

Le contrat nouvelle embauche et l'esprit du Code

par *Jean-Luc Schmerber*

Un contrat nouvelle embauche est proposé aux entreprises de moins de 20 salariés, contrat qui peut être résilié pendant les deux premières années sans motif avec préavis variable selon l'ancienneté et contre versement d'une indemnité de 8% augmentée de 2 % versée aux Assédic.

Or ce contrat nouvelle embauche se situe tout à fait dans la continuité de l'esprit du Code du travail qui prévoit déjà cette distinction fondamentale entre le salarié qui a moins de deux ans d'ancienneté et celui qui a deux ans ou plus.

Ainsi, pour le délai de préavis en cas de licenciement, le salarié bénéficie à partir d'une ancienneté d'au moins deux ans, d'un délai de congé de deux mois, alors qu'avec une ancienneté moindre, et selon la durée de l'ancienneté, il aura droit à un délai de préavis réduit.

Il est donc clair que la durée normale du préavis, celle qui est de deux mois, celle qui n'augmente pas ensuite avec l'ancienneté, n'est accordée qu'à partir de deux ans d'ancienneté.

De même, pour les dispositions applicables en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse, les dispositions de droit commun qui prévoient une indemnité au minimum équivalent aux six derniers mois de salaires, ne sont pas applicables en vertu des dispositions de l'article L 122-14-5 du Code du travail au licenciement des salariés qui ont moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise.

Ainsi donc, tant pour ce qui concerne la durée du préavis que pour ce qui concerne l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, seul le salarié qui a une ancienneté de deux ans au moins, peut bénéficier des dispositions de droit commun en la matière.

Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de noter incidemment que les dispositions de droit commun pour l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse ne s'appliquent pas aux petites entreprises et à cet égard dans le Code du travail, le palier de référence pour la petite entreprise avait été fixé à 11 salariés.

Mais c'est surtout au niveau de l'indemnité de licenciement que le Code du travail institue une différence essentielle entre le salarié qui compte deux ans d'ancienneté ininterrompue, et celui qui est en deçà.

Aux termes mêmes des dispositions de l'article L 122-9 du Code du travail, seul le salarié qui a deux ans d'ancienneté a droit à une indemnité de licenciement.

Dans ce cas, il n'y a aucune progressivité qui pourrait amener certains à s'interroger sur la nature juridique de ce palier car il s'agit bien d'un palier qui est créateur d'un droit, ce qui signifie que le salarié qui a deux ans d'ancienneté bénéficie d'un droit qu'il n'avait pas antérieurement.

En d'autres termes, il y a bien à cet égard deux statuts distincts pour deux catégories de salariés,

ceux qui ont deux ans d'ancienneté et qui ont droit à l'indemnité de licenciement et les autres.

Certes, quelques critiques ont été formulées à l'égard de ce contrat nouvelle embauche mais il semble que ces critiques aient été dues à une erreur de terminologie.

Il avait été indiqué lors de la présentation d'origine du contrat nouvelle embauche que la durée de deux années devait s'analyser comme une période d'essai qui permettrait une rupture simplifiée si l'essai n'était pas concluant.

Or cette présentation était contraire à l'esprit même de la période d'essai ainsi qu'à l'esprit de la période de deux ans.

La période d'essai a pour objet de permettre à l'entreprise d'apprécier l'adaptation du salarié à son emploi et il en découle d'une part qu'elle peut être de différentes durées selon l'emploi considéré, et d'autre part qu'elle doit être d'une durée raisonnable en fonction de son objet même.

Mais dans une petite entreprise, outre l'appréciation qui est portée sur le salarié dans le cadre de son emploi, il est également un élément important qui doit être pris en compte à savoir l'adaptation à l'entreprise et la stabilisation de l'emploi.

C'est la caractéristique même de la petite entreprise qui n'est composée que de quelques salariés, qui fait que seule une période d'une certaine durée, qui peut être d'environ deux années, permettra à l'entreprise de savoir si le salarié est véritablement adapté à l'entreprise et si l'emploi concerné bénéficie d'une certaine stabilisation.

Dans la petite entreprise, chaque salarié contribue au bon fonctionnement et à la réussite de l'entreprise et il doit être non seulement en mesure d'effectuer techniquement son travail, mais il doit être également le salarié indispensable pour le bon fonctionnement de l'entreprise, au travers d'un emploi stabilisé.

Dès lors que le contrat nouvelle embauche s'inscrit dans l'esprit même du Code du travail, faut-il en cas de rupture par l'employeur ou par le salarié prévoir une durée de préavis et une indemnité de rupture ?

L'existence d'un préavis n'est pas en soi contraire à l'esprit d'une période d'adaptation et de stabilisation. A cet égard, il est possible de rappeler que la période d'essai n'interdisait pas aux parties de prévoir un préavis en cas de rupture, même si la loi ne l'exigeait pas.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ce contrat nouvelle embauche n'est prévu que pour les petites entreprises et que précisément dans ces dernières, en cas de rupture d'une relation contractuelle, la poursuite d'une relation de travail au delà de quelques semaines, peut s'avérer fort délicate.

Il serait donc souhaitable que la durée du préavis, si préavis il devait y avoir, soit très limitée

et ne puisse dépasser quelques semaines. Conviendra-t-il d'instituer une indemnité en cas de rupture du contrat nouvelle embauche pendant la durée de la période d'adaptation et de stabilisation ?

Une telle indemnité n'est pas dans l'esprit du contrat à durée indéterminée, car ce n'est que pour le contrat à durée déterminée, en son article L 122-3-4, que le Code du travail prévoit une indemnité de fin de contrat à titre de complément de salaire.

Ne serait-il pas par ailleurs paradoxal, que le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée ne puisse avoir droit à une indemnité de licenciement avant deux ans d'ancienneté et pourrait néanmoins bénéficier d'une nouvelle indemnité créée par la loi, quelle qu'en soit la dénomination, pendant cette même période d'adaptation et de stabilisation, donc en deçà des deux années d'ancienneté.

En réalité, ce qui est important c'est de ne pas porter atteinte à l'esprit du contrat nouvelle embauche et de sa période d'adaptation et de stabilisation qui doit permettre des modalités très assouplies de séparation, alors qu'à l'échéance de cette période de deux ans, le salarié, par son intégration définitive dans l'entreprise, bénéficiera alors et alors seulement d'un nouveau statut qui lui permettra également de bénéficier de droits nouveaux.

Enfin, pour ce qui est du palier pour l'appréciation de la petite entreprise, il est important de respecter l'esprit de ce nouveau contrat.

Il ne s'agit, en aucune façon, de porter atteinte aux droits habituels dont bénéficient les salariés, mais il est vrai que vouloir considérer le fonctionnement de la petite entreprise de 10, 20 ou 50 personnes comme celui de l'entreprise de 5 000 personnes ne peut qu'être source de rigidité.

Déjà le Code du travail avait établi des distinctions pour les droits des salariés, en fonction de l'ancienneté et en fonction de la taille de l'entreprise et c'est l'esprit même du contrat nouvelle embauche.

Par contre, il sera tout à fait important que le salarié ne soit en rien lésé, sur le terrain de l'indemnisation du chômage, pour avoir été salarié dans une petite entreprise plutôt que dans une grande entreprise.

En d'autres termes, le salarié devra être pris en charge par les organismes compétents, en cas de rupture pendant la période d'adaptation et de stabilisation, quelle que soit la durée effectuée et sans délai de carence.

C'est dans ces conditions, protection accrue du salarié en cas de séparation, et souplesse dans les modalités de séparation, que le contrat nouvelle embauche peut répondre au formidable espoir qu'il suscite en la création de nombreux emplois.

2005-1274