



Infos rapides DLAJ

2007-06 - 20 Mars 2007 - Informations diffusées par le Collectif national DLAJ

Ces informations sont envoyées aux Conseillers prud'hommes, défenseurs, conseillers du salarié et militant-e-s, intéressé-e-s par l'action juridique, ayant communiqué leur adresse électronique. En sont également destinataires pour transmission aux camarades concernés, les unions départementales, fédérations et comités régionaux.

CNE : ACHEVONS LE !

La décision du Tribunal des conflits rendue hier porte un nouveau coup juridique au CNE. Il faut maintenant en finir avec ce dispositif injuste, inefficace, source d'insécurité.

La décision

Rappelons que le Conseil des prud'hommes de Longjumeau avait jugé le CNE contraire à la convention n° 158 de l'OIT (28 avril 2006).

Frappé d'appel, ce jugement avait fait l'objet d'un « déclinatoire de compétence » du Préfet de l'Essonne, visant à dessaisir la Cour d'appel de Paris au profit du Tribunal administratif.

Celle-ci l'ayant rejeté le 20 octobre, le Préfet avait « élevé le conflit » le 31 octobre, entraînant la saisine du Tribunal des conflits (composé de trois magistrats de la Cour de cassation et de trois membres du Conseil d'État).

Celui-ci a constaté que deux lois (30 décembre 2005 et 23 mars 2006) ont prévu le financement de l'allocation forfaitaire versé aux ex-titulaires d'un CNE non indemnisés comme demandeurs d'emploi : bien que non encore ratifiée, l'ordonnance créant le CNE acquiert ainsi un statut législatif.

Ce n'est donc plus un acte réglementaire et le conflit n'existe plus.

Où en est-on sur le terrain juridique ?

Deux points essentiels sont maintenant acquis définitivement :

- Les tribunaux judiciaires (conseils de prud'hommes, cours d'appel et éventuellement Cour de cassation) sont compétents pour juger de la conformité de l'ordonnance créant le CNE avec les normes internationales ratifiées par la France.
- La convention n° 158 de l'OIT ayant été reconnue d'application directe par le Conseil d'État comme par la Cour de cassation, le juge peut en comparer les dispositions avec celles régissant le CNE.

Le débat va donc porter sur le point suivant : la période de consolidation de deux ans pendant laquelle sont suspendus le droit à la motivation du licenciement (article 4 de la Convention) et celui de présenter sa défense (article 7) est-elle d'une durée « raisonnable », rentrant ainsi dans le cadre des exceptions prévues à l'article 2 de la Convention ?

Plusieurs arguments forts conduisent à une réponse négative :

- analogie avec la durée d'une période d'essai selon la jurisprudence de la Cour de cassation (une durée supérieure à six mois n'est jugée raisonnable que dans de très rares cas - cadres supérieurs - et jamais au-delà d'un an) ;
- aucun dispositif analogue dans l'Union européenne n'a comporté une pareille durée ;
- s'agissant d'entreprises de petite taille, le délai de deux ans n'est pas nécessaire pour apprécier la viabilité économique de l'emploi ;
- quand bien même cette disposition « faciliterait » les créations d'emplois, elle n'est pas proportionnée à la privation de droits qu'elle entraîne pour le salarié, condamné à deux ans de précarité absolue ; d'autant que le bilan, maintenant connu, de l'impact du CNE sur la situation de l'emploi démontre son inefficacité.

Une fois établie la non-conformité de la norme française à la Convention n° 158 de l'OIT, le juge va en écarter l'application (sans pour autant la déclarer illégale, ce qui ne serait pas de sa compétence). Le CNE devient alors un CDI régi par les règles du droit commun. La rupture du fait de l'employeur n'étant pas motivée s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pour plus de détails se reporter :

- à l'Infos rapides n° 2006-10 du 4 mai 2006, analysant le jugement de Longjumeau ;
- à l'article de Pascale LEGENDRE-GRANDPERRET, David MÉTIN, Marie-Françoise LEBON-BLANCHARD et Pierre LYON-CAEN « *Tout ce que vous voulez savoir sur le CNE sans jamais avoir osé le demander...* » dans le Droit ouvrier de mars 2007.

Quelles actions pour achever le CNE ?

Il est clair que ces événements - et leur médiatisation - renforcent le sentiment d'insécurité... pour le patronat, qui a déjà largement contribué à freiner l'utilisation des CNE.

Il nous faut maintenant enfoncer le clou et multiplier les procédures consécutives à une rupture du CNE. Rappelons qu'outre l'illégalité du dispositif, il est possible de développer (au principal ou subsidiairement) d'autres raisonnements juridiques. On se reportera au supplément du n° 3 du Droit en liberté de décembre 2005, reproduit ci-joint pour la commodité du lecteur.

La publicité donnée à chaque affaire plaidée renforce notre action.

Ainsi la conjugaison de la bataille publique et d'une stratégie judiciaire organisant l'insécurité patronale peut nous permettre d'en finir avec le CNE et de freiner les ambitions de ceux qui souhaitent sa généralisation.

Pièces jointes :

- déclaration de la CGT du 20 mars 2007**
- supplément au n° 3 du Droit en Liberté**

Déclaration de la CGT

CNE : IL EST TEMPS D'EN FINIR !

Depuis un an, le gouvernement a multiplié les obstacles de procédure pour empêcher les tribunaux judiciaires - conseils de prud'hommes et cours d'appel - de juger de la conformité du CNE avec les conventions de l'OIT.

Par sa décision rendue hier soir, le Tribunal des conflits a sanctionné ces ingérences intolérables.

Les juges vont enfin pouvoir se prononcer sur le fond : est-il « raisonnable » de priver un salarié pendant deux ans du droit de se défendre en cas de licenciement et même d'en connaître le motif ?

Pour la CGT, la réponse à venir des tribunaux ne fait guère de doute et c'est bien la cause de l'acharnement gouvernemental. D'autant que les chiffres communiqués par la DARES et l'ACOSS ont fait la démonstration de l'inanité du CNE en matière de créations d'emplois : 3,2% des embauches dans les entreprises concernées, pourcentage tombé le mois dernier à 2,2%.

Depuis le début et y compris à notre congrès confédéral d'avril 2006, nous avons affirmé notre hostilité résolue vis-à-vis du CNE : contrat complètement déséquilibré en faveur de l'employeur, injuste, inefficace, source d'insécurité pour les salariés comme pour les employeurs. Bref, il est temps d'en finir avec ce dispositif.

Les dernières péripéties doivent servir de leçon aux promoteurs d'un « contrat unique » censé permettre aux employeurs de licencier sans motif ni formalité, rejetant sur la collectivité nationale le soin d'assurer une hypothétique « sécurisation des parcours professionnels ».

Après la condamnation par la Cour de justice des communautés européennes de l'ordonnance excluant les moins de 26 ans des calculs des effectifs des entreprises et la décision de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le système des équivalences, il s'agit du troisième exemple en deux mois où des normes internationales s'opposent aux reculs du droit français du travail.

Pour la CGT, il est urgent d'engager un véritable débat sur un nouveau statut du travail salarié, gage de sécurité pour les travailleurs et d'efficacité économique pour les entreprises.

Montreuil, le 20 mars 2007



Le droit en liberté

Supplément au n° 3 - Décembre 2005 - Bulletin édité par le Collectif national DLAJ

En finir avec le « contrat nouvelle embauche » !

Dès la promulgation de l'ordonnance du 2 août 2005 créant le « contrat nouvelle embauche » (CNE), la CGT a critiqué ce dispositif et déposé un recours devant le Conseil d'État pour la faire annuler. Nos initiatives ont eu un important retentissement médiatique et notre recours a été repris quelques semaines plus tard par les autres confédérations. La décision négative du Conseil d'État¹ ne clôt pas le débat sur le CNE, ni ne nous laisse désarmés, y compris dans le domaine de l'action judiciaire. L'heure est à la riposte revendicative et juridique.

La bataille contre le CNE ne concerne pas seulement ses effets immédiats, dont l'ampleur est encore difficile à mesurer. C'est aussi sa portée symbolique et les risques de son extension qui doivent nous mobiliser. Il faut aussi noter que d'autres pays de l'Union européenne envisagent d'étendre la notion de garantie sociale subordonnée à l'ancienneté.² La disparition du CNE est donc un objectif revendicatif de première importance.

Combattre le CNE, c'est à la fois contester sa légitimité et le vider de son principal intérêt pour le patronat en agissant contre les ruptures intervenant au cours des deux premières années. Les responsables des permanences d'accueil, les défenseurs syndicaux, les conseillers prud'hommes ont donc un rôle déterminant à jouer.

Comment contester la rupture d'un CNE ?

En cas de rupture d'un CNE au cours des deux premières années, l'ordonnance écarte l'application des règles habituelles du licenciement : plus de procédure, plus de motivation ni de lettre de licenciement « fixant le cadre du litige » lorsqu'il est soumis au juge. Cette situation nous conduit à mobiliser des ressorts juridiques nouveaux... ou parfois antérieurs à la loi du 13 juillet 1973 qui avait posé l'obligation d'une cause réelle et sérieuse à un licenciement. Les arguments présentés ci-dessous sont d'ordre différent, certains ne concernant que des situations particulières. Nous proposons de les utiliser de façon complémentaire.

1) Plaider la non application de l'ordonnance

¹ Décision n° 283471 du 19 octobre 2005.

² C'est un des éléments du programme de la « Grande coalition » dirigée par la nouvelle chancelière allemande, Angela MERKEL.

Le recours déposé devant le Conseil d'État s'appuyait en grande partie sur la violation de deux textes internationaux ratifiés par la France :

- la convention n° 158 de l'OIT du 22 juin 1982, article 4 (exigence d'un motif valable de licenciement) et article 7 (possibilité de se défendre contre les allégations « justifiant » un licenciement) ;
- la charte sociale révisée du Conseil de l'Europe (3 mai 1996) dont l'article 24 reprend dans les mêmes termes l'obligation de motivation.

Le Conseil d'État a rejeté l'application du premier texte en considérant qu'un cas d'exception prévu à l'article 2 pourrait être invoqué, s'agissant des « *travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable* ». Ce n'est évidemment pas notre interprétation !

Le juge judiciaire n'est pas tenu par la décision du Conseil d'État. On peut donc lui demander d'écartier l'application de l'ordonnance, au nom de normes internationales de valeur supérieure.³ Dans ce cas, les dispositions de la convention 158 de l'OIT sont directement applicables. Comme on se trouve en présence d'une lettre de licenciement non motivée, le Conseil de prud'hommes conclura nécessairement à la violation de l'article 4 de cette convention. Cette violation rend le licenciement illégitime et ouvre droit à réparation du préjudice subi.

2) Plaider l'existence d'un motif disciplinaire ou discriminatoire

L'ordonnance n'écarte pas l'application de l'article L.122-45 du Code du travail : la rupture pour un motif discriminatoire est interdite et l'aménagement de la charge de la preuve s'applique comme pour un contrat de travail ordinaire. Il en est de même pour une salariée enceinte ou en congé maternité (L.122-25 et L.122-25-2) ou en cas de déclaration d'inaptitude (L.122-24-4).

L'ordonnance ne suspend pas non plus les articles du Code du travail relatifs aux sanctions et à la procédure

³ Il ne s'agit pas de déclarer l'ordonnance illégale, ce qui est du seul domaine du Conseil d'État, juge de la légalité des actes administratifs.

disciplinaire (L.122-40 à L.122-44). Cependant, deux points sont à préciser :⁴

- L'article L.122-43 alinéa 1 (qui fonde les pouvoirs d'appréciation et d'instruction du juge) ne s'applique en principe pas aux licenciements. On peut cependant s'appuyer sur la décision du Conseil d'état lui-même : « *l'ordonnance attaquée n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture n'a pas un caractère abusif et n'est pas intervenue en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure disciplinaire* ». On peut aussi rappeler que l'exclusion du licenciement dans cet article est compensé, pour les contrats ordinaires, par les dispositions de l'article L.122-14-3 (appréciation par le juge de la régularité de la procédure de licenciement et du caractère réel et sérieux des motifs invoqués) qui s'applique y compris aux licenciements disciplinaires... mais qui est suspendu dans le cas d'un CNE ! On considèrera donc que la rupture d'un CNE n'est pas un licenciement de droit commun et que les règles générales du droit disciplinaire reprennent le dessus.⁵
- Face à une rupture non motivée, comment obliger le chef d'entreprise à se placer sur le terrain du droit disciplinaire ? Une demande d'explication par lettre recommandée évoquant les faits laissant présumer un motif disciplinaire pourra alors être utile.⁶

Si l'employeur invoque une faute grave pour se dispenser du préavis et du versement de l'indemnité, c'est à lui de la motiver et d'en apporter la preuve, selon une jurisprudence bien établie qui devrait s'appliquer au CNE.⁷ L'argument pourra être soulevé dès l'audience de conciliation.⁸

Rappelons pour mémoire que toutes les règles relatives aux salariés protégés s'appliquent au CNE.

3) Plaider la non validité du CNE

Si une des conditions impératives fixées par l'ordonnance pour conclure un CNE n'est pas remplie, il doit être requalifié en CDI. Dans ce cas, les règles ordinaires du licenciement s'appliquent. Celui-ci n'ayant pas été motivé sera nécessairement jugé sans cause réelle et sérieuse. On peut invoquer notamment les faits suivants :

⁴ Pour un examen détaillé de ces questions, voir Jean SAVATIER, « La rupture pour motif disciplinaire des contrats nouvelles embauches », Droit social n° 11, novembre 2005.

⁵ Voir Laurent MILET, « Le contrat nouvelles embauches après l'arrêt du Conseil d'état » dans la NVO du 2 décembre 2005.

⁶ Idem.

⁷ Cass. soc. 21 novembre 1984, n° 82-43380, suivi de très nombreux arrêts.

⁸ CPH Montluçon D/BREA du 4 juillet 2005, commentaire de la NVO du 28 octobre 2005.

- L'entreprise n'est pas éligible au CNE (employeurs publics, EPIC, particuliers employeurs, entreprises adaptées, centres de distribution de travail à domicile...).
- Il s'agit d'un contrat saisonnier ou d'usage au sens de l'article L.122-1-1, 3^e alinéa. L'ordonnance exclue cette possibilité. Dans ce cas, la requalification se fera en CDD.
- Le délai de carence de trois mois pour conclure un nouveau CNE avec le même salarié n'a pas été respecté.
- Il n'y a pas de contrat écrit mentionnant explicitement qu'il s'agit d'un CNE.
- L'entreprise emploie plus de 20 salariés.

L'appréciation de l'effectif se fait à l'échelle de l'entreprise entière et non de l'établissement, dans les conditions de l'article L.620-10.⁹ Depuis la suspension par le Conseil d'état, le 23 novembre 2005, de l'ordonnance relative aux jeunes de moins de 26 ans, ceux-ci doivent être de nouveau pris en compte. Mais à quel moment s'apprécie l'effectif ? Le ministère du Travail apporte une réponse ambiguë : « *le respect du seuil de 20 salariés s'apprécie à la date de prise d'effet des embauches* ». ¹⁰ Mais combien d'embauches simultanées sont-elles autorisées ? Selon nous, une entreprise de 19 salariés ne devrait pas pouvoir embaucher 5 CNE en même temps, mais seulement 2, l'effectif atteignant alors 21.

4) Plaider la « fraude à la loi »

Plusieurs situations sont possibles :

- Conclusion d'un CNE (qui est réputé être un CDI) à la fin d'un CDD ou d'une mission d'intérim pour éviter le versement de l'indemnité de fin de contrat ou de mission, quitte à le rompre peu après. Il y a là un détournement évident de la loi, qu'un conseil de prud'hommes devrait sanctionner par une requalification suivi de dommages et intérêts conséquents.
- Plus subtil est le cas d'un CNE souscrit à la place d'un CDD pour remplacer un salarié. Selon le ministère du Travail, ce serait légitime « *dès lors que l'entreprise envisage (sic) de garder le nouveau salarié au-delà du retour du salarié absent* ». Une telle validation de l'arbitraire et de la subjectivité patronale est audacieuse ! Pourquoi ne pas être nous-même

⁹ Sont pris en compte intégralement les salariés en CDI à temps plein et les travailleurs à domicile ; au prorata du temps de présence au cours des douze mois précédents, les CDD et les salariés mis à disposition par une entreprise extérieure, intérim compris, sauf s'ils remplacent un salarié absent ; au prorata de leur durée du travail, les salariés à temps partiel.

¹⁰ Extraits des « questions-réponses sur le CNE », en ligne sur le site www.travail.gouv.fr (sélectionner le thème : contrats).

audacieux et, dans ce cas, plaider la requalification en CDD, ce qui peut être avantageux s'il y a eu rupture anticipée du contrat ?

- Plus généralement, on pourra envisager de contester le recours à un CNE s'il correspond manifestement à une « aubaine » dont profite l'employeur et non à une véritable « nouvelle embauche ». On sera par exemple très attentif au cas de CNE souscrits après une ou plusieurs ruptures de CDI ordinaires.

5) Mobiliser les ressources conventionnelles

Nombre de conventions collectives prévoient des dispositions particulières en matière de licenciement, parfois spécifiques aux motifs disciplinaires : information préalable, procédure plus contraignante, instances internes à l'entreprise ou à l'échelon d'une profession. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions constituent une « garantie de fond » dont la violation prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.¹¹ Deux objections à l'application de telles clauses conventionnelles au CNE peuvent être avancées mais, selon nous, écartées :

- le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance en prévoit la suspension pour les CNE. Mais, comme le dit le Conseil d'État pour rejeter notre requête visant ce rapport : « *son contenu ne saurait être regardé, quels qu'en soient les termes, comme une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir* » ; de surcroît, aucune disposition ne permet d'écarter le « principe de faveur » autorisant des accords collectifs plus favorables aux salariés ;
- la plupart de ces dispositions conventionnelles traitent du licenciement, terme absent de l'ordonnance qui ne connaît que la rupture. Mais peut-on soutenir sérieusement qu'une rupture décidée unilatéralement par l'employeur, sans le moindre débat avec le salarié serait d'une nature différente d'un licenciement ?

6) Plaider l'abus de droit

Avant la loi de 1973, la relation salariée était traitée comme un contrat civil ordinaire que les parties sont libres de rompre à leur guise, sauf « abus de droit ». En un siècle,¹² la jurisprudence avait peu à peu renforcé la position du salarié dans la définition de l'abus (« légèreté blâmable », « intention de nuire », « manœuvres malicieuses »), tout en lui laissant supporter la charge de la preuve. Plus récemment, la Cour de cassation a admis

¹¹ Cass. soc. 28 novembre 2000, n° 98-43781 (Conseil de discipline – CC des assurances de la région parisienne). Cass. soc. 11 mars 2003 n° 01-40863 (Exigence d'information – Entreprises de prévention et de sécurité). Cass. soc. 5 février 1997, n° 93-46466 (Idem - Restauration collective).

¹² En 1872, un premier arrêt avait posé le principe d'un droit à indemnisation à la suite d'un licenciement abusif.

qu'un licenciement en période d'essai pouvait être abusif : trop précipité ou trop tardif ou causé par un motif autre que l'activité professionnelle, etc...¹³ La période de consolidation de deux ans du CNE lui est comparable à ce titre. La notion d'abus pourra aussi être étendue par application de l'article L.120-4 qui a introduit dans le Code du travail le principe civiliste de l'exécution de bonne foi du contrat de travail.

Le point le plus délicat est bien sûr d'administrer la preuve de l'abus. C'est là où l'attitude de « juge actif » du conseiller prud'homme pourra être déterminante, s'appuyant sur l'article 8 du Nouveau Code de procédure civile : « *le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaire à la solution du litige* ».

En pratique

Les premières expériences d'accueil et de défense de salariés licenciés en CNE nous permettront d'affiner notre stratégie judiciaire. Pour l'instant, nous proposons une approche pragmatique, n'opposant pas les différentes argumentations possibles :

- Lors de l'accueil du salarié dans une permanence, lui proposer toute démarche pouvant contraindre (ou inciter) l'employeur à préciser les motifs de la rupture ; recueillir le maximum d'éléments sur les circonstances de celle-ci.
- Nous recherchons quelques cas « exemplaires » qui permettraient, en plaçant la non applicabilité de l'ordonnance, d'amener le juge judiciaire à se prononcer sur la question.
- Il ne nous paraît pas possible de s'en tenir dans tous les cas à ce seul argument. Il faut en effet préserver l'intérêt individuel du salarié et l'intérêt collectif qu'il y a à sanctionner le plus souvent possible la rupture du CNE. Les six arguments évoqués ci-dessus peuvent donc être utilisés en fonction de l'espèce, de la configuration prud'homale et, bien sûr, après discussion avec le salarié.

**Merci de nous faire connaître
tous les cas de rupture de CNE
et leurs suites éventuelles
dont vous avez connaissance.**

¹³ Par exemple Cass. soc. 2 février 1994, n° 90-43836 ; Cass. soc. 20 avril 1989 n° 86-42652 ; Cass. soc. 4 juillet 2001 n° 99-44469.