



Le juge prud'homal des référés, à saisir d'urgence !

Thierry Durand

DANS **LE DROIT OUVRIER 2012/8 N° 769**, PAGES 533 À 542

ÉDITIONS **CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL**

ISSN 0222-4194

DOI 10.3917/drou.769.0533

Date de mise en ligne : 12/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-le-droit-ouvrier-2012-8-page-533?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Confédération générale du Travail.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le juge prud'homal des référés, à saisir d'urgence !

par *Thierry DURAND*, Conseiller prud'homme

PLAN

I. Un juge aux pouvoirs étendus

- A. Des textes conférant au juge le pouvoir de « toujours décider »
- B. Un siège textuel propice à un développement prétorien

II. Un outil efficace à disposition des salariés

- A. L'unicité de l'instance neutralisée
- B. Un juge aux pouvoirs préventifs trop peu sollicités

Instituée facultativement par décret du 12 septembre 1974, puis généralisée à l'ensemble des conseils par la loi du 18 janvier 1979, la formation de référé du Conseil de prud'hommes est une formation paritaire, composée d'un conseiller de chaque élément, commune à l'ensemble des sections (1).

Après avoir éloigné les salariés de la justice en fermant soixante-et-un Conseils de prud'hommes, le gouvernement et le législateur, *a priori* peu avertis du fait que l'accès à la justice, y compris des plus faibles, est un corollaire de la démocratie, ont instauré par la loi de finance rectificative 2011 une « contribution à l'aide juridique » d'un montant de 35 € (2), laquelle taxe est due par le demandeur à l'instance, dans la grande majorité des cas le salarié. Applicable à toute saisine du juge, elle l'est notamment devant la formation prud'homale des référés. Ses effets se font d'ores et déjà sentir avec une diminution sensible du nombre d'affaires introduites devant cette formation, les salariés, dont la situation précaire s'aggrave aux portes du contentieux, optent *a priori* pour le luxe de s'offrir un accès au juge du principal, à l'issue plus certaine à leurs yeux que celle du référé.

Qui les en blâmerait au vu des trop nombreuses décisions des formations de référé déclarant n'y avoir lieu à référé et invitant les parties à mieux se pourvoir (3) ? D'aucuns préciseront que certains litiges relèvent des juges du fond. Certes, et c'est en cela que le juge des référés se doit d'intervenir, car il est à part entière un juge du fond, qui vérifie les faits et les applique au droit, au même titre que les juges du bureau de jugement, à la différence qu'il statue à titre provisoire alors que ceux-ci statuent au principal, étant ici précisé que le caractère provisoire n'a pour seul terme que la décision intervenue du juge du principal.

Pour autant, le juge prud'homal des référés est un juge aux pouvoirs étendus (I) dont la saisine constitue un outil efficace au service du salarié en quête du rétablissement de ses droits (II).

I. Un juge aux pouvoirs étendus

Le législateur a conféré au juge prud'homal des référés des pouvoirs étendus (A) développés par les juges du travail malgré les réticences, aujourd'hui dépassées, de la

Chambre sociale de la Cour de cassation ; le droit positif est désormais largement favorable au dynamisme de ce juge (B).

(1) Pour un exposé sur les conseils de prud'hommes et la procédure applicable, on se reportera utilement à D. Boulmier, *Conseil de prud'hommes, Agir et réagir au procès prud'homal*, Lamy 2011.

(2) Déclarée conforme à la Constitution : Cons. constit. 13 avr. 2012 n° 2012-231/234 QPC, car ne portant pas « une atteinte disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant

une juridiction ou aux droits de la défense ». Le lecteur s'en fera juge.

(3) Il convient dès à présent de préciser que le rejet de la demande résulte d'un non-lieu à référé, jugeant que les demandes formées excèdent les pouvoirs du juge des référés, et en aucun cas d'une incompétence, comme on peut le lire parfois dans de maladroites décisions y compris de départage.

A. Des textes conférant au juge le pouvoir de « toujours décider » (4)

Les textes spécifiques régissant les pouvoirs du juge prud'homal des référés sont semblables à ceux du juge des référés de droit commun (5).

La formation de référé du Conseil de prud'hommes peut ainsi, dans tous les cas d'urgence et dans la limite de la compétence des Conseils de prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend (6).

Il convient de distinguer les notions ici énoncées. La *compétence*, tout d'abord. La limite de compétence des Conseils de prud'hommes se définit tant par la compétence matérielle, telle que définie aux articles L. 1411-1 à L. 1411-6 du Code du travail, que par la compétence territoriale du conseil auquel appartient la formation de référé, telle que résultant des dispositions de l'article R.1412-1 du Code du travail.

Les *pouvoirs*, ensuite, du juge des référés trouvent leur source dans des fondements textuels distincts.

L'urgence (art. R. 1455-5 C. Tr.) peut s'entendre de toute situation dans laquelle une décision tardive serait de nature à compromettre les intérêts du justiciable, ce qui, en matière prud'homale où « *les enjeux alimentaires président au litige* » (7), semble bien être systématique. L'urgence s'apprécie au jour où le juge statue et sa caractérisation échappe au contrôle de la Cour de cassation (8). Toutefois, l'urgence est requise uniquement dans le cas d'une absence conjointe de contestation sérieuse, de dommage imminent et de trouble manifestement illicite, et dans le cas où la mesure envisagée par le juge est autre que l'accord d'une provision ou l'injonction d'exécuter une obligation. Ces conditions sont en réalité bien rarement réunies.

La contestation sérieuse porte, quant à elle, sur l'obligation, objet de la demande ; il ne suffit dès lors pas que la demande soit contestée avec sérieux par l'employeur pour que la contestation de l'obligation en devienne sérieuse. L'appréciation du sérieux d'une contestation d'une obligation amène précisément le juge des référés à se pencher sur le fond du litige,

contrairement à ce que voudraient laisser entendre les détracteurs de l'institution, avec pour seule interdiction celle de trancher les difficultés sérieuses quant à la constatation d'une obligation ou d'un droit. La Cour de cassation exerce son contrôle sur l'absence de contestation sérieuse (9).

L'existence d'un différend permet, en outre, de surmonter la contestation sérieuse dès lors qu'existe un litige, autre que l'objet de la mesure envisagée, et qui nécessiterait que des mesures soient prises.

Le juge prud'homal des référés peut en outre toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite (10). Le juge des référés dispose donc d'un véritable pouvoir de prévention, ce qui le distingue des autres juges prud'homaux intervenant *a posteriori*. Il a pour mission de faire cesser le trouble manifestement illicite, se définissant comme « *la non-conformité résultant de la constatation des faits, d'une situation à la norme qui la régit* » (11) ou la voie de fait, définie en droit civil comme une « *exaction, un comportement s'écartant si ouvertement des règles légales qu'il justifie de la part de celui qui en est victime le recours immédiat à une procédure d'urgence afin de faire cesser le trouble qui en résulte* » (12).

Ensuite, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire (13). Il convient de préciser que le terme « *provision* » est tiré du caractère « *provisoire* » de la décision et non à son quantum, aussi le juge des référés a-t-il tout lieu d'ordonner le versement d'une provision d'un montant couvrant l'intégralité de la créance constatée (14), outre l'exécution en nature qu'il a le pouvoir d'ordonner. La constatation de l'urgence n'est pas une condition à l'octroi d'une provision au salarié dont la créance n'est pas sérieusement contestable (15).

Enfin, dans le cas où il apparaîtrait néanmoins à la formation de référé que la demande formée devant elle excède ses pouvoirs, elle jouira de la faculté de renvoyer l'affaire directement devant le bureau de jugement avec

(4) Pour reprendre les termes de Pierre Draï, ancien Premier président de la Cour de cassation, « *Pour un juge qui toujours décide* », Gaz. Pal. 23 juill. 1987 p. 25

(5) Art. 808 et 809 du Code de procédure civile.

(6) Art. R. 1455-5 du Code du travail.

(7) Voir « *Les pouvoirs de la formation de référé* », Alain Supiot, Dr. social 1986 p. 535 ; numéro spécial « *Les contentieux de l'urgence et le droit du travail* », Dr. Ouv. juin 2004 p. 249, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/> ; M. Carles "Le référé prud'homal", RPDS 2002 p. 291.

(8) Soc. 13 déc. 1972 n° 71-14157, Bull. civ. V n° 683.

(9) Cass. Ass. Plén. 16 nov. 2001 n° 99-20114, Bull. Ass. Plén. n° 13.

(10) Art. R. 1455-6 du Code du travail.

(11) Voir E. Wagner, « *La violation d'une règle légale impérative par l'employeur (à propos de la réintégration des salariés ordinaires)* », Dr. Ouv. 1995 p. 365, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/>

(12) G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., août 2011, PUF.

(13) Art. R.1455-7 du Code du travail.

(14) Soc. 9 déc. 1987 n° 86-43504.

(15) Soc. 17 oct. 1990 n° 87-42539, Bull. civ. V n° 483 ; Soc. 14 nov. 2000 n° 98-41791 ; Soc. 28 sept. 2011 n° 10-18561.

l'accord de toutes les parties et après avoir procédé à une tentative de conciliation en audience non publique (16). Dans un tel cas, le renvoi étant opéré par le juge, il apparaît que la taxe de 35 € au titre de la « contribution pour l'aide juridique » ne soit pas due.

Le législateur a entendu conférer au juge des référés des pouvoirs très étendus, à la fois distincts et excédant ceux du juge du principal, invitant le juge du provisoire à toujours statuer pour garantir l'état de droit, dans l'attente que les droits soient fixés définitivement au principal. C'est dans ce cadre textuel que se définissent de manière prétorienne les contours des pouvoirs du juge prud'homal des référés.

B. Un siège textuel propice à un développement prétorien

Eu égard à la mission particulière du juge des référés, le législateur a entendu lui conférer des pouvoirs étendus et fixer un cadre peu restrictif à leur mise en œuvre ; cette dimension a pourtant tardé à être reconnue.

1. Un vaste champ d'intervention

Les illustrations suivantes résultent de décisions initiales prises par les formations de référé de Conseils de prud'hommes, aussi ne peuvent-elles être limitatives mais au contraire incitent-elles les juges de première instance, créateurs de droit, à extraire le maximum des possibilités ouvertes par le cadre qui leur est offert.

La Cour de cassation reconnaît au juge des référés, en de nombreuses hypothèses, le pouvoir d'ordonner le versement de provisions sur des créances constatées (a) et celui d'ordonner l'exécution d'obligations de faire (b). En outre, le juge prud'homal des référés est le juge judiciaire naturel du contentieux concernant les salariés protégés (c).

a) Un juge qui ordonne le versement de provisions sur les créances qu'il constate

α/ Les créances résultant de l'exécution du contrat de travail

Il appartient au juge prud'homal des référés de faire droit à la demande non sérieusement contestable tendant au paiement, à titre de provision, du salaire retenu au-delà du temps de la grève : l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu de la part de l'employeur qu'à un abattement de salaire proportionnel à la durée de l'arrêt de travail (17).

Le juge des référés peut également ordonner le versement par l'employeur aux salariés d'une provision

sur le paiement de jours de grève suite à un mouvement de grève motivé notamment par le non-paiement des heures supplémentaires. Il s'agit alors d'un manquement grave et délibéré de l'employeur à ses obligations (18), l'obligation au paiement des provisions sollicitées en un tel cas n'est pas sérieusement contestable, nonobstant le protocole d'accord de fin de grève qui stipulait que les jours de grève ne seraient pas payés (19).

Le juge des référés peut également ordonner le versement d'une provision sur rappel de salaire retenu à des salariés indûment considérés comme grévistes pour avoir formé des revendications pendant leur temps de pause (20).

De surcroît, le juge des référés peut, dès lors qu'il constate que l'inexécution par l'employeur d'une obligation non sérieusement contestable est génératrice de dommages, ordonner le versement d'une provision sur dommages et intérêts (21), y compris au titre de la réparation, à titre provisoire du préjudice subi par des salariés retraités du fait de mesures discriminatoires dont ils furent victimes alors qu'ils étaient en activité (22).

Enfin, le juge des référés peut connaître de la demande de salariés tendant au paiement de la fraction non garantie par les AGS des sommes dues aux titres de la poursuite et de la rupture de leur contrat de travail postérieurement au prononcé du redressement judiciaire de l'employeur, ainsi que pour accorder le versement d'une provision sur dommages et intérêts pour résistance abusive, dès lors qu'il n'existe aucune contestation sérieuse quant au montant des créances des salariés (23). Toutefois, la saisine directe du bureau de jugement prévue pour les litiges concernant les créances salariales et opposant les salariés, dans le cadre d'une procédure collective de redressement ou de liquidation, d'une part, au représentant des créanciers, d'autre part, à l'AGS, exclut toute possibilité de s'adresser au juge des référés pour obtenir une provision (24).

β/ Les créances nées de la rupture du contrat de travail

Le juge des référés n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'imputabilité de la rupture d'un contrat de travail (25).

Mais au-delà de ce cas spécifique, ses pouvoirs sont étendus :

– ainsi il résulte de l'absence de motivation de la lettre de licenciement une obligation non sérieusement contestable pour l'employeur de payer une provision sur dommages et intérêts pour licenciement dépourvu de

(16) Art. R.1455-8 du Code du travail.

(17) Soc. 3 fév. 1993 n° 90-41665, Bull. civ. V n° 40.

(18) Voir Soc. 14 mars 1979 n° 76-41143, Dr. Ouv. 1980 p. 61.

(19) Soc. 3 mai 2007 n° 05-44776, Bull. civ. V n° 65, RDT 2007 p. 538.

(20) Soc. 18 déc. 2001 n° 01-41036, Bull. civ. V n° 387, Dr. Ouv. 2004 p. 286.

(21) Soc. 30 oct. 2002 n° 01-44725 ; Soc. 5 mars 2003, n° 02-40778.

(22) Soc. 30 janv. 2002 n° 00-45266, Dr. Ouv. 2002 p. 333, n. P. Moussy ; du même auteur "Le référé prud'homal face aux discriminations", Dr. Ouv. 1992 p. 366.

(23) Soc. 7 oct. 1998 n° 97-45769 et n° 97-44552, Bull. civ. V n° 411 et 412.

(24) Soc. 17 juin 1992 n° 89-43338, Bull. civ. V n° 406.

(25) Soc. 11 mai 2005 n° 03-45228, Bull. civ. V n° 158.

cause réelle et sérieuse, cette provision pouvant aller notamment jusqu'à six mois de salaires (26) ;

– il appartient au juge des référés de constater l'inexistence du licenciement d'un salarié prononcé par une UES n'ayant, par nature, pas la personnalité juridique (27) ;

– ou encore d'ordonner le paiement au salarié d'une provision sur les salaires de la mise à pied conservatoire dès lors que l'employeur n'apporte pas la preuve des faits invoqués à l'appui d'un licenciement pour faute grave (28).

Outre le pouvoir d'ordonner le versement de provisions sur les créances qu'il constate, le juge prud'homal des référés jouit de celui d'ordonner l'exécution des obligations de faire.

b) Un juge au pouvoir d'ordonner l'exécution en nature

Le pouvoir reconnu au juge des référés d'ordonner l'exécution en nature d'obligations s'exerce à la fois dans le cadre de l'exécution du contrat de travail (α), mais également dans le cadre d'une rupture illicite du contrat (β).

α/ Le pouvoir d'ordonner l'exécution d'une obligation légale, conventionnelle ou contractuelle

Le juge des référés doit interpréter une convention ou un accord collectif et en tirer les conséquences qui en découlent (29) ; il constate alors le trouble manifestement illicite résultant de la non-application par l'employeur d'un accord collectif (30), notamment celui stipulant l'adjonction de personnel supplémentaire sur certains postes (31), ou encore de la défense faite par un employeur à ses salariés d'alimenter par leurs congés et repos un compte épargne-temps institué par accord collectif (32).

Le juge des référés constate pareillement l'illicéité manifeste de la compensation au titre des outils et instruments nécessaires au travail, excédant la partie

saisissable du salaire, ordonnant le paiement au salarié de la somme indûment retenue (33), de la retenue par l'employeur sur la quotité saisissable du salaire d'une créance ne trouvant pas sa cause dans le contrat de travail, de la compensation illicite par l'employeur entre les salaires dus par lui et le préavis dû par le salarié démissionnaire, de la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur (36), notamment en matière de rémunération (37), du non-respect du principe « à travail égal, salaire égal » (38).

Il appartient ensuite à l'employeur de rapporter la preuve qu'il a respecté le délai de prévenance prévu au contrat concernant la modification des horaires de travail, l'inobservation de ce délai constituant un trouble manifestement illicite qui nécessite le rétablissement du salarié dans ses horaires antérieurs (39).

Le juge des référés peut également ordonner à un employeur de reporter après la date de reprise les jours de congés acquis par un salarié antérieurement à son arrêt maladie, lorsque celui-ci a été empêché malgré lui de faire valoir ses droits pour cause d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle (40).

Constitue aussi bien un trouble manifestement illicite le refus d'une entreprise cessionnaire de poursuivre l'exécution des contrats de travail en suite d'un transfert d'entreprise répondant aux conditions de l'article L.1224-1 du Code du travail (41), ou dans le cadre d'un transfert conventionnel (42), ou encore d'une différenciation de statut collectif dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise qui ne serait pas justifié par des raisons objectives telles que résultant de l'application de la loi ou visant à compenser un préjudice spécifique à une catégorie de salariés, le juge ordonnant alors que l'avantage en cause soit étendu à l'ensemble du personnel (43).

Le juge des référés peut délier le salarié d'une clause de non-concurrence dès lors que l'employeur refuse de payer la contrepartie financière de la clause pour la

(26) Soc. 28 juin 1995 n° 93-43893, Bull. civ. V n° 222, Dr. Ouv. 1996 p. 83 et 197 ; Soc. 17 fév. 1998 n° 97-41409, Bull. civ. V n° 87, Dr. Ouv. 1998 p. 320 ; Soc. 29 mai 2002 n° 00-42101, Dr. Ouv. 2003 p. 67 ; CA Paris 15 sept. 2011 n° 10/09642.

(27) CPH Paris (référé-départage) 8 juin 2010 *Dorat c/ SA Generali Vie*, Dr. Ouv. 2010 p. 669, n. G. Jacquemet.

(28) Soc. 30 mars 1994 n° 92-40730.

(29) Soc. 15 janv. 2002 n° 00-41117 ; Soc. 27 juin 2007 n° 06-41904, Dr. Ouv. 2008 p. 339, n. D. Boulmier ; Soc. 28 sept. 2011 n° 09-72942.

(30) Soc. 11 mai 1988 n° 86-18162, Dr. Ouv. 1989 p. 28.

(31) Soc. 26 oct. 2010 n° 09-10686.

(32) Soc. 8 juin 2011 n° 10-11979, à paraître au bulletin.

(33) Soc. 21 mars 2000 n° 99-40003, Bull. civ. V n° 118 ; Soc. 23 sept. 2009 n° 07-44477, Bull. civ. V n° 204, Dr. Ouv. 2010 p. 151.

(34) Soc. 17 oct. 1990 n° 87-42539, Bull. civ. V n° 483.

(35) Art. L. 3251-1 et L. 3251-2 du C. trav. ; Soc. 28 avril 1994 n° 90-46044, Bull. civ. V n° 155, Dr. Ouv. 1994 p. 442.

(36) Soc. 16 janv. 2001 n° 99-40639, Dr. Ouv. 2001 p. 406, n. P. Moussy.

(37) Soc. 18 fév. 1998 n° 97-41916.

(38) Soc. 29 oct. 1996 n° 92-43680, *Ponsolle*, Bull. civ. V n° 359, RPDS 1997 p. 133, Dr. Ouv. 1997 p. 148, n. P. Moussy.

(39) Soc. 5 oct. 2011 n° 10-30599.

(40) Soc. 24 fév. 2009 n° 07-44488, Bull. civ. V n° 49, Dr. Ouv. 2009 p. 229, n. E. Richard.

(41) Soc. 4 juin 1980 n° 78-15409, Bull. civ. V n° 480, Dr. Ouv. 1980 p. 453 ; Soc. 15 février 2006 n° 04-43923, Bull. Civ. V n° 67, RJS 05/2006 n° 533 ; Soc. 12 juin 2007 n° 06-41554, Dr. Ouv. 2008 p. 86, n. A. de Senga.

(42) Soc. 17 mars 1998 n° 95-44213, Bull. civ. V n° 153 ; CA Amiens 31 août 2010, Dr. Ouv. 2011 p. 571, n. A. Mazières.

(43) Soc. 19 juin 2007 n° 06-44047, Bull. civ. V n° 104, Dr. Ouv. 2007 p. 556, n. I. Meyrat.

période du délai congé dont il était dispensé, alors qu'il ne peut reprocher au salarié aucun acte de concurrence postérieur au licenciement (44), ou encore, s'il ne peut l'annuler, déclarer inopposable au salarié la clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière (45). La formation de référé saisie par un employeur d'une demande au titre du non-respect d'une clause de non-concurrence par le salarié n'a pas le pouvoir d'ordonner la résiliation du contrat de travail ni de prendre une mesure entraînant la rupture de celui-ci (46). En revanche, le juge social statuant en référé peut, après avoir recherché si l'activité de l'ancien salarié est exercée en violation de la clause et si cette circonstance suffit à caractériser un trouble manifestement illicite affectant la valeur patrimoniale du fonds de commerce (47), enjoindre le salarié de cesser ses fonctions au sein de la nouvelle entreprise (48), son activité (49) ou interdire au salarié de prêter son concours à l'employeur concurrent (50).

En matière disciplinaire, le juge de référé doit faire cesser, même en présence d'une difficulté sérieuse, le trouble manifestement illicite résultant de la sanction pécuniaire illicite (51) ou concernant des faits prescrits (52).

Enfin, le juge des référés prud'homal peut, sur les fondements de l'article L. 1121-1 du Code du travail, faire cesser tout trouble manifestement illicite résultant de la violation d'une liberté fondamentale du salarié.

Outre l'exécution d'obligations, le juge prud'homal des référés a le pouvoir d'ordonner la réintégration des salariés illicitement licenciés.

β/ La réintégration des salariés illégalement licenciés

Sur le fondement de la nullité textuelle, constitue un trouble manifestement illicite le licenciement d'une

salariée durant la période de protection légale de la maternité ; le rétablissement de la légalité par la cessation de ce trouble exige la réintégration et l'octroi, à la charge de l'employeur, d'une provision sur les salaires qu'elle aurait perçus pendant la période couverte par la protection (53).

Le juge des référés peut de même ordonner la réintégration d'une salariée à un poste similaire assorti d'une rémunération équivalente à celui qu'elle occupait antérieurement à son congé parental (54).

Il appartient tout autant au juge des référés de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant d'une mesure discriminatoire (54 bis), tel le licenciement fondé sur une caractéristique protégée (55), dont l'appartenance à une organisation syndicale (56), les activités syndicales (57), en ordonnant la réparation intégrale, dont celle en nature, par le repositionnement du salarié sur la qualification lui étant due (58) ; le fait d'avoir présenté des revendications (59) ; l'état de santé ou le handicap (60) ; le sexe (61) ; le fait d'avoir subi, refusé de subir ou d'avoir témoigné d'actes de harcèlement moral (62) ou sexuel (63) ; ou le licenciement intervenu en rétorsion d'une action en justice engagée par un salarié sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité hommes-femmes (64).

La formation de référé a également le pouvoir de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant d'une atteinte à une liberté fondamentale telle que, notamment, le licenciement pris au mépris de la liberté d'expression, y compris en dehors de l'entreprise (65), ou du respect de la vie privée (66).

Le juge des référés a, outre cela, le pouvoir de faire cesser le trouble manifestement illicite résultant du

(44) Soc. 22 fév. 2000 n° 98-43005 ; Soc. 11 oct. 2006 n° 05-43909.

(45) Soc. 25 mai 2005 n° 04-45794, Bull. civ. V n° 180 ; Soc. 1^{er} juil. 2009 n° 08-43305.

(46) Soc. 13 mai 2003 n° 01-17452, Bull. civ. V n° 161 ; Soc. 15 mai 2007 n° 06-43110.

(47) Soc. 10 déc. 1996 n° 94-43015, Bull. civ. V n° 436.

(48) Soc. 15 fév. 1995 n° 93-42793.

(49) Soc. 10 déc. 1996 n° 94-43015, Bull. civ. V n° 436.

(50) Soc. 6 fév. 2001 n° 98-46069.

(51) Soc. 20 fév. 1991 n° 90-41119, Bull. civ. V n° 83.

(52) Art. L. 1332-4 du Code du travail ; Soc. 23 nov. 1999 n° 97-43787, Bull. civ. V n° 452.

(53) Soc. 16 juil. 1997 n° 95-42095, Bull. civ. V n° 277 ; Soc. 19 nov. 1997 n° 94-42540, Bull. civ. V n° 382.

(54) CA Paris 12 janv. 2012, reproduit ci-après p. 556.

(54 bis) "Le référé prud'homal face aux discriminations", préc.

(55) Art. L. 1132-1 du Code du travail.

(56) Soc. 25 janv. 2006 n° 03-47706 ; Soc. 7 juin 2006 n° 04-47632 ; Soc. 10 juil. 2007 n° 06-41362.

(57) Art. L. 1132-1 du Code du travail ; Soc. 30 oct. 2002 n° 01-44725, Dr. Ouv. 2002 p. 333 ; Soc. 8 juin 2005 n° 03-42584, Dr. Ouv. 2006 p. 95 ; Soc. 1^{er} avr. 2008 n° 07-40114.

(58) Soc. 23 nov. 2005, Bull. n° 332, Dr. Ouv. 2006 p. 101 n. D. Petit ; CPH Paris (référé-départage) 14 déc. 2010 *Pourre et CGT Énergie Paris c/ CNIEG*, Dr. Ouv. 2011 p. 321, n. J. Borzakian.

(59) Soc. 4 mai 1994 n° 92-40135.

(60) Soc. 23 nov. 1999 n° 98-41376, Bull. civ. V n° 450, Dr. Ouv. 2001 p. 24, n. P. Moussy ; Soc. 29 sept. 2004 n° 01-45577 ; Soc. 9 juil. 2008 n° 07-41845.

(61) Soc. 16 mai 2007 n° 05-45054.

(62) Art. L. 1152-2 et L. 1152-3 du Code du travail ; CA Paris 15 sept. 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 57, n. P. Adam.

(63) Art. L. 1153-2 et L. 1153-4 du Code du travail.

(64) Art. L. 1144-3 du Code du travail.

(65) Voir arrêt *Clavaud*, Soc. 28 avr. 1988 n° 87-41804, Bull. civ. V n° 257, Dr. Ouv. 1988 p. 249, n. M. Le Friant et A. Jeammaud, RPDS 1988 p. 184.

(66) Art. 9 du Code civil ; voir notamment pour la qualification de liberté fondamentale (hors référé), Soc. 22 janv. 1992 n° 90-42517, Bull. civ. V n° 30, Dr. Ouv. 1992 pp. 218 et 254 ; Soc. 16 déc. 1997 n° 95-41326, Bull. civ. V n° 441, Dr. Ouv. 1998 p. 223, n. F. Saramito.

licenciement pour prétendue faute lourde d'un salarié ayant fait valoir son droit de retrait (67).

L'exercice normal du droit de grève est également une valeur protégée par le juge des référés, tant sur les fondements d'une nullité textuelle (68) que de la protection de la liberté fondamentale trouvant son siège dans le bloc de constitutionnalité (69). En l'absence de faute lourde, le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité de ce licenciement, ce dont il résulte un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser en ordonnant le réintégration du salarié et le paiement de provision sur le rappel de salaire (70), peu important que les faits reprochés au salarié aient été sanctionnés pénalement (71) ou que la sanction prise soit autre que le licenciement (72).

Constituent pareillement un trouble manifestement illicite les ruptures prononcées alors que la procédure de licenciement collectif est entachée de nullité, que le juge des référés peut faire cesser en ordonnant la poursuite des contrats de travail illégalement rompus (73).

Il n'entre pas, selon la Chambre sociale, dans les pouvoirs du juge des référés de prononcer, sauf dispositions expresses l'y autorisant, la nullité d'un contrat, y compris d'une transaction.

Le juge des référés peut en outre, dans le cas où un salarié a été licencié pour faute grave sans que le conseil de discipline conventionnel n'ait été dûment réuni préalablement, constater l'illicéité manifeste du licenciement, et enjoindre l'employeur de reprendre à titre provisoire l'exécution du contrat de travail (74).

Le juge des référés est enfin le juge naturel du contentieux judiciaire tenant aux salariés protégés.

c) La particularité des salariés investis de mandat représentatif ou électif (75)

La Cour de cassation reconnaît au juge des référés, sur le fondement de la nullité textuelle, le pouvoir de faire cesser le trouble manifestement illicite en ordonnant provisoirement la réintégration, à titre de remise en état, d'un salarié protégé dont le contrat de travail a été rompu sans autorisation administrative préalable par l'employeur qui avait voulu se faire justice lui-même, ce dont il résulte une voie de fait (76), et de verser au dit salarié illicitement congédié une provision sur les salaires dus depuis son licenciement (77).

Il en est de même lorsque l'autorisation administrative a été annulée par le ministre ou le juge administratif, peu important l'illégalité alléguée de l'annulation hiérarchique ou contentieuse (78), et s'agissant du refus de la réintégration du salarié dans son emploi (79).

Constituent également un trouble manifestement illicite la modification unilatérale par l'employeur du contrat ou des conditions de travail (80) des représentants du personnel, telle que leur mise en chômage partiel (81) ou en chômage partiel total (82), engageant le juge des référés à ordonner le versement d'une provision sur la perte de salaire ; ou le fait de confier à un salarié investi de mandat représentatif des tâches ne correspondant pas à celles définies par l'employeur lui-même dans une fiche de fonctions au motif dépourvu de caractère sérieux tiré par l'employeur de l'absence de disponibilité du salarié (83) ; ou sa mutation unilatérale (84) ; ou encore l'affectation unilatérale du salarié par l'employeur à d'autres fonctions (85), la discrimination syndicale résultant de la mesure prise en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale étant en outre génératrice d'un préjudice subi par la profession à laquelle appartiennent les salariés, dont les syndicats qui représentent la profession peuvent demander réparation au juge des référés (86).

(67) Art. L. 4131-3 du Code du travail ; Soc. 10 mai 2001 n° 00-43437, Dr. Ouv. 2004 p. 283 ; Soc. 27 janv. 2009, 07-43446, Dr. Ouv. 2009 p. 288, n. M. Poirier.

(68) Art. L.2511-1 du Code du travail.

(69) Al. 7 du Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 ; Cons. const. 16 juill. 1971 n° 71-44 DC.

(70) Soc. 26 sept. 1990 n° 88-41375, Bull. civ. V n° 387, Dr. Ouv. 1990 p. 457, n. F. Saramito ; E. Wagner, prec. Dr. Ouv. 1995 p. 365 ; B. Bossu « Les situations de fait et l'évolution de la Chambre sociale de la Cour de cassation », Dr. Ouv. 1999 p. 94 ; Soc. 28 avr. 1994 n° 90-45687, Dr. Ouv. 1994 p. 442 ; Soc. 29 juin 1994 n° 91-40656 ; Soc. 8 juil. 2009 n° 08-40139, Bull. civ. V n° 172, Dr. Ouv. 2010 p.53 n. E. Delgado ; Soc. 14 avr. 2010 n° 08-44845, Dr. Ouv. 2010 p. 446.

(71) Soc. 12 janv. 1999 n° 98-40020, Bull. civ. V n° 8, Recueil Dalloz 1999 p. 63.

(72) Cass. Ass. Plén. 23 juin 2006 n° 04-40289, Bull. Ass. plén. n° 7, Dr. Ouv. 2007 p. 138, n. F. Saramito.

(73) Soc. 12 nov. 1996 n° 92-44905, Bull. civ. V n° 365 ; Soc. 30 mars 1999 n° 97-41013, Bull. civ. V n° 144, Dr. Ouv. 1999 p. 365, n. H. Tourniquet, RPDS 1999 p. 261.

(74) Soc. 9 déc. 1997 n° 94-43161, Bull. civ. V n° 425, Dr. Ouv. 1998 p. 481, n. B. Bossu.

(75) De manière générale, sur cette question, on se reportera utilement à H. Rose, Y. Struillou, *Droit du licenciement des salariés protégés*, Economica, 4^e ed. 2010.

(76) Soc. 14 juin 1972, *Revêt-sol*, n° 71-12508, Bull. civ. V n° 425, Dr. Ouv. 1972 p. 276, Dr. Ouv. 1973 p. 331 ; Soc. 8 juill. 1997 n° 96-44337, Bull. civ. V n° 257 ; Soc. 4 mars 1998 n° 96-44704 ; Soc. 12 juin 2001 n° 00-40480 ; Soc. 23 oct. 2007 n° 06-44438, Bull. civ. V n° 174.

(77) Soc. 27 juin 1995 n° 94-40681 ; Soc. 2 décembre 2009 n° 08-43466, Dr. Ouv. 2010 p. 217, note P. Waquet.

(78) Soc. 9 mai 2000 n° 99-40056, Bull. civ. V n° 174, Dr. Ouv. 2000 p. 393.

(79) Soc. 12 juin 2001 n° 00-40480, Bull. civ. V n° 220.

(80) Soc. 10 mai 2005 n° 03-43292.

(81) Soc. 23 oct. 1991 n° 88-43601, Bull. civ. V n° 437 ; Soc. 30 avr. 1997 n° 95-40513 ; Soc. 19 janv. 2011 n° 09-43194.

(82) Soc. 20 déc. 1988 n° 86-41186, Bull. civ. V n° 678.

(83) Soc. 3 nov. 2011 n° 10-19511.

(84) Soc. 6 mars 2002 n° 99-45244 ; Soc. 5 mars 2008 n° 07-11123, Bull. civ. V n° 53.

(85) Soc. 30 avr. 1997 n° 95-40573, Bull. civ. V n° 154.

(86) Soc. 19 oct. 1999 n° 97-43088, Dr. Ouv. 2000 p. 306 ; Soc. 31 janv. 2012 n° 10-24034.

Par ailleurs, le paiement des heures de délégation des représentants du personnel répond au double principe de présomption d'utilisation conforme et de paiement à l'échéance des heures utilisées dans le cadre du contingent légal, à défaut duquel paiement le juge des référés peut ordonner le versement d'une provision (87). S'agissant d'une présomption simple, l'employeur a la faculté de saisir le juge des référés pour obtenir l'indication des activités litigieuses, à la condition que ce soit préalablement à une action en contestation de conformité devant le juge du principal (88) ; le salarié n'est alors tenu que d'indiquer les activités au titre desquelles ont été prises les heures de délégation et non de justifier de leur utilisation (89), sans pour autant pouvoir se contenter d'indiquer qu'il en a fait usage dans le cadre de son mandat (90).

Nonobstant un vaste champ d'intervention du juge des référés, certains anciens points de résistance de la Chambre sociale de la Cour de cassation demeurent, dont il convient d'aspirer à une disparition prochaine.

2. Des scories de la jurisprudence passée

La première chambre civile juge que « *le caractère provisoire de la décision du juge des référés n'exclut pas que l'application de la mesure qui lui paraît s'imposer pour faire cesser un trouble manifestement illicite soit de nature à produire des conséquences irréversibles* » (91). Aussi, le siège textuel du juge prud'homal des référés étant similaire à celui du juge des référés « de droit commun », une telle acception de son office est transposable à la formation prud'homale des référés.

Ensuite, de manière générale, il semble être entendu au Quai de l'Horloge que le juge des référés ne peut prendre des mesures qui échapperaient au juge saisi du principal. Or, il en est tout autrement, et c'est précisément ce qu'a entendu consacrer le législateur, entendant garantir un état de droit qui ne saurait être mis en cause pour la durée des procédures, et conférant dès lors à un juge les pouvoirs exceptionnels de prendre toutes mesures utiles, à titre provisoire, aux fins de garantir cet état de droit jusqu'à ce qu'il soit définitivement statué. Le juge des référés est le garant de la loi organisant les rapports sociaux face à un employeur tenté de modifier l'état du droit au sein des relations de travail.

En ce sens, bien que le juge des référés soit le juge naturel de la réintégration (92), la Cour de cassation considère que le juge ne pouvant, en l'absence de

disposition légale ou conventionnelle (93) le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés d'ordonner l'arrêt d'une procédure de licenciement et la poursuite du contrat de travail lorsque la nullité du licenciement n'est pas encourue (94). Sans plus s'appesantir sur cette solution purement prétorienne afférente à l'office du juge du principal, il convient de souligner qu'elle ne devrait pas prospérer concernant le juge des référés. En effet, même s'il est loisible au juge des référés de constater le refus de l'employeur de respecter une procédure de licenciement et d'en tirer la conséquence de l'octroi au salarié d'une provision, il n'en demeure pas moins que le juge des référés a, contrairement au juge du principal toute latitude, dès lors qu'il constate l'absence de contestation sérieuse d'une obligation, d'ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire (95). Il peut dans ce contexte, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite. En ce sens, le juge prud'homal des référés peut, d'une part, ordonner la suspension d'une procédure de licenciement à titre de mesure conservatoire, ou sa réfection à titre de remise en état, aux fins de prévenir le dommage imminent résultant d'un licenciement irrégulier et, d'autre part, lorsqu'il constate que le licenciement d'un salarié est intervenu en violation d'une règle de droit, ordonner la réintégration provisoire du salarié, à titre d'obligation de faire non sérieusement contestable, jusqu'à ce que le juge du principal ait éventuellement constaté le refus par l'employeur d'exécuter ses obligations (96), ouvrant alors la voie de l'indemnisation.

Si ces quelques illustrations jurisprudentielles mettent en lumière l'étendue, parfois méconnue, des pouvoirs du juge des référés, elles tracent également, par leurs solutions le plus souvent d'espèce, la perspective des possibilités encore non explorées alors que conformes aux dispositions textuelles. Ainsi, contrairement à ce que voudraient laisser entendre les détracteurs du référé prud'homal, au premier rang desquels se trouvent les organisations patronales, serait-il certainement plus aisé d'établir la liste très limitée de ce qui excède les pouvoirs du juge des référés que de dresser l'inventaire exhaustif des facultés de cet efficace outil à disposition des salariés.

(87) Soc. 6 mai 1997 n° 95-45157.

(88) Soc. 8 juil. 1992 n° 90-43980, Bull. civ. V n° 459.

(89) Soc. 22 avr. 1992 n° 89-41253, Bull. civ. V n° 298 ; Soc. 25 mars 1993 n° 89-45542, Bull. civ. V n° 147 .

(90) Soc. 16 mars 1994 n° 92-42234, Bull. civ. V n° 100.

(91) Voir notamment civ. 1^{ère}, 18 janv. 1989 n° 87-12902 .

(92) Propos empruntés à Michel Henry, Dr. Ouv. 1995 p. 371.

(93) Soc. 14 oct. 1997 n° 97-40033, Bull. civ. V n° 310.

(94) Soc. 9 fév. 1976 n° 75-14729, Bull. civ. V n° 95 ; Soc. 13 mars 2001 n° 99-45735, Bull. civ. V n° 87, Dr. Ouv. 2001 p. 300 n. M.-F. Bied-Charreton ; Soc. 31 mars 2004 n° 01-46960, Bull. civ. V n° 101 ; Soc. 13 mai 2009 n° 08-41337 et suivants (validant l'ordonnance imposant l'arrêt de procédures de licenciement pour faits de grève non-avérés) .

(95) Art. R. 1455-7 du Code du travail.

(96) Voir E. Wagner, Dr. Ouv. 1995 p. 365 *précité*.

II. Un outil efficace à disposition des salariés

A l'heure où l'État est condamné pour non-respect du droit à un procès dans des délais raisonnables (97), le référé prud'homal se révèle être un outil des plus adaptés pour tout salarié qui entendrait faire reconnaître ses droits et ordonner à son employeur d'exécuter ses obligations.

Il l'est à plusieurs égards, notamment en ce qu'il permet au salarié d'échapper au couperet de l'unicité de l'instance (A), mais également en ce qu'il résulte de sa mise en œuvre une action préventive riche en intérêts mais pourtant trop peu usitée dans le cadre du contentieux du travail (B).

A. L'unicité de l'instance neutralisée

Spécificité prud'homale trouvant son siège dans les dispositions de l'article R. 1452-6, l'unicité de l'instance est l'une des caractéristiques du procès prud'homal, selon laquelle toutes les demandes dérivant d'un même contrat de travail, qu'elles émanent du salarié ou de l'employeur, doivent faire l'objet d'une instance unique, sauf à ce que le fondement des prétentions soit né ou révélé postérieurement à la saisine du Conseil de prud'hommes et sans préjudice des demandes nouvelles pouvant être formées en cause d'appel (98).

L'unicité de l'instance exige donc du salarié qu'il dresse l'inventaire complet de ses droits avant que le Conseil de prud'hommes ne soit dessaisi, ce qui constitue une difficulté déterminante, tant au vu des connaissances à mobiliser en droit social que sur le plan temporel. En ce sens, il eut été inenvisageable que le principe s'appliquât au juge des référés, considéré comme le juge de l'urgence. La Cour de cassation le reconnaît en posant, selon une jurisprudence bien établie, que le principe ne s'applique pas au référé prud'homal, lequel statue à titre provisoire et n'est pas saisi du principal (99). Il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un litige soit porté successivement devant le juge des référés puis devant le juge du principal (100), ou à ce qu'une demande soit introduite devant le juge des référés alors même que l'instance est pendante

au principal (101), y compris si elle l'est devant une cour d'appel (102), notamment aux fins de voir le juge des référés statuer provisoirement sur une indemnisation de licenciement (103). Le désistement devant le juge saisi du principal est sans influence, dans ces conditions, sur le pouvoir de statuer du juge des référés (104), et le désistement ou l'échec d'une instance introduite devant la formation de référé, lorsqu'il n'est pas accompagné d'un désistement d'action clair et non équivoque, laisse intact le droit d'agir devant la formation de jugement du Conseil de prud'hommes (105).

En revanche, l'unicité de l'instance s'attachant au principal, elle s'oppose à ce que des demandes dérivant d'un même contrat soient formées devant le juge des référés dès lors que le juge du principal s'est dessaisi, sauf à ce que le fondement de ces demandes soit né ou révélé postérieurement au dessaisissement du juge du principal (106). Il semble en être de même dès lors que l'instance au principal s'est éteinte avant la saisine en référé par suite d'une caducité de la citation non relevée dans le mois (107), ou lorsque le salarié a conclu une transaction, constatée par un procès-verbal de conciliation, par laquelle il a renoncé à toute instance et action, sauf à ce que le fondement des demandes soumises au juge des référés soit né ou révélé postérieurement à la transaction (108), ce qui engage une nouvelle fois les conseillers prud'hommes à vérifier que les parties soient informées de leurs droits respectifs lors de l'audience de conciliation, tel qu'il en résulte de leur office rappelé par la Cour de cassation (109).

Outre l'intérêt substantiel, résidant en l'inopposabilité au salarié du principe de l'unicité de l'instance, il convient de restituer au juge prud'homal des référés son rôle éminemment préventif, souvent occulté.

(97) Notamment TGI Paris 18 janv. 2012 n° 11/02512 ; v. égal. les espèces reproduites au Dr. Ouv. 2011 p. 173, n. M. Beckers.

(98) Art. R.1452-7 du Code du travail ; Soc. 27 mars 2001 n° 99-40272 ; Soc. 17 oct. 2001 n° 99-44755.

(99) Soc. 28 avr. 1988 n° 86-41597.

(100) Soc. 19 mai 1988 n° 85-43243, Bull. civ. V n° 306 ; Soc. 26 mai 1999 n° 96-45238, Bull. civ. V n° 237 ; CA Versailles 1^{er} mars 2011 reproduite ci-après p. 554, n. P. Rennes.

(101) Soc. 28 avr. 1988 n° 86-41597, voir Dr. Ouv. 2007 p. 246 ; Soc. 14 juin 1989 n° 87-43817, Bull. civ. V n° 447 ; Soc. 11 oct. 1990 n° 89-44687, Bull. civ. V n° 467 ; Soc. 14 mai 1992 n° 88-42965, Bull. civ. V n° 312 ; CA Paris 12 janv. 2012, reproduite ci-après p. 556.

(102) Soc. 12 janv. 1999 n° 97-45209, Bull. civ. V n° 16 ; Soc. 24 mars 2010 n° 09-40938.

(103) Soc. 12 nov. 2002 n° 00-46167.

(104) Soc. 17 mars 1999 n° 96-43328, Bull. civ. V n° 129.

(105) Soc. 12 janv. 1993 n° 88-43754, Bull. civ. V n° 5.

(106) Soc. 25 janv. 2006 n° 03-47058, Dr. Ouv. 2007 p. 246 n. D. Boulmier, RPDS 2007 p. 102.

(107) Soc. 14 juin 2006 n° 05-44680, Dr. Ouv. 2007 p. 247, n. D. Boulmier.

(108) Soc. 30 juin 1999 n° 97-45130.

(109) Soc. 28 mars 2000 n° 97-42419, *Duraïroid*, Bull. civ. V n° 135, Dr. Ouv. 2000 p. 392 ; Soc. 5 déc. 2007 n° 06-40634, Dr. Ouv. 2008 p. 295 ; add. D. Boulmier "Le bureau de conciliation", Dr. Ouv. mars 2004 p. 98 *in* n° spec. *Les bonnes pratiques prud'homales* ; C. Rodriguez "Le rôle actif du juge prud'homal au regard des pouvoirs du bureau de conciliation", Dr. Ouv. juin 2004 p. 267 *in* n° spec. *Contentieux de l'urgence et droit du travail*, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier/>

B. Un juge aux pouvoirs préventifs trop peu sollicités

Pour reprendre les propos de Pierre Drai, ancien premier Président de la Cour de cassation, « *le juge des référés peut soit rendre une décision au fond à titre provisoire, soit être l'éclaircisseur de la juridiction* » (110). Le rôle préventif du juge des référés se place donc sur deux terrains que sont, d'une part, la constatation ou la préservation des preuves en vue d'un procès (1.) et, d'autre part, la prévention de solutions souvent exclusivement indemnitaires (2.).

1. Le référé *in futurum* (111)

Il résulte des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile que s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé en référé, à la condition toutefois que le juge du principal n'ait pas été saisi du procès en vue duquel la mesure est sollicitée (112). Le juge peut ainsi enjoindre à une partie ou un tiers de produire tout document utile, au besoin à peine d'astreinte (113). Il est donc loisible au salarié qui entendrait prévenir la « disparition fortuite » de preuves qu'il n'aurait pas en sa possession et qui seraient susceptibles de venir au soutien de ses prétentions, d'en demander la conservation ou la constatation de faits au juge des référés (114), au besoin par la désignation d'un conseiller rapporteur (115).

Outre la préservation des preuves préalable au procès, le rôle préventif du juge des référés repose principalement sur son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires en vue de prémunir le salarié du dommage.

2. Remédier au palliatif des solutions indemnitaires

Il est à déplorer que le contentieux du travail soit largement dominé par des solutions indemnitaires. La saisine du juge prud'homal intervient le plus souvent en suite de la rupture du contrat de travail, ce dont il résulte une réparation indemnitaire, fréquemment partielle, voire lacunaire et, en tout état de cause, ne lui restituant que trop rarement l'emploi perdu ou le droit spolié. Le juge des référés a le pouvoir de prescrire les mesures

conservatoires qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent (116). Il y a donc là matière à ordonner l'exécution d'une obligation par l'employeur préalablement à la sanction indemnitaire de l'inexécution.

Pour illustration, étant considéré que l'employeur est tenu de mettre en œuvre une procédure préalable au licenciement qu'il envisage, il relève des pouvoirs du juge prud'homal des référés de faire interdiction à un employeur ne respectant pas cette procédure légale ou conventionnelle de procéder à la rupture du contrat de travail du salarié jusqu'à ce que le juge du principal statue ou jusqu'à ce que ledit employeur régularise la procédure, le tout en ordonnant à titre provisionnel le versement d'une indemnité pour irrégularité formelle (117). Cette interdiction provisoire de licencier devrait pareillement être mise en œuvre lorsqu'un employeur entend licencier un salarié inapte suite à un accident de travail ou une maladie professionnelle, et ce jusqu'à ce qu'il eut recueilli l'avis des délégués du personnel (118), ou encore lorsque l'employeur envisage de congédier un représentant du personnel, et ce jusqu'à ce qu'il ait consulté le comité d'entreprise, le juge des référés combinant ainsi mesure conservatoire visant à prévenir le dommage imminent résultant du licenciement irrégulier ou illicite et injonction d'exécuter une obligation de faire non sérieusement contestable.

Le juge des référés peut également ordonner la réintégration, à titre provisoire, d'un salarié licencié, dans l'attente de la décision des juges du principal saisis de la nullité du licenciement (119) ou de son caractère abusif. L'étendue des pouvoirs préventifs du juge des référés est donc vaste et n'a pour seule limite, outre les vives oppositions patronales (et pour cause) et les éventuelles frilosités de conseillers salariés, que le caractère provisoire de ses décisions.

Dans ce contexte, le règlement intérieur du Conseil devant prévoir au moins une audience de référé par semaine, et lorsque les circonstances l'exigent, le président du conseil, après avis du vice-président, pouvant fixer une ou plusieurs audiences supplémentaires (120), le référé « d'heure à heure » de droit commun est applicable en matière prud'homale et permet dès lors qu'une audience soit tenue à toute heure indiquée par le président, même les jours fériés et

(110) Cité par M. Henry « La réintégration des salariés non protégés », Dr. Ouv. 1995 p. 371, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(111) Voir Daniel Boulmier, Dr. Ouv. 2009 p. 256 ; Dr. Ouv. 2011 p. 400.

(112) Civ. 2^{ème} 2 avril 1990, Bull. civ. II n° 69 ; Civ. 2^{ème} 16 juill. 1992, Bull. civ. II n° 213.

(113) Art. 10 du Code civil ; Art. 11 du CPC ; Soc. 27 mai 1997 n° 95-41765 ; Soc. 28 juin 1995 n° 93-43893, Bull. civ. V n° 222.

(114) Soc. 28 juin 1995 n° 93-43893, Bull. civ. n° 222, Dr. Ouv. 1996 p. 197 ; CA Paris 6 déc. 2001, Dr. Ouv. 2002 p. 321.

(115) Art. R. 1454-1 du Code du travail.

(116) Art. R. 1455-6 du Code du travail.

(117) Art. L. 1235-2 du Code du travail.

(118) Art. L.1226-10 du Code du travail ; M. Henry « La remis en état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail », Dr. Ouv. 1999 p. 109 point 1.3, p. 111, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier> ; Soc. 25 mai 2011, Dr. Ouv. 2011 p. 741, n. T. Durand.

(119) Soc. 1^{er} avr. 2008 n° 07-40114, Bull. n° 79 ; CA Paris 15 nov. 1995, Dr. Ouv. 1996 p. 173.

(120) Art. R. 1455-4 du Code du travail.

chômés (121). Ainsi, tout salarié se trouvant dans une situation de particulière urgence peut saisir le président du conseil d'une demande de tenue d'une audience de référé à heure indiquée (122), sous l'unique réserve qu'un délai suffisant se soit écoulé entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense (123).

Enfin, si les ordonnances du juge des référés sont exécutoires à titre provisoire, ce qui constitue là encore un gage d'efficacité en ôtant à l'appel son effet suspensif, et si le juge peut ordonner que l'exécution ait lieu au seul vu de la minute (124), les Conseils de prud'hommes ne connaissent pas de l'exécution forcée de leurs décisions (125). Le juge des référés peut assurer l'exécution de sa décision en ordonnant une astreinte provisoire ou définitive dans son taux, qu'il peut liquider à titre provisoire (126) ou que le bureau de jugement saisi du principal peut liquider (127). Le juge des référés dispose

donc d'un moyen de coercition pour garantir que ses décisions, même provisoires, soient dûment exécutées, préservant dès lors pleinement le salarié du dommage.

Pour conclure, bien que les ordonnances de référé soient dépourvues de l'autorité de la chose jugée au principal (128) et qu'elles ne lient dès lors pas le juge saisi ensuite du principal, l'instance en référé, outre qu'elle est plus rapide et peut dès lors intervenir avant la cessation des relations contractuelles, est autonome de l'instance au principal et ouvre droit à éventuel recours. Force est donc de constater que la voie du référé est à privilégier pour tout salarié qui entendrait recouvrer ses droits rapidement et efficacement, encourageant dès lors l'ensemble des acteurs de la matière prud'homale à utiliser l'outil dans toute sa palette de possibilités, pour partie encore insuffisamment explorée.

Thierry Durand

(121) Art. 485 du Code de procédure civile ; P. Moussy « A propos de l'article R. 516-0 du Code du Travail (Existe-t-il une approche syndicale du procès prud'homal ?) », Dr. Ouv. 1998 p. 145, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>.

(122) CPH Versailles, 19 nov. 1999, Dr. Ouv. 2000 p. 174.

(123) Art. 486 du CPC.

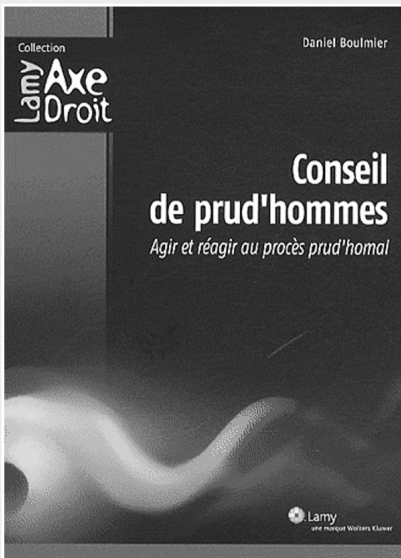
(124) Art. 489 du CPC.

(125) Art. R.1454-27 du Code du travail.

(126) Art. 491 du CPC ; art. 33 à 37 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 ; art. 51 à 53 du décret n° 92-755 du 31 juill. 1992 ; Soc. 7 janv. 1998 n° 97-40280.

(127) Soc. 26 sept. 1990 n° 89-42265.

(128) Art. 488 du CPC.



Conseil de prud'hommes - Agir et réagir au procès prud'homal par Daniel Boulmier

Le propos de ce guide se veut à la fois juridique et pratique. Juridique au travers des différents points de droit, soulevés et analysés en fonction des étapes du contentieux : conciliation, jugement, référé, voies de recours. Pratique, car très largement alimenté par les travaux de recherche de l'auteur et par les échanges issus des formations de conseillers prud'hommes qu'il dispense au sein de l'Institut régional du travail de l'Université Nancy 2.

Pour offrir une lecture claire et rigoureuse des différentes procédures, voies de recours et spécificités du contentieux prud'homal, l'auteur accompagne pas à pas le lecteur en répondant à quelques questions simples : quand décider de

saisir le Conseil de prud'hommes ? Quelle formation saisir ? Comment vont s'enchaîner et s'organiser les procédures devant chaque formation ? Quelles sont les voies de recours ? L'ouvrage explore par le menu différents éléments incontournables comme l'administration de la preuve, ou les incidents devant le bureau de jugement (récusation, exception d'incompétence, sursis à statuer...).

Pour compléter l'ensemble, l'ouvrage comprend une collection de fiches spécialisées, développant des thèmes particuliers au contentieux prud'homal : exécution provisoire, astreinte, dépens et frais, intérêts...

Lamy Axe Droit - ISBN : 978-2-7212-1346-4 - 494 pages - 45 euros