

La non-conventionnalité du contrat « nouvelles embauches » : du contrôle du raisonnable au contrôle de proportionnalité

par *Laurent Milet*, Maître de conférences associé à l'Université de Paris XI
Faculté Jean Monnet, Rédacteur en chef de la Revue Pratique de Droit social

PLAN

I. Les sources

d'incompatibilité du
contrat « nouvelles
embauches »

- A. Un « motif valable » qui s'apparente à la « cause réelle et sérieuse » de licenciement
- B. Un droit du salarié d'assurer sa défense à géométrie variable
- C. La charge de la preuve renversée

II. Le rejet des possibilités de dérogation

- A. Une dérogation déraisonnable
- B. Une dérogation disproportionnée eu égard au but recherché

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 juillet 2007 publié en annexe a été fortement médiatisé dès son prononcé et a déjà fait l'objet de divers commentaires, soit pour globalement en approuver le raisonnement (1), soit pour en critiquer sévèrement la démarche (2), ou bien encore pour douter de certains aspects de sa motivation (3).

Au centre de l'affaire un contrat « nouvelles embauches » (CNE) et la question de sa compatibilité avec les engagements internationaux de la France et particulièrement la convention n° 158 de l'organisation internationale du travail (OIT) ratifiée par notre pays en 1990 (4) et ayant dès lors une autorité supérieure à notre droit national.

Nous ferons grâce au lecteur de nous étendre sur le régime juridique du CNE, d'autres l'ayant fait dans ces colonnes ou ailleurs (5). Rappelons brièvement que le CNE créé par l'ordonnance du 2 août 2005 a pour principal effet de permettre à l'employeur, dans les entreprises jusqu'à 20 salariés, de rompre le contrat de travail d'un salarié sans avoir à justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pendant une période de deux ans dite « de consolidation de l'emploi » et ce moyennant des formalités simplifiées (6). Un abondant contentieux s'est développé depuis lors allant ainsi dans le sens contraire d'une sécurité juridique prônée par les promoteurs du CNE. Celui-ci était d'ailleurs prévisible (7). Le salarié pouvant être licencié sans motif du jour au lendemain simplement parce qu'il ne plaît plus au chef de la basse-cour ou parce que le carnet de commande de l'entreprise est vide, il est tout à fait légitime que la volaille ne se laisse pas plumer sans réagir. C'est la logique même du CNE (juridiquement un contrat à durée indéterminée (CDI) mais dans les faits un « contrat à durée incertaine ») qui y conduit.

Saisi par une salariée suite à la rupture brutale de son CNE, le Conseil de prud'hommes de Longjumeau avait jugé le 28 avril 2006 que l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat nouvelles embauches était contraire à la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui exige notamment de l'employeur dans son article 4 « un motif valable » pour rompre le contrat. Il avait requalifié le CNE en contrat à durée indéterminée de droit commun en estimant que, même si la convention de l'OIT permettait de déroger pendant une certaine période à l'obligation de motiver la rupture, la durée de deux ans retenue pour le CNE était déraisonnable (8).

(1) Voir A. Lyon-Caen, D. 2007, n° 30, p. 2152.

(2) Voir P. Morvan, JCP 2007, S, Jurisp. 1565.

(3) Voir J.-P. Lhernould RJS 8-9/07, Chron. p. 695.

(4) La convention est reproduite au Dr. Ouv. 1990 p. 478.

(5) Sur le CNE, voir notamment F. Saramito, Une régression : le contrat « nouvelles embauches », Dr. Ouv. 2006.65 ; J. Pélissier, Une invention déplorable, RDT Sept. 2006, p. 144 ; P. Morvan, Le contrat de travail « nouvelles embauches », JCP 2005, S, Et. 1117 ; L. Milet, La contestation de la rupture du contrat « nouvelles embauches », RPDS 2006, n° 732, p. 119 ; L. Boutitie, Le contrat nouvelles embauches : un contrat à durée

indéterminée précaire, D. 2005, Chron. 2777 ; S. Laulom, L'avenir du contrat « nouvelles embauches » après la disparition du contrat « première embauche », Dr. Ouv. 2006 p. 465 ; P. Lyon-Caen et autres, Tout ce que vous voulez savoir sur le CNE..., Dr. Ouv. 2007.121.

(6) Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, JO du 3.

(7) Voir T. Grumbach et autres, Un leurre pour les salariés et les employeurs, SSL 2006, n° 1249.

(8) CPH Longjumeau, 28 avr. 2006, W. c/S., RPDS 2006, n° 733, p. 165 ; Dr. soc. 2006.356, note É. Dockès ; JCP 2006, 5, 1424, note P. Morvan.

On ne s'attardera pas sur les péripéties qui ont amené la Cour d'appel de Paris à différer l'examen de l'affaire au fond (9). On se souvient en effet que le préfet de l'Essonne avait le 31 octobre 2006 décliné la compétence du juge de l'ordre judiciaire pour connaître de l'ordonnance du 2 août 2005, décision qui avait été annulée par le tribunal des conflits le 19 mars 2007 (10). La Cour d'appel réaffirme l'application directe en droit interne de la convention n° 158 de l'OIT (10 bis), ainsi que la compétence du juge judiciaire pour examiner la conformité de l'ordonnance à la convention et, le cas échéant, en écarter l'application.

La Cour d'appel de Paris confirme dans le présent arrêt le jugement du Conseil de prud'hommes. Elle écarte l'application de l'ordonnance du 2 août 2005 en estimant que la période de deux ans présente un caractère déraisonnable au terme d'une analyse qui n'entend pas sacrifier le droit d'obtenir un emploi à un abaissement du niveau de protection des emplois existants. Ce rejet du bénéfice des possibilités de dérogation (II) envisagées par la convention n° 158 de l'OIT, est motivé par l'incompatibilité d'un certain nombre de dispositions de ladite convention avec le dispositif du CNE (I).

I. Les sources d'incompatibilité du contrat « nouvelles embauches »

L'ordonnance du 2 août 2005 écarte pendant une période de deux ans dite de consolidation de l'emploi, les articles du Code du travail régissant la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée (articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-4). Il s'agit notamment des dispositions apportant des garanties aux salariés licenciés : préavis (L. 122-5 à L. 122-8), indemnité légale de licenciement (L. 122-9), l'indication des motifs de licenciement dans la lettre de rupture, l'entretien préalable au licenciement, le pouvoir d'appréciation du juge sur la réalité et le sérieux du motif invoqué (L. 122-14-3) et les conséquences du licenciement irrégulier ou injustifié (L. 122-14-4). Il en va de même des articles concernant les licenciements économiques (L. 321-1 à L. 321-17 du Livre III du Code du travail), ce qui écarte notamment les dispositions concernant la définition du licenciement économique, la procédure d'information/consultation des représentants du personnel, la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, sous réserve de la prise en compte pour la mise en œuvre des procédures d'information et de consultation régissant les licenciements économiques des ruptures du contrat de travail envisagées à l'initiative de l'employeur dans le cadre du CNE.

Cette neutralisation des règles du droit commun du licenciement rentre en contradiction avec principalement deux articles de la convention n° 158 de l'OIT : l'article 4 sur l'exigence d'un motif valable de rupture et l'article 7 sur le nécessaire respect de droits de la défense. Le contrôle de conventionnalité de l'ordonnance de 2005 effectué par la Cour d'appel l'amène à considérer que ces deux articles constituent en quelque sorte « le service

minimum » visant à protéger les personnes menacées de licenciement et que ni l'un ni l'autre ne sont compatibles avec le dispositif du CNE. Qui plus est, ce dernier rentre aussi en contradiction avec l'article 9 sur le rôle du juge et la charge de la preuve du licenciement.

A. Un « motif valable » qui s'apparente à la « cause réelle et sérieuse » de licenciement

L'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT dispose qu'un travailleur ne devra 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 du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. L'aptitude et la conduite du travailleur correspondent à nos motifs de licenciement pour motif personnel et les nécessités du fonctionnement visent sans doute possible les licenciements pour motif économique. L'article 2 de l'ordonnance, au mépris des stipulations de l'article 4, ne précise pas que le licenciement doit être causé par un motif valable. Elle va même jusqu'à en exclure l'application en écartant pendant deux ans l'obligation pour l'employeur d'alléguer une cause réelle et sérieuse pour justifier le licenciement et en le dispensant de certaines formalités.

Il n'est pourtant venu à l'esprit de personne de prétendre que pendant la période de deux ans, dite de « consolidation de l'emploi » du CNE, l'employeur pouvait licencier de façon discrétionnaire. Aussi bien l'administration (11) que le Conseil d'Etat (12) ont reconnu que le CNE est soumis aux dispositions du Code

(9) CA Paris 20 oct. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 132 n. I. Meyrat.

(10) Trib. Conf., 19 mars 2007, S., n° 3622, Dr. Ouv. 2007 p. 395 n. A. de Senga, RDT juin 2007, p. 376 et les commentaires de D. Guirimand, p. 376 ; voir aussi P. Lyon-Caen, Comment sauver le CNE, Dr. Soc. 2006.1088.

(10 bis) Cass. soc. 29 mars 2006, société Euromédia Télévision, n° 04-46499.

(11) Document Questions/réponses du ministre de l'emploi, disponible sur le site Internet www.travail.gouv.fr

(12) Cons. Et. 19 oct. 2005, CGT et autres, n° 283471 ; JCP 2005, S, 1317, concl. C. Devys, note R. Vatinet ; Dr. Ouv. 2005, n° 691, p. 84 et la note de G. Koubi, p. 75.

du travail et que l'ordonnance a laissé intacte la possibilité pour le juge judiciaire de contrôler que la rupture n'est pas intervenue en méconnaissance de certaines dispositions légales.

Ainsi, l'employeur doit respecter les dispositions de l'article L. 122-45 prohibant les mesures discriminatoires. En effet, le fait que la rupture puisse intervenir sans cause réelle et sérieuse ne permet pas pour autant à l'employeur de rompre le CNE pour un motif illicite. Il en va de même des dispositions de l'article L. 122-46 et L. 122-49 qui prohibent le licenciement du salarié ayant subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement moral ou sexuel ou qui a témoigné de tels agissements ou les a relatés. Les règles particulières des articles L. 122-25 et suivants du Code du travail qui protègent les salariées en état de grossesse ou les salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sont également applicables (13). En présence d'une rupture de CNE suspecte, le juge prud'homal peut donc vérifier si elle ne dissimule pas une violation de l'un des droits fondamentaux évoqués ci-dessus.

Par ailleurs, il a été souligné que le juge pouvait examiner les conditions de la rupture sur le fondement de l'abus de droit ce dont ne se sont pas privés certains Conseils de prud'hommes (14).

Mais pour autant faut-il considérer que cet arsenal suffit à assurer la compatibilité du CNE avec l'exigence d'un motif valable de rupture exigé par l'article 4 ?

Sur ce point, le ministère public prétendait que l'ordonnance, même si elle écartait l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, n'avait pas pour autant écarté l'exigence d'un motif valable puisque le salarié peut contester son licenciement devant un juge, lequel a la possibilité de rechercher le caractère valable du licenciement tout en excluant l'examen d'une cause réelle et sérieuse.

C'est la reprise de la théorie de la « motivation implicite », qui avait déjà prospéré devant le Conseil d'Etat. Selon celle-ci, le fait que le salarié puisse obtenir du juge le motif de son licenciement impliquerait nécessairement que l'ordonnance n'a pas écarté l'exigence d'un motif valable et elle serait donc conforme à l'article 4 de la convention n° 158.

Mais dès lors que ne peuvent être écartés ni le contrôle des motifs prohibés, ni le respect des statuts protecteurs, ni le droit disciplinaire, ni les dispositions relatives aux procédures d'information et de consultation régissant les

licenciements économiques collectifs, il est difficilement envisageable que l'employeur ne soit pas tenu d'énoncer explicitement lors de la rupture un motif valable au sens dudit article 4 de la convention (et de le justifier dans l'hypothèse d'un contrôle juridictionnel auquel l'ordonnance ne pouvait pas déroger) (15).

Il paraît donc assez évident qu'un juge ne saurait admettre que le motif valable est implicitement contenu dans la décision de l'employeur de rompre le CNE. D'ailleurs, certains employeurs prudents ne s'y sont pas trompés en prenant soin d'avancer devant les juges les motifs qui les ont conduits à mettre fin à la relation de travail (16).

S'il ne peut y avoir de reconnaissance implicite, il faut donc s'interroger sur ce que recouvre alors le « motif valable » de licenciement exigé par l'article 4 de la Convention n° 158, lequel, on l'a vu, ne saurait se réduire à la possibilité pour le salarié de s'adresser au juge pour connaître le motif de la rupture et plaider l'éventuel abus de droit.

Faut-il considérer que « le motif valable » de la convention n° 158 équivaut à l'exigence d'une « cause réelle et sérieuse » du droit français ? Si tel est le cas, l'ordonnance dérogerait à l'exigence d'un « motif valable » puisque pendant deux ans les dispositions du Code du travail sur la cause réelle et sérieuse sont neutralisées. C'est dans cette voie que s'engage la Cour d'appel qui estime qu'il s'agit sur le fond de notions identiques, même si la formulation est différente.

La Cour s'appuie sur la recommandation n° 119 de l'OIT du 26 juin 1963, qui a servi de référence pour l'élaboration de la convention n° 158. Selon ce texte, la définition ou l'interprétation du « motif valable » de licenciement relève des conditions propres à chaque pays. La Cour en déduit qu'en écartant la nécessité d'asseoir la rupture du CNE sur un motif réel et sérieux, l'ordonnance sur le CNE déroge à l'article 4 de la convention de l'OIT.

L'argumentation ne manque pas de pertinence et l'on pourra difficilement désormais soutenir que le « motif valable » n'est pas la « cause réelle et sérieuse » (17) ou simplement invoquer « la fragilité de la base juridique sur laquelle repose l'assimilation d'un "motif valable" à "une cause réelle et sérieuse" » (18). Certes, une recommandation est un instrument dépourvu de tout effet obligatoire (19). Mais elle intervient lorsqu'une convention ne peut être immédiatement adoptée dans des domaines

(13) Art. L.122-32-1 à L.122-32-11 du Code du travail.

(14) Voir notamment l'étude de F. Guiomard et E. Serverin, Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal, RDT sept. 2007, p. 502.

(15) Voir les conclusions du Commissaire du Gouvernement C. Devys sous Cons. Et. 19 oct. 2005, JCP 2005, S, n° 20

(16) Voir les exemples cités dans l'étude précitée de F. Guiomard et E. Serverin, spéc. p. 509.

(17) Voir notamment P. Morvan, JCP 2007, S, Jurisp. 1565, et C. Roy-Loustauneau, Le CNE : La flexi-sécurité à la française, Dr. Soc. 2005.1103.

(18) Voir J.-P. Lhernould, Le CNE à bout de souffle, RJS 8-9/07, Chron. p. 695.

(19) Voir J.-P. Lhernould, art. précité, spéc. p. 698.

où l'OIT juge nécessaire d'inviter les états à prendre des mesures adaptées en vue d'une fin qu'elle leur assigne. L'on peut dès lors tout à fait admettre que la recommandation sur la cessation de la relation de travail adoptée le 26 juin 1963 préfigurait la convention de 1982 sur le licenciement (20).

Par ailleurs, on ajoutera que la même recommandation envisageait quatre cas dans lesquels les "normes d'application générales" pouvaient être écartés (article 18) au nombre desquels l'ancienneté du salarié dans l'emploi n'apparaissait pas, de telle sorte que la volonté de l'OIT était clairement que toutes les ruptures, quelle que soit l'ancienneté du salarié, soient justifiées par un motif valable susceptible d'être utilement contesté devant un juge.

Il s'agit là d'une réhabilitation bienvenue de l'obligation de motivation qui constitue un droit fondamental et un principe essentiel consacré par le droit communautaire (20 bis), dont un commentateur, militant du CNE, avait pourtant prévenu qu'elle survivrait sans peine aux prescriptions de l'ordonnance en regrettant que les auteurs de la réforme n'aient pas affirmé leur volonté politique de ne pas instituer ouvertement une période d'essai de deux années (sic !) (21). Il est vrai que l'heure est à une attitude décomplexée, quand bien même la précarisation grandissante de l'emploi salarié imposera davantage de retenue.

B. Un droit du salarié d'assurer sa défense à géométrie variable

Le CNE supprime pendant une période de deux ans la procédure préalable au licenciement : convocation à l'entretien préalable, discussion au cours de l'entretien entre l'employeur et le salarié sur les motifs envisagés du licenciement, motivation de la lettre de licenciement, le tout encadré dans certains délais. Ces règles permettent au salarié de connaître les raisons de son licenciement envisagé, de faire valoir son point de vue avant que la décision ne soit prise, puis de connaître les motifs retenus de ce licenciement ce qui lui permettra de préparer sa défense. Elles consacrent le respect du principe du contradictoire, lequel se trouve neutralisée pendant deux années. Ce principe des droits de la défense a pourtant été consacré au rang des principes de valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, rattachés aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (22).

De son côté, l'article 7 de la convention OIT affirme le principe du respect des droits de la défense c'est-à-dire la possibilité pour le salarié de se défendre contre les allégations formulées par son employeur : « *Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité* ».

De ce point de vue, l'ordonnance sur le CNE ne prive pas le salarié d'accéder à une juridiction pour en contester la rupture et il peut donc faire valoir ses arguments. Mais cela est insuffisant pour la Cour qui estime que le principe du contradictoire n'est pas respecté, la convention n° 158 imposant d'organiser un débat contradictoire préalable entre salarié et employeur.

Nous avons déjà souligné que le Conseil d'Etat avait admis que les licenciements disciplinaires demeuraient soumis à la procédure prévue par le Code du travail (et notamment l'entretien préalable) (23). Il est vrai qu'il pouvait difficilement en être autrement dans la mesure où la haute juridiction administrative avait consacré comme principe général de droit du travail, les dispositions de l'article L. 122-41 du Code du travail qui ouvrent, pour tout salarié à l'encontre duquel l'employeur envisage d'infliger une sanction, le droit d'être convoqué à un entretien préalable au cours duquel l'employeur doit indiquer les motifs de la sanction envisagée (24). Certains auteurs avaient fait cependant remarquer qu'était ainsi instituée, sans justification particulière, une discrimination parmi les victimes de licenciement pour motif personnel selon que celui-ci revêtait un caractère disciplinaire ou était prononcé pour un autre motif inhérent à la personne du salarié (25). La Cour d'appel relève aussi la contradiction pour juger que l'ordonnance n'est pas conforme à l'article 7 de la convention n° 158 en excluant les droits de la défense pour les autres ruptures pour motif personnel, alors que l'article 7 en question englobe les deux catégories de rupture.

C. La charge de la preuve renversée

Cette non-conformité à la convention de l'ordonnance sur le CNE en raison du défaut de l'exigence d'un motif valable de rupture et du non-respect des droits de la défense est par ailleurs renforcée au regard des dispositions de l'article 9 de la convention de l'OIT relatif à

(20) Laquelle n'a été ratifiée par la France que le 16 mars 1989 pour une entrée en vigueur le 16 mars 1990. D'ailleurs, le législateur français n'a pas attendu la convention de 1982 pour répondre à l'invitation de la recommandation de l'OIT de 1963 puisque l'introduction dans notre droit du licenciement sans cause réelle et sérieuse date de la loi de 1973.

(20 bis) CJCE 26 nov. 1981, Michel, n° 195/80.

(21) P. Morvan, Le contrat de travail « nouvelles embauches », JCP 2005, S, Et. 1117.

(22) Cons. Const. 2 déc. 1976, décision n° 76-70.

(23) Cons. Et. 19 oct. 2005, précité.

(24) Cons. Et. 28 juil. 1993, Fédération des Tabacs et allumettes FO, Rec. p. 573, Dr. Ouv. 1994 p. 85 n. F. Saramito.

(25) P. Rodière, Le contrat nouvelles embauches et les principes, SSL du 7 janv. 2006.

la charge de la preuve du motif valable. En effet, celles-ci offrent aux législations nationales une alternative afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié. Soit, selon l'article 9, 2 a), la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement devra incomber à l'employeur, soit, selon l'article 9, 2 b), le juge devra former sa conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties. On sait que notre droit a choisi par l'article L. 122-14-3 du Code du travail la seconde alternative tout en précisant que le juge doit au besoin ordonner toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles et que si un doute subsiste, il profite au salarié.

Avec le dispositif adopté par l'ordonnance sur le CNE, pendant une période de deux ans, le juge peut certes examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement mais il ne lui permet pas d'exiger de l'employeur qu'il rapporte la preuve d'un motif valable de licenciement. Qui plus est, en neutralisant les dispositions de l'article L. 122-14-3, l'ordonnance dispense l'employeur de rapporter la preuve d'un motif réel et sérieux de licenciement ce qui, en pratique, aboutit à faire supporter au seul salarié la charge de la preuve de l'abus de droit. En effet, le seul recours du salarié est subordonné à la preuve qui lui incombe de démontrer le caractère illégitime du licenciement dans le seul cadre restreint de la théorie de l'abus de droit, ce qui implique un renversement de la charge de la preuve (26).

II. Le rejet des possibilités de dérogation

L'article 2 § 2 de la convention n° 158 reconnaît la possibilité pour une législation nationale d'exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines de ses dispositions les salariés effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable.

Pour juger du caractère déraisonnable du délai de deux ans pendant lequel le droit commun du licenciement est écarté, l'arrêt de la Cour d'appel se place du point de vue de l'atteinte portée aux principes fondamentaux du droit du travail et sur des arguments de droit comparé évacuant ainsi le débat sur la qualification de la période de consolidation de l'emploi, ce qui n'emporte pas complètement la conviction (A).

En revanche, l'aspect le plus novateur de l'arrêt réside dans la motivation plus générale relative à la finalité de l'ordonnance sur le CNE qui prend le contre-pied de la doctrine officielle sur le nécessaire assouplissement des règles du licenciement pour favoriser l'embauche, condamnant ainsi une dérogation disproportionnée eu égard au but recherché (B).

A. Une dérogation déraisonnable

Le rapport au Président de la République accompagnant la publication de l'ordonnance au journal officiel (27) indiquait clairement la finalité de la période de deux ans dite de consolidation de l'emploi pendant laquelle les règles du licenciement sont neutralisées. Selon ce rapport, c'est en raison de la volatilité de l'économie et des incertitudes liées à l'évolution de leur marché, par crainte des difficultés et des incertitudes, tant

juridiques que financières, inhérentes à une rupture du contrat au cas où la conjoncture économique ou la personne du salarié rendrait nécessaire la cessation de la relation de travail, que les chefs d'entreprise sont souvent réticents à recruter de façon pérenne sans visibilité à long terme.

En conséquence, le Conseil de prud'hommes de Longjumeau avait estimé que la durée raisonnable de la période de deux ans devait s'apprécier à l'aune de l'évolution économique du secteur d'activité de l'employeur et de la difficulté à apprécier les compétences du salarié, en tenant compte des compétences juridiques et de la santé financière de l'employeur.

S'agissant d'apprécier les compétences du salarié, la référence à la période d'essai du contrat à durée indéterminée de droit commun semblait aller de soi (28). La durée d'une telle période est en principe librement fixée par l'accord contractuel des parties, dans les limites conventionnelles et sous le contrôle judiciaire de son caractère « raisonnable ». Il avait dès lors suffi au Conseil de prud'hommes de constater que la durée maximale nécessaire à l'appréciation des compétences du salarié est fixée par la plupart des accords collectifs entre un et six mois, selon le poste occupé.

Cette argumentation par référence à la période d'essai emportait la conviction s'agissant d'apprécier les compétences du salarié. En revanche, elle n'était pas adaptée dès lors qu'il s'agissait d'apprécier le caractère raisonnable de la période de deux ans au regard de la viabilité économique de l'emploi du salarié. C'est pourquoi, le Conseil de prud'hommes avait considéré

(26) Voir déjà en ce sens CPH Romans-sur-Isère, 29 mars 2007, M. c/ Alizée expertises immobilières, n° F 06/00039 reproduit en annexe 2.

(27) JO du 3 août 2005, p. 12688.

(28) Pour une synthèse sur la période d'essai, voir RPDS 2005, n° 723, p. 223.

que la durée raisonnable doit être appréciée, sur ce point, en fonction de l'évolution économique du secteur d'activité de l'employeur. Il s'agit donc d'une appréciation *in concreto* devant prendre en compte la situation de l'entreprise au sein de son secteur d'activité. Or, la durée de deux ans fixée uniformément par l'ordonnance ne tient pas compte de la diversité des situations pouvant être rencontrées.

Pour ces deux raisons, une durée de deux ans pour des contrats exécutés en France, quel que soit le poste occupé, était apparue comme étant déraisonnable au regard du droit, non seulement français, mais aussi de celui d'autres pays européens. Le conseil avait en effet souligné préalablement que le Royaume-Uni, dont le marché du travail est plus souple que le marché français, et dont l'économie, plus libérale et concurrentielle, en est nécessairement plus volatile, avait récemment allongé la durée maximale de la période d'essai de 6 mois à un an.

Une durée unique de deux ans, d'ordre public, ne dépendant pas des circonstances et conditions propres à chaque emploi, est donc nécessairement déraisonnable selon le Conseil de prud'hommes de Longjumeau.

On s'attendait donc à ce que la Cour d'appel nous donne son point de vue sur ces deux aspects. Or, alors que l'approche des Conseils de prud'hommes de Longjumeau et de Romans sur Isère consistait à considérer que la période de deux ans présentait un caractère de généralité trop affirmé dans la mesure où, notamment, il n'est tenu compte ni des spécificités du métier, ni du secteur d'activité, la Cour d'appel avance sur un terrain sur lequel on ne l'attendait pas vraiment. Si celle-ci considère bien que le délai de deux ans retenu par le législateur français pendant lequel le droit du licenciement est temporairement écarté est déraisonnable, elle évite le débat sur la nature juridique du délai de deux années au terme duquel le salarié peut bénéficier à nouveau des dispositions sur le licenciement neutralisées par l'ordonnance puisque cette dernière est muette sur ce point. Ni période d'essai, ni période permettant d'apprécier la viabilité économique de l'emploi puisque la volonté des parties à qualifier cette période n'a, selon la cour, pas vraiment d'importance. C'est seulement l'écoulement du temps qui caractériserait l'acquisition de l'ancienneté requise.

Sans doute l'attitude de la Cour d'appel est-elle dictée par la volonté d'éviter de donner corps à un concept pour l'instant absent de notre droit du travail : celui de l'essai économique qui, comme cela a été relevé, ne semble pas répondre à un besoin très intense (29), et qui aurait été du coup légitimé.

La Cour d'appel entend en rester au plan des principes et souhaite élever le débat. Son raisonnement se situe dans le droit fil de celui tenu précédemment sur le non-respect des droits de la défense et qu'elle résume ainsi : le fait de priver le salarié de l'essentiel de ses droits pendant deux ans constitue une régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail (exigence de motivation, principe du contradictoire), dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi, et qui prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail. La principale manifestation de cette régression consistant à placer le salarié dans une situation comparable à celle qui existait antérieurement à la loi du 13 juillet 1973 et dans laquelle la charge de la preuve de l'abus de la rupture lui incombait.

Un argument de droit comparé est amené en appui de cette affirmation puisque selon les magistrats « aucune législation de pays européens, comparables à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail ». Un rapide coup d'œil aux autres législations des pays de l'Europe de l'ouest permet en effet de constater que le délai de deux ans retenu par l'ordonnance française ne se situe pas dans la moyenne des durées prévues par les autres législations pendant lesquelles le bénéfice de la protection du licenciement est écarté (un an en Grande-Bretagne ; deux mois à six mois en Espagne ; neuf mois à douze mois au Danemark et sept jours à douze mois en Belgique selon la catégorie professionnelle ; six mois en Suède ; entre une et huit semaines en Italie) (30). Certes, l'Allemagne a abaissé depuis le 1^{er} janvier 2004 le seuil de la protection contre les licenciements abusifs aux seules entreprises de plus de dix salariés (au lieu de cinq) mais cela ne signifie pas pour autant qu'une telle mesure soit en conformité avec le droit international (31).

Si la Cour d'appel estime déraisonnable la période de consolidation de l'emploi au regard des principes fondamentaux dont est privé le salarié pendant deux ans, elle considère aussi sa longueur excessive en raison de sa disproportion eu égard au but recherché.

B. Une dérogation disproportionnée eu égard au but recherché

La Cour d'appel a donc refusé de s'enfermer dans une analyse du délai de deux ans au regard de la finalité de ce dernier, c'est-à-dire, soit apprécier les compétences du salarié, soit tester la viabilité économique de l'emploi, pour se situer au niveau de l'atteinte portée aux droits fondamentaux. A partir de là, c'est donc au regard de la

(29) Voir E. Dockès, Les juges et les politiques de l'emploi, Dr. Soc. 2007.911.

(30) Voir P. Lyon-Caen et autres, Dr. Ouv. 2007.12

(31) Encore faut-il préciser que la Cour constitutionnelle avait, dès 1998, exigé une protection minimale pour les salariés travaillant dans les entreprises dont les effectifs se situent en dessous des seuils légaux fixés par la loi.

finalité même de l'objectif poursuivi par l'ordonnance que doit être examinée l'atteinte portée ou non à ces droits fondamentaux (obligation de motivation, procédure préalable). Autrement dit, dès lors qu'un dispositif entend paralyser un certain nombre de ces droits (même temporairement), il est nécessaire de s'interroger si l'atteinte qui est portée aux dits droits n'est pas disproportionnée eu égard à la finalité recherchée. Plus concrètement, le délai de deux ans pendant lequel s'applique le régime d'exception du CNE n'est-il pas disproportionné par rapport à la finalité recherchée qui est de réduire le chômage dans la mesure où la convention n° 158 de l'OIT constitue une protection minimale en cas de rupture du contrat de travail ?

Dans son arrêt du 19 octobre 2005, le Conseil d'Etat avait considéré que la durée préfixe de deux ans de la période de consolidation, eu égard à l'objet des contrats « nouvelles embauches », qui est de réduire rapidement le chômage, était raisonnable (32).

Pour la Cour d'appel, cette même finalité ne saurait pour autant justifier que le CNE prive le salarié durant ladite période de deux ans de l'essentiel de ses droits en matière de protection contre le licenciement. Selon les juges, « *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* ».

L'arrêt de la Cour d'appel prend ainsi le contre-pied de la position du Conseil d'Etat (33). Il est piquant de constater qu'un commentateur se soit plaint de cet « inconvénient » de l'autonomie du droit privé (34), alors que le Conseil d'Etat lui-même n'avait pu que constater que l'ordonnance n'avait pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, ce qui impliquait, le cas échéant, que son interprétation de certains aspects de celle-ci soit contredite par le juge judiciaire. Celui-ci demeure libre en effet de son appréciation.

Doit-on s'interroger sur la légitimité et la pertinence de la motivation de la cour qui relève davantage de considérations économiques que juridiques ? On pourrait à la rigueur souligner que cet attendu n'ajoute rien à la solidité de la motivation des juges ci-dessus analysée. C'est pourtant ce qui lui donne sa cohérence.

Pour la Cour d'appel la finalité de réduction du chômage est tout aussi importante que les protections existantes du droit du licenciement. L'une ne saurait prendre le pas sur l'autre. Et le droit des chômeurs d'obtenir un emploi ne saurait justifier que l'on mette à bas les protections minimales dont bénéficient les salariés pour, non pas les protéger contre les licenciements car ni la convention de l'OIT ni la législation française en la matière n'empêchent un employeur de licencier, mais contre un certain arbitraire en la matière que ne suffit pas à justifier la seule possibilité reconnue de s'adresser à un juge.

Ensuite, il nous apparaît difficile de jeter la pierre au juge sur les considérations économiques avancées. Ils ont quelque part tenu compte des conseils qui ont été distillés au plus haut niveau et qui leur recommandent d'adapter le droit (du travail ou autre) aux réalités de l'économie (35). Or nul n'est mieux placé que les juges du fond pour constater les ravages de la précarité et de la flexibilité du travail dans les entreprises et les conflits qu'elles engendrent.

Ce faisant la Cour d'appel s'est invitée dans le débat actuel sur la flexicurité dont les données sont assez simples.

L'obligation de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse a pu paraître à une époque comme garant d'une certaine paix sociale. Elle est aujourd'hui source de difficultés pour le patronat qui, dans le contexte de la mondialisation, entend adapter en permanence les effectifs de l'entreprise aux exigences de la rentabilité à court terme. Le droit du licenciement deviendrait ainsi un obstacle à l'embauche et cela justifierait que soient remises en cause certaines exigences qui y sont attachées. On retrouve cette analyse dans un certain nombre de rapports de « nouveaux » économistes du travail (36) qui prônent une approche utilitariste du droit vu comme une contrainte limitant les ajustements nécessaires du marché du travail et en évacuant du même coup tout l'aspect protecteur du droit du travail et sa dimension collective (37). Il est vrai que, parfois, les mêmes admettent qu'il n'existe aucune relation avérée de cause à effet entre l'amélioration de la situation de l'emploi et la suppression des quelques garanties accordées aux salariés en cas de rupture de leur contrat de travail (38). D'ailleurs, certains pays sont proches du plein emploi avec des règles de droit du travail assez

(32) Cons. Et. 19 oct. 2005, CGT et autres, précité.

(33) Et aussi du Conseil constitutionnel qui dans sa décision relative au défunt CPE avait peu ou prou adopté le même raisonnement.

(34) Voir P. Morvan, art. précité JCP 2007 S, Jurisp. 1565.

(35) Voir G. Canivet, *Les Echos* n° 19105 du 1^{er} mars 2004 et Dr. Soc. 2005.951.

(36) C'est notamment le cas du rapport Cahuc-Kramarz qui suggère d'abaisser le niveau de protection de l'emploi en France en

contrepartie d'un accompagnement renforcé des chômeurs. On trouve la même démarche dans le livre vert des Communautés européennes, *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XX^e siècle*, 2006.

(37) Pour une critique de cette démarche voir M. Del Sol et P. Turquet, *Déréguler le licenciement pour mieux sécuriser les personnes : les ambiguïtés de la flexicurité*, RDSS n° 3, mai-juin 2007, p. 528.

strictes (Portugal par exemple) alors que d'autres connaissent un chômage relativement élevé malgré des contrats à la flexibilité avérée. Selon l'Insee, « *Les comparaisons internationales indiquent des flux d'emploi du même ordre de grandeur dans les différents pays de l'OCDE, quelle que soit leur législation du travail* » (39).

Le moins que l'on puisse dire c'est que la Cour d'appel de Paris est sceptique devant cette argumentation dans l'air du temps selon laquelle les personnes seront davantage sécurisées dès lors que le licenciement sera dérégulé.

L'arrêt du 6 juillet 2007 contient donc des points de résistance solides à cette logique de précarisation. Quant à la Cour de cassation, même si elle devait faire sienne le postulat sur lequel repose le CNE (les rigidités du licenciement découragent l'embauche), elle pourra difficilement ignorer les principes fondamentaux du droit du licenciement (et notamment les exigences mises en exergue par les juges du fond) et leur protection par le droit international.

L'arrêt est aussi riche d'enseignement pour l'avenir. Il va peser indéniablement dans le débat sur la réforme du contrat de travail car ceux qui espéraient la concrétiser à partir des caractéristiques calquées sur le CNE (allongement de la période d'essai, licenciements plus rapides et plus faciles pour les employeurs...) devront sans doute revoir leur copie. Il n'est pas exclu que cette difficulté soit contournée par la promotion de la séparabilité. Le Medef n'a en effet jamais caché qu'il entendait substituer ce concept à la réglementation actuelle sur le licenciement ce qui permettrait de généraliser la rupture à l'amiable du contrat de travail en isolant le salarié dans un face à face déséquilibré avec son employeur et en limitant ses possibilités de recours. Celle-ci ne pourra en tout état de cause s'affranchir de certaines contraintes. Les questions de conformités de notre droit du travail aux normes internationales n'ont pas fini d'être posées.

Laurent Milet

(38) C'est du moins ce qu'il ressort d'une évaluation économétrique réalisée sur le sujet par P. Cahuc et S. Carcillo (voir *Libération* du 7 mars 2006, p. 35) même si l'on peut ne pas partager toutes les conclusions des auteurs. Voir aussi les

études réalisées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

(39) « *L'économie française* », édition 2007.

Annexes

CONTRAT DE TRAVAIL – Contrat nouvelles embauches – Rupture – Compatibilité avec la convention 158 de l'OIT (non) (deux espèces).

Première espèce :

COUR D'APPEL DE PARIS (18^e ch. E) 6 juillet 2007

Procureur de la République et a. contre W. et a.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

Par arrêt avant dire droit du 20 octobre 2006 auquel la cour se réfère expressément pour plus ample exposé des circonstances de la cause, le déclinatoire de compétence déposé par le préfet de l'Essonne le 19 juillet 2006 a été rejeté.

L'arrêt du 31 octobre 2006, par lequel le préfet a élevé le conflit a été annulé par décision du Tribunal des conflits en date du 19 mars 2007.

En conséquence, régulièrement convoquées, les parties ont présenté leurs demandes en cause d'appel :

M. S., appelant, demande que Mlle W. soit déboutée de l'ensemble de ses demandes ; il demande la restitution des sommes versées en exécution provisoire du jugement déferé. Il sollicite en outre une somme de 1 000 € sur le fondement de l'article 700 NCPC.

Le ministère public, appelant, demande que soit infirmé le jugement déferé en ce qu'il a dit que l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat "nouvelles embauches" est contraire à la convention 158 de l'OIT du 22 juin 1982 et qu'elle ne peut recevoir application en droit français.

Il demande sa confirmation pour le surplus (...)

Ceci étant exposé, la cour,

1°) Sur le défaut de visite préalable à l'embauche (...)

2°) Sur la requalification du contrat à durée déterminée :

Considérant que Mlle W. a été engagé en qualité de secrétaire par M. S., mandataire de justice suivant un contrat à durée déterminée à compter du 1^{er} juillet 2005, pour une durée de six mois renouvelable ;

Que par jugement en date du 28 avril 2006 le Conseil de prud'hommes de Longjumeau a fait droit à la demande de Mlle W. de requalification de ce contrat en contrat à durée indéterminée ;

Considérant que M. S., appelant, soutient qu'il était en droit de recourir à un contrat de ce type en invoquant un surcroît temporaire d'activité ; qu'en ce sens, il justifie de sa désignation par le Tribunal de commerce de Versailles, en qualité d'administrateur judiciaire dans sept procédures collectives entre avril et juin 2005 et mettant en cause 1 746 salariés, représentant un accroissement sensible de son activité habituelle ;

Considérant que Mlle W. conteste cette argumentation en indiquant que seule la procédure concernant la société BAC Sécurité concernait 1 661 emplois et qu'elle avait été ouverte le 8 avril 2005, soit trois mois avant son embauche ;

Considérant cependant qu'il s'agissait d'une procédure de redressement judiciaire dont la gestion s'est poursuivie au-delà du 1^{er} juillet 2005 et qu'elle a été effectivement suivie de la désignation de M. S. dans six autres procédures collectives, caractérisant le surcroît temporaire d'activité visé dans le contrat à durée déterminée ;

Considérant d'autre part que Mlle W. souligne que ce contrat était conclu pour une durée de "six mois renouvelable par tacite reconduction" et que cette formulation ne répond pas à l'exigence d'une durée déterminée du renouvellement prévue à l'article L. 122-1-2 CT ; que cependant cette irrégularité n'est pas de nature à affecter la validité du contrat pour la durée antérieure à son terme initialement fixé, soit six mois ;

Considérant en conséquence que le contrat à durée déterminée en cause a été valablement conclu et qu'il n'y a pas lieu à sa requalification ; que les demandes de Mlle W. relatives à ce chef de demande doivent être rejetées ;

Considérant que Mlle W. relève en outre que ce contrat à durée déterminée comportait une période d'essai de un mois renouvelable ; qu'elle fait valoir à bon droit qu'une telle durée est contraire aux dispositions de l'article L. 122-3-2 CT, qui limitent la période d'essai à une durée de quinze jours lorsque la durée initialement prévue du contrat est au plus égale à six mois ; qu'il convient de faire droit à sa demande indemnitaire pour la violation de cette disposition légale et de lui allouer la somme de 1 000 € ;

Considérant enfin que Mlle W. présente une demande d'allocation de l'indemnité de précarité ; que celle-ci est subordonnée à la validité du contrat par lequel le contrat initial a été prolongé et qu'il convient d'en faire l'examen préalable ;

3°) Sur les heures supplémentaires (...)

4°) Sur le droit de recourir à un contrat "nouvelles embauches" :

Considérant qu'avant l'échéance du terme prévu par le contrat à durée déterminée, M. S. et Mlle W. ont conclu le 1^{er} décembre 2005, un contrat "nouvelles embauches" issu de l'ordonnance du 2 août 2005, à compter du 1^{er} janvier 2006 ;

Considérant que le ministère public appelant demande, sur ce point, la confirmation du jugement déferé en ce que la signature d'un contrat "nouvelles embauches" avec un salarié déjà présent dans l'entreprise, est contraire au but poursuivi par l'ordonnance du 2 août 2005 de sorte qu'en l'espèce, ce recours est abusif et illicite et doit entraîner la requalification du contrat "nouvelles embauches" en contrat à durée indéterminée de droit commun ;

Que cette argumentation est également reprise par la Confédération française des travailleurs chrétiens qui rappelle que l'article 1^{er} de l'ordonnance précitée réserve la conclusion d'un contrat "nouvelles embauches" à toute nouvelle embauche ;

Considérant cependant que l'emploi redondant de l'expression "nouvelles embauches" dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 août 2005, n'a pas pour effet d'en clarifier le sens puisque l'article 2 du même texte définit les conditions d'une "nouvelle embauche" d'un salarié, déjà employé par l'entreprise ;

Que l'embauche doit, par opposition à l'emploi, s'entendre de la situation subjective d'un salarié qui est nouvellement engagé dans l'entreprise ; qu'un salarié qui est arrivé au terme de son contrat à durée déterminée n'appartient plus à l'entreprise et que le contrat qui lui est alors proposé, constitue pour lui une "nouvelle embauche" ;

Qu'il importe peu, comme en l'espèce que Mlle W. ait été le 1^{er} janvier 2005, une ancienne salariée de M. S. puisque, à cette date elle faisait l'objet d'une nouvelle embauche ;

Considérant d'autre part qu'aucune fraude n'est caractérisée dans le comportement de M. S. ; que le contrat de sa salariée arrivant à son terme, il était fondé à embaucher Mlle W. sur la base d'un contrat à durée indéterminée d'un nouveau type ;

5°) Sur la conventionnalité du contrat "nouvelles embauches" :

Considérant que le ministère public a relevé appel du jugement qui a dit que l'ordonnance du 2 août 2005, créant le contrat "nouvelles embauches" est contraire à la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ;

Considérant que par décision du 19 mars 2007, le Tribunal des conflits a annulé l'arrêt du préfet de l'Essonne en date du 31 octobre 2006 qui a décliné la compétence du juge de l'ordre judiciaire pour connaître de l'exception d'illégalité de l'ordonnance du 2 août 2005 ;

Qu'en conséquence Mlle W. et les parties intervenantes au litige sont fondées à invoquer les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT devant la Chambre sociale de la Cour et cette dernière est compétente pour statuer sur la conventionnalité de l'ordonnance précitée ;

Considérant cependant que cette compétence, exercée par voie d'exception, ne peut avoir pour effet d'exclure l'ordonnance en cause de l'ordre juridique interne, mais seulement d'en écarter éventuellement l'application à la présente instance ;

Considérant qu'il n'est contesté par aucune des parties au litige que la convention n° 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée à Genève le 22 juin 1982 par l'OIT, et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990, est directement applicable par les juridictions françaises ;

Que par arrêt en date du 29 mars 2006, la Cour de cassation s'est prononcée pour cette solution en ce qui concerne les articles 1, 2 §b et 11 de la convention ; que les articles 4, 7, 8, 9 et 10 de la convention n° 158 en cause dans le présent litige, constituent des dispositions à caractère obligatoire et normatif dont la formulation complète et précise, rend inutile l'adoption de règles d'application ; que les articles précités sont donc directement applicables en droit français ;

Considérant enfin qu'il n'est pas davantage discuté que, tant en application de l'article 55 de la Constitution, qu'en conformité avec la jurisprudence définie par l'arrêt Jacques Vabre rendu par la Cour de cassation le 24 mai 1975, la primauté du droit international sur la loi française, a pour effet d'écarter cette dernière si elle déroge à une norme supérieure ;

Qu'il importe peu, à cet égard, que le rédacteur de l'ordonnance du 2 août 2005 ait omis de faire référence à la convention n° 158 puisque le contrôle de conventionnalité s'impose au juge lorsqu'il est saisi de ce moyen ; que le seul effet de cette omission est de présumer que le gouvernement n'a pas entendu écarter les dispositions de la norme internationale ;

Considérant que le contrat "nouvelles embauches" créé par l'ordonnance du 2 août 2005 concerne les entreprises du secteur privé et les associations employant au plus vingt salariés ; que suivant les dispositions de son article 2 : "ce contrat est soumis aux dispositions du Code du travail à l'exception, pendant les deux premières années courant à compter de sa date de conclusion, de celles des articles L. 122-4 à L. 122-1 1, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 de ce code" ;

Qu'il en résulte que durant ce délai qualifié de "période de consolidation" par le gouvernement et de "période de précarité" par certains commentateurs, sont exclues les règles relatives à l'examen par le juge de la régularité et du caractère réel et sérieux du licenciement, à la motivation de la lettre de licenciement, à l'entretien préalable, au délai de préavis, à la notification du licenciement, à l'indemnité légale de

licenciement, et à l'indemnisation d'un licenciement irrégulier et abusif ;

Que la justification par le pouvoir réglementaire du régime juridique dérogatoire de ce nouveau contrat doit être recherchée dans les explications données au parlement à l'occasion du vote de la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 et dans le rapport adressé par le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement au Président de la République ;

Considérant que la convention n° 158 dispose dans son article 4 : *"Un travailleur ne devra 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 du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service"* ;

Considérant que le ministère public relève que la dérogation à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement n'implique pas nécessairement que l'ordonnance du 2 août 2005 ait écarté l'exigence d'un motif valable au sens de l'article 4 précité ; qu'ainsi un juge qui peut toujours être saisi de la contestation d'un licenciement aura la possibilité de rechercher le caractère valable du licenciement tout en excluant l'examen d'une cause réelle et sérieuse ;

Considérant qu'il convient de relever à cet égard que, à défaut de notification d'un motif de rupture, il appartiendra au salarié, contestant son licenciement devant le juge, de supporter la charge de la preuve d'un abus de droit de son employeur ;

Que sur ce point, le Conseil constitutionnel dans une décision rendue le 9 novembre 1999 a posé les limites constitutionnelles à la liberté de rompre unilatéralement un contrat : *"...l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture devant toutefois être garanties"* ;

Que la simple notification de la rupture prévue par l'ordonnance du 2 août 2005, n'équivaut pas à l'information exigée ;

Que de plus, le Conseil constitutionnel, dans cette même décision, souligne que certains contrats nécessitent une protection de l'une des parties ; que le contrat de travail appartient à cette catégorie de contrat dans lequel le salarié se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son cocontractant ; que contrairement aux impératifs que le Conseil constitutionnel impose au législateur, le contrat "nouvelles embauches" ne contient aucune précision sur les causes permettant la résiliation lorsqu'une des parties doit être protégée ;

Considérant que le Conseil constitutionnel, saisi de recours contre la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 n'a pas manqué de rappeler les principes qu'il a dégagés en déclarant que la loi d'habilitation *"ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales ou européennes applicables"* ;

Considérant que les conclusions du ministère public qui a sur ce point adopté la solution défendue par le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat saisi d'un recours en annulation tendant à admettre que le motif valable puisse être implicitement contenu dans la décision de rompre le contrat, de sorte que l'ordonnance du 2 août 2005 ne dérogerait pas sur ce point à l'article 4 de la convention n° 158 ;

Que cependant, dans cette hypothèse, encore faut-il admettre que le motif réel et sérieux de licenciement, dont l'employeur est dispensé de rapporter la preuve, est différent du motif valable que le rédacteur de l'ordonnance aurait laissé subsister, peut-être par inadvertance mais au moins par référence implicite à la convention n° 158 ;

Considérant, sur ce point, que la recommandation R. 119 sur la cessation de la relation de travail adoptée par l'OIT le 26 juin 1963 et qui a servi de base à la rédaction de la convention n° 158 précise : *"la définition ou l'interprétation d'un tel motif valable devrait être laissée aux méthodes d'application prévues au 6-1"* ;

Que ces méthodes d'application sont soumises aux règles suivantes : *"La présente recommandation pourra être appliquée par voie de législation nationale, ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière qui serait conforme à la pratique nationale et semblerait appropriée, compte tenu des conditions propres à chaque pays"* ;

Considérant que le droit positif français, tel qu'il résulte des textes législatifs et de leurs applications jurisprudentielles, considère que, pour être valable, un licenciement doit reposer sur un motif réel et sérieux ;

Que si la terminologie employée par la convention n° 158 est différente de la formule retenue en droit interne, il apparaît que son contenu est identique puisque c'est par référence à la pratique nationale qu'il convient de définir le motif valable ;

Qu'il en résulte, qu'en excluant la nécessité d'asseoir la rupture du contrat "nouvelles embauches" sur un motif réel et sérieux, l'ordonnance du 2 août 2005 déroge à l'article 4 de la convention n° 158 ;

Considérant que la convention n° 158 dispose dans son article 7 : *"Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité"* ;

Considérant que le régime juridique du contrat "nouvelles embauches" supprime temporairement la procédure préalable au licenciement : convocation à l'entretien préalable, entretien sur les motifs du licenciement envisagé, délai de réflexion ; qu'il déroge aux dispositions de la convention n° 158 ;

Qu'en souscrivant à ce constat, le ministère public limite la portée de la dérogation en rappelant que les licenciements prononcés pour motif disciplinaire sont soumis à la procédure de l'article L. 122-41 CT qui n'a pas été exclue par l'ordonnance du 2 août 2005 ; qu'il acquiesce ainsi à la position adoptée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 19 octobre 2005 rejetant le recours en annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 : *"Si l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcés pour un motif disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée par l'employeur dans les autres cas de licenciement fondés sur des motifs inhérents à la personne du salarié"* ;

Que la reconnaissance d'un nouveau principe général de droit du travail s'accompagne ici de l'exclusion non explicitée de tous les licenciements liés à la personne du salarié subissant néanmoins la même sanction que le salarié qui "bénéficie" d'une procédure disciplinaire ;

Que cette distinction peut d'autant moins justifier une dérogation à l'article 7 de la convention n° 158 que, précisément cet article englobe les deux catégories de licenciement en visant *"des motifs liés à sa conduite ou à son travail"* ;

Qu'en dérogeant expressément à l'unité du droit du licenciement posée par la convention n° 158, l'ordonnance du 2 août 2005 déroge plus particulièrement à son article 7 ;

Considérant, au surplus, que cette distinction est inopérante dès lors que l'employeur n'a pas à motiver les raisons de la rupture du contrat et qu'il appartient alors au salarié qui entend se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-41, de rapporter la preuve qu'il a fait l'objet d'un licenciement disciplinaire au risque de convaincre le juge que ce motif était fondé ;

Considérant que les articles 8 et 9 de la convention n° 158 définissent les conditions dans lesquelles peuvent être exercés

les recours contre le licenciement ainsi que le régime de la preuve ;

Considérant qu'il n'est pas contestable que le contrat "nouvelles embauches" ne prive pas le salarié d'accéder à une juridiction pour contester un licenciement qu'il estime injustifié et qu'il peut être accordé au crédit des auteurs de l'ordonnance du 2 août 2005 de ne pas avoir institué un droit de licencier discrétionnaire, échappant à tout contrôle juridictionnel ;

Considérant cependant que l'article 9 de la convention n° 158 dispose que la juridiction saisie devra "être habilitée à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et décider si le licenciement était justifié" ; que là encore, la théorie de la motivation implicite se heurte à la contradiction insurmontable de 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 ;

Considérant qu'il ressort de l'examen comparé des dispositions de la convention n° 158 avec le texte de l'ordonnance du 2 août 2005 que ce dernier ne satisfait pas à l'exigence de conventionnalité qu'il devait respecter à l'égard d'une norme supérieure ;

6°) Sur l'exclusion du champ d'application de la convention n° 158 :

Considérant que la convention précitée prévoit dans son article 2 qu'un membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines de ses dispositions les catégories de salariés énumérées à l'article 2-2 b : "Les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable" ;

Considérant que l'application de ce texte à l'ordonnance du 2 août 2005 est contestée ;

Qu'ainsi la Confédération générale du travail soutient que le délai de deux années institué par l'ordonnance précitée doit, à la lumière des travaux préparatoires, se comprendre comme une période de consolidation dans l'entreprise destinée à vérifier la viabilité de l'emploi, et non pas d'une période d'ancienneté requise au sens de la convention n° 158 et fondée sur la situation du salarié au sein de l'entreprise ;

Qu'en conséquence, pour la CGT, le fondement du régime dérogatoire de l'ordonnance du 2 août 2002 ne serait pas l'article 2-2 b précité mais l'article 2-4 qui prévoit également un régime d'exclusion de la convention pour "certaines catégories de travailleurs salariés dont les conditions d'emploi sont soumises à un régime spécial..." ;

Que cependant, les dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 définissent seulement des catégories d'employeurs qui peuvent y recourir et non des catégories de salariés soumis à un régime spécial ; que cette seule circonstance que leur contrat n'est pas soumis pendant deux années à l'ensemble des dispositions du Code du travail, ne les constitue pas en une catégorie spéciale de salariés mais créée à l'égard de tous la même condition suspensive de droits liée à leur ancienneté ; qu'il convient donc de considérer que l'ordonnance du 2 août 2005 entre dans le champ d'exclusion prévu par l'article 2-2 b précité ;

Considérant d'autre part que le ministère public appelant conteste l'analyse retenue par les premiers juges selon lesquels, la période de deux ans constitue une période d'essai ; que si la période d'essai doit se définir comme le délai durant lequel l'employeur et le salarié apprécient l'adaptabilité de ce dernier à son emploi, l'ordonnance du 2 août 2005 ne donne aucune indication sur la nature de ce délai de deux années ; que son seul objet est d'ouvrir à son terme, l'applicabilité de l'ensemble du Code du travail au salarié ; que cet écoulement mécanique du temps caractérise l'acquisition de l'ancienneté qui n'est pas soumise, comme une période de formation qui peut être prolongée, à une appréciation subjective des cocontractants ;

Que la perception que les usagers du contrat "nouvelles embauches" peuvent avoir de cette période de deux années est opérante pour en déterminer la nature juridique car la motivation des parties pour user de cette faculté ne peut se substituer à la qualification de ce délai ;

Considérant que pour valider le régime d'exclusion posé par l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005, il convient de rechercher si le délai de deux ans est conforme aux prescriptions de la convention n° 158 qui enferme la période dérogatoire dans une "durée raisonnable" ;

Qu'il ne peut être ici ignoré que le Conseil d'Etat dans son arrêt précité du 19 octobre 2005 a considéré que cette période de deux années présentait un caractère raisonnable "eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le contrat nouvelles embauches est un contrat à durée indéterminée" ;

Considérant que c'est également à un contrôle de proportionnalité auquel invite le ministère public en prenant soin de souligner que les termes de la comparaison ne sont pas ceux de la période d'essai ; que le rapport au président de la République expose clairement que le contrat "nouvelles embauches" a été créé pour surmonter les réticences de ces chefs d'entreprise qui "hésitent encore trop souvent à embaucher, même lorsque leur plan de charge immédiat le leur permettrait" ;

Qu'ainsi le souci d'encourager les recrutements pérennes au détriment du recours au travail temporaire ou au contrat à durée déterminée constitue un objectif justifiant les pouvoirs donnés au gouvernement par la loi d'habilitation ;

Considérant que si le principe d'exclusion, admis par la convention n° 158, trouve un juste fondement dans une politique volontariste de l'emploi, il appartient au juge du contrat de travail d'apprécier le caractère raisonnable de la durée de l'atteinte portée aux droits des travailleurs salariés ;

Qu'en l'espèce, durant une période de deux années, le contrat "nouvelles embauches" prive le salarié de l'essentiel de ses droits en matière de licenciement, le plaçant dans une situation comparable à celle qui existait antérieurement à la loi du 13 juillet 1973 et dans laquelle la charge de la preuve de l'abus de la rupture incombait au salarié ; que cette régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail, dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail ; 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 ;

Qu'il convient enfin de relever qu'aucune législation de pays européens comparables à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail ;

Que dans ces conditions le contrôle de proportionnalité ne permet pas de considérer que le délai de deux années institué par l'ordonnance du 2 août 2005 soit raisonnable ; qu'en conséquence, ce texte ne peut invoquer à son profit le bénéfice implicite de la dérogation temporaire instituée par la convention n° 158 à son application ;

Que les dispositions de l'ordonnance précitée créant le contrat "nouvelles embauches" étant contraires à la convention n° 158 de l'OIT ont été appliquées à tort par M. S., de sorte que le contrat de travail conclu avec Mlle W. doit être requalifié en contrat à durée indéterminée de droit commun ;

7°) Sur la rupture du contrat :

Considérant que le 27 janvier 2006 M. S. notifiait à Mlle W. la rupture de son contrat "effective à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de présentation de la lettre" ;

Qu'en raison de la requalification de ce contrat en contrat à durée indéterminée de droit commun, sa rupture est soumise aux dispositions du Code du travail concernant le licenciement ;

Qu'en l'espèce, Mlle W. fait valoir que son licenciement est intervenu en raison de son état de santé et en violation des dispositions de l'article 122-45 CT que son licenciement doit être annulé et qu'elle demande en conséquence sa réintégration ;

Considérant que M. S., s'il n'a pas motivé la notification de la rupture à lui-même précisé dans ses écritures, qu'elle était justifiée par les "absences répétées perturbant gravement l'organisation du secrétariat et nécessitant son remplacement dès le 3 février" ;

Qu'ainsi, il apparaît que si l'état de santé de Mlle W. est à l'origine de ses absences répétées, c'est la désorganisation du secrétariat en résultant qui constitue le motif du licenciement ; qu'un tel motif, lorsqu'il est reconnu réel et sérieux, constitue une cause licite de licenciement ; qu'en conséquence, Mlle W. ne peut prétendre à sa réintégration sur le fondement de la nullité de son licenciement ;

Considérant que l'absence d'une lettre énonçant le motif du licenciement prive le salarié de la connaissance de ce motif et a pour effet de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Que Mlle W. est bien fondée à demander l'indemnisation du préjudice résultant pour elle de ce licenciement abusif ; qu'il résulte des éléments soumis à l'appréciation de la cour qu'il convient de lui allouer de ce chef la somme de 15 000 € ainsi que celle de 2 000 € à titre d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement ;

Considérant d'autre part, que le contrat à durée déterminée de Mlle W. n'a pas été suivi d'un contrat régulier et que nonobstant la requalification du contrat "nouvelles embauches" en contrat à durée indéterminée, le bénéfice de l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 lui est acquis ; qu'il lui est dû à ce titre la somme de 861,52 € ;

Considérant que Mlle W. fait valoir que son employeur n'a pas satisfait à son obligation de l'informer de ses droits en matière de formation, suivant les dispositions de l'article L. 931-20-2 CT qu'il convient de faire droit à sa demande indemnitaire pour ce manquement non contesté par M. S. ;

Considérant que les demandes formulées par l'union locale CGT de Chatou sont fondées sur les dispositions de l'article L. 411-11 CT qu'en l'espèce l'intérêt du litige dépasse les personnes de l'employeur et de sa salariée et que la définition de la portée de l'ordonnance du 2 août 2005 au regard des conventions internationales auxquelles la France a souscrit, relève de la défense des intérêts collectifs de la profession au sens de l'article précité et qu'il convient en conséquence de faire droit à sa demande indemnitaire à hauteur de 2 000 € ;

Considérant qu'il serait inéquitable de laisser à Mlle W. la charge intégrale de ses frais irrépétibles.

PAR CES MOTIFS :

Réforme le jugement déferé et statuant à nouveau,

Dit que le contrat à durée déterminée signé le 1^{er} juillet 2005 a été valablement conclu,

Déboute en conséquence Mlle W. de ses demandes relatives à la requalification de ce contrat,

Dit que le contrat "nouvelles embauches" signé le 6 décembre 2005 est contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail et n'est pas applicable en l'espèce,

Requalifie ce contrat en contrat à durée indéterminée de droit commun,

Dit que sa rupture, qui n'a pas été soumise à la procédure de licenciement applicable, est abusive ;

En conséquence, condamne M. S. à verser à Mlle W. les sommes suivantes : 1 000 € à titre de dommages-intérêts au titre de la période d'essai du contrat à durée déterminée irrégulière ; 861,52 € à titre de prime de précarité ; 15 000 € à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive ; 2 000 € à titre d'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement ; 1 000 € à titre de dommages-intérêts pour non-respect de l'information des droits à la formation ; 3 000 € sur le fondement de l'article 700 NCPD ;

Condamne M. S. à verser à l'union locale CGT de Chatou la somme de 2 000 € à titre de dommages-intérêts.

(M. Verpeaux, prés. - M^{es} Legond, Ravez, Filior, Henry, Saada, Depremare, av.)

Deuxième espèce :

CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE ROMANS-SUR-ISÈRE (départage) 19 avril 2007
M. contre Alizée Expertises immobilière

M. M. a saisi le 10/03/2006, le Conseil de prud'hommes de Romans pour obtenir un rappel de salaires de 3 157 € avec congés payés afférents soit 315,70 €. Il revendique la revalorisation de sa rémunération au motif qu'il a effectué des tâches lui permettant d'alléguer le statut de cadre, Il considère devoir être classé au coefficient 450 conformément à la convention collective applicable au secteur d'activité. A l'appui de ses prétentions, il a exposé être architecte et avoir effectué des relevés loi Carrez, des mises en copropriété, avoir travaillé sur le logiciel Autocad et avoir effectué des tâches d'économiste.

MOTIVATION DE LA DÉCISION :

LE RAPPEL DE RÉMUNÉRATIONS : (...)

LA RUPTURE DU CONTRAT NOUVELLES EMBauchES

La compétence du Conseil de prud'hommes :

- Les juridictions judiciaires tiennent de l'article 55 de la Constitution, interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision IVG du 15 janvier 1975 et par la Cour de cassation dans sa décision Jacques Vabre du 24/05/1975, le pouvoir de

contrôler la conformité des normes de valeur législative aux engagements internationaux.

- La convention 158 de l'OIT, ratifiée par la France a une valeur supérieure à la loi, par application de l'article 55 de la Constitution.

- L'ordonnance 2005-893 du 02/08/2005, qui a institué le contrat nouvelles embauches dit CNE a acquis valeur législative, pour avoir fait l'objet d'une ratification implicite par les lois postérieures de 2005-1719 du 30 décembre 2005 et 2006-239 du 23 mars 2006 qui ont prévu le financement de l'allocation forfaitaire allouable selon ladite ordonnance au titulaire du nouveau contrat en cas de rupture du lien salarial.

Il résulte tant de ce qui précède que de la décision du Tribunal des conflits en date du 19 mars 2007 que le Conseil des prud'hommes présentement saisi a compétence pour statuer sur l'exception de conventionnalité de l'ordonnance instituant le CNE à la convention 158 de l'OIT. C'est en vain en effet que Mme Bard invoque l'autorité de la chose jugée attachée à la décision prononcée le 19 octobre 2005 par le

Conseil d'Etat qui a estimé que l'ordonnance attaquée ne méconnaît pas les dispositions de la convention OIT. La haute juridiction administrative ne s'est prononcée en effet que sur la conformité d'un texte à valeur réglementaire (avant sa ratification implicite) à la norme internationale. Depuis, l'ordonnance a acquis valeur législative par ratification législative ; il ne peut donc y avoir autorité de la chose jugée de la décision précitée. Le conseil qui n'est pas lié par l'analyse de la juridiction administrative doit apprécier l'exception de conventionnalité.

La conformité de l'ordonnance du 02/08/2005 à la norme internationale :

En son article 4, la convention 158 précitée dispose qu'un salarié ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable lié à son aptitude ou à sa conduite, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

En son article 7, le texte dispose également qu'un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées ; les articles 8-1, 9 et 10 de la même convention reconnaissent enfin, le droit pour un travailleur licencié d'exercer un recours juridictionnel, ainsi que la possibilité pour le juge d'examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement et, le cas échéant, d'accorder une réparation.

Or, l'article 2 de l'ordonnance attaquée exclut l'application au contrat nouvelles embauches des dispositions des articles L 122-14 et suivants du Code du travail relatives à la procédure de licenciement et définit des modalités particulières ne comportant aucune procédure contradictoire en cas de rupture de ce contrat au cours des deux premières années de consolidation. Ainsi, se trouvent exclues les obligations d'entretien préalable et de motivation de la lettre de licenciement, contraintes découlant de la convention de l'OIT qui impose lors d'une rupture à l'initiative de l'employeur de faire connaître au salarié les motifs de celle-ci, et la possibilité d'un recours effectif pour contrôler ce motif.

Ainsi le régime du CNE tel qu'il résulte de l'ordonnance critiquée, est incompatible avec les exigences du droit international ; le seul recours du salarié est en effet subordonné, en cas de CNE, à la preuve qui lui incombe de démontrer le caractère illégitime du licenciement dans le seul cadre restreint de la théorie de l'abus de droit, ce qui implique un renversement de la charge de la preuve.

Reste toutefois à s'interroger sur l'applicabilité de l'article 2-2 b de la convention internationale qui autorise des dérogations aux exigences qu'elle prévoit. Le texte permet en effet aux Etats d'exclure certains travailleurs du champ d'application de ses dispositions, notamment ceux 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.

Or, si la première condition relative à la fixation préalable de l'ancienneté ne soulève pas de problème, le contrat CNE la prévoyant pour deux ans, celle de son caractère raisonnable apparaît discutable.

Le Conseil d'Etat dans sa décision du 19 octobre 2005, a certes considéré la durée de deux ans comme raisonnable, eu égard *"au but en vue duquel la dérogation a été édictée et à la circonstance que le contrat nouvelles embauches est un contrat à durée indéterminée"*.

Toutefois, c'est également en comparant les intérêts de l'employeur et du salarié et non seulement en considération du but en vue duquel le CNE a été institué, que le caractère raisonnable de l'ancienneté doit être évalué.

L'intérêt de l'employeur a été défini dans le rapport au Président de la République (JO n° 179 du 03/08/2005) comme suit : *"l'employeur... hésite à embaucher de façon pérenne..., en raison de la volatilité de l'économie..., par crainte des incertitudes inhérentes à la rupture"*. La durée raisonnable de

la période de consolidation doit donc s'apprécier à la lumière de la situation économique du secteur d'activité de l'employeur et de la difficulté à apprécier les compétences du salarié.

Or, une durée de deux ans, quel que soit le poste occupé apparaît contraire aux traditions de droit interne ou comparé. Ainsi la période d'essai de droit commun, destinée à apprécier les compétences du salarié et les conditions de l'emploi dont la durée est librement fixée est toutefois soumise à un contrôle juridictionnel pour son caractère raisonnable. En cas de convention collective, la durée moyenne est de l'ordre de un à six mois. En Europe, à titre d'exemple le Royaume-Uni, dont le marché est plus souple que le marché français dans une économie plus libérale, a récemment allongé la durée de la période d'essai de six mois à un an maximum.

Ainsi, une durée de deux ans uniforme, fixée d'autorité par la loi sans relation avec le poste occupé et ne dépendant pas des conditions d'emploi dans le secteur litigieux, sans possibilité d'appréciation *in concreto* est obligatoirement déraisonnable au sens de la convention de l'OIT.

En conséquence, la dérogation prévue à l'article 2-2 b n'est pas applicable et par suite l'ordonnance attaquée prise en méconnaissance de la norme internationale supérieure, ne peut être invoquée par Isabelle Bard contre M. M. pour justifier la rupture du contrat de travail.

Dès lors, le contrat intervenu sous l'appellation nouvelles embauches s'analyse en un contrat à durée indéterminée de droit commun, alors que d'autant plus l'ordonnance de 2005 a prévu que ce contrat était à durée indéterminée après consolidation. En l'absence de motif allégué lors du licenciement litigieux, celui-ci sera considéré sans cause réelle et sérieuse.

Il sera donc fait application de l'article 122-14-5 du Code du travail eu égard à la taille de l'entreprise et à l'ancienneté de M. M.. L'employeur ne peut en effet *a posteriori* invoquer la faute et l'incompétence du salarié alors qu'il n'a pas motivé sa lettre de rupture. Le conseil estime donc devoir allouer à M. M. une somme de 1 000 € tant au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse que de l'irrégularité procédurale. Il est tenu compte pour la fixation de cette indemnité de celle déjà spécifiquement perçue de 498 €, suite à la rupture du contrat dit nouvelles embauches.

Par équité, et eu égard au sort partagé du litige il ne sera pas fait application de l'article 700 du NCPC, à l'encontre de l'employeur qui a pu en toute bonne foi choisir de recourir à un contrat prévu par le droit interne. Le non-respect des dispositions internationales par l'ordonnance instituant ce nouveau contrat ne peut en effet lui être imputé.

PAR CES MOTIFS :

Vu l'article L 122-14 du Code du travail,

Vu la convention 158 de l'Organisation internationale du travail,

Déboute M. M. de ses prétentions au titre de la requalification et des rappels de rémunérations.

Dit que l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat nouvelles embauches ne respecte pas la convention 158 de l'Organisation internationale du travail du 22 juin 1982.

Dit que le contrat intervenu le 26 septembre 2005 est un contrat à durée indéterminée.

Dit que le licenciement intervenu le 6 février 2006 n'a pas de cause réelle et sérieuse et que la procédure préalable n'a pas été respectée.

En conséquence, condamne Isabelle Bard à payer à M. M. la somme de 1 000 € à titre d'indemnité toutes causes confondues.

(Mme Greiner, prés. - M. Vallet, mand. synd. - Mme Pinet, av.)