COUR D'APPEL
DE PARIS
PARQUET GENERAL

DIVISION CIVILE

18ème chambre sociale Section E
RG : S 06/06992
Plaidoiries : 21 juin 2007

OBSERVATIONS DU MINISTERE PUBLIC

Dans la procédure opposant :

1) Monsieur le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance d'EVRY

2) Monsieur Philippe SAMZUM

APPELANTS

A : Mademoiselle Linda DE WEE

INTIMEE

En présence de :

1) La confédération générale du travail Force Ouvrière (CGT-FO)

2) La confédération générale du travail (CGT)

3) L'Union locale CGT de CHATOU

4) La confédération française démocratique du travail (CFDT)

5) La confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC)

PARTIES INTERVENANTES

I. Faits et procédure :

Mademoiselle Linda DE WEE a été engagée le 1er juillet 2005 en qualité de secrétaire par Monsieur Philippe SAMZUM, mandataire judiciaire, suivant contrat à durée déterminée d'une durée de « six mois renouvelable par tacite reconduction » et motivé par une « surcharge temporaire de travail », ledit contrat mentionnant une période d'essai d'un mois renouvelable une fois ;

Le 6 décembre 2005, soit avant l'échéance, les parties signaient, en vue de pourvoir le même emploi de secrétaire et pour une rémunération identique, un contrat « nouvelles embauches » tel qu'institué par l'ordonnance du 2 août 2005 ;

L'employeur mettait fin à ce contrat par lettre recommandée avec avis de réception en date du 27 janvier 2006, avec un préavis d'un mois ;

Saisi par Linda DE WEE, le Conseil de Prud'hommes de Longjumeau a, par jugement en date du 28 avril 2006 :

- dit que l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat nouvelles embauches est contraire à la Convention 158 de l'Organisation Internationale du Travail du 22 juin 1982 ;
- requalifié les contrats des 30 juin et 6 décembre 2005 en contrats à durée indéterminée de droit commun ;
- condamné Monsieur Philippe SAMZUM à verser à Mademoiselle DE WEE diverses sommes à titre, notamment, de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour procédure irrégulière et pour conclusion abusive d'un contrat prétendu « nouvelles embauches », ainsi qu'à titre d'indemnité de requalification de CDD en CDI ;

Cette décision, assortie de l'exécution provisoire, a été frappée d'appel, d'abord par le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance d'EVRY, puis par Monsieur SAMZUM.

Par mémoire déposé le 19 juillet 2006, le Préfet de l'Essonne a décliné la compétence du juge de l'ordre judiciaire pour connaître de l'exception d'illégalité de l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat « nouvelles embauches » ;

Par arrêt en date du 20 octobre 2006, la Cour de céans, avant dire droit au fond, a rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le Préfet de l'Essonne, lequel a alors élevé le conflit par mémoire valant arrêté de conflit en date du 31 octobre 2006 ;

Par décision en date du 19 mars 2007, le Tribunal des conflits a annulé l'arrêté de conflit ;

Les parties ont dès lors été de nouveau convoquées devant la Cour, à laquelle il appartient maintenant de statuer au fond sur le mérite des appels ;

II. Les dispositions applicables ou entrant en concurrence :

Aux termes des dispositions des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, (ci-après « l'ordonnance ») les employeurs qui emploient au plus vingt salariés peuvent conclure, pour toute nouvelle embauche, un contrat de travail dénommé « contrat nouvelles embauches », lequel, conclu sans détermination de durée, est soumis aux dispositions du Code du travail, à l'exception, pendant les deux premières années courant à compter de la date de sa conclusion, de celles des articles L 122-4 à L 122-11, L 122-13 à L 122-14-14 et L 321-1 à L 321-17 de ce Code.

Est ainsi exclue, pendant cette période de deux ans, l'application des principales dispositions relatives à la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ainsi que celles relatives au licenciement pour motif économique ; au titre des premières est notamment exclue l'application des dispositions relatives à la convocation du salarié par lettre recommandée à un entretien préalable au licenciement, à la notification écrite des motifs du licenciement et à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Il est en revanche prévu à l'article 2 de l'ordonnance que la rupture du contrat est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dont la présentation fait courir un délai de préavis de deux semaines ou d'un mois suivant que l'ancienneté du salarié est inférieure ou supérieure à six mois sans qu'elle puisse être inférieure à un mois ;

Il est enfin prévu que l'employeur ayant pris l'initiative de la rupture verse au salarié, sauf faute grave, une indemnité égale à 8% du montant total de la rémunération brute due au salarié depuis la conclusion du contrat ;

Par un arrêt en date du 19 octobre 2005, le Conseil d'Etat a rejeté le recours en annulation de cette ordonnance dont il avait été saisi par diverses confédérations et organisations syndicales ;

Par ailleurs, la Convention 158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982 par l'Organisation Internationale du Travail, ratifiée le 16 mars 1989 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 (ci-après « la Convention »), dispose en son article 4 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 » ;

Elle dispose en son article 7 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, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité » ;

Elle dispose enfin en son article 2. 2. b) qu'un Membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la dite 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 » ;

Précisons d'emblée que si l'applicabilité directe, par les juridictions nationales, des dispositions de cette Convention ne résulte pas *de plano* de son entrée en vigueur en France, elle ne devrait pas, néanmoins, faire difficulté ;

Certes, c'est sans doute par l'effet d'une lecture trop rapide de l'arrêt du 29 mars 2006 (Bull. Civ. V n° 131 p. 127) que le jugement dont appel retient qu'elle aurait été expressément et globalement consacrée par la Cour de Cassation : en réalité, la Haute juridiction ne s'est prononcée que sur l'applicabilité directe de l'article 1, du b) du paragraphe 2 de l'article 2 et de l'article 11, seules en cause dans l'espèce considérée ;

Toutefois, la même solution peut sans doute être étendue aux dispositions des articles 4 et 7 qui nous occupent, en sus de celles du b) du paragraphe 2 de l'article 2, dès lors que les critères habituellement retenus pour apprécier cette applicabilité directe semblent bien réunis en l'espèce : caractère normatif et obligatoire d'une disposition engendrant des droits ou des obligations au profit ou à la charge des particuliers et caractère complet ou précis de la norme, rendant inutile l'adoption de modalités d'application ; tel était au demeurant le sens des conclusions du Commissaire du Gouvernement sur le recours en annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 dont le Conseil d'Etat a été saisi ;

Précisons également, pour mémoire, que ne peut plus être discutée, non plus, la compétence du juge judiciaire pour apprécier la conformité des dispositions de l'ordonnance instituant le contrat « nouvelles embauches » à celles de la Convention, en l'état de la décision du Tribunal des Conflits constatant que ladite ordonnance n'a plus valeur réglementaire, mais au contraire législative, comme ayant été implicitement ratifiée par les lois n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 et n° 2006-339 du 23 mars 2006 ;

Ainsi un salarié est-il autorisé à se prévaloir des dispositions de la Convention devant le juge prud'homal et ce dernier est-il compétent pour apprécier la conventionalité de l'ordonnance ;

On précisera enfin que la chose jugée par le Conseil d'Etat sur le recours en annulation de ladite ordonnance ne pourra être opposée à ce salarié dès lors que ce recours a été rejeté : il est admis en effet que les décisions qui rejettent au fond un recours en annulation pour excès de pouvoir n'ont en principe que l'autorité relative de la chose jugée, à la différence des décisions d'annulation qui ont un effet *erga omnes* (cf. Chapus, Droit du contentieux administratif : Domat, 11e éd, 2004, n° 1211) : dès lors le salarié qui n'était pas partie à l'instance nouée devant la juridiction administrative ne peut-il se voir opposer une décision dont l'autorité n'est que relative ;

III. Les questions suscitées par le jugement du Conseil de Prud'hommes.

Pour faire droit aux demandes de Mademoiselle DE WEE, le Conseil de Prud'hommes de Longjumeau a essentiellement considéré :

- d'une part que l'ordonnance instituant le contrat « nouvelles embauches » serait contraire à la Convention en ce que la durée de « la période d'essai dite de consolidation » de deux ans au cours de laquelle l'application des dispositions du Code du travail relatives au licenciement est écartée serait déraisonnable au sens des dispositions de l'article 2. 2. b) de la Convention,
- d'autre part et en tout état de cause, que la signature d'un contrat « nouvelles embauches » avec un salarié déjà présent dans l'entreprise contrarie les prévisions de l'ordonnance de sorte que le recours à ce contrat dans de telles conditions est abusif et illicite.

Ce deuxième élément de la motivation du jugement dont appel n'encourt pas la critique : dès lors, en effet, qu'aux termes des dispositions de l'article 1er de l'ordonnance la conclusion d'un contrat « nouvelles embauches » est précisément et expressément réservée à « toute nouvelle embauche », le contrat conclu avec un salarié présent dans l'entreprise n'entre pas dans les prévisions du texte ;

Or il appartient incontestablement au juge, par application des dispositions de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, de restituer à l'engagement son exacte qualification et ce, sans qu'il soit même nécessaire de caractériser l'illicéité du contrat conclu dans ces conditions (même si la doctrine est unanime à considérer que l'exigence de « nouveauté » de l'embauche posée à l'article 1er de l'ordonnance constitue bien une condition de fond dont l'absence caractériserait une fraude à la loi affectant la validité du contrat - cf. notamment Emmanuel DOCKES : « Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de Prud'hommes de Longjumeau », *Dr. Soc.* 2006, p. 359 et les articles cités) ;

C'est donc par une exacte application de ce texte, même s'il ne l'a pas expressément visé, que le Conseil de Prud'hommes a requalifié le contrat « nouvelles embauches » conclu le 6 décembre 2005 en contrat à durée indéterminée de droit commun et il ne saurait non plus lui être reproché d'en avoir tiré toutes les conséquences de droit quant aux indemnités et dommages intérêts susceptibles d'être alloués à la demanderesse ;

Si, en revanche, le jugement dont appel encourt la réformation, c'est en ce que le Conseil de Prud'hommes a cru pouvoir également - et à titre premier - fonder les condamnations prononcées au profit de Mademoiselle DE WEE sur l'affirmation, reprise au dispositif du jugement, selon laquelle « l'ordonnance instituant le contrat nouvelles embauches est contraire à la Convention » et, pour cette raison, « ne peut recevoir application en droit français » ;

On observera d'emblée, à cet égard, que même si le juge judiciaire, saisi par voie d'exception de la question de la conventionalité d'une loi, est conduit à constater une contrariété dirimante avec la norme supérieure, il ne lui appartient pas pour autant, alors, d'en décider l'exclusion pure et simple de l'ordre juridique interne par une disposition générale, mais simplement d'écarter, au seul cas d'espèce, l'application de celles des dispositions de la loi qui recèleraient une telle contrariété et de celles-là seulement ;

De ce seul point de vue, le jugement entrepris encourt donc la réformation en ce que le juge prud'homal a manifestement excédé les pouvoirs qui sont les siens en se prononçant, par un dispositif qui s'apparente à un arrêt de règlement, sur l'applicabilité de l'ordonnance « en droit français » ;

Ce vice de raisonnement ne devrait pas, toutefois, conduire à occulter la question principale de la conventionalité de l'ordonnance, sur laquelle le dispositif du jugement se prononce expressément et dont la Cour ne pourrait dès lors faire l'économie ;

On retiendra à cet égard que le raisonnement du Conseil de Prud'hommes repose sur deux postulats :

- l'un, selon lequel la période de deux ans au cours de laquelle les dispositions du Code du travail relatives au licenciement sont écartées par l'article 2 de l'ordonnance serait une période d'essai,

- l'autre, selon lequel la durée de cette période d'essai ne serait pas raisonnable au sens des dispositions de l'article 2. 2. b) de la Convention ;

Il convient donc d'examiner les mérites respectifs de chacun de ces éléments de raisonnement.

IV. La qualification juridique de la période de deux ans.

Les termes mêmes de l'article 2. 2. b) de la Convention conduisent à distinguer soigneusement la période d'essai de la période d'ancienneté requise : même si la durée de l'une comme de l'autre doit être fixée d'avance et raisonnable pour légitimer une dérogation aux autres dispositions de la Convention (ces deux conditions pouvant être considérées comme étant en « facteur commun »), il n'en demeure pas moins que les deux périodes répondent à des critères et déterminent des régimes qui ne saurait être confondus ;

La période d'essai (au cours de laquelle l'application des dispositions relatives à la résiliation du contrat à durée indéterminée est écartée, en droit interne, par l'effet des dispositions de l'article L 122-4 al. 2 du Code du travail) est une période transitoire permettant à l'employeur de vérifier que le salarié s'adapte bien à son emploi et paraît apte à l'occuper de manière satisfaisante, en même temps qu'il permet au salarié d'apprécier si ses conditions de travail lui conviennent ;

Ainsi entendue comme permettant notamment de s'assurer de l'adéquation entre des compétences requises et une qualification confirmée ou infirmée par la pratique, la période d'essai est susceptible de varier en durée, en fonction, précisément, de l'étendue des compétences requises, elle-même déterminée par la nature de l'emploi considéré ;

A l'inverse, la période d'ancienneté requise, au sens des dispositions de la Convention, n'est liée ni à la personne du salarié, ni à la qualité de son activité, ni même à la nature de l'emploi, mais conditionne seulement l'ouverture de droits établis par voie législative, réglementaire ou conventionnelle et dont le bénéfice dépend, ainsi, de l'accomplissement d'un exercice professionnel d'une durée minimum ;

Les exemples abondent, dans notre législation du travail, de dispositions ouvrant des droits divers en fonction de périodes d'ancienneté requises spécifiques à chacun de ces droits et pouvant aller de six mois à deux ans selon les cas : article L 122-6 relatif au délai-congé, article L 933-1 relatif au droit individuel à la formation, article L 122-32-13 relatif au droit au congé pour création d'entreprise, article L 122-9 relatif à l'indemnité de licenciement ... ;

La période d'ancienneté requise ne se définit donc que par rapport à la nature des droits ouverts, ou encore, à l'inverse, par rapport à l'importance des dérogations apportées à des dispositions protectrices des salariés au cours de la période considérée ;

Or, aucune des énonciations de l'article 2 de l'ordonnance ne permet de considérer que l'intention de ses auteurs aurait précisément été d'instituer une période d'essai : outre que le terme même n'est pas employé - ce qui eut été à l'évidence le meilleur moyen d'affirmer une telle intention – le texte se borne en effet à conditionner l'applicabilité de diverses dispositions protectrices à l'écoulement d'un délai de deux ans à compter de la conclusion du contrat, ce qui correspond très exactement à l'exigence d'une ancienneté requise au sens de la Convention ;

Autrement dit, ce n'est pas parce que, comme la période d'essai du contrat de droit commun, la période d'ancienneté requise du contrat « nouvelles embauches » neutralise l'application des dispositions relatives au licenciement, qu'elle prend *ipso facto* la nature d'une période d'essai : un tel raisonnement procéderait d'une confusion manifeste entre la nature juridique et les effets des périodes considérées (lesquelles sont au demeurant instituées par des textes distincts) ;

Dans ces conditions, le caractère raisonnable de la durée de la période d'ancienneté requise ne peut s'apprécier à l'aune des mêmes critères que ceux qui seraient mis en œuvre pour apprécier celui d'une période d'essai : si la Cour de Cassation exerce en effet un contrôle de proportionnalité vigilant sur la durée de la période d'essai imposée à un salarié au regard du temps nécessaire « pour tester un employé de sa catégorie » (Soc. 9 juin 1988, Bull. V n° 348 p. 226)), ce critère se révèle à l'évidence inopérant pour apprécier le caractère raisonnable d'une période d'ancienneté requise ;

Sans doute cette appréciation passe-t-elle également par la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, mais les termes de comparaison mis en œuvre dans l'un et l'autre cas ne peuvent en revanche être identiques ;

Ainsi se révèle la double erreur de raisonnement qui a conduit le juge prud'homal, d'abord, à affirmer que la période de deux ans prévue par l'ordonnance constituait une période d'essai, puis à estimer non raisonnable la durée de cette période en s'appuyant sur des critères inadéquats (tenant au temps « nécessaire à l'appréciation des compétences du salarié ») s'agissant d'une période d'ancienneté requise ;

De ce point de vue encore, le jugement encourt donc la réformation ;

V. La question de la compatibilité de l'ordonnance avec la Convention :

A ce stade du raisonnement il paraît donc logique de procéder maintenant à l'évaluation du caractère raisonnable ou non du délai de deux ans, mais en substituant, cette fois, aux critères non pertinents adoptés par le jugement entrepris, ceux qu'impliquerait la prise en considération, non plus d'une période d'essai, mais d'une période d'ancienneté requise au sens de la Convention ;

Il s'agira alors de mettre en perspective, d'une part, la nature et la portée « protectrice » des règles auxquelles il est dérogé au cours de cette période et, d'autre part, les buts poursuivis par l'ordonnance (tels qu'éclairés par la loi d'habilitation) afin d'évaluer si ces dérogations peuvent être regardées comme proportionnées à ces objectifs, c'est-à-dire de rechercher si le principe qui sous-tend tout contrôle de proportionnalité - selon lequel, finalement, « la fin justifie les moyens » - peut légitimer l'option du législateur ;

On aperçoit alors aisément que ce contrôle ne peut se limiter à une appréciation globale de la portée dérogatoire de l'ordonnance considérée dans son ensemble, mais qu'il doit au contraire s'exercer successivement et distinctement au regard de la portée protectrice de chacune des règles auxquelles il est dérogé, par nature variable en fonction de son objet ;

On ajoutera que ce contrôle n'a au surplus de sens que s'il est acquis que l'ordonnance emporte bien dérogation :

- non seulement aux dispositions du Code du travail (ce qui ne souffre pas de discussion puisqu'il en est expressément disposé ainsi),
- mais également aux dispositions de la Convention (ce qui ne va pas nécessairement de soi puisque l'ordonnance ne le dit pas, de sorte que cette question mérite également un examen au cas par cas particulièrement attentif) ;

A défaut, en effet, pour l'ordonnance de déroger à la Convention, la question du caractère raisonnable du délai au cours duquel une telle dérogation est autorisée ne se poserait plus puisque les dispositions de la Convention – dont on a rappelé qu'elle est d'effet direct en droit interne – continueraient de recevoir application en « cohabitant », en quelque sorte, avec celles de l'ordonnance ;

C'est donc à ce double examen (existence d'une dérogation à la Convention / caractère raisonnable de sa durée), qui plus est différencié selon la nature et de la portée des différentes dispositions du Code du travail ainsi neutralisées pendant la période de deux ans, qu'il convient maintenant de procéder.

Il n'appartient pas, toutefois, à la Cour, juge de l'exception saisi dans les limites fixées par les prétentions et moyens des parties, de procéder à un examen de toutes les dérogations édictées par l'ordonnance mais seulement de celles au regard desquelles le Conseil de Prud'hommes a pu retenir l'existence d'une contrariété avec la Convention ;

Il résulte à cet égard du jugement que trois moyens ont retenu l'attention des premiers juges : pour fonder leur conviction que l'ordonnance serait contraire à la Convention ils rappellent en effet que celle-ci « impose l'existence d'une procédure contradictoire préalable au licenciement, d'un motif valable de licenciement et d'un recours devant les juridictions pour contrôler l'existence de ce motif valable » ;

VI. L'exigence d'une procédure contradictoire préalable au licenciement :

Aux termes de l'article 7 de la Convention un travailleur ne doit pas être licencié « pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail » avant d'avoir été mis en mesure de se défendre contre les allégations formulées à son encontre ;

En écartant notamment les dispositions de l'article L 122-14, l'ordonnance dispense, de son côté, l'employeur qui envisage de licencier un salarié de mettre en œuvre la procédure contradictoire prévue audit article ; de ce point de vue elle déroge donc incontestablement aux dispositions de la Convention ;

Encore faut-il préciser la portée de cette dérogation : ainsi qu'il a été souligné par plusieurs auteurs (cf. notamment *Semaine sociale Lamy*, 20 février 2006, n° 1249 p. 9), l'ordonnance n'écarte pas, en revanche, l'application des dispositions de l'article L 122-41 du Code du travail, de sorte que tous les licenciements prononcés pour motifs disciplinaires, c'est-à-dire fondés sur l'allégation d'une faute commise par le salarié, quelle qu'en soit la gravité, restent justiciables de la procédure contradictoire prévue audit article, en quelque sorte « sœur jumelle » de celle prévue à l'article L 122-14 ;

Ainsi la dérogation aux dispositions de la Convention ne se vérifie-t-elle, en réalité, que pour ce qui concerne les licenciements prononcés pour insuffisance professionnelle du salarié (« liés à son travail »), à l'exclusion des licenciements pour faute (« liés à sa conduite ») ;

Or, outre que ces derniers sont statistiquement les plus nombreux - et de loin - on peut admettre qu'ils sont ceux pour lesquels la possibilité de « se défendre » (selon les termes de la Convention) avant que la mesure ne soit prononcée apparaît plus nécessaire, l'imputation d'une faute relevant incontestablement du registre de l'accusation, appelant à ce titre une véritable « défense » (à la différence, sans doute, du constat de compétences insuffisantes ou inadaptées à l'emploi) ;

Au demeurant l'expérience montre que les motifs avancés pour justifier un licenciement peuvent souvent mêler des éléments de faute et d'insuffisance professionnelle, de sorte que dans de telles hypothèses l'exigence d'une procédure contradictoire préalable continuerait de s'imposer ;

Si l'on ajoute que la dérogation ainsi prévue et délimitée par l'ordonnance ne porte pas sur une règle de fond (telle, par exemple, que celle relative à l'exigence d'un motif réel et sérieux de licenciement, que nous examinerons ci-après) mais seulement sur une règle de procédure, sa portée peut dès lors apparaître comme relativement limitée :

La Cour pourra en conséquence considérer qu'au regard des objectifs de lutte contre le chômage poursuivis par la loi d'habilitation et par l'ordonnance, la neutralisation des dispositions de l'article 7 de la Convention apparaît justifiée (le contrôle de proportionnalité ne se préoccupant pas de la question de son efficacité réelle) pour une période de deux ans qui n'apparaît pas, dans ces conditions, déraisonnable au sens de la Convention ;

VII. L'exigence d'un motif valable de licenciement :

En écartant notamment l'application des dispositions de l'article L 122-14-2 et L 122-14-3 du Code du travail, l'ordonnance dispense l'employeur, pendant la période deux ans, de notifier les motifs du licenciement et exclut l'examen par le juge, en cas de litige, du caractère réel et sérieux de ces motifs, ce qui revient à écarter l'exigence d'un motif « réel et sérieux » ;

Il convient dès lors de se demander, d'une part, si ces dispositions dérogent à celles de la Convention (article 4) qui imposent l'exigence, dans les législations internes des Membres, d'un motif « valable » de licenciement et, dans l'affirmative, si la période de deux ans au cours de laquelle cette dérogation produit ses effets peut être considérée comme étant d'une durée raisonnable au sens de l'article 2. 2. b) de la Convention ;

Sur cette dernière question, le doute serait assurément permis ;

Il paraît en effet malaisé, sinon impossible, de passer sous silence le rôle central de la règle de fond que constitue l'exigence du motif réel et sérieux de licenciement dans la construction de l'ordre public de protection qui imprègne l'ensemble du Code du travail, rôle central auquel fait écho celui attribué à l'exigence d'un motif valable affirmée à l'article 4 de la Convention (le Commissaire du Gouvernement, dans les conclusions qu'il a soutenues devant le Conseil d'Etat, rappelait que le comité des experts de l'OIT qualifiait cette disposition de « pierre angulaire » de la Convention ») ;

Dans ces conditions, le contrôle de proportionnalité doit évidemment tenir compte de la portée protectrice fondamentale des dispositions auxquelles il convient de déroger et il est loin d'être assuré, dès lors, que l'objectif qui consiste à tenter d'atténuer les réticences, réelles ou supposées, des employeurs à procéder à de nouvelles embauches en facilitant par avance le licenciement, puisse (indépendamment du fait qu'il reste hypothétique quant aux résultats), justifier une période de neutralisation de deux années ;

Les réticences qu'inspirent à cet égard le dispositif de l'ordonnance se nourrissent d'ailleurs non seulement des commentaires critiques d'une partie de la doctrine (cf. notamment Pierre Rodière, *Semaine Sociale Lamy* 7 janvier 2006 n° 1243 p. 6 ; Patrick Morvan : *La semaine juridique – édition sociale* n° 11, 6 septembre 2005 p. 7) mais également du rapport 2004 de la Cour de Cassation ;

Relevant l'extension prise, dans la jurisprudence de la chambre sociale, par le critère du délai raisonnable l'auteur souligne qu'elle s'inscrit dans « l'ambition de mettre en œuvre ce que l'on pourrait appeler une « jurisprudence du raisonnable » qui, sans manichéisme ni parti pris, s'efforce de prendre en considération les intérêts légitimes des salariés et des entreprises » ; et l'auteur de préciser que «cette l'ambition d'une jurisprudence du raisonnable ne saurait occulter la nécessité d'être d'une inflexible fermeté lorsque sont en jeu des principes et des valeurs fondamentales avec lesquelles on ne peut transiger dans un Etat démocratique », ajoutant « qu'il faut en particulier tenir compte du fait que le contrat de travail est, sauf cas d'espèce, un contrat fondamentalement déséquilibré dès sa formation » ;

Or l'obligation de justifier le licenciement par l'existence d'un motif convaincant ne devrait-elle pas, précisément, compter au nombre des principes avec lesquels le législateur, pas plus que le Juge, ne devrait pas transiger, dès lors qu'une dérogation à ce principe réintroduit le déséquilibre du contrat, que cette disposition centrale du Code du travail tend à corriger ?

Certes, on objectera que même si l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat ne peut être opposée dans le cadre du présent contentieux, la solution qu'il a adoptée devrait néanmoins être prise en considération en ce qu'il a jugé que la période de deux ans peut être regardée comme raisonnable, eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le contrat « nouvelle embauche » est un contrat à durée indéterminée ;

La portée de cette décision doit toutefois être appréciée à la lumière, notamment, des commentaires les plus autorisés qu'elle a suscités de la part d'auteurs eux-mêmes membres de cette juridiction (Claire Landais et Frédéric Lenica : *AJDA* 21 novembre 2005 p. 2164) ;

Après avoir qualifié de « maximaliste » et « accommodante » l'interprétation retenue par la section du contentieux de la clause de dérogation de l'article 2. 2. b) de la Convention, ces derniers considèrent en effet que « si le contrôle opéré par la section présente tous les aspects d'un contrôle de proportionnalité ... [elle] n'a probablement opté, en réalité, que pour un contrôle très distancié, proche de l'erreur manifeste d'appréciation », ce dont on déduit que le Conseil d'Etat s'est borné à constater qu'une dérogation de deux ans ne procédait pas d'une telle erreur manifeste ;

Et les auteurs d'expliquer cette attitude de « prudence » par le fait qu'alors que le commissaire du Gouvernement lui proposait d'opérer une distinction entre motif valable de licenciement et motif réel et sérieux, la section du contentieux avait probablement estimé qu'il ne revenait pas au Conseil d'Etat « le privilège de retoucher, en pionnier et de manière aussi nette, la pièce maîtresse du droit du travail que constitue le droit du licenciement » ;

Cet hommage rendu aux missions naturelles du juge judiciaire et à la répartition des rôles avec le juge administratif révèle la latitude d'appréciation qu'il reste au premier, après l'intervention du second, dans la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité plus étendu et éclairé par l'ensemble de la construction jurisprudentielle à laquelle a donné lieu le motif réel et sérieux ;

Quoi qu'il en soit, néanmoins, du caractère raisonnable ou non de la durée de la période d'ancienneté requise, il convient en tout état de cause, préalablement à toute affirmation tranchée dans un sens ou dans l'autre, d'évaluer dans quelle mesure l'ordonnance dérogerait bien, sur ce point, aux dispositions de la Convention, ce constat conditionnant la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité qui permettrait précisément de fonder une telle affirmation ;

Les variations dans la terminologie adoptée par la Convention d'une part (motif valable de licenciement) et par les dispositions de droit interne auxquelles il est dérogé d'autre part, (motif réel et sérieux) ne sauraient à cet égard être ignorées, tant les analyses et précisions auxquelles ces notions (et la seconde plus particulièrement) ont donné lieu sont abondantes, détaillées et précises ;

Or ces apports doctrinaux et jurisprudentiels permettent sans doute de considérer qu'entre les bornes extrêmes que constituent le simple contrôle de l'abus de droit d'une part et celui du motif réel et sérieux, d'autre part, le juge peut nuancer la palette des exigences imposées à l'employeur, palette dans laquelle le contrôle du motif valable se situerait à l'intermédiaire entre la vérification de l'absence d'abus de droit et celle de l'existence d'un motif réel et sérieux ;

De ce point de vue la dérogation expresse aux dispositions du Code du travail exigeant un motif réel et sérieux de licenciement n'emporterait donc pas *ipso facto* dérogation aux dispositions de la Convention en ce qu'elle n'impose que l'existence d'un motif valable, par nature moins contraignante pour l'employeur ;

Mais il faut au surplus constater, au-delà de ces distinctions terminologiques, que « si l'ordonnance a entendu déroger à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, elle ne peut être regardée, dans le silence du texte et conformément à la hiérarchie des normes, comme ayant écarté l'exigence d'un motif valable au sens des stipulations de l'article 4 de la Convention et que, dès lors, elle n'a pas dérogé à ces stipulations », ainsi que le soulignait le Commissaire du Gouvernement sur le recours en annulation dont le Conseil d'Etat a été saisi ;

Ce dernier ajoutait, au demeurant, qu'une telle approche est confortée par les visas de l'ordonnance, qui ne font pas référence à la Convention 158, alors que l'on aurait pu s'attendre en toute rigueur à ce que cette Convention soit visée, et notamment son article 4, si l'intention du Gouvernement était bien d'y déroger » ;

C'est au bénéfice de ces considérations qu'il est donc proposé à votre Cour, s'agissant du contrôle de la conformité de l'ordonnance aux dispositions de l'article 4 de la Convention, de considérer que ladite ordonnance ne dérogeant pas à ces dispositions (de sorte que l'exigence d'un motif valable de licenciement continue de s'imposer par l'effet de l'applicabilité directe de la Convention), l'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la période d'ancienneté requise se trouve dépourvue d'objet.

VIII. L'existence d'un recours effectif devant les juridictions :

Il convient à nouveau, sur ce point, de préciser la portée des dérogations introduites par l'ordonnance : comme le relèvent en effet de nombreux auteurs (cf. notamment : Claire Landais et Frédéric Lenica : *AJDA* 21 novembre 2005 p. 2162 ; Patrick Morvan : *La semaine juridique – édition sociale* n° 11, 6 septembre 2005 p. 7) l'absence de contrôle juridictionnel du motif réel et sérieux n'exclut pas tout recours au juge, lequel conserve en tout état de cause et « au minimum » le contrôle de l'abus de droit ;

Ainsi et en l'état de la rédaction adoptée par les auteurs de l'ordonnance consistant à n'écarter que l'exigence d'un motif réel et sérieux, le licenciement, même s'il n'a pas à être motivé en la forme, doit demeurer fondé sur un motif que l'employeur devra défendre, le cas échéant, devant un juge ; autrement dit l'ordonnance n'a pu instituer un droit de licencier discrétionnaire, c'est-à-dire insusceptible d'abus et échappant à tout contrôle juridictionnel ;

Ceci est d'autant plus vrai, que l'ordonnance n'écartant pas les dispositions de l'article L 122-45 du Code du travail, le juge serait à tout le moins fondé à vérifier, à la demande du salarié licencié, que le licenciement ayant donné lieu au litige dont il est saisi ne procéderait pas de l'un des cas de discrimination énumérés et prohibés par ledit article ;

C'est au demeurant et très précisément ce qu'à juste titre le Conseil d'Etat a retenu pour écarter le moyen d'annulation tiré de l'absence prétendue de recours juridictionnel et ce, après que le Gouvernement ait lui-même précisé, aux termes des observations qu'il a présentées devant le Conseil Constitutionnel sur les recours dirigés contre les lois d'habilitation que « si les dérogations apportées en matière de cause et de motivation du licenciement impliqueront un contrôle juridictionnel adapté, les dispositions adoptées n'auront ni pour objet ni pour effet d'interdire la formulation de recours juridictionnels permettant de contester la validité du licenciement au regard des règles de l'ordre public social » ;

*

Il apparaît donc, au terme de ces observations :

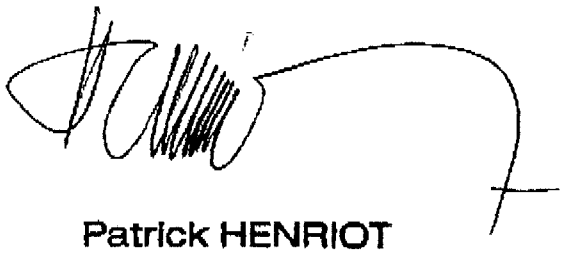
- que les condamnations prononcées au profit de Mademoiselle DE WEE sont fondées compte tenu de la nécessaire requalification du contrat « nouvelles embauches » du 6 décembre 2005 en contrat à durée indéterminée,
- que c'est à tort, en revanche, que le jugement déclare l'ordonnance contraire aux dispositions de la Convention, alors que les dispositions critiquées :
    - soit entrent dans les prévisions de l'article 2. 2. b) de ladite Convention en ce que la durée de la période d'ancienneté requise apparaît raisonnable (s'agissant de l'exigence d'une procédure contradictoire préalable au licenciement),
    - soit ne dérogent pas aux dispositions de la Convention (s'agissant de l'exigence d'un motif valable de licenciement et de l'existence d'un recours juridictionnel) ;

Il est donc demandé à la Cour :

- d'infirmer le jugement entrepris 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'Organisation Internationale du Travail du 22 juin 1982 et qu'elle ne peut recevoir application en droit français,

- de le confirmer pour le surplus.

A Paris, le11 juin 2007
P/ le Procureur général



Patrick HENRIOT
Substitut Général