

# Où en sommes-nous de nos amours ?

(à propos de l'affirmation du référé prud'homal comme un chemin incontournable pour une défense efficace des droits des travailleurs)

par *Pascal MOUSSY*, Directeur des études de PRUDIS-CGT

## PLAN

### I. Le juge des référés

prud'homal : un juge efficace, s'il use de son pouvoir de se prononcer provisoirement sur le fond

A. "Ne pas toucher au fond" : règle fondamentale inscrite dans les textes ou interdit patronal ?

B. Un juge du fond qui, en toute impartialité, a sa place dans le bureau de jugement.

### II. L'approche militante des dispositions de l'article R.516-31 : une bonne dynamite face à l'intransigeance patronale

A. La remise en l'état : des acquis à préserver par des batailles permanentes, des perspectives promises par des combats acharnés.

B. Une fonction naturelle du juge des référés (mais qui reste à redécouvrir en matière prud'homale) : la prévention du dommage imminent.



Il y a encore peu de temps, une formation de départage parisienne a entendu proclamer le principe de l'incapacité du juge des référés prud'homal à plonger dans un épais dossier pour appréhender la discrimination salariale et syndicale : *"Il est impossible de prétendre, avec un minimum d'honnêteté intellectuelle, que la discrimination syndicale soit établie en l'état du dossier, et si l'on veut prétendre qu'il appartient au juge des référés d'apprécier avec toute l'attention nécessaire le déroulement de carrière des salariés, sur plus de vingt ans parfois, par rapport à celui d'autres salariés dont il sera convenu qu'ils sont comparables, le tout en tenant compte des spécificités inévitables de chaque élément des échantillons préalablement retenus, il est alors extrêmement urgent de supprimer les juridictions autres que le référé car on ne voit plus très bien ce qu'il pourrait rester de substantiel dans la compétence du juge du fond"* (1).

Ce "cri du cœur" exprime une idée, encore très répandue chez les juges prud'homaux, qui fait une distinction entre un petit contentieux traitant des "affaires simples" (remise de documents, paiement de salaires...) et un contentieux noble marqué par la "complexité" de la question à résoudre (le contentieux de la discrimination, la qualification de la nature de la rupture ou de la "faute" qui a présidé au licenciement...), qui serait par nature inaccessible à la formation de référé et qui relèverait de la "seule compétence" du "juge du fond", c'est-à-dire du bureau de jugement.

Nous nous attacherons à mettre en évidence que cette séparation n'est guère pertinente et que le juge des référés prud'homal ne saurait être efficace que s'il use de son pouvoir de se prononcer provisoirement sur le fond (I).

Il a été relevé qu'à la fin du siècle qui vient de s'achever le référé a connu un important développement dont la "cause la plus évidente" réside *"dans le redoutable accroissement de la masse contentieuse qui surcharge dangereusement nos tribunaux et contribue à ralentir le cours de la justice, dans des conditions d'autant plus préoccupantes que beaucoup de procès à l'époque moderne exigent des solutions rapides (réparation en matière d'accident, garde d'enfant, pensions alimentaires, licenciements, etc.)"* (2).

(1) CPH Paris (Formation de référé présidée par F. Dain), 29 mai 2001, Chantal Finck Fauvin et autres et Syndicat CGT des agents de maîtrise, techniciens, personnels des bureaux et assimilés de la RATP c/ RATP, RG n° R 00/03456 à R 00/03462. Cette vision fort réductrice du rôle du juge des référés prud'homal n'est heureusement pas partagée par tout le monde. De sérieux auteurs ont tenu à saluer l'œuvre des juges des référés qui ont entrepris de s'attaquer à la discrimination salariale et syndicale.

On peut notamment citer Jean-Maurice Verdier, qui débutait ainsi sa note sur "l'affaire Peugeot" : *"On pourrait rester confondu après la lecture de cette ordonnance rendue par la formation de référé présidée par le juge départiteur. D'admiration. Pour sa démarche, sa construction et sa concision. Car sa relative longueur ne doit pas tromper. La formation de référé était saisie de six demandes fondées par des cas de discrimination anti-syndicale, qu'il fallait bien examiner l'un après l'autre, ce qu'elle a fait avec minutie..."*. Un peu plus loin dans sa note, Jean-Maurice Verdier décrivait ainsi le soin mis par la formation des référés à remplir son office : *"minutieusement en effet, cas par cas, elle examine d'abord l'évolution de la carrière professionnelle de chacun des*

*demandeurs, constatant la stagnation de celle-ci, à partir de tableaux comparatifs, fournis par eux, de l'évolution de la carrière de leurs collègues ayant la même ancienneté et engagés au même niveau de qualification, appartenant au même atelier, et d'autres tableaux comparatifs de l'évolution de la carrière des représentants du personnel de leur atelier, tous tableaux estimés fiables et pertinents, dont le contenu n'était du reste pas contesté par l'employeur. Chaque fois ensuite elle constate l'absence de raisons particulières de cette stagnation et prend soin de relever ou bien que la justification avancée par l'employeur ne repose sur aucun élément objectif, ou bien qu'il n'apporte aucune explication satisfaisante ou convaincante, pour conclure que seule l'appartenance ou l'activité syndicale de l'intéressé explique le comportement de l'employeur et que la discrimination se trouve ainsi démontrée"* (J.M. Verdier, note sous CPH Paris (Référé - Juge départiteur) 4 juin 1996, Hennequin et autres c/ Sté Automobiles Peugeot, Dr. Ouv. 1996, 383 et s.).

(2) Voir H. Solus, R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome 3, Procédure de première instance, Sirey, 1991, 1059.

Et il a été souligné que “les tensions propres au monde du travail” rendent particulièrement nécessaire l’existence “d’une juridiction apte à statuer sur le champ” (3).

Mais une juridiction de l’urgence ne présente pas de véritable utilité si elle se montre timorée dans l’exercice de ses pouvoirs (4) ou si elle se laisse gagner par la paresse.

Aussi les dispositions de l’article 809 du nouveau Code de procédure civile, sur lesquelles ont été calquées les dispositions de l’article R. 516-31 du Code du Travail, un article phare des pouvoirs du juge des référés prud’homal, ont-elles été “revitalisées, pour que “le paravent de la contestation sérieuse” ne puisse plus servir de prétexte au refus de l’appréhension de la “voie de fait” (5).

Nous verrons que le chemin est tracé pour que, pour ceux qui veulent vraiment aider les travailleurs spoliés de leurs droits, les dispositions de l’article R.516-31 du Code du Travail constituent une bonne dynamite face à l’intransigeance patronale (II).

## ■ I. Le juge des référés prud’homal : un juge efficace, ■ s’il use de son pouvoir de se prononcer provisoirement sur le fond

Une distinction classique oppose le “juge du provisoire” au “juge du principal”. L’action “au principal”, qui est communément présentée comme une “action portée devant une juridiction

statuant au fond” (6), se différencie-t-elle de l’action en référé en ce qu’elle s’adresse à un juge qui aurait l’exclusivité de “toucher au fond” ?

(3) Voir J. Normand, “Les procédures d’urgence en droit du travail”, Dr. Soc. mai 1980, sp. 45 : “Des faits qui multiplient les cas d’urgence. Les tensions propres au monde du travail font de celui-ci le lieu privilégié où de tels cas sont exposés à éclore. Les difficultés économiques du moment, avec leur cortège de licenciements et de grèves, avec l’apparition de nouvelles formes de luttes sociales, rendent de plus en plus fréquemment nécessaire le recours à une juridiction apte à statuer sur le champ”.

On peut noter qu’en matière prud’homale cette “juridiction de l’urgence” a pris le temps de naître. L’idée en était fort ancienne. En 1911, le VI<sup>e</sup> Congrès national de la prud’homie française, réuni à Toulouse, avait adopté un vœu ainsi libellé : “Que les articles 806 à 811 du Code de la procédure civile s’étendent à notre juridiction et que le président du Conseil de prud’hommes puisse exercer le référé comme le président du Tribunal de grande instance.” (voir Y. Saint-Jours, “Le juge des référés en droit du travail”, JCP, 1974, I, 2648). Mais elle n’a commencé à se concrétiser qu’en 1974 avec le décret n° 74-783 du 12 septembre qui laisse à l’initiative de chaque Conseil de prud’hommes la création d’une formation statuant en référé, ayant des pouvoirs limités à ceux qui viennent d’être conférés au bureau de conciliation (remise de pièces, paiement des derniers salaires, mesures d’instruction ou conservatoires) (voir J. Buffet, “La nouvelle procédure prud’homale”, Dr. Soc. 1975, 257 ; P. Couvrat, “La réforme de la procédure prud’homale”, D., 1975, chr. 73). Pour se réaliser complètement avec le décret n° 79-1022 du 23 novembre 1979, qui a fait du référé prud’homal “un véritable référé au sens plein du terme” : “il existe devant tous les Conseils de prud’hommes, sa compétence s’impose toutes les fois que la matière du litige relève de la compétence prud’homale et la formation de référé dispose de pouvoirs rigoureusement identiques à ceux de tous les autres juges des référés” (H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, 1065).

(4) Un certain laisser-aller est aujourd’hui de rigueur, qui consiste à entretenir la confusion entre les “pouvoirs” et la “compétence” de la formation de référé (une illustration récente : Cass. Soc. 15 janvier 2002, Bull. V, n°14 : “La formation de référé du Conseil de prud’hommes, statuant sur le fondement de l’article R. 516-31 du Code du travail est compétente pour interpréter une convention ou un accord collectif”).

Mais, par un arrêt du 21 octobre 1982, la Cour de cassation a bien fait le distinguo entre l’“incompétence” et l’“excès de pouvoir” que commettrait le juge des référés prud’homal qui prendrait des mesures provisoires non fondées (voir Cass. Soc. 21 octobre 1982,

Cahiers Prud’homaux, février 1983, 19). Et les processualistes sérieux sont constants.

J. Normand (Rev. Trim. Dr. Civ., 1983, 781) : “En matière de référé, il est fait du concept de compétence un usage constant et immodéré. La juridiction présidentielle est couramment déclarée compétente ou incompétente, non seulement lorsque l’incident porte sur le point de savoir quel juge des référés, parmi d’autres, la nature ou la localisation du litige commande de saisir, mais aussi lorsqu’il est prétendu que la mesure requise n’est pas justifiée par l’urgence... La compétence, c’est le domaine d’activité que le législateur assigne respectivement à chaque juridiction... Le conflit de compétence implique une hésitation entre deux juridictions devant lesquelles la même demande pourrait être portée en vue de la même fin... Tel n’est pas ici le cas... Ce qui est en jeu, ce ne sont point les limites du pouvoir juridictionnel de l’urgence saisi, eu égard à la matière ou à la localisation du litige, ou à l’époque à laquelle la demande est formée (...), mais l’existence même de ces pouvoirs. Faute d’urgence (lorsqu’elle est requise), en présence d’une contestation sérieuse à laquelle se heurterait la mesure sollicitée, aucun autre juge des référés ne pourrait statuer. C’est donc en termes de pouvoirs et non en termes de compétence que l’incident doit être réglé.”

H. Solus, R. Perrot (*op. cit.*, 1103 et s.) : “Dans le langage courant, on utilise souvent le mot “compétence” dans un sens abusivement large pour désigner le pouvoir qui appartient au juge des référés de se prononcer sur les mesures qui lui sont demandées : ainsi, on dit parfois qu’il est “incompétent” pour défaut d’urgence ou en raison d’une contestation sérieuse, ou encore pour absence de trouble manifestement illicite. Cette terminologie est source de confusions... Cette distinction n’est pas de pure terminologie. Elle revêt une importance considérable depuis que le règlement des incidents de compétence est soumis à un régime procédural particulier, lequel n’est applicable que si la contestation porte effectivement sur la compétence au sens strict du terme. Si donc un incident a pour objet soit les conditions requises pour qu’il y ait matière à référé (urgence, trouble manifestement illicite, absence de contestation sérieuse, etc.), soit les mesures que le juge des référés a le pouvoir de prescrire, la procédure applicable échappe aux dispositions restrictives des incidents de compétence proprement dits... Notamment, l’incompétence du juge des référés ne peut plus être soulevée après que le défendeur a invoqué la fin de non-recevoir tirée du défaut d’urgence.”

(5) Voir P. Draï, “Quelques observations sur le décret n° 87-434 du 17 juin 1987 : Pour un juge qui toujours décide...”, Gaz. Pal., 1987 (2<sup>e</sup> sem.), 512.

(6) Grand Robert de la langue française, Tome VII, 2<sup>e</sup> éd., 1985, 769.

Rien n'est moins sûr. Car l'idée, constamment entretenue par la littérature patronale, que le juge des référés prud'homal aurait seulement le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires "sans préjuger du fond" (7) repose sur le postulat fort discutable que le juge du provisoire est, par nature, substantiellement amputé de la faculté de vérifier les faits.

Par un arrêt remarqué, l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation a posé le principe que l'impartialité veut que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite "statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation" (8).

La solution est intéressante en ce qu'elle témoigne de ce que le juge des référés ne saurait rester sans donner les moyens de se forger une conviction, toute provisoire qu'elle soit, sur la réalité et la qualification des faits à l'origine du litige. Mais elle ne saurait convaincre de la légitimité de l'interdiction faite au membre de la formation de référé, qui a déjà alloué une provision, de siéger au sein du bureau de jugement, étant donné les garanties objectives d'impartialité présentées par l'organisation de la juridiction prud'homale.

### **A. "Ne pas toucher au fond" : règle fondamentale inscrite dans les textes ou interdit patronal ?**

Les conseillers prud'hommes employeurs ont manifestement pour préoccupation de cantonner le rôle du juge des référés prud'homal au constat de "l'évidence". "La formation de référé est compétente (...) quand l'objet de la demande est incontestablement établi et ne nécessite pas une discussion approfondie au fond, en bref si la demande est évidente sur le plan juridique" (9). Ce souci est le plus souvent prosaïquement exprimé par "l'adage" : "Le juge des référés ne peut toucher au fond".

Mais cette vision réductrice des pouvoirs du juge des référés a été quelque peu contredite par d'éminents processualistes, d'une solide formation classique.

"Le simple fait, par le juge des référés, de préjuger le fond (au sens des jugements interlocutoires, c'est-à-dire de rendre une décision sous-entendant une position déterminée au regard du fond) ne constitue pas un préjudice au principal. Pas davantage – et c'est important – ne peut-il s'agir d'une appréciation du fond. Cette appréciation est souvent indispensable pour le juge des référés ; et, du seul fait qu'elle est, par définition, provisoire et ne lie pas le juge du principal, elle ne fait pas préjudice à ce dernier. Aussi bien, lorsque la

jurisprudence met en avant, comme critère des pouvoirs du juge des référés, l'absence d'une contestation sérieuse, elle permet précisément – il faut le souligner très fermement – à cette juridiction de se prononcer provisoirement sur le fond, à la seule condition de ne point trancher des difficultés sérieuses" (10).

"Les juridictions présidentielles ont enfin, et nous entrons avec elles au cœur même du sujet, une fonction d'anticipation. Elles anticipent sur la décision que prendrait, si elle venait à être saisie, la juridiction du fond. Dans le cadre ainsi défini et suivant le texte sur lequel il appuie sa décision, le juge des référés assure la protection des droits non sérieusement contestables ou met un terme à une situation jugée par lui manifestement illicite. Ainsi fait-il lorsqu'il accorde une provision sur obligation non sérieusement contestable, ordonne l'expulsion d'occupants sans titre, prescrit la fermeture d'un fonds de commerce ou d'un cabaret ouvert au mépris d'une clause de non-concurrence, lorsqu'il interdit la diffusion d'un magazine comportant des atteintes au droit de la personnalité, lorsqu'il ordonne la réintégration dans son emploi d'un salarié dont le licenciement était entaché d'une évidente nullité. En chacune de ces hypothèses, le juge doit, pour statuer, se pencher sur le fond. Il ordonne, si l'illicéité du trouble lui semble manifeste, si la contestation lui paraît dénuée de tout sérieux, les mesures qui conduisent au rétablissement d'une situation conforme au droit. Les mesures mêmes qu'auraient prescrites, s'il avait été saisi, le juge du fond. C'est en cela qu'il "anticipe" sur ce dernier" (11).

En définitive, le "juge du fond", c'est celui qui se différencie du juge de cassation en ce qu'il a le monopole de la "vérification des faits".

L'arrêt de la Cour de Cassation rendu le 28 juin 1995, à l'occasion d'un pourvoi formé par la RATP contre une décision d'une Cour d'appel statuant en référé (12), est, à ce sujet, on ne peut plus clair. Il commence par la formule : "Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que...".

Lorsque le juge des référés prud'homal est incité à faire cesser "un trouble manifestement illicite" (13), il peut être conduit à se donner tous les moyens utiles à la vérification des faits (14). Les faits constitutifs de l'illicéité ne sont pas nécessairement apportés sur un plateau à l'audience du juge des référés. On peut prendre comme exemple l'acte discriminatoire commis par un employeur avisé, qui le dissimule sous un motif *a priori* respectable (15).

Aussi, la mise en œuvre des dispositions du deuxième alinéa de l'article R.516-21 du Code du Travail, qui permettent à la

(7) Voir "Le référé prud'homal", Cahiers Prud'homaux, mars 1980, 3.

(8) Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998, Sté Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro-azote, D.1999, jurisprudence, 7

(9) G.P. Quétant (responsable de formation de conseillers prud'hommes, Rédacteur des Cahiers Prud'homaux), Guide pratique des prud'hommes, 4<sup>e</sup> éd., 2000, 144.

(10) H. Motulsky, note sous C.A. Paris (14<sup>e</sup> Ch.) 2 février 1967, Trib. Gr. Inst. Seine, Réf. 13 avril 1967, JCP, 1967, II, 15181.

(11) J. Normand, "Les facteurs d'accélération de la procédure civile", Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, 429 et s.

(12) Cass. Soc. 28 juin 1995, RATP c/ Mokrane, Dr. Ouv. 1996, 197. En l'espèce, la Chambre sociale a validé la démarche du juge des référés, statuant en matière prud'homale, qui avait accordé une provision sur l'indemnité de licenciement sans cause réelle

et sérieuse après avoir relevé que l'employeur n'avait pas mis en mesure le salarié d'être exactement informé et les "juges du fond" d'exercer leur contrôle en notifiant une lettre de licenciement n'énonçant aucun motif.

Il convient de rappeler ici que face à une lettre de licenciement non motivée le juge des référés prud'homal ne se limite pas à accorder une provision sur l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au salarié licencié pour motif personnel mais également au salarié licencié pour motif économique (voir Cass. Soc. 17 février 1998, Dr. Ouv. 1998, 320 ; Cass. Soc. 29 mai 2002, Dr. Ouv. 2003, 66).

(13) Voir art. R.516-31 C. trav.

(14) Le "manifeste", c'est "ce qui est avéré par les faits" (Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, 1988, p. 1146).

(15) Voir, à ce sujet, P. Moussy, "Le référé prud'homal face aux discriminations", Dr. Ouv. 1992, 371.

formation de référé de procéder à une mesure d'instruction en désignant un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir les éléments d'information utiles à la décision de cette formation, se révèle-t-elle parfois des plus utiles (16).

En tout état de cause, il ne saurait être sérieusement opposé au juge des référés prud'homal soucieux de remplir sa mission une soi-disant impossibilité de "toucher au fond", qui lui interdirait de donner une suite favorable à une demande de provision.

## **B. Un juge du fond qui, en toute impartialité, a sa place dans le bureau de jugement**

Il a été fort justement relevé que *"l'impartialité, qu'elle soit objective dans l'organisation de la juridiction ou subjective dans le comportement du juge particulier, consiste non pas à cesser d'avoir des opinions personnelles ou de parvenir à une sainte désincarnation, mais plus simplement à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer au juge"* et qu' *"ainsi, ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat"* (17).

Cette définition de l'impartialité n'implique pas l'interdiction de siéger au bureau de jugement pour le membre de la formation de référé qui a statué favorablement sur une demande d'un salarié tendant à l'allocation d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable de l'obligation de l'employeur. Le juge qui a statué en référé est-il naturellement "hors de portée du débat", imperméable à tout changement d'opinion, lorsqu'il est amené à connaître de la même affaire à l'occasion de l'audience du bureau de jugement ?

La réflexion du conseiller Pierre Sargos, dans son rapport sous l'arrêt susmentionné de l'Assemblée Plénière, qui a conclu à l'interdiction faite au juge "référiste" ayant accordé une provision de "statuer sur le fond", n'était pas sans nuances. *"On ne peut affirmer d'une façon générale et absolue que tout juge qui alloue une provision en référé serait par là-même disqualifié pour juger au fond. Il est parfaitement possible que les éléments qui lui sont demandés d'apprécier en référé ne soient pas les mêmes que ceux qui feront l'objet de moyens dans l'instance du fond. Une partie peut ainsi admettre devoir la somme allouée à titre de provision, mais contester être débitrice d'un supplément... En matière de mesure prise avant la décision sur le fond – qu'il s'agisse d'une provision ou d'une attribution d'autorité parentale – le juge statue sur la base d'éléments nécessairement incomplets par rapport à ceux qu'il aura lorsque l'affaire sera en état d'être jugée au fond. Le juge mieux informé n'est pas nécessairement suspect de partialité par rapport au juge moins bien informé qu'il a été lorsqu'il a pris la mesure provisoire"* (18).

Il doit également être noté que le juge des référés n'est pas *a priori* un magistrat insensible en présence d'éléments nouveaux susceptibles de le faire changer d'opinion. Les dispositions de l'article 488 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoient que l'ordonnance de référé peut être modifiée ou rapportée en cas de "circonstances nouvelles". L'on voit mal comment ces dispositions pourraient recevoir application si le juge des référés était incapable de modifier son point de vue à l'occasion du nouveau débat. Ou alors faut-il comprendre que l'exigence d'impartialité implique que ce ne soit pas le même magistrat, en cas d'une seconde saisine, qui tienne l'audience de référé ?

La logique qui sous-tend la conception de l'impartialité prônée ici par la Cour de Cassation est un peu petit peu unilatérale. La Chambre Sociale a posé le principe qu'un magistrat, saisi d'un litige au fond, ait préalablement décidé que la demande excédait le pouvoir du juge des référés n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité, édictée par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, appréciée objectivement (19). Si l'on suit le raisonnement de la Haute Juridiction, un employeur pourrait avoir des craintes sur l'impartialité du juge référiste qu'il retrouve dans le bureau de jugement, lorsqu'il a été condamné par la formation de référé à verser une provision. Mais une telle sensibilité n'est pas admise chez le salarié, qui ne saurait douter de la bienveillance avec laquelle le juge référiste, qui a rejeté sa demande de provision, va examiner son affaire...

Mais, de toute manière, l'organisation de la juridiction prud'homale présente des garanties objectives d'impartialité qui sont de nature à apaiser les inquiétudes que suscitent chez certains la présence au sein du bureau de jugement du membre (ou des membres) de la formation de référé qui a condamné l'employeur au versement d'une provision.

L'on veut bien admettre que la règle non écrite en vigueur chez les juges professionnels, qui veut que les membres de la formation de jugement ne votent pas contre le président (ou alors, c'est que la chambre connaît une situation de crise), ne soit pas de nature à rassurer la partie déjà condamnée au versement d'une provision, lorsqu'elle croise à nouveau le regard sévère du magistrat, déjà rencontré en référé, qui préside l'audience "au fond". En matière prud'homale, c'est un peu plus "démocratique". Même si les deux conseillers (salarié et employeur) qui siégeaient en référé se retrouvent dans le bureau de jugement (qui comprend quatre conseillers prud'hommes), ils ne représentent que la moitié de la formation de jugement. Et ici, la qualité de président est bien loin d'être déterminante sur l'issue du délibéré. Indépendamment de la faculté des deux conseillers référistes de prendre en compte de nouvelles données, il reste, pour le défendeur inquiet, la garantie apportée par la présence de deux conseillers qui découvrent l'affaire. Et s'il y a un partage de voix, la ligne de démarcation ne passe pas entre les référistes

(16) Voir, comme bel exemple de désignation d'un conseiller rapporteur par le juge des référés prud'homal, CPH Créteil (Référé, juge départiteur) 24 février 1994, Dr. Ouv. 1994, 364. Le juge des référés, avant de se prononcer sur la justesse d'une demande de paiement de salaires et d'indemnités concernant plusieurs week-end de travail avait besoin de déterminer précisément quels avaient été les postes occupés et quel avait été, pour chacun de ces postes, le montant des indemnités versées pour les week-end travaillés selon le tarif fixé par

l'employeur. Un conseiller-rapporteur a donc été désigné en vue de réunir les éléments d'information qui faisaient défaut à la formation de référé mais dont la connaissance était nécessaire à une prise de décision.

(17) M.A. Frison-Roche, "L'impartialité du juge", D. 1999, Chr. 54.

(18) Voir P. Sargos, Extrait du rapport sous Cass. Ass. Plén. 6 novembre 1998, JCP 1998, II, 10198, 2120 et s.

(19) voir Cass. Soc. 30 avril 2002, RJS 7/02, n° 873.

et les non référéistes, mais entre le collègue "salaarié" et le collègue "employeur" (20). Mais là s'ouvre un autre débat...

La présence des juges qui ont composé la formation de référé ayant accordé une provision au demandeur salarié, dont

les droits avaient été manifestement bafoués, n'est pas de nature à entraîner un discrédit sur le bureau de jugement, au regard du principe d'impartialité. Elle pourrait même être comprise comme relevant d'une bonne administration de la justice (21).

## ■ II. L'approche militante des dispositions de l'article R.516-31 : ■ une bonne dynamite face à l'intransigeance patronale

Les dispositions de l'article R.516-31 du Code du Travail permettent à la formation de référé, "même en présence d'une contestation sérieuse", de prescrire les mesures conservatoires qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le juge des référés prud'homal ne saurait donc légitimement se retrancher derrière la "contestation sérieuse" pour se refuser de vérifier si l'employeur ne s'est pas rendu coupable d'une pratique constitutive d'un trouble manifestement illicite (22).

Le trouble "illicite" est "celui causé par un comportement contraire à la loi entendue au sens large, c'est-à-dire à l'ordre public, à un principe général du droit, à la loi ou au règlement même non assortis de sanctions pénales, au contrat de travail, à la convention collective, à un usage établi" (23). La "remise en l'état" apparaît alors comme la sanction privilégiée pour neutraliser la pratique patronale constitutive du trouble.

Le bilan de l'expérience prud'homale en la matière révèle des acquis certains, mais pas définitifs, du fait de l'opiniâtreté des conseillers employeurs à combattre le retour dans l'entreprise des salariés illégalement licenciés. Il reste également des perspectives à explorer, et qui promettent des batailles acharnées.

Un juge prud'homal de l'urgence se doit d'intervenir "sans délai", "en toute hâte" (24), afin que, grâce à la "mesure conservatoire" prescrite, puisse être maintenue intacte dans l'entreprise une situation la plus conforme possible à "l'état de droit" (25). La saisine en temps utile de la formation de référé

en vue qu'elle remplisse sa mission de prévention du "dommage imminent" se révèle donc comme un objectif privilégié pour les militants syndicaux soucieux d'une défense efficace des droits des travailleurs (26).

### A. La remise en l'état : des acquis à préserver par des batailles permanentes, des perspectives promises par des combats acharnés

Le bilan du contentieux de la "remise en l'état" suscité par des défenseurs des salariés complètement convaincus de la nécessité d'une saisine du juge des référés prud'homal pour que le salarié illégalement évincé retrouve le moins tard possible sa place dans l'entreprise n'est pas mince.

On peut aujourd'hui lire dans *Le Droit Ouvrier* de belles décisions, rendues en référé, concernant la poursuite du contrat de travail de salariées licenciées pour avoir refusé de passer à temps partiel (27), de salariés licenciés pour fait de grève (28) ou en raison d'activités syndicales (28 bis), de salariés licenciés collectivement après avoir obtenu en justice la requalification de leurs contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (29), de salariés licenciés en méconnaissance des garanties attachées à la procédure disciplinaire (30), de salariés licenciés collectivement pour motif économique sans que l'employeur ait préalablement élaboré de plan social comprenant des mesures visant au reclassement (31), d'une salariée licenciée sans égard pour ses droits de mère de famille (32).

(20) voir, notamment, P. Moussy, "Encore et toujours à propos de l'impartialité : lorsque la rigueur cède devant l'effet de mode", Dr. Ouv. 2003, 51.

(21) On peut citer à ce sujet une décision de la Cour administrative d'appel de Paris, qui considère qu'une formation de jugement ayant accordé une demande de sursis à exécution (et ayant donc pris une mesure conservatoire) et qui statue ensuite au fond, non seulement ne méconnaît pas le principe d'impartialité, mais répond, dans l'intérêt des parties (rapidité et meilleure connaissance du dossier), à l'exigence d'une bonne administration de la justice : voir CAA Paris 21 octobre 1999, AJDA 2000, 233 et 275.

(22) Voir, dans ce sens, Cass. Soc. 27 février 2001, Rosset, arrêt n°741-F-D. La Cour de cassation censure ici une formation de référé qui s'était retranchée derrière la "contestation sérieuse" suscitée par l'interprétation d'une lettre d'engagement et d'un accord collectif pour ne pas vérifier si l'employeur ne s'était pas affranchi des dispositions de l'accord collectif relatives au calcul du montant d'une prime de performance.

(23) J. Buffet, "Conseils de prud'hommes. Formation de référé", Jurisclasseur Travail, Fasc.438 (12).

(24) Voir le Grand Robert de la langue française, Tome IX, 2<sup>e</sup> éd., 599.

(25) "Conservation" : "Action de conserver, de maintenir intact ou dans le même état" (Le Grand Robert de la langue française, Tome, 2<sup>e</sup> éd., 840).

(26) Voir, 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 ?)", Dr. Ouv. 1998, 152 et s.

(27) CPH Haguenau (Référé, juge départiteur) 28 octobre 1995, Mme Roth et autres c/ Sté Magmod, Dr. Ouv. 1996, 459 et s.

(28) Cass. Soc. 28 avril 1994, Sté Delachaux c/ Clavier, Dr. Ouv. 1994, 442 ; CPH Charleville-Mézière (référé, départage) 22 nov. 2002, Dr. Ouv. 2003, 28 et s.

(28 bis) CA Paris (18<sup>e</sup> Ch.) 27 fév. 2003, Dr. Ouv. 2003, 298 et s.

(29) CPH Meaux (Référé, juge départiteur) 29 avril 1994, Delbecq et autres c/ Sté Euro Disney, Dr. Ouv. 1995, 24 et s., note H. Sinay.

(30) CA Paris (18<sup>e</sup> ch. c) 29 juin 1994, Air France c/ Galan, Dr. Ouv. 1995, 26 et s., note H. Sinay.

(31) Cass. Soc. 13 février 1997, Sté des Grands Magasins de la Samaritaine c/ Mmes Benoist et Guglielmi, Dr. Ouv. 1997, 94 et s., note P. Moussy ; Cass. Soc. 30 mars 1999, ALEPPA c/ Mme Berthelin et autres, Dr. Ouv. 1999, 365 et s., note H. Tourniquet.

(32) CPH Bastia (Référé) 18 janvier 2000, Mme Tatti c/ Sté Hypermarché Raffali, Dr. Ouv. 2000, 385. En l'espèce, la salariée avait été licenciée parce que, n'ayant pas eu le temps matériel de s'organiser, elle s'était vue contrainte de quitter son poste de travail, après avoir averti son responsable hiérarchique direct, pour aller chercher ses enfants à la sortie de l'école.

Parfois, la lecture est d'autant plus stimulante que le juge des référés accorde une provision à l'organisation syndicale sur les dommages-intérêts dus en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif par la mesure patronale attentatoire à l'exercice du droit de grève ou à la liberté syndicale (33), après avoir, en cas de besoin, mené l'enquête permettant d'épingler la discrimination syndicale impliquant la mesure de remise en l'état (34).

Mais il reste des batailles ardues à mener.

Des "juges du fond", statuant en matière de référé prud'homal, ont entendu donner toute leur vigueur aux dispositions de l'article L.122-45 du Code du Travail qui interdisent expressément, sauf inaptitude constatée par la médecine du travail, le licenciement motivé par l'état de santé du salarié. Ils n'ont pas hésité à ordonner la poursuite du contrat de travail du salarié dont les absences du fait de son état de santé avaient été à l'origine de son éviction de l'entreprise (35), notamment après avoir relevé que l'employeur, qui invoquait la perturbation considérable apportée à la bonne marche de l'entreprise par les absences du salarié, ne rapportait pas la preuve qu'il n'avait pas d'autre solution, pour faire face aux absences occasionnées par la maladie, que de pourvoir au remplacement définitif du salarié mis en cause (36).

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation, pour sa part, suit un raisonnement plus alambiqué.

Elle est tout à fait d'accord avec l'idée qu'il appartient au juge des référés prud'homal d'exercer ses pouvoirs en se préoccupant de la question de savoir si l'employeur n'a pas commis un trouble manifestement illicite en licenciant pour un motif disciplinaire une salariée dont l'employeur voulait se débarrasser en raison d'absences "trop nombreuses" dues à son état de santé (37).

Mais, dans le même temps, en se retranchant derrière le principe que l'article L.122-45 ne s'oppose pas au licenciement motivé par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement (38), elle semble faire un distinguo, si l'on en croit des commentateurs autorisés (39), entre la lettre de licenciement qui énonce explicitement que c'est l'état de santé qui est la cause de la rupture et la lettre de licenciement qui justifie l'éviction par la perturbation apportée au fonctionnement de l'entreprise par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié. Dans le premier cas, la nullité serait prononcée et la remise en l'état pourrait être ordonnée.

Dans la deuxième hypothèse, si l'employeur ne justifie pas de l'effectivité de la désorganisation alléguée, on serait seulement en présence d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et il ne rentrerait pas dans les pouvoirs du juge prud'homal de faire injonction à l'employeur de poursuivre le contrat de travail.

La casuistique est subtile... mais ne résiste pas à l'examen.

En matière de discrimination, l'employeur est souvent orfèvre pour dissimuler le motif de licenciement inavouable derrière un "prétexte". Heureusement que le juge des référés prud'homal qui a été amené à ordonner la poursuite du contrat de travail d'anciens grévistes licenciés pour des raisons apparemment étrangères à l'action collective ne s'est pas arrêté au motif "officiel" inscrit dans la lettre de licenciement (40) ! L'état de santé est aussi précieux que le droit de grève. Les juges composant la formation de référé ne sauraient accepter d'être privés de la faculté de prononcer une mesure de remise en l'état, après avoir découvert que les perturbations invoquées n'étaient en définitive qu'un "prétexte" pour se séparer du salarié au mauvais état de santé (41).

L'actualité du contentieux de l'emploi n'offre pas toujours des perspectives des plus riantes au salarié évincé de l'entreprise par la logique capitaliste de l'économie.

Par une décision remarquable, le Conseil Constitutionnel a affirmé sa préoccupation de restreindre la nullité du licenciement économique irrégulier à l'existence de "dispositions expresses en ce sens". A défaut de telles dispositions, "et la nullité ne se présument point, la violation de la loi ne pourrait pas être sanctionnée a posteriori devant le juge du contrat de travail par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation qui en résulterait ; qu'une telle violation se traduirait seulement, le cas échéant, par l'octroi d'indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement, dans les conditions de droit commun". Et le Conseil précise, au sujet du non-respect de l'obligation de reclassement : "En l'absence de dispositions expresses en ce sens, et la nullité ne se présument point, la méconnaissance de cette obligation ne pourra être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait" (42).

Un lecteur attentif de la décision, et n'étant pas particulièrement connu pour son souci de défendre les salariés (43), s'est toutefois interrogé sur l'éventualité d'une saisine du juge des référés en vue d'obtenir une sanction efficace, ne se limitant pas à l'octroi d'une indemnisation : "Cette exclusion légitime de la nullité invite alors à privilégier la sanction retenue

(33) CPH Paris (Référé-Juge Département) 28 juillet 1999, Mlle Lieron et autres c/ Sté BHV, CPH Paris (Référé-Juge Département) 19 octobre 1999, Mimoun et Surmont c/ SA GPA-VIE, Dr. Ouv. 2000, 126 et s.

(34) Voir CA Aix en Provence (18<sup>e</sup> Ch. Appel de Référé) 29 avril 1997, Clinique La Lauranne c/ Mmes Fremont, Bruno et syndicat CGT, Dr. Ouv. 1997, 302 et s ; voir également l'arrêt de rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel : Cass. Soc. 19 octobre 1999, Dr. Ouv. 2000, 306.

(35) CPH Versailles (Référé, juge départiteur) 29 novembre 1994, Mme Onkel c/ Sté Mather + Platt Wormald, Dr. Ouv. 1995, 190 et s., note M.F. Bied-Charretton et M. Henry.

(36) CA Paris (18<sup>e</sup> Ch. C) 15 novembre 1995, Mme Rouffignac c/ Banque Worms, Dr. Ouv. 1996, 173 et s., note P.M. ; CA Paris (18<sup>e</sup> Ch. C) Lancry c/ Association loi 1901 UCAD, Dr. Ouv. 1997, 350 et s., note A. de Senga.

(37) Voir Cass. Soc. 23 novembre 1999, Mme Yao c/ Sté Air Afrique, Dr. Ouv. 2001, 24.

(38) Voir, dans ce sens, Cass. Soc. 16 juillet 1998, RJS 10/98, n°1200 ; Cass. Soc. 1998, 12/98, n° 1468 ; Cass. Soc. 13 mars 2001, Dr. Ouv. 2001, 438.

(39) Voir S. Bourgeot et J.Y. Fouin, conseillers référendaires à la Cour de Cassation, "Maladie et inaptitude du salarié", RJS 1/00, 11 et s.

(40) Voir Cass. Soc. 28 avril 1994, Sté Delachaux c/ Clavier, précité.

(41) Sylvie Bourgeot, il n'y a pas si longtemps, était encore acquise à l'idée qu'il appartient aux juges du fond de vérifier si derrière le motif invoqué par l'employeur "ne se profile pas une discrimination prohibée" (voir S. Bourgeot, "Etat de santé du salarié et licenciement", RJS 12/98, 870).

(42) Conseil Constitutionnel, décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Dr. Ouv. 2002, 59 et s.

(43) P.H. Antonmattei, "L'obligation de reclassement préalable au licenciement économique : nouvelles dispositions", Dr. Soc. 2002, 275 et s.

par la jurisprudence. Toutefois, écrire que "le licenciement ne peut intervenir" ne permet-il pas au salarié concerné par un licenciement de solliciter la formation de référé pour obtenir une suspension de la procédure, car si le licenciement ne peut intervenir, c'est qu'il n'est pas permis à l'employeur de le notifier tant que l'obligation de reclassement n'aura pas été correctement exécutée ?"

Ledit auteur hésite tout de même à franchir le pas. Le Conseil Constitutionnel n'ayant "pas retenu le scénario du référé", il conviendra de s'en tenir à la logique indemnitaire et de ne pas décider de mesure de maintien en l'état (44).

Nous serons, bien sûr, plus optimistes.

Aux termes des dispositions de l'article R. 516-31 du Code du Travail, la remise en l'état est la sanction qui s'impose en présence d'un manquement caractérisé aux obligations légales. Cette prérogative spéciale reconnue au juge des référés a même fait écrire à Emmanuel Wagner que "le juge des référés a le pouvoir de prendre des mesures que ne pourrait prendre le juge du fond" : "Parce que ses pouvoirs se situent à un autre niveau que celui-ci, il est juge de l'instant et du provisoire. Il statue sans préjudice de la décision qui sera rendue au fond. C'est pour cela que législateur lui reconnaît le pouvoir de prendre toutes les mesures qui s'imposent (R 516-31) ou qui sont justifiées (R516-30)... A l'égard du référé, il est indifférent que (la) réintégration soit ou non possible au fond. Il s'agit simplement, en attendant cette décision au fond, de faire cesser le trouble manifestement illicite, né d'une décision de l'employeur, ayant privé le salarié de la possibilité d'exécuter son travail" (45).

La Chambre Sociale, pour l'instant, est plus réservée. Elle considère que le juge des référés ne saurait étendre la réintégration imposée du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse "à une situation où le législateur n'a pas voulu l'appliquer" (46).

La précision de la réserve est d'importance. Chaque fois que la Cour de Cassation a posé le principe que le juge des référés ne pouvait procéder à une mesure de remise en l'état, le texte légal prévoyait explicitement l'octroi de dommages-intérêts au profit du salarié licencié irrégulièrement (47).

(44) Voir P.H. Antonmattei, art. préc.

(45) E. Wagner, "La violation d'une règle légale impérative par l'employeur (à propos de la réintégration des salariés ordinaires)", Dr. Ouv. 1995, 366 et s.

(46) Voir, dans ce sens, Cass. Soc. 9 février 1977, Jogo c/ Bahuon, D. 1977, jurisprudence, 545.

(47) Voir, notamment, Cass. Soc. 7 juin 1978, JCP 1978, IV, 244 : "Il y a notamment une difficulté sérieuse à ordonner en l'espèce la réintégration d'un salarié dont le licenciement a un motif économique qui est abusif à défaut de l'autorisation administrative prescrite par l'article L.321-7 du Code du travail, dès lors que l'article L.321-12 ne prévoit pas une telle sanction dans ce cas". Les dispositions de l'article L.321-12 du Code du travail prévoyaient alors explicitement l'attribution au salarié de dommages et intérêts pour rupture abusive du contrat.

Cass. Soc. 7 décembre 1978, Cahiers Prud'homaux 1979, 91 : "Si l'article L.121-24 du Code des communes dispose que les suspensions de travail motivées par l'exercice de fonctions municipales ne peuvent être une cause de rupture du contrat de louage de services, il ne prévoit comme sanction d'un licenciement de ce chef que des dommages-intérêts au profit du salarié ; ... il en résulte que le licenciement de B... n'était pas nul, et que le juge des référés ne pouvait ordonner une réintégration

Mais, avec les nouvelles dispositions de l'article L.321-1 du Code du Travail (48), la situation se présente fort différemment. La loi, qui n'entend nullement ici poser le principe d'une seule sanction indemnitaire de l'employeur fautif, affirme fortement le devoir de l'employeur de mettre tout en œuvre pour permettre le maintien de l'emploi du salarié concerné par un projet de licenciement économique individuel.

L'employeur qui procéderait au licenciement sans se soucier de formation, d'adaptation ou de reclassement violerait grossièrement le principe de prévention. Or, comme l'a judicieusement souligné Michel Henry, à propos de la "voie de fait" qui appelle de la part du juge des référés une réponse exemplaire : "La violation des règles essentielles est si grossière que le juge n'a même pas à prononcer la nullité de la décision de licenciement : il se borne à constater son inexistence. Insusceptible de produire d'effet valide, la voie de fait appelle comme seule réponse une mesure de remise en état immédiate" (49).

Aujourd'hui, qui pourrait douter que la "voie de fait" est caractérisée lorsque l'employeur procède à un licenciement pour motif économique, qu'il soit individuel ou collectif, en s'affranchissant du respect de la règle fondamentale de prévention du licenciement (50) ?

Si le juge des référés prud'homal n'avait pas à cœur, en prononçant la mesure de remise en état appropriée, de neutraliser le trouble manifestement illicite constitué par le mépris caractérisé de l'obligation générale de prévention qui définit l'actuel droit du licenciement pour motif économique, il consacrerait, en définitive, "la liberté fondamentale" (51) du patron de s'asseoir sur les textes qui se veulent protecteurs de l'emploi.

Mais l'enthousiasme que mettent les défenseurs des droits des travailleurs à œuvrer pour gagner cette bataille de l'édification d'une jurisprudence du juge des référés prud'homal consacrant le droit à "la remise en l'état" du travailleur expéditivement licencié pour motif économique ne saurait faire oublier que la meilleure prévention, c'est de saisir la formation de référé en amont.

qui n'aurait pu être que proposée et non imposée, aux termes de l'article L. 122-14-4 du Code du travail par le tribunal saisi sur le fond du litige".

(48) Aux termes desquelles "Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises".

(49) M. Henry, "La réintégration des salariés non protégés", Dr. Ouv. 1995, 378.

(50) Voir, à ce sujet, P. Moussy, note sous Cass. Soc. 13 février 1997, préc., Dr. Ouv. 1997, 99.

(51) "Liberté fondamentale" qui est plutôt présentée, en droit du travail, comme destinée à asseoir les décisions de référé prononçant "l'annulation" du licenciement du travailleur injustement exclu de l'entreprise (voir Cass. Soc. 13 mars 2001, Léonnet c/ Sté France Télécom, Dr. Ouv. 2001, 300 et s., note M.F. Bied-Charreton).

## B. Une fonction naturelle du juge des référés (mais qui reste à redécouvrir en matière prud'homale) : la prévention du dommage imminent

Il a été relevé par Jacques Normand que *"la présence d'une contestation sérieuse ne saurait s'opposer, bien au contraire, à ce que soient ordonnées en référé les mesures destinées à prévenir un dommage imminent"*. "En s'efforçant de prévenir un tel dommage, le juge ne risque pas, pour emprunter à l'article 808, de se "heurter" à cette contestation, de prendre, autrement dit, des mesures qui la supposeraient tranchée. Il se situe dans une toute autre perspective. Ayant constaté l'existence d'une situation conflictuelle et mesuré l'imminence de la gravité du risque qu'elle recèle, il prend les mesures d'attente indispensables, afin de sauvegarder les intérêts en présence jusqu'à ce qu'une issue, amiable ou judiciaire, ait été apportée au conflit" (52).

En jouant ce rôle préventif, le juge des référés intervient "en temps utile", avant la réalisation du dommage. Cette fonction naturelle du juge des référés n'est pas très en vogue dans les Conseils de Prud'hommes, où tous les efforts sont concentrés à solliciter une intervention de la formation de référé, une fois passé l'événement.

Mais "l'infrastructure" est là, prête à servir en cas de besoin.

Il est indispensable, pour éviter que le dommage soit consommé, que le juge des référés puisse être saisi sans attendre. A cette fin, l'article 485, alinéa 2, du NCPC révèle que *"si le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile, portes ouvertes"*. La pratique a pris l'habitude d'appeler cette façon de procéder le "référé d'heure à heure", pour bien souligner qu'à l'extrême il serait possible d'assigner le défendeur dans les heures qui suivent (53).

Cette logique de "référé d'heure à heure" est reprise par les dispositions de l'article R. 516-32, alinéa 2 du Code du Travail, qui attribuent en la matière des pouvoirs spécifiques au président du Conseil de prud'hommes : *"Le règlement intérieur du Conseil de prud'hommes fixe les jours et heures habituels des audiences de référé. Une audience par semaine au moins doit être prévue. Si les circonstances l'exigent, le président du Conseil de prud'hommes, après avis du vice-président, peut*

*fixer à une plusieurs audiences supplémentaires ou déplacer les jour et heure de la ou des audiences de la semaine"* (54).

Le paritarisme peut certes être perçu comme ne favorisant pas la mise en place du référé d'heure à heure dans les Conseils de Prud'hommes, étant donné le peu d'enthousiasme des conseillers employeurs pour un référé efficace, et, a fortiori, pour une séance de référé plus offensive que de coutume. Pour que la prévention soit possible, grâce à une audience tenue "en temps utile", il appartiendra au président salarié de la juridiction de montrer qu'il a du caractère (55).

Des expériences ont été récemment tentées et elles se sont révélées positives. Elles ont permis, soit d'obtenir le maintien du contrat de travail de salariées que l'employeur voulait licencier collectivement sans s'être donné la peine de les faire bénéficier d'un plan social (56), soit la suspension de la rupture d'un contrat de travail auquel il avait été précipitamment mis fin par La Poste avant que survienne une requalification prud'homale en contrat à durée indéterminée (57).

La voie est donc tracée. Et le référé préventif a notamment toute sa place pour un traitement efficace du contentieux du licenciement pour motif économique. Il a été souligné qu'il *"faut prendre au sérieux"* le constat que *"le droit du licenciement régit, en même temps qu'il le construit, un processus de décision"* (58).

L'intérêt bien compris du salarié qui voit se profiler à l'horizon une mesure de licenciement prête à intervenir dans des conditions irrégulières est alors de saisir la formation de référé en amont de ce processus, afin qu'il soit interdit à l'employeur de poursuivre son œuvre d'exclusion tant qu'il n'aura pas respecté les procédures voulues par la loi (en matière de consultation des représentants du personnel et d'élaboration d'un "plan de sauvegarde de l'emploi", par exemple).

Il convient alors de manier avec précaution un récent arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation qui, validant la démarche de "juges du fond" qui avaient déclaré non fondée une action intentée en référé, a posé le principe que *"si les salariés licenciés pour motif économique ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L. 321-4-1, les salariés, qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure de licenciement économique, sont sans intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement collectif*

(52) J. Normand, Rev. Trim. Dr. Civ., janvier-mars 1988, 168. Il est par ailleurs précisé par J. Normand que l'intervention du juge des référés au titre de la prévention du dommage imminent n'est pas subordonnée à la démonstration du caractère manifeste de l'illicéité de la pratique dénoncée : *"Il doit ressortir de la demande qu'il existe un doute sur la licéité de l'acte ou de l'opération projetée, que son illégitimité est plausible, pour prendre les choses autrement, que la prétention du demandeur paraît avoir une apparence de fondement"... Et sans doute peut-on avancer qu'une fois établie l'apparence d'anomalie, la charge incombe à la défense de justifier de l'absence de sérieux des griefs formulés contre elle"* (J. Normand, Rev. Trim. Dr. Civ., janvier-mars 2002, 139 et s.).

(53) Voir H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, 1127.

(54) Sur la "recevabilité" du "référé d'heure à heure" en matière prud'homale, voir notamment Lamy prud'hommes, novembre 1999, 406-14. Il a été relevé, au sujet du "référé prud'homal d'heure à heure" : *"Les textes réglementaires d'application de la loi du 18 janvier 1979 ne fixent pas cependant les modalités du référé prud'homal d'heure à heure. Cette solution souple*

*permettra à chaque assemblée générale des Conseils de les adapter aux situations particulières. Ces modalités que le règlement intérieur peut définir concernent la personne qui devra autoriser le demandeur à assigner d'heure à heure. Compte tenu de la gravité d'une telle décision, ce devrait être normalement le président ou, à défaut, le vice-président."* (R. Le Roux-Cocheril, "A propos de deux questions que pose la réforme des Conseils de prud'hommes", Dr. Soc. mai 1980, Sp. 35 et s.).

(55) Pour de plus longs développements sur la démarche à suivre pour convaincre les "récalcitrants", voir 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, 154.

(56) Voir affaire Mme Ait M'Bark et autres c/ STS : ordonnance du président du CPH de Versailles du 5 novembre 1999, CPH Versailles (Référé) 19 novembre 1999, Dr. Ouv. 2000, 174 et s., note P. M.

(57) Voir CPH Limoges (Référé) 23 avril 2002, Mme Laplaud c/ La Poste, Dr. Ouv. 2003, 233 et s., note D. Boulmier.

(58) Voir A. Lyon-Caen, "La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique", Dr. Ouv. 2002, 162.

pour motif économique en cours sur le fondement des mêmes dispositions" (59).

Cette interdiction d'accès du salarié non encore licencié à la salle d'audience du juge des référés prud'homal ne saurait être d'une portée absolue.

Les dispositions de l'article R. 516-31 du Code du Travail permettent aux salariés de saisir la formation de référé du Conseil de prud'hommes pour demander que soient prescrites les mesures conservatoires aptes à prévenir un dommage imminent.

Il serait pour le moins paradoxal que le contentieux suscité par le manquement par l'employeur aux règles légales concernant ses obligations en matière de recherches sérieuses de reclassement prive le salarié de son droit d'accès au juge chargé de rendre effectif son droit à la prévention (60).

\*\*\*

Le décret du 12 septembre 1974, qui a ouvert la voie du référé prud'homal, s'écartait de la règle du paritarisme, prévoyait que l'audience de référé puisse être tenue par un juge unique (61). Cette "innovation" de "juge unique" en matière prud'homale ne pouvait manquer de susciter quelques réserves. Un commentateur futé, après avoir signalé que *"dans leur immense majorité les conseillers prud'hommes sont catégoriquement hostiles à l'idée d'un référé tenu par un juge unique"*, émettait l'hypothèse que *"le demandeur choisisse systématiquement, pour introduire sa demande, une audience tenue par un conseiller prud'hommes du collège auquel il appartient"* (62).

La sérénité est revenue avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 février 1977 qui a procédé à l'annulation des dispositions réglementaires qui prévoyaient que les audiences de référé pouvaient être tenues par un seul membre du Conseil de Prud'hommes ou par le juge départiteur, après avoir souligné qu'elles *"portaient atteinte au caractère paritaire conféré par*

*les articles législatifs du Code du Travail à la juridiction prud'homale dont la nature a été ainsi transformée en violation de l'article 34 de la Constitution"* (63).

Ces règles d'or de la juridiction prud'homale ayant été ainsi rappelées, l'action en référé prud'homal suit le cours normal du paritarisme, avec l'éventuel recours au départage, dans l'hypothèse d'une persistance des positions de classe.

L'audience de départage (64) doit obéir alors au régime de l'urgence. Aussi, les dispositions du Code du Travail sont-elles formelles. *"En cas de partage des voix au sein de la formation de référé, l'affaire est renvoyée à une audience présidée par le juge départiteur, et qui doit être tenue sans délai et au plus tard dans les quinze jours du renvoi"* (65).

Cette exigence d'une tenue la plus rapprochée de l'audience de départage est des plus logiques. *"Le référé suppose un juge qui soit présent et en quelque sorte à la disposition du plaideur"* (66).

Mais il y a loin de la coupe aux lèvres. Ou, si l'on préfère, de la philosophie des textes à la réalité de leur application.

Quand on sait que le délai de trois semaines observé au Conseil de Paris entre l'audience de référé qui a débouché sur un partage de voix et l'audience de départage est beaucoup plus rapide que celui constaté dans la plupart des importants Conseils de Prud'hommes du territoire, quel sens peut encore avoir l'expression "juge de l'urgence" ?

Il paraît nécessaire que les organisations syndicales de salariés soucieuses d'un accès effectif du travailleur à la sanction judiciaire de la "voie de fait" attirent l'attention du premier président de la Cour d'Appel sur la nécessité d'augmenter le nombre des juges d'instance chargés d'intervenir dans l'audience de départage du référé prud'homal.

Et si, par extraordinaire, la démarche devait se révéler infructueuse, il appartiendra aux militants de se lancer dans la mobilisation pour la défense du service des urgences prud'homales.

**Pascal Moussy**

(59) Cass. Soc. 15 janvier 2003, Dr. Ouv. 2003, 300 et s.

(60) Voir, dans le même sens (une fois n'est pas coutume), G. Couturier, "Des limites aux nullités de l'article L.321-4-1 du Code du travail", Dr. Soc. 2003, 728 et s. : *"Très concrètement, il ne semblerait pas raisonnable d'ignorer l'intérêt réel que les salariés menacés de licenciement ont à faire dire que le plan de sauvegarde de l'emploi et, par conséquent, la procédure de licenciement sont nuls et de nul effet. Ou alors, il faudrait dire que celui qui passe chaque jour sous un pont qui menace ruine est sans intérêt à demander au juge qu'il ordonne des travaux de consolidation tant que le pont ne lui est pas tombé sur la tête"*.

(61) L'article R. 515-4 du Code du travail disposait dans ses alinéas 3 et 4 que l'assemblée générale du Conseil ou l'une de ses sections peut décider que les audiences de référé seront tenues ou bien

par le président du Conseil de Prud'hommes, ou bien par un vice-président, ou bien par un conseiller prud'hommes de la section compétente, désigné à cet effet, ou bien enfin, par le juge départiteur. Voir, à ce sujet, H. Solus, R. Perrot, "Le référé prud'homal", D. 1975, Chr. 192 et s.

(62) Voir chronique "La réforme de la procédure prud'homale", Cahiers Prud'homaux, novembre 1974, 3.

(63) CE 11 février 1977, Dr. Ouv. 1977, 172.

(64) Qui, a priori, ne fait pas disparaître le caractère collégial du traitement du litige.

(65) Art. R. 516-40, al.2 C. trav.

(66) J. Buffet, "La nouvelle procédure prud'homale", art. préc., 258.