



**HAL**  
open science

## Le juge et les politiques de l'emploi

Emmanuel Dockès

► **To cite this version:**

Emmanuel Dockès. Le juge et les politiques de l'emploi. Droit Social, 2007, septembre, pp.911-916.  
halshs-00177493

**HAL Id: halshs-00177493**

**<https://shs.hal.science/halshs-00177493>**

Submitted on 8 Oct 2007

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## LIBRES PROPOS

par Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'université Lyon 2  
 Directeur de l'Institut d'Études  
 du Travail de Lyon (IETL), membre du CRDS

### Le juge et les politiques de l'emploi

Après le conseil de prud'hommes de Longjumeau (1) et la cour d'appel de Bordeaux (2), la cour d'appel de Paris a écarté l'application de l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » (CNE) (3), comme contraire à la convention n° 158 de l'OIT. Cet arrêt du 6 juillet 2007 (4) a une grande portée jurisprudentielle. Même si la Cour de cassation n'a toujours pas eu l'occasion de se prononcer, chacun comprend désormais que la solution retenue par la Cour d'appel de Paris est, de loin, la solution qui a le plus de chances de s'imposer.

L'intérêt que suscite cet arrêt va cependant au-delà de cette seule question. La décision a fait plus que rejeter un contrat spécial décrié. Elle met en péril un modèle possible de contrat de travail unique. Elle rejette les justifications économiques avancées au soutien du CNE. Et, au nom du droit au travail et du droit international, elle interdit aux politiques de l'emploi d'aller trop loin dans la voie d'une destruction du droit du licenciement. Les décisions de justice sont parfois l'occasion de dire l'essentiel.

L'étude d'une telle prise de position suppose de surmonter certaines craintes de juriste pour aborder de front quelques arguments économiques. Elle suppose

aussi de s'interroger à nouveau sur le rôle du juge. Mais elle exige au préalable de revenir sur les techniques juridiques mobilisées.

La principale question juridique était claire, au moins depuis qu'un arrêt de Cour de cassation du 29 mars 2006 a reconnu l'application directe de la convention n° 158 de l'OIT (5). L'article 4 de cette convention exige pour tout licenciement un motif « valable », « lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur » (ce qui rappelle le motif personnel du droit français) ou « fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service » (ce qui rappelle le motif économique du droit français). Cet article impose bien plus qu'un simple contrôle de l'abus du droit de rompre. Les termes choisis sont différents de la cause « réelle et sérieuse » française, mais l'idée est extrêmement proche: le texte international va même jusqu'à exiger un contrôle de nécessité pour qu'un motif économique puisse être jugé valable. Parce qu'il exclut les règles du licenciement relatives à la cause réelle et sérieuse pendant une période de précarité de deux ans (6), le CNE est donc bien une entorse à cet article 4. Dans une moindre mesure, le CNE fait encore exception à l'article 7 (7), voire à l'article 9 (8) de la convention 158 de l'OIT.

(1) Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avril 2006, *JCP S.* 2006, 1424, note P. MORVAN; *SSL* 12 juin 2006, note F. FAVENNECHERY; Rafael Encinas de MUNAGORRI, « L'influence du pouvoir exécutif sur la formation d'une jurisprudence: le cas du contrat "nouvelles embauches" », *RTD civ.* 2007.

(2) CA Bordeaux, 18 juin 2007, n° 06/04806, *Liaisons sociales, Bref social*, n° 14915, du 17 juillet 2007, p. 3-4.

(3) Intégrée aux articles L. 1223-1 et s., de la recodification de la partie législative du Code du travail (ordonnance du 12 mars 2007), laquelle doit, sauf décision contraire du Conseil d'État, entrer en vigueur avant le 1<sup>er</sup> mars 2008.

(4) CA Paris 6 juillet 2007, n° 06/06992, *JCP S.* 2007, n° 1565, note P. MORVAN.

(5) Soc. 29 mars 2006, *Bull. V.*, n° 131, *Dr. soc.* 2006, p. 641, avis J. DUPLAT; *RDT* 2006, 276, obs. P. LOKIEC.

(6) Art. 2, al. 2 de l'ordonnance et L. 1223-1 de la recodification. Cette période de deux ans est qualifiée de période de « consolidation » par le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 2 août 2005, mais l'ordonnance ne qualifie pas elle-même la dite période. L'interprète

reste donc libre de lui donner le nom qui semble le plus adéquat. Or ladite période ne « consolide » rien, puisqu'elle est au contraire une période d'exceptionnelle précarité. Il est donc plus simple de la désigner pour ce qu'elle est: une période de précarité.

(7) Pendant la période de précarité de deux ans, l'employeur est dispensé d'organiser un entretien préalable au licenciement, sauf en cas de licenciement pour motif disciplinaire (art. 2, al. 2, préc. et L. 1223-4 préc.). L'article 7 de la convention 158 de l'OIT exige la réalisation d'un entretien préalable pour tout motif personnel de licenciement. L'ordonnance déroge donc à la convention en supprimant l'entretien préalable pour les licenciements pour motif personnel non disciplinaire.

(8) Selon la cour d'appel de Paris, on ne peut « demander à un juge d'apprécier le bien fondé d'un licenciement sans qu'il puisse exiger de l'employeur qu'il rapporte la preuve de son motif ». Dès lors, pour la Cour, l'exigence d'un juge apte à apprécier la justification du motif de licenciement, posée par l'article 9 de la convention, entre en contradiction avec l'ordonnance qui fait peser la charge de la preuve de l'abus du droit de rompre le contrat de travail sur le seul salarié. Le point peut être discuté.

L'article 2.2 de cette convention autorise cependant de telles exceptions. Selon le b) de ce texte, il est possible de déroger à certaines dispositions de la convention, pour les travailleurs « 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 ». La question juridique est alors simple: deux ans sans que s'appliquent les protections élémentaires du droit du licenciement, est-ce une durée « raisonnable » ?

La réponse peut paraître difficile. Le standard du raisonnable laisse une incontestable marge d'appréciation. Le Conseil d'État, interrogé sur la validité de l'ordonnance, a considéré le 19 octobre 2005 que deux ans de précarité étaient une durée raisonnable (9). Depuis cette date, cependant, l'ordonnance a été implicitement ratifiée par le législateur. La question relève désormais de la seule compétence des juges judiciaires (10). Et, avec d'excellents motifs, ceux-ci contredisent la mansuétude dont le Conseil d'État a fait preuve vis-à-vis du Gouvernement.

Quoique porteuse de flou, la notion de « raisonnable » n'est pas vide de sens. En droit, le « raisonnable » est un jugement sur l'adéquation des moyens aux fins poursuivies. En l'occurrence, il est deux niveaux possibles d'appréciation.

Le premier, le plus simple, consiste à juger du délai de deux ans à l'aune de sa finalité *directe*. Ce délai a été conçu pour permettre aux employeurs de juger de la qualité du salarié et de la pérennité économique de l'emploi proposé. Le délai paraît alors assez facilement déraisonnable (I). Cependant, la cour d'appel de Paris a décidé de privilégier un deuxième niveau de raisonnement, plus difficile, mais d'une toute autre portée. Elle a évalué le délai de deux ans à l'aune de sa finalité *indirecte*: si un temps d'évaluation si long a été accordé aux employeurs, c'est pour les encourager à embaucher et pour lutter ainsi contre le chômage. C'est cette finalité là qui a fait l'objet d'une évaluation, puis d'un rejet par la Cour d'appel (II).

### I. — UNE DURÉE DE PRÉCARITÉ DÉRAISONNABLE AU VU DE SON UTILITÉ POUR L'EMPLOYEUR

La période de précarité de deux ans a clairement été pensée non seulement pour permettre à l'employeur d'apprécier l'adéquation du salarié au poste, mais aussi

pour lui permettre de tester l'utilité économique, la rentabilité de l'emploi créé (11).

La première de ces finalités n'est en rien différente de celle des clauses d'essai (12). La durée acceptable d'un essai a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour de cassation et, si la durée doit être appréciée de manière différenciée selon la tâche assignée au salarié, une durée de deux ans paraît, dans tous les cas, excessive (13). Un délai de deux ans pouvant être utilisé quelle que soit la profession du salarié embauché est *a fortiori* excessif.

Tout repose donc sur la deuxième finalité: est-il « raisonnable » d'accorder deux ans à un employeur pour qu'il puisse juger de la pérennité économique d'un emploi créé ?

En un sens, deux ans est une durée beaucoup trop courte. Le futur d'une entreprise comporte toujours une part d'incertitude et aucune pérennité économique ne sera jamais certaine, même en dix ans, même en vingt ans. La finalité d'une période de deux ans ne peut donc pas être l'attente d'une certitude sur le devenir de l'emploi.

La finalité de la période de précarité est plus modeste. Il s'agit d'accorder à l'employeur un certain temps, pour qu'il puisse se faire une première idée *in situ* de la pérennité de l'emploi, pour qu'il puisse confirmer qu'il s'agit d'un poste *a priori* viable. La durée raisonnable qu'il s'agit d'apprécier est donc la durée utile pour former un tel jugement.

Un chef d'entreprise « raisonnable » fait naturellement des prévisions économiques sur la faisabilité d'une création de poste avant même l'embauche d'un salarié.

Le jugement sur les capacités du salarié peut demander de voir le salarié au travail, en situation. Le jugement économique est, lui, dépendant des carnets de commande, du chiffre d'affaires, et d'autres éléments qui pour la plupart sont prévisibles en l'absence du salarié dans l'entreprise. Sans doute, un temps d'étude de l'efficacité économique du poste peut être utile après l'embauche, dans certains cas. Par exemple, si l'on espère du salarié embauché qu'il génère lui-même une partie du chiffre d'affaires qui permettra de financer son salaire, l'employeur appréciera d'avoir le temps de voir ce que le poste procure effectivement, avant de le pérenniser.

(9) CE 19 oct. 2005, *CGT et a.*, JCP Éd. soc. 2005, p. 1317, note R. VATINET; *Dr. ouvr.*, févr. 2006, p. 84, obs. G. KOUBI.

(10) T.C., 19 mars 2007, n° C-3622, publié au *Recueil Lebon*, RDT 2007, p. 369, étude D. GUIRIMAND.

(11) Cf. rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », JO n° 179 du 3 août 2005, p. 12688.

(12) Cette finalité des clauses d'essai est traditionnellement reconnue par la jurisprudence depuis 1933 (Civ. 27 avril 1933, *Gaz. Pal.* 1933. 2. p. 101, sous note a), J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 3<sup>ème</sup> éd. 2004, n° 40). Elle pourrait cependant être substantiellement modifiée par la recodification opérée par l'ordonnance du 12 mars 2007. Celle-ci transforme l'article L. 122-4, alinéa 2, du Code du travail en

un article L. 1231-1. La lettre de ce dernier texte exclut l'ensemble des règles du licenciement économique en cours d'essai (contrairement à la lettre du texte ancien). Si cette lettre nouvelle devait emporter et pour que cette exclusion du droit du licenciement ait une certaine logique, il faudrait en déduire que la finalité de l'essai est aussi de permettre à l'employeur d'apprécier les capacités économiques de l'entreprise à intégrer un salarié supplémentaire. L'essai serait alors strictement identique, dans sa finalité, à la période de précarité du CNE. Pareil changement reste cependant très hypothétique, la recodification n'étant pas encore entrée en vigueur et, surtout, l'intension du recodificateur à droit constant n'ayant sans doute pas été de produire un tel changement dans la signification des clauses d'essai.

(13) Jurisprudence ancienne et constante, v. not. Soc. 21 déc. 1977, *Bull. civ.* V, n° 727, *D.* 1978, IR 74; Soc. 9 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 348; 7 janvier 1992, *RJS* 1992, n° 244...

Cependant l'utilité d'un tel essai économique ne semble pas répondre à un besoin très intense: la pratique n'a pas créé de clauses contractuelles qui instituent de tels essais de la viabilité du poste. Il est vrai que le risque économique est, en principe, à la charge de l'employeur et que cette règle de droit est peut-être suffisamment ancrée dans les mentalités pour que les employeurs n'aient pas recherché à stipuler de telles clauses.

Quoi qu'il en soit, la justification d'une période d'essai du salarié est nettement plus facile et plus forte que la justification d'une période destinée à essayer la viabilité économique des postes de travail. Il n'y a donc aucune raison d'accorder pour cette deuxième finalité une durée supérieure à celle acceptée pour juger des capacités d'un salarié.

Il apparaît alors que la durée de deux ans de la période de précarité est peu raisonnable (14). Ce seul raisonnement aurait pu suffire pour écarter l'application du CNE comme contraire à la convention 158 de l'OIT.

Mais la cour d'appel de Paris a considéré qu'il était nécessaire d'aller plus loin. Elle a abordé de front une question plus difficile, celle de l'adéquation du CNE à sa finalité indirecte, la lutte contre le chômage.

## II. — DÉFENDRE L'EMPLOI PAR LA PRÉCARITÉ: UNE LOGIQUE REJETÉE

Selon la cour d'appel de Paris, parmi d'autres arguments notamment de droit comparé, le délai de précarité de deux ans est déraisonnable parce que « *dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier et qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements* ».

Pareil motif répond à trois questions fermement débattues.

— Les juges sont-ils habilités à porter de pareils jugements, qui semblent sortir du droit pour toucher aux sciences économiques? (1.)

— En l'occurrence, les juges devaient-ils se poser la question de l'utilité du CNE dans la lutte contre le chômage? (2.)

— Faciliter le licenciement, est-ce un moyen pertinent pour lutter contre le chômage? (3.)

1. La réponse à la première question est assez évidente, mais il est des évidences qu'il est parfois bon de rappeler. Certes, les juges sont avant tout des juristes. Mais cela n'interdit nullement aux questions techniques et aux différents champs du savoir d'intervenir au sein des débats judiciaires. Au besoin informé par des experts, le plus souvent informé par les éléments de preuve avancés par les parties au procès, le juge tranche les litiges y compris lorsque leur solution dépend d'une argumentation ou d'analyses d'ordre

scientifique ou technique. Il se prononce sur le respect des règles de l'art dans la construction d'un bâtiment, sur la qualité de l'isolation phonique lors d'un trouble de voisinage, sur la notion de marché lors du contrôle des positions dominantes, sur les fautes de gestion d'un chef d'entreprise pour savoir si sa responsabilité personnelle est engagée, etc. Il n'y a là rien que de très quotidien et de très légitime. Il n'est nul besoin d'être un grand sociologue pour rappeler que la neutralité des sciences a ses limites, qu'il n'est de bonne expertise que contradictoire et qu'il est sain, en démocratie, qu'une fois le débat achevé, les litiges entre personnes soient bien tranchés par un juge, au nom du droit, et non par un expert ou par un scientifique au nom de la prétendue « vérité ».

Le droit du travail ne fait donc pas exception par rapport aux autres branches du droit lorsqu'il ordonne aux juges d'informer leurs décisions à l'aide d'éléments qui ne sont pas strictement juridiques et en particulier lorsqu'il leur ordonne de se livrer à des contrôles sur la pertinence de raisonnements économiques. Ce contrôle est d'intensité variable selon les cas. Il est parfois exigeant, précis, lorsqu'il s'agit de contrôler la « nécessité » et la « proportionnalité » d'un choix économique qui, par exemple, réduit un droit fondamental. Le contrôle est moins intense lorsqu'il s'agit, plus simplement, de vérifier le « sérieux » des motifs économiques du licenciement. Il pourra encore être question de vérifier si telle solution est « raisonnable »...

Dans tous ces cas, pour exercer la mission qui lui est assignée, le juge est tenu de se prononcer sur les argumentations économiques avancées par les plaideurs. Et il en va de même lorsque c'est de la justification des actes du législateur qu'il s'agit. Lorsque le droit international impose aux juges de contrôler la justification de certaines lois, le juge est bien tenu de s'interroger sur les motifs de cette loi. Et si ces motifs sont économiques, il n'est d'autre solution que d'évaluer leur pertinence. Il ne s'agit pas alors pour le juge de se placer au dessus des lois. Il s'agit pour lui d'obéir aux traités internationaux. Dans un État de Droit, il appartient en effet aux juges de veiller à ce que ces traités soient respectés, y compris, le cas échéant, par le législateur national.

2. La deuxième question est plus difficile. La convention n° 158 de l'OIT impose aux juges de se prononcer sur le caractère raisonnable du délai de précarité. Mais, au sens de cette convention, il peut être plaidé que ce caractère raisonnable doit être évalué au vu de la seule finalité directe du délai, au vu de sa finalité pour les employeurs et ce à la manière du contrôle exercé sur la durée des clauses d'essai (v. le I). Alors, le juge n'aurait pas à se prononcer sur le caractère raisonnable ou non des motivations plus profondes du Gouvernement. Il n'aurait pas à se préoccuper de l'efficacité ou non de la mesure dans la lutte contre le chômage. D'ailleurs, même s'il était parfaitement démontré que la destruction du droit du licenciement favorise l'emploi, une telle destruction n'en resterait pas moins clairement contraire à la convention n° 158 de l'OIT, laquelle prévoit un certain nombre de protections minimales,

(14) La position contraire du Conseil d'État apparaît alors assez étonnante. Peut-être cette position peut-elle s'expliquer par la grande prudence, traditionnelle, du Conseil d'État dans

l'application du droit international, cette juridiction ayant encore des hésitations à assumer pleinement son rôle de gardienne de l'application des traités internationaux.

valables dans les pays à fort taux de chômage comme dans les pays de plein emploi...

Il était cependant difficile de « botter en touche » et de refuser de se prononcer sur la pertinence économique d'une mesure comme le CNE. Le cœur du débat et bien là, et pas ailleurs. Surtout, dès lors que la question était posée au sein de la problématique des droits de l'Homme, cette évaluation des fins économiques s'impose juridiquement.

C'est ce que montre la motivation soignée de la Cour d'appel. La suppression pendant deux ans des protections élémentaires du droit du licenciement est une « régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail », selon les termes de la Cour. Et une telle évolution doit effectivement s'analyser comme une limitation du droit au travail, que garantit l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (et l'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946 (15)). La Cour d'appel peut ainsi affirmer avec raison que l'ordonnance « prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail » et ce juste avant de se prononcer sur la pertinence de la motivation économique.

Une telle restriction portée à un droit fondamental n'est pas forcément condamnable. La restriction d'un droit fondamental est en effet licite si elle poursuit un but légitime et qu'elle est proportionnée à ce but. Ici le but de réduire le chômage est incontestablement légitime, il l'est d'autant plus qu'il peut, lui aussi, se prévaloir du droit au travail.

Encore faut-il que la mesure édictée soit un moyen suffisamment crédible de lutte contre le chômage. La lutte contre le chômage est un objectif qui peut légitimer certaines restrictions portées aux droits fondamentaux des travailleurs. Mais il ne suffit pas d'*invoker* ce but pour que les entorses faites aux droits fondamentaux deviennent automatiquement licites. Il faut *justifier* et donc convaincre de l'efficacité dans la lutte contre le chômage de la restriction apportée. Exiger une justification, c'est ordonner aux juges d'exercer un contrôle.

Il existe, il est vrai, plusieurs degrés possibles dans l'intensité d'un contrôle. Le Conseil constitutionnel a interprété sa mission en la matière de manière très restrictive. Il a affirmé, au sujet de la loi ayant créé l'éphémère CPE, qu'il devait se contenter de rechercher si la mesure n'était pas « manifestement inappropriée à la finalité poursuivie » (16). En cas de restriction faite à un droit fondamental, un contrôle un peu plus approfondi semble cependant s'imposer. C'est ce qu'affirme la Cour de justice de l'Union européenne, en posant l'exigence d'un contrôle de nécessité. À la suite d'un tel

contrôle, dans un arrêt *Mangold*, du 22 novembre 2005 (17), elle a invalidé un contrat de travail spécial réservé aux salariés âgés, après avoir rejeté les justifications économiques du gouvernement allemand. Elle a considéré que la différenciation selon l'âge opérée était discriminatoire, car il n'avait pas été « démontré que la fixation d'un seuil d'âge (...) est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage » (18).

À l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne, la cour d'appel de Paris a dû s'avancer sur ce terrain difficile.

3. Ce qui peut étonner dans la décision de la cour d'appel de Paris, ce n'est pas qu'elle se prononce sur une argumentation économique (rien de plus banal), ni qu'elle évalue l'argumentation du Gouvernement (l'atteinte portée au droit au travail ordonne cette évaluation). Ce qui peut étonner c'est le jugement rendu sur l'argumentation du Gouvernement.

Selon la Cour d'appel: « dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier ». Pareille motivation s'oppose frontalement à une idée fréquemment défendue: les protections du droit du licenciement et même le droit du travail dans son ensemble seraient les causes principales du chômage.

Il n'est pas question de revenir ici sur l'ensemble de la difficile question de l'utilité économique du droit du travail et sur les nombreux atouts économiques que peut procurer l'existence d'un droit du travail bien conçu (19). Pour en rester à la question traitée par la cour d'appel de Paris, l'idée d'une protection de l'emploi destructrice d'emploi peut se prévaloir d'une idée simple et convaincante: la crainte d'un droit du licenciement trop protecteur peut freiner certaines embauches et empêcher ainsi la création d'emplois. L'existence de cet effet pervers du droit du licenciement est difficilement contestable. Mais l'argumentation ne saurait s'arrêter à un tel constat.

Premièrement, l'intensité de cet effet pervers doit être relativisée. La décision d'embaucher ou non, comme celle de licencier ou non, sont sans doute influencées par le droit. Mais elles le sont aussi et surtout par le caractère profitable ou non de tel ou tel emploi... Et de nombreuses autres raisons de fait peuvent encore jouer un rôle. Les règles de droit ont leur impact, mais celui-ci ne doit pas être surestimé.

Deuxièmement, l'effet pervers d'une règle ne peut jamais être étudié seul (20). Une mesure peut aussi avoir des effets directs, voulus, conformes à ses objec-

(15) Ce lien entre les protections du droit du licenciement et le droit au travail, a été reconnu par le Conseil constitutionnel: v. Cons. constit. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC (sur cette décision v. not. X. PRÉTOT, *Dr. soc.* 2002, p. 244-253; *Droit ouvrier* 2002, p. 41-43 obs. F. SARAMITO et p. 44-54 obs. B. MATHIEU).

(16) C. constit. 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, pt. 19 (sur cette décision v. not. *Dr. soc.* p. 494-504, obs. X PRÉTOT; *RDP* 2006, p. 769-783 obs. J.-P. CAMBY).

(17) CJCE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, *Rec.* 2005, p. I-9981, *RDT* 2006, 31, obs. M. SCHMITT.

(18) Pt. 65 de l'arrêt précité.

(19) V not. A. JEAMMAUD (dir.), « Le droit du travail confronté à l'économie », Dalloz 2005, avec not. les contributions de F. EYMARD-DUVERNAY et O. FAVEREAU. Adde. E. DOCKÈS, « Le pouvoir dans les rapports de travail - Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.* 2004, p. 620-628 et réf. cit.

(20) Sur cet argument, v. not. A. HIRSCHMAN, *The Rhetoric of reaction*; trad. fr. P. ANDLER, *Deux siècles de rhétorique réactionnaire*, Fayard 1991; R. BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, PUF Quadrige 2<sup>ème</sup> éd. 1993.

tifs. Dans la matière qui nous occupe, la protection de l'emploi peut faire hésiter certains employeurs à embaucher (effet pervers). Mais elle peut aussi inciter certains employeurs à trouver des alternatives aux licenciements (effets vertueux). Pour évaluer l'impact d'une règle, ces différents effets doivent être mis en balance.

A priori l'influence du droit du licenciement semble plus forte au moment de la rupture qu'au moment de l'embauche. Lorsqu'il faut choisir entre rompre ou non, la prise en compte du droit du licenciement est immédiate, nécessaire. Au moment du choix d'embaucher ou de ne pas embaucher, le droit du licenciement est un élément de décision qui peut être présent, mais il est tout de même plus indirect, moins immédiat. On est ainsi en droit de penser, jusqu'à preuve du contraire, que l'effet vertueux, voulu, compense l'effet pervers.

Cette intuition est corroborée par les travaux de nombreux économistes, lesquels reconnaissent que le taux de chômage ne peut pas être imputé au niveau de protection de l'emploi. Et ce constat peut même être lu sous la plume d'économistes défenseurs de la flexicurité et contempteurs du droit du licenciement, comme MM. Blanchard, Cahuc, Tirole ou Zylberberg (21). L'idée d'un droit du licenciement cause de chômage est en réalité une pensée très minoritaire chez les économistes, parce que contredite par la plupart des études empiriques (22).

Aussi, la finalité de lutte contre le chômage n'était guère convaincante. Au demeurant, la finalité officielle de l'ordonnance sur le CNE était plus modeste. La loi d'habilitation du 26 juillet 2005, ayant habilité le Gouvernement à adopter par ordonnance le CNE parle de « favoriser l'embauche » (art. 1.1), ce que reprend d'ailleurs l'intitulé du contrat « nouvelles embauches ». Mais, à la réflexion, cet argument là paraît lui aussi assez faible. Il existe en droit français une foule de contrats spéciaux, plus ou moins précaires, dont l'usage est extrêmement répandu. L'utilisation massive de ces contrats a démontré que les employeurs qui souhaitent des embauches précaires ne sont ni totalement démunis, ni véritablement découragés face aux protections juridiques de la sécurité de l'emploi.

Cette remarque, qui est au cœur de certaines argumentations en faveur du contrat de travail unique, a

peut-être conduit le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance sur le CNE à préciser qu'il s'agit de favoriser les embauches « pérennes » (23). Mais, là encore, l'argumentation ne convainc pas. L'idée de créer un contrat d'une précarité inégalée pour favoriser la pérennité, la stabilité de l'emploi peut même faire sourire.

On comprend mieux alors la réaction de la cour d'appel de Paris qui note un peu brutalement, « *qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements* ». Les finalités expressément avancées par le Gouvernement ne sont en effet guère crédibles. Au moins ne le sont-elles pas suffisamment pour légitimer que le CNE porte atteinte aux principes fondamentaux du droit du licenciement et au droit à l'emploi. La solution adoptée par la Cour d'appel est ainsi pleinement justifiée au vu des finalités avancées au soutien de l'ordonnance.

Une argumentation économique plus élaborée était attendue. Et quoiqu'elle n'ait pas été officiellement retenue par le Gouvernement, il est difficile de ne pas en dire un mot. Il s'agit de l'argumentation très en vogue qui se développe en faveur de la « flexicurité » (24). Schématiquement, l'idée est la suivante. Une protection forte contre le licenciement produirait une certaine rigidité du marché du travail, avec des licenciements mais aussi des embauches plus rares. Les périodes de chômage seraient plus rares, mais elles seraient aussi plus longues, plus traumatisantes. Ainsi, même si le taux de chômage reste inchangé, la rigidité induite par le droit du licenciement aurait de véritables effets négatifs: elle serait particulièrement dure pour les catégories les plus défavorisées, dont les chances d'accéder à l'emploi seraient ainsi réduites. Serait ainsi favorisé le chômage des jeunes, des vieux, des femmes, etc. Enfin, un système du type français, avec un contrat à durée indéterminée relativement protégé, accompagné d'une multitude de statuts précaires conduirait à une dangereuse segmentation du marché de l'emploi, certaines populations étant condamnées à la précarité. En bref, on reproche aux protections de l'emploi de dresser une barrière entre inclus et exclus, entre *insiders* et *outsiders*.

Cette argumentation, aujourd'hui très influente, au niveau européen comme au niveau français, mériterait d'être discutée précisément. Certaines de ses pré-

(21) Les indicateurs de niveau de protection de l'emploi ne sont pas corrélés avec les taux de chômage: v. en ce sens P. CAHUC et A. ZYLBERBERG, *Économie du travail*, De BOECK, 445 et réf. cit.; *Le chômage, fatalité ou nécessité*, Flammarion 2004, p. 137; BLANCHARD O. et TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport pour le Conseil d'analyses économiques, La Documentation française 2003, p. 10. V. encore, dans le même sens, J. GAUTIER, « Les économistes contre la protection de l'emploi: de la dérégulation à la flexicurité », *Dr. soc.* 2005, p. 3-11, spéc. p. 3-4; *L'emploi en Europe*, 2006, p. 81-82, etc.

(22) V. not. les réf. cit. par P. CAHUC et A. ZYLBERBERG, *Économie du travail*, préc. En revanche, une faible corrélation entre taux d'emploi et protection de l'emploi est parfois avancée.

(23) « ... Les chefs d'entreprise sont souvent réticents à recruter de façon pérenne sans visibilité de long terme. Ils renoncent

alors à anticiper le développement de leur entreprise et privilégient, pour faire face au cas par cas à des pics d'activité, le recours au travail temporaire ou, plus souvent encore, au contrat à durée déterminée. Pour surmonter ces réticences, la présente ordonnance crée (le contrat nouvelles embauches)... » (c'est nous qui soulignons): rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches », *JO* n° 179, du 3 août 2005 p. 12688.

(24) On trouve un utile résumé de cette argumentation au sein de l'édition 2006 du rapport de la Commission européenne sur l'emploi en Europe: *Employment in Europe*, 2006, p. 75 et s. et un minuscule résumé de ce résumé au sein du Livre vert de la Commission européenne, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI<sup>ème</sup> siècle », 2006, p. 9. V. aussi BLANCHARD O. et TIROLE J., rapport précité not. p. 12 et s.

mices (25) et conclusions (26) apparaissent très fragiles. Elle n'en est pas moins un signe de l'époque que nous traversons. Les salariés dotés d'un emploi à peu près stable sont les nouveaux nantis et l'on espère de la destruction de leurs avantages (de leurs privilèges?) une amélioration pour les plus démunis. L'argument n'est pas irrationnel. En favorisant le licenciement des salariés dotés d'une grande ancienneté, on peut favoriser leur remplacement par des salariés précaires à faible coût. Et ceci peut ouvrir des places pour des salariés démunis, même si cela peut créer de nouveaux démunis. De plus, en favorisant l'accès au chômage de tous, on peut espérer réduire la durée du chômage de chacun. Déshabiller l'un pour habiller l'autre, répartir les emplois avec plus d'uniformité, quitte à réduire le niveau moyen de protection, l'idée peut convaincre. On notera simplement que cette idée est curieusement défendue par ceux-là mêmes qui s'inquiètent habituellement du nivellement par le bas que pourraient provoquer les excès de l'égalitarisme. Mais sans doute le nivellement par le bas n'inquiète-t-il que lorsqu'il est question de faire participer les plus riches à de telles opérations de répartition.

Plus sérieusement, espérer que les plus faibles seront protégés par la destruction des protections des moins faibles paraît illusoire: ce n'est pas en précarisant tout le monde que l'on réduit la précarité. Ainsi l'argumentation centrale de la flexicurité peut paraître discutable. Elle n'en est pas moins beaucoup plus sérieuse que les précédentes et sa critique mériterait de longs développements.

Cette argumentation est surtout très faible lorsqu'on entend s'en servir pour défendre le CNE. La création d'un nouveau contrat précaire spécial ne pouvait s'enorgueillir d'être un frein à la segmentation du marché du travail, puisqu'il lui offre un cadre juridique supplémentaire. De plus, la précarité créée est réservée aux

salariés de moins de deux ans d'ancienneté, c'est donc une précarité destinée exclusivement aux travailleurs les plus fragiles. Ainsi, le CNE n'était même pas justifiable par les analyses économiques qui défendent la flexicurité. Au demeurant, ses auteurs en étaient peut-être conscients, ces justifications n'étant invoquées ni par la loi d'habilitation, ni par le rapport rendu au président de la République.

\*

\* \*

L'arrêt de la cour d'appel de Paris semble ainsi doté de suffisamment de force intellectuelle pour pouvoir s'imposer et faire jurisprudence. Au demeurant, même les derniers défenseurs du CNE semblent avoir perdu quelque peu espoir (27).

Cette chute du CNE ne sera pas sans effet sur les débats en cours relatifs au contrat de travail unique.

On se contentera ici d'en noter deux :

— le contrat de travail unique ne peut pas être construit sur le modèle du CNE ou du CPE. Ces modèles sont contraires à la convention n° 158 de l'OIT. Ils sont de surcroît des atteintes au droit au travail qui apparaissent difficiles à justifier ;

— les principes fondamentaux du droit du licenciement, que sont notamment l'entretien préalable, la lettre de licenciement et surtout l'exigence d'une justification du licenciement que porte la notion de cause réelle et sérieuse sont protégés par le droit international du travail. Et le contrat unique devra respecter ces exigences.

L'arrêt de la cour de Paris a aussi un intérêt plus général encore: l'argumentation simpliste, si répandue, selon laquelle le droit du licenciement est la source de tous les maux économiques a été écartée avec fermeté ■

(25) V. par ex. G. BERTOLA, T. BOERI et S. CAZES, « La protection de l'emploi dans les pays industrialisés: repenser les indicateurs », *Rev. inter. trav.*, 2000/1, vol. 139.

(26) V. not. Marie-Laure MORIN et Christine VICENS, « Licenciement économique, flexibilité des entreprises et sécurité des travailleurs: les enseignements d'une comparaison européenne », *Rev. inter. trav.*, 2001/1, vol. 140 ou encore J. GAUTIÉ précité.

(27) V. not. P. MORVAN, note sous CA Paris 6 juillet 2007, n° 06/06992, *JCP éd. soc.*, 1565 auteur qui après avoir qua-

lifié l'arrêt de « requiem » en est réduit à envisager la dénonciation de la convention 158 de l'OIT et à espérer *in fine* que le CNE ne soit écarté par la Cour de cassation que pour l'avenir, suivant le modèle du revirement prospectif (autorisé notamment par AP 21 décembre 2006, *D.* 2007, p. 835 note P. MORVAN, *JCP éd. G.*, II, 10111, note X. LAGARDE). Cette requête là devrait pourtant, elle aussi, être rejetée: la possible décision de la Cour de cassation qui écarterait le CNE ne serait certainement pas un *revirement* de jurisprudence, la Cour de cassation ne s'étant pas encore prononcée sur la question.