CDD. Selon que l'on inclura le CNE dans la catégorie des CDI, ce pourcentage chutera, mais si le CNE est classé honnêtement dans les contrats précaires, ce chiffre explosera.

Ce qui importe n'est pas le nombre des CNE conclus, mais le nombre d'emplois nouveaux. Dans son dépliant publicitaire pour vendre le CNE aux employeurs, le ministre de l'Emploi est particulièrement clair : «Pour le moment, vous préférez donc résoudre au cas par cas vos pics d'activité, en recourant à des CDD ou au travail temporaire. Le contrat nouvelles embauches est fait pour les entreprises comme la vôtre.» Déjà au cours des débats sur la loi d'habilitation, M. Claude Dubernard, rapporteur, prévoyait que : «Le contrat nouvelles embauches se substituera non à un hypothétique CDI de droit commun mais plus vraisemblablement à un emploi temporaire.» (rapport p. 37).

B - Le contrat

1 - La marginalisation du contrat

Certes le code du travail a pris de l'embonpoint. Il s'agit de le simplifier et de le rendre plus clair. Les dernières initiatives législatives gouvernementales ne vont guère en ce sens. Si l'ordonnance ne va pas alourdir le code du travail lui-même puisque le texte ne sera pas codifié et sera relégué dans les annexes, en revanche, la création de ce nouveau contrat de travail atypique ne va guère simplifier les choses. Les contrats de travail étaient jusqu'à présent régis par les dispositions du code civil et du code du travail. On pouvait à peu près correctement naviguer dans le livre Ier intitulé «Conventions relatives au travail». Le titre II disait à peu près tout ce que l'on devait savoir à propos du «contrat de travail».

Après une référence générale et révérencieuse au code civil (art. L. 121-1 c. trav.), le contrat de travail était décliné en fonction de sa durée, en durée déterminée (section 1) et durée indéterminée (section 2). Au sein de chacun de ces deux contrats, étaient précisées les conditions d'une éventuelle période d'essai.

Certes, depuis des dizaines d'années, des nouveaux contrats ont été conçus. Mais il s'agissait de contrats à finalité précise et compréhensible parés de titres prestigieux faisant rêver. Le nombre impressionnant de ces contrats a été relevé par Emmanuel Dockès (Dr. soc. 2005, p. 835). Reprenons son énumération : «Aux contrats «initiative-emploi», «emploi-solidarité», «local d'orientation», «vendanges», «de retour à l'emploi», «d'accès à l'emploi», «d'emploi consolidé», «de conversion», «de professionnalisation», ou «d'insertion revenu minimum d'activité», se sont ajoutés rien qu'au cours de l'année 2005 les contrats «d'accompagnement dans l'emploi», «d'avenir» [l'avenir ayant récemment été réduit de deux ans à six mois], «d'insertion dans la vie sociale», «de mission à l'exportation», et de «volontariat de solidarité internationale». Le dernier-né est le contrat nouvelles embauches du 2 août 2005.

Cette fois-ci nous sommes dans le cadre d'un contrat de troisième type: ni CDI période d'essai ni CDD. Le champ de l'application est particulièrement vaste puisqu'il vise 2,5 millions d'entreprises employant déjà 30% de l'emploi salarié. Le déplafonnement des «vingt salariés» est déjà dans les tuyaux de la revendication patronale. Le MEDEF revendique un élargissement à toutes les entreprises de cette merveilleuse période de deux ans au sein de laquelle les relations de travail sont en apesanteur. Certes le Premier ministre, répondant au président de l'UMP, qui suggérait l'extension du CNE au-delà de l'effectif retenu par l'ordonnance du 2 août 2005, répliquait: «L'idée de transférer le CNE aux grandes entreprises n'est pas à l'ordre du jour». L'important dans cette déclaration est la référence à l'ordre du jour et à un engagement très limité dans le temps (selon *le Figaro* du 5 sept. 2005).

2 - L'impact sur les conditions de travail et la santé

Le phénomène du «stress» dans les relations de travail et sa conséquence sur la santé psychologique du salarié est maintenant bien connu. Ont été analysées, notamment, les différentes étapes du parcours du demandeur d'emploi: stress de la recherche infructueuse d'emploi, stress de la visite de pré-embauche, stress du rejet de candidature, stress de l'acceptation de la candidature assortie d'un contrat précaire, stress du contrat à durée indéterminée pendant la période d'essai.

Bien évidemment le CDI comporte suffisamment de zones de précarité pour voir surgir à nouveau les conséquences du stress. Mais avec la «période d'embauche», c'est un autre type de stress que l'on peut voir surgir. Jusqu'à présent, l'embauche était vécue comme un moment comportant des préliminaires et une suite. Avec la période d'embauche, ce moment dure deux ans. C'est une période accumulant tous les inconvénients de toutes les précarités. Le salarié vivra la période d'embauche comme un CDD d'un jour quotidiennement renouvelable. Sans parler des difficultés que rencontrera un salarié sous CNE avec un bailleur ou un banquier. Comment cette période sera-t-elle vécue?

En matière de stress, il n'y a pas de règle générale, les réactions physiques propres à chaque individu pouvant transfigurer ce stress en excitant créateur. Mais, malheureusement, il y a également le stress destructeur de la personnalité, phénomène sur lequel le rapport à venir devra nécessairement présenter une analyse. Dans ce genre d'épreuve, l'assistance de la collectivité des salariés et plus particulièrement de la collectivité organisée est primordiale. La place du collectif avant le CNE était bien faible voir inexistante dans les PME. Qu'en restera-t-il avec l'hyper-précarité du CNE? Le roi est nu.

Le rôle du médecin du travail, dans ses entreprises de moins de vingt salariés dans lesquelles la représentation du personnel n'est pas très présente, sera essentiel. Malgré la loi qui réduit la visite annuelle obligatoire en la passant d'un rythme d'un an à celui de deux ans, il n'en reste pas moins que les autres missions

de la médecine du travail avec visite à la demande du salarié et bilan de santé resteront essentielles.

Mais au-delà de ces enjeux immédiats apparaît un enjeu plus fondamental.

C - Le pacte social

Le pacte social depuis le début du XIXe siècle est fondé sur le concept du contrat, y compris pour les relations de travail, marqué par la liberté des conventions, de la rencontre de deux volontés autonomes, mais avec dès l'origine une réserve fondamentale: «les conventions légalement formées». L'évolution du contrat dans les domaines marqués par l'inégalité des deux contractants a vu prospérer le contenu du «légalement» dans un but de protection du plus faible, non seulement en droit social, mais peut-être plus particulièrement en droit social.

Depuis la première intervention restreignant la liberté contractuelle interdisant au *pater familias* d'user de son autorité parentale pour conclure un contrat mettant au travail l'enfant qui est sous son autorité jusqu'à une période encore toute récente, qui a sans doute culminé avec la loi du 13 juillet 1973 sous le gouvernement Pierre Messmer et qui s'est poursuivi avec les lois Auroux, le contrat de travail était marqué par son double aspect de libéralisme et de protection.

Au moment de la conclusion du contrat, l'employeur s'adosse à la liberté d'entreprendre, au pouvoir d'organisation et de direction, et le salarié apporte dans sa besace son statut de salarié qui vise à l'équilibre souhaitable. Un autre élément du pacte social réside dans la confiance faite au juge pour réguler les conflits. Ce rôle du juge a été diabolisé sous le nom de «juridiciarisation».

Le rapporteur de la loi d'habilitation à l'Assemblée nationale, M. Claude Gaillard, dans son rapport (p. 103) justifie le futur contrat nouvelles embauches par la formule suivante: «... La crainte d'avoir à justifier éventuellement devant un juge du motif du licenciement - donc d'avoir à dévoiler devant des tiers la vie de son entreprise - «est un des freins à l'embauche.» Au cours des débats, le président de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales surenchérisait (J.-M. Dubernard, p. 4034): «Les conditions de rupture seront assouplies. Il s'agit de libérer l'employeur de la crainte des procédures et des risques propres à la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.»

Le contrat nouvelles embauches, même s'il n'y a pas abouti, marque la volonté d'évincer le juge et en conséquence d'aggraver le déséquilibre entre les parties. Quel sera donc l'impact sur les mentalités et les rapports sociaux de ce nouveau concept? Au-delà des optimistes ou des pessimistes, l'important est d'être vigilant. Il arrive que, lorsque l'on veut expulser par la grande porte le droit, celui-ci revienne en tornade par la fenêtre. ■

Le contrat « nouvelles embauches » est censé répondre aux impératifs de sécurisation et de simplification. L'étude minutieuse de son régime révèle des difficultés d'application considérables. Inventaire et analyse des contentieux prévisibles.

CNE: vous avez dit « sécurisation » ?

Paul Bouaziz et Pierre Bouaziz, Avocats au barreau de Paris*

Le salarié et l'employeur peuvent trouver dans le CNE une réponse à leurs besoins. Pour le salarié en quête d'emploi, trouver une embauche, même dans un cadre d'ultraprécarité, répondra à un besoin vital d'avoir un travail et un salaire.

Pour l'employeur d'une entreprise de 20 salariés au plus, il trouvera dans le CNE les facilités de conclusion d'un contrat de travail et les facilités d'une rupture non motivée, infiniment supérieures au régime d'un CDD ou de la période d'essai d'un CDI. Les charges financières sont plutôt raisonnables.

Mais surtout – argument essentiel de la vente par certains du CNE –, il sera « sécurisé ». Il est promis à l'employeur que le contrôle du juge sur son comportement sera réduit à l'extrême. Ce dernier argument est particulièrement dangereux, car il est loin de correspondre à la réalité.

L'ordonnance du 2 août 2005 a placé le CNE en marge du Code du travail, mais pas totalement. Les conditions de conclusion du CNE ne sont pas claires et une large marge d'interprétation sur le sens de la « nouveauté » demeure.

Sans faire œuvre de droit-fiction, on peut très raisonnablement envisager la typologie du contentieux prévisible.

Déjà le législateur au cours des débats parlementaires ne se faisait guère d'illusion sur la « sécurisation » totale de l'employeur rompant le contrat de travail et prévoyait que la place du juge resterait presque intacte même si elle était réduite. L'absence totale de risque et une garantie sans faille ne sont pas de ce monde.

C'est ainsi que M. Alain Gournac, dans son rapport au Sénat (p. 20 et 21), relève que « le contrôle des tribunaux ne pourrait porter que sur un éventuel abus de droit, constitué en cas de légèreté blâmable de l'employeur ou d'intention de nuire démontrée. On observe que le contentieux était rare, avant 1973, dans la mesure où il était difficile pour les salariés d'apporter "la preuve d'un abus dans l'exercice d'un droit qui n'a pas à être causé" (A. Mazeaud, *Droit du travail*, 2^e éd., Montchrestien, p. 199) ».

Il ne s'agit-là que d'une première piste de recherche des difficultés d'interprétation et d'application de l'ordonnance. En effet, l'autorisation donnée à l'employeur de rompre le CNE sans avoir à motiver ne l'exonère cependant pas d'avoir à se justifier devant un juge dans un certain nombre de cas.

1 À PROPOS DE L'INAPPLICABILITÉ DE L'ORDONNANCE DU 2 AOÛT 2005

Un premier type de contentieux est prévisible. Il est constant que les juges se doivent de respecter les

conventions et traités internationaux de valeur supérieure aux textes nationaux. Ce principe a été rappelé dans un arrêt particulièrement médiatisé de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'occasion de l'assistance d'un plaideur devant le conseil de prud'hommes par un défenseur syndical qui était, par ailleurs, conseiller prud'homal (*Cass. soc.*, 3 juill. 2001, n° 99-42.735, *Bull. civ. V*, n° 247). Le texte législatif parfaitement clair n'interdisait un tel cumul que pour un conseiller prud'homal se présentant devant sa chambre ou sa section. La Cour de cassation a écarté les dispositions de l'article L. 516-3 au profit de la norme supérieure du procès équitable (*CEDH*, art. 6-1) et a annulé le jugement rendu en violation de ce droit fondamental.

Ce principe est-il applicable au CNE ?

Si on se réfère aux normes internationales, le problème se pose en ces termes :

- l'expression « licenciement » s'applique à toutes les ruptures à l'initiative de l'employeur ;
- toute rupture doit respecter les règles protectrices du salarié ;
- il ne peut être dérogé à la règle précédente que pendant une période dénommée période d'essai, « à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ».

Que l'on se réfère aux règles fixées par l'Organisation internationale du travail (*Convention n° 158 du 22 juin 1982 sur le licenciement*, art. 2, § 2-b) ou à celles reprises par la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (*annexe*, art. 24, § 2-b), il apparaît que la dérogation est enfermée dans le concept de « délai raisonnable ».

Les juges auront donc à se poser la question de savoir si la période, non dénommée par l'ordonnance mais communément dénommée par les pouvoirs publics « période d'embauche », doit être renommée « période d'essai aménagée » et si cette période de deux ans est « raisonnable » (cf. K. Bertbou, *Semaine sociale Lamy*, n° 1224, p. 8).

2 À PROPOS DE LA REQUALIFICATION DU CNE

La question de la requalification d'un CNE en CDI se posera dans différentes hypothèses relatives à sa rupture dans le délai de deux ans ou à sa conclusion (activité de l'entreprise, modalités et moment du calcul de son effectif, nature des emplois concernés, formes du contrat, conditions de coexistence avec d'autres types de contrats, notion de « nouvelles embauches », modalités et délais de rupture).

* Les auteurs remercient M^{lle} Émilie Morin, élève avocate promotion 2005, stagiaire en leur cabinet, qui a participé activement et très efficacement à la rédaction de cet article.

► L'activité de l'entreprise

Le champ d'application de l'ordonnance est extrêmement large :

- sont incluses toutes les entreprises visées à l'article L. 131-2, al. 1, du Code du travail (*chapitre I, titre III, « Champ d'application des conventions et accords collectifs »*);
- en sont exclus l'employeur public (entreprises publiques et Epic), les entreprises adaptées et les centres de distribution de travail à domicile;
- d'après le ministre de l'Emploi, les « particuliers employeurs » en seraient exclus alors que l'article L. 131-2, al. 1, vise expressément les « employés de maison ». L'avis du ministre dans sa réponse (*questions-réponses, n° 1; Semaine sociale Lamy, n° 1226, p. 2*) reprend la position qu'il avait prise au cours des débats sur la loi d'habilitation (*JO AN CR 1^{er} juill. 2005, p. 4155*). Mais il semble bien que les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas formalisé cette exclusion.

En revanche, il est clair, compte tenu de la rédaction de l'ordonnance, confirmée cette fois-ci par les débats parlementaires, que c'est bien l'entreprise qui doit être retenue et non ses établissements distincts (*JO AN CR, précité, p. 4154*).

Il a été soutenu que peuvent conclure des CNE les entreprises de 20 salariés au plus appartenant à un groupe ou à une unité économique et sociale, dans la mesure où il s'agit de sociétés juridiquement distinctes. En ce qui concerne l'UES en particulier, cette théorie semble difficilement soutenable puisque sa finalité est justement de reconstituer l'entreprise au sein de laquelle peuvent être définis des établissements distincts.

Plus complexes seront les problèmes posés par un CNE passé par un groupement d'employeurs pour la mise à disposition d'un salarié dans une entreprise membre (*C. trav., art. L. 127-1*). Si l'on se réfère à la qualité de l'employeur, celui-ci est exclu de l'énumération de l'article L. 131-2, alinéa 1, et si l'on se réfère à l'entreprise accueillante, elle peut parfaitement entrer dans le champ d'application visé par ce texte.

► L'effectif de l'entreprise

La preuve de la condition d'effectif incombe à l'employeur (*Cass. soc. 18 avr. 2000, n° 97-44.925; Cass. soc. 27 mai 1998, n° 97-60.048*).

La condition de l'effectif de 20 salariés au plus pour déterminer les entreprises autorisées à conclure un contrat nouvelles embauches renvoie à une notion classique de seuil. Le droit du travail, de la sécurité sociale, et le droit fiscal notamment, comportent un nombre important de références quant aux droits et obligations, différentes selon que l'entreprise est au-dessous ou au-dessus d'un certain effectif.

En l'espèce, le seuil a été fixé à 20 salariés.

C'est plus que les 11 requis pour l'organisation des élections des délégués du personnel et moins que les 50

pour celles du comité d'entreprise et pour la mise en place du CHSCT. C'est plus que les 11 prévus par l'article L. 122-14-5.

La petite ou moyenne entreprise apparaît donc comme étant à géométrie variable.

Le calcul de l'effectif. Celui-ci ne comporte pas de difficulté particulière. Ses modalités sont régies par l'article L. 620-10, créé par l'ordonnance du 24 juin 2005, relative à la simplification du droit, complétée par celle du 2 août 2005 (excluant, jusqu'au 31 décembre 2007, les salariés embauchés à compter du 22 juin 2005 et âgés de moins de 26 ans jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge).

D'autres dispositions excluent certains salariés: les apprentis (*C. trav., art. L. 117-11-1*), les salariés sous contrats aidés. Les juges ont appliqué sans difficultés ces dispositions.

Les salariés engagés sous CNE sont inclus dans l'effectif, sauf s'ils en sont exclus par l'application d'un des textes précités. Les problèmes se poseront quand il y aura lieu de fixer le moment à retenir pour calculer l'effectif.

Le moment ou la période de référence pour calculer l'effectif. Pour le calcul des effectifs des DP, du CE et du CHSCT, il est retenu le principe d'une période, celle-ci étant de 12 mois, consécutifs ou non, durant les trois dernières années.

En revanche, pour les règles relatives au contrat de travail et à sa rupture, la formule utilisée est différente. L'article L. 122-14-5 exclut le salarié du bénéfice des dispositions de l'article L. 122-14-4 (indemnisation forfaitaire minimale en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse) lorsqu'il est employé dans une entreprise occupant « habituellement » moins de 11 salariés.

L'adverbe « habituellement » devait nécessairement être interprété par les juges, qui ont retenu que « l'appréciation de l'effectif habituel doit se faire au jour du licenciement » (*Cass. soc., 27 mai 1992, n° 89-42.593, Bull. civ. V, n° 346*), c'est-à-dire « à la date de la présentation de la lettre de licenciement » (*Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-40.773, Bull. civ. V, n° 49*).

En ce qui concerne le CNE, et la détermination du seuil de 20 salariés, la formule « habituellement » n'est pas utilisée. On peut cependant, compte tenu des finalités parallèles des deux textes, considérer que la jurisprudence applicable à l'article L. 122-14-5 sera pour déterminer le moment d'appréciation de l'effectif, condition de validité essentielle du CNE. C'est donc le jour de la signature du contrat qui devrait être retenu (*cf. position du ministre, questions-réponses, n° 10*).

L'effet pervers de cette règle peut conduire à des signatures simultanées de plusieurs CNE tous valides puisque conclus le jour où l'effectif n'était pas encore dépassé.

Les calculs divers et compliqués de l'effectif peuvent conduire à des situations en apparence caricaturales,

mais conformes au texte. Ainsi, Emmanuel Dockès relève que, «*désormais, le jeune de moins de 26 ans comptera pour rien dans le calcul des seuils. On peut imaginer une entreprise composée majoritairement de jeunes de moins de 26 ans dans la restauration ou les centres d'appels, par exemple. Sous réserve des dispositions transitoires, une telle entreprise pourra compter une centaine de salariés sans être tenue d'avoir un CE. Elle pourra aussi organiser le licenciement en bloc de 80 personnes sans mettre en place un PSE*» (Dr. soc. 2005, p. 835).

► Les emplois exclus

Selon l'ordonnance, les seuls emplois « interdits » sont les emplois saisonniers et ceux réservés aux CDD d'usage. La notion de « saison », déjà visée dans les textes relatifs aux CDD et à l'intérim, a été donnée par la chambre sociale de la Cour de cassation : «*Le caractère saisonnier d'un emploi concerne des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs*» (à propos du CDD : Cass. soc., 12 oct. 1999, n° 97-40.915, Bull. civ. V, n° 373 ; pour l'intérim : Cass. soc., 9 mars 2005, n° 02-44.706, Bull. civ. V, nos 613 à 617).

L'ordonnance exclut, sur le même plan que les emplois saisonniers, les emplois pour lesquels il est d'usage de conclure des CDD. La formule laisse perplexe : si dans le premier cas il est clair qu'un emploi pour une saison correspond à une définition stricte, en revanche, pour la seconde catégorie, ce n'est pas par rapport à un emploi que l'exclusion est prévue, mais par rapport à un usage d'utilisation de CDD pour des secteurs d'activité. Il s'agit de ceux énumérés à l'article D. 121-2 du Code du travail, dans un domaine où la jurisprudence est particulièrement évolutive et contradictoire.

► L'exigence d'un contrat écrit

L'article 2, alinéa 1, *in fine* exige que le CNE soit établi par écrit. La sanction de la violation de cette obligation est celle déjà prévue dans les autres contrats atypiques qui doivent être écrits, faute de quoi ils sont requalifiés en CDI à temps plein.

Une seule exception pourrait être retenue, à l'occasion de l'utilisation du chèque-emploi pour les TPE (très petites entreprises), créé par une autre ordonnance du 2 août 2005 et prévoyant qu'avant son utilisation, l'employeur doit remplir un volet d'identification du salarié, signé par les parties et contenant de nombreux renseignements, dont la mention « CNE ». Le décret d'application de cette ordonnance (D. n° 2005-1041, 26 août 2005, JO 27 août, Semaine sociale Lamy, n° 1227, p. 4) prévoit que ce document « vaut contrat de travail ». Si l'obligation d'avoir un écrit se trouve remplie par la rédaction et la signature de celui-ci, en revanche, l'antériorité du contrat au regard du premier jour travaillé posera problème, puisque la seule obligation pour l'employeur est de le trans-

La règle selon laquelle le respect de la condition d'effectif s'apprécie au jour de la signature du CNE pourrait produire des effets pervers

mettre « sans délai au salarié » (pour les difficultés d'applications, cf. F. Bousez, JCP social, n° 1170).

► La coexistence du CNE avec d'autres contrats spéciaux

Le problème se posera de savoir si un CNE conserve sa qualification de régime particulier de l'ordonnance du 2 août 2005 s'il est conclu en même temps qu'un autre contrat spécial ou si, tout au contraire, ce « mariage » conduit à une requalification de plein droit en CDI ordinaire.

Différentes hypothèses peuvent se présenter.

Avec un contrat aidé. Le ministère de l'Emploi a répondu par l'affirmative : «*OUI. À condition que le contrat soit conclu pour une durée indéterminée. Le CNE est alors soumis aux règles du Code du Travail propres à ces contrats aidés, en particulier celles qui prévoient le reversement des aides perçues dans certains cas de rupture*» (questions-réponses, n° 5).

On peut retenir que, de façon générale, les dispositions du Code du travail contenant des aides au profit du salarié ou au profit de l'employeur dans le cadre du retour à l'emploi sont applicables, au même titre que toutes les règles relatives à l'exécution du contrat de travail. La finalité du texte étant d'éliminer quasiment tout encadrement de la rupture, l'ordonnance du 2 août 2005 n'a pas d'impact sur tout ce qui n'est pas rupture.

Avec le chèque-emploi pour les TPE. Il apparaît que le cumul, en soi, ne devrait pas poser de problème particulier, même si l'empilement des deux textes conduit à un double seuil au sein du CNE : 5 salariés au plus pour un CNE avec chèque-emploi et 20 salariés au plus pour les autres.

De surcroît, la date d'appréciation de l'effectif pour pouvoir utiliser le chèque-emploi est le 31 décembre de l'année précédant l'adhésion au service chèque-emploi pour les TPE (ou, pour les entreprises nouvellement créées, la date à laquelle elles demandent à adhérer au service) et non la date de signature du volet d'identification du salarié.

Enfin, si l'adhésion de l'employeur se fait en cours de CNE, la difficulté ci-dessus évoquée en cas de simultanéité ne se posera pas.

► Nouvelle embauche, nouvel emploi

Beaucoup plus difficile est le problème de la définition de la « nouvelle embauche » par rapport à l'emploi. Le nom du contrat soulève des problèmes essentiels.



●●● Certes, il a été dit et redit que ce contrat devait inciter à embaucher. Pour s'en tenir à l'interprétation de l'ordonnance en tant que source de droit quelques questions demeurent.

- Quelle signification donner à la dénomination du contrat? Il ne s'agit pas d'embauches nouvelles, mais de nouvelles embauches. S'agit-il d'une simple inversion à caractère poétique ou cela a-t-il une signification? Si oui, laquelle?

- À qui s'applique «nouvelles embauches»? Au salarié embauché ou à l'employeur qui embauche? À l'évidence, ce ne peut être le salarié dont la situation avant cette embauche est indifférente au regard de la validité du contrat, à l'exception très marginale du même salarié qui ne peut être embauché, dans la même entreprise, sans respecter un délai de carence de trois mois.

- Du côté employeur comment définir la nouveauté dans l'embauche?

- Faudrait-il établir le bilan des embauches précédentes pour déterminer s'il s'agit bien d'une nouvelle embauche par rapport à l'effectif habituel?

- Que se passerait-il si l'employeur, après le départ naturel d'un salarié, embauchait pour occuper l'emploi laissé vacant: s'agirait-il d'une nouvelle embauche ou d'une embauche de remplacement?

- Et pour le cas où des contrats de travail à durée déterminée viendraient naturellement à échéance, pourrait-on embaucher, pour le même emploi, sous «nouvelles embauches» (sauf évidemment pour les contrats saisonniers et CDD d'usage) et où se nicherait alors la nouveauté?

- Les missions d'intérim? Même problème, mêmes questions.

- En cas de rupture d'un CDI de droit commun à l'initiative de l'une ou de l'autre des parties, pourrait-on faire occuper par un «nouvelles embauches» la chaise laissée vacante? Jusqu'où pourrait aller le jeu des chaises musicales?

- Mieux encore s'il s'agit d'une rupture d'une période d'essai de droit commun, peut-on enchaîner un contrat «nouvelles embauches»?

Toutes ces interrogations conduiront nécessairement le juge à définir de façon plus précise l'objet du CNE. Il sera naturellement tenté de dire que si à l'occasion d'un CNE il apparaît qu'aucun nouvel emploi n'est créé au sein de l'entreprise, il y a détournement de finalité.

Cette interprétation peut d'ailleurs se trouver confortée par la réponse du Premier ministre lui-même. Celui-ci, ajoutant au texte de l'ordonnance, à propos du renouvellement, conditionne clairement le renouvellement du CNE, après la période de carence entre deux contrats, au fait que l'entreprise connaisse «un nouveau pic d'activité» (cf. le site du Premier ministre : *la bataille pour l'emploi*).

Dans cet esprit, «nouvelle embauche» a pour équivalent nouvel emploi. Si cette définition était effectivement retenue, les cas d'ouverture à requalification du CNE en CDI de droit commun pourraient s'avérer assez nombreux, sauf évidemment pour le 1,4 million d'entreprises qui ne comptaient aucun salarié.

► La rupture hors délais

Un dernier cas d'ouverture de requalification du CNE en CDI est celui rencontré dans l'hypothèse où l'employeur notifie la rupture à une date tardive en raison des contestations sur le calcul des délais, qui sera traité ci-après.

3 À PROPOS DU NON-RESPECT DES DÉLAIS

Les contentieux relatifs aux délais se situeront nécessairement à différents niveaux :

- d'abord, il y aura lieu de déterminer le point de départ d'un des délais prévus par l'ordonnance (début du contrat, début de la prescription, délai de carence entre deux CNE);

- se posera ensuite le problème de l'expiration du délai (ouverture du droit à un préavis, fin de la période de rupture sans motif);

- enfin, la sanction des violations de ces délais portera sur la requalification en CDI, le droit au délai de prévenance et à l'allocation forfaitaire.

► Point de départ et fin du CNE

Ce ne sera qu'au bout de deux ans que le salarié embauché sous CNE se verra appliquer en sa totalité le Code du travail. Il est donc important de déterminer la nature de ce délai et de fixer ses points de «départ» et «d'arrivée».

Le délai de deux ans est un délai préfix, insusceptible de suspension ou d'interruption. Il ne peut en effet être concevable qu'un employeur puisse repousser la date à laquelle le salarié cessera d'être en situation de précarité maximum.

En ce qui concerne le «point de départ» des délais, l'ordonnance vise la date de conclusion du CNE. Celle-ci peut être différente du premier jour travaillé. Cette distinction va conduire à des difficultés d'application qui constituent de véritables offenses au bon sens. Sauf à considérer que l'expression «conclusion» est détachable de la date de signature du contrat et correspond au premier jour d'exécution de celui-ci, on peut déjà relever les difficultés que le juge aura à trancher.

Le premier contentieux prévisible est celui relatif à la requalification du CNE en CDI du fait du non-respect du délai offert à l'employeur pour rompre le

CNE. En ce qui concerne la computation des délais, les dispositions des articles 641 et 642 du nouveau Code de procédure civile s'appliqueront sans difficultés. En revanche, la détermination de la date à laquelle, avant l'expiration du délai de deux ans, la rupture doit intervenir, devra être examinée.

1° Si l'employeur, qui doit un préavis d'un mois au salarié, notifie sa rupture moins d'un mois avant la date limite (c'est-à-dire le terme des deux ans), la rupture devrait être déclarée inopérante aux termes de l'ordonnance du 2 août 2005 et constituerait un licenciement avec les conséquences de droit.

En effet, le préavis doit être inclus dans la période d'essai aménagée, c'est-à-dire qu'il doit être effectué avant l'expiration de la période maximale de deux ans. La solution est identique si le salarié est dispensé d'exécuter le préavis.

Cette logique peut sembler en contradiction avec l'application de l'article 2-2° du texte, qui place la rupture et le point de départ du préavis à la présentation de la lettre recommandée. L'employeur pouvant soutenir, sur la base de ce texte, que sa seule obligation pour éviter que le CNE se transforme en CDI classique est de notifier la fin du CNE avant l'expiration du délai de deux ans, peu important que le préavis soit effectué après les deux ans.

Le juge aura à mettre en œuvre ou à écarter l'application, à la lettre, de ce texte dans le cas où il aboutirait à une aberration : une rupture quelques jours avant la fin de la période de deux ans serait néanmoins valable, alors que le salarié sera toujours sous CNE pendant la durée d'un mois du préavis, c'est-à-dire après le délai de 2 ans.

2° Si le contentieux porte sur l'amplitude de cette période maximale de deux ans, lorsque l'employeur a estimé que deux ans devaient être deux ans utiles, et qu'il considère que le point de départ ne pouvait être que le premier jour de travail, et si le juge retient à la lettre la définition de la conclusion du CNE, on retombera inmanquablement dans l'hypothèse de la rupture tardive et d'un licenciement de droit commun.

► Point de départ du délai de préavis

C'est la présentation de la lettre recommandée qui fait courir le délai de préavis (art. 2-2°), dont la durée varie de 0 jour à 1 mois en fonction de l'ancienneté. Si ce délai n'est pas respecté, et s'il se situe néanmoins à l'intérieur de la période de 2 ans moins 1 mois (*hypothèse ci-dessus examinée*), la sanction sera l'allocation de dommages et intérêts correspondant au préavis non effectué ainsi qu'à la réparation des préjudices subis (perte d'un droit prévu en fonction de l'ancienneté).

Dans ce cas de figure, la rectification du calcul des délais n'a aucune conséquence sur la requalification du CNE en CDI.

La conclusion d'un CNE en dehors de toute création d'emploi revient à détourner le contrat de sa finalité

► Point de départ du délai de carence entre deux contrats

L'article 2 de l'ordonnance qui traite de la rupture du CNE dispose que :

« 1° La rupture est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;

« 2° Lorsque l'employeur est à l'initiative de la rupture, [...] la présentation de la lettre recommandée fait courir [...] un préavis ».

Aux termes de cet article, la date de la rupture qui est prise en compte est celle fixée par la présentation de la lettre recommandée, peu important que les relations de travail se poursuivent jusqu'à la fin du délai de prévenance.

Si cette disposition ne porte pas à conséquence pour le droit au délai de prévenance, qui est calculé à la présentation de la lettre recommandée, et pour le montant de l'indemnité de 8 %, qui est calculée sur le total des rémunérations brutes perçues, en revanche, le problème devra être résolu pour le moment à prendre en compte pour le dépassement ou le non-dépassement de la période de 2 ans.

Le problème se posera par contre pour le délai de carence.

Il résulte de l'article 2 de l'ordonnance que « en cas de rupture du contrat, à l'initiative de l'employeur, au cours des deux premières années, il ne peut être conclu de nouveau "CNE" entre le même employeur et le même salarié avant que ne soit écoulé un délai de 3 mois à compter de la rupture du précédent contrat ».

Le texte n'est guère interprétable, bien que contraire au simple bon sens : un délai de carence ne peut se concevoir qu'à compter de la fin du contrat jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat, faute de quoi les trois mois visés par l'ordonnance seront automatiquement amputés du préavis qui peut aller jusqu'à un mois.

Si par extraordinaire on détachait le CNE du concept de nouvel emploi et si de surcroît le calcul du délai de carence se faisait au regard du début du préavis, on peut imaginer sans difficulté un contrat précaire à durée perpétuelle, chaque période de travail étant interrompue par une courte période de carence de deux mois pour reprendre le cycle des deux ans.

Sauf si ce contrat de troisième type était prématurément exclu du droit du travail.

► Point de départ du délai de contestation de la rupture

D'après l'article 2-3°, alinéa 2, « toute contestation portant sur la rupture se prescrit par 12 mois à ●●●

●●● *compter de l'envoi de la lettre recommandée prévue au 1^o*». Cette fois-ci encore, en apparence, le texte est clair : il ne s'agit pas de la fin des relations de travail, il ne s'agit même pas de la date de présentation de la lettre de rupture, mais de la date d'envoi de cette lettre... sans doute pour assurer une sécurité la plus large possible.

4 À PROPOS DE L'APPRÉCIATION DE LA FAUTE GRAVE OU DE LA FORCE MAJEURE

En ce qui concerne la rupture, le contentieux portera sans aucun doute sur la faute grave éventuellement alléguée ou le cas de force majeure invoqué pour la privation du délai de prévenance et, uniquement en cas de faute grave, sur l'indemnité de 8 % des rémunérations brutes perçues équivalant à une indemnité de précarité.

5 À PROPOS DE LA RUPTURE ABUSIVE

Avant la loi du 13 juillet 1973, la rupture du contrat de travail par le licenciement présentait les mêmes caractéristiques que la rupture de la période dite d'embauche.

Dans la dernière édition des grands arrêts du droit du travail (*Dalloz*, 2004, p. 73), les auteurs ont eu la bonne idée de conserver et d'actualiser le commentaire de l'arrêt du 5 février 1872 (Chemins de fer de Lyon). Le salarié ne pouvait obtenir de dommages et intérêts pour licenciement abusif que si l'employeur s'était rendu coupable d'un fait précis constitutif d'abus. Même en l'absence de comportement fautif au moment de la rupture ou d'atteinte à des droits du salarié, l'employeur pouvait se voir reprocher sa légèreté blâmable.

Pour apprécier la légèreté, les tribunaux établissaient une comparaison entre la conduite de l'employeur et celle d'un employeur normalement diligent. C'est en gros la théorie du bon père de famille. Le comportement fautif de l'employeur ouvrait droit à des dommages et intérêts. La chambre sociale a souvent relevé la légèreté blâmable ouvrant droit à des dommages et intérêts.

C'est le même type de raisonnement juridique qui a ensuite été appliqué lorsque, durant la période d'essai, l'employeur était dispensé d'exposer et de justifier d'un motif de rupture constituant une cause réelle et sérieuse (*sur la notion de rupture abusive, voir G.-H. Camerlynck*, 2^e édition, §435 et s. : «*La constance jurisprudentielle et traditionnelle de la rupture abusive*» ; G. Lyon-Caen, «*La réforme du licenciement par la loi du*

13 juillet 1973», *Dr. soc.* 1973, p. 493 ; H. Sinay, *D.* 1972, *chr.*, p. 241 ; *Cass. soc.*, 5 oct. 1993, n°90-43.780, *Bull. civ. V*, n°223 ; *Cass. soc.*, 9 oct. 1996, n°93-45.668, *Dr. soc.* 1996, p. 1099 ; *Cass. soc.*, 6 déc. 1995, n°92-41.398, *Bull. civ. V*, n°330 ; *Cass. soc.*, 16 févr. 2005, n°02-43.402, *Bull. civ. V*, n°52).

Il est plus que vraisemblable que la rupture sans motif de la période d'embauche conduira les juges, aux vues des positions respectives des parties, à déterminer s'il y a eu abus de droit, détournement de pouvoir ou légèreté blâmable.

6 À PROPOS DE LA NULLITÉ DE LA RUPTURE

Si l'ordonnance prévoit expressément l'application des règles protectrices de certains statuts particuliers, des représentants du personnel (*art. 2-3^o, al. 4*), il n'en reste pas moins que cette indication n'est pas exhaustive et exclusive des autres règles de protection particulière ou de respect des droits fondamentaux.

► Pour violation des droits fondamentaux

La question a évidemment été traitée par le ministre de l'Emploi (*questions-réponses*, n° 38) : «*Y a-t-il des limitations aux possibilités de rompre un CNE pendant les deux premières années ? OUI. Les dispositions de l'article L. 122-45 qui interdisent les mesures discriminatoires ou le harcèlement sont applicables au CNE. Cet article prohibe notamment les licenciements fondés sur l'état de santé, les mœurs ou la race ou le sexe ou encore sur la participation à une grève*».

► Pour violation des droits des salariés spécialement protégés

Dans la même réponse, le ministre confirme : «*Par ailleurs, les règles particulières des articles L. 122-25 et suivants qui protègent les salariées en état de grossesse ou les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sont également applicables*».

► Pour violation des droits des représentants du personnel

Une autre question a été posée au ministre de l'Emploi : «*Les règles assurant une protection particulière aux salariés bénéficiaires d'une protection en lien avec un mandat représentatif ou syndical s'appliquent-elles lorsque celui-ci est en CNE ?*». Il y a répondu par l'affirmative : «*OUI. Ces salariés bénéficient de dispositions protectrices précisées par le Code du travail ou par des lois spécifiques dont l'ordonnance n'a pas entendu écarter l'application. L'employeur devra donc se soumettre à la procédure de demande d'autorisation préalable auprès de l'inspecteur du travail lorsqu'il envisage une rupture ou un transfert de*

CNE. Les salariés peuvent être, par exemple, des délégués du personnel, des candidats aux élections ou des salariés titulaires de mandats extérieurs à l'entreprise (conseillers prud'homaux...)» (questions-réponses, n° 39).

Aux termes du Code du travail (C. trav., art. L.122-14-4), toute rupture nulle ouvre droit à réintégration ou à indemnisation spéciale. La nullité de la rupture aura les mêmes conséquences que la nullité d'un licenciement.

7 À PROPOS DE L'AUTORISATION ADMINISTRATIVE DE RUPTURE

Quel sera donc le rôle de l'administration du travail dans le cadre de la rupture du CNE de salariés protégés ?

L'administration se doit pour les licenciements de contrôler la réalité et le sérieux du motif invoqué et également si ce motif ne cache pas une discrimination et s'il n'y a pas un lien avec le mandat.

Que va donc faire l'administration à l'occasion d'une rupture non motivée ? Sa compétence doit-elle être réduite à la seule recherche du lien avec le mandat ? Ne devra-t-elle pas nécessairement rechercher, derrière l'absence de motif, une éventuelle violation des droits fondamentaux tout comme le ferait également le juge prud'homal ?

Enfin, quel contrôle opérera la juridiction administrative sur une autorisation ou un refus d'autorisation de la rupture et quel serait l'impact de l'intervention de l'administration sur un contentieux prud'homal selon le principe de la séparation des pouvoirs ?

On peut supposer que la jurisprudence traditionnelle selon laquelle l'autorité de la chose appréciée par l'administration s'attache uniquement à l'étendue de son pouvoir d'appréciation s'appliquera, les autres chefs de contestation restant de la compétence prud'homale (Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-43.717, Bull. civ. V, n°207 ; Cass. soc., 27 oct. 2004, n°02-46.935).

8 À PROPOS DU CALCUL DU NOMBRE DES RUPTURES EN CAS DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Pour les mises en œuvre des procédures d'information et consultation, l'article L. 321-2 fixe à dix le nombre des licenciements envisagés. Bien que la rupture d'un CNE n'entre pas dans le champ d'application des licenciements pour motif économique, l'ordonnance

La rupture durant la période d'embauche pourra être sanctionnée au titre de l'abus de droit, du détournement de pouvoir ou de la légèreté blâmable

prévoit que leur nombre doit être pris en compte pour le calcul des dix licenciements envisagés.

La question a déjà été posée de savoir s'il y avait lieu de distinguer les ruptures de CNE pour motif personnel de celles pour motif économique pour ne retenir que ces dernières dans le calcul des dix. Cette source éventuelle de contentieux semble néanmoins peu raisonnable.

9 À PROPOS DE LA PRESCRIPTION

Aux termes de l'article 2-3° de l'ordonnance : « toute contestation portant sur la rupture se prescrit par douze mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée prévue au 1°. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans cette lettre. »

La situation a le mérite d'être claire : il s'agit d'une prescription et non d'une forclusion.

Comment interpréter la prescription relative au contentieux lié à la rupture du CNE ? *Stricto sensu*, il ne s'agirait que de contestation sur les modalités de la rupture et la violation des droits fondamentaux. Un contentieux relatif à la requalification du CNE en CDI ordinaire, en raison de la violation des conditions mises à sa conclusion, entrerait-il dans le cadre de la prescription ?

Une règle dérogatoire au droit commun, et notamment qui restreint le droit d'agir en justice, ne peut être interprétée que restrictivement. Il faut donc s'en tenir au seul contentieux dont la demande principale porte sur la rupture. En revanche, tout autre contentieux ayant des conséquences incidentes sur la rupture ne serait pas soumis à cette prescription et, notamment, tout le contentieux classique de la requalification.

Ainsi donc, il apparaît que le contentieux prévisible lié aux CNE ne se cantonnera pas aux cas prévus expressément par l'ordonnance d'une contestation de la rupture soumise à la prescription d'une année, mais de façon inéluctable portera également sur l'ensemble des règles de droit applicables aux CNE. ■

Des patrons pas encore sauvés des juges

Le contrat nouvelles embauches a suscité bien des débats et quelques études. Il a été décrit comme un « monstre juridique ».

Paul Bouaziz et Pierre Bouaziz ont publié deux analyses du CNE, d'une part, dans le recueil Dalloz (l'économie générale du texte et les enjeux) et, d'autre part, dans la Semaine sociale Lamy (le contentieux prévisible). Justice leur a demandé de préciser et de développer certains points de leur analyse.

Pierre et Paul Bouaziz
spécialisés en droit social, sont avocats au barreau de Paris.

Justice : *Le contrat nouvelles embauches prétend régler un certain nombre de problèmes d'emploi en s'appuyant sur les petites entreprises... mais, quels mécanismes met en œuvre ce contrat pour favoriser le réflexe d'embauche d'un petit patronat qui n'a pas nécessairement pour vocation, ou pour culture, de se préoccuper de cette dimension sociale ?*

Pierre et Paul Bouaziz : *Le contrat nouvelles embauches a été présenté, tant dans les discours de M. de Villepin que dans les différents rapports, comme un moyen pour permettre à des salariés qui n'y avaient pas accès de trouver un emploi. Le gouvernement est parti du postulat que les entreprises de 20 salariés au plus, qui regroupent le tiers des salariés du privé environ, constituent un « gisement d'emplois » inexploité par la faute du Code du travail.*

Une rupture durant la période d'essai qui n'a pas à être motivée... en théorie

Ainsi, le problème a été posé en ces termes par le gouvernement, qui a repris l'argumentaire du Medef : si ces entreprises n'embauchent pas, c'est parce qu'un blocage psychologique dû aux conditions de rupture engendre la peur des patrons. Et en exploitant cette dimension psychologique, le gouvernement a satisfait les revendications prétendues du Medef relatives aux

conditions de conclusion et de rupture du contrat de travail en commençant à les appliquer aux entreprises de 20 salariés au plus en attendant mieux.

Le gouvernement a donc inventé un contrat de travail à durée indéterminée avec une période dite d'adaptation ou d'embauche de deux ans qui est en réalité une période d'essai aménagée, pendant laquelle l'employeur peut rompre le contrat sans avoir à motiver cette rupture... du moins en théorie. Donc, pendant deux ans, les employeurs vont être sécurisés et vont embaucher. C'est, du moins, ce que prétendent les rédacteurs de l'ordonnance.

J. : *Quelles sont les protections organisées par le Code du travail qui sont exclues de ce contrat nouvelles embauches ?*

P & P Bouaziz : *Le contrat nouvelles embauches exclut l'intégralité des dispositions du Code du travail relatives au licenciement ordinaire ou au licenciement pour motif économique durant une période de deux ans. L'employeur peut rompre unilatéralement le CNE sans avoir à respecter aucune des dispositions de forme et de fond légales ou conventionnelles qui constituent le droit du licenciement et, en particulier, l'obligation d'énoncer et de justifier un motif réel et sérieux.*

Ce droit constitue la colonne vertébrale des relations de travail en aménageant les principes

civilistes du contrat. Un des éléments du pacte social est de tenter d'instaurer un certain équilibre entre les parties contractantes qui sont fondamentalement inégalitaires : le donneur de travail et le demandeur de travail.

J. : *La même affirmation – le manque de souplesse du contrat de travail – n'avait-elle pas été à l'origine de la suppression de l'autorisation administrative de licenciement ?*

P & P Bouaziz : Il s'agissait de la loi Séguin, en 1986, qui a supprimé l'autorisation administrative de licenciement. Le CNPF prétendait : « Nous sommes contraints par l'administration du travail, qui doit autoriser les licenciements, à toute une série de formalités qui mettent en péril nos entreprises. Supprimez l'autorisation administrative de licenciement, nous serons libres et dans un délai de 6 mois il y aura 300 000 embauches nouvelles. » Cette autorisation a été supprimée... et il n'y a pas eu d'embauche, pour la bonne raison que ce n'est pas le Code du travail qui crée de l'emploi et que l'argumentation avait pour seul but d'étendre les libertés patronales.

D'une part, l'autorisation était accordée à 90 % ; d'autre part, cette autorisation pouvait être tacite, sauf pour les représentants du personnel. Il faut rappeler que la loi de janvier 1975 qui avait institué cette autorisation préalable pour les licenciements économiques avait été promulguée alors que M. Valéry Giscard d'Estaing était président de la République et que M. Jacques Chirac était Premier ministre, hommes politiques qu'il était difficile de cataloguer parmi les anti-libéraux.

En revanche, cette fois-ci, pour répondre aux vœux du patronat, il a été purement et simplement créé un contrat de troisième type.

J. : *Ne court-on pas le risque, notamment dans le cas où ce contrat serait étendu aux entreprises de plus de 20 salariés, de voir disparaître le contrat à durée indéterminée classique ?*

P & P Bouaziz : Dès la promulgation du CNE, le Medef a applaudi et a déclaré à plusieurs occasions qu'il fallait l'étendre... M. Sarkozy, comme président de l'UMP, a dit la même chose. Et si le Premier ministre a répondu que la question « n'était pas » à l'ordre du jour, c'est bien qu'elle le « sera un jour ».



En même temps que l'ordonnance qui instituait le CNE dans les entreprises de 20 salariés au plus, une autre ordonnance modifiait profondément les règles de calcul des effectifs. Comme l'a relevé le professeur E. Dockès, la loi a créé un mode de calcul tel qu'on peut avoir une entreprise de 100 salariés réels qui sera considérée comme une entreprise de 20 salariés. En effet, toute une série de salariés ne sont pas pris en compte dans l'effectif : jusqu'à présent, il s'agissait des apprentis, des salariés engagés à l'aide de contrat bénéficiant de l'aide de l'Etat. Maintenant, sont également exclus du calcul des effectifs les salariés de moins de 26 ans, et jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge. Ainsi, dans certains secteurs où le salariat est majoritairement composé de jeunes ou d'étudiants, comme les centres d'appel notamment, on pourra trouver des entreprises avec des effectifs extrêmement importants qui seront totalement en dehors d'une partie du droit du travail du fait de ce nouveau mode de calcul.

Un recours contre l'ordonnance excluant des effectifs les moins de 26 ans a conduit le Conseil d'Etat (séance du 14 octobre 2005) à poser une question préjudicielle à la CJCE sur la conformité ou la non-conformité de l'ordonnance avec le droit européen

J. : *Il doit y avoir un réexamen de la loi en 2008 pour en voir les effets. Va-t-on disposer d'instruments comparatifs*

permettant d'effectuer ce constat ?

P & P Bouaziz : Tout va dépendre de ce que les statisticiens prendront en compte. De notre point de vue, un premier élément doit obligatoirement apparaître : les contrats nouvelles embauches conclus dans une entreprise sur une période déterminée devront être comparés à ceux conclus l'année précédente sur cette même période. Si ces statistiques font apparaître un différentiel dans le nombre d'emplois créés, et non pas dans le nombre d'embauches nouvelles, on pourra dire que cela aura eu un certain effet. Ce n'est pas impossible... encore faudra-t-il le chiffrer. Jusqu'à présent, on clame partout qu'il a été conclu des dizaines de milliers de CNE. Même si c'était le cas, cela n'a pas de sens. Supposons qu'il y ait eu 50 000 CNE conclus, mais que dans la même période il y ait eu 40 000 CDD en moins, 8 000 missions d'intérim en moins et 2 000 CDI avec période d'essai en moins, il s'agira au regard de l'emploi d'une opération blanche.

La « nouvelle embauche » peut être une simple embauche de remplacement

Le fond du problème c'est que l'ordonnance n'établit aucun lien entre l'emploi nouveau et l'embauche nouvelle. Rien n'interdit à un employeur de prétendre, au regard de la lettre du texte,

qu'il est en droit de conclure un CNE après le départ d'un salarié sans créer un nouvel emploi. La nouvelle embauche devient embauche de remplacement.

Plus encore, l'ordonnance autorise expressément, sans aucune restriction, un employeur qui conclut un contrat nouvelles embauches et qui le rompt un mois avant l'expiration de la période de deux ans par exemple, de réembaucher le même salarié, dans la même entreprise, après une carence de trois mois, et quand on enlève le préavis, cela ne fait plus que deux mois. Cela signifie que si un employeur embauche un salarié toute sa vie durant, en concluant une succession de CNE avec un simple délai de carence de deux mois, il a parfaitement le droit de le faire au regard de la lettre du texte. Qu'en diront les juges ?

Le juge, pas du tout écarté des contestations de rupture durant la période d'essai

J. : *En corollaire de ce qui apparaît comme un Eden pour les employeurs, les salariés doivent-ils totalement désespérer de ce contrat nouvelles embauches ?*

P & P Bouaziz : La rupture du contrat nouvelles embauches, si elle n'a pas à être motivée, conformément au texte de l'ordonnance, peut néanmoins être contestée par un salarié qui peut obliger l'employeur à s'expliquer sur cette rupture, et le juge ne peut pas ne pas juger de cette contestation.

J. : *Plus précisément, quelles sont les situations qui aujourd'hui pourraient entraîner des contestations ?*

P & P Bouaziz : Que l'employeur se voie reconnaître la liberté de rompre sans motif un contrat de travail, cela existait avant 1973, avant que le licenciement causé et motivé ne soit instauré.

Pour autant, on n'était pas dans un désert juridique, on était dans un Etat de droit où l'employeur, qui n'avait pas à motiver, pouvait s'entendre dire qu'il avait commis un abus dans ce droit de rompre. Il existe toute une jurisprudence sur l'abus de droit et le détournement de pouvoir, et dans le dernier état de la jurisprudence avant 1973, la Cour de cassation approuvait les juges du fait qui condamnaient un employeur à des dom-

mages et intérêts en considérant qu'il avait agi avec « légèreté blâmable » dans la rupture.

Pour autant, cette jurisprudence s'est poursuivie, parce que la période d'essai du CDI normal correspond à l'état antérieur à 1973. Et il y a des jurisprudences constantes et formelles de la Cour de cassation selon lesquelles l'employeur, qui rompt durant cette période d'essai et qui n'a pas motivé sa rupture, apparaît avoir commis un abus, et sera condamné à des dommages et intérêts.

J. : *Qu'est-ce qui peut constituer un abus au sens où l'entend la jurisprudence ? Par exemple, le licenciement d'une femme enceinte ?*

P & P Bouaziz : ... Non ! La femme enceinte est protégée et il est interdit de la licencier car l'ordonnance n'a pas écarté un certain nombre de textes protecteurs des salariés en raison d'une situation spéciale : femmes enceintes, salariés protégés, conseillers prud'hommes, accidentés du travail.

Là, il s'agit d'une contestation d'un salarié « ordinaire » qui se prévaut des règles de droit fondamentales relatives à l'abus de droit ou à la légèreté blâmable. Au bout du raisonnement, on en revient aux principes de bonne foi, voire au comportement du « bon père de famille ». C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation, à propos d'un salarié licencié alors que l'employeur lui avait laissé espérer lors de l'embauche une stabilité d'emploi, a décidé que l'employeur avait commis une faute en le

licenciant (Soc. 11 février 1960).

On peut relever que dans la dernière édition des grands arrêts du droit du travail, les auteurs ont maintenu et actualisé le commentaire d'un arrêt de l'avant dernier siècle en date du 5 février 1872 qui permettait de faire le point des obligations pesant sur l'employeur en dehors de l'obligation de motivation.

De surcroît, l'émergence de la notion des droits fondamentaux dans les relations de travail, qui trouve sa source dans les traités internationaux et européens et dans le droit positif, ajoute à cette jurisprudence ancienne de nouvelles armes pour la défense des salariés. La nullité de la rupture pourra être prononcée si, au vu des éléments fournis par les parties au procès, le juge acquiert la conviction qu'il y a eu discrimination prohibée en raison de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, de la situation de famille, des opinions politiques, de l'activité syndicale, des convictions religieuses, de l'état de santé ou du handicap. Et de façon beaucoup plus générale, le juge vérifiera s'il n'y a pas eu tout simplement violation d'un droit fondamental tel que la liberté d'expression, le droit à la vie privée, le droit à la dignité, le droit de grève, l'égalité de traitement...

Derrière la non-obligation de motiver, et non derrière un faux motif, le juge aura exactement la même démarche juridique pour statuer sur les demandes qui lui sont présentées.

J. : *Qu'en est-il du respect par le CNE*



d'un certain nombre de normes internationales?

P & PBouaziz : Nous avons à notre disposition la convention 158 de l'OIT ratifiée par la France et la Charte sociale européenne, qui a repris quasiment mot pour mot la convention de l'OIT. Cette convention a un objectif clair, net et précis : la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur, ce qui est son droit, doit nécessairement être encadrée afin de prévoir et de créer des protections particulières du salarié qui se trouve en situation de faiblesse face à l'employeur qui a la possibilité de le licencier. Cela, c'est la règle générale, à savoir que l'employeur est tenu de motiver le pourquoi et les conditions de la rupture et qu'un juge soit en mesure de contrôler le tout. Ces principes sont traduits dans la loi du 13 juillet 1973.

Une période d'« essai » déraisonnable au regard des textes internationaux

Il y a une exception à cette règle générale qui est celle de la période dite « d'essai » où les droits des salariés en cas de licenciement peuvent ne pas s'appliquer, à la condition que cette période soit raisonnable.

Donc, les juges, dans le cas d'une contestation du CNE, pourront estimer que cette ordonnance est inapplicable en France. Pour la bonne raison que les juges français appliquent par priorité à la loi française les normes internationales plus favorables, de valeur supérieure. Donc, si un juge est saisi d'une demande disant : « N'appliquez pas cette ordonnance parce que, dans la réalité, il s'agit d'une période d'essai et qu'au regard des normes internationales elle n'est pas d'une durée raisonnable mais d'une durée déraisonnable, aussi, vous n'appliquez pas la loi », il pourra décider qu'elle n'est pas applicable, et le contrat en question sera requalifié en contrat à durée indéterminée classique.

Dans son principe, une telle décision ne pose pas de problème. Ce raisonnement a été suivi dans une instance célèbre dans laquelle la Cour de cassation a écarté une disposition légale du Code du travail parce qu'elle était en contradiction avec une norme européenne supérieure. En l'espèce un

... Le stress pour toute prime

J. : *Si le CNE devient le contrat de droit commun où les salariés risquent d'avoir deux ans d'activité, deux mois d'inactivité et un nouveau contrat avec de nouveau deux ans d'activité et ainsi de suite... cela ne va-t-il pas engendrer un stress généralisé qui pourrait bien avoir conséquences économiques?*

P & P Bouaziz : Comme nous l'avons développé dans l'article du Dalloz, même à l'occasion d'un seul CNE non renouvelé l'ultra-précarité engendrée peut conduire à de graves désordres.

La précarité conduit à un stress, c'est connu. Or, quelles sont les étapes du stress dans la recherche puis dans l'emploi lorsqu'il est trouvé? D'une part, il y a le stress lié au chômage et à des recherches infructueuses, dont on connaît bien les effets. Il y a ensuite le stress lié à l'embauche : certains racontent les conditions dans lesquelles ils ont été reçus par le DRH ou par son adjoint, et comment ils ont eu l'impression de passer devant un tribunal, et que les conditions dans lesquelles avait lieu l'entretien étaient la source d'un stress terrible. Il y a une autre étape du stress : l'attente entre l'entretien et la lettre d'embauche. Ensuite, il y a le stress de la période d'essai qui, aujourd'hui, est raisonnablement limitée dans le temps. Ensuite, on est en CDI, qui comporte des zones d'insécurité, de précarité, de stress, tout ce qui participe des méthodes managériales du stress pour obtenir une plus grande productivité... et qui en général aboutissent exactement à l'inverse.

Avec le contrat nouvelles embauches, on va se trouver avec tous ces stress concentrés en un énorme stress qui proviendra du fait qu'un salarié sera dans le cadre d'un contrat à durée déterminée d'un jour tous les soirs renouvelable, et cela, pendant deux ans. Cela ne signifie pas que tous ceux qui vont connaître ce stress vont se jeter par la fenêtre, car il est évident que la part de la psychologie, de la puissance de réaction, etc., fait que certains stress sont plus ou moins bien vécus. Il paraît que certains vivent bien

les stress ! Mais il sera indispensable de faire un bilan des conséquences du CNE sur la santé des salariés.

On est dans une situation délicate puisque pour le moment cela concerne les entreprises de 20 salariés au plus où il n'y a pas de CHSCT, et où seul le médecin du travail pourra, éventuellement, fournir des éléments d'appréciation pour le rapport à venir sur le contrat nouvelles embauches... Juste au moment où le médecin du travail voit réduire son champ d'activité puisqu'on vient de passer de la visite obligatoire tous les ans à la visite obligatoire tous les deux ans...

Ce problème de la santé mentale du salarié et de sa protection dans le cadre de son activité est un problème fondamental. Cette santé mentale peut être atteinte par des tas de circonstances ordinaires, mais, là, c'est une circonstance extraordinaire qui multiplie les dangers pour les salariés. Or, l'obligation première – et une obligation de résultat – de l'employeur, c'est de veiller à la santé tant physique que mentale de ses salariés.

Sans compter que tout cela va se doubler d'une autre question : celle des prêteurs et des bailleurs... Qui va accepter de faire des prêts ou de louer un logement à des personnes qui sont en CNE? Généralement, les organismes de crédit ont recours au « scoring » (1) qui dépend d'un certain nombre d'éléments, et notamment de la nature du contrat de travail, de l'ancienneté dans l'entreprise, pour savoir s'ils prennent ou non un risque en accordant un prêt... et idem pour les logements : les propriétaires ou les administrateurs de biens qui examinent les candidatures tiennent compte de la situation du salarié. Cela va donc générer une précarité – et donc un stress – extrêmement importante.

1. Il s'agit d'une évaluation rapide du risque client par les organismes de crédit ou les banques et qui sur la base d'un certain nombre d'éléments aboutit à un diagnostic financier et à une « note ».

conseiller prud'homme assistait en tant que défenseur une partie devant une section dont il n'était pas membre. Ceci était conforme à la loi. La Cour de cassation a estimé que pour respecter les dispositions de l'article 6-1 de la CEDH sur le droit à un procès équitable, cette interdiction devait être élargie à l'ensemble du Conseil de prud'hommes et pour ce faire a purement et simplement écarté les dispositions contraires du Code du travail.

On peut discuter cet arrêt mais au niveau du raisonnement juridique et de la primauté du droit international sur le droit français, il permettrait d'écarter l'application de l'ordonnance créant le CNE. Le Conseil d'État, saisi d'un recours contre l'ordonnance a estimé qu'une période d'essai de deux ans était raisonnable. Quelle sera la réponse des juges du judiciaire ?

J. : Cela signifie-t-il que le CNE risque d'engendrer beaucoup de contestations à l'occasion des ruptures de contrats... contrairement à ce que

l'on pouvait imaginer face à la non-obligation de motivation ?

P & P Bouaziz : Combien de salariés vont se lancer dans une telle aventure de contestation... l'avenir nous le dira. Tout ce que l'on peut dire, c'est que si certains considèrent que, dans la rupture du CNE, ils se sentent victimes, les moyens de droit pour saisir un juge sont extrêmement nombreux. Non seulement concernant la rupture mais également la conclusion et l'exécution du CNE, et les différents moyens de requalification en CDI de droit commun.

Tout dépendra des contestations qu'opéreront les salariés

J. : *L'activité des prud'hommes ne risque donc pas d'être véritablement affectée par la création du CNE ?*

P & P Bouaziz : Entre le droit de saisir les prud'hommes et le fait d'y aller, il y a une marge, qui sera d'autant plus grande

que dans le cadre de ces nouvelles embauches on a des salariés qui étaient en situation précaire et qui sont rejetés dans la précarité. Ce n'est pas une situation idéale pour se faire rendre justice.

Dans les mêmes conditions, actuellement, on s'aperçoit que le contentieux des licenciements économiques, qui, pourtant, sont nombreux, est en train de fondre : cela veut dire qu'il y a un certain découragement de la part des justiciables d'aller contester ce qui pourrait être éventuellement contestable. Donc, il est impossible de dire s'il y aura un petit ou un gros contentieux ; il sera lié à la réalité sociale des années qui vont venir.

Les employeurs eux-mêmes semblent considérer que le CNE peut devenir un cadeau empoisonné à utiliser avec d'innombrables précautions. Notre approche consiste à dire que s'il n'y a qu'un seul contestant il disposera d'un certain nombre d'armes juridiques.

*Entretien réalisé par
Pierre Jacquin.*

Sans toi, je fais quoi ?



Depuis 1990, l'association Droit Au Logement a obtenu le relogement de près de 10 000 familles.

Aidez le DAL à poursuivre efficacement son action.



Envoyez vos dons à l'ordre de :

DAL Fédération, 8 rue des Francs-Bourgeois 75003 Paris

<http://globenet.org/dal> - mail : fededal@wanadoo.fr

tél.: 01 40 27 92 98 - fax.: 01 42 78 22 11

Contrat nouvelles embauches et l'audience de conciliation

par Pierre et Paul Bouaziz, Avocats au Barreau de Paris

PLAN

I. Le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE

- A. A propos de la conclusion et de l'exécution
- B. A propos de la rupture

II. Le contentieux lié à la requalification du CNE en CDI de droit commun

- A. En raison du non-respect des obligations issues de l'ordonnance du 2 août 2005
- B. En raison de la violation des normes supérieures du droit international ou du droit européen
- C. En raison du détournement de finalité proclamé

Dans le cadre de notre savant colloque sur l'audience du Bureau de conciliation, telle qu'elle devrait être, ouvrir une fenêtre sur le contrat nouvelles embauches semble une gageure. Certes le gouvernement n'a pas dérogé aux règles de la procédure prud'homale en prévoyant la saisine directe du Bureau de jugement pour le contentieux prévisible lié au CNE.

Il y aura donc bien dans toute procédure l'audience initiale devant le Bureau de conciliation. Que se passera-t-il donc devant lui ? Très exactement la même chose que ce qui doit se passer à cette audience dans n'importe quel type de contentieux.

Tout a déjà été dit et nous venons un peu tard pour ouvrir de nouvelles pistes en traitant de ce contrat ultra précaire qu'est le CNE.

Répondant aux injonctions d'une partie du patronat, le gouvernement a commencé à offrir un contrat squelettique sans chair ni âme qui nous projette trente-deux ans en arrière en instaurant une période d'essai aménagée de deux ans (1). Exclure les règles du licenciement de droit commun pour motif économique ou pour motif personnel, pendant cette période d'essai, a pour seul effet (même s'il est très important) de brûler une partie des dispositions du Code du travail relatives aux conditions de forme et de fond du licenciement.

Mais il reste tout le reste et l'ordonnance est si imparfaite qu'elle constitue un véritable monstre juridique, nid à interprétations, contestations et contentieux. Prétendre que l'employeur est de nouveau seul juge, échappant au contrôle et à la sanction du juge par la grâce du CNE, est un mensonge. S'il est difficile de présenter un exposé exhaustif de toutes les demandes qui pourraient être utilement présentées à l'audience initiale de la procédure prud'homale, il est en revanche plus aisé de regrouper les différentes demandes selon les deux critères suivants :

- 1° les demandes relatives à l'exécution et à la rupture du CNE,
- 2° les demandes relatives à la requalification du CNE en contrat à durée indéterminée de droit commun (2).

(1) Le second volet de la déstabilisation du droit de la rupture est actuellement en chantier : le contrat première embauche transpose le CNE au bénéfice des entreprises de plus de vingt salariés pour l'embauche de salariés de moins de vingt-six ans. Le CNE est réservé aux seules entreprises de vingt salariés au plus sans condition d'âge. Les jeunes de vingt-six ans pourront tomber sous le coup de la période d'essai de deux ans quel que soit l'effectif de l'entreprise. La prochaine étape de la chronique d'une mort annoncée sera le CDI pour tous (les salariés) et pour toutes (les entreprises) avec période d'essai obligatoire de deux ans comportant la suspension de l'article fondamental du droit du licenciement : l'article L. 122-14-3 édictant l'exigence pour toutes les entreprises au bénéfice de tous les salariés de la cause réelle et sérieuse. CNE/CPE même combat !

(2) Parmi les articles de doctrine présentant une analyse exhaustive du CNE voir notamment : Patrick Morvan, JCP S 2005, 1117 ; François Gaudu, Droit social 2005 p. 1097 ; Francis Saramito, Dr. Ouv. 2006 p. 65 ; pour une analyse critique des origines de l'ordonnance et des enjeux voir notamment : Paul et Pierre Bouaziz, Recueil Dalloz 2005 p. 2907 ; Claude Roy-Loutaunau Droit social 2005 p. 1103 ; pour les différents aspects du contentieux prévisible voir contexte général : Jean Savatier, Droit social 2005 p. 957 ; à l'initiative du salarié : Paul et Pierre Bouaziz Semaine sociale Lamy n° 1230 p. 7 ; Association Loysel, Semaine sociale Lamy n° 1249 p. 9 ; à l'initiative de l'employeur : Bernard Boubli, mise à jour octobre 2005 du Lamy Social ; pour l'incidence des normes internationales : Katell Berthou, Semaine sociale Lamy n° 1224, p. 8 ; Pierre Rodière, Semaine sociale Lamy n° 1243 p. 5 ; Raymone Vatinet, JCP S 2005, 1317 ; Georges Borenfreund, Recueil Dalloz 2006 p. 629.

I. Le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE

Il est possible de présenter de façon schématique le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE au regard de la violation des obligations pesant sur l'employeur sans contester la nature même du CNE. Le moyen soutenu peut conduire à l'exécution de l'obligation de l'employeur ou à la requalification du CNE en CDI de droit commun. Chacun pouvant choisir l'option qui lui semble la plus favorable.

A. A propos de la conclusion et de l'exécution

1° Les problèmes liés à l'exécution du CNE : règlement du salaire, indemnité de précarité, respect du délai de prévenance ouvrent droit à un contentieux absolument classique.

– Si la rupture n'est pas intervenue par lettre recommandée conformément à l'article 2 - 1° de l'ordonnance du 2 août 2005, le CNE se poursuit et ouvre droit au paiement des salaires ou est transformé en CDI à l'expiration des deux ans.

– Si l'indemnité de 8 % n'est pas réglée au plus tard à la fin de délai de prévenance, conformément à l'art 2 - 3° une demande de paiement peut être soumise au Conseil de prud'hommes.

– Si le délai de prévenance de quinze jours ou d'un mois n'est pas respecté, conformément à l'article 2 - 2°, une demande en paiement de salaire sera recevable.

2° Les contentieux relatifs aux délais se situent nécessairement à différents niveaux :

– d'abord, il y aura lieu de déterminer le point de départ d'un des délais prévus par l'ordonnance (début du contrat, début de la prescription, délai de carence entre deux CNE) ;

– se posera ensuite le problème de l'expiration du délai (ouverture du droit à un préavis, fin de la période de la rupture sans motif) ;

– enfin, la sanction des violations de ces délais ouvre droit au délai de prévenance et à l'allocation forfaitaire ;

– le non-respect des délais en fin de contrat peut conduire également à la requalification qui sera examinée plus loin.

Dans tous les cas, les demandes devant le Bureau de conciliation seront celles présentées habituellement dans ce cadre : provisions, mesures d'instruction, etc.

B. A propos de la rupture

Un premier contentieux portera sur la faute grave éventuellement alléguée ou sur le cas de force majeure invoqué pour la privation du délai de prévenance et, uniquement en cas de faute grave, sur l'indemnité de 8 % des rémunérations brutes perçues équivalent à une indemnité de précarité. Mais l'important est ailleurs. Il a été

promis à l'employeur que le contrôle du juge sur son comportement sera réduit à l'extrême. L'ordonnance du 2 août 2005 a placé le CNE en marge du Code du travail, mais pas totalement.

L'autorisation donnée à l'employeur de rompre le CNE sans donner de motif ne l'exonère cependant pas d'avoir à se justifier devant un juge. Les deux hypothèses prévisibles sont les suivantes :

– s'il apparaît que la rupture du CNE constitue un abus de droit, un détournement de finalité ou procède d'une légèreté blâmable, la rupture sera qualifiée d'abus et ouvrira droit à des dommages et intérêts ;

– s'il apparaît que l'employeur en congédiant le salarié a violé les règles protectrices liées à son statut ou a violé les droits fondamentaux protégeant tous les salariés, la rupture sera nulle et ouvrira droit à réintégration et/ou indemnisation.

1° Sur la rupture abusive

Avant la loi du 13 juillet 1973, la rupture du contrat de travail présentait les mêmes caractéristiques que la rupture de la période dite d'embauche. Le récent commentaire de l'arrêt du 5 février 1872 (Chemins de fer de Lyon) (3) est particulièrement instructif : le salarié ne pouvait obtenir de dommages et intérêts pour licenciement abusif que si l'employeur s'était rendu coupable d'un fait précis constitutif d'abus. Même en l'absence de comportement fautif au moment de la rupture, ou d'atteinte à des droits du salarié, l'employeur pouvait se voir reprocher sa légèreté blâmable. Pour apprécier la légèreté, les tribunaux établissaient une comparaison entre la conduite de l'employeur et celle d'un employeur normalement diligent. C'est en gros la théorie du bon père de famille. Le comportement fautif de l'employeur ouvrait droit à des dommages et intérêts. La Chambre sociale a souvent relevé la légèreté blâmable ouvrant droit à des dommages et intérêts. C'est le même type de raisonnement juridique qui a ensuite été appliqué lorsque, durant la période d'essai, l'employeur était dispensé d'exposer et de justifier d'un motif de rupture constituant une cause réelle et sérieuse (4). Il serait impensable d'écarter ces principes élémentaires en cas de rupture du CNE.

2° Sur la rupture nulle

Si l'ordonnance prévoit expressément l'application des règles protectrices de certains statuts particuliers : salariés titulaires d'un mandat syndical ou représentatif (article 2-3° al. 4 de l'ordonnance), il n'en reste pas moins que les conseillers prud'hommes, femmes enceintes, accidentés du travail, etc., bénéficient de la même protection. De même la violation des droits fondamentaux conduit à la nullité de la rupture.

(3) Dernière édition des grands arrêts du Droit du travail (Daloz 2004, p. 273).

(4) Sur la notion de rupture abusive voir G.-H. Camerlynck, 2^e édition, § 435 et s. : La constance jurisprudentielle et traditionnelle de la rupture abusive ; Droit social, nov. 73,

G. Lyon-Caen, p. 439 : La réforme du licenciement par la loi du 13 juillet 1973 ; Hélène Sinay, Daloz 1972 CH 37 p. 241 ; Cass. Soc., 5 octobre 1993, Bull. civ. V n° 223 ; Cass. Soc., 9 octobre 1996, Droit Social 96 p. 1099 ; Cass. Soc., 6 déc. 1995, Bull. civ. V n° 330 ; Cass. Soc. 16 février 2005 Bull. civ. V n° 52.

II. Le contentieux lié à la requalification du CNE en CDI de droit commun

La mise en cause du CNE, dans le prolongement de la bataille syndicale et juridique pour dénoncer sa précarité, conduit nécessairement à présenter au juge une argumentation de requalification du CNE en CDI de droit commun.

A. En raison du non-respect des obligations issues de l'ordonnance du 2 août 2005

La question de la requalification d'un CNE en CDI se posera dans différentes situations relatives à sa conclusion ou à sa rupture dans le délai de deux ans : les entreprises éligibles (entreprise ayant offert un CNE alors qu'elle ne rentre pas dans le cadre de l'article L 131-2 al. 1^{er} du Code du travail visé expressément à l'article 1^{er} al. 1^{er} de l'ordonnance), modalités et moment du calcul de son effectif, nature des emplois concernés, formes du contrat, conditions de coexistence avec d'autres types de contrats, notion de « nouvelles embauches », modalités et délais de rupture.

1) Absence d'écrit

L'article 2 al. 1^{er} *in fine* de l'ordonnance exige : « Il (le CNE) est établi par écrit ». La sanction de la violation de cette obligation est celle déjà prévue dans les autres contrats atypiques qui doivent être écrits, faute de quoi ils sont requalifiés en CDI à temps plein.

2) L'effectif de l'entreprise

Un CNE ne peut être conclu que par une entreprise comportant au plus vingt salariés (dans un premier temps, déduction faite des salariés âgés de moins de vingt-six ans puis, depuis le 20 novembre 2005, en les intégrant dans le calcul de l'effectif).

Ces modalités sont régies par l'article L. 620-10 du Code du travail, créé par l'ordonnance du 24 juin 2005, relative à la simplification du droit, complétée par celle du 2 août 2005 (excluant, jusqu'au 31 décembre 2007, les salariés embauchés à compter du 22 juin 2005 âgés de moins de 26 ans jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge). Cette disposition a été suspendue par le Conseil d'Etat par décision du 20 novembre 2005, jusqu'au retour de la question préjudicielle posée à la Cour de justice quant à la légalité d'une telle discrimination liée à l'âge. Les problèmes se poseront quand il y aura lieu de fixer le moment à retenir pour calculer l'effectif. Que se passera-t-il pour les contrats conclus entre le 4 août et le 20 novembre 2005, lorsque l'effectif n'excédait pas vingt salariés puisque les moins de vingt-six ans n'avaient pas été décomptés ? D'une façon plus générale les contestations porteront sur le moment à retenir pour le calcul de l'effectif : une certaine période avant la conclusion, avant le premier jour travaillé ou le jour même.

Dans tous les cas, il sera de la compétence normale du Bureau de conciliation d'ordonner une mesure d'instruction pour déterminer l'effectif à prendre en compte.

3) L'objet du contrat

De façon qui a pu paraître curieuse, on ne peut pas conclure un CNE pour un emploi saisonnier, l'emploi saisonnier reste dans le marché des intérim et des CDD en vertu de l'article 1 *in fine* de l'ordonnance. Plus difficile sera l'interprétation de cette interdiction qui renvoie à l'application de l'art. L122-1-1 3° du Code du travail relatif au CDD d'usages. Ce dernier ne définit pas les emplois mais renvoi à l'usage de la profession.

4) Les délais

La rédaction de l'ordonnance complexifie à l'extrême le calcul des délais. En cas de rupture du CNE peu de temps avant l'expiration du délai de deux ans, la rupture hors délai constituera un contentieux prévisible. Suivant les circonstances, les délais sont calculés au jour de l'émission de l'acte, au jour du reçu de l'acte, avec ou sans le délai de prévenance à l'intérieur, ou à l'extérieur des deux ans. Concernant le début du délai : le calcul du délai se fait à compter de la conclusion du CNE. Mais cette conclusion est-elle la signature du contrat écrit ou bien le premier jour travaillé ? Selon le cas la durée du contrat sera différente (le début du travail peut se situer un mois après la signature). Ce mois est-il décompté ou non dans le calcul des deux ans ?

Pour ce qui est de la fin du délai, c'est la notification de la rupture du CNE, mais il est prévu que le CNE ne peut être rompu qu'avec un délai de prévenance (ou préavis) qui peut être d'un mois. Exemple, l'employeur rompt le CNE quelques jours avant les deux ans, le délai de prévenance, pendant lequel le salarié est obligé de travailler, conduit à une rupture du contrat postérieure à la durée de deux ans et nous sommes dans le cadre d'un CDI de droit commun.

B. En raison de la violation des normes supérieures du droit international ou du droit européen

Les textes [Organisation internationale du travail (article 2 - 2° b de la Convention n°158 du 22 juin 1982 sur le licenciement) (5) ; Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (annexe article 24 2° b) (6)], rappellent qu'une rupture de quelque contrat que ce soit, à l'initiative de l'employeur, est un licenciement quel que soit le mot utilisé. Ce licenciement doit nécessairement préserver les droits des salariés en ce qui concerne les procédures et le fond, les motivations et les conditions de la rupture. Il ne peut être dérogé à ces obligations que pendant une période dénommée période d'essai, à « condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ».

Quelle est la période d'essai que l'on peut concevoir pour suspendre les droits du salarié en restant dans le cadre d'un état de droit ? De toutes les conventions collectives qui prévoient des périodes d'essai, même

(5) Dr. Ouv. 1990 p. 478.

(6) Dr. Ouv. 2004 p. 63.

renouvelables, nous n'en connaissons aucune qui soit d'une durée de deux ans, quelle que soit la catégorie du salarié, quelle que soit sa position hiérarchique.

Mais, malgré l'opinion du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a trouvé que la période de deux ans prévue par le CNE est raisonnable. Les conseillers prud'hommes, juges de l'ordre judiciaire, qui ne sont pas liés par la décision du Conseil d'Etat, devront se poser la question de savoir si la période, non dénommée par l'ordonnance mais communément dénommée par les pouvoirs publics « période d'embauche » ou « période de consolidation », doit être renommée « période d'essai aménagée » et si cette période de deux ans est "raisonnable". Ils pourront donc refuser d'appliquer les règles du CNE et écarter l'ordonnance comme source de droit, en se fondant sur le fait que le délai de deux ans est déraisonnable, qu'il est contraire à la norme supérieure résultant de la convention de l'OIT et de la Charte sociale européenne et que, par voie de conséquence, le CNE devenu inapplicable doit être requalifié d'office en CDI de droit commun.

En conséquence, devant le Bureau de conciliation un salarié pourrait demander une ordonnance en paiement de provision en se référant au droit commun, sa créance n'étant pas sérieusement contestable, puisque que l'ordonnance n'existe pas, que le CNE n'existe pas et qu'il s'agit d'une rupture de CDI.

C. En raison du détournement de la finalité proclamé

Qu'est-ce qu'un contrat nouvelles embauches, que veut dire NOUVEAU que veut dire EMBAUCHE, ce n'est pas défini. La finalité du contrat n'est pas explicitée dans le texte de l'ordonnance et on ne peut que se rattacher aux mots « nouvelles embauches » et aux intentions du gouvernement. Il s'agit de savoir si ce contrat dans le cadre de la finalité proclamée par les grandes envolées oratoires, répond aux finalités prétendues de résorber le chômage par de nouvelles embauches. Si on veut donner un contenu à l'expression « nouvelles », on ne peut y parvenir en se plaçant du côté du salarié. Si un demandeur d'emploi, en quête d'embauche, est embauché l'expression « nouvelles » n'a aucun sens en ce qui le concerne. Il est tout simplement embauché.

En revanche l'expression peut avoir un sens si on se place du côté de l'employeur qui, pour résorber le chômage, crée un emploi par une « nouvelle embauche ». Si, par exemple, l'employeur après le départ naturel d'un salarié, en particulier en CDD, pour occuper l'emploi laissé

vacant embauchait en CNE pour le même poste de travail : s'agirait-il d'une *nouvelle embauche* ou d'une embauche de remplacement ? En réalité, ce mécanisme constitue bien une embauche de substitution ou de remplacement et non pas une nouvelle embauche. Certes ce montage n'est pas contraire à la lettre de l'ordonnance mais détourne la finalité proclamée du texte : résorber le chômage. Il semble parfaitement possible, dans ce cas-là, de juger que ce n'est pas un contrat nouvelles embauches parce qu'on n'a pas créé d'emploi et il y a lieu à requalification en CDI de droit commun. Toutes ces interrogations conduiront nécessairement le juge à définir de façon plus précise l'objet du CNE. Il sera naturellement tenté de dire que si à l'occasion d'un CNE il apparaît qu'aucun nouvel emploi n'est créé au sein de l'entreprise, il y a détournement de finalité (7). Cette solution n'est pas en contradiction avec l'aveu du Premier ministre lui-même qui, dans sa réponse, ajoutant au texte de l'ordonnance, à propos du renouvellement du CNE, le conditionne clairement, après la période de carence entre deux contrats, au fait que l'entreprise connaisse "un nouveau pic d'activité" (8). Dans cet esprit, "nouvelle embauche" a pour équivalent nouvel emploi.

Evidemment la demande de requalification dans le cadre d'une demande d'ordonnance devant la formation du Bureau de conciliation déborde légèrement des pouvoirs de celui-ci. La solution est celle que nous appliquons habituellement, ce n'est pas la requalification qui est demandée à titre principal mais une provision sur les indemnités réclamées dans le cadre d'une rupture d'un contrat à durée indéterminée classique. En effet le contrat contesté est à l'évidence non pas un CNE mais un CDI de droit commun. Les questions sont présentées ainsi « à l'envers », le débat sera donc engagé dès le début à propos des demandes d'indemnités correspondant à la rupture du contrat de travail et, en toute hypothèse, le Bureau de conciliation, quant à lui, devra nécessairement ordonner une mesure d'instruction afin d'établir le bilan des emplois précédents pour déterminer si la « nouvelle » embauche a conduit à un nouvel emploi et éclairé le Bureau de jugement qui aura à statuer ultérieurement.

Les voies de droit sont multiples et il y aura lieu de déterminer, dans l'intérêt du salarié, le meilleur choix, à un moment déterminé, dans un rapport de force déterminé et dans le cadre d'un combat général. Les eaux mêlées de l'action syndicale et de l'action juridique permettront toujours aux salariés de défendre et de conquérir de nouveaux droits (9).

Paul et Pierre Bouaziz

(7) En ce sens, Conseil de prud'hommes de Longjumeau du 20 février 2006 : « Attendu que les droits que les individus tiennent de la loi leur sont attribués dans un intérêt social précis et qu'il ne s'agit jamais de droits discrétionnaires ; Que tout usage d'une prérogative légale hors ou contre l'intérêt social qui lui est attaché s'analyse en abus de droit ; (...) Attendu que le contrat nouvelles embauches est destiné, d'après le rapport présenté au Président de la République (JO n° 179 du 3 août 2005, p. 12688), à rassurer les chefs d'entreprise ayant des difficultés à anticiper l'évolution de la conjoncture économique ou à apprécier les qualités du salarié ;

Qu'il est destiné, comme son nom l'indique, à favoriser de "nouvelles embauches ;
Qu'il ne peut être utilisé dans le seul but de précariser la situation d'un salarié et d'éviter le droit du licenciement. »

(8) Cf. le site du Premier ministre : la bataille pour l'emploi.

(9) Au-delà des optimistes ou des pessimistes, l'important est d'être vigilant. Il arrive que lorsque l'on veut expulser par la grande porte le droit, celui-ci revienne en tornade par la fenêtre (Daloz 2005, article précité, Pierre et Paul Bouaziz, p. 2911).

Contrat nouvelles embauches et l'audience de conciliation

par Pierre et Paul Bouaziz, Avocats au Barreau de Paris

PLAN

I. Le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE

- A. A propos de la conclusion et de l'exécution
- B. A propos de la rupture

II. Le contentieux lié à la requalification du CNE en CDI de droit commun

- A. En raison du non-respect des obligations issues de l'ordonnance du 2 août 2005
- B. En raison de la violation des normes supérieures du droit international ou du droit européen
- C. En raison du détournement de finalité proclamé

Dans le cadre de notre savant colloque sur l'audience du Bureau de conciliation, telle qu'elle devrait être, ouvrir une fenêtre sur le contrat nouvelles embauches semble une gageure. Certes le gouvernement n'a pas dérogé aux règles de la procédure prud'homale en prévoyant la saisine directe du Bureau de jugement pour le contentieux prévisible lié au CNE.

Il y aura donc bien dans toute procédure l'audience initiale devant le Bureau de conciliation. Que se passera-t-il donc devant lui ? Très exactement la même chose que ce qui doit se passer à cette audience dans n'importe quel type de contentieux.

Tout a déjà été dit et nous venons un peu tard pour ouvrir de nouvelles pistes en traitant de ce contrat ultra précaire qu'est le CNE.

Répondant aux injonctions d'une partie du patronat, le gouvernement a commencé à offrir un contrat squelettique sans chair ni âme qui nous projette trente-deux ans en arrière en instaurant une période d'essai aménagée de deux ans (1). Exclure les règles du licenciement de droit commun pour motif économique ou pour motif personnel, pendant cette période d'essai, a pour seul effet (même s'il est très important) de brûler une partie des dispositions du Code du travail relatives aux conditions de forme et de fond du licenciement.

Mais il reste tout le reste et l'ordonnance est si imparfaite qu'elle constitue un véritable monstre juridique, nid à interprétations, contestations et contentieux. Prétendre que l'employeur est de nouveau seul juge, échappant au contrôle et à la sanction du juge par la grâce du CNE, est un mensonge. S'il est difficile de présenter un exposé exhaustif de toutes les demandes qui pourraient être utilement présentées à l'audience initiale de la procédure prud'homale, il est en revanche plus aisé de regrouper les différentes demandes selon les deux critères suivants :

- 1° les demandes relatives à l'exécution et à la rupture du CNE,
- 2° les demandes relatives à la requalification du CNE en contrat à durée indéterminée de droit commun (2).

(1) Le second volet de la déstabilisation du droit de la rupture est actuellement en chantier : le contrat première embauche transpose le CNE au bénéfice des entreprises de plus de vingt salariés pour l'embauche de salariés de moins de vingt-six ans. Le CNE est réservé aux seules entreprises de vingt salariés au plus sans condition d'âge. Les jeunes de vingt-six ans pourront tomber sous le coup de la période d'essai de deux ans quel que soit l'effectif de l'entreprise. La prochaine étape de la chronique d'une mort annoncée sera le CDI pour tous (les salariés) et pour toutes (les entreprises) avec période d'essai obligatoire de deux ans comportant la suspension de l'article fondamental du droit du licenciement : l'article L. 122-14-3 édictant l'exigence pour toutes les entreprises au bénéfice de tous les salariés de la cause réelle et sérieuse. CNE/CPE même combat !

(2) Parmi les articles de doctrine présentant une analyse exhaustive du CNE voir notamment : Patrick Morvan, JCP S 2005, 1117 ; François Gaudu, Droit social 2005 p. 1097 ; Francis Saramito, Dr. Ouv. 2006 p. 65 ; pour une analyse critique des origines de l'ordonnance et des enjeux voir notamment : Paul et Pierre Bouaziz, Recueil Dalloz 2005 p. 2907 ; Claude Roy-Loutaunau, Droit social 2005 p. 1103 ; pour les différents aspects du contentieux prévisible voir contexte général : Jean Savatier, Droit social 2005 p. 957 ; à l'initiative du salarié : Paul et Pierre Bouaziz, Semaine sociale Lamy n° 1230 p. 7 ; Association Loysel, Semaine sociale Lamy n° 1249 p. 9 ; à l'initiative de l'employeur : Bernard Boubli, mise à jour octobre 2005 du Lamy Social ; pour l'incidence des normes internationales : Katell Berthou, Semaine sociale Lamy n° 1224, p. 8 ; Pierre Rodière, Semaine sociale Lamy n° 1243 p. 5 ; Raymone Vatinet, JCP S 2005, 1317 ; Georges Borenfreund, Recueil Dalloz 2006 p. 629.

I. Le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE

Il est possible de présenter de façon schématique le contentieux lié à l'exécution et à la rupture du CNE au regard de la violation des obligations pesant sur l'employeur sans contester la nature même du CNE. Le moyen soutenu peut conduire à l'exécution de l'obligation de l'employeur ou à la requalification du CNE en CDI de droit commun. Chacun pouvant choisir l'option qui lui semble la plus favorable.

A. A propos de la conclusion et de l'exécution

1° Les problèmes liés à l'exécution du CNE : règlement du salaire, indemnité de précarité, respect du délai de prévenance ouvrent droit à un contentieux absolument classique.

- Si la rupture n'est pas intervenue par lettre recommandée conformément à l'article 2 - 1° de l'ordonnance du 2 août 2005, le CNE se poursuit et ouvre droit au paiement des salaires ou est transformé en CDI à l'expiration des deux ans.

- Si l'indemnité de 8 % n'est pas réglée au plus tard à la fin de délai de prévenance, conformément à l'art 2 - 3° une demande de paiement peut être soumise au Conseil de prud'hommes.

- Si le délai de prévenance de quinze jours ou d'un mois n'est pas respecté, conformément à l'article 2 - 2°, une demande en paiement de salaire sera recevable.

2° Les contentieux relatifs aux délais se situeront nécessairement à différents niveaux :

- d'abord, il y aura lieu de déterminer le point de départ d'un des délais prévus par l'ordonnance (début du contrat, début de la prescription, délai de carence entre deux CNE) ;

- se posera ensuite le problème de l'expiration du délai (ouverture du droit à un préavis, fin de la période de la rupture sans motif) ;

- enfin, la sanction des violations de ces délais ouvre droit au délai de prévenance et à l'allocation forfaitaire ;

- le non-respect des délais en fin de contrat peut conduire également à la requalification qui sera examinée plus loin.

Dans tous les cas, les demandes devant le Bureau de conciliation seront celles présentées habituellement dans ce cadre : provisions, mesures d'instruction, etc.

B. A propos de la rupture

Un premier contentieux portera sur la faute grave éventuellement alléguée ou sur le cas de force majeure invoqué pour la privation du délai de prévenance et, uniquement en cas de faute grave, sur l'indemnité de 8 % des rémunérations brutes perçues équivalent à une indemnité de précarité. Mais l'important est ailleurs. Il a été

promis à l'employeur que le contrôle du juge sur son comportement sera réduit à l'extrême. L'ordonnance du 2 août 2005 a placé le CNE en marge du Code du travail, mais pas totalement.

L'autorisation donnée à l'employeur de rompre le CNE sans donner de motif ne l'exonère cependant pas d'avoir à se justifier devant un juge. Les deux hypothèses prévisibles sont les suivantes :

- s'il apparaît que la rupture du CNE constitue un abus de droit, un détournement de finalité ou procède d'une légèreté blâmable, la rupture sera qualifiée d'abus et ouvrira droit à des dommages et intérêts ;

- s'il apparaît que l'employeur en congédiant le salarié a violé les règles protectrices liées à son statut ou a violé les droits fondamentaux protégeant tous les salariés, la rupture sera nulle et ouvrira droit à réintégration et/ou indemnisation.

1° Sur la rupture abusive

Avant la loi du 13 juillet 1973, la rupture du contrat de travail présentait les mêmes caractéristiques que la rupture de la période dite d'embauche. Le récent commentaire de l'arrêt du 5 février 1872 (Chemins de fer de Lyon) (3) est particulièrement instructif : le salarié ne pouvait obtenir de dommages et intérêts pour licenciement abusif que si l'employeur s'était rendu coupable d'un fait précis constitutif d'abus. Même en l'absence de comportement fautif au moment de la rupture, ou d'atteinte à des droits du salarié, l'employeur pouvait se voir reprocher sa légèreté blâmable. Pour apprécier la légèreté, les tribunaux établissaient une comparaison entre la conduite de l'employeur et celle d'un employeur normalement diligent. C'est en gros la théorie du bon père de famille. Le comportement fautif de l'employeur ouvrait droit à des dommages et intérêts. La Chambre sociale a souvent relevé la légèreté blâmable ouvrant droit à des dommages et intérêts. C'est le même type de raisonnement juridique qui a ensuite été appliqué lorsque, durant la période d'essai, l'employeur était dispensé d'exposer et de justifier d'un motif de rupture constituant une cause réelle et sérieuse (4). Il serait impensable d'écarter ces principes élémentaires en cas de rupture du CNE.

2° Sur la rupture nulle

Si l'ordonnance prévoit expressément l'application des règles protectrices de certains statuts particuliers : salariés titulaires d'un mandat syndical ou représentatif (article 2-3° al. 4 de l'ordonnance), il n'en reste pas moins que les conseillers prud'hommes, femmes enceintes, accidentés du travail, etc., bénéficient de la même protection. De même la violation des droits fondamentaux conduit à la nullité de la rupture.

(3) Dernière édition des grands arrêts du Droit du travail (Dalloz 2004, p. 273).

(4) Sur la notion de rupture abusive voir G.-H. Camerlynck, 2^e édition, § 435 et s. : La constance jurisprudentielle et traditionnelle de la rupture abusive ; Droit social, nov. 73,

G. Lyon-Caen, p. 439 : La réforme du licenciement par la loi du 13 juillet 1973 ; Hélène Sinay, Dalloz 1972 CH 37 p. 241 ; Cass. Soc., 5 octobre 1993, Bull. civ. V n° 223 ; Cass. Soc., 9 octobre 1996, Droit Social 96 p. 1099 ; Cass. Soc., 6 déc. 1995, Bull. civ. V n° 330 ; Cass. Soc. 16 février 2005 Bull. civ. V n° 52.

II. Le contentieux lié à la requalification du CNE en CDI de droit commun

La mise en cause du CNE, dans le prolongement de la bataille syndicale et juridique pour dénoncer sa précarité, conduit nécessairement à présenter au juge une argumentation de requalification du CNE en CDI de droit commun.

A. En raison du non-respect des obligations issues de l'ordonnance du 2 août 2005

La question de la requalification d'un CNE en CDI se posera dans différentes situations relatives à sa conclusion ou à sa rupture dans le délai de deux ans : les entreprises éligibles (entreprise ayant offert un CNE alors qu'elle ne rentre pas dans le cadre de l'article L 131-2 al. 1^{er} du Code du travail visé expressément à l'article 1^{er} al. 1^{er} de l'ordonnance), modalités et moment du calcul de son effectif, nature des emplois concernés, formes du contrat, conditions de coexistence avec d'autres types de contrats, notion de « nouvelles embauches », modalités et délais de rupture.

1) Absence d'écrit

L'article 2 al. 1^{er} *in fine* de l'ordonnance exige : « Il (le CNE) est établi par écrit ». La sanction de la violation de cette obligation est celle déjà prévue dans les autres contrats atypiques qui doivent être écrits, faute de quoi ils sont requalifiés en CDI à temps plein.

2) L'effectif de l'entreprise

Un CNE ne peut être conduit que par une entreprise comportant au plus vingt salariés (dans un premier temps, déduction faite des salariés âgés de moins de vingt-six ans puis, depuis le 20 novembre 2005, en les intégrant dans le calcul de l'effectif).

Ces modalités sont régies par l'article L. 620-10 du Code du travail, créé par l'ordonnance du 24 juin 2005, relative à la simplification du droit, complétée par celle du 2 août 2005 (excluant, jusqu'au 31 décembre 2007, les salariés embauchés à compter du 22 juin 2005 âgés de moins de 26 ans jusqu'à ce qu'ils aient atteint cet âge). Cette disposition a été suspendue par le Conseil d'Etat par décision du 20 novembre 2005, jusqu'au retour de la question préjudicielle posée à la Cour de justice quant à la légalité d'une telle discrimination liée à l'âge. Les problèmes se poseront quand il y aura lieu de fixer le moment à retenir pour calculer l'effectif. Que se passera-t-il pour les contrats conclus entre le 4 août et le 20 novembre 2005, lorsque l'effectif n'excédait pas vingt salariés puisque les moins de vingt-six ans n'avaient pas été décomptés ? D'une façon plus générale les contestations porteront sur le moment à retenir pour le calcul de l'effectif : une certaine période avant la conclusion, avant le premier jour travaillé ou le jour même.

Dans tous les cas, il sera de la compétence normale du Bureau de conciliation d'ordonner une mesure d'instruction pour déterminer l'effectif à prendre en compte.

3) L'objet du contrat

De façon qui a pu paraître curieuse, on ne peut pas conclure un CNE pour un emploi saisonnier, l'emploi saisonnier reste dans le marché des intérimés et des CDD en vertu de l'article 1 *in fine* de l'ordonnance. Plus difficile sera l'interprétation de cette interdiction qui renvoie à l'application de l'art. L122-1-1 3° du Code du travail relatif au CDD d'usages. Ce dernier ne définit pas les emplois mais renvoi à l'usage de la profession.

4) Les délais

La rédaction de l'ordonnance complexifie à l'extrême le calcul des délais. En cas de rupture du CNE peu de temps avant l'expiration du délai de deux ans, la rupture hors délai constituera un contentieux prévisible. Suivant les circonstances, les délais sont calculés au jour de l'émission de l'acte, au jour du reçu de l'acte, avec ou sans le délai de prévenance à l'intérieur, ou à l'extérieur des deux ans. Concernant le début du délai : le calcul du délai se fait à compter de la *conclusion* du CNE. Mais cette conclusion est-elle la signature du contrat écrit ou bien le premier jour travaillé ? Selon le cas la durée du contrat sera différente (le début du travail peut se situer un mois après la signature). Ce mois est-il décompté ou non dans le calcul des deux ans ?

Pour ce qui est de la fin du délai, c'est la *notification* de la rupture du CNE, mais il est prévu que le CNE ne peut être rompu qu'avec un délai de prévenance (ou préavis) qui peut être d'un mois. Exemple, l'employeur rompt le CNE quelques jours avant les deux ans, le délai de prévenance, pendant lequel le salarié est obligé de travailler, conduit à une rupture du contrat postérieure à la durée de deux ans et nous sommes dans le cadre d'un CDI de droit commun.

B. En raison de la violation des normes supérieures du droit international ou du droit européen

Les textes [Organisation internationale du travail (article 2 - 2° b de la Convention n°158 du 22 juin 1982 sur le licenciement) (5) ; Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 (annexe article 24 2° b) (6)], rappellent qu'une rupture de quelque contrat que ce soit, à l'initiative de l'employeur, est un licenciement quel que soit le mot utilisé. Ce licenciement doit nécessairement préserver les droits des salariés en ce qui concerne les procédures et le fond, les motivations et les conditions de la rupture. Il ne peut être dérogé à ces obligations que pendant une période dénommée période d'essai, à « condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ».

Quelle est la période d'essai que l'on peut concevoir pour suspendre les droits du salarié en restant dans le cadre d'un état de droit ? De toutes les conventions collectives qui prévoient des périodes d'essai, même

(5) Dr. Ouv. 1990 p. 478.

(6) Dr. Ouv. 2004 p. 63.

renouvelables, nous n'en connaissons aucune qui soit d'une durée de deux ans, quelle que soit la catégorie du salarié, quelle que soit sa position hiérarchique.

Mais, malgré l'opinion du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a trouvé que la période de deux ans prévue par le CNE est raisonnable. Les conseillers prud'hommes, juges de l'ordre judiciaire, qui ne sont pas liés par la décision du Conseil d'Etat, devront se poser la question de savoir si la période, non dénommée par l'ordonnance mais communément dénommée par les pouvoirs publics « période d'embauche » ou « période de consolidation », doit être renommée « période d'essai aménagée » et si cette période de deux ans est "raisonnable". Ils pourront donc refuser d'appliquer les règles du CNE et écarter l'ordonnance comme source de droit, en se fondant sur le fait que le délai de deux ans est déraisonnable, qu'il est contraire à la norme supérieure résultant de la convention de l'OIT et de la Charte sociale européenne et que, par voie de conséquence, le CNE devenu inapplicable doit être requalifié d'office en CDI de droit commun.

En conséquence, devant le Bureau de conciliation un salarié pourrait demander une ordonnance en paiement de provision en se référant au droit commun, sa créance n'étant pas sérieusement contestable, puisque que l'ordonnance n'existe pas, que le CNE n'existe pas et qu'il s'agit d'une rupture de CDI.

C. En raison du détournement de la finalité proclamé

Qu'est-ce qu'un contrat nouvelles embauches, que veut dire NOUVEAU que veut dire EMBAUCHE, ce n'est pas défini. La finalité du contrat n'est pas explicitée dans le texte de l'ordonnance et on ne peut que se rattacher aux mots « nouvelles embauches » et aux intentions du gouvernement. Il s'agit de savoir si ce contrat dans le cadre de la finalité proclamée par les grandes envolées oratoires, répond aux finalités prétendues de résorber le chômage par de nouvelles embauches. Si on veut donner un contenu à l'expression « nouvelles », on ne peut y parvenir en se plaçant du côté du salarié. Si un demandeur d'emploi, en quête d'embauche, est embauché l'expression « nouvelles » n'a aucun sens en ce qui le concerne. Il est tout simplement embauché.

En revanche l'expression peut avoir un sens si on se place du côté de l'employeur qui, pour résorber le chômage, crée un emploi par une « nouvelle embauche ». Si, par exemple, l'employeur après le départ naturel d'un salarié, en particulier en CDD, pour occuper l'emploi laissé

vacant embauchait en CNE pour le même poste de travail : s'agirait-il d'une nouvelle embauche ou d'une embauche de remplacement ? En réalité, ce mécanisme constitue bien une embauche de substitution ou de remplacement et non pas une nouvelle embauche. Certes ce montage n'est pas contraire à la lettre de l'ordonnance mais détourne la finalité proclamée du texte : résorber le chômage. Il semble parfaitement possible, dans ce cas-là, de juger que ce n'est pas un contrat nouvelles embauches parce qu'on n'a pas créé d'emploi et il y a lieu à requalification en CDI de droit commun. Toutes ces interrogations conduiront nécessairement le juge à définir de façon plus précise l'objet du CNE. Il sera naturellement tenté de dire que si à l'occasion d'un CNE il apparaît qu'aucun nouvel emploi n'est créé au sein de l'entreprise, il y a détournement de finalité (7). Cette solution n'est pas en contradiction avec l'aveu du Premier ministre lui-même qui, dans sa réponse, ajoutant au texte de l'ordonnance, à propos du renouvellement du CNE, le conditionne clairement, après la période de carence entre deux contrats, au fait que l'entreprise connaisse "un nouveau pic d'activité" (8). Dans cet esprit, "nouvelle embauche" a pour équivalent nouvel emploi.

Evidemment la demande de requalification dans le cadre d'une demande d'ordonnance devant la formation du Bureau de conciliation déborde légèrement des pouvoirs de celui-ci. La solution est celle que nous appliquons habituellement, ce n'est pas la requalification qui est demandée à titre principal mais une provision sur les indemnités réclamées dans le cadre d'une rupture d'un contrat à durée indéterminée classique. En effet le contrat contesté est à l'évidence non pas un CNE mais un CDI de droit commun. Les questions sont présentées ainsi « à l'envers », le débat sera donc engagé dès le début à propos des demandes d'indemnités correspondant à la rupture du contrat de travail et, en toute hypothèse, le Bureau de conciliation, quant à lui, devra nécessairement ordonner une mesure d'instruction afin d'établir le bilan des emplois précédents pour déterminer si la « nouvelle » embauche a conduit à un nouvel emploi et éclairé le Bureau de jugement qui aura à statuer ultérieurement.

Les voies de droit sont multiples et il y aura lieu de déterminer, dans l'intérêt du salarié, le meilleur choix, à un moment déterminé, dans un rapport de force déterminé et dans le cadre d'un combat général. Les eaux mêlées de l'action syndicale et de l'action juridique permettront toujours aux salariés de défendre et de conquérir de nouveaux droits (9).

Paul et Pierre Bouaziz

(7) En ce sens, Conseil de prud'hommes de Longjumeau du 20 février 2006 : « Attendu que les droits que les individus tiennent de la loi leur sont attribués dans un intérêt social précis et qu'il ne s'agit jamais de droits discrétionnaires ; Que tout usage d'une prérogative légale hors ou contre l'intérêt social qui lui est attaché s'analyse en abus de droit ; (...) Attendu que le contrat nouvelles embauches est destiné, d'après le rapport présenté au Président de la République (JO n° 179 du 3 août 2005, p. 12688), à rassurer les chefs d'entreprise ayant des difficultés à anticiper l'évolution de la conjoncture économique ou à apprécier les qualités du salarié ;

Qu'il est destiné, comme son nom l'indique, à favoriser de "nouvelles embauches ; Qu'il ne peut être utilisé dans le seul but de précariser la situation d'un salarié et d'éluider le droit du licenciement. »

(8) Cf. le site du Premier ministre : la bataille pour l'emploi.

(9) Au-delà des optimistes ou des pessimistes, l'important est d'être vigilant. Il arrive que lorsque l'on veut expulser par la grande porte le droit, celui-ci revienne en tornade par la fenêtre (Dalloz 2005, article précité, Pierre et Paul Bouaziz, p. 2911).