

# Florilège de beaux principes autour d'un CNE désamorcé

par *Alain Chirez*, Professeur agrégé des Universités, Avocat au Barreau de Grasse

## PLAN

- I. La légitimité de l'action syndicale
- II. Les principes généraux du droit du licenciement
  - A. Motifs valables et cause réelle et sérieuse
  - B. Explications, motivation et preuves
- III. Sur les indemnités

**Le CNE est stérilisé. Par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, article 9, ces contrats spéciaux, en cours à la date de publication de ce texte, « sont requalifiés en contrat à durée indéterminée de droit commun, dont la période d'essai est fixée par voie conventionnelle, ou à défaut, à l'article L 1221-19 du Code du travail ». La loi a cet étrange pouvoir de dire que les choses sont ainsi et pas autrement, (quelquefois même, au prix de fictions juridiques). Voici, en tout cas, un texte précis, et plus besoin de jurisprudence pour paraphraser un grand révolutionnaire...**

On pourrait dès lors penser que l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (1) n'a qu'un intérêt rétrospectif (2). Ce n'est pas le cas.

La décision est, au contraire, particulièrement instructive sur le droit du licenciement, tant dans ses principes généraux relatifs notamment au droit aux explications ou à celui de la preuve, que sur les conséquences particulières de la rupture sur le droit aux indemnités, qu'il s'agisse de l'articulation de certaines d'entre elles, ou de l'exigibilité de l'indemnité de précarité. L'action judiciaire syndicale elle-même fait l'objet de précisions intéressantes, par la haute juridiction qui ignore, en revanche, « superbement » le reproche insidieux de la décision politique.

En critiquant, dans une décision de justice, une mesure législative dont il conteste « l'opportunité et l'efficacité », le juge commettrait un excès de pouvoir. Le pourvoi reprochait effectivement à la Cour d'appel d'avoir dit 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 ». De telles appréciations n'auraient pas leur place dans une décision de justice.

Que le droit du travail, droit à sang chaud, selon la belle formule de M. Jean-Emmanuel Ray, soit plus sensible que d'autres branches du droit à la chose politique, est un lieu commun. Traditionnellement, le magistrat doit cependant rester neutre. On se souvient de la formule d'une intéressante chronique : « sois juge et tais toi ». Plus techniquement, il n'en revient pas moins au juge, pour interpréter un texte, de s'interroger sur sa finalité, comme l'a justement fait la Cour d'appel avec beaucoup de logique d'ailleurs. La Cour de cassation ne répond donc pas au coup de patte, l'interprétation pouvant

(1) Arrêt n° 1210, PBR, pourvoi n° F 07-44.124 reproduit ci-après p. 517.

(2) Cette affaire a débuté devant le Conseil de prud'hommes de Longjumeau (28 avr. 2006, RPDS 2006 p.165 n. Laurent Milet) ; la Cour d'appel de Paris a dû surseoir à statuer en raison d'un

déclinatoire de compétence (20 oct. 2006, Dr. Ouv. 2007 p.132 n. I. Meyrat) avant que le Tribunal des conflits n'affirme la compétence judiciaire (19 mars 2007, Dr. Ouv. 2007 p. 395 n. A. de Senga). Le deuxième arrêt de la Cour, statuant sur le fond du litige (6 juil. 2007, Dr. Ouv. 2007 p. 504 n. L. Milet), a fait l'objet d'un pourvoi examiné par l'arrêt rapporté.

assez impunément, de toute façon, être aussi cette forme intellectuelle de la désobéissance (Carbonnier...). C'est fort heureux parfois.

A côté de ce que ne dit pas la Cour de cassation, il y a ce qu'elle dit sur l'action en justice du syndicat (I), les principes généraux du droit du licenciement (II) et sur les indemnités (III).

## I. La légitimité de l'action syndicale

Pour dire bien fondée l'action en paiement de dommages et intérêts du syndicat CGT, la Haute juridiction, dans un attendu condensé, retient que la Cour d'appel a exactement relevé que l'intérêt du litige dépassait les personnes de l'employeur et de sa salariée, et que la définition de la portée de l'ordonnance au regard des conventions internationales auxquelles la France a souscrit, relevait de la défense des intérêts collectifs de la profession. La décision est orthodoxe.

Dès lors, en effet, qu'un litige soulève une question de principe dont la solution peut préjudicier, même indirectement ou moralement à l'intérêt collectif de la profession, le syndicat peut agir sur le fondement de l'article L 2132-3 CT (anciennement L 411-11). Tel est bien le cas en l'espèce. Quand il existe une violation caractérisée des normes sociales applicables, ou une question de droit du travail dont la réponse peut affecter l'ensemble ou une catégorie de salariés, la profession est atteinte. De toute façon, le salarié particulier de telle ou telle profession est indéniablement affecté par l'atteinte des droits du contractant juridiquement subordonné en général.

L'arrêt rendu s'inscrit donc dans la lignée des décisions qui reconnaissent à l'action syndicale « *la plénitude de son exercice pour la défense des intérêts professionnels* » (3).

L'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2008 se dispense même de la formule suivant laquelle « *le non-respect de dispositions conventionnelles... est de nature à causer nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de l'ensemble de la profession* », formule utilisée aussi bien dans l'arrêt *Eurodisney* du 12 juillet 2001 (4) que dans l'arrêt *Sofaco* (5). Le préjudice n'est pas évoqué parce

que le litige relève à l'évidence de la défense des intérêts collectifs de la profession et permet l'action syndicale. Ici comme dans le droit de la responsabilité civile, la mention du préjudice n'est pas toujours exigée.

Le préjudice moral est d'ailleurs inhérent à la violation de la règle sociale (6).

Il paraît assez juste, dans ces conditions, qu'une question soulevée par l'interprétation d'un contrat de travail individuel puisse permettre l'action syndicale collective, dès lors que l'appréciation du juge peut avoir des répercussions sur l'ensemble des professionnels qui exercent leurs activités dans les mêmes conditions (7). Comme le soulignent à juste titre les auteurs (8), « *un domaine très vaste est par conséquent ouvert à l'action collective médiate qui couvre l'ensemble du champ de la réglementation du travail d'origine légale ou conventionnelle, mais qui déborde largement ce cadre* ».

Si l'on ajoute que, sous réserve des statuts du groupement, il n'y a pas de nécessaire « *correspondance quant à l'assise territoriale entre l'organisation agissant et l'opération juridique qu'elle met en cause* » (9), on ne peut que constater que l'action syndicale, dans la défense des intérêts collectifs de la profession devrait continuer d'être très largement ouverte... Beaucoup plus en tout cas qu'elle n'est utilisée. Et ce n'est pas l'un des moindres mérites de cet arrêt que de souligner le bien-fondé de ce type d'actions en cas de problème d'interprétation d'un conflit de normes internationales et internes. L'action syndicale a donc de l'avenir, spécialement lorsque les normes nationales produisent un droit du travail en deçà des normes internationales, sur l'échelle du progrès social, c'est-à-dire, en bref, en période de régression sociale.

(3) cf. obs. Yves Saint-Jours – Dalloz 2000 p. 120 qui relevait la distorsion existant entre les possibilités d'actions légalement reconnues sur le fondement de l'article L 411-11 devenu L 2132-3, et l'usage qui en est rarement fait, notamment devant les Conseils de prud'hommes.

(4) Bull. civ. V n° 221, Dalloz 2002 p. 503, note J.M. Verdier.

(5) Soc. 3 mai 2007, Dr. Ouv. 2007 p.326 et l'étude de M. Henry « L'action syndicale en exécution des conventions collectives » Dr. Ouv. 2007 p.122.

(6) cf. sur ce point Répertoire de droit du travail, 2008, Dalloz, F. Duquesne et C. Sach-Durand, fasc. *Syndicat professionnel*, spéc. n° 90 et s. qui évoquent « *la crainte d'une évolution des conditions d'emploi et de protection sociale qui constitue une forme de préjudice moral dont le juge accueille très fréquemment la réparation* ».

(7) cf. sur ce point, Cass. Soc. 6 nov. 1984 Bull. civ. V n° 415 ; 23 fév. 2005 Bull. civ. V n° 71.

(8) F. Duquesne et C. Sach-Durand, obs. cit. n° 115.

(9) J.-M. Verdier, Droit Social 2004, 845.

## II. Les principes généraux du droit du licenciement

### A. Motifs valables et cause réelle et sérieuse

La Haute juridiction, sans véritablement se prononcer sur la coïncidence entre cause réelle et sérieuse exigée par la loi interne, et le motif valable énoncé par la Convention, tient logiquement pour avéré qu'en supprimant toute exigence de motivation pour rompre le CNE, l'ordonnance viole la convention 158. Il est bien certain que la possibilité offerte par le CNE d'être rompu sans motif pendant la période dite improprement de consolidation (« parler de consolidation du contrat à propos d'une période où celui-ci peut être rompu librement par l'employeur est une imposture » J. Pélissier (10)), c'est résoudre le problème par la suppression de la question. A cet égard, on ne peut souscrire aux conclusions du Commissaire du gouvernement (11) suivant lesquelles « la circonstance que l'ordonnance du 2 août 2005 permet, dans les deux premières années, la rupture du contrat nouvelles embauches, sans que l'employeur ait à notifier au salarié les motifs de son licenciement, ne signifie pas que le licenciement n'a pas un motif, ni que le juge saisi d'une contestation de cette rupture, ne doit pas le déterminer et le contrôler ».

On peut au contraire penser que, exclure la motivation et permettre simplement le contrôle de l'abus, c'est justement nier l'exigence d'un motif valable au profit d'un motif seulement non attentatoire ou non discriminatoire. Comme l'ont rappelé certains commentateurs, sur le fondement des conclusions relatives à l'étude d'ensemble sur le licenciement injustifié, remises par la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT, « l'abus de droit ne pourrait en aucun cas se substituer à l'exigence pour l'employeur de justifier d'un motif valable de licenciement » (12).

Qu'est-ce alors qu'un motif valable ?

Le motif valable, ce n'est pas seulement l'absence de caprice, la non-atteinte aux libertés fondamentales, ou le motif non discriminatoire, mais c'est bien plutôt le motif pour lequel l'employeur, normalement diligent et soucieux de l'intérêt de l'entreprise, de la protection de ses salariés et de leur emploi, placé dans les mêmes conditions, aurait rompu le contrat. On est assez proche du motif objectif existant et exact dont le survenance compromet de façon

caractérisée la bonne marche de l'entreprise ou risque de lui porter atteinte.

L'une et l'autre « raisons » de licenciement ne sont pas définies autrement que par des composantes dans la convention n° 158 (motif lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service) ou par des situations et des exemples dans la jurisprudence française, dans les domaines personnels ou économiques. Le motif valable de licenciement constitue, en tout cas, certainement un ensemble plus vaste que la cause réelle et sérieuse qui exclut par exemple, la légitimité de certains motifs subjectifs comme la perte de confiance, ou l'imprécision de certains griefs comme l'incompatibilité d'humeur. Il n'est pas certain que la perte de confiance par exemple, qui n'est plus depuis longtemps un motif réel et sérieux, ne constitue pas un motif valable au regard de la convention, pour peu que cette perte de confiance soit légitime. Dans le même ordre d'idée, la règle jugée conforme à la Constitution (13) selon laquelle « si un doute subsiste, il profite au salarié » constitue une norme purement interne.

### B. Explications, motivation et preuves

Il y a, depuis longtemps déjà, et dans de nombreux domaines, une montée en puissance du droit aux explications qui n'est peut-être qu'une variante, influencée par le principe de cohérence, du droit à l'information, avec un rituel caractérisé par des moments, des lieux, et avant cela, des formes de convocation, et après cela, par une motivation de la rupture (14).

Le succès remporté à la Biennale de Venise par le Pavillon français centré autour de la lettre de rupture (S. Calle) en témoigne : la motivation de toute rupture est centrale. Le droit français du licenciement traduit cette exigence dans la loi mais aussi dans la jurisprudence. Le licenciement « verbal » exclusivement matérialisé par « un ordre donné au salarié de cesser toutes ses activités » (15) est sans cause réelle ni sérieuse, de même que le licenciement « de fait » caractérisé par l'opposition faite par l'employeur à l'accès du salarié à l'entreprise (16).

Le droit subjectif de savoir (17) s'accompagne même d'un droit à la précision de plus en plus marqué, d'abord

(10) Fallait-il inventer le CNE ?, Revue Droit du travail 2006 p. 144 et s.

(11) CE 19 oct. 2005, JCP, Ed. soc. n° 20, Ch. Devys.

(12) P. Legendre-Grandperret, David Métin, Marie-Françoise Lebon-Blanchard et Pierre Lyon-Caen, Tout ce que vous voulez savoir sur le CNE... Dr. Ouv. mars 2007 p. 121 et s. et spec. p. 124.

(13) Conseil constitutionnel déc. 25 juil. 1989.

(14) Sur l'exigence de motivation dans le droit des contrats, cf. Revue des contrats, 1<sup>er</sup> avril 2004 n° 2 p. 563 et s.

(15) Cass. Soc. 11 oct. 2005 n° 03.45246.

(16) Cass. Soc. 9 nov. 2005 n° 03-45533.

(17) Cf. sur la prolifération des droits subjectifs, Marc Pichard, "Le droit à", Etude de la législation française, ed. Economica, coll. Recherches juridiques, 2006 n° 183 et s. ; cf. Chr. Gailhbaud, "Le droit de la sécurité de la personne", thèse Nice 2007 spec. n° 21-22, 337 à 374.

dans la rédaction de la lettre, où l'imprécision du motif équivaut depuis des lustres à l'absence de motif. Il semble même, selon certains, que la jurisprudence « durcisse » sa position sur les conditions exigées pour une motivation suffisante de la rupture dans la lettre de licenciement (18).

La même exigence vaut pour d'autres domaines de la relation de travail (19).

On peut voir dans ce droit à l'information précise, un principe général du droit du travail, par-delà l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 octobre 2005 qui décide que : « *si l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciements 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* » (20).

On peut, au contraire, penser que le besoin de motivation est aussi impérieux dans le cas de licenciements extra-disciplinaires, pour mécontente, et encore plus généralement, en présence de motif personnel préjudiciable à l'entreprise. D'ailleurs, la loi ne distingue pas, et l'article 9 de la convention, prévoit l'obligation de motiver, même quand il s'agit de licenciement intervenant pour les besoins de l'entreprise (21).

On peut d'ailleurs se demander si ce besoin de motivation n'est pas directement proportionnel à la subjectivité irrémédiablement résiduelle de certains motifs comme la mécontente ou la divergence de vue.

Ce besoin de motivation, créateur d'un droit à la motivation de la rupture est d'autant plus caractérisé, en droit des obligations, lorsque la rupture est unilatérale. C'est, en droit du travail et en droit de la famille où, en dehors des cas de *mutus dissensus* que le besoin d'explications est sans doute le plus accentué. Il l'est, en tout cas, beaucoup plus que dans les contrats qui organisent de simples opérations ponctuelles.

Ce droit subjectif aux explications rejoint aussi, dans une certaine mesure, le devoir de cohérence des comportements bien mis en évidence par la doctrine

civiliste (22). Le contractant doit se comporter de manière cohérente avec sa promesse, et l'énonciation et la discussion des motifs de la rupture relèvent de cette exigence. La motivation, qui explique la rupture, conforte la force obligatoire du contrat, en confirmant la parole du débiteur de l'obligation qui, ainsi, ne contredit pas sa promesse (l'interdiction de se contredire soi-même au détriment d'autrui qui rejoint le concept anglo-saxon d'estoppel, participe de ce principe de cohérence).

Où l'on retrouve, avec cette idée de cohérence, sous un autre angle, l'idée de raisonnable qui innerve, on le sait, cette question de validité du CNE, avec la possible exclusion du bénéfice de la convention 158 de l'OIT.

La Cour de cassation n'a pas l'habitude de disserter sur ce concept de « raisonnable » si l'on se réfère, avant la présente décision, à celle du 29 mars 2006 (23) relative à l'exclusion du préavis en cas d'ancienneté du salarié inférieure à six mois (24).

La Cour de cassation est relativement « économe » sur ce point particulier dans cette décision, comme dans la précédente. Sans doute parce que la loi du 25 juin 2008, au nouvel article L 1221-21 CT fixe une durée maximale d'ordre public de la période d'essai qui, à présent, entoure d'un mur de temps, le terrain vague du délai raisonnable. Le Conseil de prud'hommes de Longjumeau s'était placé sur la généralité trop affirmée du délai unique de deux ans, et la Cour d'appel de Paris, quant à elle, avait choisi de situer le débat, outre le caractère exceptionnellement long par rapport aux autres législations des pays européens, sur la disproportion de l'atteinte au droit par rapport à la finalité recherchée qui est de réduire le chômage (25). En reprochant à l'article 2 de l'ordonnance, devenu l'article L 1223-4 du Code du travail abrogé par l'article 9 de la loi du 25 juillet 2008 de « ne pas faire de détail », c'est-à-dire, de ne pas viser une catégorie limitée de salariés, de ne pas distinguer suivant leurs fonctions, la Haute juridiction rejoint le raisonnement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau sur la généralité « déraisonnable » du délai de deux ans. Elle ne vise pas toutefois expressément cette notion cadre qui trouve pourtant un certain nombre

(18) Sur ce point, cf. Cass. Soc. 9 avril 2008 Dr. Ouv. 2008 p. 354 et Cass. Soc. 21 mai 2008, Sem. Soc. Lamy n° 1359 p. 12, obs. J.Y. Frouin.

(19) Pour un exemple récent du droit du salarié de connaître avec précision les bases de calcul de son salaire, cf. Cass. Soc. 18 juin 2008 reproduit en p. 533 de ce numéro avec l'avis de l'Avocat général F. Deby.

(20) *CGT et autres*, Dr. Ouv. fév. 2006 p. 75 et s., et spec. p. 80, L'ordonnance de l'incertitude sociale, Geneviève Koubi.

(21) G. Koubi, art. précité p. 81.

(22) cf. notamment la thèse de M. Bertrand Fages, *Le comportement du contractant*, thèse Aix-en-Provence 1996, Direction J. Mestre ; cf. également RTD Civ. 1996 p. 771.

(23) Bull. civ. V n°131.

(24) Le Conseil de prud'hommes de Longjumeau était beaucoup plus explicite dans son jugement du 28 avril 2006 ; cf. sur ce point Pascal Lokiec, *Revue de Droit du travail* 2006 p. 173.

(25) Sur ce point, cf. Laurent Milet, *La non-conventionnalité du contrat « nouvelles embauches » : du contrôle du raisonnable au contrôle de proportionnalité*, Dr. Ouv. nov. 2007 p. 504 et s. et spec. p. 509.

d'applications en droit européen des contrats dont la référence constitue un principe (26).

Aux termes de l'art. 1 2.302 de ces principes (27) « *doit être tenu pour raisonnable (...) ce que des personnes de bonne foi, placées dans la même situation, regarderaient comme tel...* ». Dans les relations de travail, s'agissant d'un délai raisonnable, c'est davantage sur les idées de normalité et de proportionnalité au but recherché, ainsi que d'attentes légitimes, que repose le concept de raisonnable.

En écartant ainsi – dit la Cour de cassation – les exigences de cause de motivation et de procédure contradictoire, l'article 2 de l'ordonnance contrevient à la convention, en ce qu'il prive le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement, et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture. La convention 158 offre, en effet, aux législations nationales, le choix d'imposer à l'employeur la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement (art. 9-2 a) ou renvoie, de façon plus souple, au juge, le soin de former sa conviction au vu des éléments de preuve fournis par les parties (art. 9-3 b).

La convention dont s'agit rejoint, dans le second volet de son alternative, le droit interne du licenciement qui ne fait reposer la charge de la preuve, ni sur l'une, ni sur l'autre des parties. En droit français, il appartient, on le sait, au juge, d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, le risque de la preuve ne pesant plus spécialement, en théorie du moins, sur le salarié puisque, si un doute subsiste, il profite à ce dernier. Les règles internes de preuve, issues le plus souvent du droit civil, sont cependant encore insuffisamment adaptées aux contentieux des relations de travail qui exigeraient plus souvent que la charge de la preuve incombât à l'employeur qui allègue dans la lettre de licenciement et prend l'initiative de la rupture. Le droit du licenciement est moins avancé sur ce point que celui de la discrimination. Les soubresauts du droit du harcèlement moral traduisent bien la part idéologique irréductible du droit. En régressant à un niveau encore plus bas dans l'échelle à parfaire du droit de la preuve, celui de la démonstration de l'abus pesant exclusivement sur le salarié, l'ordonnance contredisait, quoiqu'il en soit, la norme minimale posée par l'article 9-2 b de la convention internationale.

### III. Sur les indemnités

Sur les indemnités de précarité dont l'allocation par la Cour d'appel est critiquée par le pourvoi, la Cour de cassation ne s'en laisse pas conter. L'article L 122-3-4 du Code du travail, devenu l'article L 1243-8, institue, pour le salarié, une indemnité de fin de contrat « *destinée – dit le Code – à compenser la précarité de sa situation* ». Dans une formule concise, l'arrêt énonce que la dispense du versement prévu lorsqu'un contrat à durée indéterminée fait suite à un contrat à durée déterminée, est sans application lorsque le contrat conclu est un CNE. La Haute juridiction qualifie ce contrat de précaire sur le fondement de l'exclusion qui le caractérise des règles du droit commun du licenciement pendant deux ans. L'absence des garanties de forme et de fond qui permet en l'espèce la rupture *ad nutum*, fait effectivement de ce contrat un rapport instable.

La loi nouvelle devrait, sur ce point, modifier les choses puisqu'elle transfigure le CNE. L'article 9 du texte prévoit en effet que les contrats nouvelles embauches en cours à la date de publication de la loi, sont requalifiés en

contrat à durée indéterminée de droit commun. Dans ce nouveau contrat à durée indéterminée, la période d'essai est fixée par voie conventionnelle, ou à défaut, à l'article L 1221-19 du Code du travail. Les règles du droit commun du licenciement deviennent donc applicables à ce type de contrat revu et corrigé par la loi. L'indemnité de précarité deviendrait donc sans objet.

L'arrêt éclaire, on le voit, différentes facettes – et non des moindres – du droit du licenciement. Les décisions qui l'ont précédé ont heureusement influencé le législateur. Les nouveaux articles L 1232-1 et L 1233-2 du Code du travail, prévoient l'exigence d'une cause réelle et sérieuse et abrogent les dispositions qui permettaient la rupture du CNE sans avoir à motiver le licenciement. Cet arrêt, postérieur à la loi et bouquet de la jurisprudence antérieure, reforme, avec élégance, une parenthèse sociale régressive dont on aurait pu faire l'économie.

**Alain Chirez**

(26) cf. sur cette question, Denis Mazeaud « Un droit européen en quête d'identité. Les principes de droit européen du contrat ». Rec. Dalloz 2007 n° 42 p. 2959 et s.

(27) Principes du droit européen des contrats élaborés par la commission Lando, prec. spec p. 2963 pt c).

**CONTRAT DE TRAVAIL** – Rupture – Principes généraux – Convention OIT n° 158 – Applicabilité directe – Contrat “nouvelles embauches” - Conventiounnalité (non) – Conséquence – Soumission de la rupture à la procédure de licenciement – Cause réelle et sérieuse (non) – 1° Exigences d’un motif valable de rupture, d’un échange contradictoire et d’un partage de la charge de la preuve – Dispositif du CNE ne respectant pas ces exigences – 2° Exclusion autorisée des dispositions conventionnelles en raison d’une période d’essai ou d’une durée d’ancienneté – Conditions – Absence de distinction selon les catégories de salariés ou les fonctions occupées – Défaut d’encadrement du renouvellement des CNE.

**CONTRAT A DUREE DETERMINEE** – Indemnité de précarité – CNE succédant à un CDD – Bénéfice (oui).

**SYNDICAT PROFESSIONNEL** – Action en justice – Défense des intérêts collectifs de la profession – Notion – Portée d’une norme interne au regard des conventions internationales.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 1<sup>er</sup> juillet 2008

Samzun et a. contre de Wee et a. (pouvoi n° 07-44124)

Donne acte au procureur général près la Cour d’appel de Paris du désistement de son pouvoi ;

Attendu, selon l’arrêt attaqué (Paris, 6 juillet 2007) que Mme de Wee a été engagée en qualité de secrétaire par M. Samzun, exerçant l’activité de mandataire judiciaire, par un contrat à durée déterminée de six mois à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2005 ; que le 6 décembre 2005, il a été mis fin à ce contrat par la signature d’un contrat nouvelles embauches pour le même emploi ; que par lettre du 27 janvier 2006, l’employeur a, sans motivation, rompu le contrat nouvelles embauches ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. Samzun fait grief à l’arrêt d’avoir dit que le contrat nouvelles embauches signé le 6 décembre 2005 était contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail, et d’avoir en conséquence requalifié le contrat de Mme de Wee en contrat de travail à durée indéterminée, alors, selon le moyen

1°/ que selon l’article 27 de la recommandation n° 166 concernant la cessation de la relation de travail à l’initiative de l’employeur, la présente recommandation et la convention sur le licenciement n° 158 de l’Organisation internationale du travail du 22 juin 1982 remplacent la recommandation n° R 119 sur la cessation de la relation de travail du 26 juin 1963 ; qu’en se fondant sur l’interprétation du motif valable de licenciement résultant de la recommandation n° R 119 sur la cessation de la relation de travail du 26 juin 1963 pour dire que le motif valable de licenciement se définissait par référence aux pratiques nationales cependant que la recommandation R 119 avait été remplacée à la fois par la convention n° 158, et par la recommandation n° R 166 sur le licenciement, lesquelles ne faisaient aucune référence aux pratiques nationales, la Cour d’appel, qui s’est prononcée par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l’article 4 de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail ;

2°/ que le “motif valable de licenciement” énoncé par l’article 4 de la convention n° 158 de l’OIT se distingue du “motif réel et sérieux” de licenciement ; qu’en jugeant le contraire, la Cour d’appel a méconnu l’article 4 de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail ;

3°/ que selon l’article 2-2.b de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail, un membre peut exclure du champ d’application de l’ensemble ou de certaines des dispositions de la présente convention les travailleurs effectuant une période d’essai ou 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 ; que le contrôle du caractère raisonnable ou non doit s’effectuer au regard des objectifs de la mesure ; qu’en estimant que le délai de deux années institué par l’ordonnance du 2 août 2005 n’était pas raisonnable sans prendre en considération l’objectif

d’amélioration de la situation de l’emploi en vue duquel la dérogation avait été édictée et les caractéristiques du contrat qui offraient, à titre transitoire, suffisamment de souplesse à l’entreprise pour lui permettre la consolidation de l’emploi au fur et à mesure de la structuration de son marché, tout en offrant, en contrepartie, au salarié des garanties financières supérieures à celles qu’offre le droit commun, la Cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard de l’article 2-2.b de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail ;

4°/ que l’article 2-5 de la convention n° 158 de l’Organisation internationale du travail dispose que, pour autant qu’il soit nécessaire, des mesures pourront être prises par l’autorité compétente ou par l’organisme approprié dans un pays, après consultation des organisations d’employeurs et de travailleurs intéressés, là où il en existe, afin d’exclure de l’application de la présente convention ou de certaines de ses dispositions d’autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d’emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l’entreprise qui les emploie ou à sa nature ; qu’en se bornant à énoncer que l’ordonnance du 2 août 2005 ne pouvait invoquer le bénéfice implicite de la dérogation temporaire instituée par l’article 2 de la convention n° 158 à son application, sans rechercher si l’ordonnance litigieuse ne pouvait pas relever de la dérogation instituée par l’article 2-5 de la convention n° 158, la Cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

5°/ que le juge commet un excès de pouvoir en critiquant, dans une décision de justice, une mesure législative dont il conteste l’opportunité et l’efficacité ; qu’en énonçant 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, la Cour d’appel s’est livrée à une appréciation critique de l’ordonnance du 2 août 2005, et a manifestement fait état d’appréciations qui n’avaient pas leur place dans une décision de justice ; que ce faisant, la Cour d’appel a commis un excès de pouvoir ;

6°/ que la requalification d’un contrat de travail en contrat à durée indéterminée de droit commun suppose l’existence d’un texte exprès ; qu’en procédant à une requalification du contrat nouvelles embauches de Mme de Wee aux motifs que ce contrat n’était pas conforme à la convention OIT, la Cour d’appel a violé les dispositions de la convention n° 158 de l’OIT ;

Mais attendu, d’abord, qu’aux termes de l’article 4 de la convention n° 158 de l’OIT, qui est d’application directe en droit interne, un travailleur ne peut être licencié sans qu’il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de

l'entreprise, de l'établissement ou du service ; que selon l'article 7, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et que, selon l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié ;

Qu'en déclarant non applicables les articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 du Code du travail, tels qu'alors en vigueur, au licenciement des salariés engagés par un contrat nouvelles embauches et survenant pendant les deux années suivant la conclusion de ce contrat, l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 devenu l'article L. 1223-4 du Code du travail abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, en ce qu'il écarte les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, et prive ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture, ne satisfait pas aux exigences de la convention internationale susvisée ;

Attendu, ensuite, que selon l'article 2, §2, b, de la convention n° 158 de l'OIT, un pays membre peut exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de ladite convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou 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, ou, selon l'article 2, § 5, et pour autant qu'il soit nécessaire, d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature ;

Que l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du Code du travail abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui ne vise pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise qui les emploie, ne distingue pas selon les fonctions pour lesquelles ils ont été engagés et ne limite pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité de les engager de nouveau par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur, ne peut être justifié par application des dispositions de la convention internationale susvisée ;

D'où il suit qu'après avoir jugé à bon droit que l'article 2 de l'ordonnance était contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, ce dont il résulte que la rupture du contrat de travail de Mme de Wee restait soumise aux règles d'ordre public du Code du travail, la Cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les première, deuxième et sixième branches du moyen, a exactement décidé que le licenciement non motivé de la salariée était sans cause réelle et sérieuse ;

**Que le moyen n'est pas fondé ;**

Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. Samzun fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à verser à Mme de Wee diverses sommes à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive et à titre d'indemnité pour non respect de la procédure de licenciement, alors, selon le moyen :

1°/ que s'agissant de salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou appartenant à une entreprise occupant moins de onze salariés et relevant par conséquent du régime de sanctions prévu à l'article L. 122-14-5 du Code du travail, si la règle relative à l'assistance du salarié par un conseiller n'a pas été respectée, le renvoi de l'article L. 122-14-5 à l'article L. 122-14-4 ne porte que sur la seule sanction prévue par ce dernier texte de l'inobservation de la procédure, soit une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; qu'en condamnant M. Samzun à une indemnité supérieure à un mois

de salaire, la Cour d'appel a violé les articles L. 122-14-4, alinéa 1<sup>er</sup> et L. 122-14-5 du Code du travail ;

2°/ que l'indemnité due au salarié licencié pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse et dont l'ancienneté est inférieure à deux ans ne peut être supérieure au salaire correspondant à la durée effective du travail, le préjudice réparé par les juges du fond étant exclusivement celui qui résulte de la perte de cet emploi ; qu'en allouant une somme équivalente à plus de dix mois de salaire, la Cour d'appel qui lui a alloué une indemnité excédant le préjudice subi en relation avec la rupture du contrat, a violé les articles L. 122-14-5 du Code du travail, 1147 et 1149 du Code civil ;

Mais attendu, d'abord, qu'il ne résulte pas de l'arrêt que les conditions d'application de l'article L. 122-14-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code du travail alors en vigueur aient été réunies ;

Attendu, ensuite, que la Cour d'appel a fait une exacte application de l'article L. 122-14-5 du Code du travail, alors en vigueur, en accordant à la salariée, au titre du licenciement abusif, une indemnité égale au préjudice subi dont elle a souverainement apprécié l'étendue ;

**Que le moyen n'est pas fondé ;**

Sur le troisième moyen :

Attendu que M. Samzun fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à payer à Mme de Wee une somme à titre de prime de précarité, alors, selon le moyen, que l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du Code du travail n'est due que lorsqu'aucun contrat à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire n'a été proposé au salarié à l'issue du contrat à durée déterminée ; qu'ayant constaté qu'un contrat à durée indéterminée avait été proposé à Mme de Wee à l'issue du contrat à durée déterminée, la Cour d'appel, qui a pourtant condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de précarité, a violé l'article L. 122-3-4 du Code du travail ;

Mais attendu que la dispense du versement par l'employeur de l'indemnité de précarité prévue par l'article L. 122-3-4 du Code du travail, alors applicable, lorsqu'à l'issue d'un contrat à durée déterminée est proposée au salarié la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, ayant pour finalité d'inciter à la stabilisation de l'emploi, est sans application lorsqu'à la fin d'un contrat à durée déterminée le salarié se voit proposer un contrat excluant pendant les deux premières années de sa conclusion l'application des règles relatives au droit commun du licenciement ;

Que c'est dès lors à bon droit que la Cour d'appel a condamné l'employeur à payer à la salariée l'indemnité afférente au contrat à durée déterminée ayant précédé son contrat nouvelles embauches ;

**Que le moyen n'est pas fondé ;**

Sur le quatrième moyen :

Attendu que M. Samzun fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à payer à l'Union locale CGT de Chatou une somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen, qu'en condamnant M. Samzun à payer des dommages-intérêts à l'Union locale CGT de Chatou sans caractériser le préjudice causé à l'ensemble de la profession, la Cour d'appel a violé l'article L. 411-11 du Code du travail.

Mais attendu que la Cour d'appel a exactement relevé que l'intérêt du litige dépassait les personnes de l'employeur et de sa salariée et que la définition de la portée de l'ordonnance au regard des conventions internationales auxquelles la France a souscrit relevait de la défense des intérêts collectifs de la profession ;

**Que le moyen n'est pas fondé ;**

**PAR CES MOTIFS :**

Rejette le pourvoi.

(Mme Collomp, prés. - M. Béraud, rapp. - M. Duplat, av. gén. - M<sup>e</sup> Haas, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot et Garreau, av.)