

Tout ce que vous voulez savoir sur le CNE sans jamais avoir osé le demander...

Par Pascale Legendre-Granperret et David Métin,
avocats, membres du SAF,

Pierre Lyon-Cæn et Marie-Françoise Lebon-Blanchard,
magistrats, membres du SM.

L'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 a créé un nouveau contrat à durée indéterminée, dénommé « contrat nouvelles embauches » (CNE), qui peut être conclu par les entreprises qui emploient au plus 20 salariés pour toute nouvelle embauche. Destiné à permettre la création d'emplois dans les petites entreprises, ce contrat est soumis pendant ses deux premières années à un régime de rupture dérogatoire au droit commun du licenciement. En effet, pendant cette période initiale, les dispositions 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 du Code du travail ne s'appliquent pas. Sont ainsi exclues les règles protectrices du licenciement prévues par le Code du travail.

Plus précisément, ce contrat peut être rompu à l'initiative du salarié et de l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception, sans qu'il soit nécessaire pour ce dernier d'énoncer un motif. L'entretien préalable n'est pas non plus imposé. Lorsqu'elle est à l'initiative de l'employeur, la rupture ouvre droit pour le salarié au versement d'une indemnité égale à 8 % du montant total de la rémunération due depuis la conclusion du contrat.

Ce dispositif exorbitant du droit commun suscite un certain nombre d'interrogations :

- Le CNE est-il conforme à la convention n° 158 de l'OIT ?
- Quel est le champ d'application de l'ordonnance ?
- Quelles sont les sanctions applicables en cas de manquement de l'employeur à ses obligations ?

I - CNE et convention n° 158 de l'OIT

La question de la conformité du CNE à la convention n° 158 de l'OIT est subordonnée à l'applicabilité directe du texte international (1°). Cette question implique de savoir quel est le texte applicable : l'ordonnance du 2 août 2005 ou, en cas de non-conformité de celle-ci à la convention n° 158 de l'OIT, le Code du travail. Elle constitue par conséquent un préalable à examiner, à la demande des parties ou d'office en application des dispositions de l'article 12 du Nouveau Code de Procédure civile après avoir mis les parties en mesure de s'expliquer sur ce point. Elle suppose ensuite l'exercice du contrôle de conventionnalité conformément à l'article 55 de la Constitution (2°). Enfin, certains s'interrogent sur la compétence du juge judiciaire pour exercer un tel contrôle, qui, en raison de la nature réglementaire de l'ordonnance créant le CNE, relèverait du contrôle de légalité exercé par le juge administratif (3°).

1° - La question de l'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT

A - la primauté du droit international

De tradition moniste, le système français est fondé sur le principe de primauté du droit international sur le droit national. L'article 55 de la Constitution énonce ainsi que « les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés et approuvés, ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ».

Si la jurisprudence a longtemps été hésitante, cette application du principe de primauté du droit international est largement admise depuis l'arrêt Jacques Vabre rendu par la Cour de cassation le 24 mai 1975 (Cass. Mixte 24 mai 1975, *Bull. Ch. mixte n° 4, D. 1975.497*), et l'arrêt Nicolo du Conseil d'Etat en date du 20 octobre 1989 (CE 20 oct. 1989, n° 108.243 ; D. 1990.135 note P. Sabourin.).

En cas de conflit de normes, les dispositions de toute convention internationale, sous réserve de réciprocité, l'emportent sur la loi française.

Ce principe s'applique pour toute norme internationale, qu'il s'agisse d'accords bilatéraux ou de conventions multilatérales.

Cependant, il ne pourra avoir d'effectivité que pour

autant que les justiciables disposent de la faculté d'invoquer dans l'ordre interne devant les juridictions nationales les dispositions d'un traité international. C'est la question de l'applicabilité directe. Il s'agit donc de se demander si la convention n° 158 de l'OIT est ainsi d'applicabilité directe.

B - la question de l'applicabilité directe

Cette question a été tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 mars 2006 (Soc. 29 mars 2006, *Bull. civ V n° n° 131, p.127*) : la convention n° 158 de l'OIT est d'application directe devant les juridictions nationales.

Certes, dans sa décision, la chambre sociale de la Cour de cassation vise uniquement les articles 1, 2 b § 2 et 11 du texte international. Cela étant, il ne fait aucun doute que l'interprétation serait la même pour les autres articles de la convention (1). Certainement, a-t-elle privilégié le critère objectif associé à la technique de dépeçage également mise en œuvre par le Conseil d'Etat.

La même interprétation a été retenue par la Haute Juridiction administrative dans un arrêt du 19 octobre 2005 (2).

2° - La conformité de l'ordonnance 2005-893 du 2 août 2005 à la convention n° 158 de l'OIT

Il résulte de l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 que le contrat nouvelles embauches peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié pendant les deux premières années dans des conditions dérogatoires au droit commun du licenciement.

Ainsi, pendant ses deux premières années, ce contrat n'est pas soumis aux dispositions 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 du Code du travail. Sont donc exclues les règles relatives à la liberté de rupture pendant la période d'essai, à l'examen par le juge de la régularité et du caractère sérieux du licenciement, à la motivation de la lettre de licenciement, à l'entretien préalable, au délai de préavis en cas de démission et de licenciement, à la notification du licenciement, à l'indemnité légale de licenciement, aux sanctions et indemnités du licenciement irrégulier et abusif.

Ces exclusions sont-elles conformes aux articles 4 et 7 de la convention n° 158 de l'OIT ?

A - La conformité à l'article 4 de la convention n° 158

Ce texte dispose « qu'un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement

1. Soc. 29 mars 2006, n° 906, *Bull. civ V n° 131*, Société Euromédia/Peter - rapport du conseiller rapporteur A. Martinel RJS 5/06 et avis de l'avocat général J. Duplat, *Droit social* 6/06.

2. CE sect. 19 octobre 2005, *JCP Ed. Sociale n° 20, 8 novembre 2005, concl. Christophe Devys, commissaire du Gouvernement et note Raymonde Vatinet, professeur à l'université René Descartes (Paris V)*.

3. Cf. note n° 2.

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 ».

L'absence de motivation telle qu'elle est envisagée pour le contrat nouvelles embauches est manifestement contraire à cette disposition de la convention n° 158 de l'OIT.

Pourtant, le gouvernement développe trois thèses pour défendre la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la norme internationale. Ces thèses sont-elles opérantes ?

a - La thèse de la dérogation

La convention n° 158 de l'OIT comporte un certain nombre de dérogations qui sont énoncées dans son article 2. Ainsi, l'article 2.2 b prévoit « qu'un membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la convention 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 ».

Le gouvernement s'appuie sur cette dérogation pour estimer que le contrat nouvelles embauches concerne des travailleurs qu'il est possible d'exclure du champ d'application de la convention pendant une période de deux ans dite « période de consolidation ». Le Conseil d'Etat, dans son arrêt précité (3), adopte cette thèse « eu égard au but en vue duquel cette dérogation a été édictée et à la circonstance que le CNE est un contrat de travail à durée indéterminée ». Il considère que ce délai de deux ans « peut être regardé comme raisonnable au sens de ces stipulations (article 2 2 b précité). Cela étant, peut-on partager le point de vue du Conseil d'Etat et considérer que cette période de deux ans, certes fixée d'avance, présente un caractère raisonnable ?

* Pour trancher cette question, on pourrait raisonner par analogie avec les arrêts rendus sur la question par la Cour de cassation sur la période d'essai.

L'examen de la jurisprudence révèle que le caractère raisonnable s'apprécie compte tenu de la finalité de la période d'essai, laquelle doit permettre à l'employeur d'apprécier les compétences du salarié.

Or, la Cour de cassation se montre assez stricte sur cette question. Elle a considéré comme déraisonnable une période d'essai de trois mois pour un cadre d'une société financière (Soc. 30 octobre 2000, n° 4062 F-D), une période de six mois pour une chargée de mission (Soc. 7 janvier 1992, n° 147 D). Elle a également jugé que n'était pas raisonnable une période d'essai d'un an pour un cadre supérieur (Soc. 17 mars 1993, pourvoi 89-44.734).

4. *Le Monde*, 7 mars 2006, p. 22.

Cela étant, si le législateur s'était, semble-t-il, au départ, orienté vers un contrat avec période d'essai de deux ans, il a ensuite décidé d'instituer une période dite de consolidation de l'emploi, dont la finalité est économique.

La période de deux ans serait donc assimilable à la « période d'ancienneté requise » (traduction du terme « qualifying period ») prévue par la convention n° 158. Mais là encore des hésitations sont permises. Cette période de consolidation de l'emploi est, s'agissant du contrat nouvelles embauches, liée aux contingences économiques qui pèsent sur les petites entreprises. Comment la rapprocher donc de la notion de « qualifying period », qui est liée à la personne du salarié ? Peut-on considérer que la période de deux ans du contrat nouvelles embauches constitue cette « qualifying period » ? En tout état de cause, qu'il s'agisse « d'une période d'ancienneté requise » ou « d'une période d'essai », sa durée doit être raisonnable.

* A cet égard, on pourrait envisager de procéder par comparaison avec les législations d'autres pays de l'Europe de l'Ouest.

Quelle est donc la durée envisagée dans ces divers pays pour cette « qualifying period » ?

En Grande-Bretagne, une loi votée en 1985 a porté la « qualifying period » d'une durée de 26 semaines à 2 ans. Cependant, sous l'effet d'un règlement adopté au cours de la même année, cette « qualifying period » a été ramenée à la durée d'un an.

L'Espagne connaît un contrat qui ressemble quelque peu au contrat nouvelles embauches. Ainsi, le législateur a prévu que le bénéfice de la protection du licenciement est écarté pendant une période légalement fixée à deux mois, sauf dans le cas des salariés diplômés de l'enseignement supérieur où elle est portée à six mois maximum. Au-delà de ces périodes, le salarié bénéficie de la protection légale du licenciement.

Le droit allemand permet le même type de contrat, avec une période d'essai de six mois. Mais il convient de rappeler que, dans ce pays, les licenciements ne sont en principe autorisés que sur décision conjointe de l'employeur et du syndicat.

Dans les autres pays de l'Union européenne, cette durée ne dépasse jamais une année (Danemark : 9 mois pour les ouvriers, 12 mois pour les employés ; Belgique : ouvriers : 7 à 14 jours, employés : 1 à 6 mois, cadres jusqu'à 12 mois si le salaire annuel est supérieur à 31 073 € ; Suède : maximum 6 mois ; Italie : ouvriers : 1 à 2

5. Cf. intitulé de la section B de la Convention n° 158 de l'OIT.

6. Cf. supra note 2. L'autorité absolue de chose jugée des décisions du conseil d'Etat ne concerne que les arrêts d'annulation d'actes administratifs (Civ. 1^{re} 19 juin 1985, *Dalloz* 1985, p. 427, *Rapport P. Sargos*).

7. Organe de contrôle de l'OIT dont les avis font autorité pour l'interprétation des conventions.

semaines, employés : 3 à 8 semaines) (4).

Là encore, force est de constater que ce délai de deux ans ne se situe pas dans la moyenne des durées prévues par les autres législations. Il ne peut donc être considéré comme raisonnable au sens du texte international.

b - La thèse de la motivation implicite

Cette thèse a été développée par le commissaire du gouvernement dans ses conclusions relatives au recours pour excès de pouvoir formé par cinq organisations syndicales contre l'ordonnance du 2 août 2005. La Haute Juridiction administrative a fait sienne cette théorie de la motivation implicite. Elle a en effet considéré que « l'ordonnance du 2 août 2005 n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse (5) vérifier que la rupture n'a pas de caractère abusif et n'est pas intervenue en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure disciplinaire et de celle prohibant les mesures discriminatoires. »

En somme, la possibilité donnée au salarié d'obtenir devant le juge le motif de son licenciement répondrait à l'exigence de l'article 4 de la convention n° 158.

Une telle analyse procède d'une confusion entre l'article 4 et l'article 5 du texte international. En effet, aux termes de ce dernier article, les discriminations ne peuvent pas être un motif valable de licenciement, et sur ce point, l'ordonnance du 2 août 2005 n'est pas contraire à la convention. L'article 4, quant à lui, exige qu'un motif valable soit à l'origine du licenciement. Le contrôle *a posteriori* par le juge est en toute hypothèse nécessaire mais il n'est pas suffisant pour répondre aux exigences de la convention, ce d'autant que celle-ci prévoit « une procédure à suivre avant le licenciement et au moment de celui-ci ».

Cette thèse de la motivation implicite ne peut pas davantage prospérer. Et une autre argumentation peut être développée devant les juridictions judiciaires, qui ne sont pas tenues par la décision du Conseil d'Etat, qui n'a qu'une autorité relative de la chose jugée (6).

c - La thèse de l'abus de droit

Certains soutiennent que le principe de l'abus de droit pourrait être invoqué devant les juges du contrat de travail, se substituer à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse et tenir lieu de motif valable prévu par l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT. Certes, les salariés pourraient être conduits en effet à invoquer l'abus de droit comme ils le font actuellement en cas de rupture pendant la période d'essai. Mais l'abus de droit ne pourrait en aucun cas se substituer à l'exigence pour l'employeur de justifier d'un

8. Sauf les cas où elle est expressément maintenue (cf II-2° salariés soumis à un régime spécifique).

motif valable de licenciement. En effet, l'*Etude d'ensemble sur le licenciement injustifié* élaborée en 1995 par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT (7) a pris nettement position sur ce point : « Lorsqu'un système concret de règles limitant l'exercice discrétionnaire du droit de licencier est élaboré par la jurisprudence à partir de la notion d'abus de droit, il conviendrait que ce système couvre l'ensemble des motifs valables de licenciement inscrit à l'article 4 de la convention. Si tel n'était pas le cas, il ne semble pas que le recours au seul principe de l'abus de droit suffirait à donner plein effet au principe énoncé à cet article » (§ 83).

Or, l'employeur peut rompre le contrat de travail pour des motifs non valables au sens de l'article 4 sans pour autant commettre un abus de droit, c'est-à-dire une légèreté blâmable, un fallacieux prétexte ou une intention de nuire.

Cette troisième thèse n'est pas davantage convaincante que les précédentes. Rien donc ne permet de démontrer que l'ordonnance du 2 août 2005 est conforme à l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT. Il en est de même s'agissant de l'article 7 de ce même texte international.

B - la violation de l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT

L'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT dispose « 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. »

Il est manifeste que la réglementation du contrat nouvelles embauches supprime la procédure préalable au licenciement (8) : convocation à l'entretien préalable, discussion entre l'employeur et le salarié sur les motifs envisagés du licenciement, motivation de la lettre de licenciement, le tout avec la nécessité de respecter certains délais.

L'application élémentaire de ce principe du contradictoire, mettant en mesure le 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 en définitive les motifs retenus de ce licenciement en vue éventuellement de préparer sa défense, est écartée par l'ordonnance du 2 août 2005 en totale contradiction avec l'article 7 de la convention n° 158.

C'est là également une raison déterminante pour écarter cette ordonnance et appliquer le droit commun du

9. TC 16 juin 1923 Septfonds S. 1923 III 49, note M. Hauriou, *Le juge judiciaire ne peut en matière civile contrôler la légalité d'un acte administratif.*

10. Contrôle de conformité avec un traité international.

11. Pour un commentaire approuvé P. Lyon-Caen, « Comment sauver le CNE ? », *Droit social*, décembre 2006.

Code du travail qui, lui, est en parfaite conformité avec cette norme internationale.

Cela étant, si le juge judiciaire peut adopter une autre analyse que celle ressortant de la décision du Conseil d'Etat, encore faut-il que cette question relève de sa compétence. Or, en raison de la nature administrative de l'ordonnance du 2 août 2005, certains ont pu soulever la question de la seule compétence exclusive du juge administratif.

3° - La compétence du juge judiciaire

La question de la compétence du juge judiciaire ne doit être examinée que si elle est contestée par les parties. Elle a été posée lors de la procédure d'appel formée à l'encontre du jugement du conseil de prud'hommes de Longjumeau. Le préfet de l'Essonne a en effet demandé à la cour d'appel de Paris de décliner sa compétence sur la question de la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention n° 158 de l'OIT. Il considère que seul le juge administratif peut, dans le cadre du contrôle de légalité, apprécier la conformité de ce règlement administratif à une convention internationale. En effet, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution prises par le gouvernement, habilité à cet effet par le Parlement, sont considérées de ce fait comme des actes réglementaires.

Cette analyse, fondée sur l'arrêt Septfonds (9), nous semble très contestable, et ce pour trois raisons essentielles.

a – Elle est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui depuis longtemps admet que le juge judiciaire est compétent pour exercer un contrôle de conventionnalité (10) de tout texte de droit interne, en ce compris les textes réglementaires (Civ. 1^{re}, 15 février 1977, *Bull. civ. I n° 83*, Com, 6 mai 1996, *Bull. civ. IV n° 125*, Civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *BC I n° 193* et Civ. 1^{re}, 3 avril 2001, *BC I n° 97*).

b – le contrôle de conventionnalité n'est pas un contrôle de validité de l'acte. Il ne s'agit pas d'annuler un texte – ce qui en vertu du principe de la séparation des deux ordres de juridictions reste de la compétence exclusive du juge administratif – mais d'écarter celui-ci au profit d'un autre qui lui est supérieur dans la hiérarchie des normes.

c – Enfin, on peut considérer que, même si le projet de ratification déposé n'a pas été encore adopté, l'ordonnance a fait l'objet d'une ratification implicite, dès lors que trois lois postérieures mettent en œuvre certaines dispositions du contrat nouvelles embauches : la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances (certes de courte vie), la loi n° 2006-339 relative au retour à l'emploi et sur les droits et devoirs des bénéficiaires des minima sociaux, et l'article 161 de la loi de finances pour 2006.

Toutes ces raisons nous amènent à considérer qu'il n'y a pas lieu dans ce cas à question préjudicielle et que conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, les juridictions judiciaires sont compétentes pour apprécier la conformité de l'ordonnance du 2 août 2005 à la convention n° 158 de l'OIT. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 octobre 2006, s'est d'ailleurs prononcée en ce sens en rejetant le déclinatoire de compétence du préfet (11). Ce dernier a élevé le conflit de sorte que le Tribunal des conflits est saisi et tranchera définitivement la question de l'ordre juridictionnel compétent. Sa décision ne devrait pas intervenir avant le mois de février 2007. D'ici là, rien n'empêche les juridictions de se prononcer, sauf déclinatoire de compétence déposé entre leurs mains par le préfet du département.

Ainsi, si le juge judiciaire se déclare compétent et estime l'ordonnance non conforme à la convention N° 158 de l'OIT, il lui appartiendra alors d'écarter l'ordonnance du 2 août 2005 et d'appliquer les dispositions de droit commun prévues par le Code du travail, notamment celles relatives aux contrats à durée indéterminée, sous réserve des accords collectifs et conventions collectives.

II - le champ d'application de l'ordonnance

Dans la mesure où le juge saisi déciderait de ne pas écarter l'ordonnance du 2 août 2005, ou bien si le Tribunal des conflits décidait que seul le juge administratif est compétent pour connaître de sa conventionnalité et que le Conseil d'Etat alors saisi maintenait sa position actuelle, il conviendrait alors, mais alors seulement, d'appliquer cette ordonnance.

L'ordonnance du 2 août 2005 connaît un champ d'application limité qui est défini dans son article 1^{er}. Seuls certains employeurs peuvent recourir au CNE (1°). Quant aux salariés, certains bénéficient d'un statut protecteur d'ordre public que l'ordonnance a maintenu (2°). L'ordonnance n'a pas écarté l'application des textes d'ordre public en matière de discrimination et de harcèlement (3°), ni les dispositions et accords collectifs (4°). Les règles spécifiques concernant le licenciement disciplinaire et le licenciement économique (5^o et 6^o) demeurent applicables.

1° - les employeurs interdits de CNE

Selon l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 août 2005, peuvent conclure, pour toute nouvelle embauche, un contrat nouvelles embauches les employeurs qui entrent dans le

champ du 1er alinéa de l'article L. 131-2 du Code du travail et qui emploient au plus vingt salariés.

Ainsi, sont exclus du champ d'application de l'ordonnance :

– Les entreprises publiques, établissements publics à caractère industriel et commercial, les établissements publics assurant tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, les entreprises « adaptées » pour personnes handicapées et les centres de distribution du travail à domicile ;

– Les entreprises qui emploient plus de 20 salariés ;

– Les emplois prévus au 3° de l'article L. 122-1-1 du Code du travail (contrats de travail à durée déterminée saisonniers ou d'usage).

Il convient d'ajouter à cette liste le cas de l'employeur qui rompt un contrat nouvelles embauches au cours des 2 premières années. L'article 2 alinéa 10 de l'ordonnance prévoit qu'il ne peut conclure le même type de contrat avec le même salarié avant que ne soit écoulé un délai de 3 mois à compter du jour de la précédente rupture.

Pour déterminer le seuil d'effectifs de 20 salariés, il y a lieu de se référer aux dispositions de l'article L. 620-10 du Code du travail. Ce texte prévoit que sont pris en compte pour le calcul de l'effectif :

– Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein et les travailleurs à domicile ;

– Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat intermittent, les travailleurs mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure, y compris les travailleurs temporaires, et ce au prorata de leur temps de présence au cours des 12 mois précédents ;

– Les salariés à temps partiel (il conviendra de les prendre en compte en divisant la somme totale des horaires inscrits dans leur contrat de travail par la durée légale ou la durée conventionnelle du travail).

Une autre ordonnance du 2 août 2005 prévoit que les salariés âgés de moins de 26 ans embauchés à partir du 22 juin 2005 sont exclus du décompte des effectifs. Le Conseil d'Etat a suspendu l'application de ce texte dans l'attente de l'avis de la CJCE qu'il a consultée. Il n'y a donc pas lieu en l'état d'en tenir compte.

Enfin, une difficulté peut se poser s'agissant du seuil de 20 salariés. Faut-il considérer que chaque contrat nouvelles embauches conclu a des incidences sur l'effectif de l'entreprise ? Autrement dit, doit-on prendre en compte chaque contrat nouvelles embauches conclu pour calculer l'effectif de l'entreprise ?

Certains considèrent que les salariés recrutés sous CNE ne doivent être décomptés qu'à l'issue de la période de consolidation de deux ans. Cependant cette thèse, qui n'est fondée sur aucune disposition précise du texte,

12. Cons. Const., 22 juillet 2005, n° 2005-521 DC.

ne peut être retenue. Le CNE étant un contrat de travail à durée indéterminée à compter du jour de sa conclusion, tout salarié recruté selon un tel contrat devra être pris immédiatement en compte dans l'effectif de l'entreprise comme tous les autres salariés. En conséquence, une entreprise de 19 salariés, qui a engagé deux salariés sous CNE, aura franchi le seuil d'effectif et ne pourra plus employer de nouveaux salariés sous CNE.

2° - les salariés soumis à un régime spécifique

a - les représentants du personnel :

Le cas des représentants du personnel est expressément prévu par l'article 2 alinéa 9 de l'ordonnance du 2 août 2005. La rupture de leur contrat « doit respecter les dispositions législatives et réglementaires qui assurent une protection particulière aux salariés titulaires d'un mandat syndical ou représentatif » stricto sensu.

Compte tenu du nombre de salariés des entreprises concernées, seuls les délégués du personnel semblent visés, sauf accord d'entreprise.

En dépit de cette formulation restrictive, il faut considérer que la procédure protectrice s'applique non seulement aux « titulaires d'un mandat syndical ou représentatif » stricto sensu, mais à tous ceux qui bénéficient de la même protection en vertu de la jurisprudence ou de textes divers. Ainsi en est-il des salariés ayant demandé l'organisation d'élections, des candidats non élus, des anciens représentants après la cessation de leur mandat, des conseillers prud'hommes, des conseillers du salarié, des salariés mandatés par les syndicats pour négocier un accord d'entreprise ou un accord sur la réduction du temps de travail, des administrateurs des caisses de sécurité sociale et des représentants des salariés en cas de procédure collective.

Le titulaire d'un contrat nouvelles embauches, titulaire d'un mandat représentatif, bénéficie donc du statut protecteur du licenciement. La procédure à respecter pour le licenciement de ces salariés protégés comprend, dans tous les cas, la demande d'autorisation administrative. Pour les représentants élus, elle comporte aussi la consultation, s'il existe, du comité d'entreprise (ce qui devrait être l'exception, s'agissant d'entreprises de 20 salariés au plus). L'entretien préalable prévu par l'article L. 122-14, qui fait partie des dispositions écartées, est expressément prévu pour ces salariés en application de l'article R. 436-1.

La sanction de la méconnaissance de ce statut protecteur est la réintégration du salarié. Si le délai de deux ans est écoulé, le salarié sera réintégré selon un contrat à durée indéterminée de droit commun. Dans le cas contrai-

13. Les articles L. 122-25-2, L. 122-32-2, L. 122-32-5, L. 122-32-7, L. 122-45 et L. 122-49 et suivants du Code du travail ne sont pas exclus par l'ordonnance du 2 août 2005.

re, la réintégration s'effectuera dans le cadre du contrat nouvelles embauches.

b - Les femmes enceintes, les accidentés du travail, et les salariés déclarés médicalement inaptes

L'ordonnance du 2 août 2005 ne dispose pas expressément que les femmes enceintes, les accidentés du travail et les salariés déclarés inaptes engagés sous contrat nouvelles embauches bénéficient des protections particulières prévues par le Code du travail. Mais, il convient d'interpréter ce texte au regard des réserves formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 juillet 2005 relative à la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 (12). Ainsi, a-t-il rappelé que les dispositions de ce texte « ne sauraient 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 ». De plus, l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance précitée n'exclut pas les textes concernant les catégories de salariés bénéficiant de protections particulières.

Il en résulte que les protections d'ordre public dont bénéficient certains salariés demeurent applicables, le texte ne pouvant y déroger.

Les femmes enceintes peuvent donc revendiquer l'application des dispositions protectrices de l'article L. 122-25-2 du Code du travail (13). Et, lorsqu'il sera établi devant le juge prud'homal que la salariée entre dans la catégorie concernée, le licenciement devra être déclaré nul.

Il en est de même des victimes d'accidents du travail qui peuvent se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-32-2 et invoquer un licenciement nul lorsque celui-ci intervient pendant la période de protection.

Il reviendra le cas échéant à l'employeur, comme dans un contrat de droit commun, d'établir l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pour des motifs étrangers à la situation protégée.

Enfin, la situation des salariés déclarés médicalement inaptes demeure régie par les articles L. 122-32-5 et suivant du Code du travail. Une fois rapportée la preuve de leur situation, il incombe à l'employeur, comme en droit commun, de prouver l'impossibilité du reclassement. Contrairement aux cas précédents, la réintégration peut seulement être proposée, et non imposée (L. 122-32-7).

3° - L'application des textes d'ordre public en matière de discrimination et de harcèlement.

L'ordonnance du 2 août 2005 ne fait pas obstacle à l'application des dispositions d'ordre public relatives à la discrimination. Le Gouvernement l'a affirmé lui-même

dans ses observations formulées devant le Conseil constitutionnel en précisant 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 formation de recours juridictionnels permettant de contester la validité du licenciement au regard des règles de l'ordre public social, par exemple en matière de discrimination ».

L'article L.122-45 du Code du travail, qui dispose « qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail... en raison de son état de santé ou de son handicap », s'applique à tous les salariés engagés selon un CNE. En outre, en vertu de ce même texte, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Par analogie, il y a lieu de considérer que sont également applicables à tous les salariés embauchés selon un contrat nouvelles embauches les dispositions relatives au harcèlement sexuel (L. 122-46) ou moral (L. 122-49).

Les conséquences sont les mêmes, que la rupture du contrat de travail ait un motif discriminatoire ou qu'elle soit motivée par la résistance du salarié à un harcèlement sexuel ou moral. Le licenciement est nul et ouvre droit à une réintégration.

Cependant, la mise en œuvre de ces dispositions ne manquera pas souvent de poser des difficultés. En effet, le caractère discriminatoire de la rupture de du CNE sera d'autant plus difficile à démontrer qu'il n'existera pas de motivation de la rupture. S'agissant du harcèlement, on sait combien il est difficile de le caractériser compte tenu des modes de preuves prévues par les textes. Les dispositions applicables en matière de preuve de la discrimination et du harcèlement sont celles prévues respectivement à l'article L. 122-45 alinéa 4 et à l'article L. 122-52 du Code du travail, lesquelles doivent être interprétées à la lumière de l'article 9 de la convention n° 158 de l'OIT.

4° - Les dispositions des conventions et accords collectifs

Les conventions collectives et accords collectifs sont applicables à tous les salariés engagés selon un contrat nouvelles embauches. En effet, l'ordonnance du 2 août 2005 énumère dans son article 2 alinéa 2 les textes auxquels n'est pas soumis le contrat nouvelles embauches. Il s'agit 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 du Code du travail. Cette liste étant limitative, une interprétation *a contrario* de cet alinéa conduit à considérer que les textes conventionnels ne sont pas exclus par l'ordonnance. Par conséquent, si des dispositions conventionnelles prévoient des règles plus protectrices, notamment dans le domaine de la rupture du contrat, elles pourront être appliquées aux salariés engagés sous contrat nouvelles embauches qui les invoqueront.

5° - licenciement disciplinaire

Le Conseil d'Etat l'a clairement rappelé dans sa décision du 19 octobre 2005 : l'ordonnance du 2 août 2005 n'exclut pas l'application des dispositions des articles L. 122-40 et suivants du Code du travail relatives au droit disciplinaire. Ce point n'était pas d'ailleurs contesté par le Gouvernement dans ses conclusions.

En droit commun, ces dispositions se combinent avec celles des articles L. 122-4 et suivants, relatives au licenciement. Les salariés sous CNE, soumis à l'ensemble des dispositions du Code du travail à l'exception, pendant les deux premières années, de celles limitativement énumérées par l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance du 2 août 2005, bénéficient donc des règles de procédure et du contrôle judiciaire introduits dans le Code du travail par la loi du 4 août 1982 pour protéger l'ensemble des salariés contre l'arbitraire du chef d'entreprise dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Cette garantie est particulièrement nécessaire dans les entreprises de moins de 20 salariés, où l'employeur n'est pas tenu d'établir un règlement intérieur précisant les règles de discipline, entreprises précisément qui peuvent recruter sous contrat nouvelles embauches.

Lorsqu'il envisage une sanction disciplinaire, l'employeur doit respecter les dispositions de l'article L. 122-41, « applicables aux licenciements prononcés pour des faits considérés comme fautifs par l'employeur » :

– Un entretien préalable au cours duquel « l'employeur indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié » ;

– La motivation de la lettre notifiant la sanction, en l'espèce la rupture du contrat.

Contrairement à l'article L. 122-14, l'article L. 122-41 n'impose pas un délai impératif de 5 jours entre la convocation et l'entretien, mais le salarié doit disposer d'un délai raisonnable pour s'y préparer. Il prévoit la faculté, pour l'intéressé, de se faire assister par un membre de l'entreprise ou par un conseiller du salarié, mais n'impose pas à l'employeur de mentionner cette faculté dans la convocation.

14. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » JO n° 179 du 3 août 2005 p. 12688.

Le délai d'un jour franc minimum et d'un mois maximum entre l'entretien et la notification de la sanction, prévu par l'article L. 122-41, doit être respecté.

Si la convention collective organise des procédures disciplinaires plus exigeantes que les dispositions légales, elles doivent également être respectées.

Par ailleurs, dès lors que le motif disciplinaire est établi, les salariés sous CNE doivent bénéficier comme les autres de la prescription de deux mois de l'article L. 122-44.

L'inobservation de ces règles pour une rupture ayant un motif disciplinaire constitue une faute de l'employeur, qui sera sanctionnée par l'indemnisation du préjudice résultant tant de l'inobservation de la procédure que, le cas échéant, du caractère injustifié de la sanction, ce préjudice étant librement apprécié par le juge.

Si, dans ce cas particulier du régime disciplinaire, le droit commun du Code du travail retrouve, ainsi que nous l'avons vu, une pleine application, certaines difficultés ne manqueront cependant pas de se poser.

En premier lieu, l'absence de motivation de la lettre de licenciement aura bien évidemment des incidences sur la mise en œuvre des dispositions du droit disciplinaire. Ainsi, si l'employeur, tout en s'engageant dans la voie disciplinaire, ne motive pas la lettre de rupture, il faudra établir que cette rupture à l'initiative de l'employeur ne relève pas du droit commun de l'ordonnance, mais constitue un licenciement disciplinaire. On pourrait ainsi assister à des débats dans lesquels le salarié devra invoquer une faute qui lui est reprochée par l'employeur, véritable motif de la rupture dont il contestera la légitimité.

En second lieu, la combinaison des dispositions de l'article 2 alinéa 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 et de celle de l'article L. 122-43 du Code du travail laisserait à penser que la règle du doute n'est pas applicable aux salariés engagés sous contrat nouvelles embauches. En effet, l'ordonnance exclut expressément l'article L. 122-14-3 du Code du travail de son champ d'application. Et l'article L. 122-43, qui pose lui aussi la règle du doute, est applicable pour toutes les sanctions disciplinaires à l'exception du licenciement. Cela étant, il semble difficile d'exclure cette règle, qui est inhérente au droit disciplinaire.

6° - Les règles de procédure spécifiques au licenciement économique

Selon l'article 2 alinéa 8 de l'ordonnance du 2 août 2005, les dispositions relatives aux procédures d'information et de consultation régissant les procédures de licenciement économique collectif sont applicables (consultation et information des représentants du personnel, information de l'inspection du travail).

Le salarié pourra se prévaloir du préjudice que lui a causé le défaut de consultation ou d'information pour

obtenir une indemnité.

Ainsi, en dépit de son caractère dérogatoire, le contrat nouvelles embauches doit obéir à un certain nombre de règles qui viennent d'être décrites. Mais qu'en est-il des sanctions en cas de manquement par l'employeur à ses obligations découlant de ces textes ?

III - Conséquences des manquements de l'employeur

Lorsque l'employeur ne respecte pas les dispositions précitées, plusieurs types de sanctions peuvent être envisagés. Parmi celles-ci, on distinguera, d'une part, la requalification du contrat nouvelles embauches en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun (1°) et la constatation d'une rupture abusive avec les conséquences indemnitaires qu'elle engendre (2°).

1° - La requalification du CNE en CDI de droit commun

a – L'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 août 2005 dispose que « les employeurs qui entrent dans le champ d'application du premier alinéa de l'article L. 131-2 du Code du travail et qui emploient au plus vingt salariés peuvent conclure, pour toute nouvelle embauche, un contrat de travail dénommé « contrat nouvelles embauches ».

Il résulte de ce texte que le contrat nouvelles embauches doit mériter son nom et qu'il ne peut pas être conclu s'il ne réalise pas une embauche véritablement nouvelle. Cette exigence encadre fermement le droit de recourir au contrat nouvelles embauches. Si l'on se réfère aux travaux préparatoires, et notamment au rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 2 août 2005 (14), on constate que ce texte est intervenu à la suite de la déclaration de politique générale du Premier ministre, M. Dominique de Villepin, le 8 juin 2005, dans laquelle il a fait de la lutte contre le chômage la priorité absolue du gouvernement. Ce rapport souligne qu'*« avec un taux de chômage de plus de 10 % et certaines catégories de populations particulièrement touchées, notamment les jeunes qui sont confrontés à de fortes difficultés d'insertion durable dans l'emploi, la situation de l'emploi justifie que soient mises en œuvre, sans délai, des mesures fortes, pragmatiques et efficaces destinées à relancer l'emploi et la croissance. A ce titre, les petites entreprises sont un gisement d'emplois précieux qu'il faut exploiter prioritairement. »*

Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'un contrat

nouvelles embauches ne peut être conclu que pour créer un nouvel emploi. Cela exclut donc l'utilisation de ce type de contrat pour remplacer un salarié engagé sous un contrat de travail à durée indéterminée de droit commun qui viendrait à quitter l'entreprise pour quelque raison que ce soit.

C'était le cas dans l'espèce qui avait donné lieu au jugement de Longjumeau : le contrat nouvelles embauches avait été conclu pour se substituer à un contrat de travail à durée indéterminée. La juridiction prud'homale a considéré qu'une telle substitution ne correspondait pas à l'esprit du texte qui vise une « nouvelle embauche ».

Une telle violation de l'article 1^{er} de l'ordonnance entraîne une requalification du contrat nouvelles embauches en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun. Certes, le texte ne le prévoit pas expressément. Mais, la jurisprudence, approuvée par la Cour de cassation, considère depuis longtemps qu'une action en requalification d'un contrat de travail peut avoir une origine prétorienne. Sur ce point, on peut raisonner par analogie avec l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée. En effet, l'action en requalification n'a pas été expressément prévue avant la loi de 1979. Or la Haute Juridiction a pendant longtemps procédé à des requalifications en l'absence de texte, et ce depuis un arrêt du 31 mars 1924.

b – Par ailleurs, l'article 2 alinéa 1^{er} de l'ordonnance du 2 août 2005 prévoit que le contrat nouvelles embauches est établi par écrit.

Ce formalisme particulier, lié au caractère dérogatoire de ce contrat, implique que le contrat nouvelles embauches doit être requalifié en contrat de travail à durée indéterminée de droit commun en cas d'absence de contrat écrit.

Il en est de même en cas de notification tardive de la rupture du contrat nouvelles embauches à l'expiration du délai de deux ans. Par ailleurs, il peut être soutenu que l'employeur qui romprait un CNE peu avant l'expiration du délai de deux ans, en vue de souscrire un nouveau CNE avec un autre salarié, devrait, si sa manœuvre peut être caractérisée, être condamné à des dommages-intérêts pour abus de droit.

2° - La rupture non justifiée par un motif valable

L'ordonnance du 2 août 2005 ne pose aucune règle précise quant à la mise en œuvre d'une action pour rupture abusive ou illégitime. Cela étant, il s'agit ici d'examiner

15. CE 19 octobre 2005, conclusions du commissaire du gouvernement Christophe Devys, *SJ Ed. Sociale* n° 20, 8 novembre 2005.

16. Le contrat de travail « nouvelles embauches » Patrick Morvan, professeur à l'Université de Panthéon-Assas, *JCP/SJ Ed. sociale* n° 11, 6 septembre 2005.

les principes applicables à la rupture lorsque la conformité à la convention n° 158 de l'OIT n'aura pas été soulevée par les parties. Il en résulte que l'ordonnance créant le contrat nouvelles embauches doit être interprétée à la lumière des dispositions de ce texte international, auquel elle se doit d'être conforme.

Or l'article 4 de la convention n° 158 prévoit qu'un travailleur ne doit pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

La rupture d'un contrat nouvelles embauches doit donc répondre à cette exigence de l'existence d'un motif valable. Si l'employeur n'invoque devant le juge aucun motif ou refuse de répondre aux allégations du salarié ou aux injonctions du juge, le licenciement devra être considéré comme abusif. Si en revanche, il invoque un motif, il appartiendra au juge de vérifier si ce motif est ou non valable.

Cette interprétation n'est pas contestée par le Conseil d'Etat, lequel a affirmé, dans sa décision du 19 octobre 2005, que « l'ordonnance attaquée n'a pas exclu que le licenciement puisse être contesté devant un juge, afin que celui-ci puisse vérifier que la rupture n'a pas un caractère abusif et n'est pas intervenue en méconnaissance des dispositions relatives à la procédure disciplinaire et de celles prohibant les mesures discriminatoires ». A cet égard, les conclusions du commissaire du Gouvernement, Christophe Devys (15), méritent une particulière attention. En effet, celui-ci a souligné que « les auteurs de l'ordonnance n'ont en revanche pas entendu exclure le droit au recours et, l'auraient-ils souhaité, n'auraient pu le faire. » et qu'ainsi, « 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 donc 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 ».

Selon lui, le juge sera donc amené à exercer un contrôle et « il lui faudra en particulier qualifier le licenciement et vérifier par exemple que le motif du licenciement n'est pas illégitime, la liste des motifs illégitimes fixée à l'article L. 122-45 étant toujours applicable aux contrats nouvelles embauches, ou qu'il ne repose pas sur un motif disciplinaire au sens de l'article L. 122-40, lequel reste applicable. »

Cependant, que faut-il entendre par motif valable ?

A certains, qui ont pu se demander si le juge judiciaire n'allait pas en réalité opérer un contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement, il convient de répondre que le motif valable n'est pas la cause réelle et sérieuse de licenciement. Il ne paraît pas en l'état possible en effet d'appliquer le droit du licenciement instauré par la loi du 13 juillet 1973, que précisément l'ordonnance du 2 août 2005 a voulu écarter. Certes, la Cour de cassation consi-

dère que, lorsqu'un employeur fait preuve d'une légèreté blâmable, la faute qu'il commet ainsi, rend, par elle-même, et quel que soit le motif du licenciement, celui-ci sans cause réelle et sérieuse (Soc. 26 janvier 1994, *RJS 1994 n° 386* et Soc. 10 juillet 2001, *RJS 2001, n° 1128*). S'il semble que cette jurisprudence a vocation à s'appliquer, elle ne pourra l'être que dans le respect du régime dérogatoire du contrat nouvelles embauches. Cela ne signifie pas pour autant que les deux notions de motif valable et de cause réelle et sérieuse peuvent être assimilées.

A l'opposé, d'autres ont soutenu que le contrôle du juge devait se limiter à l'abus de droit. Cette théorie d'origine civiliste, élaborée par la jurisprudence au cours du XIX^e siècle, est encore appliquée aujourd'hui par la Cour de cassation dans certaines hypothèses et notamment en matière de rupture en cours de période d'essai. Elle recouvre principalement les notions de légèreté blâmable, de mauvaise foi caractérisée et d'intention de nuire. Cela étant, même si cette théorie se caractérise, selon Patrick Morvan (16), par « une certaine plasticité », elle n'est pas assez stricte pour correspondre à l'exigence d'un motif valable.

Par conséquent, si le motif valable n'est pas la cause réelle et sérieuse et ne se limite pas à la notion d'abus de droit, que recouvre-t-il ?

Pour répondre à cette interrogation, il est intéressant de se référer à la convention n° 158 de l'OIT, et à l'*Etude d'ensemble sur le licenciement injustifié* élaborée en 1995 par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT.

Selon l'article 4 de la convention n° 158, constituent des motifs valables de licenciement celui lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou celui fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

Mais le texte international définit par ailleurs en creux cette notion de motif valable en précisant que ne constituent pas de tels motifs :

- L'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou avec le consentement de l'employeur durant les heures de travail ;
- Le fait de solliciter ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ;
- Le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ;
- La race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités, la grossesse, la religion, l'opinion publique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale ;
- L'absence de travail pendant le congé de maternité.

L'article 6 prévoit en outre que l'absence temporaire de travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement.

Au-delà de ces définitions posées par la convention,

l'« Etude d'ensemble » rappelle que « *la nécessité de fonder le licenciement sur un motif valable constitue la pierre angulaire des dispositions de la convention* » et que « *la définition de la nature des motifs valables telle que prévue à l'article 4 de la convention se situe, par la généralité des termes employés, entre les définitions plus laconiques de certaines législations et celles d'autres plus précis, qui énumèrent les divers motifs valables.* »

Afin de préciser cette définition de la notion, l'« Etude » énumère un certain nombre de motifs concrets retenus dans certaines législations nationales et qui correspondent à la notion de motif valable posée par la convention. Ainsi en est-il notamment de la mauvaise exécution des tâches, de la négligence dans le travail, de la violation du règlement d'entreprise, de l'indiscipline, des injures, de l'abus de confiance, et du vol. Ces motifs, liés à la conduite du travailleur, constituent donc des motifs valables au sens du texte conventionnel.

La convention retient également au titre des motifs valables ceux exigés par les besoins économiques, technologiques, structurels ou similaires qui ne sont pas inhérents à la personne du salarié. Ces motifs recouvrent celui plus général fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise.

En revanche, selon l'« Etude », doivent être considérés comme des motifs non valables la participation à une grève, le refus de se soumettre à un test de mensonge, l'état de santé, le handicap physique, l'affiliation à une organisation syndicale. L'« Etude » attire en outre l'attention sur la question des mesures de représailles, notamment sous leur forme la plus brutale, le licenciement, qui pourraient intervenir à l'encontre d'une personne discriminée qui se serait prévalué d'un droit, ou d'un travailleur qui aurait dénoncé la non-application de règles en matière d'hygiène et sécurité au travail. Elle étend, par ailleurs, la notion de discrimination liée à la grossesse à celle résultant de l'état matrimonial, en se référant à une décision de la Commission des relations professionnelles de la Nouvelle-Galles (Australie), qui a considéré que le licenciement d'un travailleur suite à son absence au travail pour assister sa femme dans un accouchement difficile

lors de la naissance de leur enfant était un licenciement rude inéquitable et injuste.

Sur cette question de la discrimination, l'« Etude » rappelle un certain nombre de critères de distinction prohibés qui constituent des motifs non valables de licenciement : la citoyenneté, l'orientation sexuelle, l'existence d'un casier judiciaire.

Enfin, elle reprend les dispositions de l'article 6 précité en insistant sur le fait que la maladie ne peut être un motif valable de licenciement. Et elle souligne que des absences répétées peuvent constituer un motif valable que si le fonctionnement de l'entreprise en est perturbé. Mais elle relève plus particulièrement que les personnes atteintes du virus de l'immunodéficience humaine (VIH) et de celles souffrant du syndrome de l'immunodéficience acquise (SIDA) devraient être traitées comme les autres travailleurs malades et ainsi pouvoir travailler tant qu'elles sont médicalement aptes à un travail disponible, approprié.

Cette énumération n'est nullement limitative mais elle permet déjà de se faire une idée de la délimitation des contours de cette notion de « motif valable » et de son corollaire, le « motif non valable ». Il appartiendra aux juges saisis de cette question d'apprécier la validité du motif au regard de ces exemples non exhaustifs.

On peut toutefois considérer, à l'issue de cette analyse, que le motif valable peut répondre ainsi à une définition plus générale. Il pourrait être ainsi défini comme « le motif de nature à entraîner la rupture du contrat de travail ». Mais cette notion reste à préciser et il y a tout lieu de penser que la jurisprudence ne manquera pas de le faire.

En conclusion de cette étude qui est loin d'être exhaustive, il convient de dire que l'ensemble des questions posées par le CNE sont encore à l'état de gestation. Ce sont les procédures devant les juges prud'homaux qui pourront faire apparaître les difficultés. Nous en avons ici anticipé certaines mais il y en aura d'autres. Autant de questions qui permettront aux juristes, avocats et juges d'analyser ce nouveau contrat dérogatoire et d'en préciser le régime juridique... pour autant que ce dernier survivra.

Annexe

Arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 octobre 2006 (Extraits)

Mlle L. De W. a été engagée en qualité de secrétaire le 1^{er} juillet 2005 par M. P. S. (...) suivant un contrat à durée déterminée motivé par une surcharge temporaire de travail » et prévu pour une durée « de 6 mois renouvelable par tacite reconduction », ce contrat mentionnait une période d'essai d'un mois renouvelable une fois.

Le 6 décembre 2005, avant l'échéance dudit contrat, les parties signaient pour le même emploi, un contrat « nouvelles embauches » tel qu'il a été créé par l'ordonnance du 2 août 2005.

Par lettre du 27 janvier 2006, l'employeur mettait fin à ce contrat, avec un préavis d'un mois.

Contestant les conditions de cette rupture, M^{lle} L. De W. saisissait, le 20 mars 2006, le conseil de prud'hommes de Longjumeau qui, par jugement rendu le 28 avril 2006, 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 a requalifié les deux contrats en cause en contrat à durée indéterminée.

(...)

Cette décision, assortie de l'exécution provisoire pour le tout, a été frappée d'appel par le procureur de la République d'Evry le 3 mai 2006 ainsi que par M. P. S..

Par mémoire régulièrement 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 concernant l'illégalité de l'ordonnance du 2 août 2005, acte administratif réglementaire, qui doit être soumise à la seule compétence du juge administratif.

(...)

Le ministère public (...) conclut au rejet du déclinatoire de compétence et subsidiairement soutient qu'il est sans objet.

(...)

Sur le bien-fondé du déclinatoire de compétence

(...)

Considérant que l'article 55 de la Constitution de 1958 fonde la primauté, dans l'ordre interne français, des traités internationaux sur les normes nationales, de sorte que, en cas de conflit de normes, les dispositions de toute convention internationale l'emportent sur la loi française ;

Considérant que c'est par application de ce principe de la hiérarchie des normes, réaffirmé par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 14 octobre 1997, que les premiers juges ont dit que l'ordonnance du 2005 (...) ne pouvait recevoir application dans le litige qui leur était soumis en raison de sa non-compatibilité avec la convention 158 de l'OIT en date du 22 juin 1982 ;

(...)

[Considérant] que pour priver le juge du contrat de travail de la plénitude de sa juridiction, le préfet invoque le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires qui trouve son fondement dans la loi des 16-24 août 1790 et auquel le Tribunal de conflits a donné sa consécration jurisprudentielle, non démentie depuis le 16 juin 1923 (arrêt Septfonds) ;

(...)

[Considérant] qu'à bon droit, le préfet de l'Essonne fait valoir que jusqu'à sa ratification par la loi, une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution a le caractère d'un acte administratif et soutient que la question de sa légalité relève de la compétence de la juridiction administrative, au besoin sous la forme d'une question préjudicielle lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est saisie d'un litige nécessitant l'appréciation de cette légalité ;

Considérant, en l'espèce, que trois parties à l'instance (CFTC, CGT-FO et CFDT) font valoir que ladite ordonnance a fait l'objet d'une ratification implicite, qu'elle a acquis force législative et qu'elle échappe

ainsi au contrôle du juge administratif ;

(...)

Considérant que si la ratification des ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution et faite par le vote d'une loi de ratification explicite, il est admis que la ratification puisse être implicite ou indirecte ; qu'ainsi le Conseil constitutionnel précise que la ratification peut résulter d'une loi « qui sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement » (C. C. 23 janvier 1987. Conseil de la concurrence) ;

Considérant que les lois invoquées ne satisfont pas à cette exigence (...);

(...)

Qu'il convient en conséquence de répondre à la demande de dessaisissement présentée par le préfet de l'Essonne ;

(...)

Qu'il est également soutenu que l'examen de la conventionnalité d'un acte réglementaire implique nécessairement le contrôle de sa légalité puisque le principe de primauté a précisément pour objet de faire triompher une norme internationale directement applicable sur un droit interne qui ne lui est pas compatible ; qu'en définitive, pour le préfet de l'Essonne, le juge judiciaire qui statue sur l'exception d'illégalité d'un acte administratif, porte atteinte au principe de séparation ;

(...)

Qu'en l'espèce, les demandes présentées devant le juge du contrat de travail tendent à faire constater l'inapplicabilité de l'ordonnance du 2 août 2005 au litige qui lui est soumis ;

Qu'ainsi d'une part l'examen de l'ordonnance précitée au regard de sa compatibilité est nécessaire au règlement du litige dès lors que les parties ont entendu mettre cette question dans le débat et qu'il est demandé la réformation d'un jugement qui a dit l'ordonnance du 2 août 2005 inapplicable en droit français ;

Que d'autre part, le contrôle de conventionnalité opéré par le juge judiciaire est distinct d'un contrôle de légalité qui devrait être soumis au juge administratif ;

Qu'en effet l'objet de ce contrôle n'est pas de tendre à l'annulation ou à la réformation de l'acte administratif en cause mais seulement de dire s'il convient d'en faire application au litige soumis au juge du contrat de travail si ce dernier ne l'estime pas compatible avec une norme supérieure ; que ce contrôle de conventionnalité ressort des attributions du juge judiciaire qui méconnaîtrait l'étendue de ses pouvoirs s'il abandonnait à l'ordre administratif l'appréciation de cette compatibilité ;

Que ce contrôle, qui a pour seul effet d'écarter l'application d'une norme, n'implique pas nécessairement un contrôle de légalité de cette norme dont les effets tendent au contraire à son annulation ;

Que la séparation des pouvoirs interdit au juge judiciaire d'exercer sa censure sur les actes de l'Exécutif mais ne lui interdit pas d'en vérifier la compatibilité avec les conventions internationales qu'il a l'obligation d'appliquer étant directement applicables en droit interne ;

Qu'en conséquence, la question de la compatibilité de l'ordonnance du 2 août 2005 avec la convention n° 158 de l'OIT ne constitue pas une question préjudicielle qui doit être soumise préalablement à l'examen du juge administratif mais relève de le l'office du juge du fond ;

Qu'il convient, dans ces conditions, de rejeter le déclinatoire de compétence du préfet de l'Essonne ;

Par ces motifs,

la Cour,

Ordonne la jonction entre les numéros RG 06/06992 et 06/06993 ;

Avant dire droit au fond,

Rejette le déclinatoire de compétence déposé par le préfet de l'Essonne le 19 juillet 2006 ;

Sursoit à statuer sur le fond jusqu'à l'expiration du délai ouvert au préfet pour élever le conflit (...)