

# L'avenir du contrat "nouvelles embauches" après la disparition du contrat "première embauche" (1)

par Sylvaine Laulom,

Maître de Conférences à l'Université Jean Monnet, Saint-Etienne, CERCRID

## PLAN

### I. Les conditions de conclusion du CNE et du CPE : un changement de perspectives

- A. Des justifications ambiguës
- B. Un rapport incertain avec les contrats à durée déterminée

### II. Quel équilibre entre flexibilité et sécurité ?

### III. La conformité incertaine des CNE et des CPE aux conventions internationales

- A. Le CNE face à la convention n° 158 de l'OIT
- B. Le CNE face au droit communautaire

**L**e contrat « première embauche » (CPE) (2) poursuivait le même objectif que le contrat « nouvelles embauches » (CNE) (3) : favoriser l'emploi en incitant les entreprises à embaucher. Et c'est un même dispositif qui devait permettre la réalisation de cet objectif. Pendant deux ans, alors que le CPE était qualifié de contrat à durée indéterminée, les garanties entourant le licenciement des salariés, garanties reconnues depuis la loi du 13 juillet 1973 et consacrées par diverses conventions internationales ratifiées par la France (4), ne s'appliquaient pas. L'employeur n'avait pas à motiver la rupture ni à suivre la procédure de licenciement. Il ne s'agissait pas là d'une atteinte anodine aux droits des salariés et c'est la substance même de la protection inhérente au CDI qui était ainsi remise en cause, alors même, faut-il le rappeler, que les garanties qui entourent les licenciements visent simplement à ce qu'ils soient fondés sur une cause admise, une cause réelle et sérieuse, selon les termes du Code du travail, et que les salariés puissent connaître ce motif.

**Le sort du CPE est désormais scellé (5) et ce contrat n'aura pas survécu à la crise sociale qui a ébranlé, pendant quelques semaines, les universités. Le CPE constituait une copie apparente du CNE et une première extension du champ d'application de ce dispositif. La parenté entre les deux contrats conduit nécessairement à s'interroger sur l'avenir du CNE après la naissance avortée du CPE. Dans cette perspective, la confrontation des deux dispositifs et l'analyse de leurs différences, qu'ils s'agissent des conditions de conclusion (I) et du contenu de ces contrats (II) restent pertinentes et particulièrement éclairantes des ambiguïtés qui entourent le CNE et des difficultés que posera nécessairement son application. Enfin la compatibilité de ces contrats aux normes internationales est incertaine : le CPE était probablement contraire au droit communautaire et la conformité du CNE à la convention n° 158 de l'OIT reste discutée, hypothéquant ainsi son avenir (III).**

(1) Cette étude est issue d'une communication à la journée d'études du Master II Droit de l'entreprise de l'Université de Saint-Etienne, organisée le 17 mars 2005, sur le thème « L'actualité du droit de l'emploi ».

(2) Article 8 de la Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *JO* n° 79 du 2 avril 2006 p. 4950.

(3) Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat « nouvelles embauches », *JO* n° 179 du 3 août 2005, p. 12689. Sur le CNE, voir T. Aubert-Monpeyssen, « Contrat "nouvelles embauches" et droit du travail : quelques interrogations techniques », *JCP éd. E* 2005 1495, p. 1701 ; « Contrat nouvelles embauches : des interprétations inquiétantes », *JCP éd. E*, 2005 334, p. 1963. P. Bouaziz et P. Bouaziz, « CNE : vous avez dit sécurisation ? », *SSL* 2005, n° 1230, p. 7. L. Boutitie, « Le contrat nouvelles embauches : un contrat à durée indéterminée précaire », *D.* 2005, p. 2777. J.B. Cottin, « Les mesures en faveur du développement de l'emploi », *Petites Affiches* 17 novembre 2005 n° 229, p. 4. B. Gomel, « Contrat nouvelles embauches : un retour vers quel emploi ? », *Dr. soc.*

2005, p. 1120. P. Morvan, « Le contrat de travail « nouvelles embauches » », *JCP éd. Soc.* 2005 n° 1117. C. Roy-Loustaunau, « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », *Dr. soc.* 2005, p. 1130. F. Saramito, « Une régression : le contrat "nouvelles embauches" », *Dr. Ouv.* 2006, p. 65. Sur le CPE, P. Morvan, « Le contrat de travail première embauche », *JCP, éd. S* 2006, n° 15, 1289.

(4) Convention n° 158 de l'OIT, adoptée en 1982 et ratifiée par la France le 16 mars 1989, Charte sociale européenne, modifiée en 1996, ratifiée par la France le 7 avril 1999 (infra), Charte de l'Union Européenne des droits fondamentaux.

(5) Il est inutile ici de reprendre les péripéties et acrobaties juridiques qui ont abouti au remplacement du CPE par un dispositif classique et consensuel de contrat aidé, au travers d'un plus large accès pour les jeunes peu qualifiés au « Contrat d'insertion dans la vie sociale ». Voir Loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, *JO* du 22 avril 2006, p. 5993.

## I. Les conditions de conclusion du CNE et du CPE : un changement de perspectives

La plupart des conditions de conclusion du contrat "première embauche" et du contrat "nouvelles embauches" étaient identiques. Mais une condition essentielle faisait la différence entre le CPE et le CNE : le premier s'adressait à une *catégorie de salariés* particulièrement touchés par le chômage, les jeunes de moins de 26 ans, alors que le deuxième s'adresse à une *catégorie d'entreprises*, les petites entreprises d'au plus vingt salariés. Il ne s'agissait pas là d'une simple extension du champ d'application du CNE. Il y avait entre les deux un changement conceptuel important que l'on peut montrer en analysant les motivations qui ont entouré l'adoption de ces contrats (A) et le rapport que le CNE devrait entretenir avec les autres contrats précaires que sont les contrats à durée déterminée (B).

### A. Des justifications ambiguës

L'argumentation justifiant l'introduction du CNE se fonde sur ses destinataires : les petites entreprises. Des gisements d'emplois inexploités se trouveraient dans ces entreprises, du fait notamment du frein psychologique que constituerait la législation sur le licenciement (6). Effrayées par les contraintes de cette législation, par les incertitudes judiciaires et indemnitaires découlant d'un licenciement, incapables de prévoir sur le long terme l'évolution de leurs besoins d'emplois, les petites entreprises préféreraient ne pas embaucher. Dans cette perspective, la période de deux ans instituée par le CNE est présentée comme une sorte de période d'essai. Mais il ne s'agirait pas d'apprécier les aptitudes professionnelles du salarié embauché, raison pour laquelle on ne peut pas qualifier cette période d'essai, mais d'apprécier la viabilité de l'emploi créé. Si l'emploi s'avère économiquement durable le salarié restera dans l'entreprise, dans le cas contraire, l'employeur pourra rompre le contrat sans formalité. Le raisonnement peut être contesté. On peut douter de l'effet de la mesure, l'estimer disproportionnée. On aimerait avoir davantage de précisions sur la réalité de ce gisement d'emplois et sur le « frein psychologique à l'embauche » que l'on impute à la législation sur le licenciement. Le raisonnement a néanmoins une relative cohérence et reste compréhensible (7). Il n'était pas adapté au CPE,

précisément car ce dernier s'adressait non plus à une catégorie d'entreprises pour lesquelles la question de la viabilité des emplois est peut-être plus aiguë, mais à une catégorie particulière de travailleurs. Dès lors les justifications apportées au CPE ont été d'une toute autre nature sans jamais être convaincantes. La mesure a été présentée comme permettant de résoudre deux autres problèmes. Le premier est celui de la précarité des emplois des jeunes. Le CPE aurait été un remède à la succession de stages, CDD, contrats d'intérim que connaissent les jeunes (8). Le gouvernement envisageait ainsi une modification de l'arbitrage par les entreprises entre les CDD et les CDI en faveur du CPE, sorte de CDI allégé, en postulant que ces CPE deviendraient des CDI de droit commun. Le deuxième est lié à la question des qualifications. Le CPE aurait été, en fait, un instrument destiné non pas à tous les jeunes, mais à une catégorie de jeunes en particulier, les jeunes non qualifiés. Le CPE était ainsi présenté à la fois comme une mesure visant à créer de nouveaux emplois, à se substituer aux CDD et enfin à procurer un emploi aux jeunes les moins qualifiés. C'est beaucoup pour une même mesure où la seule incitation à l'embauche était la liberté donnée aux employeurs de rompre le contrat de travail.

Cette pluralité d'objectifs est porteuse d'ambiguïtés, notamment lorsque est analysée la nature de la période de deux ans, créée par ces contrats et qualifiée par le gouvernement de période de « consolidation de l'emploi ». Pour le CNE, cette période est présentée comme une période permettant de surmonter les craintes des entrepreneurs en les autorisant à tester la viabilité d'un emploi. Pour le CPE, il s'agissait simplement de leur donner une nouvelle liberté qui devait les inciter à embaucher une catégorie de travailleurs en faisant le pari que les entreprises n'utiliseraient pas cette liberté. Il y avait là un changement conceptuel important qui conduisait à se demander si l'adoption du CPE n'était pas la deuxième étape d'un processus qui devait généraliser cette période de deux ans, en réduisant ainsi l'attrait des CDD et tendant à la promotion d'un contrat unique de travail. Ce changement conceptuel conduit à s'interroger sur la véritable nature de cette période de deux ans. Doit-on la considérer comme une période d'essai de la

(6) Voir notamment AN Rapport de C. Gaillard, au nom de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, n° 2412, [www.assemblée-nationale.fr](http://www.assemblée-nationale.fr).

(7) Il devra être validé par l'évaluation des effets de ce contrat prévue par l'ordonnance même au 31 décembre 2008. Une première étude menée par les économistes Pierre Cahuc et Stéphane Carillo, évalue à 70 000 le nombre d'emplois supplémentaires qui seraient créés par le CNE d'ici à dix ans, soit une hausse d'environ 0,3 point du taux d'emploi, au prix

également d'une « détérioration du bien-être des demandeurs d'emplois » (*Liasons sociales* 28 février 2006, n° 14575). Un premier bilan a été effectué, il permet d'évaluer le nombre de CNE conclus, mais il ne permet pas pour l'instant de mesurer l'effet sur l'emploi du CNE (DARES, Premières synthèses, n° 25.4, juin 2006).

(8) Voir notamment Sénat Rapport d'A. Gourmac au nom de la Commission des affaires sociales, n° 210, [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

viabilité économique de l'emploi (ce qui correspond aux arguments soutenant le CNE) ou comme une simple période au terme de laquelle le salarié acquerra des droits plus substantiels et notamment le droit essentiel à connaître les motifs d'une rupture de son contrat de travail (ce qui correspondait davantage à la logique du CPE) ? Selon l'interprétation retenue, le contrôle du juge sur la rupture pendant cette période de deux ans, l'appréciation du caractère raisonnable de cette période au regard de la convention internationale n° 158 de l'OIT et enfin l'articulation entre CNE et CDD peuvent être, nous le verrons, envisagés différemment. La disparition du CPE doit conduire à privilégier la première interprétation. Mais la volonté qu'ont eu les gouvernants d'imposer le CPE peut également donner à penser que cette période de deux ans a bien été conçue comme une période d'acquisition de droits pour le salarié, pendant laquelle la liberté de l'employeur est accrue.

Ces ambiguïtés sont de nature à rejaillir sur l'interprétation des autres conditions de conclusion du CNE, définies par l'ordonnance du 2 août 2005, notamment sur le rapport que devrait entretenir ce nouveau contrat atypique qu'est le CNE avec les contrats à durée déterminée.

## **B. Un rapport incertain avec les contrats à durée déterminée**

On retrouve dans l'ordonnance du 2 août 2005 deux indications sur l'articulation entre le CNE et les contrats à durée déterminée. L'article 8 de la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006 les reprenait en ajoutant une précision qui loin d'éclairer cette question ajoutait un élément de confusion.

Tout d'abord, selon ces textes, de tels contrats ne peuvent être conclus pour pourvoir les emplois à caractère saisonnier et des emplois pour lesquels il est d'usage constant dans certains secteurs d'activité, définis par décret ou par convention collective, de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée. Cette exclusion n'est pas sans poser des difficultés importantes d'interprétation. Pourquoi n'avoir envisagé que ces deux cas de recours au contrat à durée déterminée ? Parce que la nature temporaire de ces contrats ne fait aucun doute ? (9) Peut-on alors admettre qu'un CNE soit conclu alors que l'emploi pourvu correspondrait aux autres cas de recours au contrat à durée déterminée ?

Mais tous les contrats à durée déterminée sont définis légalement par leur caractère temporaire même si la pratique de ces contrats peut être différente. Il y a là une contradiction certaine.

Les deux textes instituent également un délai de carence de trois mois entre la rupture du contrat à l'initiative de l'employeur pendant la période de deux ans et la conclusion d'un CNE avec un même salarié, l'objectif de ce dispositif étant de lutter contre les abus dans le recours à ces contrats. Mais ce délai de carence est loin d'épuiser les hypothèses de successions problématiques de contrats précaires. Peut-on admettre une succession de CNE avec des salariés différents sur un même emploi ? Le rapport entre CNE et CDD est également en cause : peut-on admettre qu'un CNE succède à un CDD ? (10)

A cette dernière question, la loi sur le CPE semblait apporter une réponse en admettant que la durée des périodes de travail antérieurement accomplies par le salarié au sein de l'entreprise dans les deux années précédant la signature du CPE soient prises en compte dans le calcul de la période de deux ans. N'était ce pas reconnaître qu'un CPE puisse succéder à un CDD ? Précisément, l'absence d'une disposition identique dans l'ordonnance du 2 août 2005 rend difficile la reconnaissance d'une telle possibilité pour le CNE, qui permettrait d'additionner des périodes de précarité, du CDD d'abord, du CNE ensuite. Il aurait donc fallu, si les deux textes avaient coexisté, envisagé des solutions différentes selon que le salarié ait conclu un CNE ou un CPE.

Au cœur de ces trois règles se trouve la question des rapports entre ces nouveaux contrats et le contrat à durée déterminée. Il convient d'analyser ces difficultés d'articulation en prenant en compte l'objectif de ces contrats et le rôle de la période de « consolidation de l'emploi » au regard de cet objectif. Si l'on considère que l'objectif premier de ces contrats est la création d'emplois et que la période de deux ans est destinée à tester la viabilité économique d'un emploi, le CNE ne peut pas être destiné à se substituer à des CDD ; il ne doit pas être utilisé pour pourvoir des emplois à durée déterminée (11), la succession d'un CNE à un CDD ne doit pas non plus être admise. On peut appuyer cette interprétation par un premier élément textuel. L'article L. 122-3-10 du Code du travail reste applicable et selon

(9) Cf. C. Roy-Loustaunau, « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », op. cit. p. 1108.

(10) Les premières affaires montrent qu'il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école (CPH Longjumeau 20 février 2006, *Dr. soc.* 2006, p. 356, *RPDS* 2006 p. 117 n. M. Carles et CPH Longjumeau 28 avril 2006, *RPDS* 2006 p. 165 n. L. Milet).

(11) C'est ainsi que l'on pourrait interpréter la position du ministère telle qu'elle apparaît sur son site au travers de questions-

réponses sur le CNE. A la question : « *peut-on utiliser un CNE pour remplacer un salarié absent ? Oui, dès lors que l'entreprise envisage de garder le nouveau salarié au-delà du retour du salarié absent* ». L'embauche du salarié doit ainsi correspondre à un emploi que l'on envisage, au moment de la conclusion du contrat, comme étant à durée indéterminée. Ces questions-réponses admettent en revanche une possible succession de CDD/CNE, ce qui ne nous semble pas devoir être admis.

ce texte : « si la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée ». Certes le CNE est un contrat à durée indéterminée, mais cet article tend bien à assurer une relation de travail à durée indéterminée de droit commun. Surtout les deux premiers articles de l'ordonnance de 2005 et de la loi sur l'égalité des chances sont sans équivoque : la possibilité de conclure un CNE ou un CPE est reconnue aux employeurs pour « toute nouvelle embauche », ce qui correspond à l'objectif affiché de ces contrats : créer des emplois (12). La succession de CNE, sur un même poste, avec des salariés différents, ne correspond pas à

une « nouvelle embauche », entendue ici comme un « nouvel emploi », de même que la succession d'un CNE à un CDD sur un même emploi ou avec un même salarié ne correspond pas non plus à une nouvelle embauche (13).

Ces nouvelles embauches seraient suscitées par la liberté offerte à l'employeur de pouvoir librement licencier. Cette liberté se combine avec des droits spécifiques reconnus aux salariés concluant un CNE pendant la période de « consolidation de l'emploi ». Ces droits doivent ainsi équilibrer la nouvelle flexibilité accordée aux petites entreprises.

## II. Quel équilibre entre flexibilité et sécurité ?

Le contenu du CNE se veut équilibré : la flexibilité acquise par l'employeur doit être compensée par une sécurité pour les salariés. Le CNE se présente ainsi comme une mise en œuvre d'un concept, la flexi-sécurité, importé notamment du droit communautaire, et que l'on voit aujourd'hui se diffuser (14). Dans cette perspective, ce contrat permet d'éclairer un contenu possible de ce concept qui reste à définir.

La flexibilité que permet le CNE et qu'aurait permise le CPE est connue. L'employeur n'a pas à motiver sa décision de rompre le contrat et il n'a pas à suivre la procédure de licenciement. La seule formalité requise est la notification de la rupture par lettre recommandée avec avis de réception. Mais cette liberté de rompre le contrat de travail pendant deux ans n'est pas entière. Rompre sans avoir besoin de fournir de motivation ne signifie pas rompre sans motif et certains motifs restent soumis à une procédure ou sont interdits. Le Conseil d'Etat (15) et le Conseil constitutionnel (16) l'ont expressément reconnu. En cas de rupture consécutive à une faute du salarié, la procédure disciplinaire de l'article L. 122-40 du Code du travail devra ainsi être suivie (17). La rupture de tous les contrats de travail des salariés protégés reste soumise à l'autorisation administrative. L'interdiction de toutes les discriminations définies à l'article L. 122-45 subsiste évidemment, de même que la protection de la femme enceinte et des salariés victimes d'accident du

travail ou d'une maladie professionnelle. Plus généralement tous les commentateurs ont souligné que le contentieux que soulèverait la rupture des CNE marquerait le retour à la jurisprudence antérieure à la loi de 1973 et le retour de la théorie de l'abus de droit pour sanctionner les ruptures abusives de CNE.

Un contrôle judiciaire existera donc sur la rupture, comme le montrent d'ailleurs les premières décisions rendues (18). Son étendue reste néanmoins à déterminer et il s'agit là d'un enjeu essentiel de l'application de ce texte. C'est ce que montre la surprenante circulaire d'application du ministère de la Justice adressée aux procureurs généraux près les Cours d'appel, relative au CNE. La circulaire ne lie évidemment pas le juge judiciaire et son intérêt réside moins dans les directives qu'elle donne au parquet que dans la conception du CNE qu'elle laisse poindre. La circulaire reprend les termes principaux de l'ordonnance mais elle se focalise sur le régime applicable à la rupture des CNE et la volonté que ce contrôle juridictionnel soit limité, sans être explicite, transparait de ce texte. Ainsi la circulaire précise à trois reprises que le juge n'a pas à vérifier le caractère réel et sérieux du licenciement, prononcé pendant la période de consolidation du contrat, et qu'il est « seulement » tenu de vérifier qu'il ne constitue pas un abus de droit ou ne repose pas sur une cause illicite. La circulaire préfère également préciser que « la

(12) Sur ce point v. E. Dockès, « Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau », *Dr. soc.* 2006, p. 356.

(13) Cette interprétation a été retenue par le CPH de Longjumeau dans sa décision du 28 avril 2006.

(14) C. Roy-Loustaunau, « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », *Dr. soc.*, op.cit., qui note que l'expression a été utilisée à plusieurs reprises devant les Assemblées. J. Gautié, « Les économistes contre la protection de l'emploi : de la dérégulation à la flexi-sécurité », *Dr. soc.* 2005, p. 1.

(15) CE Sect. 19 octobre 2005, CGT et autres, *D.* 2006, p. 629, *Dr. Ouv.* 2006 p. 84, sur le recours en annulation de l'ordonnance du 2 août 2005.

(16) Décision n°2006-535 DC, du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances.

(17) J. Savatier, « La rupture pour motif disciplinaire des contrats « nouvelles embauches », *Dr. soc.* 2005, p. 957.

(18) CPH Longjumeau 20 février 2006, E. Dockès, « Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau », op. cit.

*disposition selon laquelle en cas de subsistance d'un doute, celui-ci profite au salarié » est écartée, plutôt que d'indiquer, par exemple, les discriminations qui demeurent interdites.*

Pourtant, ne serait-ce que pour vérifier l'absence de discrimination, le juge devra bien contrôler le motif qui sera allégué, devant lui, par l'employeur. Au-delà de la sanction d'une légèreté blâmable de l'employeur ou d'une intention de nuire, on peut imaginer que ce contrôle soit similaire à celui qu'il opère sur les ruptures en période d'essai des contrats de travail. Les juges analysent aujourd'hui ces ruptures au regard des fonctions de la période d'essai, leur contrôle s'intensifie et semble aujourd'hui proche d'un contrôle des motifs (19). La rupture des CNE pourrait, selon une même logique, être analysée en considération de leur objet qui est la création d'emplois et en prenant en compte le but de la période de deux ans qui est destinée à tester, non seulement les aptitudes professionnelles du salarié, mais surtout la viabilité économique de l'emploi. C'est d'ailleurs ainsi que les conseillers prud'homains de Longjumeau ont analysé la rupture : « *Attendu que le CNE est destiné 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'é luder le droit du licenciement* ». Il y a bien ici un contrôle du juge par rapport à la finalité du CNE.

En miroir de la flexibilité acquise par l'employeur, les droits dont bénéficieront les salariés embauchés en CNE sont un argument des promoteurs de ces contrats. Ce sont ces droits qui contrebalanceraient la nouvelle liberté des employeurs et permettraient d'atteindre un équilibre.

Deux droits principaux sont reconnus aux salariés par l'ordonnance du 2 août 2005. D'une part, en cas de rupture pendant la période de deux ans, les salariés, sauf faute grave ou force majeure, auront droit à une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat. A cette indemnité forfaitaire s'ajoute le versement, d'une somme de 2 %, sur la même rémunération brute, aux organismes chargés de la gestion de l'assurance chômage, 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.

D'autre part, un régime spécifique d'indemnisation du chômage est accordé aux salariés titulaires d'un CNE. Ce régime est applicable aux salariés ayant travaillé quatre mois et qui ne justifient pas de références de travail suffisantes pour être indemnisés selon les règles communes de l'assurance chômage. Ils ont alors droit à une allocation forfaitaire dont le régime a été fixé par décret (20). Ce texte fixe le montant de l'allocation à 16,4 euros par jour pour une durée de versement égale à un mois. Elle était portée à deux mois pour les salariés qui auraient conclu un CPE.

A côté de ces deux mesures principales, des droits à la formation sont également reconnus, qui sont globalement ceux de salariés en contrat à durée déterminée. Un accompagnement renforcé par le service public de l'emploi devrait également intervenir et un accord interprofessionnel devrait définir les modalités selon lesquelles les salariés pourraient bénéficier de la convention de reclassement personnalisé. A défaut d'accord un décret sera adopté.

Quelle "flexi-sécurité" ressort de ces mesures ? Il est évident que la principale difficulté dans la mise en œuvre de ce principe consiste précisément à découvrir ce point d'équilibre qu'il conviendrait d'atteindre entre deux objectifs dont la conciliation reste délicate. Ce qui pour les uns peut apparaître comme un juste équilibre entre ces deux objectifs, fera dangereusement pencher la balance du côté de la flexibilité au détriment de la sécurité pour les autres et inversement. Dans cette perspective, la flexi-sécurité apparaît comme un "concept" extrêmement "flexible" en constante redéfinition, précisément car le point d'équilibre variera en fonction des orientations politiques et des intérêts en présence. On peut faire ici simplement trois observations sur la manière dont cet équilibre a été conçu.

Tout d'abord, lorsque l'on analyse « ce point d'équilibre », il convient de comparer les droits des salariés titulaires d'un CNE à ceux d'un salarié en CDD et non à ceux d'un salarié en CDI de droit commun. Les droits dont bénéficient les salariés en CDD sont destinés à compenser la précarité inhérente à ces contrats. Le CNE créant une nouvelle forme de précarité c'est donc bien par rapport aux droits des salariés en CDD que doit s'effectuer la comparaison d'autant qu'un effet de substitution jouera. Or les droits des salariés en CNE apparaissent simplement globalement équivalents à ceux de salariés en CDD (21).

(19) D. Corrigan-Carsin, « La rupture de la période d'essai, une autonomie sur le déclin ? », *JCP éd. E*, 2005 n° 35, 1241, p. 1387.

(20) Décret n° 2005-894 du 2 août 2005, relatif à l'allocation forfaitaire.

(21) Peut-être même ses droits sont-ils moins importants. Comme le note B. Gomel (op. cit), le salarié en CNE perd 20 % de sa

prime de précarité, en contrepartie « d'un accompagnement individuel renforcé (financé par les 20 % qu'il n'a pas reçus et que son employeur verse aux Assedic). L'échange est-il équitable ? On ne dispose pas encore d'informations concernant les performances du système dont il va pouvoir bénéficier ».

La balance semble également pencher du côté de la flexibilité si l'on considère qu'alors que la flexibilité de la rupture est acquise et qu'elle a d'abord été présentée comme n'étant pas négociable, certains droits des salariés demeurent encore à déterminer notamment par le recours à la négociation collective (comme par exemple l'accès à la convention de reclassement personnalisé). Le CPE ayant été adopté postérieurement au CNE, les droits des salariés avaient été complétés. Mais comment expliquer alors que les droits des salariés titulaires d'un CNE et d'un CPE n'étaient pas strictement identiques alors que l'insécurité créée par ces contrats était la même ? Tout au long de la crise, le gouvernement a également annoncé qu'il était prêt à renforcer les droits des salariés qui concluraient des CPE. La dernière proposition allait même plus loin puisqu'elle consistait enfin à intervenir sur l'autre versant du contrat en admettant que la période de consolidation de l'emploi ne soit plus que d'un an. N'était-ce pas admettre le déséquilibre du CPE, mais pourquoi alors le CNE restait-il en l'état ? Les débats qui ont eu lieu autour du CPE devraient conduire à améliorer la situation des salariés titulaires d'un CNE.

Enfin, on voit bien l'idée qui sous-tend les droits reconnus aux salariés : il s'agit d'inciter un salarié à accepter la rupture en lui permettant de transiter d'emploi en emploi en privilégiant sa mobilité. L'exemple danois (22) apparaît comme le modèle emblématique de cette flexi-sécurité qui est ici entendue comme associant flexibilité et sécurité de l'emploi et non sécurité dans l'emploi. On le voit également au travers des mesures qui doivent accompagner la rupture de ces contrats, cette sécurité de l'emploi relève plutôt des

politiques publiques visant à assurer une transition entre emplois et des revenus de remplacement. Le renforcement du rôle du service public de l'emploi irait ainsi de pair avec une désresponsabilisation de l'entreprise, qui resterait cantonnée néanmoins à une fonction indemnitaire.

Mais les procédés mis en œuvre dans le cadre du CNE apparaissent bien insuffisants pour assurer une véritable sécurité de l'emploi et surtout largement dépendants de l'efficacité des services de l'emploi. La flexi-sécurité ne doit pas faire oublier la sécurité dans l'emploi, qui doit également être intégrée à ce concept. Dans cette perspective, la première sécurité dans l'emploi ne consiste-t-elle pas à ce que la rupture soit justifiée par un motif licite ? C'est cette sécurité fondamentale qui est remise en cause par le CNE alors même que la sécurité de l'emploi qu'il propose semble tout à fait insuffisante pour assurer une transition rapide et indolore vers un autre emploi. L'observation générale concernant la convention n° 158 de l'OIT publiée par la commission des experts en 2001 est à cet égard particulièrement éclairante : « *La commission souligne que la convention démontre clairement la reconnaissance de la nécessité de contrebalancer le besoin d'assurer une flexibilité du marché du travail par une protection du travailleur contre le licenciement injustifié. A cet effet, la convention ne fait qu'exiger que les licenciements reposent sur un motif valable en relation avec la conduite ou l'aptitude du travailleur ou les nécessités de fonctionnement de l'entreprise et prévoit des normes minimales d'une procédure équitable* ». Contrat déséquilibré, le risque existe également que ce contrat ne respecte pas des normes internationales ratifiées par la France.

### III. La conformité incertaine des CNE et des CPE aux conventions internationales

C'est précisément parce que le CNE rend possible une rupture du contrat de travail sans motivation que sa conformité à la convention n° 158 de l'OIT est douteuse (A). Cette question se serait posée en termes identiques pour le CPE. En revanche, alors que le CPE apparaissait contraire au droit communautaire, ce dernier ne semble pas pouvoir être invoqué à l'encontre du CNE, à moins que son application ne génère des discriminations indirectes (B).

#### A. Le CNE face à la convention n° 158 de l'OIT

Le Conseil d'Etat (23) a déjà analysé la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la charte sociale européenne du 18 octobre 1961, révisée en 1996, et à la convention n° 158 de l'OIT. Ces deux textes (la charte sociale s'est sur ce point inspirée de la convention de l'OIT) exigent que tout licenciement soit justifié par un

(22) Voir C. Roy-Loustaunau, « Le contrat nouvelles embauches : la flexi-sécurité à la française », op. cit.

(23) CE Sect. 19 octobre 2005, CGT et autres, D. 2006, p. 629, Dr. Ouv. 2006 p.84. Sur cet arrêt, voir G. Borenfreund, « Le Conseil d'Etat et le contrat « nouvelles embauches », D. 2006 p. 629. G. Koubi, « L'ordonnance de l'incertitude sociale... »,

Dr. Ouv. 2006, p. 75. C. Landais, F. Lenica, chron. AJDA 21 novembre 2005, p. 2162. P. Morvan, « Validation de l'ordonnance "contrat nouvelles embauches" et renvoi à la CJCE », JCP éd. E, 2005, n° 45, 1652. P. Rodière, « Le contrat "nouvelles embauches" et les principes », SSL 2006, n° 243.

« motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travail ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise » et que le salarié puisse, avant tout licenciement pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail, pouvoir se défendre contre les allégations formulées. Mais des exceptions sont admises notamment pour les salariés en période d'essai et pour 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 ». Le Conseil d'Etat, sans motiver sa réponse, a considéré que cette période de deux ans était bien raisonnable. La décision a été critiquée et elle ne lie pas la Cour de cassation qui pourrait, si elle était saisie de cette question, adopter une position différente.

La Cour de cassation vient de rendre une décision relative à la convention n° 158 de l'OIT qui, sans apporter de réponse directe à la question de la conformité du CNE à cette convention, n'en délivre pas moins des informations sur la méthode d'appréhension de cette question (24). Etait en cause, dans cet arrêt, l'article 11 de la convention qui reconnaît à tout salarié qui fait l'objet d'un licenciement le droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. Mais l'article 2 paragraphe 2 de la convention reconnaît la même exception que celle relative à l'exigence d'un motif valable de licenciement. Un Etat peut exclure du champ d'application de cette disposition les travailleurs qui n'auraient pas une période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable. Or, selon les articles L.122-5 et L.122-6 du Code du travail, seuls les salariés qui ont une ancienneté supérieure à six mois peuvent prétendre à ce préavis. La Cour d'appel, interprétant la convention n° 158, avait estimé qu'il ne s'agissait pas là d'une durée raisonnable et elle avait condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de préavis. La Cour de cassation, comme la Cour d'appel, admet tout d'abord l'application directe de cette convention. En revanche, son appréciation du caractère raisonnable de la durée d'ancienneté requise pour prétendre au bénéfice d'un préavis est différente et elle casse l'arrêt de la Cour d'appel en affirmant, sans aucune motivation, que la durée de six mois d'ancienneté est bien une durée raisonnable au sens de l'article 2 de la convention. Si l'on en croit le communiqué de la Cour de cassation accompagnant l'arrêt, elle suit ainsi le rapport de la commission des experts de l'OIT, rendu en 1995, qui avait indirectement reconnu la conformité des articles

L. 122-5 et L.122-6 du Code du travail à la convention (25). La comparaison avec les différentes législations des pays signataires de la convention a également pu jouer un rôle (26).

Nul doute donc que la Cour de cassation, si elle est saisie, accepte de contrôler la conformité du CNE à la convention n° 158. Sur l'appréciation du caractère raisonnable ou non de la période deux ans, qui sera au cœur de son contrôle, le rapport de la commission des experts de l'OIT ne fournit pas d'indications précises. Au vu des différences existant entre les Etats, il renvoie essentiellement à chaque Etat le soin de déterminer ce qu'est une période « raisonnable ». Ici encore la nature de cette période de « consolidation de l'emploi » de deux ans ne devrait pas être indifférente dans l'évaluation que la Cour de cassation devra effectuer. La convention distingue deux exceptions à l'exigence d'un motif valable de rupture : la période d'essai, dont le caractère raisonnable peut être apprécié en fonction de son objet et la période d'ancienneté. C'est sur cette deuxième exception que le Conseil d'Etat fonde sa décision. Dans son rapport sous l'arrêt du 29 mars 2006, le conseiller rapporteur différencie bien ces deux exceptions : « la notion de "période d'ancienneté requise" repose sur un fondement différent de celui de la période d'essai, dès lors qu'elle ne conditionne en rien l'engagement définitif du salarié » (27). Destinée à apprécier les compétences professionnelles d'un salarié, une période d'essai de deux ans semble bien déraisonnable par rapport à son objet. S'agissant d'une période destinée à tester la viabilité économique d'un emploi, on peut aussi apprécier son caractère raisonnable par rapport à son objet et ici aussi deux ans paraissent bien longs. C'est d'ailleurs le sens de la décision du Conseil de prud'hommes de Longjumeau du 28 avril 2006. Le Conseil de prud'hommes analyse le caractère raisonnable de cette période de deux ans au regard de son objet pour conclure à son caractère déraisonnable et ainsi écarter l'application de l'ordonnance instituant le CNE.

S'agissant d'une période d'ancienneté de deux ans, requise pour permettre à des salariés d'accéder au bénéfice de certains droits, comment apprécier ce caractère raisonnable, si ce n'est en tenant compte de l'importance du droit ainsi remis en cause et du déséquilibre créé par ce contrat ? Ici aussi, les débats suscités par le CPE peuvent fournir des éléments de réponse. La dernière proposition présidentielle admettait

(24) Cass. Soc. 29 mars 2006, publié au Bulletin, n° 04-46499. Rapport A. Martinel, conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de cassation, « Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT », *RJS*, 5/06 p. 369.

(25) Selon ce rapport, c'est aux Etats membres de régler la question et en cas de contestation, il appartiendra « aux organes de

contrôle d'apprécier le caractère raisonnable de la durée ». Le rapport ajoute que « l'augmentation du délai de préavis en fonction de l'ancienneté constitue souvent le critère principal pour déterminer la durée du préavis », et il cite comme exemple le Code du travail français.

une réduction à un an de cette période. N'était-ce pas admettre que deux ans est bien une durée déraisonnable ?

On ne peut présager de la décision de la Cour de cassation et déterminer si elle appréciera le caractère raisonnable de cette période de deux ans en fonction de son objet ou si elle la considérera comme une période d'acquisition de droits. Dans ce cas, comme dans son arrêt du 29 mars 2006, comme le Conseil d'Etat, elle affirmera certainement le caractère raisonnable ou non de cette période sans autre motivation. Un regard sur les droits étrangers et notamment sur le droit des Etats membres de l'Union européenne pourrait également inspirer sa position. Tant que la Cour de cassation ne se sera pas prononcée sur la conformité de ce dispositif à cette convention, une incertitude pèsera sur les contrats « nouvelles embauches ».

## B. Le CNE face au droit communautaire (28)

En l'absence de toute portée juridique reconnue à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (29), le droit communautaire semble difficilement pouvoir servir de support à une contestation du CNE. La CJCE a d'ailleurs déjà eu à connaître de la conformité d'un dispositif qui ressemblait fortement au CNE, dans un arrêt Seymour-Smith du 9 février 1999 (30). La réglementation britannique qui était en cause conditionnait, en effet, la possibilité de se prévaloir de la législation sur le licenciement à une ancienneté de deux ans (cette période qui était, avant cette loi, de six mois, est aujourd'hui d'un an). La Cour devait déterminer si cette période d'ancienneté de deux ans ne pouvait pas être considérée comme une discrimination indirecte touchant les femmes. Pour la CJCE, c'est au juge national de vérifier si les données statistiques disponibles indiquent l'existence d'une discrimination indirecte. Si cette dernière est établie, il convient d'analyser si elle répond à un objectif légitime. En l'espèce, la différence d'impact sur les hommes et sur les femmes de cette

réglementation ne semblait pas suffisamment importante pour que soit démontrée l'existence d'une discrimination indirecte. La CJCE n'a donc pas eu à se prononcer sur la légitimité des justifications avancées par le gouvernement britannique.

Le CNE visant tous les salariés indistinctement, il ne crée aucune discrimination directe. L'évaluation de ce dispositif devra pourtant être attentive à son impact au regard des différents critères retenus aujourd'hui comme discriminatoires par le droit communautaire et notamment au regard du sexe, de l'âge, de la race et de l'origine ethnique (31).

Le risque de non-conformité avec le droit communautaire apparaissait beaucoup plus élevé pour le CPE, surtout si on analyse ce dispositif à la lumière d'une décision récente de la CJCE, l'arrêt Mangold du 22 novembre 2005 (32). Depuis l'adoption de deux directives en 2000, c'est toute une série de discriminations dans les relations de travail qui sont désormais interdites par le droit communautaire et notamment les discriminations du fait de l'âge (33). La directive admet néanmoins de très larges exceptions notamment dans le cadre des politiques d'emploi et de formation nationales (34) et il est vrai que le droit du travail fourmille de dispositions différenciées selon l'âge des travailleurs.

L'arrêt *Mangold* montre néanmoins que ces exceptions ne vident pas le principe de sa substance et que la liberté des Etats, dans le cadre de leur politique de l'emploi, reste encadrée. Etait en cause dans cet arrêt, une réglementation allemande qui, dans le cadre d'une politique de l'emploi, admettait que des CDD puissent être conclus sans restriction avec des salariés d'au moins 58 ans. L'âge d'accès à ce dispositif avait ensuite été abaissé à 52 ans. La CJCE admet tout à fait la légitimité de la politique d'emploi allemande et elle reconnaît, comme elle l'avait déjà fait, que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix

(26) Voir le rapport du conseiller rapporteur, *RJS* 5/06, op. cit.

(27) A. Martinel, *RJS* 5/06, op. cit. p. 374.

(28) Sur ce point voir K. Berthou, « Contrat "nouvelles embauches" et droit communautaire », *SSL* 2005, n° 1224, p. 8.

(29) CE 19 octobre 2005, op. cit. Voir également CE 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Lebon p. 1. La charte dispose en effet « que tout travailleur a droit à une protection contre le licenciement injustifié ».

(30) CJCE, 9 février 1999, C-167/97, Seymour-Smith, note S. Laulom, « Fertilité et complexité de l'approche communautaire des discriminations indirectes, commentaire de l'arrêt de la CJCE du 9 février 1999, Seymour Smith », *Revue des Affaires Européennes* 2000, p. 319.

(31) Plus généralement le droit communautaire interdit aujourd'hui, dans les relations de travail, les discriminations du fait du sexe (Directive de 2002/73/CE du 23 septembre 2002, modifiant la directive de 1976, JOCE, 5.10.2002, L 269/15), du fait de la race ou de l'origine ethnique,

(Directive 2000/43/CE, du 22 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE, 19.7.2000, L 180/22), et les discriminations du fait de l'âge, de la religion, de l'orientation sexuelle, des convictions et du handicap (Directive 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, 2.12.2000 L 303/16).

(32) CJCE, 22 novembre 2005, C-144/04, Mangold, *Dr. Ouv.* 2006 p.362 n. M. Bonnechère. O. Leclerc, « Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire », *D.* 2006, p. 557.

(33) Sur les discriminations du fait de l'âge, Directive 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, op.cit.

(34) Cf. art. 6 de la directive.



des mesures susceptibles de réaliser leurs objectifs en matière de politique sociale et d'emploi. Mais la législation allemande retient l'âge du travailleur pour unique critère d'application d'un CDD sans qu'il « ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage ». « Une telle législation doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi ». La CJCE n'aurait certainement pas eu besoin de beaucoup modifier sa motivation si elle avait été amenée à apprécier la conformité du CPE à la directive de 2000. Comme la mesure allemande censurée, le CPE retenait l'âge du travailleur pour unique critère d'application de ce contrat, sans que soit prise en considération la situation personnelle de l'intéressé (son absence de qualification par exemple, ou une situation persistante de chômage). La mesure était évidemment présentée comme tendant à favoriser la situation de l'emploi de la catégorie discriminée. Mais si l'on reprend les termes de l'arrêt Mangold, une simple affirmation de ce type ne peut constituer une justification suffisante d'une discrimination, alors même que le contrôle de la CJCE sur les justifications de politiques discriminatoires reste minimal. On peut faire un parallèle sur ce point avec le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur l'article 8 de la loi pour l'égalité des chances. Pour ce dernier, la violation du principe d'égalité ne peut être retenue dans la mesure où « le législateur pouvait donc compte tenu de la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés, créer un nouveau contrat de travail ayant pour objet de faciliter leur insertion professionnelle ; que les différences de

*traitement qui en résultent sont en rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur et ne sont, dès lors, pas contraires à la Constitution ». C'est précisément ce rapport direct entre la mesure et l'objectif d'intérêt général poursuivi qui ne peut être démontré, pour la CJCE, par la simple affirmation que la mesure se justifie par l'objectif légitime d'emploi (35). On le voit également le Conseil constitutionnel reprend l'argument, avancé par le gouvernement, d'un dispositif destiné aux jeunes sans qualification ou peu qualifiés, alors même qu'en droit il est destiné à tous les jeunes de moins de 26 ans. On retrouve donc la même faille dans le raisonnement du Conseil constitutionnel que dans l'argumentation développée à l'appui du CPE.*

Le "contrat première embauche" créait ainsi une discrimination du fait de l'âge dont la justification semblait bien insuffisante au regard des exigences du droit communautaire. Si le conflit généré par le CPE ne peut être réduit à une cause unique, l'existence de cette discrimination, qui ne pouvait être perçue que comme une stigmatisation, alors que le discours l'accompagnant était impropre à la justifier, a certainement joué un rôle essentiel dans la naissance et la consolidation de ce conflit. Le renforcement des droits des salariés qui auraient conclu un CPE, imaginé un temps par le gouvernement comme une réponse à la contestation, n'a pas satisfait les opposants à ce contrat, notamment parce qu'il laissait subsister cette discrimination. Il aurait de plus créé une nouvelle discrimination entre les salariés titulaires d'un CPE et ceux titulaires d'un CNE. Cette extension proposée des droits des salariés qui auraient conclu des CPE reste troublante : comment ne pas la proposer aujourd'hui pour les salariés qui concluent des contrats « nouvelles embauches » ? La mort du CPE ne devrait-elle pas sonner le glas du CNE ?

**Sylvaine Laulom**

(35) Quant à la violation invoquée du droit à l'emploi, le Conseil constitutionnel répond « qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités

retenues par la loi déferée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ». Ici encore un parallèle avec la décision de la CJCE peut être fait car elle a considéré que précisément les moyens mis en œuvre, par le législateur allemand, n'étaient pas appropriés.

Séminaire de l'Académie de Droit européen

## **Le développement du droit du travail dans les nouveaux Etats membres de l'Union européenne**

Trèves, 16-17 novembre 2006

Renseignements : [www.era.int](http://www.era.int)