

**CONSEIL DE PRUD'HOMMES** Exécution provisoire de droit – Référé – Art. 524 CPC – Violation de l'article 12 CPC – Conséquences manifestement excessives – Arrêt de l'exécution – Sophismes (deuxième affaire).

**CONTRAT DE TRAVAIL** Prêt de personnel par un sous-traitant – Intégration aux équipes du donneur d'ordre – Lien de subordination établi – Requalification de la relation de travail – Poursuite du contrat de travail ordonnée en référé (première affaire).

Affaire L. contre SA Orange et SARL Crom multitechniques multiservices

1) CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE CLERMONT-FERRAND (référé) 18 mai 2016

#### MOTIFS DE L'ORDONNANCE

Attendu qu'en vertu des articles R.1455-5 à R.1455-7 du Code du travail :

« Dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut, dans la limite de la compétence des Conseils de Prud'hommes, ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. »

« La formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire. »

Sur les demandes principales et reconventionnelles

Attendu qu'il ressort des éléments et des explications fournis à la Formation de Référé que la demande remplit les conditions d'urgence et d'absence de

contestation sérieuse prévues par les articles R.1455-5 à R.1455-7 du Code du Travail, s'agissant :

- de la cessation d'un trouble manifestement illicite (avec remise en état),
- d'une obligation de faire.

L'article 1315 du Code Civil édicte :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Sur la compétence de la formation de référé

Au regard de l'article R.1455-6 du Code du Travail, même en présence de contestation sérieuse, la formation de référé peut toujours « prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

La violation de dispositions d'ordre public est en principe de nature à caractériser un trouble manifestement illicite, justifiant la compétence du Juge du Référé.

Après examen des pièces produites par les parties, la formation de référé constate qu'il y a lieu de faire cesser un dommage imminent et se déclare compétente.

Sur l'existence d'un lien de subordination

La formation de référé constate l'existence d'un lien de subordination technique et hiérarchique dans le cadre de la relation de travail entre Monsieur L. et la SA Orange. Nonobstant le contrat de travail établi entre Monsieur L. et la SARL Crom maintenance, la formation de référé constate que le salarié est totalement incorporé au département Logistique Générale/Bâtiment de la SA Orange et qu'il partage également les mêmes locaux, bureaux et véhicules de cette dernière ; qu'il s'inscrit dans le cadre social de l'entreprise utilisatrice Orange compte tenu de l'existence d'une interconnexion avec les salariés d'Orange et lui-même.

La société Crom n'apporte pas d'éléments concrets relatifs à un savoir faire spécifique distinct de celui des employés d'Orange ; l'organisation de travail est précisément définie par l'entreprise utilisatrice Orange ; l'appréciation de l'Inspection du Travail confirme cet état de fait.

Par conséquent, la formation de référé, constatant les présomptions d'un délit de marchandage de façon provisoire, ordonne la poursuite de la relation de

travail entre Monsieur L. et la SA Orange.

Sur les dommages et intérêts

Monsieur L. sollicite la condamnation de la SA Orange au paiement de la somme de 5 000,00 € à titre de provision sur dommages et intérêts.

Il ressort que Monsieur L. a subi un préjudice du fait de cette situation irrégulière ; que sa rémunération n'est pas égale à celle perçue par un salarié Orange ; qu'il ne peut bénéficier de la convention collective applicable à la SA Orange.

De ce fait, il a subi un préjudice qu'il convient de réparer par l'octroi de la somme de 300,00 €.

(...)

PAR CES MOTIFS :

Vu les articles R.1455-5 à R.1455-7 du Code du Travail,

Dit qu'il y a lieu à référé,

Ordonne la poursuite de la relation de travail entre Monsieur L. et la SA Orange.

Ordonne à la SA Orange, de payer et porter à Monsieur L., les sommes suivantes :

- 300,00 € à titre de provision sur dommages et intérêts

- 700,00 € sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile

(M. Boucheix, prés. - M. Taborda, man. synd. - Me Fageole, av.)

## 2) COUR D'APPEL DE RIOM (Référé premier président) 23 juin 2016

### FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

La société Orange entreprise spécialisée dans la télécommunication est composée de diverses unités régionales, elles même divisées en unités d'intervention.

L'unité d'intervention Auvergne est basée à Clermont Ferrand.

Dans le cadre d'une stratégie d'évolution du cœur de métier de ses personnels, la société Orange a conclu le 12 décembre 2005 avec la société Crom maintenance, après une procédure d'appel d'offre ; un accord cadre applicable sur le plan national afin de lui confier des petits travaux et réparations des immeubles dont la gestion lui est confiée.

Huit avenants successifs ont été signés entre les sociétés Orange et Crom maintenance, le dernier expirant au 31 mars 2016.

Un contrôle de la Direccte d'Auvergne est intervenu au sein de l'unité d'intervention Auvergne le 10 septembre 2015 qui a entraîné entre la société Orange et cette dernière des échanges de correspondances et divers rendez-vous.

A ce jour aucune suite n'a cependant été donnée à ce contrôle par la Direccte d'Auvergne.

Par acte d'huissier en date du 31 mars 2016, M. L., salarié de la société Crom maintenance a fait assigner la société Orange devant le juge des référés

du conseil des prud'hommes de Clermont-Ferrand afin de voir ordonner la poursuite de son contrat de travail entre la société Orange et lui même, d'obtenir la condamnation de la société Orange à lui payer une indemnité provisionnelle de 5.000 € à titre de dommages et intérêts et 800 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

(...)

La société Orange soutient à l'appui de ses demandes que :

- en préambule, l'absence de respect des dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure civile contenu dans l'acte d'assignation n'a privé M. L. de la faculté de se faire représenter par un délégué syndical de telle sorte qu'en l'absence de grief à cet égard, il ne saurait y avoir lieu de prononcer la nullité de l'acte d'assignation,

- la suspension de l'exécution provisoire de plein droit s'attachant à l'ordonnance de référé entreprise peut être ordonnée par le premier président sur le fondement de l'article 524 du code de procédure civile lorsqu'elle entraîne une violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 du code de procédure civile et lorsqu'elle est de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives,

- en application des articles R1455-5,1455- 6 et 1455-7 du code du travail, la compétence du juge des référés s'articule autour de trois considérations :

- \* l'urgence qui permet au juge des référés de prescrire toute mesure qui ne se heurte à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend,
- \* l'existence d'un trouble illicite et d'un dommage imminent qui justifie des mesures conservatoires ou de remise en état pour y mettre fin,
- \* l'octroi d'une provision ou l'exécution de l'obligation liée à l'existence de l'obligation non sérieusement contestable,
- la formation des référés a compétence uniquement pour ordonner des mesures provisoires qui ne peuvent préjudicier au principal,
- la formation des référés a clairement outrepassé ses compétences mais également ses pouvoirs en constatant l'existence de présomptions d'un délit de marchandage de façon provisoire et constatant l'existence d'une relation de-travail entre M. L. et la société Orange au mépris des dispositions de l'article 12 du code de procédure civile,
- le conseil des prud'hommes n'a pas motivé sa décision en ce qui concerne la détermination d'une situation d'urgence,
- il n'a pas été répondu sur la demande de la société Orange tendant à voir écarter des débats le procès-verbal d'infraction établi par la Direccte qui constitue un document de nature judiciaire dont la communication ne peut être ordonnée que par le procureur de la République et qui ne lui a pas été notifié par les voies officielles à ce jour,
- l'exécution de l'ordonnance querellée induit des conséquences manifestement excessives du fait qu'elle entraîne des conséquences irréversibles quant à l'existence d'un contrat de travail qu'elle conteste fermement,
- il n'existe pas de postes de réalisation de petits travaux au sein de la société Orange du fait de l'accord cadre existant avec la société Crom maintenance,
- une nouvelle procédure d'appel d'offres a été lancée après l'expiration de l'accord cadre conclu avec la société Crom maintenance le 31 mai 2016 et c'est la société ISS qui a été choisie avec application au plan local,
- la formation de référé a clairement commis des erreurs de droit manifestes en retenant que M. L. était sous la subordination de la société Orange et qu'il était intégré au sein de cette dernière au même titre que ses propres salariés, appréciations qui en tout état de cause relèvent de la compétence exclusive du juge du fond qui a d'ailleurs été saisi par ses soins,
- la société Orange ne fixait pas les missions de M. L., n'en contrôlait pas l'exécution et surtout n'exerçait aucun pouvoir disciplinaire à son égard,
- il sera donc fait droit à sa demande d'arrêt d'exécution provisoire.

M. L. réplique que :

- à la suite d'une erreur de droit, l'assignation devant la première présidente de la cour d'appel n'a pas fait mention du fait que le défendeur, dès lors que la décision concernée émanait d'un conseil de prud'hommes, avait la faculté de se faire représenter par un représentant syndical,

- cette omission a porté atteinte à ses droits de la défense en retardant le recours au délégué syndical qui le représente et notamment à l'absence d'informations de la position de la société Crom maintenance,
- il sera donc prononcé la nullité de l'acte d'assignation en application de l'article 934 du code de procédure civile,
- à titre subsidiaire, il sera constaté qu'aucune violation de l'article 12 du code de procédure civile n'est imputable au juge des référés qui n'a fait que restituer aux relations existant entre la société Orange et M. M. leur exacte qualification de contrat de travail, nonobstant le contrat de travail existant entre ce dernier et la société Crom maintenance,
- le juge des référés est compétent pour ordonner une mesure de remise en état telle que la réintégration d'un salarié licencié,
- aucune erreur de droit manifeste n'étant imputable au juge des référés, la première présidente n'est pas compétente pour ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire de droit,
- à titre infiniment subsidiaire, la société Orange ne justifie nullement que le maintien de l'exécution provisoire entraînerait des conséquences manifestement excessives à son égard dès lors, que les mesures ordonnées par le juge des référés revêtent un caractère provisoire,
- elle ne peut prétendre ne plus avoir de postes disponibles pour ses salariés qui remplacent des salariés partant en retraite qui ne sont pas remplacés,

(...)

#### MOTIFS :

Sur la validité de l'assignation :

**En application de l'article 56 du code de procédure civile, l'assignation doit notamment contenir à peine de nullité « l'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ».**

**Il apparaît certes qu'en l'espèce, manifestement à la suite d'une omission, l'acte d'assignation délivré dans le cadre de la présente instance ne porte pas mention de la faculté pour le salarié dev se faire représenter par un délégué syndical s'agissant d'une décision du juge des référés du conseil de prud'hommes. Il n'en demeure pas moins que M. L. a su se faire assister par un représentant délégué syndical qui a été en mesure de déposer en son nom des écritures et de présenter des observations adaptées à l'encontre des demandes dont il faisait l'objet, étant souligné qu'il avait été assigné neuf jours avant l'audience ce qui constituait un délai raisonnable pour assurer sa défense au regard de la nature de la procédure en la forme des référés.**

**Par ailleurs, la circonstance que M. L. n'ait pu être informé des arguments susceptibles d'être développés par la société Crom maintenance tenant uniquement au fait que cette dernière n'a pas comparu à l'audience**

et n'était pas représentée, ne saurait constituer un grief pouvant être imputé à l'omission d'information précitée contenue dans l'acte d'assignation.

L'ensemble de ces éléments ne saurait dès lors permettre de considérer que ladite omission d'information ait pu faire grief à M. L.

En conséquence la demande de nullité de l'acte d'assignation délivré à M. L. sera rejetée.

Sur la demande de suspension de l'exécution provisoire de droit attachée à l'ordonnance de référé du 17 mai 2016 :

L'ordonnance de référé frappée d'appel est assortie de l'exécution provisoire de plein droit en application des dispositions conjuguées des articles R1455-10 du code du travail et 489 du code de procédure civile.

Dès lors, si le premier président est compétent, lorsqu'une telle décision est frappée d'appel, pour ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire, c'est conformément aux dispositions de l'article 524 du code de procédure civile, à la double condition cumulative de l'existence d'une violation du principe du contradictoire ou de l'article 12 du même code et lorsque l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

Aux termes de l'ordonnance de référé en date du 17 mai 2016 fondant la présente procédure, le juge des référés du conseil de prud'hommes s'est expressément situé pour fonder sa compétence et l'étendue de sa saisine sur les dispositions de l'article R1455-6 du code du travail qui prévoient que « *la formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

Il a considéré pour établir l'existence d'un lien de subordination entre la société Orange et M. L. que le salarié était totalement incorporé au département Logistique Générale/Bâtiment de la société Orange et qu'il partageait également les mêmes locaux, bureaux et véhicules de cette dernière.

Il a également relevé que l'organisation du travail était précisément définie par l'entreprise utilisatrice Orange et que l'appréciation de l'Inspection du Travail confirmait cet état de fait.

Il a sur ces bases « *constatant les présomptions de délit de marchandage de façon provisoire, ordonné la poursuite de la relation de travail entre M. L. et la société Orange* ».

Il apparaît donc de manière non équivoque que pour fonder son appréciation, le juge des référés s'est fondé expressément sur des documents émanant de la Direccte manifestement un projet de procès-verbal non signé dont la société Orange sollicitait le rejet en contestant la régularité de sa production dans le cadre de la procédure

Il a en revanche pour ce faire, omis de statuer sur la demande de la société Orange qui sollicitait le rejet de ce document émanant de la Direccte en relevant les modalités irrégulières de sa production par le salarié.

L'absence de réponse à la demande de la société Orange à ce titre, alors que ce document a constitué un élément d'appréciation déterminant dans son raisonnement, impose de considérer que le juge des référés a violé les dispositions de l'article 12 du code de procédure civile.

Par ailleurs, l'appréciation de l'existence de conditions permettant de retenir s'il existe ou non un lien de subordination entre la société Orange et M. L. ne peut que relever du juge du fond dès lors, qu'il n'est pas contesté que le salarié est actuellement lié à la société Crom maintenance dans le cadre d'un contrat de travail dont il n'est pas justifié, ni d'ailleurs invoqué, qu'il ait pris fin. De ce fait l'intégration de ce dernier en qualité de salarié de la société Orange telle qu'elle a été ordonnée par l'ordonnance de référé, ne peut être assimilée à une mesure conservatoire ou de remise en état qui s'impose pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite au sens de l'article R1455-6 du code du travail.

En conséquence la société Orange est également fondée à se prévaloir du fait que dans un tel contexte, l'intégration immédiate de M. L. au rang de ses salariés telle qu'elle lui a été imposée par l'ordonnance de référé même à titre provisoire, au regard de la longueur envisageable de la procédure au fond, revêt pour elle des conséquences manifestement excessives voire peut-être pour M. L. lui-même qui perdrait son actuel emploi

Dès lors, la société Orange qui justifie d'une violation des dispositions de l'article 12 du code de procédure civile mais également de l'existence de conséquences manifestement excessives au maintien de l'exécution provisoire de droit de l'ordonnance de référé est fondée à solliciter l'arrêt de celle-ci en application de l'article 524 du code de procédure civile.

Dès lors, l'équité ne commande pas d'allouer au défendeur une quelconque indemnité en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Néanmoins, l'arrêt de l'exécution provisoire étant ordonné dans l'intérêt exclusif de la société Orange sans préjudicier du fond du litige, celle-ci conservera la charge des dépens de la présente procédure.

Par ces motifs :

Rejetons la demande tendant à voir prononcer la nullité de l'acte d'assignation délivrée à la requête de la société Orange à l'encontre de M. L. par acte d'huissier du 31 mai 2016.

Ordonnons l'arrêt de l'exécution provisoire de droit s'attachant à l'ordonnance de référé du conseil des prud'hommes de Clermont-Ferrand en date du 17 mai 2016.

(M. Taborda, mand. synd. - Me Fageole, av.)

## Note.

Sur fond de délit de marchandage, un salarié, intervenant dans la société Orange pour le compte d'une autre société, saisit la formation de référé du Conseil de prud'hommes de Clermont-Ferrand afin de voir ordonner la poursuite de son contrat de travail avec la société Orange, ainsi que le versement d'une indemnité provisionnelle à titre de dommages et intérêts. Par une ordonnance du 17 mai 2016 (première décision ci-dessus), la formation de référé fait droit à ces demandes. La société Orange relève appel de cette ordonnance et, dans le même temps, elle saisit la première présidente de la Cour d'appel de Riom, afin de voir ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire de l'ordonnance précitée (1) en application du dernier alinéa de l'article 524 CPC.

Par une ordonnance en date du 23 juin 2016 (deuxième décision ci-dessus), la première présidente ordonne l'arrêt de l'exécution provisoire de la décision prud'homale, considérant que les conditions du dernier alinéa de l'article 524 CPC sont remplies. C'est cette ordonnance qui est ici commentée.

Nous avons, dans cette revue, en novembre 2015, fait état d'une ordonnance du 1<sup>er</sup> président de la Cour d'appel de Versailles, traitant d'une demande d'arrêt d'exécution provisoire d'un jugement prud'homal (2) ; elle méritait d'être signalée car, procédant d'une analyse fort sérieuse, elle rassurait sur la crainte que l'on pouvait avoir d'une ignorance des premiers présidents de Cour d'appel sur l'application de l'article 524 CPC. Si une telle ignorance n'est certes pas généralisée, elle est cependant encore trop fréquente (3), et l'ordonnance de la Cour d'appel de Riom ici rapportée mérite à son tour d'être commentée, mais pour une raison inverse, en ce qu'elle vient doper le taux de fréquence des accidents d'ordonnance de premiers présidents, traitant d'une demande d'arrêt d'exécution provisoire de droit.

Pourtant, tout semblait prometteur, cette ordonnance prenant le soin de rappeler avec méthode les textes applicables. Ainsi rappelle-t-elle que « *L'ordonnance de référé frappée d'appel est assortie de l'exécution provisoire de plein droit en application des dispositions conjuguées des articles R.1455-10 du Code du travail et 489 du Code de procédure civile* » ; ainsi rappelle-elle encore que « *Dès lors, si le premier président est compétent, lorsqu'une telle décision est frappée d'appel, pour ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire, c'est conformément aux dispositions de*

*l'article 524 du code de procédure civile, à la double condition cumulative de l'existence d'une violation du principe du contradictoire ou de l'article 12 du même code et lorsque l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* ». Ce dernier rappel est conforme au dernier alinéa de l'article 524 CPC, qui précise que « *Le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives* » ; la Cour de cassation a elle-même souligné le fait que les deux conditions étaient cumulatives (4).

Mais, si l'on n'a pas la mesure, si l'on n'a pas les clés, de ce que couvre chacune des deux conditions cumulatives exigées par le dernier alinéa de l'article 524 CPC, une ordonnance arrêtant l'exécution provisoire a de fortes chances de reposer, au final, sur des sophismes débridés, le sérieux de ses conclusions n'étant alors qu'apparence ; c'est précisément le cas de l'ordonnance commentée, lorsque la première présidente décide, en fin de son raisonnement, que, « *Dès lors, la société Orange, qui justifie d'une violation des dispositions de l'article 12 du Code de procédure civile, mais également de l'existence de conséquences manifestement excessives au maintien de l'exécution provisoire de droit de l'ordonnance de référé, est fondée à solliciter l'arrêt de celle-ci en application de l'article 524 du Code de procédure civile* ».

À cette lecture, tout paraît sérieusement justifier l'arrêt de l'exécution provisoire de droit, sauf à interroger le raisonnement sur lequel se fonde l'ordonnance pour s'autoriser une décision aussi ferme, qui prive le salarié de cette exécution provisoire de droit.

### 1. Sur une soi-disant violation de l'article 12 CPC

#### a. Violation de l'article 12 CPC pour omission de statuer.

En premier lieu, il est reproché à la formation de référé du Conseil de prud'hommes d'avoir « *omis de statuer* » sur la demande de la société Orange, qui sollicitait le rejet d'un document émanant de la Direccte en relevant les modalités irrégulières de sa production par le salarié. Selon la première présidente, « *l'absence de réponse à la demande de la société Orange à ce titre, alors que ce document a constitué un élément d'appréciation déterminant dans son raisonnement, impose de considérer que le juge des référés a violé les dispositions de l'article 12 du*

(1) Exécutoire à titre provisoire selon l'article 489 CPC (applicable à la procédure prud'homale par l'article R. 1455-10 C. trav.).

(2) CA Versailles, 26 févr. 2015, Dr. Ouvr. 2015, p. 662, notre note.

(3) V. réf. de nos chroniques et notes, au commentaire préc.

(4) Cass. Soc., 18 déc. 2007, n° 06-44.548, Bull. civ. V, n° 213. Cass. Soc., 13 sept. 2012, n° 11-20.348, Bull. civ. V, n° 227.



Code de procédure civile ». Nous ne voyons vraiment pas ici le lien qu'il peut y avoir entre une omission de statuer et une violation de l'un quelconque des alinéas de l'article 12 CPC. L'omission de statuer ne peut, en application de l'article 463 CPC, être réparée que devant la juridiction qui s'est prononcée ; lorsque la décision de première instance est frappée d'appel, la Cour d'appel, en raison de l'effet dévolutif, doit statuer si elle est saisie de cette demande de réparation (5). Or, dans l'ordonnance commentée, la première présidente n'intervient pas au titre de juge d'appel, mais uniquement sur le fondement des pouvoirs qu'elle tient de l'article 524 CPC, pouvoirs qui ne s'étendent pas à l'omission de statuer.

### **b. Violation de l'article 12 CPC pour incompétence du référé prud'homal.**

En second lieu, la première présidente reproche à la formation de référé du Conseil de prud'hommes, d'avoir statué sur l'existence d'un lien de subordination entre le demandeur et la société Orange, au motif qu'une telle décision ne peut « que relever du juge du fond ».

Or, faut-il rappeler que, selon le deuxième alinéa de l'article 12 CPC, « le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » (6) ; cette obligation s'impose au juge en général, et donc au juge des référés en particulier ! Il est alors quelque peu surprenant de voir la première présidente conclure qu'en procédant à la recherche des relations entre les parties au litige pour qualifier l'acte juridique qui les lie, le juge des référés du Conseil de prud'hommes de Clermont-Ferrand aurait violé cet article 12 CPC.

Par ailleurs, les pouvoirs du référé prud'homal pour la qualification du lien de subordination sont loin d'être mis en question par la jurisprudence. Rappelons tout d'abord que la Cour de cassation a jugé « qu'il appartenait au juge des référés d'appliquer la loi, même si elle requérait interprétation » (7), tout comme elle a jugé que « la formation de référé

du conseil de prud'hommes peut interpréter une convention ou un accord collectif » (8) ; autrement dit, le juge des référés n'est pas un juge statique, mais un juge qui doit être en mouvement, en recherche et en interprétation (9). Pour en revenir plus particulièrement au lien de subordination, un auteur a déjà signalé que « les juges prud'homaux doivent mobiliser les pouvoirs qui sont les leurs pour procéder à des requalifications » (10) ; dans une affaire dans laquelle une formation de référé s'était prononcée sur l'existence d'un lien de subordination, la cassation est intervenue non pas sur l'incompétence du juge des référés à qualifier un tel lien, mais sur la mauvaise appréciation du juge quant à cette caractérisation du lien de subordination (11) ; dans une affaire plus ancienne, la Cour de cassation admet que le juge des référés puisse statuer sur une qualification de co-employeur (12). Enfin, plus récemment et plus globalement, la Cour de cassation n'a-t-elle pas jugé « qu'en l'absence de dispositions excluant l'exercice de ses pouvoirs, prévus par les articles R. 1455-5 à R. 1455-8 du Code du travail, la formation de référé du conseil de prud'hommes ne peut se voir interdire de statuer » (13) ?

Dans l'affaire commentée, si le défaut de pouvoirs du juge des référés est soulevée par le défendeur (mais nous venons de voir qu'au cas d'espèce, le juge des référés est tout à fait compétent), il doit le faire devant la Cour d'appel saisie parallèlement à la demande en suspension de l'exécution provisoire de droit, une telle contestation ne relevant pas de la compétence de la première présidente saisie en arrêt de l'exécution provisoire de droit.

Les deux argumentations soutenues par la première présidente dans son ordonnance (omission de statuer et incompétence du référé) sont donc bien sans rapport avec une quelconque violation de l'article 12 CPC ; il s'agit alors d'une illustration (une de plus !) de la tendance qu'ont certains premiers présidents de Cour d'appel à considérer que le dernier alinéa de l'article 524 CPC leur confère le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire de droit, lorsqu'ils estiment

(5) Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 oct. 1997, Bull. civ. II, n° 250. La Cour d'appel ne peut être saisie pour réparer exclusivement une omission de statuer.

(6) Cette obligation du juge est rappelée dans l'arrêt fondateur qui a défini le lien de subordination, Cass. Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, Bull. civ. V, n° 386, RPDS 1997 p.90 n. L. de La Pradelle.

(7) Cass. Soc., 24 nov. 1998, n° 96-44.111.

(8) Cass. Soc., 27 juin 2007, n° 06-41.904, Dr. Ouvr. 2008, p. 336, n. D. Boulmier.

(9) Ph. Waquet, « Les pouvoirs de requalification du juge », Dr. Ouvr. 1997, p.122. Voir également P. Henriot, « Le juge social, un juge « interventionniste » », Dr. Ouvr. 2014 p. 761 ; P. Moussy, « Variations sur la requalification », Dr. Ouvr. 2000, p. 319.

(10) À propos de CPH Paris, référé départage, 23 janv. 2001, dans lequel le juge départiteur juge, après analyse, que « le conseil de prud'hommes constate la relation salariale et retient sa compétence », in A. de Senga, « Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », Dr. Ouvr. 2001, p. 241, spéc. p. 244.

(11) Cass. Soc., 23 nov. 2005, n° 04-45.328, Bull. civ. V, n° 331 ; RDSS 1/2006, p. 159, n. D. Boulmier.

(12) Cass. Soc., 19 janv. 1999, n° 97-45.404, Bull. civ. V, n° 35.

(13) Cass. Soc., 31 mars 2016, n° 14-25.237 P.

que la décision soumise est entachée d'une erreur de droit (14).

La première condition du dernier alinéa de l'article 524 CPC n'étant pas alors vérifiée, la demande en arrêt de l'exécution provisoire aurait dû être immédiatement écartée.

## 2. Sur de soi-disant « *conséquences manifestement excessives* »

La violation de l'article 12 CPC ayant été retenue, encore fallait-il que la première présidente caractérise « *les conséquences manifestement excessives* », et c'est ce à quoi elle s'est employée, mais, là encore, fort maladroitement.

Selon celle-ci, « *le contexte* » – il faut certainement comprendre l'omission de statuer et l'incompétence de la formation de référé – permet à la société Orange de se prévaloir du fait que « *l'intégration immédiate de M. L. au rang de ses salariés, telle qu'elle lui a été imposée par l'ordonnance de référé, même à titre provisoire, au regard de la longueur envisageable de la procédure au fond, revêt pour elle des conséquences manifestement excessives, voire peut être pour M. L. lui-même, qui perdrait son actuel emploi* ». L'étonnement est encore de mise face à une telle argumentation, et deux critiques s'imposent sur cette motivation.

D'une part, « *les conséquences manifestement excessives* » ne peuvent se déduire de l'appréciation que fait la première présidente de la régularité de la décision déferée. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, depuis longtemps, que « *les conséquences manifestement excessives* » doivent être appréciées exclusivement au regard de la faculté de paiement du débiteur ou des facultés de remboursement du créancier (15). On cherche vainement dans la motivation où se trouve une telle appréciation.

D'autre part, on est surpris de voir apparaître, dans la motivation, un intérêt porté au sort du salarié, en ce que l'exécution provisoire de droit pourrait avoir des « *conséquences manifestement excessives* » à son égard, au motif qu'il pourrait perdre son actuel emploi. Ici encore, totale incompréhension ; quelque peu gênée aux entournures par ses argumentations étrangères à l'article 524 CPC, la première présidente

ne tente-t-elle pas de justifier, pour partie, l'arrêt de l'exécution provisoire par une protection du salarié ? Ce qui laisserait supposer que l'action du salarié, pour laquelle il a obtenu gain de cause en référé, le mettrait en danger, danger contre lequel il faudrait le protéger ? Cette étrange argumentation n'a bien évidemment rien à voir avec les conditions nécessaires à l'application de l'article 524 CPC.

L'ordonnance commentée ne s'appuie donc pas sur les deux conditions du dernier alinéa de l'article 524 CPC, mais c'est seulement sous couvert de ces deux conditions que l'ordonnance accède en fait aux demandes de la société Orange ; celle-ci, qui entendait seulement contester l'ordonnance de référé prud'homal, sans se préoccuper d'argumenter sur les conditions du dernier alinéa de l'article 524 CPC, a malheureusement été suivie par le juge qui lui a fait bénéficier de la motivation rapportée *supra*, emprunte de sophisme (16).

La demande en arrêt de l'exécution provisoire relève souvent d'une intention maligne de l'employeur, intention maligne que le premier président devrait rechercher avant tout. Ainsi, cette autre ordonnance d'un premier président qui, ayant constaté que la requérante entendait en réalité critiquer les motifs de la décision et qu'elle ne pouvait sérieusement invoquer les conséquences manifestement excessives, a condamné ladite requérante à verser au salarié 1000 € de dommages et intérêts pour demande « *manifestement dilatoire* » (17) ; c'est cette voie qu'aurait dû, à l'évidence, suivre la première présidente de la Cour d'appel de Riom dans l'affaire ici commentée.

## 3. Inquiétudes pour l'avenir de l'exécution provisoire

Nous nous sommes déjà inquiété à plusieurs reprises des effets dommageables des ordonnances de premiers présidents qui, en enfreignant manifestement la lettre du texte, rejugeaient l'affaire en s'abritant derrière le dernier alinéa de l'article 524 CPC ; mais pour se rassurer nous pouvions encore espérer une censure de la Cour de cassation, bien qu'un salarié ait toujours hésité à former un pourvoi sur ce point de procédure, principalement pour des raisons financières.

(14) Sur la censure d'une telle analyse au motif que « *l'erreur commise par un juge dans l'application ou l'interprétation d'une règle de droit ne constitue pas une violation manifeste de l'article 12 au sens de l'article 524* » : Cass. Soc., 18 déc. 2007, préc. ; Cass. civ., 2<sup>ème</sup>, 19 févr. 2015, n° 14-18.458.

(15) Cass. A.P., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, Bull. AP, n° 11.

(16) V. Cass. Soc., 26 nov. 2013, n° 12-18.447, Bull. civ. V, n° 280 et la motivation sur le rejet du pourvoi à l'encontre de l'ordonnance ayant rejeté l'arrêt de l'exécution provisoire : « *le premier président a, d'une part, rappelé à bon droit qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier le bien-fondé des décisions assorties de l'exécution provisoire...* ».

(17) CA Aix-en-Provence, Ord. Référé 1<sup>er</sup> prés., 31 mars 2014, Dr. Ouvr. 2014, p. 606, n. D. Boulmier.

Aujourd'hui cet espoir est vain, puisque depuis novembre 2014 la voie du pourvoi en cassation est fermée, contre les ordonnances de premiers présidents arrêtant l'exécution provisoire, tant de droit, qu'ordonnée ! En effet, l'article 525-2 CPC, introduit par le décret n°2014-1338 du 6 novembre 2014, relatif à la procédure civile applicable devant la Cour de cassation, dispose que « *Lorsqu'il est saisi en application des articles 524, 525 et 525-1, le premier président statue en référé, par une décision non susceptible de pourvoi* ». Pour expliquer cette prohibition du pourvoi, des auteurs avancent que « *En pratique en effet, il était fréquent que la cour d'appel statue au fond avant que la Cour de cassation ne se prononce sur le pourvoi en sorte que celui-ci perdait tout intérêt. Au surplus, une fois le jugement exécuté, c'est l'arrêt infirmatif qui permet de récupérer les sommes versées* » (18).

Était-ce une raison suffisante pour supprimer tout contrôle de la Cour de cassation ? Certes non, d'autant que le contrôle exercé par la Cour de cassation à l'occasion du pourvoi avait sans aucun doute un rôle formateur des premiers présidents pour l'application de l'article 524 CPC, du moins pour ceux qui se préoccupaient d'une bonne justice.

Alors qu'il y a vingt ans, l'idée était d'ordonner l'exécution immédiate des jugements de première instance pour lutter contre les recours dilatoires (19), on avait vu, au contraire, s'étendre les pouvoirs des premiers présidents de Cour d'appel à l'arrêt de l'exécution provisoire de droit (20) ; le coup de grâce est donc porté par le décret du 6 novembre 2014 précité qui donne, sur cette question, les pleins pouvoirs aux premiers présidents de Cour d'appel, qui peuvent donc allègrement s'affranchir de l'article 524 CPC, puisque rien ne pourra venir les « recadrer ».

Ne risque-t-on pas de voir, en matière prud'homale, exploser les ordonnances arrêtant l'exécution provisoire de droit pour la plus grande satisfaction des employeurs ? Mais alors ce serait, en particulier, un mauvais coup porté au référé prud'homal puisqu'il deviendrait sans effet !

N'aurait-il pas fallu, pour le moins, compenser la suppression du pourvoi en cassation en trans-

férant la compétence de l'arrêt de l'exécution provisoire à une formation collégiale ? Faire reposer l'arrêt de l'exécution provisoire sur un juge unique, tout premier président de Cour d'appel qu'il soit, et dont la décision n'est susceptible d'aucun recours, n'est pas la meilleure des garanties pour les justiciables salariés (21), l'ordonnance commentée en étant un bel exemple. Mais l'on peut supposer que la « simplification » de procédure décidée en 2014, relève davantage d'une préoccupation comptable de la justice, que d'une préoccupation visant une meilleure administration de cette justice...

Comme maigre solution, l'on peut toujours proposer de mettre à disposition des premiers présidents de Cour d'appel peu soucieux de rendre des décisions conformes aux règles de procédure qui s'imposent à eux, un fascicule « Du bon usage de l'article 524 CPC » (22) retraçant la jurisprudence de la Cour de cassation pour la période au cours de laquelle elle assurait pleinement un office de juge régulateur en matière d'arrêt de l'exécution provisoire.

**Daniel Boulmier**, Maître de conférences  
de droit privé, Université de Lorraine -  
Institut Régional du Travail

(18) E. Baraduc et L. Boré, « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation. A propos du décret n°2014-1338 du 6 novembre 2014 », JCP G, 2014, 1242.

(19) J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, 169 p., spéc. p.108 ; *adde* J.-M. Coulon, Interview, *La justice en procès*, D. 2002, p. 493, spéc. p.494. Un projet de décret d'avril 2002 allait en ce sens, mais il n'a jamais été concrétisé.

(20) D. n°2004-836 du 20 août 2004 ayant introduit le sixième alinéa de l'article 524 CPC actuellement en vigueur.

(21) Pour un autre exemple de difficultés quant à un éventuel recours sur des ordonnances de premiers présidents de cours d'appel intervenant hors de leurs pouvoirs, v. D. Boulmier, « Renvoi pour cause de suspicion légitime en violation de la collégialité. À propos d'ordonnances de premiers présidents de Cour d'appel », *Dr. Ouvr.* 2014, p. 619.

(22) Pourquoi pas dans une célèbre collection des Éditions First ?