

par Marie-Françoise Lebon-Blanchard.

# Malgré les embûches le juge, au cœur du CNE

*Créé en plein cœur de l'été 2005, par un pouvoir exécutif soucieux d'éviter tout débat parlementaire, le CNE fut sans nul doute un ballon d'essai avant l'offensive lancée avec le CPE.*

*Premier symbole d'une politique anti-salariés directement inspirée du MEDEF, ce contrat d'un nouveau type décline tous les préceptes d'un mouvement actuel visant à circonscrire l'application du droit protecteur du licenciement. Mais au-delà de cette exclusion, l'ordonnance du 2 août 2005, qui crée le CNE, met en œuvre toutes les stratégies visant à éviter l'intervention du juge judiciaire.*

**Marie-Françoise  
Lebon-Blanchard,**  
membre du SM,  
est conseiller  
à la cour d'appel  
d'Angers.

Jugé globalement trop protecteur des droits des salariés, le juge judiciaire dérange, il dérange beaucoup. On lui préfère sans nul doute le juge administratif... Mais si en fin de compte, et par un effet paradoxal, les juges prud'homaux reprenaient la main ?

Cela n'est pas impossible, car les failles juridiques sont nombreuses : respect de la convention 158 de l'OIT, question de l'abus de droit, respect des droits fondamentaux.

Avec le CNE, les conseils des prud'hommes, les juges départiteurs, les chambres sociales des cours d'appel et, enfin la Cour de cassation seront-ils les artisans d'un nouvel édifice jurisprudentiel pour faire vivre le principe fondamental du droit du travail, protecteur du salarié ?

## **Ecarter le juge de la question de l'applicabilité de l'ordonnance créant le CNE**

Une première illustration de la tentative d'évitement du juge judiciaire, qui a osé affirmer des principes fondamentaux, est l'exemple de l'affaire jugée par le conseil des prud'hommes de Longjumeau, litige actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris sur l'application directe, par les juges judiciaires de la convention de

l'Organisation internationale du travail (OIT).

Nous savons tous que le système français est fondé sur le principe de la primauté du droit international sur le droit national.

La convention 158 de l'OIT, en son article 4, dispose qu'un travailleur ne doit 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 les nécessités de fonctionnement de l'entreprise de l'établissement ou du service.

La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 29 mars 2006, a jugé que cette convention est d'application directe devant les juridictions nationales.

Le conseil des prud'hommes de Longjumeau, le 28 avril 2006, a notamment dit contraire à la convention 158 de l'OIT l'ordonnance du 2 août 2005, instituant le contrat nouvelles embauches (CNE) (1).

Ce jugement a été immédiatement frappé d'appel par le parquet de Paris en application des instructions de la circulaire du 8 mars 2006.

Mais le gouvernement n'allait pas se contenter de l'exercice de cette voie de recours. Fort de la décision du Conseil constitutionnel, qui a décidé que l'article 1<sup>er</sup> de la loi d'habilitation

1. Cf. *Justice*, n° 187, p. 13, reproduisant des extraits du jugement.

n'était pas contraire à la Constitution et de celle du Conseil d'Etat qui a jugé que ladite ordonnance ne méconnaissait pas les dispositions de la convention 158, le préfet de l'Essonne a décliné la compétence du juge de l'ordre judiciaire pour connaître de l'exception l'illégalité de l'ordonnance instituant le CNE, qui selon lui relève de la compétence du seul juge administratif.

### ... Un préfet égaré entre légalité et conventionnalité

Si c'était un jeu, il s'intitulerait « à tous les coups on gagne ».

Soit la cour d'appel décline sa compétence et renvoie la question préjudicielle au Conseil d'Etat, pour lequel la cause est déjà entendue. Soit la cour d'appel s'estime compétente, et dans ce cas, le préfet élèvera le conflit. Et si le Tribunal des conflits se met en partage, c'est... le garde des Sceaux qui tranchera. Une alternative inacceptable...

Certes, au terme d'une analyse rigoureuse, le procureur général de la cour d'appel de Paris, a fait valoir que le préfet, auteur du déclinatoire de compétence, a confondu le contrôle de légalité, exercé par la juridiction administrative, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, avec le contrôle de compatibilité avec des normes supérieures qui relève bien du juge judiciaire. Il a conclu au rejet du déclinatoire de compétence, reconnaissant au juge judiciaire le pouvoir de mettre en œuvre effectivement une norme supranationale. Cela étant, le litige, quelle que soit la solution adoptée par la cour d'appel de Paris, est loin d'être tranché... mais il met les juges judiciaires au cœur d'un débat sur leurs pouvoirs propres.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation a toujours reconnu une plénitude de compétence au juge judiciaire pour contrôler la conventionnalité d'un acte réglementaire. Elle l'a fait pour les décrets instaurant le NCPC mais aussi pour des actes réglementaires en matière d'expropriation. Dans un arrêt du 20 octobre 2006, la cour d'appel de Paris a adopté cette analyse. Il reste à savoir, une fois le Tribunal des conflits saisi, dans quel sens



il décidera de trancher la difficulté.

### Sous le CNE, les principes fondamentaux du droit social...

Oui, il existe d'abord des principes spécifiques au droit du travail et contrairement à ce que voudrait faire croire le gouvernement aux entrepreneurs et employeurs, le CNE n'échappe pas – heureusement ! – à toutes les dispositions protectrices du Code du travail.

Subsistent en effet les règles édictées par le Code du travail, dispositions qui n'ont pas été délibérément écartées par l'ordonnance du 2 août 2005.

Les salariés protégés seront toujours... protégés, qu'ils soient titulaires d'un mandat syndical ou représentatif, ou qu'ils bénéficient en vertu de la jurisprudence ou des textes en vigueur d'une protection particulière (conseillers prud'hommes par exemple).

Le juge veille donc au respect de la procédure d'autorisation administrative, de la consultation du comité d'entreprise et de l'entretien préalable.

En cas de sanction disciplinaire, l'employeur est tenu d'organiser un entretien et de motiver la lettre notifiant la sanction, qui peut être la rupture du contrat de travail. Toutes les garanties prévues par les textes (délai, assistance) sont maintenues.

Bien entendu, le juge devra s'attacher à faire appliquer les conventions collectives, si elles sont plus protectrices que la loi. Le licenciement peut égale-

ment être déclaré nul par la justice s'il est lié à une situation particulière du salarié : femmes enceintes, victimes d'accident de travail ou de maladie professionnelle. Le juge devra également veiller à l'application de ces dispositions d'ordre public.

Enfin, le juge pourra, le cas échéant, ordonner la réintégration du salarié en cas de discrimination sexuelle, religieuse syndicale et autres... ou de harcèlement sexuel ou moral.

### ... qui donnent au juge une large palette d'interventions

Plus largement, il entre dans les pouvoirs des juges judiciaires, à la lumière de l'interprétation de l'article 4 de la Convention de l'OIT, de trouver le motif du licenciement, et de dire s'il est ou non valable. La référence à la norme internationale permettra de développer le contrôle judiciaire. Voilà en effet un domaine que les juges ne manqueront pas d'explorer, le champ d'application de la validité du motif de licenciement étant manifestement très étendu.

Il y a encore, dans un domaine plus limité, la possibilité d'utiliser la vieille théorie de l'abus de droit. Une telle notion est souverainement appréciée par les juges... à condition qu'ils la caractérisent. Caractérisons, caractérisons donc... Pour cela, il faudra constater que l'employeur, titulaire d'un droit, le met en œuvre en dehors de sa finalité, dans le seul but de nuire à autrui.

On peut encore exploiter une autre

piste. Ainsi, si l'on pose comme postulat que le CNE est assimilable à une période d'essai de deux ans (!), les juges ont la possibilité de limiter le pouvoir de sanction de l'employeur en utilisant la notion de motifs blâmables. Ainsi, chaque fois que l'employeur invoquera un motif sans lien avec la capacité du salarié à tenir l'emploi, on peut considérer qu'il commet une faute dont il devra réparer les conséquences.

Et pourquoi ne pas se priver d'utiliser de la notion de bonne foi : l'article L-121-1

du Code du travail qui renvoie aux règles du droit commun, s'agissant du contrat de travail, dispose que celui-ci doit être exécuté de bonne foi.

La bonne foi ! Voici encore une notion classique qui recouvre une exigence de loyauté dont le degré est déterminé par la jurisprudence à partir de bonnes pratiques contractuelles. L'obligation de bonne foi est d'ordre public et le non-respect de cette obligation, sanctionnée par le juge, donne droit à l'allocation de dom-

mages-intérêts au profit de la partie victime du mauvais comportement de son co-contractant.

Le juge judiciaire, malgré les tentatives réitérées d'évitement, peut et doit donc parfaitement jouer son rôle. Il lui revient la charge de rendre effectifs les principes fondateurs de notre droit social, supra-national ou national, au service des justiciables.

Chassez le juge par la fenêtre... il revient par la grande porte ! □

par Philippe Masson.

## Ingérences et effet boomerang

***C'est sans doute le souci de la formation continue des juristes, tant professionnels que militants, qui a conduit le gouvernement à intervenir dans les procédures judiciaires concernant le CNE, à l'occasion, notamment, du procès en appel relevé contre un jugement du conseil des prud'hommes de Longjumeau (1).***

***En effet, grâce au « déclinatoire de compétence » soulevé par le préfet de l'Essonne pour demander à la cour d'appel de Paris de se déclarer incompétente, nous (re)-découvrons de forts beaux textes : lois des 16 et 24 août 1790, décret du 16 fructidor an III, ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828 (2), ainsi que l'arrêt Septfonds (3), toujours vert malgré ses 83 ans.***

**Philippe Masson**  
est responsable  
des activités  
« Droits, Libertés,  
Actions juridiques »  
de la CGT.

Hélas, ce n'est pas sur ce ton frivole que j'ai envie de parler du CNE. Car derrière le débat doctrinal, il y a la vie quotidienne de milliers de salariés condamnés à deux ans fermes de précarité, soumis à l'angoisse quotidienne d'une rupture non motivée, à la crainte qu'un geste ou un propos non conforme à l'attente de l'employeur

– fut-il destiné à réclamer ses droits – n'entraîne la fin de leur contrat de travail (4). Car c'est d'abord cette machine à générer l'insécurité (5) que la CGT a décidé de combattre jusqu'à son éradication totale.

Tel est l'objectif premier de notre intervention devant les tribunaux : le CNE et ses conditions dérogatoires de rupture doivent devenir porteurs d'insécurité pour l'employeur aussi. Notons, de ce

1. Cph Longjumeau, 28 avril 2006, L. De Wee/Samzun, n° F06/00316.

2. Ces textes sont effectivement cités dans la requête du préfet ! A quand la suppression des lois et décrets archaïques si souvent prônée par les chantes de la « simplification du droit » ?

3. Arrêt de 1923 posant l'interdiction faite au juge judiciaire (sauf en matière pénale, de contrôler la légalité d'un acte administratif.

4. Il ne s'agit pas d'une description outrancière. Les cas qui nous ont été communiqués ont de quoi susciter la révolte contre un dispositif présenté par certains comme la voie à suivre en matière de modernisation sociale.

5. Par ailleurs inefficace en matière de création effective de nouveaux emplois.

point de vue, que les premiers épisodes judiciaires ont conduit nombre d'organisations patronales (6) à conseiller à leurs mandants d'utiliser le CNE avec mesure et prudence.

## Des patrons prudents face au CNE

On est aujourd'hui bien loin de la présentation idyllique faite par le gouvernement en août 2005, selon laquelle le CNE donnerait entière liberté d'embaucher et de débaucher.

Pour autant, la saisine des conseils de prud'hommes reste un pas souvent difficile à franchir. La plupart des victimes du CNE sont des hommes et des femmes coutumiers de la précarité, travaillant dans des secteurs et des types d'entreprise où le syndicalisme est rarement présent, et qui ont difficilement accès au conseil et à la défense juridique. Dès avant l'invention du CNE, l'utilisa-

tion de la justice prud'homale par ces salariés était déjà semée d'obstacles (7). On comprend qu'il en soit de même dans une situation juridiquement complexe et s'agissant de contrats n'ayant effectivement duré que quelques mois. Certaines enquêtes officieuses menées auprès des greffes des conseils de prud'hommes font état d'environ 500 procédures engagées (8).

## Une volonté gouvernementale de ligoter le juge

C'est dans ce contexte – enjeu et difficultés de l'action judiciaire contre le

CNE- qu'il faut analyser et fermement dénoncer les ingérences du pouvoir exécutif. Celles-ci ont commencé le 8 mars 2006 par une circulaire de la Chancellerie aux procureurs généraux leur enjoignant « de se tenir étroitement informé de toutes les contestations portées devant les conseils de prud'hommes (...) afin que les membres désignés des parquets de votre ressort puissent, lorsque cela se révélera nécessaire, intervenir, éventuel-

été une découverte, une telle diligence étant rarissime, y compris dans les procédures où il apparaît qu'une liberté fondamentale d'un salarié a été violée.

Ces instructions ont été suivies d'effet avec plus ou moins de zèle. Certains substituts ont cru bon d'intervenir en personne dès l'audience de conciliation, ce qui dénote une curieuse conception de la spécificité de la prud'homie et notamment de l'article L.511-11 du

Code du travail (9). Dans la plupart des cas, l'intervention est restée très basique et juridiquement pauvre.

Le jugement de Longjumeau précité a conduit le gouvernement à franchir une autre étape. Il est en effet difficile d'ajouter foi à la déclaration de M. Gérard Larcher selon qui le fameux déclinaire de compétence résulterait d'une initiative personnelle et spontanée du préfet de l'Essonne. En fait, nous sommes passés de la pression sur le juge judiciaire à une tentative

visant à empêcher celui-ci de se prononcer sur le fond, c'est-à-dire sur l'applicabilité des dispositions de l'ordonnance créant le CNE.

## La cour d'appel de Paris réaffirme la compétence du judiciaire

L'arrêt rendu le 20 octobre par la cour d'appel de Paris, rejetant la requête du préfet résume parfaitement les termes du débat : « La séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire d'exercer sa censure sur des actes de l'exécutif, mais ne lui interdit pas d'en vérifier la compatibilité avec des conventions internationales ». Il est évidemment

9. « Les Conseils de prud'hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail (...). Ils jugent les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti ». On imagine quelle aide à la conciliation va apporter un substitut nourri de la circulaire ministérielle !



lement par conclusions écrites, aux audiences pour rappeler les termes de l'ordonnance du 2 août 2005 ». Le rappel demandé par la circulaire était des plus orienté celle-ci affirmant brutalement :

- que la notification de la rupture par lettre recommandée n'est pas une formalité substantielle ;
- que le juge est « seulement tenu de vérifier que [la rupture] ne constitue pas un abus de droit ou ne repose pas sur une cause illicite » ;
- « qu'est ainsi écartée la disposition selon laquelle en cas de subsistance d'un doute, celui-ci profite au salarié ».

Et pour faire bonne mesure, la circulaire concluait : « Enfin, le moment venu et à chaque fois que cela vous paraîtra opportun, vous veillerez à ce que le parquet, après analyse des décisions rendues, se joigne à l'appel ou fasse appel, qu'il ait été ou non partie jointe en première instance. »

Pour nombre de conseillers prud'hommes, l'intervention du parquet a

6. Ainsi que le très sérieux ordre des experts comptables. Voir *les Echos* du 19 avril 2006.

7. « Le droit du travail en perspective contentieuse 1993-2004 » par Évelyne Serverin et Brigitte Munoz-Perez. Cellule Études et recherches du ministère de la Justice.

8. Il est dommage que la Chancellerie qui suit l'affaire de si près ne nous fasse pas bénéficier de ses propres statistiques !

facile de dire après coup que cette décision allait de soi. Mais la faiblesse en droit de la demande du préfet avait été rapidement dénoncée : il confondait visiblement contrôle de légalité et contrôle de conventionnalité, pour lequel la compétence du juge judiciaire a été plusieurs fois confirmée par la Cour de cassation (10).

De plus, des commentateurs (11) avaient remarqué que l'ordonnance du 2 août 2005, bien que n'ayant pas (encore ?) fait l'objet d'une loi de validation, n'avait plus un caractère uniquement réglementaire. En effet, au moins trois lois postérieurement votées et promulguées font référence au CNE : la loi sur l'inégalité des chances, la loi du 23 mars 2006 relative au retour à l'emploi et la loi de finances pour 2006. Or toute l'argumentation du préfet reposait sur le fait qu'il s'agissait d'un acte réglementaire dont l'appréciation n'appartenait qu'au juge administratif.

Nous avons donc de bonnes raisons d'y voir une manœuvre dilatoire, dont l'objectif premier est de retarder le moment où le juge judiciaire pourra se prononcer sur le point essentiel : la durée de 2 ans de la « période de consolidation » d'un CNE est-elle raisonnable au sens de l'article 2 de la convention n° 158 de l'OIT, ce qui autoriserait à déroger aux garanties apportées par les articles 4 (exigence d'un motif valable de licenciement) et 7 (possibilité de se défendre contre les allégations de l'employeur) de la même convention. Ouvrir et trancher ce débat suppose en effet deux préalables :

- admettre l'applicabilité directe de la convention n° 158, ce qui n'est plus sérieusement contestable (12) ;

- reconnaître la compétence du juge judiciaire, point sur lequel ont porté les efforts du gouvernement.

Quelques heures après la lecture de l'arrêt de la cour d'appel, le préfet a fait part de son intention « d'élever le conflit ». Le garde des Sceaux va donc saisir le Tribunal des conflits qui devra statuer dans les trois mois de la saisine...

10. Depuis l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, Cass. ch. mixte n° 73-13556.

11. Par exemple Frédéric Rolin, « Quel juge pour le CNE? », *Recueil Dalloz* 2006, n° 33.

12. Notamment depuis l'arrêt de la Chambre sociale du 29 mars 2006, n° 04-46499.

ce qui nous amènera bien près de certaines échéances politiques. Il est également probable que de nouveaux déclinatoires de compétence seront soulevés par d'autres préfets.

Les tentatives du gouvernement, outre l'indignation qu'elles ont provoquée, entraînent un intéressant effet boomerang :

- Le CNE est de nouveau sur le devant de la scène médiatique et sa fragilité juridique est encore une fois mise en évidence ;

- Ces épisodes sont l'occasion de mieux informer et de motiver davantage les défenseurs syndicaux et nombre d'avocats pour plaider des affaires de CNE avec le dynamisme juridique nécessaire ;

- Notre argumentation sur l'incompatibilité du CNE avec une norme internationale de valeur supérieure en sort renforcée et affinée.

## La prud'homie dans le collimateur

Dans cette affaire, le gouvernement a manifesté une fois de plus sa méfiance envers les magistrats. Des petites phrases de Gérard Larcher (décidément...) sur les « Oulémas de la Cour de cassation » à l'intervention de Dominique de Villepin lors de la dernière assemblée solennelle de la Cour de cassation, des propos sarkozyens sur les magistrats de Bobigny aux n plus unièmes demandes de durcissement des poursuites pénales, nos ministres révèlent une incapacité foncière à respecter la séparation des pouvoirs.

On notera d'ailleurs que leurs propos – et leurs actes – ont une fâcheuse tendance à viser les juridictions concernant les personnes les plus pauvres ou les plus en difficulté (13).

La prud'homie n'échappe pas à leur sollicitude. Dans la continuité des mesures de rentabilisation financière et d'alignement sur la procédure civile de droit commun déjà dénoncée dans ces colonnes (14), la Chancellerie persiste à imposer une réforme de l'indemnisation des conseillers prévoyant notamment un

13. Il ne s'agit évidemment pas de nier les enjeux ni la complexité des problèmes posés par le traitement (y compris judiciaire) de la « petite délinquance ». Mais ceci est hors de notre propos.

14. *Justice* n° 183, mai 2005.

plafonnement à trois heures du temps de rédaction des jugements (15) et créant d'étonnants concepts, comme celui des « séries de dossiers ». Il s'agit de dossiers dont le bureau de jugement n'a pas décidé la jonction, mais dont la connexité (appréciée par qui ?) entraînerait une limitation particulière du temps alloué pour la rédaction des jugements correspondants.

Ce projet (dont la partie législative, initialement rajoutée à la loi sur la participation et l'intéressement des salariés, a été reportée à la loi de finances 2007) continue et va continuer à susciter de multiples manifestations de mécontentement. Il met en cause la dignité des magistrats prud'homaux et leur capacité à rendre la justice de qualité que les salariés sont en droit d'attendre. C'est le message qu'ont transmis les délégations de conseils de prud'hommes d'Île-de-France réunies le 13 octobre dernier devant le Conseil supérieur de la prud'homie.

Pour la CGT, ces divers comportements gouvernementaux méritent une riposte ferme et coordonnée de celles et ceux, juristes, avocats, magistrats, pour qui l'office du juge est un élément indispensable à l'exercice des libertés, notamment pour les plus faibles.

Il ne s'agit pas pour nous de sombrer dans une judiciarisation de l'action syndicale, mais simplement de faire du droit un des outils de rassemblement et de mobilisation à disposition des salariés. Cela nous amène à considérer avec la plus grande amitié les efforts accomplis par nombre de magistrats dans leur vie professionnelle ou dans leur engagement militant pour que le droit retrouve sa mission civilisatrice et protectrice. □

15. Un dépassement pourrait être autorisé par la formation de jugement lors du délibéré, dispositif qui ne ferait que compliquer les relations entre collègue salarié et collègue patronal : l'indemnisation du rédacteur du jugement pourrait devenir un élément de négociation !