



Infos rapides DLAJ

2007-10 - 13 Juillet 2007 - Informations diffusées par le Collectif national DLAJ

Ces informations sont envoyées aux Conseillers prud'hommes, défenseurs, conseillers du salarié et militant-e-s, intéressé-e-s par l'action juridique, ayant communiqué leur adresse électronique. En sont également destinataires pour transmission aux camarades concernés, les unions départementales, fédérations et comités régionaux.

CARTE JUDICIAIRE

La réforme de la carte judiciaire a été annoncée par Madame Rachida DATI, Garde des Sceaux, dans son allocution du 27 juin 2007 à Bobigny, reprenant ainsi l'une des propositions du Président de la République.

Depuis cette annonce, différentes initiatives ont été mises en place par le ministère de la justice notamment un courrier en direction des Premiers présidents de Cour d'appel et des Procureurs généraux des dites Cours. Ce courrier leur a été envoyé le 25 juin, afin qu'ils organisent sur le terrain des réunions de concertation avec les présidents des différentes juridictions de leur ressort.

Plusieurs réunions sont programmées en juillet dans des Cours d'Appel.

Un comité consultatif a été mis en place au niveau national composé des Premiers Présidents des Cour d'Appel, du Procureur général de la Cour de cassation, des représentants des associations professionnelles de magistrats, des présidents de syndicats de magistrats et de fonctionnaires des greffes, des présidents du Conseil national des Barreaux, de la Chambre nationale des avoués, des huissiers, des commissaires priseurs, des notaires, des greffiers des tribunaux de commerce et du Président du Conseil supérieur de la prud'homie.

Le syndicat CGT des Chancelleries et services judiciaires a été reçu dans le cadre de ces consultations le 15 juin 2007. (voir en pièce jointe le courrier adressé aux UD le 21 juin 2007).

Au cours de la réunion du Conseil supérieur de la prud'homie du 6 juillet 2007, une communication nous a été faite par Monsieur Stéphane NOEL (conseiller du Garde des Sceaux chargé de la réforme de la carte judiciaire) sur cette réforme qui pourrait entraîner la suppression de certains Conseils de prud'hommes.

Celui-ci a exposé : « que cette démarche correspond à la feuille de route que le Président de la République a donné au Garde des Sceaux ; réforme motivée par le fait que la carte judiciaire n'avait pas été revisitée depuis trop longtemps (1958) et par l'affaire Outreau avec les conséquences que l'on connaît ». (Incarcération abusive de nombreuses personnes innocentes)

Objectifs :

- ◀ *Repenser l'organisation judiciaire sans pour cela appliquer des effets mécaniques (suppressions de tribunaux !)*
- ◀ *Pas question de toucher à la nature du procès prud'homal, la spécificité du Conseil de prud'hommes sera préservée.*
- ◀ *Le 26 juin 2007, le Garde des Sceaux fixe les principes de cette réforme). Elle se fera par concertation à deux niveaux : nationale et locale par l'intervention des Chefs de Cour d'Appel qui devront questionner notamment les Présidents et Vice-présidents des CPH.*
- ◀ *Les chefs de Cours ont jusqu'au 30 septembre pour faire des propositions de réorganisation.*
- ◀ *Les deux ministères, emploi et justice, travailleront en lien étroit. Il faudra mettre en place une démarche pour que le CSP trouve sa place dans cette concertation ».*

La délégation CGT s'est exprimée en rappelant que:

- ▶ La CGT est attachée au principe fondamental d'accès au droit et à la justice pour tous les citoyens.
- ▶ La CGT considère que la réforme envisagée doit être appréciée dans son ensemble car elle touche non seulement l'ensemble des juridictions statuant en matière de droit du travail : Tribunaux d'Instance (droit électoral, désignation des DS); Tribunaux de Grande Instance (droits collectifs); Tribunaux de commerce (liquidation et règlement judiciaires); Conseil de prud'hommes (litiges individuels) et Cours d'appel, mais également toutes les juridictions civiles et pénales.
- ▶ La CGT souligne que le lancement de cette réforme intervient, une fois de plus, pendant les mois où les salariés sont en congés.
- ▶ La CGT considère que cette question ne peut pas être traitée en circuit fermé.

Elle a exigé d'être consultée en tant que Confédération sur les problèmes de la réforme générale de la carte judiciaire et sur celle des des Conseils de prud'hommes.

Nous considérons que cette réforme intéresse l'ensemble des citoyens qui sont les usagers potentiels, concernés par les enjeux de proximité, de simplicité, de gratuité d'accès à la justice, de durée des procédures... « Quelle justice pour quels besoins sociaux » cela relève d'un débat de société duquel les organisations syndicales ne peuvent être écartées.

La CGT défend un service public de qualité, au plus près des justiciables, avec des moyens de fonctionnement, en locaux, en personnels de greffes et de magistrats, ce qui est loin d'être le cas aujourd'hui. Le budget de la justice représente en France 2,34% du budget de l'État, ce qui le place au 24^e rang et dans le peloton de queue de l'Union européenne (selon les chiffres du Conseil de l'Europe concernant le budget de la justice rapporté au nombre d'habitants).

En ce qui concerne les conseils de prud'hommes, le nombre d'affaires enroulées ne doit pas être le seul critère retenu, d'autres critères doivent être examinés (évolutions démographiques et bassins d'emploi, contraintes géographiques, transports, aménagement du territoire, qualité des décisions etc.).

La CGT rappelle également que les élections prud'homales auront lieu dans quelques mois, qu'elles concernent environ 16 millions de salariés électeurs.

Des procédures de consultation et d'avis sont prévues dans les articles L.511-3 et R.511-1 du Code du travail, elles doivent être respectées.

En toute hypothèse, nous considérons qu' une éventuelle modification de la carte judiciaire prud'homale ne peut être réalisée dans la précipitation et à brève échéance compte tenu de la proximité des prochaines élections. Les contraintes du calendrier électoral déjà établi, celles inhérentes à la préparation matérielle de ces élections, à la constitution des listes électorales et de candidatures ainsi que les modifications des conditions d'exercice du mandat des Conseillers prud'homaux qui pourraient en résulter ne supportent pas une révision de la carte avant les prochaines élections prud'homales, sous peine d'en perturber gravement le bon déroulement.

La CGT sera attentive au déroulement du processus engagé et se déterminera en fonction des réponses apportées à ses propositions, après consultation de ses organisations.

Vous pourrez trouver tous les éléments publiés par le ministère, ainsi que les statistiques nationales et régionales en vous rendant sur le site www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr.

INDEMNISATION DES CONSEILLERS

Intervention de Bernard AUGIER au nom de la délégation CGT
au Conseil supérieur de la prud'homie du 6 juillet 2007

Nous ne reviendrons pas sur les discussions qui ont présidé à la volonté exprimée par tous de voir des textes régissant les activités des conseillers prud'hommes répondre à des critères de sécurité juridique.

C'est ainsi que les activités des conseillers ont été énoncées dans la loi promulguée le 31 décembre 2006, ce dont nous nous félicitons, avec bien sûr les réserves exprimées à l'époque de ne pas y avoir fait figurer l'étude de la documentation. Cette étude est pourtant nécessaire à l'accomplissement du mandat dans un souci d'efficacité et de sérieux de la décision à intervenir, au service de celles et ceux qui s'adressent à notre juridiction.

Mais ce qui a focalisé la discussion c'est la partie réglementaire, avec la volonté du ministère d'enfermer les activités des conseillers prud'hommes dans des quotas.

Quota pour préparer l'audience, quota pour étudier les dossiers, quotas pour rédiger les décisions de toute nature.

A la suite du Conseil supérieur de la prud'homie du 13 octobre. Ce projet a fait l'objet d'une protestation d'une très large majorité de conseillers prud'hommes salariés et employeurs qui quotidiennement sont confrontés aux questions posées par les justiciables et à la complexité de la décision à rédiger.

Venant également de parlementaires, cette protestation a conduit les ministres du Travail et de la Justice, par courrier du 8 février, à réouvrir les négociations pour cause « d'incompréhension et de doute » sur la capacité des juges lors des audiences à s'entendre pour autoriser les dépassements justifiés par la complexité de certaines affaires.

Force est de constater que si deux réunions ont bien eu lieu, aucune négociation véritable n'est intervenue. Nous avons le sentiment que ces groupes de travail n'ont en fait été mis en place que pour tenter de calmer la colère des conseillers prud'hommes.

Que constatons-nous ?

La même volonté d'enfermer la rédaction de la décision dans un temps prédéterminé, alors que nous considérons qu'il ne peut y avoir deux sortes de magistrats : ceux qui auraient le temps nécessaire et ceux qui se verraient contraints dans un temps déterminé de rédiger les décisions.

Aucune justification n'est apportée à cette restriction de la responsabilité qui nous a été confiée par les électeurs, si ce n'est de remettre en cause la responsabilité et le sérieux des conseillers prud'hommes, voire leur honnêteté.

Nous ne partageons pas cette façon de mettre à l'index des conseillers qui ont choisi d'apporter leurs concours à la justice du travail.

Nous réitérons notre proposition qui s'appuie sur ce qui existe aujourd'hui, à savoir un contrôle a posteriori et non pas une prise de décision a priori de la décision à rédiger. Ce contrôle est générateur de tensions entre les conseillers, voire entre les présidents de section et de conseils.

La dernière proposition qui nous a été soumise corrobore ce que nous disons, puisque le système préconisé est pire que ce qui lui avait déjà entraîné la colère des conseillers prud'hommes. Désormais, il est fixé un minimum de 3 heures et un maximum de 5 heures.

Il est significatif que toute l'argumentation tendant à dire que le Président du Conseil de prud'hommes ne pouvait pas fixer de temps, est en contradiction avec la procédure imaginée en cas de désaccord des juges sur les dépassements.

Dans les conseils de prud'hommes où la charge de travail représente environ 150 affaires audiencées par semaine, nous vous laissons imaginer les difficultés de mise en place de votre proposition. La discussion lors du délibéré sur le dépassement ou pas du temps imposé, va générer des tensions inutiles entre les conseillers.

Au regard de votre projet, le recours aux seuls présidents de section ou du conseil, recours ne respectant pas la parité, va forcément créer des affrontements selon que la présidence soit assurée par un employeur ou un salarié.

Le système imaginé est improductif, et contribuera, au-delà des difficultés énoncées, à allonger les délais de procédure, voire à encourager le recours au départiteur, ce qui ne peut satisfaire ni les justiciables, ni les conseillers prud'hommes.

Nous constatons que vous ne nous écoutez pas, ou plus exactement que vous avez une écoute sélective ce qui ne nous laisse guère d'illusions sur votre démarche.

Nous tenons à réaffirmer aujourd'hui, que tout sera fait pour s'opposer à cette remise en cause de l'institution, du fait de cette atteinte à la fonction de juge. Nous allons, comme en fin d'année 2006, mobiliser les conseillers prud'hommes, la presse, mais aussi, les élus pour qu'un tel décret ne puisse être mis en application, et afin que tous les citoyens aient connaissances de nos interrogations sur le devenir de notre institution.

Votre projet est rejeté par la CGT et nous allons utiliser toutes les possibilités que nous donnent l'action syndicale et le recours devant les juridictions compétentes pour nous y opposer.

Le CNE est au bout de sa période d'essai de 2 ans, il doit être abrogé !

Après deux ans de procédure caractérisée par l'acharnement du gouvernement pour imposer le CNE, la Cour d'appel de Paris vient de le désavouer sur le fond, confirmant la légitimité des critiques portées par le Cgt sur ce type de contrat.

Le CNE, qui en 2 ans n'a produit aucune preuve fiable de son impact en matière de progression de l'emploi, est bien contraire à la Convention 158 de l'Organisation Internationale du Travail et la France se doit de respecter cette Convention.

On sait que le CNE institue dans les entreprises de moins de 20 salariés, un contrat de travail donnant à l'employeur la possibilité de le rompre arbitrairement pendant une période de 2 ans, sans donner de motifs.

Or, la Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail stipule qu'« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement...ni avant que ne lui ait été offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées... ». Pour qu'une législation nationale s'exonère de ces principes pendant la période d'essai, la durée de celle-ci doit être « fixée d'avance et ... raisonnable ». Il s'agit là de principes fondamentaux.

Le gouvernement serait bien avisé de s'appuyer sur ce jugement pour prendre la décision d'abrogation du CNE que lui réclament la Cgt, les syndicats, les salariés depuis 2 ans.

Tous les contrats de travail en CNE actuellement en cours doivent être transformés en CDI classique.

Plus largement, ce jugement raisonne comme un avertissement à tous ceux qui, du côté du gouvernement ou du patronat, seraient tentés de réformer le contrat de travail à partir de caractéristiques calquées sur le CNE (allongement de la période d'essai, licenciements plus rapides et plus faciles pour les employeurs, affaiblissements des possibilités de recours des salariés ...).

Montreuil, le 6 juillet 2007

Déclaration de la CGT

CNE : la Cour d'appel de Paris juge que le CNE viole la Convention n° 158 de l'OIT

Après deux ans de procédure caractérisée par l'acharnement du gouvernement pour imposer le CNE, la Cour d'appel de Paris vient de le désavouer.

On sait que le CNE institue dans les entreprises de moins de 20 salariés un contrat de travail donnant à l'employeur la possibilité de le rompre arbitrairement, sans donner de motifs, et pendant une période de deux ans dite période de consolidation.

Or, la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail dispose notamment qu'« *un travailleur ne devrait pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant que ne lui ait été offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées...* ». Il s'agit de principes fondamentaux qui imposent l'obligation de motivation et le respect des droits de la défense en cas de licenciement.

Pour qu'une législation nationale s'exonère de ces principes dans le cadre de la période d'essai ou de la période dite de consolidation, la Convention énonce une condition dans son article 2 2^e b la durée de celle-ci doit être « *fixée d'avance et ... raisonnable* ». Condition renvoyée à l'appréciation du juge national.

Le gouvernement pouvait-il s'exonérer du respect de la convention de l'OIT, norme internationale supérieure au droit français ?

Après que le tribunal des conflits ait confirmé la compétence contestée des Conseils de prud'hommes pour apprécier la conformité de l'ordonnance instituant le CNE avec la Convention de l'OIT, la Cour d'appel confirme aujourd'hui que le CNE est contraire au droit international sur ces principes. Elle en tire les conséquences concrètes sur les règles qui s'imposent au licenciement.

DLAJ

Montreuil, le 6 juillet 2007

Cour d'appel de PARIS
18ème Chambre E

Arrêt du 6 juillet 2007 (n° 18, 13 pages)

Décision déferée à la Cour : sur le jugement rendu le 28 avril 2006 par le Conseil de prud'hommes de Longjumeau section Activités diverses

APPELANTS

MONSIEUR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE PRÈS LE TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE D'ÉVRY

Monsieur P.S., employeur.

INTIMES

Mlle L.D.W., salariée.

PARTIES INTERVENANTES

CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL FORCE OUVRIÈRE (FO)

CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL (CGT)

CONFÉDÉRATION DÉMOCRATIQUE DU TRAVAIL (CFDT)

CONFÉDÉRATION FRANÇAISE DES TRAVAILLEURS CHRÉTIENS (CFTC)

.....
(...)

5°) Sur la conventionnalité du contrat « nouvelles embauches »

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

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

Qu'en conséquence, Mlle *** et les parties intervenantes au litige sont fondées à invoquer les dispositions de la Convention n°158 de l'OIT devant la chambre sociale de la cour et cette dernière est compétente pour statuer sur la conventionnalité de l'ordonnance précitée ;

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

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

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

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

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

Considérant que le contrat « nouvelles embauches » créé par l'ordonnance du 2 août 2005 concerne les entreprises du secteur privé et les associations employant au plus 20 salariés ; que suivant les dispositions de son article 2 :

« ce contrat est soumis aux dispositions du code du Travail à l'exception, pendant les deux premières années courant à compter de sa date de conclusion, de celles des articles L.122-4 à L.122-11, L.122-13 à L.122-14-14 et L.321-1 à L.321-17 de ce code »

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

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

Considérant que la convention n°158 dispose en son article 4 :

« Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. »

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

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

Que sur ce point, le Conseil Constitutionnel dans une décision rendue le 9 novembre 1999 a posé les limites constitutionnelles à la liberté de rompre unilatéralement un contrat :

« ... l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture devant toutefois être garanties »

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

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

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

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

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

Considérant, sur ce point, que la recommandation R 119 sur la cessation de la relation de travail adoptée par l'OIT le 26 juin 1963 qui a servi de base à la rédaction de la convention n° 158 précise :

« la définition ou l'interprétation d'un tel motif valable devrait être laissée aux méthodes d'application prévues au paragraphe 1 » ;

Que ces méthodes d'application sont soumises aux règles suivantes :

« La présente recommandation pourra être appliquée par voie de législation nationale... ou de décisions judiciaires, ou de toute autre manière qui serait conforme à la pratique nationale et semblerait appropriée, compte tenu des conditions propres à chaque pays ».

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

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

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

Considérant que la convention n° 158 dispose en son article 7 :

« Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité. »

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

Qu'en souscrivant à ce constat, le ministère public, limite la portée de la dérogation en rappelant que les licenciements prononcés pour motif disciplinaires sont soumis à la procédure de l'art. L. 122-41 C. Trav. qui n'a pas été exclue par l'ordonnance du 2 août 2005 ; qu'il acquiesce ainsi à la position adoptée par le Conseil d'État dans sa décision du 19 octobre 2005 rejetant le recours en annulation de l'ordonnance du 2 août 2005 :

« si l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcés pour un motif disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail, il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée par l'employeur dans les autres cas de licenciement fondés sur des motifs inhérents à la personne du salarié ; »

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

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

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

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

Considérant que les articles 8 et 9 de la convention n°158 définissent les conditions dans lesquelles peuvent être exercées les recours contre le licenciement ainsi que le régime de la preuve ;

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

Considérant cependant que l'art. 9 de la convention n°158 dispose que la juridiction saisie devra « être habilitée à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et décider si le licenciement était justifié. » ; que, la encore, la théorie de la motivation implicite se heurte à la contradiction insurmontable de demander à un juge d'apprécier le bien fondé d'un licenciement sans qu'il puisse exiger de l'employeur qu'il rapporte la preuve de son motif ;

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

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

Considérant que la convention précitée prévoit dans son article 2 qu'un membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines de ses dispositions les catégories de salariés énumérées à l'article 2-2.b :

« les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable » ;

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

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

Qu'en conséquence, pour la CGT, le fondement du régime dérogatoire de l'ordonnance du 2 août 2005 ne serait pas l'article 2-2 b précité mais l'article 2-4 qui prévoit également un régime d'exclusion de la convention pour « certaines catégories de travailleurs salariés dont les conditions d'emploi sont soumises à un régime spécial... »

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

Considérant d'autre part que le ministère public appelant conteste l'analyse retenue par les premiers juges selon lesquels, la période de deux ans constitue une période d'essai ; que si la période d'essai doit se définir comme le délai durant lequel l'employeur et le salarié apprécient l'adaptabilité de ce dernier à son

emploi, l'ordonnance du 2 août 2005 ne donne aucune indication sur la nature de ce délai de deux années ; que son seul objet est d'ouvrir à son terme, l'applicabilité de l'ensemble du code du travail au salarié ; que cet écoulement mécanique du temps caractérise l'acquisition de l'ancienneté qui n'est pas soumise, comme une période de formation qui peut être prolongée, à une appréciation subjective des cocontractants ;

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

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

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

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

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

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

Qu'en l'espèce, durant une période de deux années, le contrat « nouvelles embauches » prive le salarié de l'essentiel de ses droits en matière de licenciement, le plaçant dans une situation comparable à celle qui existait antérieurement à la loi du 13 juillet 1973 et dans laquelle la charge de la preuve de l'abus de rupture incombait au salarié ; que cette régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail, dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi, prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit du travail ; que dans la lutte contre le chômage, la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen au moins aussi pertinent que les facilités données aux employeurs pour les licencier et qu'il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements ;

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

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

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

(...)

Par ces motifs,

La Cour,

Déclare recevable et partiellement fondé les appels interjetés ;

Réforme le jugement déféré et statuant à nouveau

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

.....

Dit que le contrat « nouvelles embauches » signé le 6 décembre 2005 est contraire aux dispositions de la Convention n°158 de l'Organisation Internationale du Travail et n'est pas applicable en l'espèce ;

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

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

En conséquence, condamne M. P.S. (...)