

Le juge social, un juge « interventionniste »

par Patrick HENRIOT, Premier vice-président au Tribunal de grande instance de Bobigny, membre du Syndicat de la magistrature

PLAN

I. Les lents progrès de l'interventionnisme

II. Le juge des référés, précurseur et champion de l'interventionnisme

III. Le juge du fond, pas moins interventionniste

IV. Les raisons d'une évolution inachevée

L'espoir de voir advenir un ordre juridictionnel social, qui est au centre de ce colloque, s'appuie sur l'hypothèse selon laquelle le contentieux social présente, par son objet, des particularismes justifiant qu'il soit traité par un ensemble cohérent de juridictions spécialisées. Cette spécialisation peut classiquement résulter de la réunion de différentes caractéristiques : la composition – par exemple paritaire – de la juridiction, le recrutement et la formation de ses membres, la délimitation du périmètre de ses compétences, ou encore les principales caractéristiques de la procédure qui y est suivie. Mais peut-être faut-il voir une autre justification, encore, à l'avènement de cet ordre juridictionnel social : celle qui s'attacherait aux pouvoirs que le juge met en œuvre pour trancher les litiges qui lui sont soumis (dans la plupart des cas par le salarié ou l'assuré social).

Il n'est pas question d'évoquer les pouvoirs propres du juge dans la conduite de la procédure – ce que l'on a coutume de nommer « l'office du juge » – qu'il exerce pour contribuer à garantir un procès équitable aux parties. Ce sera, sans doute, l'objet de l'exposé suivant. On s'intéressera, en revanche, aux pouvoirs dont il dispose pour apporter une solution au litige et qui se manifestent dans le contenu même de ses décisions.

Bien entendu, il ne s'agit pas de prétendre que le juge social devrait disposer de pouvoirs par nature différents ou par principe plus étendus que ceux qu'exerce classiquement le juge civil. Il s'agit, en prenant en considération l'objet même et la nature propre du droit que le juge social met en œuvre, de constater :

- que ce droit est irrigué par un ordre public social institué pour corriger les déséquilibres les plus manifestes de la relation de travail subordonnée ;
- et que le juge est ainsi conduit à s'interroger sur la meilleure façon d'user des pouvoirs qui sont les siens afin de donner son plein effet à cette vocation correctrice du droit social.

Une fois mise en évidence l'inexécution des obligations légales ou conventionnelles d'une partie, il doit, en effet, choisir, dans la panoplie des mesures réparatrices qui sont traditionnellement à sa disposition (réparation en nature, remise en état ou indemnisation par équivalent monétaire), celle qui apparaîtra la plus adaptée à l'objectif de rétablissement de l'ordre public auquel cette inexécution a

contrevenu (1). Ainsi, le maniement de l'ensemble des règles impératives destinées à protéger les salariés pourrait-il conduire, plus naturellement ou plus souvent, le juge social à privilégier le recours à des réparations contraignantes – telles que des injonctions de faire ou de ne pas faire – pour sanctionner la violation des obligations incombant à l'employeur et réparer le préjudice qui en est résulté pour le salarié. L'impérativité de la règle devrait, en quelque sorte, induire l'impérativité de la sanction.

À l'inverse, le recours à la seule technique indemnitaire n'apparaîtra pas véritablement à la hauteur des enjeux lorsqu'il s'agit de rétablir l'ordre public qu'une décision patronale a violé. Et l'inadéquation de la sanction apparaît plus manifeste encore lorsque cet ordre public s'ancre dans les droits fondamentaux des salariés, auxquels les juges portent une attention sans cesse croissante (2).

Marianne Keller a ainsi pu écrire, dans l'article reproduisant son intervention au 35^{ème} colloque de droit social du Syndicat des Avocats de France de 2010 :

(1) Manuela Grévy, « La sanction civile en droit du travail », Droit Social n° 6, juin 2001, p. 598.

(2) Manuela Grévy, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Droit Ouvrier, mars 2006.

« *L'argent, nerf de la guerre économique, ne répare pas l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux des personnes ; seule l'exécution par l'employeur de ses obligations contractuelles et légales à l'égard des salariés est à même de les garantir ; d'où la place privilégiée, dans les rapports de travail, de la réparation en nature et, de façon générale, de la cessation de l'illicite envisagée comme une fonction spécifique de la responsabilité civile* » (3). À cet égard, la décision du juge d'ordonner la réintégration du salarié dont le licenciement est nul comme illicite est, sans doute, la traduction la plus emblématique de son pouvoir d'imposer une réparation sous forme de remise en état.

Mais si, comme le souligne Marianne Keller, l'objectif de rétablissement de la légalité est évidemment essentiel dans cette réparation, elle heurte, dans le même temps, les prérogatives que l'employeur tire du lien de subordination. Il n'est donc pas étonnant que le pouvoir du juge de réintégrer certains salariés licenciés ait été l'enjeu de longues et fameuses batailles jurisprudentielles, qui ont d'abord concerné les représentants du personnel, puis les salariés licenciés pour faits de grève, pour s'étendre progressivement à des catégories plus larges de salariés protégés et, finalement, à la protection de droits et libertés fondamentaux des salariés.

Il s'agit donc ici de tenter de mettre en évidence la fonction particulière qu'exerce le juge social en usant de son pouvoir d'imposer des réparations contraignantes – et notamment la remise en état par opposition à la simple réparation par équivalent indemnitaire – comme réponse à la violation par l'employeur de ses obligations contractuelles ou légales. Et s'il se vérifie que la condamnation à des obligations de faire ou de ne pas faire prédominerait ou, à tout le moins, occuperait une place particulière dans la gamme des sanctions civiles qu'il a le pouvoir de prononcer, il pourrait alors être justifié de parler d'un juge « interventionniste », au sens où l'exercice de sa fonction le conduirait à intervenir directement dans les décisions relevant du pouvoir de direction.

Mais il ne faut évidemment pas méconnaître l'ambivalence du droit du travail : quoique destiné à rétablir le déséquilibre affectant la relation contractuelle, il affirme, dans le même temps, le pouvoir de direction

de l'employeur et consacre les obligations corollaires que le lien de subordination impose au salarié (4). Cet autre versant du même droit explique symétriquement que la réparation seulement indemnitaire du préjudice causé par certaines décisions patronales, irrégulières ou injustifiées, conserve une place importante dans l'éventail des sanctions prononcées par le juge du travail, au détriment des réparations en nature.

L'exemple emblématique en est évidemment la réparation exclusivement indemnitaire du licenciement sans cause réelle et sérieuse du salarié dit « ordinaire » – à défaut pour l'employeur d'accepter la réintégration – manifestation de ce que le professeur Couturier, qui a tant écrit sur cette question, appelait « *l'irréductible souveraineté de l'employeur* » (5). Parce qu'elle obligerait l'employeur à revenir sur une décision manifestant l'exercice de son pouvoir de direction et relevant de l'organisation du travail au sein de l'entreprise, le recours à la remise en état est souvent interdit au juge, alors même qu'elle serait incontestablement de nature à satisfaire le principe de réparation intégrale du préjudice né de la décision de licencier (6).

Cette double dimension du droit du travail – tout à la fois irrigué par un ordre public de protection des salariés et dressant des digues solides autour du pouvoir de direction de l'employeur – met en lumière l'importance particulière du choix que fait le juge de recourir à telle ou telle technique de réparation du préjudice, ce choix pouvant se révéler libre ou contraint selon les cas. L'une des spécificités de la fonction du juge social paraît donc tenir, sinon à un recours significativement important à des réparations coercitives, du moins à l'impact particulier des procédés d'intervention qu'il met en œuvre sur l'exercice du pouvoir de direction et d'organisation de l'entreprise. De ce point de vue, l'évolution du contentieux social pourrait être regardée comme l'histoire d'une confrontation permanente entre ce pouvoir de direction de l'employeur et le pouvoir du juge de s'y opposer en lui faisant injonction, soit pour réparer le préjudice et rétablir la légalité, soit pour prévenir l'atteinte qui y serait portée, d'effacer tous les effets de la décision qu'il avait prise ou qu'il s'apprête à prendre.

(3) Marianne Keller, « Les principes du droit civil de la réparation de l'entier préjudice appliqués aux rapports de travail », *Droit Ouvrier*, avril 2011.

(4) Gérard Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Droit Ouvrier*, janvier 1951, article reproduit au *Droit Ouvrier*, février 2004.

(5) Voir notamment Gérard Couturier, « La réintégration des salariés non spécialement protégés : actualité ou prospective ? », *Droit Social* n° 3, mars 1981, et, du même auteur, « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », *Droit Ouvrier*, février-mars 1988 ; voir également Emmanuel Dockès, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois ? », *Droit Ouvrier*, janvier 2005.

(6) Michel Henry, « La remise en état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail », *Droit Ouvrier*, mars 1999.

I. Les lents progrès de l'interventionnisme

Dans les premiers temps de cette histoire, la confrontation tournait le plus souvent à l'avantage de l'employeur et laissait peu de marges de manœuvre au juge, contraint de s'en tenir à la réparation indemnitaire ... Entre l'arrêt *Sortais* de 1952 (7) qui, par une lecture étroite de l'article 1142 du Code civil, excluait, *a priori*, toute réintégration du représentant du personnel, et l'arrêt *Revêt Sol* du 14 juin 1972 (8), qui l'admettait enfin à titre de mesure de remise en état provisoire, la première période de glaciation a été longue.

Le champ des réparations en nature et des remises en état s'est toutefois progressivement élargi par la suite, notamment à partir des années 1980, sous la triple impulsion :

- des progrès considérables de la reconnaissance des droits et libertés fondamentaux au sein de l'entreprise (9), qu'a consacré la loi du 31 décembre 1992 en disposant que « *nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché* » ;
- du législateur qui, depuis la nullité du licenciement de la femme en état de grossesse instituée en 1975,

a successivement introduit différentes nullités textuelles ; dont plusieurs sont d'ailleurs des applications particulières de la protection générale de ces droits fondamentaux (notamment celle qui frappe le licenciement pour faits de grève (loi du 25 juillet 1985) ;

- des exigences du droit européen – qu'il s'agisse du droit de l'Union ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme – qui affirme le principe d'une protection juridictionnelle effective, obligeant les États membres à prendre les mesures garantissant à toute personne victime d'un acte illicite le droit à une sanction effective et efficace.

Plus récemment, le domaine de la santé au travail a également été investi par le juge pour ajouter l'interdiction préventive à la remise en état réparatrice dans la gamme de ses pouvoirs.

Cette évolution, dans laquelle s'est d'abord et naturellement illustré le juge des référés (10), ensuite rejoint par le juge du fond, permet aujourd'hui au « juge interventionniste » d'imposer des mesures de remise en état à l'employeur fautif dans des domaines extrêmement variés et ce, aussi bien dans le cadre du contentieux individuel que du contentieux collectif.

II. Le juge des référés, précurseur et champion de l'interventionnisme

S'agissant du juge des référés, c'est évidemment le pouvoir de faire cesser un trouble manifestement illicite et ce, faut-il le rappeler, même en présence d'une contestation sérieuse, qui a d'abord été sollicité et mis en œuvre. En matière de litiges individuels, on citera, par exemple, comme illustrant particulièrement son pouvoir d'ingérence dans les décisions patronales :

- l'annulation du licenciement pour motif économique – et la réintégration du salarié – en suite de l'annulation judiciaire de la procédure de licenciement collectif ;
- la condamnation du nouveau prestataire à poursuivre l'exécution des contrats de travail transférés par l'effet de l'article L. 122-12 du Code du travail ;

- la condamnation de l'employeur à rétablir le salaire antérieur qu'il avait unilatéralement modifié ;
- la réintégration du salarié sanctionné pour une faute prescrite ;
- le reclassement du salarié victime d'un retard de carrière résultant d'une discrimination syndicale ;
- la clause de non-concurrence déclarée inopposable au salarié dès lors qu'elle n'était assortie d'aucune contrepartie financière ;
- la condamnation de l'employeur à reporter sur le CET institué par accord d'entreprise les jours de congé que, par une décision unilatérale ultérieure, il entendait obliger le salarié à utiliser (l'employeur faisant valoir que l'accord d'entreprise prévoyait expressément que « *les modalités de prise des RTT doivent s'adapter en tout état de cause aux contraintes commerciales et industrielles de l'entreprise* ») ;

(7) Cass. Soc. 27 novembre 1952, Bull. n° 853, D. 1953 – 329.

(8) Cass. Soc. 14 juin 1972, Droit Ouvrier 1972, p. 276.

(9) Jean-Maurice Verdier, « Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes : vers une protection spécifique

des droits fondamentaux des travailleurs ? », Droit Social n° 9/10, septembre-octobre 1991.

(10) Marie-Laure Dufresne-Castets, « Le référé comme garantie de l'effectivité des droits », Droit Ouvrier, juin 2004.

– la suspension de la clause de mobilité que l'employeur entend imposer au salarié – en prononçant un licenciement pour faute grave à la suite du refus de ce dernier de s'y soumettre – à l'occasion d'une réorganisation entraînant une suppression de poste et mise en œuvre d'un PSE.

Bien entendu, le domaine du contentieux collectif est également propice à manifester le pouvoir du juge des référés d'intervenir dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise en ordonnant de faire cesser l'illicéité d'une situation créée par l'employeur.

On citera, par exemple, là encore sans prétendre à l'exhaustivité, les très nombreuses décisions tendant à imposer le respect des prérogatives des institutions représentatives du personnel et, singulièrement, le droit du comité d'entreprise à être informé et consulté dans toutes les hypothèses prévues par le Code du travail, notamment sur les projets de réorganisation : la Cour d'appel de Douai a ainsi pu ordonner à la SNC Raffinerie des Flandres, appartenant au Groupe Total, de reprendre son activité de raffinage dans un délai de quinze jours et sous astreinte de 100.000 euros par infraction constatée et ce, à titre de mesure de remise en état destinée à faire cesser le trouble manifestement illicite résultant du défaut de consultation du comité d'entreprise sur une décision d'arrêt de la production de nature à affecter le volume et la structure des effectifs (11) (la Chambre sociale n'a pas remis en cause, malgré la cassation prononcée sur un autre moyen, le pouvoir du juge des référés de prononcer une telle injonction, rappelant qu'il peut « ordonner la suspension des effets d'une mesure prise par l'employeur sans consultation préalable du comité d'entreprise, lorsque celle-ci est obligatoire » (12)). On sait également l'importance prise par la jurisprudence des juges des référés – toujours en matière d'information-consultation des IRP – dans le domaine de feu le droit des procédures de licenciements collectifs pour motif économique ; l'importance de ce contentieux, d'un point de vue stratégique, sinon en volume, explique d'ailleurs largement la volonté des organisations patronales de le faire échapper au juge judiciaire, volonté à laquelle le législateur a finalement souscrit en adoptant la loi dite « de sécurisation de l'emploi ».

De la même manière, l'interdiction, sous astreinte, faite à de grandes enseignes d'ouvrir le dimanche (et ce, en dépit des dispositions du Traité interdisant

les restrictions aux échanges intracommunautaires, abondamment invoquées), constitue, sans aucun doute, une intervention directe du juge dans la gestion de l'entreprise, fondée sur l'atteinte portée aux droits des salariés au repos dominical (13). On pourra citer encore, dans un autre domaine, l'obligation faite à l'employeur de réintégrer une organisation syndicale dans le local dont il l'avait expulsée sans justifier d'un titre exécutoire (14). Sans oublier, bien entendu, les développements qu'ont connus les référés portés devant le juge administratif depuis que la loi du 30 juin 2000 a ouvert aux travailleurs (salariés de droit privé ou agents publics) l'accès aux procédures d'urgence, qui leur était jusqu'alors fermé en pratique en raison des conditions extrêmement restrictives dont le sursis à exécution était assorti (15) (et, en attendant le développement à venir, de ceux que la loi du 16 juin 2013 commence à porter devant lui en matière de licenciements économiques collectifs).

Mais les injonctions que le juge du « manifestement illicite » peut adresser à l'employeur pour rétablir une légalité bafouée ne concentrent pas, à elles seules, toutes les capacités d'intervention du juge social. Le juge du fond n'est pas en reste, même s'il a d'abord un peu hésité et tardé à faire usage de son pouvoir d'imposer à l'employeur des mesures de remise en état à titre de réparation. Il faut dire à sa décharge que l'article 809 du Code de procédure civile confère évidemment au juge des référés un rôle de tout premier plan, de sorte que les parties se tournent évidemment prioritairement vers lui.

En revanche, le juge du fond s'est, en quelque sorte, rattrapé en développant la dimension préventive de son intervention, en usant de son pouvoir d'enjoindre à l'employeur de s'abstenir de mettre en œuvre une décision unilatérale. Cette initiative est d'autant plus remarquable qu'elle semble combler le moindre appétit des parties à demander au juge des référés de prendre les mesures nécessaires pour prévenir un péril imminent sur le fondement du même article 809.

(11) CA Douai (14^{ème} ch.) 30 juin 2010, *Comité d'établissement de la raffinerie de Flandres et a. contre SA Total raffinage marketing et a.*, Droit Ouvrier, février 2011, n° 751, p. 104, n. P. Darves-Bornoz.

(12) Cass. Soc. 6 mars 2012, n° 10-30815.

(13) Voir notamment Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 06-18336 et 26 mars 2008, n° 07-13016.

(14) Cass. Soc. 26 septembre 2007, Bull. n°143.

(15) Mireille Panigel-Nennouche, « Le juge administratif de l'urgence », Droit Ouvrier, juin 2004.

III. Le juge du fond, pas moins interventionniste

Parmi les différents domaines où s'affirme le recours à la remise en état comme procédé de réparation du préjudice subi par les salariés, on retiendra plus particulièrement deux contentieux emblématiques.

Le premier, relevant du contentieux individuel, est relatif à la réparation des discriminations et, avec quelques restrictions, à la réparation des violations du principe d'égalité salariale. L'une et l'autre de ces situations autorisent le juge, d'une part, à rétablir le droit du salarié à une rémunération équivalente à celle des autres salariés auxquels il est fondé à se comparer (le « cercle des égaux ») et, d'autre part, à annuler ou, selon les cas, à déclarer inopposables, les clauses illicites dans lesquelles les différences de traitement sanctionnées trouvaient leur fondement.

La sanction des discriminations inclut également le droit à la reconstitution de carrière du salarié et, par conséquent, l'obligation pour l'employeur de le reclasser, la Chambre sociale se montrant toutefois plus hésitante à appliquer la même solution en matière d'inégalité salariale en continuant de valider des réparations seulement indemnitaires.

Surtout, l'annulation du licenciement du salarié discriminé – et, par conséquent, sa réintégration – s'est imposée au même titre que celle de toute mesure discriminatoire. Et si la Chambre sociale a pu refuser que le licenciement prononcé en rétorsion d'une action en justice fondée sur la violation du principe d'égalité de traitement soit sanctionné par la nullité, elle a fini par admettre, sur le fondement de l'article 6-1, la nullité du licenciement-rétorsion contre une action en justice, quel qu'en soit l'objet, comme violant la liberté fondamentale d'accéder à un juge.

Si quelques « marges de progression » existent encore, en matière d'égalité de traitement, dans l'usage que le juge peut faire de son pouvoir d'imposer des mesures de remise en état, il n'en demeure pas moins que le droit des discriminations a atteint, à cet égard, son plein potentiel.

Un autre contentieux prometteur, qui n'a pas encore livré, lui, toutes ses potentialités, peut donner sa pleine mesure à l'interventionnisme du juge, celui qui, à partir des arrêts « amiante » (16), a progressivement installé l'obligation de sécurité de résultat

de l'employeur comme l'un des moyens d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs. Dans la lignée des arrêts qui ont suivi, l'arrêt *Sneema* (17) apporte un complément majeur : de l'obligation de sécurité de résultat, la Cour tire la conséquence « *qu'il est interdit à l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* ».

L'obligation de prévention des risques, qui imposait à l'employeur de prendre des mesures positives pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs, prend ici une nouvelle dimension : l'interdiction de prendre des mesures de nature à les compromettre...

Et cette interdiction (le terme est fort) faite à l'employeur constitue la « *conséquence nécessaire* » de l'obligation de prévention qui s'impose à lui, comme le soulignait le conseiller Bailly dans son commentaire de l'arrêt (18). Ainsi, le pouvoir d'organisation de l'employeur est-il soumis au principe supérieur du droit à la sécurité (le professeur Verkindt écrivait que ce pouvoir était « *surplombé* » par ce principe supérieur).

Le pouvoir d'ingérence dans l'organisation de l'entreprise ainsi reconnu au juge sur le fondement du droit à la santé et à la sécurité ouvre naturellement la voie à un contentieux de la réorganisation sur le même fondement. Plusieurs questions clés sont au centre de ce contentieux et, notamment, précisément, celle de l'étendue des pouvoirs du juge. On pense naturellement à la suspension de la mise en œuvre de la décision de réorganisation ; mais pourrait-il également prononcer l'annulation de cette décision, ce que semble permettre, au moins dans certaines hypothèses, « l'interdiction » faite à l'employeur de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés ?

C'est en tout cas ce qu'a jugé le Tribunal de grande instance de Paris le 5 juillet 2011 (19) à la demande des syndicats FO et CGT : prenant notamment en considération « l'absence de réversibilité » d'un projet d'externalisation par Areva des activités d'approvisionnement en énergie et fluides de l'usine de La Hague et l'existence de risques psycho-sociaux importants ainsi

(16) Cass. Soc. 28 février 2002, n°99-21255, Bull. Civ. V n°81, Droit Ouvrier, mars 2002, p.166, n. F. Meyer ; Y. Saint-Jours, « La dialectique conceptuelle de la faute inexcusable de l'employeur en matière de risques professionnels », Droit Ouvrier, janvier 2003.

(17) Cass. Soc. 5 mars 2008, n°06-45888, Bull. n°46, Droit Ouvrier, août 2008, n. Franck Héas.

(18) Pierre Bailly, « L'organisation du travail ne doit pas nuire à la santé des salariés », Semaine Sociale Lamy, 25 mars 2008, n° 1346.

(19) TGI Paris 5 juillet 2011, *Syndicat CGT-FO de l'énergie nucléaire de La Hague et Syndicat des travailleurs CGT de Areva NC La Hague contre SA Areva NC*, Droit Ouvrier, octobre 2011, n°759, n. M. Cohen.

que de risques techniques et industriels considérables, le Tribunal en prononce l'annulation pure et simple et fait interdiction à Areva d'en poursuivre la mise en œuvre. Si la Cour d'appel de Paris a ensuite réformé cette décision exemplaire, c'est seulement au motif que les risques d'atteinte à la santé et à la sécurité des salariés n'étaient pas, selon elle, suffisamment caractérisés, mais non sans avoir d'abord affirmé qu'une telle atteinte pouvait justifier qu'il soit fait interdiction à l'employeur, comme le dit l'arrêt *Snecma*, de prendre des mesures de réorganisation qui auraient de telles conséquences (20).

Ces exemples manifestent donc une volonté encourageante des juges à se saisir des outils qui sont à leur disposition pour assurer une réparation adaptée et efficace des violations des obligations patronales. Mais il ne faut pas, pour autant, méconnaître les « ratés » et les limites auxquels se heurte cette évolution positive. L'échec que consacre la jurisprudence *Viveo* – la Chambre sociale refusant de reconnaître au juge du fond le pouvoir d'annuler une procédure de licenciement collectif, alors même que le motif économique fait défaut *ab initio* – est, à cet égard, symptomatique des fortes résistances auxquelles s'oppose l'interventionnisme du juge (21).

IV. Les raisons d'une évolution inachevée

Les obstacles au plein exercice par le juge des pouvoirs qu'il tire du principe de réparation intégrale et effective sont multiples et appartiennent à des registres différents. Le mieux identifié, et l'un des plus solides, est évidemment celui que dressent les dispositions qui soumettent la réintégration du salarié victime d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse au double mécanisme d'une proposition du juge et de l'accord des parties (22). Ce verrou législatif paraît d'autant moins susceptible de céder – du moins à brève échéance – que la logique indemnitaire s'est vue encore renforcée par les dispositions de la loi dite « de sécurisation de l'emploi », qui invitent les bureaux de conciliation des Conseils de prud'hommes à proposer aux parties de transiger sur la base d'un barème indemnitaire fixé par décret (23).

Un autre obstacle, moins clairement identifié, mais sans doute également dissuasif, agit également dans le sens d'un renforcement de la logique indemnitaire : il tient à la durée des procédures suivies devant les juridictions sociales. Michel Henry pouvait déjà écrire en 1995 : « *lorsque la nullité n'est pas expresse, le salarié aura tout intérêt à saisir sans délai la justice, faute de quoi la réintégration cesserait d'apparaître comme la solution adéquate. C'est qu'en fait les nullités virtuelles se dissolvent dans la durée : le nul dégénère en abusif* » (24). La formule – qui fait mouche, parce que frappée au coin du bon sens – vaut, au-delà des licenciements atteints d'une nullité virtuelle, pour

tous les licenciements dépourvus de cause réelle et sérieuse : à l'évidence, les juges sont d'autant moins enclins à ordonner la remise en état ou à proposer la réintégration qu'ils sont convaincus par avance que le temps écoulé rend ces mesures illusoire.

À cela s'ajoute encore le « privilège du préalable », en vertu duquel les décisions patronales s'imposent dans l'ordre juridique, quand bien même elles sont illicites, tant qu'elles n'ont pas été judiciairement sanctionnées ; couplé avec les délais de jugement – dans laquelle le salarié est au surplus demandeur, alors même qu'il est défendeur à l'acte patronal – ce privilège constitue évidemment un frein considérable au rétablissement rapide de la légalité.

À ces obstacles législatifs et de procédure s'ajoutent également des résistances au plein exercice des pouvoirs du juge plus diffuses, mais non moins efficaces. Elles tiennent à ce que l'on pourrait appeler le contexte idéologique qui entoure actuellement le contentieux social :

- une forte offensive des employeurs contre le juge judiciaire, qui serait rétif à la compréhension de l'approche économique du droit (comprenez : qui ne comprend rien aux vertus du dogme libéral (25)) ;
- le choix, dans la discussion de l'ANI de janvier 2013, de faire de la diminution des pouvoirs du juge l'un des objets mêmes de la négociation interprofessionnelle (26) ;

(20) CA Paris 6 mars 2014, n° 11/14662, SA *Areva NC*.

(21) Cass. Soc. 3 mai 2012, n° 11-20741, Bull. n° 129 ; Michel Henry, « À propos de l'arrêt *Viveo* : faisons un rêve », *Droit Ouvrier*, octobre 2012, p. 629.

(22) Art. L. 1235-3 du Code du travail.

(23) Art. 21 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 modifiant l'article L. 1235-1 du Code du travail et art. 1^{er} du décret n° 2013-721 du 2 août 2013 créant l'art. D. 1235-21 nouveau du Code du travail.

(24) Michel Henry, « La réintégration des salariés non protégés », *Droit Ouvrier*, septembre 1995.

(25) Rapport de l'Institut Montaigne, *Les juges et l'économie, une défiance française*, décembre 2012.

(26) Manuela Grévy et Patrick Henriot, « Le juge, ce gêneur », *RDT* 2013, p. 173.

- le développement de l'idée de « *la violation efficace de la règle de droit* », selon la formule d'Antoine Lyon-Caen et Pascal Lokiec, qui autorise à s'en affranchir celui qui accepte d'avance de supporter une compensation financière : c'est la jurisprudence *Viveo*, qui refuse l'annulation en amont des licenciements « financiers » au motif que l'employeur payera des dommages-intérêts (27) ;
- la priorité donnée au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre sur le droit à l'emploi, comme en atteste, par exemple, la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014 qui sanctionne, dans la loi *Florange* « visant à reconquérir l'économie réelle », les dispositions faisant obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime, et donnant compétence à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation (28).

Ce bref panorama des avancées et limites du pouvoir que les juges exercent pour rétablir la légalité

ou prévenir les atteintes qui y seraient portées, en adressant à l'employeur des injonctions interférant directement dans l'exercice de ses prérogatives, peut nourrir des sentiments contradictoires : motifs d'espoir et déceptions s'entrecroisent et chacun pourra y voir, à son gré, un verre à moitié vide ou à moitié plein. Cette ambivalence ne doit ni étonner, ni décourager : elle est au cœur du droit du travail.

Mais si l'on garde à l'esprit que, comme le rappelait souvent Tiennot Grumbach, le droit social est irrigué par un « *conflit des logiques* » que le procès met en scène, alors sans doute peut-on y voir un motif d'aspirer à l'avènement d'un véritable « ordre juridictionnel social » et un encouragement à réfléchir plus avant à la singularité de ce contentieux et aux pouvoirs qu'il convient d'attribuer au juge qui en a la charge.

Car, de même que le droit du travail n'est pas soluble dans le droit civil, le juge social ne peut certainement pas être un juge civil tout à fait comme les autres.

Patrick Henriot

(27) Pascal Lokiec et Antoine Lyon-Caen, « Contre la violation efficace du droit du licenciement », *Semaine Sociale Lamy*, 2 avril 2012, n° 1532.

(28) Décision n° 2014-692 DC.

DROIT DU TRAVAIL (9^{ème} édition)

par Elsa Peskine et Cyril Wolmark



Dalloz coll. **Hypercours** - 2014
744 pages
ISBN13 : 978-2-247-13701-5
34 euros

Le droit du travail régit le travail salarié, c'est-à-dire l'emploi et la vie professionnelle de la très grande majorité des personnes. Placé au centre de la vie économique et politique d'un pays, il ne se passe pas de semaine sans que, par un licenciement collectif, une grève, une restructuration ou une loi nouvelle, il ne fasse parler de lui. Cet ouvrage donne une vision claire et précise de l'ensemble de la matière recouvrant tant les relations individuelles que les relations collectives du travail.

I. Situer le droit du travail

Ouvertures / Domaine / Sources

II. L'accès à l'emploi

Le recrutement / Conclusion du contrat

III. Les formes contractuelles

CDD / Les relations triangulaires de travail / Le contrat de travail à temps partiel

IV. Le pouvoir de l'employeur

Pouvoir disciplinaire / Pouvoir normateur / Pouvoir et contrat / Pouvoir et droits fondamentaux

V. Le rapport de travail

Le salaire / Le temps de travail / La santé et la sécurité au travail

VI. Le contrat préservé

La suspension du contrat de travail / Transferts d'entreprise

VII. L'emploi perdu

Qualification de la rupture / Droit commun du licenciement / Les motifs personnels de licenciement / Le licenciement économique

VIII. Les salariés coalisés

La grève / Le syndicat

IX. Les conventions collectives

Formation et champ d'application / Modification et destruction des conventions collectives / Les conventions collectives parmi les sources du droit du travail

X. Les délégués des travailleurs

Diversité des délégués / Désignation et élection des représentants

XI. La puissance publique

L'inspection du travail / Le conseil de prud'hommes