

# Contrat nouvelles embauches et l'audience de conciliation

par *Pierre et Paul Bouaziz*, Avocats au Barreau de Paris

## PLAN

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

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

B. A propos de la rupture

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

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

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

C. En raison du détournement de finalité proclamé

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

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

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

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

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

1° les demandes relatives à l'exécution et à la rupture du CNE,

2° les demandes relatives à la requalification du CNE en contrat à durée indéterminée de droit commun (2).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## B. A propos de la rupture

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

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

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

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

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

### 1° Sur la rupture abusive

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

### 2° Sur la rupture nulle

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 1) Absence d'écrit

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

#### 2) L'effectif de l'entreprise

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

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

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

#### 3) L'objet du contrat

De façon qui a pu paraître curieuse, on ne peut pas conclure un CNE pour un emploi saisonnier, l'emploi saisonnier reste dans le marché des intérimés et des CDD en vertu de l'article 1 *in fine* de l'ordonnance. Plus difficile sera l'interprétation de cette interdiction qui renvoie à l'application de l'art. L.122-1-1 3° du Code du travail relatif au CDD d'usages. Ce dernier ne définit pas les emplois mais renvoi à l'usage de la profession.

#### 4) Les délais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### C. En raison du détournement de la finalité proclamé

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

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

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

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

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

**Paul et Pierre Bouaziz**

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

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

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

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