

L'ordonnance de l'incertitude sociale...

(Observations à partir de CE Sect. 19 octobre 2005, *CGT et autres*)

par Geneviève KOUBI,

Professeur de Droit public, Université de Cergy-Pontoise - CER:FDP

Éntérinant l'amplitude toujours plus large d'une "législation gouvernementale" fondée sur une délégation de pouvoir du Parlement que permet l'article 38 de la Constitution, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 octobre 2005 *CGT et autres* (1), en procédant à l'examen de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches" (2) valide ce type de contrat (3) sans s'inquiéter de l'accélération générale des interventions du Gouvernement pour prendre des mesures en matière sociale (4), ni, en l'espèce, sur les principales motivations de l'habilitation législative du gouvernement pour instituer ce modèle (5), préférant là en retenir la lettre (6)...

L'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, au prétexte de favoriser l'emploi, institue dès son premier article un contrat de travail qui ne peut être ni un contrat à durée déterminée, ni un contrat à durée indéterminée, ni un contrat à "temps partagé" (7). Ce contrat deviendrait pourtant un contrat à durée indéterminée à l'issue de la période de deux ans qu'il recouvre (8). Sans avoir à préciser une nouvelle fois qu'une ordonnance issue de l'article 38 de la Constitution demeure un acte administratif réglementaire tant que n'est pas intervenue sa ratification par le Parlement (9), le Conseil d'Etat devait examiner

(1) Requêtes n°s 283471, 284421, 284473, 284654, 285374, arrêt reproduit ci-après p. 84.

(2) Ord. n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches", *JORF* 3 août 2005, p. 12688.

(3) CE, sect., 19 octobre 2005 *CGT et autres*, req. n°s 283471, 284421, 284473, 284654, 285374 ; chron. : C. Landais, F. Lenica, *AJDA* 21 novembre 2005, p. 2162 ; note : R. Vatinet, *JCP soc.* 2005, p. 1317. Il est à noter que de précédents recours – en référé-suspension, sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative – n'avaient pas abouti : CE 23 septembre 2005, *Union syndicale solidaire*, req. n° 285375 ; CE 5 août 2005, *CGT*, req. n° 283472.

(4) V. E. Dockès, Le stroboscope législatif, *Dr. soc.* 2005, p. 637 ; P. Delvolvé, L'état des ordonnances, *RFDA* 2005, p. 909.

(5) L. n° 2005-846 du 26 juillet 2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, *JORF* 27 juillet 2005, p. 12223 ; v. aussi Cons. const. n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005 relative à la loi habilitant le Gouvernement à prendre des mesures d'urgence pour l'emploi, *JORF* 27 juillet 2005, p. 12241.

(6) En se référant principalement à l'article 1er de la loi du 26 juillet (*précitée*). Le rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches" (*JORF* 3 août 2005, p. 12688) signale que doivent être "mises en œuvre, sans délai, des mesures fortes, pragmatiques et efficaces destinées à relancer l'emploi et la croissance" ; il constate ainsi que "les petites entreprises sont un gisement d'emplois précieux qu'il faut exploiter

prioritairement" et, sans ambages, il note : "En raison de la volatilité de l'économie et des incertitudes liées à l'évolution de leur marché, par crainte des difficultés et des incertitudes, tant juridiques que financières, inhérentes à une rupture du contrat au cas où la conjoncture économique ou la personne du salarié rendrait nécessaire la cessation de la relation de travail, les chefs d'entreprise sont souvent réticents à recruter de façon pérenne sans visibilité de long terme. Ils renoncent alors à anticiper le développement de leur entreprise et privilégient, pour faire face au cas par cas à des pics d'activité, le recours au travail temporaire ou, plus souvent encore, au contrat à durée déterminée" (souligné par nous).

(7) Institué par l'article 25 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* 3 août 2005, p. 12639 ; v. P.-Y. Verkindt, Le travail à temps partagé... ou pourquoi faire simple quand..., *JCP soc.* 2005, p. 1118.

(8) V. J.-B. Cottin, Les mesures en faveur du développement de l'emploi, *LPA*, 17 novembre 2005, n° 229, p. 4 ; P. Morvan, Le contrat "nouvelles embauches", *JCP soc.* 2005, p. 1117 ; L. Milet, Le contrat "nouvelles embauches", *RPDS* n° 726, oct. 2005, p. 311 ; A. Sauret, J.-B. Cottin, Le contrat "nouvelles embauches", *LPA*, 12 août 2005, n° 160, p. 3.

(9) En ce qu'il "résulte des dispositions de l'article 38 de la Constitution que les ordonnances prises sur son fondement ont le caractère d'actes administratifs réglementaires aussi longtemps que le législateur n'en a pas opéré la ratification" : par ex., CE 26 novembre 2001, *Association 'Liberté, information, santé'*, *Rec. Lebon*, p. 578 ; CE 24 octobre 2001, *Gouvernement de la Polynésie française*, *Rec. Lebon*, p. 481.

les dispositions de l'ordonnance pour vérifier qu'aucune d'entre elles ne contrevient aux principes de droit et aux libertés fondamentales – sans prévoir d'emblée que les droits "fondamentaux" des travailleurs en relèvent (10) – ou, plus sûrement, n'excède le champ de l'habilitation conférée au gouvernement par la loi. Ce faisant, le juge ne s'interroge ni sur la fréquence du recours aux ordonnances de l'article 38 par le Gouvernement, ni sur les sous-entendus des objectifs de valeur constitutionnelle de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi (11), ni sur la "nature législative" des normes que produisent ces ordonnances. Suivant une démarche réflexive pour ne pas dire auto-référentielle, s'il s'autorise certaines incursions dans le domaine du droit social, ce n'est qu'en s'appuyant sur les données de la loi d'habilitation – lesquelles, par la force des choses, demeurent *elliptiques* sur le fond (12).

Pensé par le Premier ministre comme un "nouveau type de contrat de travail à durée indéterminée", aux lendemains du référendum du 29 mai 2005 qui, se soldant par un "non" face aux déstabilisations sociales que supposaient les dispositions d'un Traité portant constitution européenne, soulignait les difficultés du marché de l'emploi et la précarisation croissante du travail, le contrat "nouvelles embauches" constitue l'objet central de l'ordonnance du 2 août 2005. Il était alors présenté comme une 'adaptation' des contrats de travail aux activités des petites entreprises (13), alors même qu'il est indéniablement une réponse positive aux revendications émises depuis quelques années par la plupart des associations de chefs d'entreprises ou des organisations patronales.

Suivant les premières indications, le contrat "nouvelles embauches" s'analyserait comme un contrat à durée indéterminée. Cette qualification résulte essentiellement de la combinaison des deux premiers articles de l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches" : l'article 1^{er} prévoit que "les employeurs qui entrent dans le champ du premier alinéa de l'article L. 131-2 du Code du travail et qui emploient au plus vingt salariés peuvent conclure, pour toute nouvelle embauche, un contrat de travail dénommé "contrat nouvelles embauches"...", et l'article 2 précise que "le contrat de travail défini à l'article 1^{er} est conclu sans détermination de durée. Il est établi par écrit". Le rapport remis au Président de la République rend compte de cette qualification : "la présente ordonnance crée, sur le fondement des 1^o, 2^o et 3^o de l'article 1^{er} de la loi n° 2005-846 du 26 juillet 2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, un nouveau contrat de travail, dénommé "contrat nouvelles embauches", pour les entreprises employant jusqu'à vingt salariés.

(10) En écho à l'un des fondements de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi du 19 juin 1998 : "Attendu que l'OIT doit porter une attention spéciale aux problèmes des personnes ayant des besoins sociaux particuliers, notamment les chômeurs et les travailleurs migrants, mobiliser et encourager les efforts nationaux, régionaux et internationaux tendant à résoudre leurs problèmes, et promouvoir des politiques efficaces visant à créer des emplois".

(11) Cons. const. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 - Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, *Rec.*, p. 136 : « Considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1^{er}, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant

par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ».

(12) Cons. const. n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005 - Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi (*précitée*) : "si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation" (souligné par nous).

(13) Doubtant ainsi les dispositions de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (*précitée*), dont le Conseil constitutionnel a validé les principales dispositions en invoquant, conformément à une hiérarchie implicite de ses normes de référence qui consiste depuis plusieurs années à faire prévaloir la logique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sur celle du Préambule de la Constitution de 1946, le principe de la "liberté", ici "contractuelle", et signifiant par un décompte spécifique le respect par le législateur des exigences constitutionnelles constituées par le "droit d'obtenir un emploi, le droit à la santé et le droit au repos" : Cons. Const. n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *JORF* 3 août 2005, p. 12664.

Ce nouveau contrat est un contrat à durée indéterminée" (14) ; mais ce rapport ne saurait acquérir le statut d'une référence d'ordre juridique – ni la qualité d'acte administratif (15).

Suivant une analyse portant plus particulièrement sur les modalités d'examen de la "légalité" d'une ordonnance prise sur le fondement d'une habilitation législative par le juge administratif, les précisions relatives à la matière du droit social n'ont pas présentement lieu d'être mobilisées de manière stricte. La validation de l'ordonnance du 2 août 2005 par le Conseil d'Etat, dans cet arrêt du 19 octobre 2005, revêt certaines ambiguïtés en ce qui concerne la considération directe et quasi exclusive de la loi d'habilitation n° 2005-846 du 26 juillet 2005 et, dans un effet récurif, celle de l'ordonnance attaquée (I), comme en ce qui concerne l'attention portée aux instruments internationaux pourvus d'effets directs en droit interne (II). Et, comme les questions ici soulevées intéressent un corpus de règles généralement "codifié", il apparaît que les notions d'harmonisation du droit et/ou de cohérence du droit n'ont pas été articulées alors même qu'elles sont centrales tant dans les processus d'habilitation du gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, des mesures législatives que dans les procédés et les procédures de codification, de décodification ou de recodification des normes législatives et réglementaires, ce qui inclut nécessairement les modifications apportées à tout code – et, en l'espèce, au Code du travail... – comme les innovations ou mentions qui, concernant directement certaines matières relevant du périmètre d'un code, s'en trouvent singulièrement détachées... – et tel est le cas en cette affaire (III)...

I.

Plutôt que s'interroger sur les logiques inhérentes au Code du travail et ainsi évaluer les enchaînements normatifs qui s'institueraient entre les règles législatives insérées dans ce code et les dispositions inscrites dans l'ordonnance, le Conseil d'Etat choisit d'étudier, conformément à sa propre jurisprudence, le dispositif relatif au contrat "nouvelles embauches" dans son seul et unique rapport à la loi d'habilitation et, dans une permutation générale du regard, suivant la logique de l'ordonnance elle-même. Tant que les auteurs d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, qui sont des autorités pourvues du pouvoir réglementaire, n'outrepassent pas le cadre de l'habilitation défini par la loi ou n'excèdent pas le champ de l'habilitation (16), il semblerait que les dispositions ainsi promulguées avant que n'intervienne la ratification, seraient presque toujours "légal".

Pourtant, certains principes, peut-être de valeur législative plus que constitutionnelle, devraient pouvoir

être évoqués dans la mesure où justement l'ordonnance conserve, de manière toute théorique certes, le caractère d'un "acte administratif réglementaire". En dépit de l'acuité de certains principes qu'il a lui-même érigés en principes généraux du droit, ainsi qu'il a déjà été amené à le reconnaître, le Conseil d'Etat se trouve conduit à accorder au gouvernement la possibilité de restreindre certaines libertés dès lors que celles-ci, souvent de qualification législative potentielle, entrent dans le champ défini par la loi d'habilitation (17). Si, selon les termes de l'arrêt du 19 octobre 2005, "il appartenait au gouvernement de faire usage de l'habilitation ainsi conférée par le législateur, dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ainsi que des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne" (17 bis), les principales limitations de l'intervention gouvernementale par le biais

(14) Souligné par nous.

(15) Comme le Conseil d'Etat le signifie dans le présent arrêt, suite aux précisions du commissaire du gouvernement qui, dans ses conclusions, invitait à lire le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires* diffusé par le Secrétariat général du Gouvernement (éd. La Documentation française, 2005).

(16) Selon les formules généralement utilisées par le Conseil d'Etat pour l'examen de ce type d'acte : ex. CE 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins Aix et région et autres*, Rec. Lebon, p. 267.

(17) Ainsy, par ex., CE 12 juin 1998, *Conseil national de l'ordre des médecins et autres*, Rec. Lebon, Tables, p. 679 : " Cons. qu'aux termes du 3° de l'article 1er de la loi du 30 décembre 1995 autorisant le gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale, le gouvernement était autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de quatre

mois à compter de la promulgation de la loi, toutes mesures "modifiant les dispositions relatives aux relations entre les organismes de Sécurité sociale, les professions médicales et paramédicales et les assurés sociaux, (...) en vue d'améliorer, par des incitations et des modalités appropriées de mesure, de contrôle et de responsabilisation, la qualité des soins et la maîtrise des dépenses de santé" ; qu'il résulte de ces dispositions que le gouvernement était habilité à apporter au principe de la liberté de prescription du médecin les restrictions nécessaires à l'amélioration de la qualité des soins et à la maîtrise des dépenses de santé, avec lesquelles ce principe doit être concilié " (souligné par nous). Cependant, certaines limites tenant aux principes fondamentaux peuvent aussi être signifiées : par ex., CE ass. 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins de l'Ain et autres*, Rec. Lebon, Tables, p. 679.

(17 bis) Reproduit ci-après p. 84.

de cette ordonnance se situeraient au-delà de la loi d'habilitation du 26 juillet 2005, la question du respect des droits sociaux des travailleurs n'y ayant pas été clairement énoncée, la perspective économique prévalant sur la dialectique sociale. Obturant cette percée, le juge note explicitement que *"la soumission du "contrat nouvelles embauches" à un régime dérogatoire quant aux règles régissant sa rupture résulte, dans son principe, de la loi"*. La loi d'habilitation est bel et bien le cadre de références quasi exclusif du juge. Or, quand bien même cette seule loi devait constituer la principale norme de référence, comment l'institution de *"règles de rupture et un régime indemnitaire spécifiques"* permettrait-elle au gouvernement *"d'exclure"* l'application de certaines des règles protégeant les salariés contre les licenciements injustifiés ?

Le Conseil d'Etat estime pourtant que : *"en excluant l'application de certaines règles protectrices contre le licenciement, l'ordonnance du 2 août 2005 n'a fait que mettre en œuvre l'habilitation conférée au gouvernement par la loi, le législateur ayant lui-même établi le lien que contestent les requérantes entre la définition de règles de rupture spécifiques et, pour les entreprises ainsi visées, l'incitation à l'embauche"*. Le législateur avait effectivement autorisé le gouvernement à prendre des mesures particulières pouvant déroger aux règles générales des contrats de travail. La loi d'habilitation n° 2005-846 du 26 juillet 2005 prévoyait que le gouvernement pouvait prendre toute mesure visant à *"favoriser l'embauche dans les entreprises et organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 131-2 du Code du travail et 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, garantissant au salarié, pendant cette période, une indemnité en cas de rupture à l'initiative de l'employeur supérieure à celle résultant de l'application des règles de l'article L. 122-9 du même code"* (18). La particularité recherchée de ces "règles de rupture" du nouveau contrat devait-elle nécessairement se traduire d'abord par la détermination d'une période d'incertitude de vingt-quatre mois pour le salarié et, ensuite, par un abandon, voire une récusation, de toutes les garanties et protections des salariés contre les licenciements "sans cause réelle et sérieuse" ? L'interprétation particulière et

extensive donnée des termes de la loi d'habilitation par le Conseil d'Etat laisse alors craindre de nouvelles tentatives législatives ou gouvernementales pour assouplir les procédures de licenciement au profit des employeurs donc au détriment des travailleurs... dans toutes les catégories d'entreprises (19).

En quelque sorte, le Conseil d'Etat opère ici une lecture littérale de l'ordonnance de 2004 soulignant chacun des articles du Code du travail dont l'application est formellement écartée pour la mise en œuvre de ce nouveau type de contrat. Il relève ainsi la disqualification des règles et procédures relatives au licenciement pour la période couverte par ce contrat, sans répondre à l'invitation qui lui avait été faite par le commissaire du gouvernement de se pencher sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en la matière afin d'y puiser inspiration – ce que, pourtant, il ne répugne pas à faire pour tout un ensemble de dispositions concernant les agents publics et les agents des services publics, édifiant peu à peu une convergence entre droit des fonctions publiques et droit du travail. Ce faisant, non seulement il entérine la "réticence" des petites entreprises à recruter leur personnel de manière régulière, mais il leur reconnaît un pouvoir presque *"exorbitant du droit commun du travail"* qui pèse fortement sur la situation des salariés nouvellement embauchés. En effet, en remarquant qu'il *"ne résulte ni du principe de liberté énoncé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au contrat "nouvelles embauches" devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs et d'en prévoir les modalités de réparation"*, le Conseil d'Etat offre aux employeurs un pouvoir d'appréciation discrétionnaire conséquent de l'aptitude du salarié – qui confine à une flexibilité de l'emploi (et de l'employé) contraire aux principes directeurs du droit du travail et, plus particulièrement, aux normes tirées de la convention internationale du travail n° 158 (20).

Cette approche paraît lourde de conséquences et pourrait obérer l'avenir du droit du travail en ce que les arguments présentés par les requérants relatifs aux principes fondamentaux et aux principes généraux du droit ont été quelque peu non détournés de leurs objectifs mais plutôt remis en perspective à l'aune des

(18) Souligné par nous.

(19) Néanmoins, l'application des dispositions de l'article L. 122-14-3 n'aura pas lieu d'être écartée par la suite ; v. entre autres, A. Martinel et V. Armand, Contrats précaires : actualités jurisprudentielles sur l'action en requalification en contrat de travail à durée indéterminée, étud. *Bull Cass. Droit du travail*, n° 70, 2005, p. 3.

(20) Ratifiée par la France : D. n° 90-140 du 9 février 1990 portant publication de la convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982, *JORF* 15 février 1990. La convention est reproduite au *Dr. Ouv.* 1990 p. 478.

principes d'ordre économique directement puisés dans les discours libéraux. Ainsi, par exemple, le "principe de liberté" qui se fonde sur une lecture de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, ne pouvait là ouvrir sur les moyens d'émancipation des travailleurs par rapport au pouvoir patronal ; suivant cette logique libérale et capitaliste, elle

œuvre vers la reconnaissance d'un principe de la "liberté contractuelle" qui, en l'occurrence, ne peut venir à l'appui d'une objection à l'endroit de ce contrat "nouvelles embauches" dans la mesure où ce dernier concerne un domaine régi principalement et essentiellement par une forme contractuelle fondamentalement inégalitaire (21).

II.

Dans le champ particulier du droit social, la question soulevée par "ce nouveau type de contrat" exige de repenser la notion de "période d'essai" laquelle concerne précisément les contrats de travail à durée indéterminée. L'article L. 122-4 du Code du travail dispose : " *Le contrat de travail 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...*" (22) ; il faut en déduire que cette période dite d'essai offre à l'employeur un pouvoir quasi arbitraire en ce qu'aucune des garanties procédurales (entretien préalable, préavis, notification des motifs, etc. (23)) n'a lieu d'être convoquée pour licencier le salarié, lequel n'a ainsi droit à aucune indemnité.

Dans le cadre d'un contrat "nouvelles embauches", puisque celui-ci a pour objectif de se muer en un contrat à durée indéterminée, les modalités de recrutement et les procédures de licenciement allongent "la période d'essai" ; celle-ci court désormais durant les deux années que couvre ce contrat : l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 spécifie que "ce contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, pendant les deux

premières années courant à compter de la date de sa conclusion". Cet article détaille, en fait, les conditions d'un licenciement sans que des mécanismes de protection des droits du salarié soient clairement envisagés. En ce que le contrat peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié pendant ces deux premières années sans que des motifs précis soient nécessairement donnés, il est effectivement possible d'assimiler ces premières années qui font le "contrat nouvelles embauches" à une "période d'essai".

En tenant compte des principes dégagés par la jurisprudence sociale, une période d'essai de vingt-quatre mois apparaît manifestement disproportionnée pour un grand nombre de catégories d'emplois si sa finalité est de permettre à l'employeur de vérifier l'aptitude du salarié à accomplir sa tâche, occuper ses fonctions ou à tenir ses engagements (24). Les principaux griefs développés à l'encontre de ce "contrat nouvelles embauches" concernaient alors principalement le fait que, durant deux années consécutives, les garanties générales applicables aux licenciements ne pouvaient lui être opposées (25).

(21) La référence à la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 n° 99-419 DC - Loi relative au pacte civil de solidarité (Rec. p. 116) n'est pas, en l'espèce, pertinente : "considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis". La relation entre les tenants d'un pacte civil de solidarité et les parties à un contrat de travail ne peut, de toute évidence, être située sur un même plan. Si le contrat en matière d'état des personnes ne peut, en tout état de cause, s'avérer perpétuel et nécessite, en cas de rupture, le respect d'un temps de réflexion, en droit du travail, il était déjà acquis que, durant un temps déterminé par une période d'essai, la rupture du contrat pouvait être décidée unilatéralement par l'employeur comme par l'employé sans préavis (ou plus justement suivant un préavis de courte durée).

(22) Souligné par nous.

(23) V. art. L. 122-14 et suiv. du Code du travail.

(24) En ce que, pour la Cour de cassation, la période d'essai doit avoir une durée 'raisonnable' et être établie en rapport avec le temps nécessaire pour évaluer l'employé ; certes, la prolongation de la période d'essai est toujours possible mais elle ne peut être engagée qu'à la condition qu'elle ne présente pas un caractère "anormal ou abusif" ; ainsi, tout allongement de cette période pourrait être considéré excessif et, par là, illicite (v. par ex., C. Cass., Soc. 18 juin 1996, pourvoi n° 92-44729). V. M.-C. Amauger-Lattes, Réflexion sur le droit applicable à la rupture de la période d'essai, *JCP E*, 21 octobre 2004, p. 1673 ; S. Athmani, La période d'essai, *RPDS* n° 723, juillet 2005, p. 223.

(25) Le rapport au Président de la République (*précité*) en présentant ce "nouveau contrat à durée indéterminée" prétend que "les règles de rupture sont aménagées pendant les deux premières années à compter de la date de sa conclusion ; [qu']il repose, durant cette période, sur la recherche d'un nouvel équilibre dans la relation de travail, en associant une simplification de la procédure de rupture et de nouvelles garanties pour le salarié afin de favoriser le retour rapide à l'emploi en cas de cessation du contrat". Or, ces "nouvelles" garanties sont équivoques (à moins de penser que, plutôt que de préserver son travail ou conserver son emploi, "bénéficier d'une allocation forfaitaire financée par l'Etat" serait plus juste ; n'aurait-il pas été plus judicieux d'octroyer une telle indemnité pour tout licenciement "non fondé" sur l'aptitude ou la compétence durant toute période d'essai ?).

L'innovation principale qu'introduit l'ordonnance dans l'ordre du droit social, n'est donc pas le contrat en lui-même mais bien les modalités relatives à sa rupture. Ce sont de nouvelles opportunités de licenciement qui se trouvent être définies par l'ordonnance – en définitive par la "loi" – et curieusement situées *hors* le Code du travail : dans les petites entreprises, durant les deux premières années, en dépit de la signature d'un contrat de travail, le licenciement de l'employé peut intervenir à tout moment sans procédure, sans préavis et sans recours effectif au juge (26) pour en contester les fondements, la cause ou le motif, ou, du moins désormais, au vu des timides précisions du Conseil d'Etat, "presque" sans recours possible au juge. En la matière, sans que soit approfondie la notion de "période d'essai", et dans un contournement de la problématique propre à la notion de "licenciement", le Conseil d'Etat se contente de signifier que "l'ordonnance n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture n'a pas un caractère abusif...".

Sans avoir à revenir sur l'évolution de la jurisprudence administrative à propos de la place des traités internationaux non dans la hiérarchie des normes en général, mais dans la panoplie des normes de référence pour l'examen de la légalité d'un acte administratif, il semble qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat choisit de ne pas heurter le gouvernement en ne censurant pas l'ordonnance qui lui est ainsi déférée. Pourtant, en d'autres occasions, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité à user des instruments internationaux pour assurer la protection de certains droits fondamentaux, – outre, bien sûr, la Convention européenne des droits de l'Homme.

Force est de constater, en premier lieu, que les normes relatives aux droits des travailleurs ne peuvent être empruntées à la panoplie des principes posés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – qui ne trouve pas à s'appliquer, celle-ci n'étant pas dotée de force juridique (27) – ; en un second temps, comme le commissaire du gouvernement y invitait, un rappel des normes de droit communautaire était indispensable pour colmater une brèche importante qui aurait considérablement réduit le maigre arsenal dont

disposent les salariés pour lutter contre les discriminations à l'embauche et revendiquer l'égalité de traitement en matière d'emploi, de travail et de salaire : les articles du Code du travail par lesquels les directives correspondantes ont été transposées (28) ne sont pas au nombre des dispositions dont l'ordonnance a écarté l'application. En aurait-il été autrement que le moyen de la violation du droit communautaire aurait assez justifié l'illégalité du dispositif posé par l'ordonnance.

Par quelques pirouettes dont les fondements juridiques demeurent incertains tant la question sensible des discriminations pouvait directement y interférer, le Conseil d'Etat avance que : "*si l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcés pour un motif disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée par l'employeur dans les autres cas de licenciement fondés sur des motifs inhérents à la personne du salarié*". Les articles du Code du travail relatifs à la discipline (29) trouveraient à s'appliquer le cas échéant. Le juge administratif saisit aussi l'occasion de préciser que demeurent applicables au "contrat nouvelles embauches" les dispositions de l'article L. 122-45 de ce code relatives à l'interdiction des discriminations. Se satisfaisant de ces quelques détours, le juge administratif en déduit donc que "*l'ordonnance attaquée n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture n'a pas un caractère abusif et n'est pas intervenue en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure disciplinaire et de celles prohibant les mesures discriminatoires*". Aucun autre motif ne semblerait devoir être soulevé, il appartiendra donc au juge judiciaire d'en apprécier concrètement les aboutissements.

Il n'en reste pas moins que, le Conseil d'Etat ayant eu précédemment l'occasion de constater que les stipulations des conventions de l'OIT pouvaient être revêtues d'un effet direct en droit interne (30), en l'espèce, en vertu de leur qualité "suffisamment précise et normative", de la portée obligatoire de la norme et du

(26) V. art. 2 al. 7 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".

(27) CE 5 janvier 2005, *F. Delprez et M. Baillard*, req. n° 257341, 257534 : "la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte inter-institutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales".

(28) Directives 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe

(JOCE – législation, 20 janvier 1998, p. 6 ; reproduite au Dr. Ouv. 1998 p.313) et 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE n° 303 - 2 décembre 2000, p. 16).

(29) Art. L. 122-40 à L. 122-44 du Code du travail. V. J. Savatier, La rupture pour motif disciplinaire des contrats 'nouvelles embauches', *Dr. soc.* 2005, p. 957.

(30) V. en cela les différents arrêts cités par le commissaire du gouvernement, C. Devys, dans ses conclusions, notant toutefois que chacune des conventions de l'OIT ratifiées par la France nécessite un examen spécifique pour relever ou non ce caractère.

caractère complet de la règle, quelques dispositions de la convention n° 158 invoquées par les requérants sont dotées d'une applicabilité directe.

L'argumentation du juge apparaît là quelque peu singulière. Même s'il les évoque, le Conseil d'Etat ne s'appuie pas sur les termes de l'article 4 de la convention OIT n° 158 selon lesquels *"un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service"*. Cet article ne pouvait toutefois servir, seul et isolé, les développements des requérants en ce que la mention relative aux *"nécessités du fonctionnement de l'entreprise"* pouvait être interprétée comme venant à l'appui des dispositions de l'ordonnance contestée. Le juge rejette les arguments des requérants en énumérant les articles concernés de la convention internationale du travail sans développer leur substance. Pourtant, la matière de ces articles indique clairement le lieu de la contestation : la rupture du contrat de deux ans, de ce contrat *"nouvelles embauches"*, assimilable à un licenciement.

L'article 8-1 de la convention OIT n° 158 stipule : *"un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre"* ; l'article 9, cherchant à éviter que le salarié ait à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, prévoit l'obligation de motiver et/ou de démontrer la nécessité du licenciement, même lorsque celui-ci intervient pour les besoins du fonctionnement de l'entreprise ; l'article 10 en tire la conséquence en signifiant que si le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la

législation et de la pratique nationales, il est impossible de l'annuler et/ou de proposer la réintégration du travailleur, doit être *"ordonné le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée"*. Le Conseil d'Etat esquivait la question particulière des procédures : la dérogation au droit commun des contrats de travail semblerait ainsi justifiée.

Repérant les dispositions de l'article 2 de la convention OIT, il n'insiste guère sur les données particulières d'une distinction, pourtant cruciale, entre *"période d'essai"* et *"période d'ancienneté requise"* instituée au paragraphe 2 b) (31), il invite plutôt à se pencher sur le flou qui entoure la qualification de *"raisonnable"* concernant la *"durée"*, prédéterminée dans le temps, de chacune de ces périodes, préférant ici retenir l'idée d'une *"période d'ancienneté requise"* plutôt que celle d'une *"période d'essai"* – nonobstant le fait qu'une telle approche est, ainsi que le remarquent C. Landais et F. Lenica, *"assez étrangère à la tradition juridique française en matière de droit du travail"* (32). Rapprochant les stipulations du b) du paragraphe 2 de l'article 2 de la convention et l'annexe à la charte sociale européenne (révisée), il observe que les Etats *"peuvent exclure certains travailleurs du champ d'application de tout ou partie des dispositions de cette convention, notamment ceux n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable"* (33). Par cet adjectif *"notamment"*, débordant les dispositions du Code du travail, le juge fait entrer dans les formes d'embauche, au moment de la conclusion du contrat, au niveau du recrutement du travailleur, plus que dans la texture des contrats de travail, une notion insolite dont les répercussions ne sauraient, pour l'instant, être

(31) Art. 2 de la convention OIT n° 158 : *"- 1. La présente convention s'applique à toutes les branches d'activité économique et à tous les travailleurs salariés. / 2. Un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention les catégories suivantes de travailleurs salariés : / a) les travailleurs engagés aux termes d'un contrat de travail portant sur une période déterminée ou une tâche déterminée ; / b) les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ; / c) les travailleurs engagés à titre occasionnel pour une courte période. / 3. Des garanties adéquates seront prévues contre le recours à des contrats de travail de durée déterminée visant à éluder la protection découlant de la présente convention. / 4. Pour autant qu'il soit nécessaire, des mesures pourront être prises par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans un pays, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées, là où il en existe, afin d'exclure de l'application de la présente convention ou de certaines de ses dispositions certaines catégories de travailleurs salariés dont les conditions d'emploi sont soumises à un régime spécial qui, dans son ensemble, leur assure une protection au moins équivalente à celle offerte par la*

convention. / 5. Pour autant qu'il soit nécessaire, des mesures pourront être prises par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans un pays, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées, là où il en existe, afin d'exclure de l'application de la présente convention ou de certaines de ses dispositions d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature. / 6. Tout Membre qui ratifie la présente convention devra, dans le premier rapport sur l'application de la convention qu'il sera tenu de présenter en vertu de l'article 22 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail, indiquer, avec motifs à l'appui, les catégories qui pourront avoir été l'objet d'une exclusion en application des paragraphes 4 et 5 du présent article, et il devra exposer dans des rapports ultérieurs l'état de sa législation et de sa pratique à leur égard en précisant dans quelle mesure il a été donné effet ou il est proposé de donner effet à la convention en ce qui les concerne".

(32) C. Landais, F. Lenica, *AJDA* 2005, p. 2164.

(33) Souligné par nous.

complètement assimilées. Modifiant subrepticement la qualification initiale du contrat "nouvelles embauches" en situant les deux années qu'il recouvre comme une "période d'ancienneté requise" préalable à l'obtention d'un contrat à durée indéterminée, sans évoquer la problématique plus appropriée de la période d'essai, le Conseil d'Etat en vient à considérer le délai de deux années comme étant "raisonnable". Le Conseil d'Etat, s'en tenant aux "clauses de souplesse" propres aux instruments de l'OIT (34), estime "qu'en l'espèce, eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le "contrat nouvelles embauches" est un contrat à durée indéterminée, la période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier peut être regardée comme raisonnable...". Or, c'est principalement cette durée qui constitue la substance du contrat "nouvelles embauches" : la fin du contrat peut tout aussi bien se résumer en un remerciement, un congédiement du salarié qui n'aurait donc pas la forme d'un licenciement que dans une requalification du contrat en un contrat à durée indéterminée, ce qui n'empêche pas de procéder par la suite à un licenciement, dès le contrat à durée

indéterminée conclu, mais cette fois-ci en respectant les procédures adéquates.

C'est en se référant de manière *allusive* aux stipulations des conventions élaborées au sein de l'Organisation internationale du Travail (OIT) (35) que le Conseil d'Etat parvient à justifier les dérogations aux règles de licenciement que suppose ce contrat d'un nouveau type. Alors même que les dispositions de la convention n° 158 concernent aussi, voire principalement, la "période d'essai", il se trouve que, pour le juge, "les règles de rupture du "contrat nouvelles embauches" pendant les deux premières années ne dérogent pas aux stipulations des articles 8-1, 9 et 10 de la Convention internationale du travail n° 158".

S'adressant à la section du contentieux du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement, C. Devys, avait pourtant souligné que "la présente affaire montrera à quel point, lorsque vous êtes amenés à trancher de telles questions, la prise en compte de la jurisprudence judiciaire doit être présente, voire dominante, dans vos analyses, sauf à risquer des divergences d'interprétation des textes entre les deux ordres de juridiction". Tel est désormais le piège qui se profile...

III.

Aux termes du deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution, "les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation" (36), cela même si le dernier alinéa prévient qu'à l'expiration du délai "les ordonnances ne peuvent plus

être modifiées que par une loi dans les matières qui sont du domaine législatif". Ainsi que le Conseil constitutionnel l'a rappelé dans sa décision du 16 décembre 1999, tout en relevant la particularité de la codification à "droit constant" (37) qui suppose que seules des dispositions existantes et toujours en vigueur forment la substance d'un code, "si l'adoption de la partie législative d'un code par voie d'ordonnances

(34) Dès lors, selon C. Landais et F. Lenica, "l'interprétation très accommodante retenue par la Section est probablement celle qui reflète le plus fidèlement l'économie générale de la convention n° 158" : chron. *AJDA* 2005, p. 2163 ; en considérant que "la clef d'entrée" de la convention est la clause de souplesse, ils en entérinent les variables pour un Etat qui aurait pu, sans aucun doute, se conformer aux règles générales. Si la "clause de souplesse", issue du fait que les conventions OIT ne peuvent faire l'objet de réserves d'interprétation, permet aux Etats de fixer des règles moins contraignantes que celles prévues dans la convention, elle n'a pas pour objectif de les autoriser à les vider de leur sens et de leur portée : de telles mesures dérogatoires ne peuvent être que provisoires. Il n'est pas certain que tel soit le cas en l'occurrence...

(35) Par ex. : CE, ass., 5 novembre 2004, *Union des organisations de fonctionnaires et assimilées, Groupe des dix solidaires*, req. n° 252102 ; CE 15 février 1999, *Union nationale CGT des affaires sociales et autres, Rec. Lebon*, p. 24. Parfois, les textes internationaux (de l'OIT, en l'occurrence) sont exposés de manière plus approfondie : ex. : CE, 11 janvier 2002, *Union nationale des affaires sociales – CGT et autres, Rec. Lebon*, p. 2.

(36) Pour une application de cet article, v. par ex., à propos de l'ordonnance n° 2002-327 du 7 mars 2002 portant adaptation de la législation relative aux transports intérieurs dans les départements de Guadeloupe, de Guyane et de Martinique et création d'agences des transports publics de personnes dans ces départements : CE, 2 avril 2003, *Conseil régional de Guadeloupe*, req. n° 246748 : "considérant qu'il est constant qu'aucun projet de loi de ratification de l'ordonnance mentionnée... n'a été déposé devant le Parlement avant la fin de ce délai qui expirait le 30 juin 2002 ; qu'il résulte des dispositions précitées de la Constitution que l'ordonnance attaquée est devenue caduque à cette dernière date".

(37) Art. 3, L. n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*JORF* 13 avril 2000, p. 5646) : "La codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. / Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit".

conduit à la faire relever temporairement du régime contentieux des actes réglementaires, cette situation résulte directement de la combinaison des articles 38 et 61 de la Constitution ; par ailleurs, en application de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances ne pourront plus être modifiées que par la loi dans les matières qui relèvent du domaine législatif" (38). Le Conseil d'Etat complète ces constatations qui dépassent la seule matière soumise à codification, par des spécifications essentielles : "une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, tant que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif ; si, en vertu du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation donnée au gouvernement, être modifiées que par la loi, les dispositions de nature réglementaire figurant dans une ordonnance non ratifiée peuvent être modifiées par décret ; comme l'ordonnance qu'il modifie, un tel décret doit être pris en Conseil d'Etat et délibéré en conseil des ministres" (39). En admettant que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance intervenue à la suite d'une loi d'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution "peut résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement" (40), du fait de cette reconnaissance des ratifications implicites, il apparaît que, par le biais des lois d'habilitation, des ordonnances, des lois de ratification comme des lois ordinaires, nombre des variations du droit du travail pourraient encore être organisées "en catimini"... notamment par tout un ensemble de dispositifs placés, délibérément ou non, en dehors du Code du travail.

Certes, l'ordonnance du 2 août 2005 n'insère dans le code aucune nouvelle disposition, mais indubitablement, les modifications que cette ordonnance introduit dans la composition des contrats de travail ne sont pas sans incidences pour les salariés comme pour les entrepreneurs qui, dès lors, pourraient être conduits à faire valoir la lettre de l'ordonnance contre celle du code.

Car, depuis la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (41), que le Conseil constitutionnel a validée suivant une rhétorique désormais classique en raison de l'urgence de la reconstruction libérale du droit (42), le Code du travail est déjà entré dans une phase de rénovation substantielle. Ces éléments laissent supposer que les nouvelles dispositions posées par l'ordonnance du 2 août 2005 traversent aussi le champ de l'habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à des modifications consistantes du Code du travail, tel qu'il est exposé à l'article 84 de la loi du 9 décembre 2004. Le Gouvernement s'est, en effet, engagé dans une refonte du "code" du travail qui s'apparente à une recodification du "droit" du travail. L'article 84-I-3° de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit prévoit que, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des parties législatives de certains codes dont le Code du travail, **"afin d'inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification"**. Le même article précise toutefois, dans son paragraphe II, que **"les dispositions codifiées en vertu du I sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet"**. De plus, au vu des dispositions de l'article 92 de cette même loi, le temps pendant lequel le gouvernement dispose de ce pouvoir "législatif" est assez ample puisque le délai fixé est de dix-huit mois (à compter de la promulgation de la loi) tandis que, plus communément, **"pour chaque ordonnance, un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication"**.

La discrétion initiale souligne la difficulté d'une insertion des nouvelles dispositions relatives au "contrat nouvelles embauches" dans les développements du Code du travail actuellement en vigueur ; elle induit certaines interrogations quant aux futurs remaniements

(38) Cons. const. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136.

(39) Par ex : CE, 30 juin 2003, *Fédération régionale bovine du Sud-Est et autres*, req. n° 236571.

(40) Et dès lors que la ratification d'une ordonnance est intervenue, cette dernière ne peut plus être contestée devant le juge : CE 8 décembre 2000, *Gouvernement de la Polynésie française*, req. n° 201816. La ratification implicite peut être partielle et le recours contre les dispositions d'une ordonnance de l'article 38 concernées par celle-ci ne saurait être recevable : par ex. : CE, 17 mai 2002, *M. Hoffier, Rec. Lebon, Tables*, p. 583.

(41) L. n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JORF* 10 décembre 2004, p. 20857.

(42) Cons. const. n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 - Loi de simplification du droit, Rec. p. 211 : "considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi" (souligné par nous).

que le Code du travail devrait connaître. Ainsi, la recherche d'une cohérence "rédactionnelle" contraire ici l'idée d'une "cohérence du droit" et déséquilibre la logique intrinsèque d'un code qui, entremêlant les aspects sociaux et économiques, finit par perdre de vue ce qui pouvait constituer l'une de ses raisons d'être : l'obligation faite aux employeurs de respecter les droits sociaux des travailleurs. Pour l'heure, ces perspectives suscitent un questionnement quant aux attermoissements du législateur sur la nécessaire et indispensable simplification du droit – qui n'est qu'un des masques de la codification, un des relais pour un remaniement des codes existants, pour un réaménagement et une réadaptation des normes législatives contenues dans ses codes aux nouvelles logiques concurrentielles et marchandes qui pénètrent l'ensemble du Droit. Car, sous l'empire d'une logique libérale, accentuée par le mythe de la mondialisation, dans l'objectif affiché de la commémoration du centenaire du ministère du Travail, prévue en juin 2006 (43), l'idée de présenter un "nouveau" Code du travail, prétendument plus synthétique et plus pratique pour les acteurs de la vie sociale, augure de peu de garanties en matière de droits des travailleurs. La recodification du *code* du travail présume bien la réécriture du *droit* du travail... laquelle est essentiellement mise en œuvre par la Direction des relations du travail, soutenue et secondée par la

Commission supérieure de la codification. Même si cette entreprise doit s'effectuer "à droit constant" et donc, prétendument ne rien modifier en cette matière, les différents textes juridiques élaborés sous le label initial des ordonnances issues de l'article 38 de la Constitution, qu'ils aient ou non prévus d'insérer les dispositions correspondantes dans le code, finiront par s'y intégrer et, par là, modifier la teneur du code, transformer ses finalités et recomposer radicalement sa cohérence – déjà très maltraitée.

Dans ce détricotage en pointillé de l'actuel Code du travail, retenant que certains principes, notamment de nature jurisprudentielle, ne peuvent y être insérés, la réserve du Conseil d'Etat – qui peut expliquer sa déférence envers les ordonnances de l'article 38 de la Constitution –, n'incite guère les codificateurs à s'interroger sur le périmètre d'un code qui, par différentes formulations, risque à terme de situer sur un même plan et dans un même registre les droits des travailleurs et les obligations des employeurs – et inversement. L'objectif, faisant prévaloir l'économique sur le social, serait-il alors de désorganiser le Code du travail pour le convertir, suivant les variations terminologiques désormais entérinées et par elles-mêmes révélatrices d'une transmutation substantielle de la pensée juridique des relations de travail, en un... "Code de l'emploi" (44) ?

Geneviève Koubi

(43) Communiqué du Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, 16 février 2005 : *Lancement de la recodification du Code du travail : un code révisé pour le centenaire du ministère en 2006.*

(44) En écho : un 'mode d'emploi' ???!

Annexe

CONTRAT DE TRAVAIL – Contrat "nouvelles embauches" – Régimes spécifiques de rupture et indemnitaire – Conformité à la loi d'habilitation – Absence de méconnaissance des normes internationales et principes généraux du droit.

CONSEIL D'ETAT (Section), 19 octobre 2005

CGT et autres

Considérant que les requêtes de la CGT, de l'Union syndicale solidaires de l'Isère, de la CFDT, de la CFE-CGC et de la CFTC, de la CGT-FO et de l'Union syndicale solidaires tendent à l'annulation de la même ordonnance du 2 août 2005 relative au "contrat nouvelles embauches" ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur l'intervention de M. L. :

Considérant que M. L., qui se prévaut de son état de chômeur de longue durée, justifie d'une qualité lui donnant intérêt à intervenir au soutien des requêtes dirigées contre l'ordonnance attaquée ; qu'ainsi son intervention est recevable ;

Sur la légalité de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 :

Considérant que le 1° de l'article 1er de la loi du 26 juillet 2005 a habilité le gouvernement à prendre, par ordonnance,

des mesures d'urgence pour l'emploi afin de favoriser l'embauche dans les entreprises et organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 131-2 du Code du travail et 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, garantissant au salarié, pendant cette période, une indemnité en cas de rupture à l'initiative de l'employeur supérieure à celle résultant de l'application des règles de l'article L. 122-9 du même code ;

Considérant qu'il appartenait au gouvernement de faire usage de l'habilitation ainsi conférée par le législateur, dans le respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ainsi que des engagements internationaux de

la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance attaquée, prise en vertu de cette habilitation : « Les employeurs qui entrent dans le champ du premier alinéa de l'article L. 131-2 du code du travail et qui emploient au plus vingt salariés peuvent conclure (...) un contrat de travail dénommé "contrat nouvelles embauches" » ; que le premier alinéa de l'article 2 énonce que ce contrat est conclu sans détermination de durée ; que, selon le deuxième alinéa de cet article : "Ce contrat est soumis aux dispositions du code du travail, à l'exception, pendant les deux premières années courantes à compter de la date de sa conclusion, de celles des articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 de ce code" ; que les alinéas suivants du même article 2 précisent les conditions dans lesquelles le "contrat nouvelles embauches" peut être rompu pendant ces deux premières années ;

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de la loi d'habilitation :

Considérant, en premier lieu, que les dispositions des articles L. 122-14-8, L. 122-14-12, L. 122-14-13, L. 212-14-14, L. 321-1-2 et L. 321-14 du code du travail dont l'application se trouve ainsi écartée par l'article 2 de l'ordonnance attaquée se rattachent, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, aux conditions de rupture d'un contrat de travail ; qu'il en va de même de celles du septième alinéa du même article 2 prévoyant un délai de prescription de douze mois pour toute contestation portant sur la rupture de ce contrat ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les dispositions en cause excéderaient les limites de l'habilitation consentie par le législateur doit être écarté ;

Considérant, en second lieu, qu'en excluant l'application de certaines règles protectrices contre le licenciement, l'ordonnance du 2 août 2005 n'a fait que mettre en œuvre l'habilitation conférée au gouvernement par la loi, le législateur ayant lui-même établi le lien que contestent les requérantes entre la définition de règles de rupture spécifiques et, pour les entreprises ainsi visées, l'incitation à l'embauche ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la disproportion des dispositions de l'ordonnance attaquée au regard de l'objectif assigné au gouvernement par le législateur doit être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen :

Considérant qu'il ne résulte ni du principe de liberté énoncé à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à laquelle se réfère le Préambule de la Constitution, ni d'ailleurs d'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle que la faculté pour l'employeur de mettre fin au contrat "nouvelles embauches" devrait être subordonnée à l'obligation d'en énoncer préalablement les motifs et d'en prévoir les modalités de réparation ; que par suite, le moyen tiré de ce que la dérogation, résultant de l'article 2 de l'ordonnance attaquée, aux dispositions de droit commun du code du travail soumettant à de telles obligations l'employeur qui entend rompre un contrat de travail à durée indéterminée méconnaîtrait l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen doit être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité :

Considérant qu'il résulte des termes mêmes de l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 2005 qu'en vue de favoriser l'embauche dans les entreprises n'employant qu'un petit nombre de salariés, le législateur a habilité le gouvernement à instituer une catégorie nouvelle de contrat de travail sans limitation de durée comportant, pendant une période déterminée, "des règles de rupture spécifiques" ; qu'ainsi, la soumission du

"contrat nouvelles embauches" à un régime dérogatoire quant aux règles régissant sa rupture résulte, dans son principe, de la loi ; qu'en retenant un délai d'un an pour la prescription des actions contentieuses liées à la rupture de ce contrat, l'ordonnance attaquée a opéré, entre les salariés relevant de ce contrat et ceux relevant d'un contrat de droit de travail de droit commun, une différence de traitement qui, eu égard notamment à la circonstance que l'opposabilité au salarié de cette prescription raccourcie est subordonnée à la condition qu'il en ait été informé dans la lettre lui notifiant la rupture, n'est pas manifestement disproportionnée ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ce délai aurait été fixé en méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance du principe des droits de la défense :

Considérant, d'une part, que l'article 2 de l'ordonnance attaquée exclut l'application au "contrat nouvelles embauches" des dispositions des articles L. 122-14 et suivants du code du travail relatives à la procédure de licenciement et définit des modalités particulières ne comportant aucune procédure contradictoire en cas de rupture de ce contrat au cours des deux premières années ; que, d'autre part, les articles L. 122-40 et L. 122-41 du même code, qui demeurent applicables à ce contrat, prévoient les modalités d'une procédure contradictoire dans tous les cas où l'employeur prend une mesure à l'encontre de son salarié, à la suite d'un agissement de celui-ci considéré par lui comme fautif, notamment lorsque cette mesure se traduit par un licenciement ;

Considérant que, si l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée par l'employeur dans les autres cas de licenciement fondés sur des motifs inhérents à la personne du salarié ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait méconnu le principe du respect des droits de la défense doit être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de la Convention internationale du travail n° 158 et de la Charte sociale européenne :

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la convention internationale du travail n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur : "*Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service*" ; que, selon l'article 24 de la charte sociale européenne, les parties s'engagent à reconnaître ce même droit aux travailleurs ; qu'aux termes de l'article 7 de la convention n° 158 : "*Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité*" ; qu'enfin, les articles 8-1, 9 et 10 de la même convention reconnaissent le droit pour un travailleur licencié d'exercer un recours juridictionnel, ainsi que la possibilité pour le juge d'examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement et, le cas échéant, d'accorder une réparation au salarié ;

Considérant qu'en écartant à son article 2 l'application au "contrat nouvelles embauches" des dispositions de droit commun régissant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, l'ordonnance attaquée a dérogé, ainsi que le permettait l'habilitation accordée par le législateur, non seulement, comme il a été dit, aux dispositions du code du travail relatives à la procédure de licenciement mais aussi à l'exigence, issue de la loi du 13 juillet 1973 et énoncée à

l'article L. 122-14-3 de ce code, que le motif invoqué par l'employeur présente un caractère réel et sérieux ; que demeurent en revanche applicables au "contrat nouvelles embauches", outre les dispositions des articles L. 122-40 à L. 122-44 relatives à la discipline, celles de l'article L. 122-45 du même code prohibant les mesures discriminatoires ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que l'ordonnance attaquée n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture n'a pas un caractère abusif et n'est pas intervenue en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure disciplinaire et de celles prohibant les mesures discriminatoires ; qu'ainsi, les règles de rupture du "contrat nouvelles embauches" pendant les deux premières années suivant la date de sa conclusion ne dérogent pas aux stipulations des articles 8-1, 9 et 10 de la Convention internationale du travail n° 158 ;

Considérant, en second lieu, qu'en vertu des stipulations du b) du paragraphe 2 de l'article 2 de la même convention, les Etats parties peuvent exclure certains travailleurs du champ d'application de tout ou partie des dispositions de cette convention, notamment ceux n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable ; que l'annexe à la charte sociale européenne ouvre aux Etats parties la même possibilité de dérogation ; qu'en l'espèce, eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le "contrat nouvelles embauches" est un contrat à durée indéterminée, la période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier peut être regardée comme raisonnable, au sens de ces stipulations ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les syndicats requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'ordonnance attaquée méconnaîtrait les stipulations de la convention internationale du travail n° 158 ni, en tout état de cause, celles de l'article 24 de la charte sociale européenne ;

En ce qui concerne la méconnaissance de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe et de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail :

Considérant qu'en vertu de ces deux directives, lorsqu'une personne s'estimant lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement établi devant une juridiction des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ; que la transposition de ces dispositions est assurée par l'article L. 122-45 du code du travail qui n'est pas au nombre des dispositions dont l'ordonnance du 2 août 2005 a exclu l'application au "contrat nouvelles embauches" ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée aurait été prise en méconnaissance des objectifs de ces deux directives ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne la méconnaissance de l'article 30 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

Considérant que cette charte n'a pas été introduite dans l'ordre juridique interne ; que, dès lors, le moyen tiré de la méconnaissance de son article 30 est inopérant ;

En ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation dont seraient entachées les dispositions relatives au délai de carence :

Considérant que la circonstance que l'application de dispositions réglementaires pourrait donner lieu à fraude est, par elle-même, sans incidence sur leur légalité ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que la fixation à trois mois du délai de carence pendant lequel les mêmes parties ne peuvent conclure un nouveau contrat serait insuffisante et reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

En ce qui concerne l'application du "contrat nouvelles embauches" à Mayotte :

Considérant que l'illégalité des dispositions prévoyant l'application du "contrat nouvelles embauches" à Mayotte n'est invoquée que par référence aux moyens développés à l'appui des conclusions dirigées contre la partie de l'ordonnance du 2 août 2005 applicable en France métropolitaine, dans les départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon ; qu'il résulte de ce qui précède que ce moyen ne peut qu'être écarté ;

Sur les conclusions de la requête n° 283471 dirigées contre le rapport présenté au Président de la République :

Considérant que le rapport présenté au Président de la République en vue de l'examen d'une ordonnance en conseil des ministres, qui a pour objet de l'éclairer sur les raisons pour lesquelles le texte est proposé et sur son contenu, ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir ; que, dès lors, les conclusions tendant à son annulation ne sont pas recevables ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requêtes de la de la CGT, de l'Union syndicale solidaires de l'Isère, de la CFDT, de la CFE-CGC et de la CFTC, de la CGT-FO et de l'Union syndicale solidaires doivent être rejetées ;

Sur les conclusions des requérants tendant à l'application de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'Etat, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, le versement aux syndicats requérants des sommes qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'intervention de M. L. est admise.

Article 2 : Les requêtes de la CGT, de l'Union syndicale solidaires de l'Isère, de la CFDT, de la CFE-CGC et de la CFTC, de la CGT-FO et de l'Union syndicale solidaires sont rejetées.

(M. Veil, rapp. - M. Devys, comm. gouv. - SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, SCP Masse-Dessen, Thouvenin, M^e Haas, av.)