

La Lettre Prud'homale

Lettre d'information trimestrielle prud'homale de l'Union Professionnelle Artisanale

❶ Actualité syndicale ❷ Actualité jurisprudentielle ❸ Actualité doctrinale ❹ Actualité du droit social

L'ACTUALITE SYNDICALE

■ Formations de l'ANAFOP

Nous vous rappelons que les conseillers prud'homaux élus au titre de l'UPA disposent de formations organisées dans le cadre de l'ANAFOP au niveau local ou national.

Vous êtes invités à participer en priorité aux actions de formations réalisées dans votre région ou département lorsqu'elles existent.

Les prochaines formations nationales en 2006 se dérouleront aux dates suivantes :

DATES	Thèmes de formation
20 et 21 février 2006	1
20 et 21 mars 2006	2
24 et 25 avril 2006	3
22 et 23 mai 2006	4
19 et 20 juin 2006	5 et 6
11 et 12 septembre 2006	7 et 8
2 et 3 octobre 2006	9
23 et 24 octobre 2006	10

Les thèmes des stages vous ont été adressés par courrier.

■ Vœux aux forces vives de la nation du Président de la République

L'UPA partage l'objectif de réforme du financement de la protection social

Alors que les cotisations sociales patronales pèsent de manière excessive sur les entreprises de main d'œuvre et font obstacle à l'emploi, l'UPA réclame depuis plusieurs années une réforme du système de financement de la protection sociale.

Les représentants de l'artisanat se félicitent que cette revendication ait fait son chemin jusqu'au plus haut niveau de l'Etat et accueillent avec satisfaction le projet du Président de la République de trouver de nouvelles sources de financement visant à moins pénaliser le travail par rapport aux autres éléments créateurs de richesses.

Dans cette perspective, trois options de réforme sont aujourd'hui envisagées : l'instauration d'une TVA sociale ; la prise en compte de la valeur ajoutée dans le calcul des cotisations sociales patronales ; une hausse de la CSG.

Compte tenu des incidences négatives liées à chacune de ces trois pistes, l'UPA demande qu'une quatrième voie, répondant directement à la nécessité de réduire le coût du travail tout en confortant notre système de protection sociale, soit examinée. Cette voie consisterait à moduler le montant des cotisations en fonction de l'importance de la masse salariale dans le chiffre d'affaires, de sorte que le niveau des charges soit d'autant plus réduit que la part des salaires est élevée.

Dans ce contexte, l'UPA qui partage la volonté du Chef de l'Etat d'établir « une nouvelle assiette, plus juste et plus favorable à l'emploi... afin de maintenir un haut niveau de protection sociale », ne comprendrait pas qu'une solution soit déjà retenue, avant même que soit engagée la concertation.

Aussi, l'UPA invite le gouvernement, d'une part à engager un travail préparatoire en association étroite avec les partenaires sociaux, notamment sur la base de simulations, et d'autre part à garantir que la réforme ne pourra aboutir à un alourdissement global des cotisations sociales patronales.

La rupture pour motif disciplinaire des contrats "nouvelles embauches"

par Jean Savatier - Professeur émérite à la faculté de droit de Poitiers

Les licenciements disciplinaires sont soumis à la fois aux règles sur la résiliation des contrats de travail et à celles sur le droit disciplinaire, et la combinaison des unes et des autres a toujours été difficile. Le problème a été renouvelé et compliqué par l'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches" - CNE.

Ce type de contrat de travail est régi, de manière générale, par le Code du travail. Mais, pendant ces deux premières années suivant sa conclusion, l'article 2 de l'ordonnance écarte l'application d'une série de dispositions du Code du travail énumérées de manière limitative. Il s'agit des articles L. 122-4 à L. 122-14-4 (sous réserve de l'article L. 122-12) et des articles L. 321-1 à L. 321-17. La première série de textes, figurant au livre 1 du Code du travail, établit le régime de droit commun de la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée; la seconde série, figurant au livre III concerne exclusivement les licenciements pour motif économique. On pourrait donc croire que c'est l'ensemble de la protection des salariés contre le licenciement qui se trouve écarté pendant les deux années suivant leur conclusion, dans les contrats de travail "nouvelles embauches".

Pendant deux ans, l'employeur n'aurait plus à motiver, ni à justifier, la décision de licenciement.

Les choses sont pourtant moins simples. Car cette analyse néglige le fait que l'ordonnance du 2 août 2005 est muette sur l'application aux contrats "nouvelles embauches" des textes sur le droit disciplinaire figurant aux articles L. 122-40 et suivants du Code du travail. Puisque les contrats "nouvelles embauches" sont, en vertu de l'article 3, al. 2, "soumis aux dispositions du Code du travail", et que la liste des articles qui, par exception, ne sont pas applicables pendant deux ans est limitative, on est nécessairement conduit à appliquer le droit disciplinaire, régi par les articles L. 122-40 et suivants, aux contrats "nouvelles embauches".

Cela vaut notamment pour la sanction disciplinaire la plus grave, c'est-à-dire le licenciement. En droit commun, il est nécessaire de combiner, pour les licenciements disciplinaires, le droit disciplinaire avec le régime de la résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur établi par les articles L. 122-4 et suivants. L'application de ces textes se trouvant à titre exceptionnel écartée par l'ordonnance du 2 août 2005, il faut se demander comment appliquer, aux licenciements pour motif disciplinaire, les articles L. 122-40 et suivants, envisagés sans pouvoir être combinés avec le régime habituel de la résiliation des contrats à durée indéterminée.

La création du contrat "nouvelles embauches" a été conçue pour libérer les petites entreprises des formalités et des charges auxquelles elles étaient soumises en cas de licenciement pour motif économique. Cet objectif est compatible avec le maintien d'un droit disciplinaire offrant aux salariés certaines garanties.

Le problème se pose d'une part, pour la procédure de licenciement disciplinaire, d'autre part, pour le contrôle judiciaire de la décision de licenciement.

I - REGLES DE PROCEDURE APPLICABLES

A s'en tenir à l'ordonnance du 2 août 2005 la seule formalité exigée pour la rupture, à l'initiative de l'employeur, d'un contrat "nouvelles embauches" pendant les deux années suivant sa conclusion serait la notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. Z, al. 3, 1°).

Mais l'application du droit disciplinaire aux licenciements fondés sur un motif disciplinaire entraîne en outre une double formalité : d'une part, la décision doit être précédée d'un entretien préalable ; d'autre part, la notification de la sanction doit s'accompagner de sa motivation.

Ces formalités sont exigées par l'article L. 122-41 pour toutes les sanctions à caractère disciplinaire, y compris le licenciement.

Dans les contrats de travail de droit commun, l'application de l'article L. 122-41, doit se combiner avec celle des articles L. 122-14 et L. 122-14-2 qui organisent l'entretien préalable au licenciement et l'énonciation des motifs de licenciement. Ces dispositions font partie de celles que l'ordonnance du 2 août 2005 déclare inapplicables aux contrats "nouvelles embauches" (art. 2, al. 2). Mais cette exclusion des articles L. 122-4 et suivants laisse subsister le principe, posé par l'ordonnance du 2 août 2005, que les contrats "nouvelles embauches" sont "soumis aux dispositions du Code du travail", donc à celles sur le droit disciplinaire.

Il faut donc se demander quelles conséquences produit cette application de l'article L. 122-41 aux licenciements de caractère disciplinaire décidés par l'employeur dans les deux premières années d'un contrat nouvelles embauches. On remarque alors que les modalités de l'entretien préalable au licenciement ne sont pas tout à fait les mêmes dans l'article L. 122-14 et dans l'article L. 122-41. Dans le cas des contrats de travail de droit commun, un délai minimum de cinq jours doit séparer la convocation à l'entretien de la date de celui-ci. Cela

n'est pas prévu par l'article L. 122-41 pour l'entretien précédant une sanction disciplinaire. Cela laisse une certaine souplesse d'appréciation du caractère raisonnable du délai laissé au salarié pour se préparer à l'entretien.

Les formalités de convocation à l'entretien préalable au licenciement aussi sont moins rigoureuses quand l'article L. 122-41 est seul applicable, à l'exclusion de l'article L. 122-14. Mais il demeure que, malgré la disposition de l'ordonnance du 2 août 2005 se bornant à prévoir la notification du licenciement par lettre recommandée, ce licenciement, s'il a un motif disciplinaire, doit être précédé d'un entretien au cours duquel "l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié".

D'autre part, la lettre notifiant le licenciement doit, en cas de licenciement disciplinaire, être motivée, ainsi que l'exige l'article L. 122-41 pour toutes les sanctions disciplinaires. La motivation du licenciement disciplinaire ne pose pas exactement les mêmes problèmes dans le cas des contrats de travail "nouvelles embauches", puisque les dispositions sur la cause réelle et sérieuse de licenciement sont alors inapplicables.

Les délais imposés pour la notification de la sanction par l'article L. 122-41 doivent également être respectés, alors que l'ordonnance du 2 août n'en dit mot. Selon l'article L. 122-41, "la sanction ne peut intervenir plus d'un jour franc, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien".

Ainsi, alors que les procédures du licenciement pour motif économique sont réduites au cours des deux premières années d'un contrat "nouvelles embauches", à la notification d'une décision non motivée, celles applicables aux licenciements disciplinaires demeurent plus strictes.

II. - CONTRÔLE JUDICIAIRE DES LICENCIEMENTS DISCIPLINAIRES

Les litiges risquent de porter sur la qualification du licenciement. L'employeur n'ayant pas motivé la lettre de licenciement soutiendra qu'il s'est conformé aux dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 qui se bornent, en cas de rupture à l'initiative de l'employeur, à imposer la notification du licenciement par lettre recommandée, sans exiger l'énonciation des motifs de la rupture. Le salarié soutiendra, au contraire, qu'il s'agissait d'un licenciement disciplinaire soumis à la procédure de l'article L. 122-41 C. trav.

En droit disciplinaire, l'article L. 122-43 pose des règles de preuve : "l'employeur doit fournir au conseil de prud'hommes les éléments qu'il a retenus pour prendre la sanction. Au vu de ces éléments et de ceux qui peuvent être fournis par le salarié à l'appui

de ses allégations, le conseil de prud'hommes forme sa conviction. Si un doute subsiste, il profite au salarié".

La difficulté vient de ce que cette disposition figure dans l'alinéa 1^{er} de l'article L. 122-43, qui permet au juge "d'apprécier la régularité de la procédure et si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier la sanction", et que l'alinéa 3 du même article ajoute : "les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables en cas de licenciement".

Il est certain que le législateur a voulu ainsi s'opposer à l'annulation des licenciements disciplinaires. Alors que l'alinéa 2 de l'article L. 122-43 permet au conseil de prud'hommes "d'annuler une sanction irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise", cette faculté lui est refusée pour la sanction disciplinaire la plus grave, c'est-à-dire le licenciement. Il n'y a pas de raison d'écarter cette règle pour les licenciements disciplinaires prononcés dans le cadre d'un contrat de travail "nouvelles embauches".

Mais, dans les contrats de travail de droit commun, s'il est interdit d'annuler un licenciement irrégulier ou injustifié, le juge dispose en revanche des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article L. 122-14-3. Il doit, en particulier, apprécier le caractère réel et sérieux des motifs énoncés dans la lettre de licenciement et, à défaut d'énonciation de ces motifs, on présume l'absence du caractère réel et sérieux des causes du licenciement. L'article L. 122-14-3 est, en droit commun, applicable aussi bien aux licenciements pour motif disciplinaire qu'aux licenciements pour motif économique. Mais il figure dans la liste des articles du Code du travail que l'article 2, al. 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 déclare, par exception, inapplicables aux contrats "nouvelles embauches".

Quelle sanction est donc encourue par l'employeur en cas d'inobservation de l'article L. 122-41 lors d'un licenciement d'un salarié lié par un contrat "nouvelles embauches" ? On se trouve devant une faute commise par l'employeur, qui a causé un préjudice au salarié. En l'absence de texte spécifique, il faut appliquer les principes généraux.

Le salarié aura donc droit à l'indemnisation du préjudice qui lui a été causé tant par l'inobservation de la procédure que par le caractère éventuellement injustifié du licenciement. Et le juge sera libre d'apprécier le montant de ce préjudice.

Encore faut-il qu'on puisse qualifier le licenciement de disciplinaire, alors que l'employeur n'est pas tenu de motiver la lettre de notification de ce licenciement. Cela n'est possible que si l'on admet que l'employeur est tenu, en cas de contestation du licenciement par le salarié, d'en indiquer les motifs.

Le contrat nouvelles embauches

- Ord. n°2005-893 et D. n°2005-894 du 2 août 2005, JO 3 août, p. 12689

Le contrat nouvelles embauches est créé pour favoriser l'embauche dans les très petites entreprises employant au plus 20 salariés. Ce nouveau contrat conclu sans détermination de durée offre des modalités de rupture assouplies pendant les deux premières années permettant ainsi aux petites entreprises d'adapter l'embauche de salariés à la conjoncture économique et au rythme de croissance de l'entreprise.

À l'issue de la période de deux ans, les règles communes aux contrats à durée indéterminée s'appliqueront.

Conclusion du contrat

Établi par écrit, le contrat nouvelles embauches peut être utilisé par tout employeur visé à l'article L. 131-2 du Code du travail qui définit le champ d'application des règles de la négociation collective, soit la quasi-totalité du secteur privé. L'entreprise doit employer au plus 20 salariés, effectif apprécié conformément à l'article L. 620-10 du Code du travail, c'est-à-dire les règles de décompte valant pour l'ensemble de la mise en oeuvre des dispositions du Code du travail. L'employeur pourra conclure ce type de contrat pour toute nouvelles embauches sauf pour pourvoir des emplois saisonniers. Le salarié bénéficie des avantages liés aux droits à congé de formation selon les modalités applicables aux salariés en CDD, ainsi que du DIF lorsque son contrat est rompu au cours de la première année.

Règles de rupture

Le contrat nouvelles embauches comporte des règles de rupture spécifiques pendant les deux premières années à compter de la date de conclusion du contrat, étant précisé que la protection spécifique attachée aux mandats syndicaux ou représentatifs demeure. La rupture, qu'elle soit à l'initiative de l'employeur ou du salarié, devra être notifiée par lettre recommandée avec AR.

Lorsque la rupture est à l'initiative de l'employeur, le salarié effectuera un préavis, sauf en cas de faute grave ou de force majeure, à compter de la présentation de la lettre recommandée. Sa durée variera en fonction de l'ancienneté du salarié :

- deux semaines pour une ancienneté d'au moins un mois et de moins de six mois ;
- un mois pour une ancienneté d'au moins six mois et inférieure à deux ans. Un nouveau contrat nouvelles embauches ne pourra être conclu entre le même employeur et le même salarié, que si un délai de carence de trois mois a été respecté.

Garanties supplémentaires

En cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, le salarié bénéficie, sauf en cas de faute grave :

- des sommes restant dues au titre des salaires et de l'indemnité de congés payés ;
- d'une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération brute du salarié depuis la conclusion du contrat. Son régime fiscal et social est le même que celui de l'indemnité légale de licenciement ;
- d'un accompagnement renforcé par le service public de l'emploi, dont le financement sera complété par une cotisation supplémentaire de 2 % de l'employeur versée à l'Unedic, calculée sur l'ensemble des rémunérations versées. Toute contestation portant sur la rupture se prescrit par 12 mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée, délai opposable au salarié s'il en a été fait mention dans la lettre. Les ruptures du contrat de travail envisagées à l'initiative de l'employeur sont prises en compte pour la mise en oeuvre des procédures d'information et de consultation régissant les procédures de licenciement économique collectif.

Assurance chômage

Les salariés dont le contrat a été rompu pourront bénéficier de l'assurance chômage selon les règles en vigueur. Cependant, les demandeurs d'emploi ayant été titulaires d'un contrat nouvelles embauches pendant quatre mois auront droit pendant un mois, dès lors qu'ils ne peuvent bénéficier de l'allocation chômage, à une allocation forfaitaire dont le montant s'élève à 16,40 € par jour. Un décret paru le même jour précise les conditions et les modalités d'attribution de cette allocation. Les partenaires sociaux pourront étendre, au bénéfice de salariés dont le contrat aurait été rompu, le dispositif de la convention de reclassement personnalisé (CRP). À défaut d'accord, un décret en Conseil d'État fixera les conditions et les modalités du bénéfice de la CRP.



53, rue Ampère - 75017 Paris - Tél. : 01 47 63 31 31 - Fax : 01 47 63 31 10 - E-mail : UPA@wanadoo.fr