

# Les revendications patronales pour faire évoluer le contrat de travail à l'abri du contrôle du juge\*

- Libre propos (l'approche d'un avocat, conseil des salariés)

David METIN, Avocat au Barreau de Versailles

## PLAN

### Introduction

I. L'office du juge sous l'égide de l'ordonnance d'août 2005

II. L'office du juge face aux ruptures d'un commun accord

- A. La notion de séparabilité
- B. Le CDI à durée déterminée !
- C. De l'accord négocié à la convention de reclassement personnalisé

III. Le juge face à l'application dévoyée du principe de l'unicité de l'instance

## Introduction

Monique Guédon débutait son intervention en précisant que « *les conventions collectives et les accords collectifs ne cherchent plus à améliorer la situation des salariés* ». Le législateur n'a pas non plus remédié à la précarisation croissante des salariés à tel point que la Cour de cassation a dû parfois combler les lacunes du législateur ou lui rappeler quelques règles fondamentales.

Face à l'inflation législative et au recadrage de la cour régulatrice, le Medef prône de faire de l'accord collectif le principe et la loi l'exception. Ainsi, les acteurs sociaux devraient bénéficier d'un large champ libre permettant d'éviter au maximum le recours au juge. C'est pourtant le Medef qui insuffle à nos dirigeants de nouveaux remèdes pour éviter le juge. Il souhaiterait :

- qu'un nouveau CDI de mission à rupture précausée puisse naître, qui s'affranchirait lui aussi d'une rupture motivée...
- raccourcir les délais de prescription,
- allonger les périodes d'essai,
- limiter le temps de rédaction des conseillers prud'hommes afin de contrôler leur activité...

Cette pensée est réductrice et élude les règles qui encadrent, interdisent, limitent...

Il faut rappeler que l'Europe sociale et les organisations internationales ont vocation à s'inviter dans le débat. On l'a constaté avec l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 18 janvier 2007 (1) ayant conduit à l'annulation de l'ordonnance du 26 juillet 2005 selon laquelle les jeunes de moins de 26 ans sont exclus du décompte des effectifs.

De même le nouveau contrat né de l'ordonnance du mois d'août 2005 a pris des libertés avec les règles régissant la rupture du contrat de travail, libertés qui sont jugées contraires à la convention n° 158 de l'OIT.

Le droit français s'est armé d'un bouclier juridique supra-national qu'il ne faut pas négliger. Il permet de réfréner les ardeurs de ceux qui pensaient pouvoir s'affranchir de certaines règles et par extension du juge.

Ou encore, la Cour de cassation qui va être amenée à trancher la question de la qualification de l'acceptation d'une convention de reclassement personnalisé (CRP), dira-t-elle qu'il s'agit d'une rupture d'un commun accord ou bien appliquera-t-elle sa jurisprudence sur la défunte convention de conversion (2) ? Sa position fixera le cadre d'intervention du juge, seul garant des protections individuelles.

\* Le colloque "Juge et négociation : être (jugé) ou avoir (négocié)" s'est tenu le 8 décembre 2007 à l'Université de Paris-Dauphine.

(1) Dr. Ouv. 2007 p.197 n. M. Bonnechère.

(2) Soc. 5 mars 2008 reproduit ci-après p. 305 n. A. Guyon.

**Je développerai donc ces idées en trois parties :**

- **l'office du juge sous l'égide de l'ordonnance d'août 2005,**
- **l'office du juge face aux ruptures d'un commun accord,**
- **le juge face à l'application dévoyée du principe de l'unicité de l'instance.**

## **I. L'office du juge sous l'égide de l'ordonnance d'août 2005**

### **Les nouveaux contrats morts nés : le CPE et le CNE**

Nos dirigeants devaient trouver une méthode efficace pour faire évoluer le contrat de travail à l'abri du contrôle du juge. Pour permettre l'évitement du juge, ils ont choisi aussi d'éviter le parlement.

C'est dans ces circonstances que le gouvernement a entendu modifier le Code du travail par voie d'ordonnance qui est une mesure prise par le gouvernement dans une matière relevant normalement de la loi. Elle est prise après l'autorisation reçue par une loi d'habilitation votée par le parlement à la demande du gouvernement mais elle permet *in fine* de dessaisir le parlement de son droit de discuter et *surtout d'amender*.

C'est ainsi, en plein cœur de l'été, qu'est notamment intervenue l'ordonnance du 2 août 2005, créant le contrat nouvelles embauches.

Le Premier ministre, nouvellement nommé, s'est illustré en ignorant jusqu'à l'existence du suffrage universel et en méprisant les organisations syndicales.

Or, l'institution de ce contrat ne fait qu'accentuer la précarité de l'emploi, loin du juge, créant un déséquilibre profond entre l'employeur et le salarié puisque pendant les deux premières années, ce contrat n'est pas soumis à de nombreuses dispositions prévues dans le Code du travail. L'ordonnance de 2005 a exclu les règles relatives à la liberté de rupture pendant la période d'essai, à l'examen par le juge de la régularité et du caractère sérieux du licenciement, à la motivation de la lettre de licenciement, à l'entretien préalable, au délai de préavis en cas de démission et de licenciement, à la notification du licenciement, à l'indemnité légale de licenciement.

Le contrat nouvelles embauches participe à un essai de sécurisation juridique par une déjudiciarisation du droit alors pourtant que la loi du 13 juillet 1973 avait judiciarisé le droit du licenciement. En l'absence de motivation, le juge ne peut plus opérer un contrôle de proportionnalité.

Mais contrairement à ce qu'on a pu lire au travers de la propagande gouvernementale et patronale, la rupture du

contrat nouvelles embauches au cours des deux premières années, n'était pas cette rupture sans recours encadré.

C'est ainsi que le Conseil de prud'hommes de Longjumeau a condamné un employeur ayant utilisé un contrat nouvelles embauches, étant rappelé que le jugement a été rendu sous la présidence d'un conseiller employeur sans qu'il soit besoin de recourir à un partage de voix (3).

Désirant absolument éviter l'office du juge judiciaire dans ce contentieux, le préfet de l'Essonne n'a pas hésité à présenter un déclinatoire de compétences tendant à voir déclarer la juridiction judiciaire incompétente au profit du juge administratif qui selon lui, était le seul compétent pour apprécier la légalité de l'ordonnance créant le contrat nouvelles embauches. Il considère que seul le juge administratif peut, dans le cadre du contrôle de légalité, apprécier la conformité de ce règlement administratif à une convention internationale. En effet, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution prises par le gouvernement, habilité à cet effet par le parlement, sont considérées de ce fait comme des actes réglementaires.

Cette analyse est contestable (4), et ce pour trois raisons essentielles.

a) Elle est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui depuis longtemps admet que le juge judiciaire est compétent pour exercer un contrôle de conventionnalité de tout texte de droit interne, en ce compris les textes réglementaires (5).

b) Le contrôle de conventionnalité n'est pas un contrôle de validité de l'acte. Il ne s'agit pas d'annuler un texte – ce qui en vertu du principe de la séparation des deux ordres de juridictions reste de la compétence exclusive du juge administratif – mais d'écarter celui-ci au profit d'un autre qui lui est supérieur dans la hiérarchie des normes.

c) Enfin, l'ordonnance a fait l'objet d'une ratification implicite, dès lors que trois lois postérieures mettent en oeuvre certaines dispositions du contrat nouvelles embauches : la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances (certes de courte vie), la loi n° 2006-339 relative au retour à l'emploi et sur les droits et devoirs

(3) 28 avril 2006 De Wee contre Me Samzun, RPDS 2006, n° 733, p. 165 ; Dr. soc. 2006.356, note E. Dockès.

(4) v. obs. de I. Meyrat sous CA Paris 20 oct. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 132.

(5) Civ. 1<sup>re</sup>, 15 février 1977, Bull. civ. I n° 83 ; Com. 6 mai 1996, Bull. civ. IV n° 125 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1999, BC I n° 193 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, BC I n° 97.

des bénéficiaires des minima sociaux, et l'article 161 de la loi de finances pour 2006.

C'est sur ce dernier point que le Tribunal des conflits a tranché en faveur des juridictions de l'ordre judiciaire dans la mesure où l'ordonnance n'avait plus de valeur réglementaire (6). Dans ces conditions, la Cour d'appel de Paris a dans son arrêt du 6 juillet 2007 (7) jugé que les contrats nouvelles embauches étaient contraires aux dispositions de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, avec pour conséquence de requalifier ce contrat en contrat à durée indéterminée de droit commun.

La Cour d'appel de Paris a jugé que l'ordonnance du 2 août 2005 n'était pas conforme notamment aux articles 4 et 7 de la convention n° 158 OIT qui disposent : « Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur des nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » et « Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins qu'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité. »

Le contrat qui devait participer à une déjudiciarisation du droit, au nom du fameux principe de flexibilité, et par extension d'ailleurs pour résorber un prétendu contentieux de masse (8), n'a pas pour autant exclu le recours au juge.

Nous avons assisté à la perte du CPE, mort-né grâce à la mobilisation, et assistons désormais à la fin du CNE né-mort grâce à l'action judiciaire sachant que le Bureau international du travail, saisi par la confédération générale du travail Force ouvrière, a dans une recommandation du 6 novembre 2007 invité le gouvernement français à prendre en consultation avec les partenaires sociaux toutes les mesures s'avérant nécessaires pour :

- Garantir que les exclusions de la protection prévues par la législation mettant en œuvre la convention n° 158 sur les licenciements soient pleinement conformes à ces dispositions.

En fait, le gouvernement soutenait que la convention n° 158 de l'OIT comporte un certain nombre de dérogations notamment prévues à son article 2.2.b qui prévoit : « Un membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période

*d'ancienneté requise à condition que celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable. ».*

L'employeur aurait tendance à s'appuyer sur cette dérogation pour estimer que le contrat nouvelles embauches concerne des travailleurs qu'il est possible d'exclure du champ d'application de la convention pendant une période de deux ans dite « période de consolidation ». Il appartient donc au juge du fond de dire si le délai de deux ans peut être regardé comme raisonnable au sens des stipulations de l'article 2.2.b précité.

A défaut de décision sur cette question, il est possible de raisonner par analogie avec les arrêts rendus sur la question par la Cour de cassation sur la période d'essai. L'examen de la jurisprudence révèle que le caractère raisonnable s'apprécie compte tenu de la finalité et de la période d'essai laquelle doit permettre à l'employeur d'apprécier les compétences du salarié. La Cour suprême a considéré comme déraisonnable une période d'essai de trois mois pour un cadre d'une société financière (9) et une période de six mois pour une chargée de mission (10). Elle a également jugé que n'était pas raisonnable une période d'essai d'un an pour un cadre supérieur (11).

C'est pour les mêmes raisons que le comité de l'OIT a conclu qu'il n'existait pas de base suffisante pour considérer que la période de consolidation pouvait être assimilée à une « période d'ancienneté requise » d'une durée « raisonnable » au sens de l'article 2 § 2b), justifiant l'exclusion des travailleurs concernés de la protection de la convention pendant cette durée.

On comprend mieux les raisons pour lesquelles le Medef souhaite que soient allongées les périodes d'essai...

- Donner effet aux dispositions de l'article 4 de la convention 158 sur les licenciements en assurant que conformément à la convention, les contrats nouvelles embauches ne puissent en aucun cas être rompus en l'absence d'un motif valable.

Sur la base de l'article 4 de la convention OIT précité, le comité a conclu que l'ordonnance créant le CNE s'éloigne de manière significative des prescriptions de l'article 4, lequel est fondamental. Le comité considère que la France, à l'heure actuelle, n'assure pas une application effective de la convention n° 158. Il y a tout lieu de penser que la Cour de cassation saisie de ce contentieux enterrera définitivement le contrat nouvelles embauches.

D'autant plus qu'elle vient de durcir sa jurisprudence à l'encontre des ruptures pendant la période d'essai jugeant que la période d'essai est destinée à permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié.

(6) 19 mars 2007, Samzun, n° 3622, Dr. Ouv. 2007 p. 395 n. A. de Senga.

(7) Dr. Ouv. 2007 p.507 n. L. Millet.

(8) v. *supra* l'étude de E. Serverin.

(9) 30 octobre 2000 n° 4062 FD.

(10) 7 février 1992 n° 147 D, p. n° 88-45393.

(11) 17 mars 1993 pourvoi n° 89.44.734.

Dès lors, si une résiliation du contrat de travail au cours de l'essai intervient pour un motif non inhérent à la personne du salarié, elle est abusive (12). L'employeur se voit donc acculé à motiver la rupture du contrat de travail pour un motif non inhérent à la personne du salarié, dès la signature du contrat. Il s'agit d'une sanction du détournement de la finalité de l'essai. On peut donc envisager de transposer cette décision aux contentieux relatifs au CNE.

Le juge retrouve ainsi le pouvoir de contrôle que voulait lui ôter les rédacteurs de l'ordonnance. C'est donc au juge qu'appartient le débat qui permettra à terme de faire du contrat nouvelles embauches des outils de gestion sans efficacité qui tomberont en désuétude d'eux-mêmes après

qu'ait pu être faite la démonstration de leur faille juridique au-delà de l'injustice criante. La décision de la Cour d'appel de Paris démontre, au visa du Code du travail comme des normes internationales, qu'une précarisation à outrance de la relation de travail n'est pas acceptable en droit positif.

Comme l'écrivait Oscar Wilde, on a conscience avant, on prend conscience après !

NB : L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 2007 précité (7) a été frappé d'un pourvoi en cassation. Cependant, le Parquet vient de se désister de son pourvoi.

Il n'en demeure pas moins que la procédure demeure pendante devant la Cour de Cassation dans la mesure où l'employeur maintient la procédure.

## II. L'office du juge face aux ruptures d'un commun accord

### A. La notion de séparabilité

La présidente du Medef a rédigé un ouvrage intitulé « *besoin d'air* » dévoilant sa vision de la modernisation du contrat de travail. Elle regrette le comportement de prudence des entrepreneurs face à l'embauche au motif « *qu'un licenciement coûte très cher en argent et en temps, la durée moyenne de procédure prud'homale étant de deux ans* ». C'est ainsi que le Medef propose une nouvelle approche, à savoir : la séparabilité afin « *que la séparation ne soit plus un scandale obligé, afin qu'elle devienne moins coûteuse et moins préjudiciable à tous, nous devons revoir ces conditions tant pour l'entreprise que pour les salariés. Aujourd'hui, nous raisonnons comme s'il n'y avait d'autres façons de se séparer que dans la douleur à l'issue d'une faute, faute que l'employeur et l'employé sont d'ailleurs parfois obligés d'inventer d'un commun accord dans le cas d'une procédure transactionnelle. C'est dire combien le système est pipé !* ». Et d'oser la comparaison avec le divorce : « *Le but étant de parvenir à une rupture par consentement mutuel qui mélangerait l'intérêt moral et financier des deux parties. Sauf vice du consentement, ce mode de séparation échapperait au contrôle du juge. Le montant de l'indemnité qui accompagnerait une telle rupture pourrait être fixé librement par les deux parties à moins que, pour éviter tout risque, on ne mette en place des garde-fous. On peut ainsi imaginer que le salarié dispose d'un délai de rétractation ou que le montant de l'indemnité versée ne puisse être inférieur à ce qu'aurait perçu le salarié dans un licenciement classique ou que cette rupture donne droit aux allocations chômages* » (13).

Mme Parisot ne souhaite pas attacher la séparabilité qu'aux licenciements individuels. Elle demande aussi une sécurisation juridique des plans sociaux par un encadrement législatif des délais et des indemnités et par la limitation des possibilités d'annulation des plans sociaux à des seuls motifs graves liés à des questions de fond et non de forme. En instaurant une séparation d'un commun accord entre les parties, le Medef veut généraliser une rupture de troisième type fondée uniquement sur la crainte et le risque de judiciarisation qui résultent de la complexité des procédures de licenciement.

Il existe déjà des ruptures de gré à gré du contrat de travail. La nouveauté consisterait à permettre au salarié signataire d'une séparation d'un commun accord de bénéficier des Assedic.

Je fais l'impasse sur le salarié désireux de quitter l'entreprise de façon claire et non équivoque : il démissionne. En revanche, il existe des cas plus complexes où des salariés en poste indiquent vouloir quitter la société compte tenu du comportement de l'employeur à leur égard :

– Particulièrement, il ne faut accepter de rentrer dans un processus de négociations avec l'employeur pour essayer de négocier le départ des salariés et des modalités de ce départ qu'à la condition que l'on puisse vérifier que le comportement de l'employeur à l'égard du salarié est fautif (non-respect de la réglementation, modification du contrat de travail, harcèlement moral, etc.) et qui pourrait fonder une action judiciaire notamment la résiliation judiciaire du contrat de travail ou la prise d'acte de la rupture.

– Il existe de nombreux cas où l'employeur a adopté à l'égard du salarié une politique de harcèlement visant à le

(12) Cass. Soc. 20 novembre 2007, n°06-41.212, ci-après p. 298 n. J. Ferraro.

(13) *Besoin d'air*, ed. Seuil pages 98 à 100.

faire quitter la société de lui-même afin qu'il n'ait à assumer ni le coût ni le risque d'un licenciement.

Dans ce cadre, différentes solutions s'offrent aux salariés :

- saisine du Conseil de prud'hommes d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail : cette procédure présente comme inconvénient que la procédure est longue et que le salarié continue à travailler dans l'entreprise avec laquelle il est en conflit,

- prendre acte de la rupture du contrat de travail afin que le Conseil de prud'hommes constate le manquement grave de l'employeur à ses obligations contractuelles et décide que les effets de la rupture s'analysent en un licenciement.

Dans ces circonstances, le salarié n'est bien souvent pas indemnisé par les Assedic. Ainsi, pendant cette période procédurale, la négociation pourra s'engager pour aboutir à un licenciement afin que le salarié puisse bénéficier des Assedic ce qui obligera bien entendu les parties à un « *habillage* » de la rupture qui se conclura d'ailleurs par une transaction. Le salarié se trouve alors dans un processus de négociation, sous le contrôle du juge.

La séparabilité proposée par le Medef emporterait les mêmes effets juridiques qu'une transaction et aurait donc l'autorité de la chose jugée en dernier ressort sans que sa validité soit conditionnée à l'existence d'un différend entre les parties. Il s'agirait d'une rupture « *sans reproche réciproque* » mais dès lors qu'il n'y aurait plus de contrôle du juge, le salarié tomberait dans l'arbitraire de l'employeur qui déciderait quand bon lui semble de se séparer d'une partie de ses effectifs.

Surtout, il est rare que deux parties veuillent se séparer d'un commun accord, l'envie de l'un étant généralement plus pressante que l'envie de l'autre. Si l'envie du salarié est plus pressante que l'envie de l'employeur, on ne voit pas bien pourquoi, ce nouveau régime devrait permettre à l'employeur de l'aider dans cette démarche démissionnaire. Pas plus qu'on ne comprend pourquoi l'employeur devrait se séparer d'un salarié qu'il souhaitait conserver ?

La comparaison à la procédure de « *divorce amiable* » appliquée au droit du travail n'a aucun sens et relève de la démagogie. Le contrat de travail n'est pas une relation sentimentale comme le mariage. Les engagements sont d'ordre économique si bien que le salarié se trouve sous la subordination juridique de son employeur c'est-à-dire qu'il fournit une prestation de travail moyennant un salaire. Il n'est donc pas possible de se séparer pour des raisons subjectives (« *on se quitte car je ne t'aime plus* ») mais uniquement pour des raisons d'ordre économique

c'est-à-dire *un motif ayant une cause*. Le licenciement et la démission suffisent à régir ces situations.

De surcroît, si l'envie de l'employeur de se séparer du salarié est plus forte que celle du salarié de quitter la société, on ne peut que s'interroger sur la qualification du terme « *commun accord* » et ce nouveau régime pourrait avoir les conséquences suivantes :

- un salarié pourra faire l'objet de pressions pour partir d'un commun accord et on connaît déjà la logique de l'employeur qui consiste à menacer de licencier pour faute grave pour effrayer le salarié et tenter de lui faire accepter une négociation au rabais préalablement à la lettre de licenciement,

- le salarié dont le contrat est « *rompu d'un commun accord* » ne pourra jamais contester son licenciement puisqu'il n'aura pas été licencié. Pire encore, pour être sûr qu'il ne saisisse *jamais* le juge, le Medef prévoit que le salarié disposerait d'un droit de rétractation au cours d'un délai de réflexion de quinze jours.

Rappelons que sauf vice du consentement, ce mode de séparation échapperait au contrôle du juge (pas de contrôle de la cause réelle et sérieuse). Il faut donc éviter l'exception prévoyant un recours au juge. Rien de tel que de prévoir un délai de rétraction de quinze jours. Une fois le délai passé, le salarié ne pourra même plus invoquer un dol, une erreur ou une quelconque violence morale pour contester la rupture d'un commun accord. Il s'agit du seul terrain de contestation, celui de la cause réelle et sérieuse ayant disparu. Le Medef tente d'instaurer ce délai car il est conscient des failles de ce système. En effet, quid de la situation des parties si l'accord est annulé ?

Comme toute annulation, les parties se retrouvent dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la signature de l'accord. La rupture du contrat est censée n'avoir jamais existé. Or le salarié n'acceptera bien souvent pas d'être réintégré. Selon une jurisprudence désormais bien établie, l'intéressée a alors droit d'une part aux indemnités de rupture (indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, indemnité de préavis, quel que soit le motif de la rupture et même si le salarié est dans l'impossibilité d'effectuer ce préavis), d'autre part à une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L 122-14-4 du Code du travail, c'est-à-dire, en principe, au moins égale à six mois de salaire (14).

Dans un tel mécanisme, le juge n'aura donc pratiquement plus à statuer sur les ruptures de contrat de travail. C'est une tout autre réforme de la carte judiciaire à laquelle il faut s'attendre dans quelques temps !

(14) Par exemple, Cass. Soc. 27 juin 2000 RJS 9-10/00 n° 1137 ; Cass. Soc. 12 juin 2001 RJS 8-9/01 n° 1053 ; Cass. Soc. 17 décembre 2002 RJS 3/03 n° 337.

Bien entendu, faciliter la rupture d'un commun accord dans de telles circonstances, c'est vouloir contraindre les salariés à quitter la société en les privant de la possibilité de contester leur licenciement et c'est permettre à l'employeur de ne pas appliquer la législation relative à la rupture du contrat de travail.

La rupture conventionnelle est une des mesures majeures de l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

L'article 5 du projet de loi de la transcription législative de cet accord consacre la rupture conventionnelle dans les termes suivants : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie. La rupture conventionnelle qui est exclusive du licenciement ou de la démission ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. Elle résulte d'une convention signée par les parties au contrat et est soumise aux dispositions de la présente section destinée à garantir la liberté du consentement des parties* » (projet d'article L 1237-11 du Code du travail).

Le projet de loi prévoit que les parties pourront convenir du principe d'une rupture conventionnelle après un ou plusieurs entretiens au cours duquel ils pourront se faire assister.

La convention fixe la date de rupture du contrat de travail qui ne pourra intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation à compter de la date de sa signature par les parties, chacune d'elles disposant d'un délai de quinze jours pour exercer son droit de rétractation.

A l'issue du délai de rétractation, la partie la plus diligente adressera une demande d'homologation à l'autorité administrative.

A défaut de statuer dans un délai de quinze jours, l'homologation sera réputée acquise et l'autorité administrative dessaisie.

Le projet de loi prévoit que le litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relèvera de la compétence du Conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif.

On peut craindre qu'étant soumise au contrôle de l'administration du travail, la procédure de rupture négociée du contrat de travail ne permette pas, compte tenu des moyens dont dispose l'autorité administrative, un contrôle de la réalité du consentement du salarié qui, rappelons-le, est la partie la plus faible dans la négociation de la rupture.

## **B. Le CDI à durée déterminée !**

Le Medef souhaite aussi redynamiser le marché en concevant des contrats de travail conformes à l'économie actuelle. Il propose donc des contrats à durée indéterminée de mission à rupture précausée ! En fait, ce

contrat intègre une clause de rupture automatique liée à la réalisation de la mission ou à n'importe quel autre événement prédéfini.

Le motif réel et sérieux de la fin de la collaboration serait déterminé à l'avance, non fautif, inscrit dans la rédaction du contrat de travail et par définition, connu des deux parties. C'est une sorte de contrat de chantier, contrat flexible correspondant au temps de la réalisation du chantier si ce n'est que dans ce dernier cas, l'employeur est tenu à une nécessaire tentative de reclassement du salarié à l'issue du chantier. Ce contrat serait d'une durée minimale de dix-huit mois, dix-huit mois étant la durée maximale prévue par le code pour la majorité des CDD. Ce CDI aurait « *pour but de répondre à l'incertitude sur la pérennité de certaines activités* ». « *La réalisation de l'objet* » de ce contrat « *constitue un motif valable de rupture* ».

Il s'agirait donc d'un CDI à durée déterminée qui transférerait sur le salarié le risque inhérent à toute activité, aucune activité ne pouvant se revendiquer d'être indéfiniment pérenne. Il convient d'apprécier l'habileté de la politique de communication du Medef qui consiste à qualifier de CDI ce qui est un indéniablement un CDD.

Si ce contrat était dans un premier temps instauré exclusivement pour certaines activités, on peut légitimement penser que cette liste d'activités s'élargira et que l'exception deviendra la règle.

La réalisation de cet objet constituerait donc un motif valable de la rupture du contrat sans, là encore, que le salarié ne puisse contester le motif de la rupture et solliciter une réparation. Cette disposition a donc pour objectif, outre bien évidemment de permettre une certaine flexibilité, de restreindre le champ d'application des dispositions régissant la rupture du contrat de travail.

L'article 6 du projet de loi de transposition de l'accord interprofessionnel crée le contrat pour la réalisation d'un objet défini. Il s'agit d'un contrat à durée déterminée destiné aux Ingénieurs et Cadres dont la durée sera comprise entre 18 et 36 mois.

Le recours à ce contrat serait subordonné à un accord de branche étendu ou à un accord d'entreprise.

Le contrat prendrait fin par la réalisation du projet pour lequel il a été conclu sauf si le contrat prévoit qu'un motif réel et sérieux peut amener les parties à le rompre à la date anniversaire de sa conclusion.

Le ministre du Travail a rappelé que comme le prévoit l'accord, ce dispositif est expérimental pendant une durée de cinq ans et qu'un bilan sera présenté par le gouvernement au parlement.

A la suite de ce bilan, peut-on craindre l'extension de ce contrat aux ouvriers et ETAM ? A suivre...

## C. De l'accord négocié à la convention de reclassement personnalisé

La convention de reclassement personnalisé a été créée par la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 et ne vise que les seuls salariés dont le licenciement pour motif économique est envisagé par leur employeur. Le patronat a décelé dans cette mesure une possibilité de mettre fin au contrat de travail sans avoir à motiver la rupture et donc sans que le salarié ne puisse recourir au juge. En effet, les employeurs estiment que le salarié se portant candidat à un départ volontaire consent pleinement à la rupture de son contrat de travail. Selon eux, l'origine du licenciement n'a alors aucune raison de s'appliquer.

C'est ainsi qu'un premier jugement a été rendu par le Conseil de prud'hommes de Boulogne-sur-Mer le 27 avril 2006. Il a jugé qu'en cas d'adhésion du salarié à la convention de reclassement personnalisé, les règles applicables au licenciement économique s'effacent et le juge ne peut plus examiner le motif économique du licenciement. Certains plaideurs ont tenté de procéder par analogie entre l'ancienne convention de conversion et la convention de reclassement personnalisé.

L'acceptation de la convention de reclassement personnalisé emporte-t-elle d'office l'application du régime du licenciement pour motif économique ?

La Cour de cassation était intervenue pour harmoniser le régime du licenciement pour motif économique et le régime de la rupture d'un commun accord à la suite de l'adhésion du salarié à une convention de conversion. Elle a ainsi jugé que le salarié était recevable à contester le motif économique du licenciement envisagé (15), le salarié était recevable à contester l'ordre des licenciements (16), l'employeur ne pouvait s'exonérer de motiver la lettre de licenciement qui accompagne ou suit la proposition de convention de conversion (17). En clair, l'adhésion du salarié à une convention de conversion n'était qu'une modalité du licenciement économique (18).

On pouvait craindre que cette jurisprudence ne soit pas transposée à la convention de reclassement personnalisé. En effet, si la Cour de cassation a jugé que l'adhésion du salarié à une convention de conversion n'est qu'une modalité du licenciement économique permettant ainsi au juge de contrôler le motif du licenciement invoqué, cette jurisprudence s'expliquait par l'existence dans l'article L511-1 al. 3 du Code du travail d'un renvoi à l'article L 321-9 dudit code relatif aux conventions de conversion. La suppression de cette disposition pouvait inquiéter puisqu'il convient de rappeler que la Cour de cassation a jugé de façon constante que lorsque la rupture n'intervient

pas dans le cadre de l'article L 321-6 précité sans pour autant être un licenciement *stricto sensu*, le salarié n'est pas recevable à en contester la régularité et la légitimité. C'est la position constante adoptée à propos des salariés ayant adhéré à une convention d'allocation spéciale du FNE.

Ainsi, statuant sur l'appel du jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Boulogne, la Cour d'appel de Douai (RG 06/1057) a confirmé le jugement estimant que le salarié n'était pas fondé à contester le caractère économique de son licenciement dans la mesure où son contrat de travail était réputé rompu d'un commun accord par l'effet de son seul consentement à la convention en cause.

Une tout autre analyse tendait à se développer. Le Conseil de prud'hommes de La Roche-sur-Yon a jugé le 19 novembre 2007 qu'il résultait de l'analyse combinée de l'article 1131 du Code civil (obligation sans cause ou sur une fausse cause ou une cause illicite ne peut avoir aucun effet), et des articles L 321-4-2 et L 321-4-3 du Code du travail, que *la cause initiale* donnant lieu à convention de reclassement, à savoir l'existence d'un licenciement économique doit être réelle. Qu'à défaut, la convention de reclassement serait dépourvue de cause et que les dispositions alléguées ne sauraient priver le salarié de son droit de contester la cause de son licenciement reconnu à tout salarié licencié pour motif économique (RG F 06/00332). La motivation de cette décision est identique à celle rendue par un juge départiteur de Vichy le 13 juin 2007 (RG 06/152).

La Cour d'appel de Paris a jugé le 22 mars 2007 puis le 15 mai 2007 (19) que nonobstant l'existence d'une convention de reclassement personnalisé, la rupture doit être précisément motivée par l'employeur et vérifiable par le juge. Une décision similaire a été rendue le 14 mai 2007 par la Cour d'appel de Bordeaux (RG 06-4684). Il n'est donc point question là encore, au motif que le salarié a expressément acquiescé à la rupture de son contrat de travail en signant une convention de reclassement personnalisé d'éviter de déjudiciariser les conflits et d'éviter ainsi au juge de contrôler le motif du licenciement.

Alors que deux arrêts des 23 octobre 2007 (Cour d'appel de Versailles n° 07/469) et 18 avril 2007 (Cour d'appel de Montpellier n° 06/5492) témoignaient à nouveau de la division des juges du fond sur la question de savoir si le salarié ayant adhéré à une convention de reclassement personnalisée pouvait contester le motif économique de son licenciement, la Cour de cassation, saisie de ce contentieux, a affirmé au visa des articles

(15) 29 janvier 1992 n° 90-41.087.

(16) 17 juin 1997 n° 95-43.162.

(17) 30 septembre 1997 n° 95-43.199.

(18) 17 septembre 2003 n° 01-11.449.

(19) Dr. Ouv. 2007 p. 429 n. V. Lanes.

L. 321-1 et L. 321-4-2 I, alinéa 4, du Code du travail "qu'il résulte de la combinaison de ces textes que si l'adhésion du salarié à une convention de reclassement personnalisé entraîne une rupture qui est réputée intervenir d'un commun accord, elle ne le prive pas de la possibilité d'en contester le motif économique" (20).

On peut donc raisonnablement penser que ce même salarié pourra aussi contester l'ordre des licenciements, le non-respect de l'obligation de reclassement...

\*.\*

Plus que l'aléa judiciaire, le patronat redoute la présence même du juge. Il suffit à ce titre d'analyser le comportement des représentants des employeurs lorsqu'un salarié formule une demande de mission de conseillers rapporteurs... Il leur est difficilement concevable qu'un juge puisse pénétrer dans l'entreprise.

Et c'est ainsi que de réformes en réformes, loin d'être anodines, le Code du travail a été largement amendé en réduisant à un an la prescription pour toute contestation, d'ordre collectif ou individuel du licenciement pour motif économique.

Les employeurs revendiquent toujours plus sur le terrain de la prescription d'une part en maintenant la contestation de la jurisprudence qui applique la prescription trentenaire au lieu de la prescription quinquennale en matière de discrimination, d'autre part en cherchant à redonner un plein effet au solde de tout compte afin d'instituer une prescription de quelques semaines au-delà desquelles le salarié serait forcé à engager toute action. A ce titre, une proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile a été déposée par M. Jean-Jacques Hyst, sénateur de la Seine-et-Marne, en novembre 2007. Elle fixe en particulier le délai de droit commun de la prescription extinctive à cinq ans et instaure un délai butoir de vingt ans. La prescription trentenaire semble donc vouée à disparaître de notre arsenal législatif.

Ces réformes participent peu à peu mais de plus en plus à l'impunité de l'employeur.

Le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations prévoit, notamment après un amendement présenté par MM. Hyst et Beteille, l'insertion dans le code du travail de l'article L 1134-5 qui disposerait :

*« L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la*

*révélation de la discrimination. Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel. Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée.»*

Selon ses rédacteurs, cet amendement a pour objet de lever tout malentendu sur les incidences de la réduction de trente à cinq ans du délai de droit commun de la prescription extinctive en matière de lutte contre les discriminations au travail prévu par la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile adoptée par le Sénat le 21 novembre 2007.

Selon eux, ces dispositions réduisent de trente à cinq ans la durée du délai pour agir en justice dans la mesure où cette durée suffit pour rassembler des preuves mais prévoient :

- en premier lieu que ce délai ne court qu'à compter de la révélation de la discrimination, c'est-à-dire lorsque la victime a pu en prendre la mesure, par exemple grâce à la communication par son employeur des éléments de comparaison nécessaires,

- en deuxième lieu que ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel,

- en dernier lieu que les dommages et intérêts doivent réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée.

Un collectif mis en place à l'initiative commune notamment de la CGT, du SAF, du SM, de la SNDF, de CQFD-Fierté lesbiennes, de la FSU... a appelé l'ensemble des dirigeants politiques et les responsables des grandes associations et organisations qui luttent contre les discriminations à se mobiliser contre une future loi qui portera gravement atteinte aux droits des salariés victimes de discrimination.

En effet, l'expérience démontre que seule la prescription trentenaire a permis de créer un rapport de force favorisant l'action juridique par les négociations ou l'action en justice fondées d'une part sur la demande des réparations intégrales des préjudices subis et d'autre part sur les obligations de faire permettant d'en éviter la répétition.

Les juristes en droit du travail s'entendent pour dire qu'un délai de cinq ans n'est pas suffisamment opérationnel pour rétablir les faits et les conséquences qui se déduisent d'une discrimination, par nature insidieuse.



### III. Le juge face à l'application dévoyée du principe de l'unicité de l'instance

Enfin, c'est aussi le principe de l'unicité de l'instance que les employeurs tentent de dévoyer. Ce dernier, posé à l'article R 516-1 du Code du travail a un caractère dérogoire aux règles habituelles de la procédure civile en ce qu'il exige que toutes les demandes dérivant d'un contrat de travail entre les mêmes parties fassent l'objet d'une seule instance. La Cour de cassation étend la règle de l'unicité de l'instance à toutes les prétentions nées ou révélées jusqu'à la clôture des débats devant le Conseil de prud'hommes et dans la mesure où l'article R 516-2 du Code du travail dispose que les demandes nouvelles sont recevables en tout état de cause, même en appel, elle étend encore la règle à toutes les prétentions nées ou révélées jusqu'à la clôture des débats devant la Cour d'appel si dans le cadre d'une première instance appel a été interjeté de la décision des premiers juges.

Les employeurs se servent de ce dispositif pour éluder les débats judiciaires et opposer aux salariés un couperet décisif.

Leur nouvelle stratégie est simple : l'employeur est demandeur à l'instance. Une fois les parties convoquées, il se désiste de ses demandes afin de faire échec aux éventuelles réclamations des salariés, qui selon l'article R. 516-1 doivent être évoquées au cours de l'instance engagée. Cette pratique apparaît tant en matière d'exécution qu'en matière de rupture du contrat de travail.

Ainsi, la Cour de cassation s'est penchée le 7 juin 2006 sur le cas d'un employeur qui, après avoir licencié sa salariée pour faute lourde l'a attirée devant un Conseil de prud'hommes en paiement de diverses sommes. Les parties recevaient convocation devant le Bureau de conciliation pour le 11 mars 2002 mais l'employeur se désistait de ses demandes le 15 février. La salariée formait le 10 mars 2002 une demande reconventionnelle en paiement d'indemnités de rupture. L'employeur a alors soulevé l'irrecevabilité de la demande en application de la règle de l'unicité de l'instance prud'homale. La Cour d'appel a fait droit à cette demande au motif que la demande reconventionnelle a été formée après le désistement de l'employeur qui avait immédiatement produit son effet extinctif.

Bien heureusement, la Cour de cassation censurait les juges du fond : « *Attendu cependant que lorsque l'employeur a licencié un salarié puis a saisi la juridiction prud'homale, ni son désistement, ni la règle de l'unicité de l'instance ne peuvent faire obstacle aux droits du salarié de contester en justice son licenciement* » (21).

\* \*\*

De même, la rigueur de la Cour de cassation est à saluer dans un arrêt qu'elle a rendu le 22 mars 2007 dans le cadre d'une discrimination syndicale (22). Deux salariés ont été embauchés par la société Alcatel et ont exercé des mandats au sein de cette société sans connaître de progression de carrière pendant vingt ans. En 1999, elles ont engagé une procédure compte tenu d'un reclassement qui leur avait fait perdre du salaire. Elles se sont désistées de cette action à la suite d'un procès-verbal de conciliation. En 2004, elles ont à nouveau saisi le Conseil de prud'hommes afin de voir reconnaître leur discrimination subie dans le déroulement de leur carrière.

L'employeur a alors opposé le principe de l'unicité de l'instance. Les juges du fond ont écarté la règle de l'unicité de l'instance au motif que : « *ce n'est qu'en juillet 2001, après avoir fait valoir en mai 2001, la lourdeur des recherches auxquelles elles étaient contraintes que la société Alcatel a communiqué à l'inspecteur du travail les premiers éléments de comparaison de carrière entre les salariés identifiés comme militants syndicaux et d'autres salariés embauchés à la même époque sur des postes équivalents* ».

La Cour de cassation a approuvé ce raisonnement en jugeant que la Cour d'appel (Paris 15 septembre 2005) avait souverainement constaté que le préjudice lié à la discrimination syndicale n'avait été exactement connu des salariés qu'à la suite de la communication par l'employeur après l'achèvement de la précédente procédure des éléments de comparaison nécessaires. La chronologie est donc importante.

\* \*\*

Enfin, rien n'empêche un salarié de saisir un Conseil de prud'hommes alors qu'une Cour d'appel est saisie d'autres demandes. Telle est la position de la Cour de cassation rendue dans un arrêt du 21 décembre 2006 (n° 05-40.564). Un salarié avait saisi le Conseil de prud'hommes le 13 novembre 2000 de demandes relatives à des salaires et à diverses sommes. Un jugement a été rendu le 19 septembre 2001 confirmé par un arrêt de la Cour d'appel le 17 octobre 2002. Le salarié a été licencié pour faute grave le 5 décembre 2001. Il a saisi à nouveau la juridiction prud'homale le 4 janvier 2002 pour contester son licenciement. Par jugement du 19 mars 2003, sa demande a été déclarée irrecevable.

(20) reproduit ci-après p. 305 n. A. Guyon.

(21) Pourvoi n° 04-43.774 du 7 juin 2006.

(22) Dr. Ouv., novembre 2007 p. 525.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui a fait droit à cette irrecevabilité au motif que la règle de l'unicité de l'instance ne fait pas obstacle à ce qu'une nouvelle demande soit introduite devant un Conseil de prud'hommes tant que la Cour d'appel qui connaît une instance distincte relative au même contrat de travail entre les parties et portant sur des prétentions différentes reste saisie de celle-ci.

On peut donc légitimement se poser la question du maintien du principe de l'unicité de l'instance. Les juges du fond semblent se perdre eux-mêmes, les salariés sont dissuadés d'agir d'autant qu'ils sont peu enclins à saisir un avocat à la Cour de cassation, désormais obligatoire devant la Cour suprême. Ce principe est donc perçu comme une entrave au droit d'agir en justice. C'est donc à nouveau l'impunité de l'employeur qui est consacrée.

\*.\*

## Quelques perspectives...

Aujourd'hui, on constate que sous le terme de la « concertation », le gouvernement ne négocie pas, il n'écoute pas.

Sauf à obtenir du législateur un retour aux principes nés de la loi de 1973, il faudrait à tout le moins qu'il ne perde pas de vue que le droit du travail ne peut reposer sur le postulat que l'employeur et le salarié sont à égalité. C'est de leur inégalité qu'est né le Code du travail.

Il n'est donc pas concevable qu'on puisse écarter le juge des relations du travail. Il devrait même pouvoir être plus facilement accessible comme par exemple envisager une saisine directe en Bureau de jugement les contentieux relevant de la résiliation judiciaire ou de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Les avancées sociales naissent aussi des combats judiciaires. Il faut donc lutter plus pour en gagner plus...

David Métin

## • Libres propos (l'approche d'un avocat, conseil de l'entreprise)

Yasmine TARASEWICZ, Avocat au Barreau de Paris

### PLAN

#### I. Sur les nouvelles formes de contrats de travail

- A. Sur les contrats nouvelles embauches (CNE) et le contrat première embauche (CPE)
- B. Sur les contrats de mission proposés par le Medef
- C. Sur l'assouplissement des cas de recours au contrat à durée déterminée (CDD)

#### II. Sur la rupture d'un commun accord

**Dans tous les domaines, la recherche de sécurité est à l'ordre du jour. Il suffit, pour s'en convaincre, de se remémorer les interventions des candidats à l'élection présidentielle : la sécurité, que ce soit celle des personnes et des biens ou celle de l'emploi, a été au centre de la campagne.**

**Bien entendu, cette recherche de sécurité, surtout lorsqu'il s'agit de celle de l'emploi, est le plus souvent portée par les revendications salariales ou celles des candidats à un futur emploi.**

**Mais les entreprises n'échappent pas à ce vent "sécuritaire" : l'accroissement de la concurrence résultant de la mondialisation les place en situation de "précarité" sur leurs marchés les obligeant à s'y adapter rapidement sous peine parfois d'en disparaître quand la loi leur demande, par ailleurs, de faire preuve, au travers de la GPEC, de "prévisibilité", ce qui est bien difficile dans un tel environnement.**

**Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les entreprises cherchent à sécuriser les relations de travail et à supprimer autant que faire se peut les aléas qu'elles peuvent rencontrer.**

**Ainsi, l'on a vu, et voit encore dans le cadre des négociations actuelles entre le Medef et les organisations syndicales représentatives de salariés, des discussions qui tendent sinon à supprimer le recours au juge, vécu comme un vecteur d'aléas, du moins à en encadrer le pouvoir et à en limiter la saisine.**

**Si l'on peut analyser et comprendre la volonté de réduire les aléas dans le domaine de la relation de travail, il ne me semble pas sain dans une démocratie de bâtir des systèmes juridiques sur la suppression du recours au juge et il m'apparaît d'ailleurs constitutionnellement difficile d'y parvenir.**

**Sans doute serait-il plus opportun de tenter de satisfaire chacune des parties au contrat de travail par la recherche d'un meilleur équilibre contractuel, l'expérience prouvant, en effet, qu'un rapport équilibré entre employeur et salarié, même dans des situations délicates, conduit rarement au contentieux. Par exemple, l'on constate après mise en œuvre de plans de sauvegarde de l'emploi, peu de contentieux tendant à contester le licenciement ou le plan lui-même lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi est généreux et que les discussions entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel ont été menées sereinement.**

**C'est à la lumière de ces quelques principes qu'il convient d'examiner successivement ce que David Métin (1) a qualifié de "revendications patronales pour faire évoluer le contrat de travail à l'abri du contrôle du juge".**

## I. Sur les nouvelles formes de contrats de travail

### A. Sur le contrat nouvelles embauches (CNE) et le contrat première embauche (CPE)

Issu de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, le contrat nouvelles embauches (CNE) est un contrat de travail à durée indéterminée, soumis comme tel aux règles prévues en la matière par le Code du travail, sauf pour ce qui concerne les dispositions relatives à la rupture du contrat pendant les deux premières années de sa conclusion, rupture pouvant librement intervenir dans ce délai. Cette forme contractuelle particulière entendait favoriser l'embauche dans les entreprises de vingt salariés au plus.

Issu des dispositions de l'article 8 de la loi pour l'égalité des chances n° 2006-396 du 31 mars 2006, le contrat première embauche (CPE) était conçu comme un contrat à durée indéterminée, auquel s'appliquaient les dispositions du Code du travail, exception faite, une nouvelle fois, de celles relatives à la rupture pendant les deux années suivant sa conclusion. Il s'agissait ici de favoriser l'embauche des moins de 26 ans.

En réalité et malgré la qualification retenue de contrat à durée indéterminée (CDI), le régime juridique de ces deux types de contrat paraissait éloigné de celle du contrat à durée indéterminée.

En effet, les règles essentielles attachées au contrat à durée indéterminée, à savoir la faculté de rupture unilatérale entourée d'une exigence de procédure, de motivation et d'un contrôle judiciaire en étaient extraites. Selon les promoteurs de ce type de contrat, leur intérêt principal résidait, en effet, dans le fait de permettre à l'employeur, sauf rupture pour motif disciplinaire ou discriminatoire et rupture de contrat de salariés bénéficiant d'une protection d'ordre public (2), de rompre le contrat dans un délai déterminé sans avoir à invoquer un motif.

Il n'est guère étonnant, dans ce contexte, que le CNE ait fait l'objet d'une condamnation par la jurisprudence (3), le coup fatal lui ayant été infligé par l'OIT (4).

On ne saurait blâmer ces décisions qui ont, à mon sens, exactement appliqué le droit.

### B. Sur les contrats de mission proposés par le Medef

Pour rendre au droit du travail toute son efficacité, le Medef propose la formule du contrat de mission. Mais cette forme de contrat peut-elle constituer la réponse tant attendue ?

Préconisé dès janvier 2004 (5) par le rapport de la commission De Virville, le contrat de mission est un contrat à durée indéterminée qui pourrait être conclu, sous réserve d'être prévu par accord de branche ou d'entreprise, pour la réalisation d'un objet précis. Ce contrat prend, en principe, fin par la survenance d'un événement préalablement défini mais pourrait se poursuivre au-delà, sous la forme d'un contrat à durée indéterminée classique.

Si la création de cette nouvelle forme de contrat me laisse sceptique, c'est parce qu'elle ne me semble pas supprimer un quelconque aléa ni sécuriser de quelque manière que ce soit la relation de travail.

L'on risque, au contraire, de voir se multiplier les contentieux sur le point de savoir si la mission est ou non achevée. En effet, la tentation du salarié non reconduit dans ses attributions à l'issue du contrat de mission sera de discuter la qualification du contrat et l'arrivée du terme par réalisation de l'objet de la mission, cette tentation sera d'autant plus forte que la mission aura été longue et que le salarié se sera senti intégré aux effectifs permanents.

\*\*\*

(1) V. *supra*.

(2) CE, 19 octobre 2005, n° 283.471.

(3) CPH Longjumeau, Section Activités Diverses, 20 février 2006, RG n° 05/00.974 ; CA Paris, 18<sup>e</sup> Ch. Sect. E. 6 juillet 2007, n° 06/06992.

(4) Décision du BIT sur le CNE du 14 novembre 2007.

(5) Rapport de Michel de Virville : Changement du contrat de travail, janvier 2004.

A l'évidence, ces nouvelles formes de contrats de travail proposées ne sont pas juridiquement satisfaisantes. En réalité, on a voulu, pour des raisons politiques, moderniser le contrat de travail tout en conservant la qualification de contrat à durée indéterminée, jugée politiquement plus "sécurisante" alors que la recherche de sécurité menée par les entreprises voudrait que l'on limite la durée des contrats pour s'adapter à la charge de travail qui est prévisible. Pourquoi alors ne pas réfléchir à l'élargissement des cas de recours aux CDD ?

### C. Sur l'assouplissement des cas de recours au contrat à durée déterminée (CDD)

Comme on l'a souligné en introduction, la raison d'être des discussions sur l'évolution des contrats de travail est réelle.

Le reproche majeur qui est fait par les entreprises étrangères qui hésitent à s'implanter en France mais aussi par l'OCDE (6) et par les instances européennes (7) à l'encontre de notre système juridique est qu'il ne permet pas de flexibilité pour tenir compte des variations d'activité.

Le CDD, contrat dont la durée peut être prédéterminée en fonction de la situation de l'entreprise, pourrait permettre de répondre à ces critiques si son usage était généralisé à toutes les situations (les parties auraient le libre choix de la durée quelles que soient les circonstances) ou à tout le moins si les cas de recours aux CDD étaient substantiellement élargis.

D'un autre côté, les salariés ou candidats à un emploi voient dans cette forme contractuelle l'incarnation de l'insécurité : c'est le contrat qui leur permet souvent d'avoir un emploi mais c'est aussi celui qui les empêche d'accéder à un logement, d'emprunter, en bref de

s'installer réellement dans la vie. C'est donc moins la forme du contrat que l'on critique que la manière dont les acteurs économiques extérieurs au contrat le perçoivent.

Car le CDD en lui-même m'apparaît plutôt être un outil bien adapté à l'évolution de l'environnement économique : chacun sait aujourd'hui qu'en raison de l'évolution technologique et économique, chacun de nous ne fera pas un métier mais sans doute plusieurs, qu'il ou elle sera amené à changer d'entreprise, sans doute plusieurs fois dans sa/ses carrière(s), et que peut-être même, il ou elle sera tantôt salarié, tantôt entrepreneur, tantôt profession libérale.

Ainsi, laisser croire, en continuant à qualifier de CDI des contrats tels que le CNE, le CPE ou le contrat de mission que le CDI est l'instrument universel de lutte contre la précarité est un leurre.

Il me semble plus constructif de se mettre en phase avec la réalité et d'accepter sinon le libre recours au CDD du moins l'élargissement des cas de recours (la Cour de cassation a d'ailleurs ouvert un peu la porte dans les arrêts *Sovab* (8)) mais en accompagnant ce contrat de contreparties pour le salarié à l'effet que ce type de contrat ne soit plus vécu comme un facteur de précarité.

Ces garanties pourraient consister à admettre une disparité de salaires en faveur des travailleurs sous CDD (là encore, la Cour de cassation a montré la voie (9)), en une augmentation des indemnités de précarité, en un accroissement des droits individuels à la formation pour les titulaires de ce type de contrat. Il faudrait également réfléchir aux garanties que l'Etat et/ou les entreprises employant des CDD pourraient donner en terme de prêt ou de conclusion de baux.

## II. Sur la rupture d'un commun accord

Le MEDEF propose aujourd'hui de définir de nouvelles règles afférentes à la rupture d'un commun accord. Pour ma part, je n'en vois pas l'utilité.

La rupture d'un commun accord ne constitue pas un mode nouveau de rupture du contrat de travail mais au contraire, un mode de rupture dont le régime juridique est abouti grâce à une construction jurisprudentielle. La principale difficulté qui y est attachée provient du fait que la rupture d'un commun accord n'est l'objet d'aucune reconnaissance de la part des Assedic sauf dans le cadre du PSE.

Doit-on préconiser cette reconnaissance ? A mon sens, une réponse positive s'impose car la rupture d'un commun accord serait une alternative intéressante à ces "faux licenciements" qui fleurissent dans la pratique pour permettre la conclusion de véritables transactions et la préservation des droits du salarié aux prestations chômage.

S'agissant du contrôle judiciaire, le but ne serait pas d'évincer totalement l'intervention du juge mais de la limiter au contrôle des éléments essentiels de l'accord. Ainsi, le juge pourrait continuer d'exercer son contrôle sur plusieurs points, notamment :

(6) *Etude économique de la France*, OCDE, juin 2007.

(7) *Rapport Kok*, Commission Européenne, 2004 ; *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, Commission Européenne, Livre Vert, novembre 2006 ; Communication de la Commission Européenne, 27 juin 2007.

(8) Cass. Soc. 21 janvier 2004, *SOVAB*, n° 03-42.650 à n° 03-42.752, n° 03-42.757, n° 03-42.758, n° 03-42.769 et n° 03-42.784.

(9) Cass. Soc. 28 avril 2006, n° 03-47.171, à propos d'une différence de salaire entre deux salariés respectivement sous statut d'intermittent du spectacle et de CDI.

- sur l'absence de vices du consentement ;
- sur la proportionnalité (plus précisément l'absence de caractère dérisoire) des conditions de départ du salarié.

Reste la réponse à la question posée par David Métin consistant à savoir si la Convention de reclassement personnalisé (CRP) doit s'analyser comme une rupture d'un commun accord fermant la porte à un contrôle du juge sur le bien-fondé du motif économique. L'on sait que la jurisprudence avait répondu par la négative à cette question s'agissant de la convention de conversion (10) et l'on sait aussi que la CRP est pratiquement la sœur jumelle de la convention de conversion.

Sans doute la Cour de cassation prendra-t-elle la même orientation et l'on ne saurait l'en blâmer. En effet, la CRP comme la convention de conversion sont deux mécanismes légaux destinés à accompagner un licenciement pour motif économique projeté par l'employeur. A l'inverse, ce n'est pas le constat d'une décision de mettre un terme d'un commun accord au contrat de travail à des conditions librement discutées entre l'employeur et le salarié. Dès lors, il apparaît légitime que le salarié puisse critiquer, au besoin en justice, les motifs ayant présidé à la décision de lui proposer la CRP.

**Yasmine Tarasewicz**

(10) Notamment les arrêts suivants : Cass. Soc. 6 avril 1994, n° 92-44.711 ; 5 octobre 1995, n° 94-40.990 ; 31 mars 1998, n° 96-

40.765 ; 2 décembre 1998, n° 96-43.663 ; 20 octobre 1999, n° 97-43.879.

## Journée Gérard Lyon-Caen

28 mai 2008

organisée par l'université Paris I - Panthéon-Sorbonne

(Centre de Recherches en Droit Social, Institut André Tunc, Association ERGON  
[association des anciens étudiants du DEA de droit social])

avec le soutien de l'Association française de droit du travail

### Le droit de la rupture du contrat de travail : permanences ou rupture ?

Matin : **Le genèse du nouveau droit de la rupture du contrat de travail.**

*Présidence* **Mme Évelyne Collomp**,  
Présidente de la Chambre sociale de la Cour  
de cassation

**9 h 00** *Accueil*  
*L'amont...*

**9 h 10** - *L'influence du droit communautaire et du droit international.* **Pierre Rodière**  
- *De l'ANI de 1974 à 2008 : droit allemand et droit français du licenciement.*  
**Patrick Rémy**  
- *Les accords de méthode.* **François Gaudu**

**10 h 30** *Débat*

**11 h 00** *Le processus de transposition législative de l'accord du 11 janvier 2008*

**11 h 15** *Table ronde animée par* **Jean Pélissier**

**12 h 15** *Débat*

Après-midi : **Les sujets renouvelés**

*Présidence* **Jean Pélissier**, Professeur Émérite à  
l'université Toulouse I

**14 h 15** - *Les ruptures d'un commun accord.*  
**Gérard Couturier**  
- *Les résiliations sans motivation.*  
**Michèle Bonnechère**

**15 h 15** *Débat*

**15 h 45** - *Le licenciement pour inaptitude physique.*  
**Pierre-Yves Verkindt**  
- *Le reclassement et l'adaptation des salariés licenciés pour motif économique.*  
**Jean-Emmanuel Ray**

**16 h 45** *Débat*

**17 h 00** *Remarques conclusives.* **Antoine Jeammaud**,  
Président de l'Association française de droit du travail

SORBONNE - Amphithéâtre Richelieu (entrée rue de la Sorbonne - M° Odéon)  
Entrée libre - Renseignements et inscriptions : [gaudu@univ-paris1.fr](mailto:gaudu@univ-paris1.fr)