

# Une régression : le contrat “nouvelles embauches”

par Francis SARAMITO,

Licencié en Droit, Diplômé de l'École libre des sciences politiques

## PLAN

### I. L'organisation des relations contractuelles

- A. La conclusion du contrat
- B. Le contenu du contrat

### II. La cessation des relations contractuelles

- A. L'instauration d'une faculté de rupture unilatérale sans formalités ni justification
- B. La mise en œuvre de la faculté de libre rupture

Les employeurs souhaitent échapper aux contraintes que fait peser sur la gestion de leur entreprise le droit du travail. Ce souhait transparaît dans les discours sur la « flexibilité » ou « la refondation sociale ». Après avoir obtenu des allongements sensibles en matière de durée légale et de durée effective du travail, ils appellent aujourd'hui de leurs vœux la possibilité de rompre facilement et rapidement les contrats de travail, de revenir à la liberté de licencier à volonté au gré des nécessités de l'entreprise.

Déjà la réforme du droit des licenciements pour motif économique par la loi du 18 janvier 2005 (1) a, dans une large mesure, répondu à cette finalité en raccourcissant sensiblement la durée nécessaire à leur réalisation, en écourtant les délais de recours contentieux éventuels et en allégeant les sanctions encourues en cas de violation de la loi.

Aujourd'hui, l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 (1 bis) instituant le contrat “nouvelles embauches” est venue ajouter à cet édifice de libéralisation de la faculté de licencier une nouvelle pierre. Désormais, dans les petites entreprises de moins de vingt salariés, on pourrait théoriquement résilier unilatéralement sans justification et en respectant fort peu de formalités certaines relations contractuelles au cours de leurs deux premières années. Cette innovation est présentée comme un élément de lutte contre le chômage qui rendrait l'embauche d'un nouveau salarié plus séduisante pour l'employeur. C'est ainsi que, selon le gouvernement, « le contrat “nouvelles embauches” tend à permettre la création d'embauches dans les petites entreprises par la mise en œuvre de la liberté d'entreprendre dans un cadre favorable au développement de l'emploi » (2) ou encore « repose 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 (sic) pour le salarié, enfin de favoriser le retour rapide à l'emploi en cas de cessation du contrat » (3).

En réalité, l'examen des dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 permet d'apprécier la vanité de ces garanties. Le contrat “nouvelles embauches” aboutit à une augmentation de la précarité de l'emploi. Il constitue pour les employeurs un système supérieur au contrat à durée déterminée puisque pendant deux ans ils peuvent rompre le contrat à leur guise alors que, dans le contrat à durée déterminée, ils doivent attendre la survenance du terme. Il est facile de concevoir que dans ces conditions, le

(1) Sur cette réforme, v. le numéro spécial du Droit Ouvrier de juillet-août 2005.

(1 bis) Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, JO 3 août 2005 p. 12.629.

(2) Extrait des observations formulées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel sur les recours formés contre le texte d'habilitation (loi 2005-842 - 26 juillet 2005) voir ci-après note 4.

(3) Rapport de présentation au Président de la République (JO 3 août 2005) cinquième alinéa.

**gouvernement n'ait pas voulu affronter un débat parlementaire qui aurait demandé du temps et qui aurait pu, peut-être, sinon repousser le projet de contrat "nouvelles embauches", du moins en altérer l'économie. C'est pourquoi il a choisi la voie de l'ordonnance, ne laissant place à la voix de la contestation parlementaire que lors de la ratification du texte (4).**

**Quoi qu'il en soit, parce qu'elle fait partie de notre droit positif, il convient d'étudier la nouvelle organisation des rapports contractuels lors de leur formation (I) pour aborder ensuite ce qui constitue la principale nouveauté : les modalités de leur résiliation (II).**

## I. L'organisation des relations contractuelles

### A. La conclusion du contrat

Le contrat "nouvelles embauches" en tant que variété du contrat de travail comporte des particularités quant à sa conclusion, la personnalité des parties, sa durée et la forme de sa constatation.

#### 1. Conditions spécifiques quant à la personne des parties

L'employeur susceptible de conclure un contrat "nouvelles embauches" doit remplir certaines conditions. Il ne peut de surcroît pas proposer ce contrat à n'importe quel salarié.

##### a) L'employeur apte à conclure un contrat "nouvelles embauches"

Cet employeur doit remplir trois conditions.

– Une entreprise entrant dans le champ d'application de l'article L. 131-2 du Code du travail, qui est celui de la négociation collective.

Cet article comporte dans son alinéa 1er une longue énumération des entreprises auxquelles il est susceptible de s'appliquer. On doit retenir qu'il ne peut s'appliquer aux entreprises publiques, aux établissements publics à caractère industriel et commercial, aux établissements publics ayant à la fois un caractère administratif et un caractère industriel et commercial, aux "entreprises adaptées" au travail des handicapés et aux centres de distribution du travail à domicile.

Bien que le texte n'en dise rien, l'administration du Travail entend exclure en fait du dispositif des contrats "nouvelles embauches" les particuliers employeurs

d'employés de maison (5). Cette exclusion est sans réel intérêt pratique, la convention collective du particulier employeur instituant une procédure conventionnelle de licenciement comportant un entretien préalable et une notification motivée.

– Des entreprises employant au plus vingt salariés.

C'est l'effectif de son entreprise qui va, pour l'employeur, être la seconde condition de son aptitude à conclure des contrats "nouvelles embauches". Cet effectif ne doit pas dépasser vingt unités. Les modalités de décompte seront donc importantes. A cet égard, l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 2 août 2005 renvoie à l'article L. 620-10 du Code du travail qui détermine le mode de calcul pour l'application de toutes les dispositions du Code du travail faisant appel à la notion d'effectif de l'entreprise. Il indique en conséquence les diverses catégories de personnel qui doivent être prises en compte.

L'appréciation de l'effectif intervient au moment de l'embauche. Les salariés titulaires d'un contrat "nouvelles embauches" étant par principe destinés à occuper un emploi permanent de l'entreprise doivent être inclus dans le personnel pris en compte. L'entreprise devant avoir moins de vingt salariés au jour de l'embauche, elle peut à ce moment conclure des contrats "nouvelles embauches" dans la limite du seuil de vingt salariés.

Il convient de rappeler qu'une seconde ordonnance du 2 août 2005 a exclu à titre transitoire du décompte de l'effectif les salariés âgés de moins de vingt-six ans embauchés à compter du 22 juin 2005 et cela jusqu'au

(4) L'ordonnance 2005-893 a été préparée par la loi habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi dont le contrat "nouvelles embauches" (loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 - JO du 27 juillet 2005 p. 12.223). La conformité à la Constitution de la loi d'habilitation a été prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2005-521 DC du 22 juillet 2005, le Conseil formulant toutefois la réserve que les dispositions prévoyant l'instauration du contrat "nouvelles embauches" ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes

internationales applicables». C'est sur la base de cette réserve que des recours en excès de pouvoir ont été diligentés contre l'ordonnance 2005-893 par toutes les organisations syndicales dont la CGT qui ont fait valoir la méconnaissance de normes internationales (convention de l'OIT n° 158, Charte sociale européenne) et de principes de valeurs constitutionnelles (principe de réparation des dommages, principe de la liberté, principe de la procédure contradictoire). Par arrêt du 19 octobre 2005, le Conseil d'Etat a rejeté ces recours. Sur cet arrêt voir le commentaire de G. Koubi, ce numéro p. 75.

(5) Communiqué Internet du ministère de l'Emploi du 5 septembre 2005.

31 décembre 2007 (6). Toutefois, à la suite d'un référé administratif, le Conseil d'Etat en a suspendu l'application (7). Il est à espérer qu'une annulation succèdera à cette suspension. En effet, l'articulation des deux ordonnances ouvrirait au patronat de nouvelles possibilités pour précariser l'emploi. A supposer le dispositif rétabli, l'embauche de salariés de moins de 26 ans n'aurait aucune influence sur l'effectif jusqu'au 31 décembre 2007. L'employeur aurait donc jusqu'à cette date la possibilité de conclure autant de contrats "nouvelles embauches" qu'il le désirerait, avec ce type de salarié. Ainsi, jusqu'au 31 décembre 2007, une entreprise nouvellement créée pourrait s'assurer un personnel ajustable à volonté en ne concluant que ce type de contrat (8).

– Une entreprise et non ses subdivisions.

Suivant les termes de l'ordonnance, et de son interprétation par l'administration (9), seule l'entreprise en tant qu'entité économique et juridique peut conclure un contrat "nouvelles embauches" Les établissements distincts ne peuvent servir de cadre à ce type d'embauches.

Admettre une autre solution, ce qui heurterait la lettre du texte, permettrait à de grandes entreprises de décentraliser la conclusion des contrats "nouvelles embauches" au niveau de leurs multiples subdivisions : succursales, agences, points de vente, bureaux, etc., ce qui serait contraire à l'esprit d'un texte présenté comme ne concernant que de petites entreprises et constituerait son application à contresens.

Les mêmes considérations appellent à une mobilisation nouvelle du concept d'unité économique et sociale. La stratégie des entreprises qui multiplient les structures juridiques autonomes pour éviter de manière quasi-frauduleuse l'atteinte des seuils prévus pour l'application des règles sociales devra en cette matière également trouver une réponse. Le raisonnement qui avait conduit à la découverte de la notion d'unité économique et sociale pour la représentation du personnel devra nécessairement tôt ou tard, être transposé à propos de l'application des règles substantielles de droit du travail.

### *b) Le salarié susceptible de conclure un contrat "nouvelles embauches"*

Il s'agit d'un travailleur à la recherche d'un emploi et qui fera l'objet d'une embauche. En conséquence, il sera en principe extérieur à l'entreprise. Ce contrat ne peut pas être proposé à un salarié déjà titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée. Un contrat en cours d'exécution ne saurait être requalifié par voie d'accord en contrat "nouvelles embauches" ; celui-ci perdrait alors son caractère et sortirait de sa finalité.

Cependant, on peut se demander si l'application de l'article L. 122-3-8, alinéa 2 ne permettrait pas une telle novation, dans le cas d'un CDD, puisque cet article autorise le salarié à rompre avant terme un contrat à durée déterminée lorsqu'il « justifie d'une embauche à durée indéterminée ». Cela ne semble pas poser de questions lorsque l'embauche a lieu dans une autre entreprise, par contre l'utilisation du texte au sein de la même entreprise supposerait un accord entre le salarié et l'employeur ; cet accord ne portant pas sur une embauche nouvelle serait contraire à la finalité de l'ordonnance (10). Il en irait certes différemment si le salarié était devenu libre par la survenance du terme de son contrat à durée déterminée.

D'autre part, un nouveau contrat "nouvelles embauches" ne peut être conclu entre le même employeur et le même salarié « avant que ne soit écoulé un délai de trois mois à compter du jour de la rupture du précédent contrat » (art. 2, alinéa 10 de l'ordonnance 2005-893). Ce délai ne s'impose qu'à l'employeur puisqu'il n'intervient qu'à la suite d'une rupture par ce dernier au cours des deux premières années.

On a voulu apparemment éviter par ce biais que des contrats "nouvelles embauches" successifs laissent un salarié en permanence sous le régime de libre résiliation qui sera évoqué ci-après, ce qui entraînerait une précarité d'emploi continue. Si l'employeur, après avoir rompu le contrat à la veille de la deuxième année, en conclut un second trois mois après avec le même salarié et ainsi de suite tous les deux ans, ce procédé constituerait une fraude à la loi (11). On peut même espérer que le mécanisme sera jugé frauduleux dès sa première utilisation. Il est en tout état de cause certain qu'une possibilité indéfinie constituerait une fraude au droit commun de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée (12).

(6) Ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 (JO 3 août 2005).

(7) CE 23 novembre 2005, req. n° 286440.

(8) Sur ce point, voir Emmanuel Dockès dans "Le stroboscope législatif", l'alinéa : "du travail pour les jeunes", Droit social 2005 p. 836.

(9) Communiqué Internet prec.

(10) A contrario Stéphanie Guenot, lexbase, Hebdo n° 179 du jeudi 1<sup>er</sup> septembre 2005.

(11) Le chômage durant le délai de carence peut être financièrement supporté par le salarié qui outre son dernier salaire et ses congés payés percevra l'indemnité de rupture de 8 %. On peut aussi imaginer qu'un contrat à durée déterminé intercalaire, puisque apparemment rien n'a été exclu, puisse être conclu.

(12) Voir P. Morvan, « Le contrat de travail "nouvelles embauches" », Semaine Juridique, édition sociale du 6 septembre 2005. Doctrine 10 n° 213.

Il devrait en être de même, pour la succession sur un même poste de travail, des contrats "nouvelles embauches" conclus tous les deux ans avec différents salariés. De telles rotations frauduleuses transformeraient les contrats "nouvelles embauches" en des relations de travail à durée déterminée dans une situation où il n'est pas permis d'y recourir et devrait encourir la sanction de la requalification en contrat à durée indéterminée.

Même si l'entreprise d'accueil remplit les conditions évoquées ci-dessus la rendant apte à conclure des contrats "nouvelles embauches", ceux-ci ne peuvent être utilisés pour pourvoir certains types d'emploi. Selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de l'ordonnance 2005-893, il en est ainsi des emplois mentionnés au 3<sup>e</sup> de l'article L. 122-1-1, c'est-à-dire les emplois saisonniers et les emplois pour lesquels il est d'usage de conclure des contrats à durée déterminée. Pour les premiers, leur définition a été précisée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui indique que « *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* » (13). Pour les seconds, une liste des activités dans lesquelles existe l'usage de recourir aux contrats à durée déterminée figure à l'article D 121-2 du Code du travail.

## 2. Un contrat à durée indéterminée constaté par écrit

Le premier alinéa de l'article 2 de l'ordonnance 2005-893 dispose que ce contrat "nouvelles embauches" est conclu sans détermination de durée, et qu'il est établi par écrit. Il s'agira donc en théorie d'un contrat à durée indéterminée. On verra ci-dessous à propos du régime de la rupture ce qu'il faut en penser. On a déjà vu ci-dessus les limites à la possibilité de lui donner une durée déterminée par un renouvellement tous les deux ans.

Quoi qu'il en soit, pourront être utilisées toutes les formes spéciales de contrat à durée indéterminée dès lors que les conditions mises à leur conclusion par le Code du travail se trouveront remplies. Elles s'ajouteront à celles spécifiques du contrat "nouvelles embauches" rapportées ci-dessus.

Il s'agira des contrats dits "aidés" visés par l'article L. 122-2 du Code du travail qui ont été prévus par des dispositions législatives ou réglementaires en vue de favoriser l'embauche de certaines catégories de personnes sans emploi et pour lesquels l'employeur s'engage à fournir un complément de formation

professionnelle. Sont concernés en particulier les contrats de professionnalisation des articles L. 981.1 et s. du Code du travail ou des contrats prévus au titre II du livre III du Code du travail (contrats initiative emploi, contrats d'avenir, contrats insertion revenu minimum d'activité).

Le contrat "nouvelles embauches" peut également concerner un emploi à temps partiel dès lors qu'il aura une durée indéterminée et sera conforme aux dispositions des articles L. 212-4-2 et s. du Code du travail.

Enfin dans toutes les entreprises de moins de cinq salariés, l'employeur pour réaliser une nouvelle embauche pourra utiliser un "chèque emploi TPE" ou le "chèque emploi service".

Contrairement au droit commun du contrat de travail qui laisse aux parties la liberté de choisir les formes suivant lesquelles son existence peut être établie (article L 121-1, premier alinéa du Code du travail) (14), l'ordonnance 2005-893 exige qu'un écrit soit établi. L'absence d'écrit ne devrait pas entraîner la nullité du contrat. Le respect de la volonté des parties impose de considérer que le lien contractuel s'est formé par leur accord conformément au droit commun mais ne relèvera pas du régime des contrats "nouvelles embauches".

## B. Le contenu du contrat

Les parties ont la liberté du contenu puisqu'il n'est pas prévu l'existence de mentions obligatoires. A tout le moins l'énoncé précisant qu'il s'agit d'un contrat "nouvelles embauches" et que sa durée ne fait l'objet d'aucune détermination devrait y figurer. Par ailleurs, il devra être tenu compte de l'obligation que la directive n°91/553 CEE, 14 octobre 1991, alinéa 2 impose à l'employeur d'informer le salarié des éléments essentiels du contrat de travail : emploi, rémunération, lieu, etc.

La date de la signature coïncidera en principe avec la date de conclusion du contrat ; c'est elle qui fera courir le délai de deux ans prévu au troisième alinéa de l'article 2 de l'ordonnance. Il en sera ainsi même si cette date est antérieure à celle du premier jour de travail effectif du salarié, à moins que le contrat ait fixé lui-même le premier jour de son exécution comme point de départ (15).

Une fois le contrat "nouvelles embauches" conclu, quel sera le régime juridique applicable aux salariés ? L'article 2, second alinéa, précise que les dispositions du Code du travail sont applicables. Ainsi, les relations contractuelles relèveront de l'ensemble desdites dispositions dans tous les domaines : conditions de travail, rémunération, participation aux institutions représentatives, congés, etc.

(13) Cass. Soc. 12 octobre 1999 Bull. Civ. V n° 373 ; 9 mars 2005, Bull. civ. V n° 613 à 617.

(14) Sauf obligations légales prévoyant l'existence d'un écrit : contrat à durée déterminée, contrat à temps partiel.

(15) Le ministère de l'Emploi a proposé un modèle de contrat du travail "nouvelles embauches" Communiqué Internet prec.

Parce qu'elles ont une influence sur le déroulement des relations contractuelles, il convient de mentionner plus particulièrement certaines dispositions du Code. La continuation des contrats est assurée en cas de transfert d'entreprises. Le contrat "nouvelles embauches" est transmis au nouvel employeur (article L. 122-12). Egalement, le droit disciplinaire concerne les salariés titulaires d'un contrat "nouvelles embauches" au même titre que tous les autres (article L. 122-40 et s.).

L'entreprise étant par définition une de celles qui relèvent du régime de la négociation collective, les conventions et accords collectifs, dans la mesure où elle entre dans leur champ d'application territorial ou professionnel, lui sont applicables qu'ils soient antérieures ou postérieures à la conclusion du contrat "nouvelles embauches". Elle échappe seulement à certaines dispositions concernant la rupture du contrat de travail, un régime spécifique se substituant alors temporairement à celui du droit commun.

## II. La cessation des relations contractuelles

### A. L'instauration d'une faculté de rupture unilatérale sans formalités ni justification

#### 1. L'éviction du droit commun de la rupture

L'ordonnance 2005-893 exclut l'application aux contrats "nouvelles embauches" des dispositions du Code du travail régissant normalement la rupture des relations contractuelles (article 2, deuxième alinéa) pendant les deux premières années de son existence (16). Cette exclusion concerne suivant les indications du texte :

– *Les articles régissant la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée* : articles L.122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14. Il s'agit entre autres parmi ces articles des dispositions apportant des garanties aux salariés licenciés : l'obligation d'un préavis et sa durée (L. 122-5 à L. 122-8), le droit à une indemnité légale de licenciement (L. 122-9), l'indication des motifs de l'employeur dans la lettre de licenciement, l'entretien préalable au licenciement, le pouvoir du juge d'appréciation de la réalité et du sérieux du motif (L. 122-14-3), les conséquences du licenciement irrégulier ou non (L. 122-14-4).

– *Les articles concernant les licenciements économiques* (articles L. 321-1 à L. 321-17 du livre III de ce Code). Le salarié muni d'un contrat "nouvelles embauches" ne bénéficiera pas des dispositions suivantes : la définition du licenciement économique, la procédure d'information-consultation des représentants du personnel, la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, etc. (17).

Il faut noter toutefois que « *les ruptures du contrat de travail envisagées à l'initiative de l'employeur sont prises en compte pour la mise en oeuvre des procédures*

*d'information et de consultation régissant les procédures de licenciement économique collectif* » (article 2, 5<sup>e</sup> alinéa). Mais cette prise en compte ne rend pas applicables les dispositions des articles L. 321-1 et s. aux titulaires d'un contrat "nouvelles embauches". Ceux-ci ne pourront pas bénéficier de l'obligation individuelle de reclassement (article L. 321-1, second alinéa) (17 bis), de la priorité de réembauchage (article L. 321-24), ainsi que des autres mesures d'accompagnement des licenciements pour motif économique.

#### 2. Substitution d'une faculté de résiliation à volonté

Aux dispositions ainsi écartées, l'ordonnance 2005-893 substitue une faculté unilatérale de libre résiliation ouverte aux deux parties durant les deux premières années du contrat. Durant cette période, chaque partie peut en théorie rompre le lien contractuel à son gré et à tout moment par le seul jeu de sa volonté (article 2, deuxième alinéa).

Ce délai court à compter de la date de la conclusion du contrat. Par analogie à ce qu'a récemment décidé la Cour de cassation en matière de période d'essai, il doit être pris en compte en jours calendaires et non en jours travaillés (18). Les deux années devront être deux années calendaires et l'expiration du délai sera le jour du deuxième anniversaire de la conclusion du contrat. Aucune suspension du délai par quelque événement que ce soit n'est prévue. L'expiration du délai de deux ans consacrera le retour à l'application du droit commun et la fin des exclusions prononcées par le second alinéa de l'article 2 de l'ordonnance 2005-893.

Le 1<sup>er</sup> du troisième alinéa spécifie que l'auteur de la rupture doit la notifier à l'autre partie au contrat « *par*

(16) Sur la détermination du point de départ du délai de deux ans, v. *supra*.

(17) En ce sens, P. Morvan, *prec.* n° 38.

(17 bis) La mise à l'écart de l'article en question ne devrait toutefois pas avoir d'effet concret, l'origine de cette obligation reposant sur l'article 1134 C. civ. comme l'énonçait la jurisprudence

*Expovit* (Soc. 25 fév. 1992, Bull. civ. V n° 122) ; en outre le reclassement visé à l'article L. 122-24-4 C. Tr. reste applicable (cf. *infra*).

(18) Cour de cassation (Ch. Soc.) du 29 juin 2005 (n° 02-45701) ceci bien qu'en l'occurrence il ne s'agisse pas d'une période d'essai qui doit être exclue en raison de sa durée.

lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Aucun équivalent n'est prévu par le texte. Elle est donc le seul mode de notification admis.

Cette notification consacrerait la rupture, mais la date à retenir sera-t-elle celle de l'émission ou celle de la réception ? A s'en tenir à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, la résiliation étant un acte unilatéral, elle intervient lorsque la volonté de son auteur se manifeste, c'est-à-dire le jour de l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture (18 bis). Elle privilégie ainsi la date de l'émission. Par contre, le 2° du troisième alinéa dispose que la réception de la lettre par le salarié fera courir un délai de préavis. Il y aurait ainsi deux dates différentes avec des effets distincts. Mais prendre la date de l'émission pour point de départ du préavis raccourcirait la durée d'acheminement de la notification ce qui ne serait pas profitable au bénéficiaire.

### 3. Le maintien du droit conventionnel

Si les dispositions du Code du travail constituant le droit commun de la rupture sont inapplicables, qu'en est-il des dispositions des conventions collectives ayant le même objet ? Les conventions collectives comportent fréquemment des clauses en matière de résiliation : préavis contractuel, renonciation à certains motifs de rupture, procédures de rupture conventionnelles, indemnités de licenciement, protection de la période de maladie, etc.

Faute d'avoir été expressément exclues par l'ordonnance n° 2005-893, ces clauses continuent-elles à être applicables aux contrats "nouvelles embauches" ? Son article 1er limitant les entreprises susceptibles de recourir à ces contrats à celles relevant des dispositions de l'article L. 131-2, c'est-à-dire celles entrant dans le champ d'application de la négociation collective, entraîne à répondre par l'affirmative. D'autant plus que l'article L. 132-4 du Code du travail précise que conventions et accords collectifs «peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que les lois et règlements en vigueur». Par conséquent, il faut admettre que faute de précisions contraires de l'ordonnance n° 2005-893, les conventions et accords collectifs peuvent déroger à ces dispositions en étant plus favorables.

Le point de vue négatif a cependant été exprimé par le gouvernement dans le rapport de présentation de l'ordonnance au Président de la République. On peut

lire : « ce contrat est soumis à l'ensemble des prescriptions du Code du travail et des conventions collectives du secteur d'activité à l'exception pendant les deux premières années des règles relatives à la rupture du contrat » (19).

Ce point de vue a été repris par le ministre de l'Emploi : « Toutes les dispositions conventionnelles existantes applicables à l'entreprise... s'appliquent à l'exception des clauses relatives à la période d'essai et aux modalités de rupture du contrat » (20).

Mais un rapport ou un commentaire ne constituent pas des actes réglementaires comportant un effet juridique. Ils n'ont aucune force obligatoire. C'est ce qu'a rappelé le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions en indiquant que le Rapport au Président de la République « ne produit par lui-même aucun effet de droit » (21) ce qui a amené le Conseil d'Etat dans son arrêt du 19 octobre 2005 à considérer que ce rapport ne constituait pas une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir.

Il a par ailleurs été soutenu que les dispositions conventionnelles concernant la rupture n'auraient pas vocation à s'appliquer car le texte auquel elles dérogeaient n'existe plus (22). Il conviendra évidemment d'analyser précisément la rédaction des conventions collectives mais, en l'absence de précision contraire, si elles continuent d'être plus favorables, elles peuvent toujours déroger au nouveau dispositif comme à l'ancien.

## B. La mise en œuvre de la faculté de libre rupture

Les traits essentiels de la faculté unilatérale de résiliation ayant été exposés, sa mise en œuvre fait apparaître un certain nombre de limites à sa réalisation intégrale. Cette mise en œuvre aura également des aspects différents suivant qu'elle sera le fait de l'employeur ou celui du salarié.

### 1. Résiliation par l'employeur

#### a) La question préalable de l'application directe de la convention OIT n° 158.

La convention 158 de l'OIT de 1982 directement applicable en droit interne (22 bis) énonce d'une part que le salarié doit être en mesure de se "défendre" contre les allégations formulées au soutien de son licenciement préalablement à sa notification (article 7) et

(18 bis) Encore récemment Cass. Ass. Plén. 28 janvier 2005, Dr. Soc. 2005 p. 581, note Gérard Couturier, Dr. Ouv. 2005 p. 450 note F.S. ; Cass. Soc. 11 mai 2005, RJS 2005 n° 727... mais si la notification ne parvient pas à son destinataire, celui-ci ignorera la rupture de son contrat de travail.

(19) JO 3 août 2005, 8e alinéa du rapport.

(20) Communiqué Internet du 5 septembre 2005 (réponse n° 36)

(21) Conclusions de M. Christophe Devys, Commissaire du Gouvernement, sur les requêtes syndicales tendant à l'annulation de l'ordonnance 2005-893 ; v. également G. Koubi, préc. *infra*.

(22) Petites Affiches 12 août 2005 n° 160 p. 3.

(22bis) la convention est reproduite au Dr. Ouv. 1990 p.478.

d'autre part que le licenciement doit être justifié (article 4).

Par un raisonnement hautement critiquable, le Conseil d'Etat a considéré que l'ordonnance relative au contrat nouvelle embauche ne contrevient pas à cette convention (23). Il n'en reste pas moins que cette décision, en application du principe de la séparation des pouvoirs, ne s'imposera pas au juge judiciaire qui devra dire si la convention doit trouver application, directement dans les entreprises, lors de la rupture des contrats "nouvelles embauches" (23 bis).

Si tel était le cas, les ruptures non motivées seraient illicites comme violant les dispositions de l'article 4 de la convention et ouvriraient droit pour le salarié victime à des dommages et intérêts devant indemniser le préjudice subi du fait de la perte illégitime d'emploi.

**b) En tout état de cause, un minimum de formalités sauf exceptions.**

Outre l'envoi de la lettre de notification de la rupture (24) l'employeur doit observer (sauf faute grave ou force majeure) un délai de préavis qui court à compter de la présentation de la lettre. Ce jour de la présentation résulte de l'accusé de réception.

Cette obligation pesant sur l'employeur ne concerne que les salariés présents au moins un mois dans l'entreprise. Autrement dit, durant ce mois, l'employeur est totalement libre de licencier sur le champ.

L'article 2, troisième alinéa, fixe ainsi la durée du délai de préavis « à deux semaines, dans le cas d'un contrat conclu depuis moins de six mois à la date de la présentation de la lettre recommandée, et à un mois dans le cas d'un contrat conclu depuis au moins six mois ».

Que se passe-t-il en cas de non-respect de ce délai ? On peut raisonnablement penser que la jurisprudence reviendra à la notion de brusque rupture entraînant une réparation du préjudice causé de ce fait.

Une procédure préalable à l'envoi de la lettre de rupture peut s'imposer si celle-ci a un caractère disciplinaire car les articles L. 122-40 et s. du Code du travail ne font pas partie de ceux qui ne doivent pas s'appliquer, aux termes de l'article 2, deuxième alinéa, aux contrats "nouvelles embauches". Sans doute l'employeur n'ayant pas l'obligation d'indiquer le motif de la rupture, il peut ne pas invoquer son caractère disciplinaire. Les circonstances entourant le licenciement peuvent toutefois le faire apparaître et le salarié pourra se plaindre du non-respect de la procédure et de ne pas

avoir été entendu avant son prononcé. Bien sûr, l'article L. 122-43 ne permet pas au juge de prononcer en cas de licenciement disciplinaire, l'annulation de la mesure irrégulière en la forme ou disproportionnée au fait fautif. Mais l'irrégularité constituera un préjudice réparable et si la procédure a été irrégulièrement suivie, elle pourra faire apparaître les éléments d'un abus du droit de résiliation (24 bis).

Egalement, il est un domaine dans lequel l'employeur est tenu d'observer la formalité qui consiste à obtenir une autorisation de l'administration du travail lorsque la rupture concerne un salarié protégé. A défaut de cette autorisation, le licenciement est atteint de nullité et la réintégration du salarié est de droit. Si cette autorisation est accordée, la rupture se fait dans les conditions de droit commun et non conformément aux dispositions de l'ordonnance 2005-893.

L'interprétation littérale de l'article 2 cinquième alinéa semblerait limiter l'obligation de l'autorisation préalable aux seuls salariés titulaire d'un mandat syndical ou électif. Mais cette expression doit être entendue dans un sens large et s'étendre aux candidats à des fonctions électives qui ne sont pas encore titulaires et aux fonctions extérieures à l'entreprise (conseillers du salarié, conseillers prud'hommes, assesseurs des Tribunaux des affaires de Sécurité sociale, etc.), la volonté du Gouvernement ayant été manifestement d'assurer aux salariés recrutés à l'aide d'un contrat "nouvelles embauches" le maintien d'un statut protecteur.

L'hypothèse n'est pas d'école puisqu'il suffit d'une année de présence à l'entreprise pour être éligible aux fonctions de délégué du personnel. Par ailleurs l'intéressé pourra être, au moment de son recrutement, investi d'une fonction extérieure à l'entreprise.

Enfin l'ordonnance n'a pas exclu les dispositions de l'article L. 122-24-4 qui imposent des recherches de reclassement pour le salarié déclaré inapte à la suite de périodes de suspension du contrat de travail.

**c) L'absence de justification et ses limites.**

L'élimination de l'article L.122-14-2 du Code du travail par l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 entraîne la disparition de l'obligation d'indiquer le motif de la rupture dans la lettre de notification. Celle de l'article L. 122-14-3 fait que le motif peut ne pas présenter un caractère réel et sérieux contrôlable par le juge.

On se trouve donc en présence d'une rupture libre dépendant de la seule volonté de l'employeur. Mais tous les licenciements ont, en fait, des motifs. Même s'ils ne

(23) cf. G. Koubi, *infra* p. 75 ; P. Rodière, "Le contrat nouvelles embauches et les principes" *Semaine Sociale Lamy* n° 1243 p. 5.

(23 bis) v. en matière d'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la décision CPH Arles 30 nov. 2004 *infra* p. 96.

(24) Voir *supra*.

(24 bis) En ce sens : J. Savatier : La rupture pour motif disciplinaire des contrats "nouvelles embauches" *Droit Social* 2005 p. 957.

sont pas énoncés, ils existent et ils sont plus ou moins avouables. Cette existence peut entraîner des conséquences importantes suivant la nature du motif qui sera révélé.

Le motif peut tout d'abord démontrer un abus dans l'utilisation du droit de rupture unilatéral. Comme tout droit, celui-ci est susceptible d'un abus entraînant un préjudice de perte d'emploi injustifiée pour le salarié. L'employeur n'étant pas tenu d'indiquer les raisons du licenciement dans la lettre de notification de la rupture au salarié, ce sera à ce dernier d'établir l'abus de droit. Cela peut résulter des circonstances et du contexte du licenciement.

Dans la jurisprudence antérieure à la loi de 1973, époque où existait une certaine liberté de rupture, l'abus était établi si les faits révélaient une intention de nuire ou une légèreté blâmable de l'employeur. Il est vraisemblable que celle à intervenir sur les contrats "nouvelles embauches" de moins de deux ans utilisera les mêmes notions.

Par ailleurs, si l'employeur entend que le licenciement constitue une sanction, il doit se soumettre au droit disciplinaire. Cela suppose qu'en ce cas il énonce le motif de la rupture. S'il reste silencieux, c'est au salarié à établir que dans les faits il s'agissait d'une sanction irrégulièrement prononcée et lui ayant causé un préjudice (25). Mais il est une situation où l'employeur ne peut se dispenser de motiver la rupture, ce sera lorsqu'il invoquera une faute grave privative du préavis et de l'indemnité spécifique de précarité de l'article 2, alinéa 3. La faute grave ne pourra résulter d'une simple affirmation. Les faits constitutifs devront être précisés.

#### **d) Les interdictions de licencier.**

Les faits peuvent faire apparaître que le licenciement constitue une discrimination interdite par l'article L. 122-45 du Code du travail qui n'est pas exclu des textes applicables aux contrats "nouvelles embauches". Cet article énonce une interdiction de licencier lorsque cette mesure témoigne d'une discrimination notamment en raison du sexe, des mœurs, des orientations sexuelles, de l'âge, de la situation de famille, de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race, des activités syndicales, des opinions politiques ou religieuses, de l'apparence physique, de l'état de santé, du handicap. Il en est de même pour les licenciements visant les victimes de harcèlement sexuel ou moral.

La différence de traitement établie par comparaison avec les autres salariés de l'entreprise, lorsqu'elle est invoquée par le salarié, entraîne pour l'employeur l'obligation de la justifier par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Il s'agit donc d'une limite à

sa liberté qui a pour conséquence, en cas de non-respect, la nullité de la mesure.

Enfin, le droit de résiliation unilatérale disparaît lorsque l'employeur se trouve en présence d'interdictions de licenciement prévues par les textes d'ordre public. Ces interdictions ne découlent pas de la nature du motif mais de la situation du salarié dont l'employeur voudrait se séparer.

Tel sera le cas des victimes d'accidents du travail pendant la période de suspension du contrat de travail due à l'accident. L'article L. 122-32-2 qui interdit toute résiliation par l'employeur, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident, ne figure pas à la liste des articles dont l'application est écartée des contrats "nouvelles embauches". L'employeur devra donc s'abstenir de licencier ou démontrer l'existence des motifs permettant de le faire.

Il en sera de même pour les femmes enceintes. Aux termes de l'article L. 122-25-3, l'employeur ne peut résilier le contrat d'une salariée en état de grossesse pendant les périodes de la suspension du contrat qui précèdent ou suivent l'accouchement, sauf faute grave ou s'il est dans l'impossibilité, pour un motif étranger à l'état de la salariée de maintenir le contrat. Cet article n'est pas non plus exclu d'application aux contrats "nouvelles embauches".

Il en sera de même pour les salariés exerçant une activité liée à la réserve opérationnelle (L. 122-24-5 et s.) ou participant à des opérations de secours (L. 122-24-12).

#### **e) Compensations offertes aux salariés.**

Le régime de rupture instauré par l'ordonnance 2005-893 prive le salarié des réparations qui sont la conséquence d'un licenciement irrégulier ou dénué de cause réelle et sérieuse prévu en particulier par l'article L. 122-14-4 du Code du travail.

L'ordonnance prévoit, à défaut, le versement au salarié par l'employeur, sauf faute grave, outre les salaires et l'indemnité de congés payés pour le travail accompli antérieurement au licenciement, d'une indemnité égale à 8% du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat. Le versement de cette indemnité doit intervenir au plus tard à l'expiration du préavis. L'indemnité sera soumise au régime fiscal et social des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail tel qu'il est fixé par l'article 80 duodecies du Code général des impôts et les articles L136-2 et L 242-1 du Code de la Sécurité sociale. Elle échappe donc à l'impôt, aux charges sociales et à la CSG-CRDS.

A cette indemnité forfaitaire dont le montant ne variera pas en fonction des motifs éventuels de la rupture s'ajoute le versement d'une somme de 2% sur la même rémunération brute aux organismes chargés de la gestion

(25) J. Savatier, op. cit.



de l'assurance chômage (UNEDIC et ASSEDIC). Elle est destinée à financer des actions d'accompagnement renforcées du salarié par le service public de l'emploi en vue de son retour à l'emploi.

Outre ces compensations pécuniaires, un régime spécifique d'indemnisation du chômage est accordé aux salariés titulaires d'un contrat de travail "nouvelles embauches" qui se trouvent après sa rupture pendant au moins quatre mois sans emploi. Ils ont alors droit à une allocation forfaitaire dont le régime a été fixé par le décret n° 2005-893 du 2 août 2005 (25 bis). Ce texte fixe le montant de l'allocation à 16,40 € par jour pour une durée de versement égale à un mois. Il ne s'agit donc que d'un secours modeste qui, au surplus, ne se cumulera pas avec l'allocation spécifique de solidarité de l'article L. 351-10 du Code du travail, ouverte aux salariés ayant épuisé leur droit à l'allocation d'assurance-chômage. Seuls, seront donc concernés ceux qui ne rempliront pas les conditions de travail et de ressources ouvrant droit à l'allocation de solidarité. Cette allocation forfaitaire est soumise à l'impôt sur le revenu par application des articles 79 et 82 du Code général des impôts. Elle est soumise aux cotisations de sécurité sociale. Pendant son versement, l'allocataire bénéficiera de la même protection sociale que les chômeurs (article L. 311-5 du Code de la Sécurité sociale).

Lorsque le contrat est rompu au cours de la première année du contrat "nouvelles embauches", le salarié peut bénéficier du droit individuel à la formation dans les conditions précisées par l'article 931-20-2 du Code du travail.

#### **f) Contentieux du licenciement.**

Si l'employeur peut en théorie rompre librement le contrat au cours de deux premières années, cette faculté ne sera jamais discrétionnaire et son usage peut toujours être contesté. L'obligation de motivation de la rupture n'a pas définitivement disparu. Les normes internationales d'application directe pourraient conduire à son maintien en dépit de l'ordonnance.

Il a en outre été indiqué ci-dessus à diverses reprises que la rupture pouvait générer un préjudice réparable et dans d'autres cas être frappée de nullité. On se trouvera dans la première hypothèse lorsque le licenciement se révélera abusif ou irrégulier dans la forme lorsque celle-ci survit (défaut de préavis, sanction disciplinaire). La nullité, elle, pourra résulter de la violation du statut des travailleurs protégés en raison de leur fonction, d'une discrimination,

des interdictions de licencier les victimes d'accidents du travail, les femmes enceintes, etc. (26).

Les contestations possibles de la régularité ou de la validité de la rupture peuvent être relativement abondantes, notamment en matière de brusque rupture ou de rupture abusive comme le montre la situation qui était celle de toute rupture avant la loi de 1973.

Afin de limiter le nombre des contestations éventuelles, l'ordonnance 2005-893 instaure une courte prescription des actions en dommages intérêts ou en nullité. Elle écarte ainsi les prescriptions de droit commun en matière civile. Ces actions seront ainsi prescrites si elles ne sont pas exercées dans les douze mois suivant l'envoi de la lettre de notification de la rupture. Le point de départ de ce délai sera donc la date d'envoi, c'est-à-dire le jour de l'émission.

Toutefois, cette courte prescription ne sera opposable à la demande du salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de notification de la rupture.

Enfin, les causes d'extinction, de suspension ou interruption prévues par le Code civil lui seront applicables comme pour toutes les prescriptions. De toute façon, cette courte prescription disparaîtra à la fin de la seconde année d'existence du contrat "nouvelles embauches", moment où le droit commun reprend son empire.

## **2. Résiliation par le salarié**

Si les salariés disposent comme l'employeur d'une faculté de libre rupture durant les deux premières années du contrat "nouvelles embauches", il est vraisemblable qu'ils useront de cette faculté moins souvent que les employeurs.

Après avoir affirmé le principe dans le troisième alinéa de son article 2, l'ordonnance 2005-893 ne crée aucun régime spécifique à la démission comme elle le fait pour le licenciement. Le salarié est soumis à la seule obligation de notifier la démission par lettre recommandée avec accusé de réception. En effet, dans la liste des articles du Code du travail inapplicables aux contrats "nouvelles embauches", se trouvent les articles L. 122-5 imposant au salarié un préavis et L. 122-13 sanctionnant la rupture abusive du contrat par le salarié, seuls articles concernant la démission. La démission du salarié n'est donc soumise à aucun préavis.

Mais l'initiative de la rupture par le salarié pourra résulter d'un manquement de l'employeur à ses obligations nées du contrat, d'un comportement fautif à l'égard du salarié. Ce n'est pas parce qu'il sera titulaire d'un contrat

(25 bis) JO 3 août 2005. Le texte auquel renvoie l'article 3 de l'ordonnance 2005-893 fixe la durée et le montant de l'allocation forfaitaire ainsi que le délai d'expiration duquel l'inscription comme demandeur d'emploi est tardive pour l'ouverture de droit à l'allocation, les délais de demande et d'action en paiement, le délai au terme duquel le reliquat des droits antérieurement constitués ne peut plus être utilisé et le

montant en dessous duquel l'allocation indûment versée ne donne pas lieu à répétition.

(26) Voir Laurent Milet : Le contrat "nouvelles embauches" RPDS 2005 p. 311 et s. notamment le tableau p. 317, également « Le contrat "nouvelles embauches" après l'arrêt du Conseil d'Etat », NVO 2 décembre 2005 p. 25 ; Michel Pierchon : Le contrat nouvelles embauches, quel contentieux prud'homal ?, D. 2005 n° 43, 2982.

“nouvelles embauches” qu’il ne pourra pas prendre acte de la rupture de son contrat de travail dans ces conditions. Cette prise d’acte de la rupture imputable à des fautes patronales produit les effets d’un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (27). Sans doute, cette notion n’existe pas dans les contrats “nouvelles embauches”. Il n’en demeure pas moins que la faute patronale privera de manière illégitime le salarié d’emploi et que ce préjudice devra être intégralement réparé.

L’ordonnance n° 2005-893 crée un nouveau type de contrat réservé en principe aux toutes petites entreprises. Elle a la prétention de consacrer par l’instauration de la libre rupture un retour en arrière, à une situation existant avant la loi de 1973 et cela depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. La nécessité d’une cause réelle et sérieuse de l’initiative patronale était un progrès dans la protection du salarié. Le gouvernement a tenté de la faire disparaître. Il n’est pas certain que les engagements internationaux de la France comme l’évolution récent du droit commun des contrats ne la fassent pas survivre même sous forme d’avatar (28).

Le contrat “nouvelles embauches” est en quelque sorte la préfiguration de ce que pourrait être le contrat unique préconisé par certains (29). Amalgamant temporairement une liberté de rupture à un contrat conclu sans détermination de durée, il transcende la distinction durée déterminée et durée indéterminée puisque l’employeur pourra utiliser l’une ou l’autre de ces durées en fonction des besoins de l’entreprise. Il consacre une tendance à la restriction des garanties données aux salariés et un relâchement des contraintes imposées aux employeurs en matière de licenciement. Plus généralement, il s’inscrit dans une remise en cause d’un modèle social qui jusqu’ici était orienté vers une amélioration progressive du sort des salariés et dont le principe de faveur en était l’illustration. Il appartient aux organisations syndicales de prendre conscience de ce danger afin de s’y opposer vigoureusement et par une bataille juridique volontariste d’en atténuer la portée.

**Francis Saramito**

(27) Cass. Soc. 29 juin 2005 Dr. Ouv. 2005 p.533 n. M. Sabatte ; Cass. Soc. 19 octobre 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 71, note F. Saramito et A. de Senga ; Cass. Soc. 25 juin 2003, Bull. Civ V n° 209, RPDS 2003 p. 362, note M. Carles.

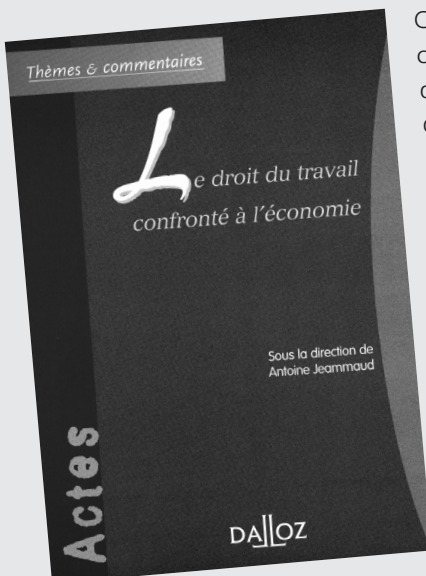
(28) Voir à cet égard la table ronde organisée par notre confrère *Le Peuple* n° 1617 du 28 septembre 2005 p. 10 et s. Egalement

Pierre et Paul Bouaziz, *Daloz* 2005 n° 42 p. 2005, deuxième partie : “Les enjeux”.

(29) Voir sur le contrat de travail unique : Brigitte Reynès, *Daloz* 2005 n° 34 (p. 2398).

## *Le droit du travail confronté à l'économie* sous la direction d'Antoine Jeammaud

Gérard Lyon-Caen a été particulièrement attentif aux relations entre l'économie et le droit du travail. Les textes réunis dans cet ouvrage reprennent ou développent des propos tenus au cours de la journée d'étude du 13 mai 2005, organisée par l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale pour honorer la mémoire du maître disparu en 2004.



Cette branche du droit et certains aspects de sa pratique contentieuse sont confrontés à l'économie, entendue comme dimension spécifique de nos sociétés (les pratiques de production et d'échange de biens et de services ; l'ordre économique), mais aussi au savoir qui les identifie et ambitionne de les comprendre pour les maîtriser (la science économique). Ces relations sont donc abordées de trois points de vue différents : la place du droit du travail dans l'économie capitaliste, l'encadrement des choix économiques par des dispositions de droit du travail, l'éventuelle influence des savoirs économiques sur les qualifications et appréciations juridiques dans le champ de ce droit.

Daloz, coll. Thèmes et commentaires - ISBN : 2-247-06408-6

Prix : 35 euros (à commander en librairie)