

## CNE : le leurre de la liberté de rupture\*



mars 2006

Mouvement anti CPE  
Dijon (Place de la libération)  
Photo : Samuel Challéat

Analyse de circulaire

*«D'ores et déjà, un conseil prud'homal a jugé la durée de la période de consolidation déraisonnable et procédé à la requalification d'un CNE en CDI.»*

La période de consolidation dans l'emploi du contrat nouvelles embauches (CNE), comme celle du défunt contrat première embauche (CPE) n'est juridiquement pas une période d'essai, de par son objet et de par l'existence d'un préavis et d'une indemnité de rupture.

Mais l'opinion publique n'a pas eu tort de les assimiler, car l'absence de motivation de la rupture leur est commune. Celle-ci pose problème. Par ailleurs, la récente jurisprudence restrictive sur la rupture en période d'essai sera probablement transposée à la période de consolidation du CNE dans trois domaines : l'abus de droit, le licenciement discriminatoire<sup>1</sup> et l'application du droit disciplinaire<sup>2</sup>. Pour toutes ces raisons, le CNE recèle nombre d'embûches

### L'absence de motivation, un piège ?

L'énonciation d'un motif réel et

sérieux de rupture ne sera plus requise durant les deux premières années du contrat. Si la jurisprudence sur l'abus du droit de rupture, inaugurée en 1872, ressuscite, l'employeur devra alléguer une cause de rupture devant les juges, mais n'aura pas, pour autant, à en établir l'existence. L'exactitude du motif allégué ne sera pas vérifiée. Par ailleurs, la variation dans les motifs sera possible jusqu'au jour de comparution devant le Conseil des Prud'hommes...

Mais cette liberté de rupture unilatérale peut n'être qu'apparente. L'absence de motivation formelle, ne veut pas dire que la rupture puisse être décidée « sans motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service », comme le précise la convention internationale du travail n° 158<sup>3</sup>.

En faisant une application directe du texte, comme la possibilité en a été très récemment confirmée par la Cour de Cassation<sup>4</sup>, les juges du fond peuvent déclarer le licenciement illégitime, et condamner l'employeur au versement de dommages et intérêts pour préjudice subi.

Certes, pour valider l'ordonnance sur le CNE, le Conseil d'Etat<sup>5</sup> a déjà argué d'une exception prévue par la convention<sup>6</sup>, « notamment [pour les salariés] 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 ». Mais si pour lui, cette durée de deux ans est « raisonnable », telle peut ne pas être l'appréciation des juges du fond. D'ores et déjà, un conseil prud'homal a jugé la durée de la période de consolidation déraisonnable et procédé à la requalification d'un CNE en CDI<sup>7</sup>.

### L'abus de droit de rupture et la survivance du droit disciplinaire

La rupture du contrat de travail est limitée par l'abus de droit, si est prouvée l'intention de nuire de l'employeur, sa précipitation ou sa légèreté blâmable. Or, a déjà été confirmée la condamnation d'un employeur pour brusque rupture après avoir laissé espérer une stabilité dans l'emploi<sup>8</sup>, même s'il est vrai, qu'en l'espèce, le salarié avait du préalablement à son embauche, abandonner son entreprise personnelle.

Enfin, pour peu que le motif allégué soit une faute professionnelle, le salarié peut se prévaloir de l'application du droit disciplinaire, qui exige entretien et motivation de la sanction<sup>9</sup>, et l'employeur s'expose, alors, au paiement de dommages et intérêts pour non-respect de la procédure. Si le salarié parvient à établir l'existence d'un grief fautif dissimulé, l'absence de motivation devrait aussi faire l'objet d'une réparation.

A naviguer entre tant d'écueils, l'employeur risque de payer cher la liberté de rupture promise.

\* Cet article a déjà fait l'objet d'une publication au Journal du Palais mars 2006 et a été actualisé

<sup>1</sup> Soc. 16 février 2005, n° de pourvoi : 02-43402

<sup>2</sup> Soc. 10 mars 2004, n° de pourvoi : 01-44750

<sup>3</sup> article 4 de la convention internationale du travail n°158

<sup>4</sup> Soc. 29 mars 2006, n° de pourvoi : 04-46499

<sup>5</sup> Conseil d'Etat du 14 octobre 2005, CGT et autres

<sup>6</sup> article 2 de la convention internationale du travail n°158

<sup>7</sup> Conseil des Prud'hommes de Longjumeau du 28 avril 2006, n° F 06/00316

<sup>8</sup> Soc. 11 février 1960

<sup>9</sup> article L 122-41 du code du travail

## CNE et effets de substitution



### Une étude économique

En février 2006, une étude des économistes Pierre Cahuc et Stéphane Carcillo évalue l'impact du CNE sur l'emploi, à près de 70 000 emplois supplémentaires à terme. Leur modèle est néanmoins contesté.

Ces auteurs prônent une extension de l'assouplissement juridique du contrat de travail, qui, compensée par un renchérissement des indemnités de licenciement permettrait la création de 250 000 emplois.

*«Le CNE est en train de prendre la place du CDD sur le marché du travail.»*

Des nouvelles formes du contrat à durée indéterminée que constituaient le contrat nouvelles embauches (CNE) et le contrat première embauche (CPE), il était attendu une amélioration rapide et substantielle du chômage.

### Les premiers résultats du CNE

Compte tenu de la disparition du CPE, l'analyse ne peut porter que sur les chiffres du CNE. A ce jour, elle ne repose que sur une estimation de contrats conclus, établie à partir du nombre d'intentions d'embauche en tenant compte d'un taux de concrétisation (d'environ 9/10<sup>ème</sup>). L'ACOSS a annoncé un chiffre de 410 000 d'août 2005 à mars 2006<sup>1</sup> (jusqu'en juin de 554 000), et le ministère du travail, pour la même période de 8 mois, celui de 440 000<sup>2</sup>. Mais, selon l'enquête ministérielle, seul 10% de ces contrats correspondrait à des créations nettes d'emploi<sup>3</sup>.

Ombre supplémentaire au tableau : 30% des CNE signés ont été rompus dans les six premiers mois<sup>4</sup>, réduisant d'autant les emplois occupés en CNE. Ensuite, le taux de survie des contrats (notamment après 2 ans) est, bien sûr, inconnu.

### Quels effets de substitution ?

Il reste à savoir si l'usage de ce contrat relève d'effets de substitution. Le remplacement du recrutement par contrat à durée indéterminée (CDI) par un recours au CPE a été souvent prêté lors de la crise du CPE. Probablement, cette crainte était-elle liée à la perspective de généralisation de la flexibilité juridique, par l'instauration d'un

contrat de travail unique, proposée dans le rapport CAMDESSUS<sup>5</sup> et accréditée, à l'époque, par le 1<sup>er</sup> ministre<sup>6</sup>. Qu'en est-il ? L'effet d'aubaine du CPE dans les très petites entreprises semble réel : selon l'enquête DARES précitée, 67% des entrepreneurs consultés auraient embauché, à la même date, sous une autre forme de contrat. La substitution concernerait pour 44% des CDI, pour 52% des CDD et pour 4% un recours à l'intérim ou à l'apprentissage. L'anticipation de recrutement est donc importante.

L'effet de substitution au CDI tient probablement à la faculté de résiliation unilatérale pendant deux ans, qui permet de s'adapter à une évolution d'activité incertaine, et non à des raisons d'économie salariale : le coût du CNE est identique au CDI. Il lui est même supérieur en cas de rupture en période de consolidation de l'emploi, du fait du versement d'une indemnité de rupture et du financement d'actions d'accompagnement (pour l'un 8% rémunération brutes perçues + charges sociales, pour l'autre 2% des rémunérations brutes perçues).

### Le CDD en ligne de mire

La prédiction de François GAUDU selon laquelle « le CNE est en train de prendre la place du CDD sur le marché du travail »<sup>7</sup> semble bien se réaliser. L'analyse comparée des dispositifs sur le plan juridique, montre le potentiel d'attractivité du CNE.

Contrairement au CDD, il peut être conclu pour tout type de motif, à l'exclusion d'emplois

saisonniers ou pour lesquels il est d'usage de recourir aux CDD. Il peut, sans justification, se substituer aux CDD conclus pour accroissement temporaire d'activité (ce qui semble se confirmer dans les faits selon l'enquête ministérielle) et auxquels ont régulièrement recours les employeurs.

Autre avantage : avec le CDD, il est impossible, sauf faute grave ou commun accord, de rompre unilatéralement le contrat avant terme. Si, néanmoins, la rupture anticipée intervient, l'employeur sera condamné au versement de dommages et intérêts d'un montant égal aux rémunérations restant à courir jusqu'au terme du contrat. Avec le CNE, l'emploi peut être perdu à tout moment au cours de la période de consolidation de l'emploi de deux ans, sans que l'employeur n'ait, ni à motiver la rupture, ni à respecter une procédure spécifique, sauf un préavis.

Il faut relever que les contrats aidés sont préférables et préférés au CNE. Dans les autres cas, les avantages économiques du CDD ou du CNE ne sont pas nets. L'indemnité de rupture du CNE, représente, le même coût que le montant maximal de l'indemnité de précarité, mais elle est soumise à charges sociales. En cas de rupture avant deux ans, le surcoût du préavis du CNE n'existe que dans les 6 premiers mois. Enfin, en cas de litige, l'avantage de ne pas risquer de devoir payer de dommages et intérêts pour rupture avant un terme de CDD disparaît devant le risque judiciaire de requalification de la rupture du CNE en licenciement abusif.

<sup>1</sup> estimation sur les déclarations uniques à l'embauche par internet (45% des déclarations), avec une extrapolation contestée ; fin juin 06, selon la même source, il serait de 554 000.

<sup>2</sup> B. Junod, C. Lagarenne, C. Minni et L. Bernié, Le CNE, Dares, Premières informations, Premières synthèses, juin 2006, n° 25.4. (enquête DARES-ACCOSS auprès de 3 000 entreprises de moins de 20 salariés ayant embauché en CNE)

<sup>3</sup> pourcentage correspondant aux déclarations selon lesquelles, sans le CNE, l'employeur n'aurait pas embauché.

<sup>4</sup> dont 45% par le salarié et 38% par l'employeur

<sup>5</sup> « Le sursaut – vers une nouvelle croissance pour la France », rapport officiel au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie par le groupe de travail présidé par Michel Camdessus, La Documentation Française, Paris 2004, pp 92-93

<sup>6</sup> Déclaration du 1<sup>er</sup> ministre à l'occasion de la Conférence de presse sur l'emploi du 16 janvier 2006

<sup>7</sup> Interview de François Gaudu, professeur de droit Paris I, Le Monde, édition du 6 février 2006