

## Variations sur la requalification

par Pascal MOUSSY, Directeur des Etudes de l'Institut spécialisé de formation des conseillers prud'hommes Prudis CGT, Chargé d'enseignement à l'Université d'Evry, Val-d'Essonne

### P L A N

#### I Le contentieux du temps de la subordination : le refus de la préqualification attentatoire à l'ordre public de protection.

- A) La requalification par réputation, une réponse à la mesure des transgressions patronales de la réglementation des contrats à durée déterminée.  
B) La sanction de la méconnaissance du droit à l'information du salarié à temps partiel.

#### II La requalification active, agent d'une stricte délimitation de l'espace de la subordination.

- A) De l'individuel au collectif : la suspension des effets du pouvoir patronal.  
B) Une dynamique tendant à la réappropriation des droits fondamentaux du travailleur.  
1. La légitimité du refus de la soumission à l'ordre patronal.  
2. Une requalification rebelle à une conception figée du procès prud'homal.

**A** ceux qui seraient interloqués par une telle assertion, son auteur ferait remarquer qu'"un objet ne tient pas seulement à son nom qu'on ne puisse lui en trouver un autre qui lui convienne mieux"(1).

La qualification, cet art de "*caractériser une chose par un signe du langage*" (2), se révèle donc science complexe.

Dans notre domaine de prédilection, celui du règlement des différends qui s'élèvent à l'occasion du contrat de travail, la complication ne doit pas affecter la nécessaire sérénité d'un juge constamment confronté, de par la volonté de l'article 12 du N.C.P.C., à sa mission de restituer "l'exacte qualification" des faits et actes litigieux (3).

L'opération de requalification prud'homale intervient dans une variété de situations. Mais deux mouvements se dessinent particulièrement.

Le premier voit le juge en présence d'une partie patronale qui a tenté, par le jeu d'un soi-disant consensualisme doublé d'une préqualification présumée habile, de soustraire le travailleur "au statut social qui découle nécessairement de l'accomplissement de son travail". Il lui appartient alors de ne pas s'arrêter "à la seule volonté des parties" (4) et de veiller à ce que l'artifice ne puisse indûment exclure le travailleur de ses droits. Le contentieux du "temps de la subordination" met nettement en évidence le refus judiciaire de la préqualification attentatoire à l'ordre public de protection. En affirmant qu'il s'agit bien d'une pomme, le juge fera savoir qu'il n'admet pas qu'on le prenne pour une poire (I).

Le second permet au juge prud'homal de manifester une forte activité dans le procès en donnant une nouvelle appellation (5) qui va ouvrir des horizons parfois insoupçonnés à la solution du litige. Cette requalification particulièrement active, attentive à ce que les droits fondamentaux du travailleur soient pris en considération par tous, se révèle alors l'agent d'une stricte délimitation de l'espace de la subordination (6). Le juge nous dévoile ici des saveurs qui vont bien au-delà de celles qu'on pourrait attendre d'une pomme (II).

(1) René Magritte, "Les mots et les images", La Révolution Surréaliste n° 12, 15 décembre 1929, 32.

(2) Le Grand Robert de la langue française, 2e éd., 1989, tome VII, 930.

(3) Le caractère fondamental de cette tâche a été souligné par un éminent magistrat : "D'abord le pouvoir de requalification est en réalité un devoir. L'article 12 du Nouveau Code de Procédure Civile, qui est le siège de la matière est, sur ce point, sans équivoque puisqu'il déclare : "Il (le juge) doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée". Il s'agit très précisément de l'office du juge qui doit appliquer la loi et trancher le litige conformément aux règles de droit. La requalification est donc une arme qui lui est donnée et dont il doit se servir pour que la loi soit appliquée". (Ph. Waquet, "Les pouvoirs de requalification du juge", DO 1997, 122).

(4) On reconnaît la formule du fameux arrêt de l'Assemblée Plénière du 4 mars 1983, Barrat c/Soc. anon. Ecole des Roches (D. 1983, 384 et s.). En l'espèce, la Cour de Cassation avait reproché aux juges du fond de s'être retranchés derrière une "convention de collaboration de type purament libéral" pour refuser de conclure à l'existence d'un contrat de travail, qui était pourtant caractérisé par plusieurs indices de subordination.

(5) Requalifier = "donner une nouvelle qualification à" (Le Grand Robert de la langue française, 2e éd., 1989, tome VIII, 292).

(6) Il ne faut pas se dissimuler que ce ne sont pas les "juges" du collège patronal qui sont porteurs de cette dynamique visant à la préservation des libertés fondamentales dans l'entreprise. Mais le "délibéré collectif" et la "décision commune" qui doivent conduire à la solution rendue à la suite de l'audience de départage (voir, à ce sujet, l'article R. 516-40 du Code du Travail et M. Keller, "Le départage devant les conseils des prud'hommes", Dr. Soc. 1993, 172) devraient permettre de venir à bout de l'obstination de certains à faire de l'employeur le seul législateur dans l'entreprise. Il doit également être noté que l'attitude d'un certain nombre de conseillers employeurs qui, par un boycott systématique de l'audience de départage, font obstacle à la tenue de la discussion collective relève sans nul doute du "refus de service" ou, si l'on préfère, du "refus de rendre la justice" qui appellent les sanctions prévues par l'article L. 514-11 du Code du Travail (la démission) et l'article 434-7-1 du Nouveau Code Pénal (50 000 F d'amende et l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans).

## I

## Le contentieux du temps de la subordination : le refus de la requalification attentatoire à l'ordre public de protection.

Comme le conseiller doyen l'a relevé, il y a *"un réalisme profond du droit du travail qui ne va pas s'arrêter aux termes employés ou aux habillages mais qui recherche la réalité : quelles sont les conditions d'accomplissement du travail ? Y a-t-il lien de subordination ?"* (7).

A partir de l'instant où l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail et use du pouvoir de donner des ordres et des directives, de contrôler l'exécution du travail et de sanctionner les manquements du subordonné, le lien de subordination est caractérisé (8). Le pouvoir judiciaire de requalification a pour effet de *"ramener au giron du droit du travail"* (9) des travailleurs que l'employeur, par le jeu d'un habillage contractuel plus ou moins sophistiqué, a voulu exclure des *"garanties du salariat"*.

Mais l'actualité d'une requalification - sanction visant à un respect plus effectif de l'ordre public social (10) réside peut-être moins dans le contentieux de la requalification des contrats *"libéraux"* en contrats de travail que dans les litiges suscités par les employeurs qui tentent de situer *"l'élément de précarité à l'intérieur du contrat de travail"* (11).

Il ressort du contentieux du temps de la subordination que le juge est constamment amené à rappeler que la normalité, *"c'est le contrat de travail à durée indéterminée, conclu pour un horaire normal, autrement dit à temps complet"* (12).

Un grand nombre d'employeurs n'hésitent pas à qualifier de contrats à durée déterminée des contrats qui s'avèrent avoir été conçus pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Le juge prud'homal, armé de la requalification par réputation offerte par la loi du 12 juillet 1990, peut être amené à intervenir pour mettre un frein à ces dérives patronales.

Le risque n'est pas mince pour un salarié à temps partiel de voir son employeur exiger de lui une constante disponibilité. Il existe dans le Code du

Travail des dispositions qui permettent de modérer cette insatiable appétit patronal en exigeant que le contrat informe précisément le travailleur partiellement employé de l'amplitude de son temps de subordination. Lorsque l'employeur entretient un flou artistique, par le jeu d'une rédaction très souple du contrat soumis à l'intéressé, la requalification en temps complet se révèle alors la sanction adéquate.

### **A) La requalification par réputation, une réponse à la mesure des transgressions patronales de la réglementation des contrats à durée déterminée.**

Dans son commentaire de la loi du 12 juillet 1990 *"favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires"*, Francis Saramito a relevé qu'en théorie, l'absence d'une des conditions de formation du contrat, en particulier d'une condition de fond, doit entraîner la nullité de la convention et la remise des parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement mais que ce n'est pas cette solution que le législateur a adoptée en matière de contrats à durée déterminée car elle équivaudrait à la disparition de la relation contractuelle, c'est-à-dire à la perte de l'emploi pour le salarié. *"C'est pourquoi, généralisant une jurisprudence antérieure à 1979 concernant les contrats successifs et l'inexistence d'un terme réel, il a préféré opter pour la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée"* (13).

La requalification en contrat à durée indéterminée peut intervenir lorsque le juge, opérant sur le fondement de la règle (14) qui lui fait obligation de restituer aux faits leur exacte qualification, va s'interroger sur le contenu de l'accord des volontés des parties qui n'entendaient pas se situer dans le cadre du domaine légal du contrat à durée déterminée, lorsque l'expression de cette volonté a manqué de clarté au point de donner au contrat de travail l'apparence d'un contrat à durée déterminée. Il s'agit alors d'une requalification par *"interprétation de la volonté des parties"* (15).

(7) Ph. Waquet, art. préc. 122.

(8) Voir Cass. Soc., 13 novembre 1996, Bull. V, n° 386; Cass. Soc. 23 avril 1997, Bull. V, n° 142.

(9) Ph. Waquet, art. préc. 123.

(10) Voir Th. Revet, "L'ordre public dans les relations de travail", L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, 52 et s.

(11) Ph. Waquet, art. préc. 122.

(12) Ph. Waquet, "Propos introductifs", Semaine Sociale Lamy, 1er mars 1999, n° 923, 4.

(13) F. Saramito, "Le contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990", DO 1991, 249.

(14) L'article 12 du NCPC.

(15) Voir, à ce sujet, G. Poulain, "Contrat à durée déterminée. Requalification de la situation contractuelle", Jurisclasseur Travail, Fasc. 2-45, (3) et (12) et s.

Il est prévu deux hypothèses de requalification-interprétation :

- lorsque les parties ont envisagé de poursuivre leur relation contractuelle au-delà de la date prévue dans le contrat.

- lorsque les parties ont d'ores et déjà prévu que le contrat pourrait être résilié avant que la durée indiquée ne soit écoulée.

Mais l'essentiel des litiges visant à la requalification en contrat à durée indéterminée est provoqué par l'attitude de l'employeur qui entend profiter du recours au contrat à durée déterminée pour ne pas respecter les obligations mises à sa charge par la loi. Il n'y a donc pas lieu ici de redresser une fausse qualification mais de sanctionner une irrégularité coupable. Nous rentrons dans le domaine de la requalification opérée à titre de sanction et, plus précisément, de la "requalification par réputation" (16).

Il s'agit d'une requalification qui paraît des plus sympathiques.

D'une part, l'employeur est irréfutablement reconnu responsable. Il n'est pas admis à faire la preuve que le contrat est à durée déterminée.

D'autre part, c'est au salarié de décider s'il sollicite du juge la requalification. Alors même que les conditions légales d'une requalification en contrat à durée indéterminée seraient réunies, l'employeur ne peut pas contester le choix du salarié de rester dans le cadre de la réglementation du contrat à durée déterminée, notamment en cas de rupture anticipée de la part de l'employeur, et le juge est tenu de tirer les conséquences de l'option prise par le salarié (17).

La requalification par réputation est là pour rappeler le caractère substantiel de certaines règles de forme prévues par l'article L.122-3-1 du Code du Travail.

La Chambre Sociale est des plus formelles : "Aux termes de l'article L.122-3-1 du Code du Travail, le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit et comporter la définition précise de son motif ; à défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée. En l'absence de contrat écrit, l'employeur ne peut écarter cette présomption légale en apportant la preuve d'un contrat verbal conclu pour une durée déterminée" (18). Il a même été précisé :

"faute de comporter la signature du salarié, le contrat à durée déterminée invoqué par l'employeur ne peut être considéré comme établi par écrit. Il est par la suite réputé conclu pour une durée indéterminée" (19).

Les dispositions de l'article L.122-3-1 du Code du Travail exigent non seulement un écrit, mais également la définition précise du motif du contrat d'exception (20). A défaut de cette énonciation, il est réputé conclu pour une durée indéterminée (21).

La requalification par réputation intervient également pour sanctionner l'inobservation par l'employeur des règles de fond régissant le recours au contrat à durée déterminée.

L'article L.122-3-13 du Code du Travail est des plus clairs : "Tout contrat conclu en méconnaissance des dispositions des articles L.122-1, L.12-1-1, L.12-1-2, L.122-2, L.122-3, L.122-3-1, alinéa premier, L.122-3-10, alinéa premier, L.122-3-11 et L.122-3-12 est réputé à durée déterminée".

Après avoir rappelé le principe fondamental qui veut que la légitimité du recours au contrat à durée déterminée réside dans le caractère provisoire, temporaire, de l'évènement qui le justifie et que le contrat à durée déterminée ne soit pas utilisé pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (22), il n'est pas question ici de rentrer dans le détail des règles de fond visées au premier alinéa de l'article L.122-3-13 (23).

Il semble préférable de s'interroger sur l'usage qui est fait de l'alinéa 2 de ce même article.

Ce texte prévoit en effet une procédure spéciale, marquée à première vue du sceau de la célérité et de l'efficacité : "Lorsqu'un conseil de prud'hommes est saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, l'affaire est portée directement devant le bureau de jugement qui doit statuer au fond dans le délai d'un

(16) Pour un exposé détaillé sur la "requalification par réputation", voir G. Poulain, art. préc. (5) et s.

(17) La Chambre Sociale de la Cour de Cassation a posé le principe que les dispositions légales concernant le contrat à durée déterminée ont été édictées dans un souci de protection du salarié qui, "seul, peut se prévaloir de leur inobservation" (Cass. Soc. 16 juillet 1987, Bull. V, n° 481).

Une "petite" entorse à la règle a été faite au profit de l'AGS : "L'AGS, appelée à garantir le paiement des créances nées à l'occasion de la rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée du fait de l'employeur, peut se prévaloir des dispositions du Code du Travail pour demander la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée, peu important qu'aucune fraude n'ait été commise à son égard" (Cass. Soc. 1er décembre 1993, R.J.S. 1/94, n° 8).

(18) Cass. Soc. 21 mai 1996, Bull. V, n° 190.

(19) Cass. soc. 26 octobre 1999, Dr. Soc. 2000, 201.

(20) Il a été souligné par la Cour de Cassation que l'énonciation de la définition précise du motif du contrat à durée déterminée fixe

les limites du litige au cas où la qualification du contrat se trouve contestée (Cass. Soc. 4 décembre 1996, Dr. Soc. 1997, 90).

(21) Voir, notamment, Cass. Soc. 4 janvier 2000, Dr. soc. 2000, 433.

La Cour de Cassation a ici censuré une Cour d'Appel qui avait rejeté une demande de requalification en contrat à durée indéterminée, "alors que le contrat, dès lors qu'il ne précisait pas qu'il s'agissait d'un contrat de retour à l'emploi, ne comportait pas la définition précise de son motif, peu important l'existence de la convention de droit public passée entre l'employeur et l'Etat".

(22) Art. L.122-1 C. trav.

Cet article précise qu'a priori (si l'on accepte la réserve admise par l'article L.122-2), le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire et seulement dans les cas énumérés à l'article L.122-1-1.

(23) Le lecteur est invité à se reporter à l'important article de Francis Saramito signalé un peu plus haut et à l'excellente jurisprudence répertoriée dans les tables annuelles du Droit Ouvrier à la rubrique "Contrat à durée déterminée - requalification".

mois suivant sa saisine. La décision du conseil de prud'hommes est exécutoire de droit à titre provisoire".

Cette "procédure accélérée" a été mise en place pour que l'action en requalification présente encore un intérêt pour le salarié malgré la longueur des délais de recours (au moins huit à dix mois devant le Conseil de Prud'hommes et plusieurs années si la Cour d'Appel est saisie) (24). Il doit être relevé que le caractère exécutoire de la décision prud'homale à titre provisoire a pour objet de rendre le salarié immédiatement bénéficiaire d'un contrat à durée indéterminée et que l'employeur qui se prévaudrait de l'exercice d'une voie de recours pour ne pas fournir travail et salaire engagerait sa responsabilité contractuelle.

Seulement, le constat est moins riant. C'est généralement à contretemps qu'intervient l'action en requalification prévue par l'article L.122-3-13. C'est à la suite de la rupture du contrat que le salarié vient demander le bénéfice de dispositions a priori soucieuses de voir la requalification par réputation contraindre l'employeur à poursuivre la relation de travail faussement présentée comme étant de nature déterminée (25).

On peut comprendre les interrogations sur l'efficacité de l'action en requalification du salarié qui se sent seul face à son employeur (26). On sera moins indulgent face à une inertie syndicale qui, au-delà du discours, se préoccupe peu, à de rares exceptions près (27), de prendre appui sur l'action en substitution permise par l'article L.122-3-16 du Code du Travail (28) pour donner l'impulsion afin que les travailleurs illégalement précarisés demandent au juge prud'homal

de donner leur plein effet aux dispositions légales prévoyant la requalification par réputation.

Mais la précarité ne réside pas seulement dans une utilisation systématique de contrats conclus pour une durée déterminée. On la retrouve dans les pratiques patronales fragilisant la situation économique du travailleur en ne lui proposant que le salaire attaché à un emploi à temps partiel, tout en se réservant la possibilité d'exiger de lui une totale disponibilité.

### **B) La sanction de la méconnaissance du droit à l'information du salarié à temps partiel**

Le contrat à temps partiel, à l'instar du contrat à durée déterminée, est un contrat spécial. Il est à ce titre soumis à des exigences de forme qui sont, pour ce qui le concerne, rappelées dans l'article L. 212-4-3 du Code du Travail (29).

Le contrat à temps partiel est tout d'abord un contrat écrit. L'absence d'écrit permet au salarié de demander la requalification en contrat à temps complet, puisqu'il y a alors présomption de contrat à temps plein (30). Il s'agit certes d'une présomption simple, que l'employeur peut renverser en rapportant la preuve du caractère partiel de l'engagement souscrit, la requalification par réputation ne jouant pas ici.

Mais les conditions de l'opposition à la requalification en temps complet ont été strictement définies. Depuis un arrêt du 29 janvier 1997, la Chambre Sociale est des plus formelles : *"Si en l'absence d'écrit, le contrat de travail est présumé conclu à temps complet, il appartient à l'employeur qui se pré-*

(24) Voir "Le contrat à durée déterminée", supplément au n° 130-10 du 15 octobre 1999 de Liaisons Sociales Quotidien, 74.

(25) Le caractère indemnitaire, caractéristique d'un contentieux de la rupture classique, est mis en évidence par un (encore) récent arrêt de la Cour de Cassation qui souligne qu'"il résulte de l'article L.122-3-13 du Code du Travail que si la demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est portée directement devant le bureau de jugement, cette saisine directe s'étend non seulement à la demande en paiement de l'indemnité, qui est la conséquence de cette requalification, mais également à la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail" (Cass. Soc., 7 avril 1998, Dr. Ouv. 1999, 249).

(26) Doute plus prosaïquement exprimé par des propos du genre : "Une fois que les Prud'hommes auront requalifié mon contrat, il prendra le moindre prétexte pour me virer !"

(27) Voir, notamment Cass. soc. 1er février 2000 (2 espèces) , R.J.S. 4/00, n° 381. L'union locale des syndicats C.G.T. de la zone aéroportuaire de Roissy avait exercé l'action de substitution prévue par l'article L.122-3-16 du Code du Travail en demandant la requalification en contrats à durée indéterminée des contrats de travail à durée déterminée de plusieurs salariés et en insistant sur "la poursuite des effets des contrats".

(28) "Les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en application de la présente section en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Celui-ci doit avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre un terme à tout moment".

(29) Art. L.212-4-3, al.1 : "Le contrat de travail des salariés à temps partiel est un contrat écrit. Il mentionne la qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations d'aide à domicile, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois. Il définit en outre les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification. Toute modification doit être notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu. Le contrat de travail détermine également les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée sont communiqués par écrit au salarié".

(30) Cass. Soc. 24 octobre 1997, Liaisons Soc. Jurisp. Hebdo. n°7755.

vaut d'un contrat à temps partiel de rapporter la preuve non seulement de la durée exacte du travail convenu mais également de sa répartition sur la semaine ou le mois" (31). Il n'est pas question de prendre au sérieux l'allégation patronale d'un contrat à temps partiel, alors que l'absence d'écrit comportant les mentions légalement exigées permet à l'employeur de créer les conditions qui mettent le salarié "dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il pourrait travailler chaque mois et dans l'obligation de se tenir en permanence à la disposition de l'employeur" (32).

Cette requalification, qui vaut sanction de l'employeur qui a manqué à son obligation d'information (33), est des plus logiques. L'employeur ne s'engage que pour un temps partiel, mais, grâce à l'imprécision de clauses contractuelles qui ne définissent pas quel est le temps exact de la subordination du salarié, il s'octroie la possibilité, selon son humeur ou selon la conjoncture, d'exiger du salarié une constante disponibilité... sans que le salarié puisse lui réclamer le bénéfice des droits attachés à un emploi à temps

plein. La requalification prud'homale devient dès lors inéluctable : si le travailleur doit être à disposition tous les jours de la semaine, il peut légitimement revendiquer le statut attaché à un contrat de travail à temps complet.

Le juge n'est donc pas lié par la préqualification donnée par l'employeur qui a tenté de ne pas faire bénéficier le travailleur de la totalité des obligations sociales dues à un salarié devant se tenir en permanence à la disposition de l'entreprise. La discussion sur le temps réel de la subordination doit se conclure par la sanction de l'employeur qui n'a pas réussi à convaincre.

Mais le contentieux prud'homal ne peut se réduire à rappeler que le patron ne doit pas trop mégoter sur le prix auquel doit être payé l'état d'asservissement du salarié. Une forte implication du juge prud'homal dans l'action de requalification doit également permettre la sanction de l'employeur qui voudrait que soient laissés au vestiaire les droits fondamentaux du travailleur.

## II

### La requalification active, agent d'une stricte délimitation de l'espace de la subordination.

Il a été observé, dans une étude sur l'oeuvre de René MAGRITTE, que l'artiste n'a pas à tenir compte des relations de dépendance existant habituellement entre ces systèmes de signes conventionnels que sont l'image et le mot, puisque "son rôle n'est pas d'apporter une confirmation de l'ordre établi" (34).

Le juge, qui fait parfois oeuvre de magicien lorsqu'il prononce la requalification, devient lui aussi quelque peu artiste. Ce qui peut donc lui donner un petit côté subversif.

En tout état de cause, le militant syndical investi de responsabilités prud'homales, n'a pas vocation à être le gardien d'un ordre patronal fondé sur la soumission au pouvoir hiérarchique de l'entreprise. Il doit dès lors être à même de convaincre que la mesure présentée comme guidée par le souci d'une bonne marche de l'entreprise n'est souvent, en définitive, qu'une mesure de rétorsion visant à exclure le travailleur qui ne s'est pas identifié à la logique du patron et, qu'en consé-

quence, il y a matière à requalification de l'acte de rupture.

Il est aujourd'hui acquis que la participation du salarié à cette action collective que constitue la grève ne peut constituer en soi une cause légitime de rupture (35). "Puisque la grève est un droit constitutionnellement reconnu et garanti, elle ne peut jamais être illécite" (36).

Mais, parfois, l'action du salarié qui se rattache à la défense des intérêts généraux des travailleurs est présentée - et punie - par l'employeur comme un acte d'insoumission à l'organisation du travail. Cette disqualification de l'action collective devrait alors donner lieu à une requalification prud'homale susceptible de suspendre les effets du pouvoir patronal.

Il existe actuellement, du côté de la Chambre Sociale, une forte tendance à consacrer le pouvoir patronal de modification des conditions de travail du salarié. Mais cette révérence à l'organisation hiérar-

(31) Cass. Soc. 29 janvier 1997, Bull. V, n° 39. Voir, dans le même sens, Cass. Soc. 28 janvier 1998, Dr. Ouv. 1999, 37 ; Cass. Soc. 31 mars 1999, R.J.S. 5/99, n° 761 ; Cass. Soc. 23 novembre 1999, Bull. V, n° 451.

(32) Voir Cass. Soc. 12 novembre 1997, Dr. Soc. 1998, 75 et s., observations A. Jammaud.

(33) Voir, à ce sujet, F. Favennec-Hery, "Le contentieux du contrat de travail à temps partiel", Semaine Sociale Lamy, 1<sup>er</sup> mars 1999, n° 923, 33.

(34) F. Leen, "Un rasoir est un rasoir", René Magritte (1898-1967), Flammarion, 1998, 23.

(35) Art. L.521-1, C. Trav., al.1 : "La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié".

(36) Ph. Waquet, "La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève", R.J.S. 3/95, 139.

chique du travail ne saurait faire oublier que le pouvoir de direction rencontre, dans son exercice, des droits fondamentaux (37). Les droits des personnes et les libertés individuelles et collectives sont fortement affirmées par les dispositions de l'article L.120-2 du Code du Travail (38). La stricte observation de la règle consacrant les droits fondamentaux du travailleur peut conduire à une requalification transformant la présumée faute de désobéissance reprochée au salarié en un refus légitime de la soumission à un arbitraire ordre patronal.

Mais, dans bien des cas, ce sera la présence d'un conseiller prud'homme de "parti pris" (39) qui permettra de faire découvrir au travailleur que le licenciement ayant permis son exclusion de l'entreprise a été attentatoire à des droits fondamentaux jusqu'alors ignorés. La requalification prud'homale, divulgatrice de la nullité de la mesure patronale, laisse alors entrevoir la perspective d'un prochain retour au sein de la collectivité de travail.

### **A) De l'individuel au collectif : la suspension des effets du pouvoir patronal.**

La vigilance vis-à-vis des employeurs qui entendraient sanctionner l'exercice normal du droit de grève est incontestable. Le juge manifeste notamment la préoccupation de vérifier qu'un prétexte apparemment étranger au mouvement collectif ne dissimule pas l'exclusion du gréviste devenu indésirable (40).

Mais des difficultés peuvent surgir lorsque l'action du travailleur qui s'inscrit dans une dynamique collective est disqualifiée au profit d'une présentation du comportement du salarié comme un acte individuel fautif relevant du traitement disciplinaire.

Le principe est depuis longtemps posé que la grève est une cessation "collective et concertée" du travail, et qu'un salarié ne peut prétendre exercer isolément le droit de grève (41), sauf dans l'entreprise où, la collectivité de travailleurs faisant défaut, "*le salarié unique constitue tout le personnel*", ce qui permet au juge de considérer que "*la grève d'un seul conserve son caractère collectif*" (42) et que l'arrêt de travail du salarié unique relève bien de l'exercice du droit de grève (43).

Mais la qualification de l'arrêt de travail comme un mouvement de grève ne repose pas uniquement sur un critère quantitatif. Dans un certain nombre de situations, l'employeur sanctionne les actions entreprises par les salariés en faisant valoir qu'il est en présence d'une conjuration de "refus de travail" qu'il s'agit, au nom de la bonne marche de l'entreprise, de réprimer de manière exemplaire.

A l'occasion du débat sur la nature de l'arrêt de travail, le juge peut donner toute sa mesure au pouvoir de requalification.

Il a déjà eu l'occasion d'appliquer la règle qui veut que "*le juge, en droit social plus qu'en tout autre domaine, a le devoir de donner aux situations de fait leur exacte qualification de droit, quand bien même les acteurs du litige n'auraient pas prononcé ni même envisagé les mots générateurs de droit : ici «retrait» ou «grève»*" (44), en refusant de suivre l'employeur dans sa logique disciplinaire d'abandon de poste et en analysant comme l'accomplissement d'un retrait suivi d'une grève licite l'attitude de salariés qui avaient refusé d'exécuter sur un chantier un ordre dangereux et qui avaient réclamé le bénéfice du régime des intempéries (45).

(37) Voir A. Lyon-Caen, "Actualité de la modification", DO 1996-89. L'interpellation d'Antoine Lyon-Caen est forte : "Est-il heureux que le contrôle des réorganisations soit discuté sans que jamais, ou presque, ces droits fondamentaux ne soient invoqués ?"

(38) Aux termes desquelles : "Nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché".

(39) Sur la légitimité du syndicaliste juge prud'homal de "parti pris", voir C.A. Montpellier, 5 février 1980, DO 1980, 300 : "Le fait pour la C.G.T. d'avoir affirmé notamment que ses candidats auraient un parti pris contre "l'injustice" et la volonté d'une défense des salariés "sans compromission avec le patronat" n'implique nullement que ces derniers aient accepté le mandat impératif de juger dans un sens déterminé".

(40) Cass. Soc. 28 avril 1994, DO 1994, 442. La Cour de Cassation approuve ici les juges du fond d'avoir ordonné la poursuite du contrat de travail qui permettait de mettre fin au trouble manifestement illicite constitué par le licenciement d'un salarié gréviste, après avoir relevé que les fautes "professionnelles" reprochées à l'intéressé, quelques jours après sa participation active à un mouvement de grève, n'étaient que des "prétextes".

(41) Voir, notamment, Cass. soc. 29 mars 1995, DO 1996, 39 : "La grève étant une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles, un salarié, sauf dans le cas où il obéit à un mot d'ordre formulé au plan national, ne peut prétendre exercer isolément le droit de grève ; (...) ayant constaté que M..., en cessant son travail les 18 et 19 juin 1992, ne participait pas à un mouvement collectif dans l'entreprise et ne répondait pas à un mot d'ordre de grève nationale, le Conseil de Prud'hommes a exactement décidé que son arrêt de travail ne pouvait pas recevoir la qualification de grève".

(42) Voir Ph. Waquet, rapport sous Cass. Soc. 13 novembre 1996, J.C.P. 1997, II, 22754.

(43) Cass. Soc. 13 novembre 1996, DO 1997, 143, note F. S.

(44) Voir Michel Henry, note sous C.A. Grenoble (Ch. Soc.), 15 février 1988, DO 1988, 481.

(45) Voir C.A. Grenoble (Ch. Soc.), 15 février 1988, DO 1988, 475 et s. Requalification validée par la Cour de Cassation : Cass. Soc. 20 septembre 1990, DO 1990, 457 et s., note F.S.

Mais le danger n'est pas pour autant écarté de voir le juge reprendre à son compte la logique patronale d'individualisation de l'action collective qui permet à l'employeur de sanctionner sévèrement le salarié qui a décidé de contester efficacement les mesures patronales perçues comme nuisibles par les acteurs principaux du procès de travail (46).

Dans un célèbre arrêt (47), la Chambre Sociale n'a pas voulu reconnaître la qualité de grévistes à des salariés qui, à l'occasion de leur mouvement, "exécutent leur travail dans les conditions qu'ils revendiquent et autres que celles prévues par leur contrat" et se permettent de "satisfaire unilatéralement leurs désirs par une modification des conditions essentielles de leur contrat de travail". L'assertion de la Cour de Cassation prête à discussion. A un moment donné, et ce n'est pas une révélation, le quantitatif a une nécessaire incidence sur le qualitatif. Un salarié qui, isolément, décide de "n'en faire qu'à sa tête" et de redéfinir unilatéralement les conditions d'exécution de son contrat de travail, peut être suspecté d'avoir commis une faute contractuelle. Mais lorsque des travailleurs s'organisent, à la suite d'une réflexion commune sur l'action à mener pour soit mieux prise en compte leur revendication de conditions de travail mieux adaptées, pour que le fonctionnement de l'entreprise ne fasse pas complètement abstraction de leur aspiration collective, ne rentre-t-on pas dans le domaine d'une action concertée ayant pour principal objet la défense des conditions d'exercice de l'activité des travailleurs ?

Il est difficile, si l'on témoigne d'un peu de sensibilité pour une défense de la dignité des travailleurs menée avec une réelle autonomie (48), de ne pas requalifier comme participant d'un mouvement collectif, rentrant dans le champ d'application de l'article L.521-1 du Code du Travail, des actes tout d'abord dénoncés comme un ensemble de manquements inacceptables aux obligations déterminées par l'employeur.

Cette préservation judiciaire des libertés fondamentales du travailleur devrait également intervenir

lorsque la modification patronale des conditions de travail révèle une incontestable menace pour les droits des personnes.

### **B) Une dynamique tendant à la réappropriation des droits fondamentaux du travailleur.**

Par ses fameux arrêts du 18 juillet 1996, la Cour de Cassation a affirmé un principe catégorique : "Le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre, après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave, qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement" (49).

Il serait toutefois difficile, pour un juge social rigoureux, de s'en tenir à une conception formelle de l'organisation du travail posant le principe de la soumission absolue à toute redéfinition des conditions de travail. Par le jeu de la requalification, le juge prud'homal peut être parfois amené à rappeler que le travailleur peut légitimement brandir les droits de la personne face aux détenteurs du pouvoir d'exécution (50).

Au cours du procès, la révélation d'un ordre public garant des libertés fondamentales peut conduire le travailleur à présenter une demande qui soit réellement de nature à neutraliser la voie de fait patronale.

#### **1. La légitimité du refus de la soumission à l'ordre patronal.**

Depuis l'été 1992, le ton est donné.

Le refus par le salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur constitue un manquement aux obligations contractuelles que l'employeur a la faculté de sanctionner au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé (51).

Il doit être relevé que le juge a été ensuite invité à ne pas trop s'attarder sur la recherche du caractère sérieux de la rupture prononcée par l'employeur puisque les arrêts précités du 10 juillet 1996 insistent

(46) Pour de plus longs développements sur la question, voir P. Moussy, "Le contrôle prud'homal de la qualification de la modification du poste de travail (contrôle social visant à l'incorporation du salarié dans le procès de travail ou reconnaissance judiciaire de l'identité ouvrière ?)", DO 1994, 148 et s.

(47) Bardot et autres c/S.A.M.I. (Cass. Soc. 23 novembre 1978, DO 1980, 12 et s., note Michèle Bonnechère). La Cour de Cassation approuve ici une Cour d'Appel d'avoir considéré que la "manifestation unilatérale des désirs" révélée par une absence de trois samedis de suite disqualifiait l'action des salariés qui entendaient obtenir la suppression du travail du samedi.

(48) Il a été finement relevé par un juriste des plus autorisés qu'un des critères matériels d'un droit fondamental du salarié réside

dans la garantie de la personne et de la dignité du travailleur et que "la première et la plus fondamentale des libertés n'est-elle pas l'autonomie dont devrait disposer le salarié lorsqu'il n'est pas sous l'autorité de son employeur ?" et que "même sous l'autorité de l'employeur, cette autonomie ne subsiste-t-elle pas au moins en partie ?" (Ph. Waquet, "Les libertés dans l'entreprise", R.J.S. 5/00, 339).

(49) Cass. Soc. 10 juillet 1996, deux espèces, DO 1996, 457 et s., note P. Moussy.

(50) Voir notamment, à ce sujet, P. Moussy, "Un pas en avant, deux pas en arrière (à propos de l'effet boomerang du "renouveau" du contrat de travail)", Dr. Ouv. 1999, 6 et s.

(51) Cass. Soc. 24 juin 1992, Cass. Soc. 25 juin 1992, DO 1992, 379.

sur le fait que le refus du changement des conditions de travail constitue en principe une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement.

Des tempéraments ont cependant été apportés à cette apologie du pouvoir hiérarchique. Le juge prud'homal ne peut pas oublier qu'il est investi de la mission fondamentale, en présence d'un licenciement à caractère disciplinaire, de vérifier que les faits reprochés présentent réellement un caractère fautif de nature à justifier le licenciement (52).

Il est donc fondé à considérer que ne relève pas d'une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié refusant un changement l'amenant à travailler dans "des conditions inacceptables" (53)

En tout état de cause le juge ne saurait oublier qu'il n'est jamais tenu par la préqualification de "faute" donnée par l'employeur, qui a le privilège d'inscrire ce qu'il veut dans la lettre de licenciement (54). Il ne suffit pas que l'insertion d'une clause de mobilité dans le contrat de travail rende a priori le refus opposé par le salarié à sa mutation comme constitutif d'une faute grave (55) pour que le juge abandonne son pouvoir de requalification qui peut le conduire à rappeler que l'employeur ne saurait se prévaloir du "consentement" du salarié pour imposer une atteinte à *"la liberté de choix du domicile"* (56) ou faire accepter la légitimité d'une pratique patronale abusive cherchant à imposer *"au salarié, qui se trouvait dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui pouvait être pourvu par d'autres salariés"* (57).

Les libertés individuelles et la vie personnelle du travailleur doivent donc être prises au sérieux par l'employeur avant que soit prise la décision d'exclure de l'entreprise le salarié récalcitrant. L'article L.120-2 du

Code du Travail est venu consacrer la légitimité de cette intrusion des libertés dans l'entreprise, en venant poser le principe que la décision de l'employeur doit se plier aux exigences de finalité et de proportionnalité (58). A défaut, le juge sera amené à requalifier en voie de fait devant être frappée de nullité la mesure patronale ayant tenté de faire diversion en présentant la légitime résistance du travailleur comme un acte d'insubordination appelant le licenciement immédiat (59).

L'article 120-2 du Code du Travail a pour fonction naturelle d'assurer la protection des droits de la personne au travail. Traditionnellement, la subordination est présentée comme s'exerçant au cours de l'exécution du contrat de travail. Elle est en conséquence vécue au quotidien par le travailleur tout au long de l'exécution de la prestation de travail. Le "renversement des logiques" impulsé par la prise en considération des droits de la personne (60) saurait donc difficilement éluder la condamnation des pratiques arbitraires qui accompagnent certains changements des conditions de travail.

Les dispositions du nouvel article L.212-3 du Code du Travail (61) offrent notamment ici des perspectives de belles requalifications prud'homales. Certains ont insisté sur le fait que l'article 30 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, consacré à la "sécurisation juridique" (62), pose le principe que la seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail doit être regardée comme constitutive d'une *"modification des conditions de travail du salarié"* et qu'*"en conséquence, ce dernier ne pourra pas la refuser sans commettre une faute de nature à justifier son licenciement"* (63).

(52) Voir, pour un récent rappel, Cass. Soc. 25 janvier 2000, R.J.S. 3/00, n° 258.

(53) Voir Cass. Soc. 13 mai 1997, C.S.B.P. n° 92, S. 134. L'employeur avait ici licencié pour "faute grave" un salarié qui avait refusé de poursuivre son activité à la suite du transfert de son poste de travail dans un local qui était pourvu d'une mauvaise aération, d'une température trop basse, d'un éclairage défectueux et d'une absence de protection contre l'incendie.

(54) Voir, à ce sujet, C.P.H. Paris (section activités diverses, juge départiteur), 28 octobre 1994, Cass. Soc. 14 février 1995, Cass. Soc. 12 avril 1995, DO 1995, 306 et s., note P.M.

(55) Cette opposition est en effet assimilée à un refus du changement des conditions de travail et à une opposition au pouvoir de direction de l'employeur : voir Cass. Soc. 30 septembre 1997, DO 1998, 162.

(56) Cass. Soc. 12 janvier 1999, DO 1999, 254 et s., note P. Moussy.

(57) Cass. Soc. 18 mai 1999, R.P.D.S. 1999, 365 et s., commentaire M. Scheidt.

(58) Cette "nouvelle dynamique", reconnaissant au juge le devoir de contrôler les décisions patronales afin de s'assurer de leur

objectivité, de leur justification et de sanctionner les abus, a été encore récemment saluée : voir, M.-C. Escande-Varniol, "La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise", R.J.S. 4/00, 260.

(59) Voir J.-Y. Frouin, "Lien de subordination et vie personnelle du salarié", Liaisons Sociales/Magazine, mars 1999, 53.

(60) On peut signaler, à ce sujet, une fort intéressante décision de la formation de référé du Conseil de Prud'hommes de Bastia qui a fait cesser, par la mesure de remise en l'état appropriée, le trouble manifestement illicite constitué par le comportement d'un employeur qui, au mépris des dispositions de l'article L.120-2 du Code du Travail, avait licencié une salariée qui s'était provisoirement absentée pour aller chercher à la sortie de l'école ses enfants dont elle n'avait pu organiser la garde, faute de temps (C.P.H. Bastia (formation de référé), 18 janvier 2000, Fabienne Tatti c/SA Hypermarché Raffali, n° R99/00068).

(61) "La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail".

(62) En tout cas, pas celle des travailleurs.

(63) "Loi 35 heures : circulaire d'application du 3 mars 2000", fiche n° 27, Liaisons Sociales - Législation Sociale du 14 mars 2000, n° 8070, 43.

Il n'est certes un secret pour personne qu'un des grands attraits de la loi Aubry (en tout cas pour les patrons et pour ceux qui rentrent facilement dans leur logique) réside dans la possibilité de conclure des accords de modulation du temps de travail (64). On ne peut exclure que la mise en place d'un accord de modulation entraîne un changement des horaires de travail du salarié. A priori, un changement d'horaire ne relève pas de la modification du contrat de travail. Il est présenté comme constitutif d'un "simple changement des conditions de travail" (65). Mais la variation de la durée hebdomadaire du travail permise par le système de la modulation peut avoir pour effet, au cours d'une "période haute", d'accroître considérablement la charge de travail du salarié. Les travailleurs savent bien que les périodes pleines d'activité ne se traduisent pas seulement par un changement de la durée de leur présence, mais qu'elles s'accompagnent d'une forte mobilisation les invitant à se surpasser pour que l'entreprise profite d'une bonne conjoncture.

On comprend alors l'inquiétude du salarié qui craint que l'intensification de l'effort alors demandé conduise l'employeur à commander une charge de travail difficilement compatible avec une gestion normale de son temps de travail.

Il est loin d'être acquis que le refus d'une charge de travail excessive relève du comportement fautif (66). La prise en compte de la légitimité du refus de la dégradation des conditions de travail devrait au contraire conduire à ne pas porter un regard culpabilisateur sur une opposition motivée par le souci de ne pas sacrifier les droits de la personne à l'intensification du procès de travail.

La requalification prud'homale est ici gardienne de la dignité du travailleur confronté à une aggravation notable de ses conditions d'exploitation. Mais elle peut également intervenir pour rappeler que le respect du salarié ne saurait permettre qu'on lui impose le temps partiel, qui compromet gravement les chances de sa survie économique.

Les dispositions légales sont formelles. "*Le refus par un salarié d'effectuer un travail à temps partiel ne constitue ni une faute ni un motif de licenciement*" (67). Le juge des référés prud'homal a déjà eu l'occasion d'intervenir pour faire cesser le trouble manifestement illicite constitué par le licenciement de salariés ayant refusé de passer à temps partiel (68).

La transformation d'un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel n'est pas anodine pour le salarié (69). La mesure de licenciement décidée par l'employeur qui a tenté de s'affranchir du texte légal prenant en compte la profonde remise en cause des conditions de vie attachées à un salaire partiel (70) ne peut donc qu'être sanctionnée par la nullité (et la mesure de remise en l'état qui lui est naturellement subséquente).

Dans l'hypothèse (souvent vérifiée) où l'employeur tenterait de dissimuler le licenciement du salarié refusant un temps partiel sous le vocabulaire du droit de licenciement pour motif économique (71), le juge ne saurait se satisfaire de la préqualification donnée par l'employeur, s'il apparaît que ce dernier, au cours des débats, n'a pas été en capacité de convaincre de la réalité du "motif économique" allégué.

Il ne pourra alors que restituer au licenciement son exacte qualification, celle d'une mesure d'exclusion d'une personne ayant refusé des conditions d'existence attentatoires à sa dignité.

Mais l'ignorance de certains textes essentiels protecteurs des droits fondamentaux du travailleur était la chose la mieux partagée dans le monde de l'entreprise, l'activité prud'homale de requalification peut conduire le travailleur sur la voie jusqu'alors inconnue de la remise en l'état.

## 2. Une requalification rebelle à une conception figée du procès prud'homal.

Le juge attentif à l'observation des dispositions de l'article 12 du NCPC ne reste pas inactif face à la fausse qualification des faits présentée par

(64) Art. L. 212-8 C. Trav.

(65) Voir Cass. Soc. 22 février 2000, R.J.S. 4/00, n° 374 : "Le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise et non une modification du contrat de travail".

(66) Voir, pour nourrir la réflexion, Cass. Soc. 16 novembre 1999, Liaisons Sociales, 9 mars 2000, jurisprudence n° 665. La Cour de Cassation approuve les juges du fond qui ont déclaré la faute grave non caractérisée et jugé comme non fondé le licenciement d'un salarié qui n'avait pu accomplir le travail demandé dans un temps compatible avec ses horaires.

(67) Art. L.212-4-9, al. 2, C. Trav., succédant à l'ancien article L. 212-4-2, al.8 du Code du Travail.

(68) C.P.H. Haguenau (Référé - Juge Départementaire), 28 octobre 1985, DO 1996, 459.

(69) C'est en toute logique que la Chambre Sociale a rappelé que "la transformation d'un horaire de travail à temps complet en horaire de travail à temps partiel constitue une modification du contrat de travail qui ne peut être réalisée sans l'accord du salarié, peu important que cette modification ait été ou non prévue dans le contrat de travail" (Cass. Soc. 29 juin 1999, Bull. V, n° 306).

(70) Du fait du rétablissement de la correspondance arithmétique entre la durée du travail et sa rémunération.

(71) L'article L.321-1 du Code du Travail envisage le licenciement pour motif économique du salarié ayant refusé une modification substantielle du contrat de travail consécutive à un motif économique caractérisé par des difficultés économiques, des mutations technologiques... et, depuis 1995, la sauvegarde de la compétitivité.

l'employeur (72). Mais le dynamisme prud'homal peut même aller jusqu'à rappeler que l'inobservation des règles d'ordre public protectrices des droits fondamentaux du travailleur conduit à des sanctions qui n'ont peut-être pas, du fait de la méconnaissance de l'exacte portée des principes transgressés, été spontanément envisagées par le demandeur au procès (73).

Des esprits chagrins voudront peut-être tempérer l'optimisme permis par le dynamisme du pouvoir judiciaire de requalification en faisant observer que si l'on peut partager l'idée que l'ordre public *"est fait d'une force, d'un rayonnement, d'une énergie qui se laisse pas capter en stéréotypes"* (74), il ne doit néanmoins pas franchir les limites posées par les dispositions des articles 4 et 5 du Nouveau Code de Procédure Civile (75).

Mais force est de constater que la procédure prud'homale a ses propres lois (76).

Un récent arrêt de la Cour de Cassation a souligné que l'office du Bureau de Conciliation du Conseil de Prud'hommes est de vérifier que les parties sont infor-

mées de leurs droits respectifs (77). En conséquence, le conseiller prud'homme qui est amené, dans l'exercice de sa mission d'information, à préciser l'état du droit, ne saurait garder sa sérénité, s'il laissait repartir le demandeur sans lui avoir révélé que la règle de l'unicité de l'instance à laquelle obéit le procès prud'homal (78) permet de présenter des demandes nouvelles en cours d'instance (79).

Le juge prud'homal, à l'occasion de la réception par le Bureau de Conciliation du travailleur exclu de l'entreprise, peut être amené à convier l'intéressé à la découverte de ses libertés fondamentales. La restitution de leur exacte signification aux mesures patronales voulant instaurer un état de soumission dans l'entreprise laisse entrevoir la perspective d'une poursuite du contrat de travail, plus alléchante qu'une réparation indemnitaire souvent insipide (80).

En définitive, la requalification prud'homale nous révèle que derrière la pomme golden se cache le "maracujá" (81).

**Pascal Moussy.**

(72) On peut noter que les juges du fond sont, eux aussi, en liberté surveillée dans leur activité de qualification des faits. Il est posé comme principe que toute erreur dans la qualification des faits ou des actes constitue une violation de la loi par fausse application. Ce qui est de nature à entraîner la censure par la Cour de Cassation de l'appréciation erronée (voir, à ce sujet, J. Bore, La cassation en matière civile, Sirey, 1988, 475). La lecture des arrêts précités rendus à l'occasion du contentieux du refus du changement des conditions de travail fait ressortir que, jusqu'à présent, la Cour de Cassation ne s'est pas livrée à la censure des appréciations portées par les juges du fond, puisque nous sommes en présence d'arrêts de rejet. Mais, si des juges du fond du procès prud'homal venaient demain à prononcer des requalifications déculpabilisant le refus du travailleur s'opposant à la dégradation de ses conditions de travail, il convient de rappeler que ce ne sont pas les magistrats de la Haute Cour qui sont les mieux à même de déterminer quelles ont été les conséquences exactes pour le travailleur de la mesure patronale de réorganisation du travail. Il faudrait peut-être y regarder à deux fois avant de casser la décision qui ne voudrait pas faire un impératif catégorique de l'usage du pouvoir disciplinaire envers ceux qui ne souscrivent pas à la redéfinition unilatérale de leurs conditions de travail.

(73) La procédure civile classique veut que le principe de "l'immutabilité de l'objet" du litige interdise au juge de modifier le contenu des prétentions des parties. Le juge ne peut donc, sous le couvert d'un changement de qualification, procéder à ce qui serait une modification de l'objet du litige en substituant une autre prétention à celle formulée par le demandeur (voir, à ce sujet, J. Normand, "Principes directeurs du procès", Jurisclasseur Procédure Civile, Fasc. 151, (16)). Mais il a été relevé que des exceptions relevant de considérations d'ordre public peuvent conférer au juge des pouvoirs propres qui le mettent à même de modifier plus ou moins profondément l'objet de la demande, ou d'accorder à tout le moins des "choses" qui ne lui sont pas réclamées (voir J. Normand, art. préc., (23)). En ce qui concerne la procédure prud'homale, il a été relevé qu'elle doit "être mise en oeuvre en prenant en considération le droit de protection dont elle doit s'imprégner" et que "pour cela, elle implique un rôle particulièrement actif du juge dans la conduite du procès" (K. Derouvroy, "Le juge prud'homal face à la demande", DO 1996, 186).

(74) J. Carbonier, "Exorde", L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, 2.

(75) Art. 4 N.C.P.C. : "L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par les demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant".

Art. 5 N.C.P.C. : "Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé". Ces textes affirment une logique déjà mise en évidence par un vieil arrêt de la Cour de Cassation qui soulignait que le caractère d'ordre public d'une loi ne pouvait permettre aux juges d'en faire application d'office et en conséquence de modifier la cause et l'objet du litige, alors que le salarié, *libre de renoncer à ses droits acquis*, n'en réclamait pas le bénéfice (Voir Cass. (Ch. Civ., Sect. Soc.), 18 mars 1955, D. 1956, 517 et s., note Ph. Malaurie).

(76) Voir notamment, à ce sujet, P. Moussy, "A propos de l'article R.516-0 du Code du Travail (Existe-t-il une approche syndicale du procès prud'homal ?)", DO 1998, 148 et s.

(77) Voir Cass. Soc., 28 mars 2000, Dr. Soc. 2000, 661 et s., observations M. Keller.

(78) Art. R. 516-1 C. trav. : "Toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne se soit révélé que postérieurement à la saisine du Conseil de Prud'hommes".

(79) Art. R.516-2 C. trav. : "Les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables en tout état de cause, même en appel, sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation".

(80) La difficulté à franchir le "plancher" des six mois de salaire est là pour en témoigner.

(81) "Fruto do maracujazeiro" (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, Editora Nova Fronteira, 1975, 886) : tout le monde aura reconnu... le "fruit de la passion".