

Du bon usage du référé prud'homal

par Sabrina MRAOUAHI, Maître de conférences en droit privé,
Université Grenoble-Alpes, CRJ EA 1965

PLAN

I. Le juge des référés, « un juge qui toujours décide »

- A. Un juge (quasi) omniprésent...
- B. ... aux pouvoirs étendus

II. Le juge des référés, garant de l'effectivité des droits et du droit

- A. Conforter la fonction d'anticipation
- B. Redécouvrir la fonction préventive

Au lendemain d'une profonde réforme de la justice prud'homale, dont l'un des objectifs affichés est l'amélioration de la célérité de la procédure (1), il y a un certain paradoxe à observer : la baisse du nombre de demandes en référé (2). Certes, le référé ne conduit pas à un jugement contradictoire tranchant définitivement le litige des parties, mais il leur ouvre la voie à une protection juridictionnelle rapide et provisoire de leurs droits. Sa procédure spécialement aménagée lui assure une efficacité réelle, qui, dans un contexte général d'encombrement des juridictions, a fait son succès. Devenu le bras armé d'un système judiciaire qui n'apparaît pas toujours capable de répondre en temps utile aux besoins des justiciables, le référé se présente comme une justice rapide, accessible et pragmatique. Ce qui lui a valu ce bel et célèbre hommage d'un premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris : le référé aurait sauvé « l'honneur judiciaire de la France » (3) !

La confiance du législateur à l'égard de cette procédure d'exception ne tarit pas. L'actualité en témoigne. C'est, en effet, à la formation de référé qu'il est expressément renvoyé pour assurer la protection du contrat du « nouveau » lanceur d'alerte (4). C'est elle également qui s'est vue confier les demandes de désignation de médecin-expert en cas de contestation des avis, propositions, conclusions ou indications du médecin du travail (5). Et c'est aussi sur le modèle du référé qu'ont été dessinés les contours de son cousin,

récemment institutionnalisé par le Code du travail (6), le « référé en la forme ». Mais le référé a également gagné la faveur de la jurisprudence, qui a œuvré pour son expansion. Celle-ci entend conforter la place privilégiée du référé dans le traitement du contentieux du travail, en rappelant, au besoin, la place qui est la sienne. Cette volonté conjugée du législateur et de la jurisprudence a conduit à faire du juge des référés un juge à tout instant disponible (I), dont la mission est d'assurer le respect de la légalité et la garantie des droits (II).

I. Le juge des référés, « un juge qui toujours décide » (7)

En dépit de son introduction tardive au sein du Conseil de prud'hommes (8), le référé prud'homal a connu un déploiement similaire au référé civil. Ce qui ne surprend guère puisque, s'il a conservé son originalité (il est confié à une formation collégiale et paritaire), il emprunte les mêmes caractéristiques et est soumis

aux mêmes conditions que son homologue civil.

Ainsi, dans le dessein d'assurer l'efficacité de cette procédure et, incidemment, celle de la protection des droits dont elle a à connaître, un accès facilité à la formation de référé a été organisé. Parce qu'il est « bon et juste qu'un juge, toujours présent et toujours

(1) V. not. V. Orif, « La réforme des juridictions prud'homales au regard du droit à un procès équitable », Dr. Ouv. 2016, pp. 387 et s. ; E. Serverin, « Décryptage : la réforme de la justice prud'homale, d'une critique à l'autre », Dr. Ouv. 2016, pp. 118 et s.

(2) E. Serverin, « Agir aux prud'hommes, hier et aujourd'hui », Dr. Ouv. 2014, p. 699 : l'étude relève une baisse constante des demandes en référé depuis 2011 (alors que la part des référés représente généralement 21/22 % des demandes formées devant le Conseil de prud'hommes, elle ne représentait plus que 14,2 % en 2013). Néanmoins, selon les derniers chiffres accessibles, la part des référés serait en hausse, sans jamais atteindre les proportions antérieures à 2010 (env. 18 % : 33.063 demandes en référé sur 182.803 demandes au total. Source : ministère de la Justice / SG / SDE / exploitation statistique du Répertoire général civil).

(3) J. Vassogne, in *La juridiction du président du tribunal, t. 1, Des référés*, C. Cézard-Bru, P. Hébraud, J. Seignolle et G. Odoul, Librairies techniques, 1978, 5^e éd., préf.

(4) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 12.

(5) Art. L. 4624-7, C. trav., créé par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

(6) Art. R. 1455-12, C. trav., créé par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016.

(7) P. Drai, « Quelques observations sur le décret n° 87-434 du 17 juin 1987 : Pour un juge qui toujours décide... », Gaz. Pal. 1987, p. 512.

(8) Il a fallu attendre le décret du 12 septembre 1974 et la loi *Boulin* du 18 janvier 1979 pour voir naître une véritable formation de référé prud'homale.

disponible, puisse agir et faire en sorte que l'illicite ne s'installe et ne perdure par le seul effet du temps qui s'écoule ou de la procédure qui s'éternise » (9), le référé prud'homal s'est vu reconnaître un vaste domaine d'intervention dont les frontières sont sans cesse reculées et ce, sous l'effet de deux facteurs : la reconnaissance d'une compétence quasi-générale (A.) et la plasticité des conditions auxquelles il est soumis (B.).

A. Un juge (quasi) omniprésent...

Amenée à se prononcer « dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes » (10), la formation de référé est susceptible de connaître de tous les contentieux dont pourrait être saisie la juridiction prud'homale. Et la fréquence des audiences de référés (une audience par semaine au moins (11)) garantit sa disponibilité pour intervenir avec la célérité nécessaire. Cette accessibilité, qui assoit l'efficacité et la légitimité de l'institution, est renforcée par le pouvoir reconnu au président du conseil – bien que le recours au référé d'heure à heure ne soit pas expressément prévu (12) – de fixer, après avis du vice-président, « une ou plusieurs audiences supplémentaires ou [de] déplacer les jour et heure de la ou des audiences de la semaine » « lorsque les circonstances l'exigent » (13). Les exemples sont rares, mais la pratique démontre que ce pouvoir est parfois mobilisé par des présidents désireux d'assurer l'utilité de leurs décisions (14).

L'accès au référé a néanmoins pu être mis en doute dans les cas où une autre formation du Conseil dispose de prérogatives ou d'une compétence particulières pour répondre rapidement à certains litiges. On sait que l'autonomie reconnue au référé permet au

demandeur de solliciter, à tout instant, la formation de référé (15), alors même qu'une autre formation aurait été saisie (16). Cette option générale joue en faveur du justiciable, alors même que le bureau de conciliation et d'orientation dispose de pouvoir juridictionnels concurrents (17), sous réserve néanmoins de ne pas transformer la voie du référé en « voie de recours » (18) des décisions de ce dernier (19).

La question se révèle plus délicate lorsqu'une procédure accélérée a été spécialement aménagée devant le bureau de jugement, tel un « référé en la forme » (20). Alors appelé à statuer « selon la forme des référés » (21), la formation de jugement va cependant trancher le litige au principal. En tel cas, on s'accorde généralement à soutenir que cette procédure hybride est exclusive du référé provisoire (22). Pourquoi, en effet, maintenir le recours à la formation ordinaire de référé, dont les pouvoirs sont limités au provisoire, alors que le législateur a entendu soumettre le litige au juge du principal intervenant selon les mêmes formes ? La réponse n'est pourtant pas assurée, faute d'exclusion textuelle claire. Il faut, en tout état de cause, admettre que, s'il y a exclusion du référé ordinaire, celle-ci doit être entendue strictement, le référé devant retrouver sa place à l'égard des demandes dont l'objet ne relèverait pas des prévisions de ces textes spéciaux.

Outre ce faux référé, la loi prévoit parfois la saisine directe du bureau de jugement. Traduisant une volonté d'évitement de la phase de conciliation à fin de célérité (23), cette procédure dérogatoire était traditionnellement comprise comme chassant le référé (24). Bien qu'aucune règle générale n'ait

(9) P. Draï, op. cit.

(10) Art. R. 1455-5, C. trav.

(11) Art. R. 1455-4, C. trav.

(12) Faute de renvoi à l'article 485 CPC par l'art. R. 1455-10.

(13) Art. R.1455-4, C. trav.

(14) CPH Versailles, réf., 5 novembre 1999, Dr. Ouv. 2000, p.174.

(15) N. Cayrol, « Référé civil », Rép. pr. civ., Dalloz, 2016, n° 61.

(16) Cass. Soc. 30 octobre 1997, n° 95-41.464, inédit ; Cass. Soc. 14 mai 1992, n° 88-42.965, Bull. civ. V, n° 312. Il avait, en effet, été jugé que l'ancienne règle d'unicité de l'instance n'était pas applicable en tel cas : Cass. Soc. 12 janvier 1999, n° 97-45.209, Bull. civ. V, n° 16 ; Cass. soc., 24 mars 2010, n° 09-40.938, JCP S, 2010, n. I. Pétel-Teyssié. Néanmoins : Cass. Soc. 27 février 2013, n° 11-22.022, inédit.

(17) Art. R. 1454-14, C. trav.

(18) D. Boulmier, « Mesures provisoires en conciliation et en référé : faut-il une « règle de l'unicité de l'instance du provisoire ? », JCP S 2012, 1254, n° 13.

(19) Dès lors que le BCO a rejeté une demande, celle-ci ne saurait par suite être soumise à la formation de référé (Cass. Soc. 15 février 2006, n° 05-42.541, inédit). V. néanmoins CA Versailles, 6^e ch., réf., 1^{er} mars 2011, n° 10/03.086, JCP S 2012, 1254, comm. D. Boulmier ; Dr. Ouv. 2012, p.554, comm. P. Rennes.

(20) Sur cette procédure, v. M. Foulon et Y. Strickler, *Les référés en la forme*, Dalloz, 2013. La lecture du nouvel article R.1455-12 (la demande doit être portée « à une audience tenue à cet effet aux jour et heures habituels des référés ») et l'interprétation qu'en donne le ministère de la Justice (<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/fiches-techniques-cph-12836/la-procedure-prudhomale-les-referes-en-la-forme-29023.html>) laissent entendre que ces demandes devraient désormais être portées – sauf disposition expresse contraire – devant la formation de référé. V. cependant la solution de la Cour de cassation à propos du « référé en la forme » de l'article L. 6222-18 : Cass. Soc. 8 décembre 2016, n° 15-19.439, JCP S 2017, 1026, n. Th. Lahalle.

(21) Tel est le cas des demandes faisant suite à la mise en œuvre du droit d'alerte des délégués du personnel (art. L.2313-2), des contestations relatives au refus de l'employeur d'accorder certains congés spéciaux (art. L.3142-3, L.3142-13, L.3142-25, L.3142-39, L.3142-45, L.3142-51, L.3142-57, L.3142-63, L.3142-69, L.3142-76, L.3142-113). Il faut y ajouter, suivant la récente interprétation de la Chambre sociale (Cass. Soc. 8 décembre 2016, préc.), le contentieux de la rupture du contrat d'apprentissage (art. L.6222-18).

(22) D. Boulmier, *Conseil de prud'hommes – Agir et réagir au procès prud'homal*, Lamy – Axe Droit, 2011, n° 252.

(23) A. Supiot, *Les juridictions du travail*, Dalloz, 1987, n° 573.

(24) V. not., D. Boulmier, *Conseil de prud'hommes*, préc., n° 252 ; J. Villebrun et G.-P. Quétant, *Traité de la juridiction prud'homale*, LGDJ, 3^e éd. 1998, nos 1215 et 1387.

été dégagée en ce sens (25), il était loisible d'inférer de l'existence d'un tel aménagement la volonté du législateur de consacrer la compétence exclusive de la formation de jugement. De récentes décisions conduisent pourtant à écarter une telle interprétation.

Dans un arrêt du 3 mars 2015, relatif au contentieux des créances salariales s'inscrivant dans le cadre de procédures collectives (26), la Chambre sociale a admis l'intervention de la formation de référé pour allouer des provisions sur salaire. Voilà rouvertes les portes du référé dans un contentieux où on les pensait définitivement closes. En effet, la loi confiant ce contentieux directement au bureau de jugement (27), la jurisprudence affirmait jusqu'alors qu'une telle compétence d'attribution écartait « toute possibilité de s'adresser au juge des référés pour obtenir une provision » (28). Si l'intervention de la formation de référé n'était sans doute pas totalement exclue (29), la Cour de cassation a entendu, par cette décision, revenir sur la rigueur de sa solution.

Plus récemment, c'est à l'égard de la procédure de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée qu'elle a conforté l'office de la formation de référé (30), en admettant que cette dernière puisse ordonner, parallèlement à l'instance au fond, le maintien provisoire des contrats de travail contestés et ce, pour toute la durée de la procédure (31). C'est dire que la formation de référé reste un juge à tout instant accessible, dont la mise à l'écart ne peut être entendue que de manière restrictive.

B. ... aux pouvoirs étendus

Opérant dans le cadre d'une procédure dérogatoire, l'office de la formation de référé est encadré. Son intervention est soumise aux conditions énoncées par les articles R.1455-5 à R. 1455-7 du Code du travail : « urgence », « dommage imminent », « trouble manifestement illicite », « obligation non sérieusement contestable », auxquelles il faut ajouter l'article 145 du Code de procédure civile et son « motif légitime ». Pourtant, la plasticité des notions auxquelles il est

fait référence a autorisé une jurisprudence hardie à étendre le champ d'action du référé. Appuyant ce mouvement général, la Cour de cassation s'est attachée à condamner toute forme d'autolimitation (1.) et à offrir une lecture compréhensive de ses chefs de saisine (2.).

1. L'exclusion des limites « hors les textes »

L'histoire du référé est celle d'une multiplication de ses fondements juridiques et d'une diversification de son objet. Le référé se conjugue ainsi au pluriel. Ce pluralisme est garanti par l'autonomie consacrée à chaque référé, chacun d'eux étant subordonné aux seules conditions prévues par les textes qui les définissent. Aussi n'y a-t-il pas à vérifier l'urgence de la demande lorsque celle-ci n'est pas expressément exigée (32) ; et l'existence d'une contestation sérieuse ne saurait faire obstacle à l'intervention du juge des référés lorsque le texte en cause manifeste, à cet égard, son indifférence (33). Prolongeant cette idée, la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 31 mars 2016, le caractère inopérant de toute limite non expressément prévue : « 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 » (34). La formule est sans ambages : quel que soit le chef de saisine, l'on ne saurait plaider le défaut de pouvoir de la formation de référé en excipant, notamment, de ce que l'appréciation de certaines notions échapperait, par nature, à son office. Le principe énoncé exprime la volonté de la Cour de faire échec aux obstacles dressés par les plaideurs et de lutter contre les réticences des juges eux-mêmes.

2. La lecture compréhensive des conditions textuelles

Selon l'analyse traditionnelle, l'urgence et l'évidence constituent les deux clefs de lecture du référé. Conditions de son intervention, elles seraient également la limite de son action. Il semble pourtant que leur portée soit parfois nuancée.

(25) Par ex., CA Amiens, 26 novembre 2003, Dr. Ouv. 2004, p.372, n. M. Estevez. – Cass. Soc. 10 mai 2012, n° 10-14.039, inédit.

(26) Cass. Soc. 3 mars 2015, n° 13-22.411 ; Cah. Soc. 2015, n° 273, p.213, n. F. Canut ; JCP S 2015, 1197, n. S. Brissy ; Procédures, 2015, comm. 235, A. Bugada ; RDT 2015, p. 477, comm. M. Grévy ; RPC 2015, n° 3, comm. L. Fin-Langer.

(27) C. com., art. L. 625-5 : si une créance ne figure pas en tout ou en partie sur le relevé de créances salariales (L. 625-1) ou si l'AGS refuse de payer l'une des créances figurant sur ce relevé (L. 625-4).

(28) Cass. Soc. 17 juin 1992, n° 89-43.338, Bull. civ. V, n° 406 ; Cass. Soc. 23 octobre 2012, n° 11-15.530, Bull. civ. V, n° 272 ; JCP S 2013, 1039, n. L. Fin-Langer.

(29) Cass. Soc. 7 avril 1998, n° 97-44.552, Bull. civ. V, n° 412, D. 2001, p. 114, obs. F. Derrida ; CA Dijon, 11 février 2016, n° RG 15/00842.

(30) Art. L. 1245-2 et L. 1251-41, C. trav.

(31) Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 15-18.560, inédit, reproduit ci-après p. 307.

(32) Cass. Soc. 19 novembre 2008, n° 07-44.075, inédit ; Cass. Soc. 26 octobre 1993, n° 91-44.990, inédit.

(33) Cass. Soc. 10 janvier 2006, n° 04-46.838, inédit.

(34) Cass. Soc. 31 mars 2016, n° 14-25.237 à n° 14-25.253 et n° 14-25.261 à n° 14-25.275, reproduit ci-après p. 308 ; JCP S 2016, 1214, n. A. Bugada.

a. L'urgence

Raison d'être initiale du référé, l'urgence n'est plus la condition nécessaire de son intervention. Aujourd'hui, seul l'article R.1455-5 y fait encore appel : « *dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut [...] ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ». Mais, il faut en convenir, l'urgence transparaît également à la lecture de l'article R.1455-6 derrière l'exigence du « *dommage imminent* ». Entendue comme le « *dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer* » (35), cette condition renvoie à une forme d'urgence, mais ajoute à celle-ci en ce qu'elle implique une certaine illégitimité du dommage redouté (36). Tel est le cas, par exemple, de la perte d'emploi résultant de la survenance du terme d'un contrat à durée déterminée irrégulier (37). Sans doute aussi, l'exigence d'un « *trouble manifestement illicite* » (art. R.1455-6) et celle d'une « *obligation non sérieusement contestable* » (art. R.1455-7) renvoient à une certaine idée d'urgence, l'urgence à ne pas laisser perdurer une situation d'une évidente illécitité. Si elle est en ce cas présumée, l'urgence n'a cependant pas à être caractérisée (38).

Le recul formel de l'urgence comme condition de référé s'accompagne d'une dilution de sa teneur. Notion indéfinie, il est difficile, pour la saisir, d'aller au-delà de l'idée d'un préjudice dans le retard qui découlerait objectivement de la situation soumise ou qu'engendrerait, plus relativement, le délai nécessaire pour l'obtention d'une mesure du juge ordinaire (39). Laisée à l'appréciation souveraine du juge des référés (40), cette condition est souvent appréciée de manière compréhensive. Il faut admettre que, dans les litiges du travail, cette condition est bien souvent remplie en raison, notamment, « *des enjeux alimentaires qui président* » (41). On relèvera également la souplesse dont fait preuve la Cour de cassation à l'égard même de la motivation : une clause de style telle « *vu l'urgence* » suffit à caractériser cette condition (42) ;

elle peut même l'être implicitement, l'urgence relevant alors des circonstances de la cause (43). Aussi, loin de freiner l'intervention du référé, l'urgence soutient son développement.

b. L'évidence

Répondant de l'idée que le juge des référés doit « *laisser ouverte la discussion devant le juge du fond* » (44), l'évidence serait la seconde condition et limite du référé. Cette exigence trouve sa traduction dans la notion de « *contestation sérieuse* », faisant obstacle à la mise en œuvre du référé-urgence, du référé-provision et du référé-injonction. Bien entendu, tout moyen de défense n'est pas de nature à empêcher l'action en référé. Invitée à écarter les contestations superficielles et dilatoires, la formation de référé doit vérifier s'il existe un doute sérieux quant à l'obligation invoquée ou si le moyen soulevé par le défendeur est de nature à prospérer devant le juge du principal. Tel est le cas s'il existe un doute réel sur la portée d'une clause contractuelle (45) ou sur l'application d'une convention collective à une entreprise (46). La seule circonstance qu'une action ait été introduite devant le juge du principal ne saurait, en revanche, suffire (47). L'évidence trouverait également un écho dans l'article R.1455-6 puisque le trouble exigé doit être *manifestement illicite* (48), ce qui suppose une « *perturbation [...] qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* » (49).

Cette image du juge des référés comme « *juge de l'évident et de l'incontestable* » (50) mérite néanmoins d'être affinée. D'une part, l'exigence d'évidence n'a pas de portée générale. En effet, face à un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite, la formation de référé « *peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse* », être saisie. Même en cas d'urgence, elle peut toujours ordonner les mesures d'attente que justifie le « *différend* » constaté. D'autre part, rompant avec l'analyse traditionnelle selon laquelle le juge des référés ne saurait mener une réflexion approfondie sur la situation qui lui est

(35) H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, Sirey, 1991, n° 1289.

(36) Y. Strickler, *Procédure civile*, Larcier, 6^e éd., 2015, n° 428 ; P. Estoup, *La pratique des procédures rapides : référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, Litec, 2^e éd., 1998, n° 87.

(37) Cass. Soc. 8 mars 2017, préc. ; CPH Clermont-Ferrand, réf., 18 mai 2016, Dr. Ouv. 2016, p. 565 n. D. Boulmier.

(38) Cass. Soc. 15 mars 1984, n° 82-12.570, Bull. civ. V, n° 99.

(39) V. not. Y. Strickler, « Urgence », *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadet (dir.), PUF, 2004, pp. 1315 et s.

(40) Cass. Soc. 25 mars 1998, n° 97-43.632, inédit ; Cass. Soc. 25 juin 1987, n° 84-44.356, inédit.

(41) A. Supiot, « Les pouvoirs de la formation de référé », *Dr. Soc.* 1986, p. 536. Ce qui explique que le défaut d'urgence soit rarement relevé : par ex., Cass. Soc. 14 mai 1981, Bull. civ. V, n° 429.

(42) Cass. Soc. 2 mars 2004, n° 02-16.554, Bull. civ. V, n° 71.

(43) Cass. Soc. 7 juillet 1981, n° 81-60.149, Bull. civ. V, n° 665.

(44) P. Estoup, op. cit., n° 18.

(45) Cass. Soc. 23 février 1977, n° 75-14.498, Bull. civ. V, n° 139.

(46) Cass. Soc. 31 mars 1982, n° 81-11.211, Bull. civ. V, n° 247.

(47) Cass. 2^e civ. 21 janvier 2010, n° 09-12.831, Bull. civ. II, n° 21.

(48) Par ex. X. Vuitton et J. Vuitton, *Les référés*, LexisNexis, 3^e éd., 2012, n° 293 ; G.-P. Quéant et J. Villebrun, op. cit., n° 1170.

(49) H. Solus et R. Perrot, op. cit., n° 1289.

(50) P. Drai, « Le référé dans la société en 1980 », in *Journée d'Étude TGI Paris*, 1980, p. 36.

soumise, la Cour de cassation veille, au contraire, à ce que la formation de référé ne décline pas trop rapidement ses pouvoirs. L'encourageant à dépasser les apparences pour appréhender le fond du litige, et l'invitant à apprécier la valeur des thèses en présence, elle censure toute inertie à cet égard (51). Mieux, la formation de référé ne saurait « *prendre prétexte de ce que la complexité de la matière, de la subtilité des appréciations qu'elle appelle, la réflexion que demandent ces dernières, relèveraient par nature des seules attributions de la juridiction du fond* » (52) pour dire la demande irrecevable. En ce sens, elle ne saurait dénier ses pouvoirs au motif qu'il existerait une contestation sérieuse sur l'interprétation de la loi (53) ou d'une convention ou d'un accord collectif (54). Il lui revient de procéder aux interprétations nécessaires. Ceci est particulièrement vrai s'agissant du trouble manifestement illicite. La Chambre sociale, qui contrôle cette notion (55), consacre une conception unitaire de cette condition, de sorte que l'illicéité semble en devenir le critère essentiel. Il revient alors au juge des référés de rechercher cette illicéité, même au prix de recherches poussées. Ainsi, sollicité pour constater l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant d'un licenciement discriminatoire, il est tenu d'« *apprécier si les éléments qui lui sont soumis laissent supposer l'existence d'une discrimination, et notamment le prononcé*

d'un licenciement pour des motifs qui ne sont pas sérieux, et, dans l'affirmative, rechercher si l'employeur apporte des éléments objectifs de nature à justifier que ses décisions sont étrangères à toute discrimination » (56). Suivant la même logique, la formation de référé, saisie pour constater la nullité du licenciement faisant suite à la dénonciation par le salarié de faits de harcèlement moral, ne peut refuser d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi de celui-ci (57).

Cette approche libérale des conditions textuelles est assurément un facteur d'expansion du référé. Son champ d'action n'est cependant pas sans limite. Si, après examen, il apparaît que la situation « *d'une particulière urgence* » impose le contrôle du juge du principal, il reste alors à la formation de référé la possibilité d'emprunter une autre voie, souvent ignorée, mais pourtant spécialement aménagée : la passerelle. Celle-ci lui permet, avec l'accord des parties, de renvoyer l'affaire directement devant le bureau de jugement à une date fixée, après avoir procédé elle-même à une tentative de conciliation (58).

Au total, l'interprétation jurisprudentielle de l'encadrement du référé traduit un certain pragmatisme et une quête permanente d'efficacité de cette institution judiciaire. Cette dynamique s'explique par la mission dévolue au juge des référés : garantir la légalité et la protection des droits.

II. Le juge des référés, garant de l'effectivité des droits et du droit

Habilité à « *ordonner immédiatement les mesures nécessaires* » (59), la formation de référé entretient avec le temps des rapports étroits. Suivant une procédure rapide (60), ses décisions sont dotées de l'exécution provisoire de droit (61), dont elle peut assurer l'effectivité en les assortissant d'une astreinte (62). Ce pouvoir d'action directe revêt, à l'égard de la relation de travail, une coloration particulière. Par sa célérité, le référé autorise une action judiciaire *ex ante*. Il permet de faire obstacle à l'entrée en application d'un acte

illicite ou de neutraliser celui déjà en vigueur avant qu'il n'épuise tous ses effets. Plus précisément, il se présente comme un instrument de protection particulièrement efficace pour faire échec aux décisions de l'employeur, illicites ou illégitimes, qui, dotées du privilège du préalable (63), sont susceptibles de causer des dommages irréversibles et de marquer définitivement la situation des parties. Et, dans les cas où le dommage se serait concrétisé, il autorise une sanction rapide, rétablissant ainsi la légalité et facilitant la

(51) Par ex. Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 13-10.365, inédit ; Cass. Soc. 5 mai 2004, TPS 2004, comm. 283.

(52) J. Normand, « Dommage imminent et trouble manifestement illicite », in *La Justice civile au XXI^e siècle*, Edilaita, 2003, n° 33.

(53) Cass. Soc. 24 juin 2009, n° 08-42.116, inédit ; Cass. Soc. 24 novembre 1998, n° 96-44.111, inédit, Gaz. Pal. 1999, 1, p. 298.

(54) Cass. Soc. 15 juin 2016, n° 14-19.257, inédit, reproduit ci-après p. 310 ; Cass. Soc. 15 janvier 2002, n° 00-41.117 et 00-41.122, Bull. civ. V, n° 14 ; Cass. Soc. 27 février 2001, n° 00-41.157, inédit.

(55) Cass. Ass. plén. 28 juin 1996, JCP G 1996, II, 22712, n. Mémeteau ; JCP G 1996, I, 3972, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 1996, p. 501, n. M. Coulon ; Gaz. Pal. 1996, 2, p. 398, n. A. Perdriau ; RTD civ. 1997, p. 216, obs. J. Normand.

(56) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 13-10.365, inédit.

(57) Cass. Soc. 25 novembre 2015, n° 14-17.551, Cah. Soc. 2016, n° 281, p. 22, n. J. Icard ; Gaz. Pal. 2016, n° 6, p. 71, n. V. Orif.

(58) Art. R.1455-8, C. trav.

(59) Art. 484, CPC.

(60) En 2015, le délai de jugement est de 2 mois en moyenne (*Chiffres clefs de la Justice*, 2016, ministère de la Justice, p. 11).

(61) Art. 489, CPC. La jurisprudence garantit cette efficacité de l'ordonnance. V. not. Cass. soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589, Dr. Ouv., 2016, n° 819, p. 640, note A. Mazières.

(62) Art. 491, CPC.

(63) V. A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », SSL 2008, suppl., n° 1340, spéc., p. 16 ; A. Rieu, *Le droit du travail et les concepts de droit administratif*, Th. Cergy-Pontoise, 2006, dact., spéc., pp. 64 et s. – R. Encinas De Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ 1996, spéc., n° 456 s.

réparation. Indéniablement, le référé participe à l'effectivité des droits et du droit (63 bis).

L'efficacité de ce pouvoir d'action « à chaud » dépend néanmoins des conditions de son intervention. Juge en action, la formation de référé est amenée à adopter « *des dispositions pratiques tirant les conséquences matérielles d'une évidence préalablement constatée* » (64). Non saisie du principal, sa mission n'est pas de trancher le fond du droit, mais d'apporter sans délai une solution rapide et concrète à une situation déterminée au travers de « mesures ». Ce qui explique qu'à la différence des pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation et d'orientation (65), le législateur n'a pas entendu limiter les modalités de son action. Sous réserve du respect du caractère provisoire de la décision et de l'office du juge du principal, la formation de référé dispose de toute latitude pour ordonner la mesure qu'elle estime la plus adaptée à la situation. Elle ne saurait, par ailleurs, être liée par la demande formulée par les parties et les mesures qu'elles sollicitent.

À la vérité, cette liberté est relative. Elle doit, en réalité, être mesurée à l'aune des fonctions assignées au référé. On enseigne classiquement que le référé remplit une double fonction : fonction d'anticipation de ce qu'aurait décidé le juge du principal, d'une part, fonction de prévention, d'autre part (66). Selon la finalité de son intervention, son office marquera un certain rapprochement avec celui du juge du principal. Aussi, une certaine prudence s'imposera au juge des référés lorsqu'il sera amené à présumer de la solution qui pourrait être rendue au fond. Mais il retrouvera sa liberté dès lors qu'il lui sera demandé d'organiser une situation conflictuelle dans l'attente de l'intervention du juge ordinaire. Pourtant, à l'analyse, cette frontière ne paraît pas toujours très claire, une mesure de même nature (par exemple, une provision) pouvant relever tant des mesures de réparation que des mesures conservatoires.

On observe également qu'en pratique, ces deux fonctions ne sont pas mobilisées de façon identique,

la formation de référé semblant essentiellement sollicitée pour rendre une solution provisoire au litige. Mais, si cette intervention anticipative doit être confortée – ne serait-ce que parce qu'elle permet de pallier les lenteurs dommageables de la justice ordinaire (A.) –, son action préventive, dont les vertus et les potentialités sont réelles, mérite, quant à elle, d'être réhabilitée (B.)

A. Conforter la fonction d'anticipation

Expression d'une conception moderne du référé, la formation de référé s'est vue confier une mission de police, celle de faire respecter les droits non sérieusement contestables et de faire cesser les actes de justice privée. Qu'il s'agisse de rétablir la légalité ou de réparer un préjudice, elle intervient pour mettre fin à une atteinte illégitime à un droit ou à une liberté. Alors sollicitée pour mettre en œuvre son « *pouvoir de sanction* » (67), elle est amenée à apprécier le fond du litige, son rôle se rapprochant alors de celui de la formation de jugement.

Pour autant, juge du provisoire, elle ne saurait prendre de mesure déclarative de droit modifiant la situation juridique. Elle ne peut prononcer l'annulation d'un acte (68), ordonner la résiliation d'un contrat (69) ou déterminer l'imputabilité de la rupture (70), de telles décisions revenant à trancher le principal. Si elle ne dit pas le droit, elle peut néanmoins prescrire les mesures correspondant à l'effet juridique de la règle applicable, comparables à celles qu'arrêterait le juge du principal. Faute de pouvoir prononcer la nullité de la clause de non-concurrence illicite, elle pourra, par exemple, en constater l'inopposabilité (71).

L'étude de la jurisprudence témoigne de la particulière efficacité des mesures ordonnées, qui permettent, parfois, d'annihiler complètement les effets dommageables de l'acte illicite. Ce faisant, bien que non revêtue de l'autorité de chose jugée au principal (72), la décision rétablit les droits de la partie lésée et restaure la légalité (73).

(63 bis) P. Henriot « Le juge social, un juge « interventionniste » », Dr. Ouv. 2014, p. 761.

(64) J. Normand, RTD civ. 1982, p. 193.

(65) Art. R.1454-14 et R.1454-15, C. trav.

(66) Si les terminologies diffèrent, l'idée est identique. V. J. Normand, « Le juge unique et l'urgence », in *Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Ch. Bolze et Ph. Pédrot (dir.), Dalloz, 1996, p. 23, spéc., pp. 26 et s. ; « Les procédures d'urgence en droit du travail », Dr. Soc. 1980, spéc., p. 46 : « fonction conservatoire » / « fonction de police des situations manifestement illicites » ; A. Supiot, art. préc., Dr. Soc. 1986, p. 540 : mesures de réparation / mesures de sauvegarde.

(67) M.-L. Dufresne-Castets, « Le référé comme garantie de l'effectivité des droits », Dr. Ouv. 2004, spéc. p. 254 ; J.-P. Rousse, « Nature et finalité de la mesure de référé », Gaz. Pal. 1977, Doct. pp. 249 et s.

(68) Cass. Soc. 13 mars 2006, n° 04-48.322, Bull. civ. V, n° 100 ; D. 2006, p. 1002 ; JCP S 2006, 1416, comm. B. Boublil (à propos d'une transaction).

(69) Cass. Soc. 18 nov. 2009, n° 08-19.419, Bull. civ. V, n° 258 ; Dr. Soc. 2010, p. 119, n. Ch. Radé ; JCP S 2010, 1051, comm. A. Bugada ; Cass. Soc. 15 mai 2007, n° 06-43.110, inédit ; JCP S 2007, 1732, n. R. Geoffroy.

(70) Cass. Soc. 13 avril 2010, n° 08-45.112, inédit ; Cass. Soc. 11 mai 2005, n° 03-45.228, Bull. civ. V, n° 158 ; JCP S 2005, 1021, n. B. Boublil ; JCP S 2005, 1316, comm. R. Geoffroy.

(71) Cass. Soc. 25 mai 2005, n° 04-45.794, Bull. civ. V, n° 180.

(72) Art. 488, CPC.

(73) M. Grévy, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Dr. Ouv. 2006, p. 114 et « La sanction civile en droit du travail », Dr. Soc. 2001, p. 598 ; M. Henry, « La remise en état comme sanction des atteintes illicites au contrat de travail », Dr. Ouv. 1999, p. 109.

Ainsi, à côté de mesures *a priori* peu contraignantes, telle la remise de pièces ou de documents (documents de fin de contrat (74), attestation d'exposition aux agents cancérigènes, mutagènes et toxiques (75)...), la formation de référé est susceptible d'ordonner les mesures de remise en état les plus vigoureuses. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'elle contraint une partie à exécuter sans attendre une obligation dont elle est débitrice ou, au contraire, lorsqu'elle lui interdit un certain comportement. Elle joue ici pleinement son rôle de garant de l'effectivité du droit. Ceci est patent lorsqu'elle commande à l'employeur de respecter le statut collectif (76) ou qu'elle lui enjoint de cesser d'employer ses salariés en violation des dispositions légales relatives au travail de nuit (77). L'efficacité de ces injonctions est encore plus remarquable à l'égard du contrat de travail. En rappelant les parties au respect de leurs obligations respectives, alors que le contrat est encore en cours, elle assure la poursuite de la relation contractuelle. Il en est ainsi lorsqu'est ordonné le retour du salarié dans son ancien emploi avec maintien des conditions antérieures dans les cas où le contrat de travail a été modifié unilatéralement par l'employeur (78). En assurant un retour à la normale, la mesure donne corps à l'intangibilité du contrat, mais participe également à sa stabilité, à son maintien, en évitant que la partie lésée ne tire les conséquences du manquement constaté sur le terrain de la rupture. C'est encore l'efficacité du contrat qui est assurée lorsque, dans un contexte de transfert d'entreprise, est ordonnée la poursuite du contrat de travail à l'encontre de la société entrante (79). Si la Cour de cassation encourage le juge des référés à intervenir pour assurer la bonne exécution du contrat de travail, elle lui interdit cependant de porter atteinte

à son intégrité : il ne saurait, à la demande d'un tiers, en prononcer la résiliation, ni prendre les mesures entraînant sa rupture (80), peu important à cet égard que le contrat ait été conclu en violation d'une clause de non-concurrence (81) ; de même, il ne saurait imposer à l'employeur de muter un salarié accusé de harcèlement (82), de telles mesures se heurtant aux principes fondamentaux du droit des contrats.

La réintégration constitue, sans nul doute, la mesure de remise en état la plus contraignante, mais aussi la plus discutée. Elle permet tout à la fois de faire cesser l'illicite et de rétablir le salarié dans ses droits. S'il est aujourd'hui acquis qu'il entre dans les pouvoirs de la formation de référé de l'ordonner, une telle intervention est néanmoins limitée par la nature du trouble constaté : seule la rupture illicite du contrat de travail peut la justifier. Historiquement cantonnée au licenciement illicite des salariés protégés (83), la réintégration a ensuite été admise à l'égard du salarié gréviste (84), de la salariée en état grossesse (85), ou encore du salarié victime de faits discriminatoires (86). Elle est désormais concevable toutes les fois qu'en application d'une disposition expresse, la nullité de la rupture du contrat est encourue. Mais cette mesure de remise en état a trouvé une nouvelle vigueur par le truchement de la jurisprudence relative aux droits et libertés fondamentaux. La Cour de cassation a, en effet, pu affirmer que « le juge des référés [pouvait], même en l'absence de dispositions l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur » (87). La généralité de la formule autorise une application à toutes les libertés fondamentales (88). En dépit de ce nouveau déploiement, la Chambre sociale maintient son hostilité à l'égard

(74) Cass. Soc. 28 janvier 2003, n° 01-44.667, inédit.

(75) CPH Meaux, réf. 27 novembre 2009, Dr. Ouv. 2010, p. 384, n. A. Delaunay.

(76) Cass. Soc. 18 février 2014, n° 13-10.293, inédit ; Cass. Soc. 17 octobre 2012, n° 11-11.954, inédit ; Cass. Soc. 18 décembre 2001, n° 01-41.036, Bull. civ. V, n° 387 ; CPH Grenoble, réf., 15 décembre 2004, Dr. Ouv., 2005, p. 502.

(77) Cass. Soc. 24 septembre 2014, n° 13-24.851, Bull. civ. V, n° 205.

(78) Cass. Soc. 6 mars 2002, n° 99-45.244, inédit.

(79) Cass. Soc. 7 décembre 2016, n° 15-14.787, inédit ; CPH Saint-Nazaire, réf., 2 mai 2016, Dr. Ouv. 2016, p. 653 ; Cass. soc. 13 janvier 2016, n° 14-21.518, inédit ; Cass. Soc. 12 juin 2007, n° 06-41.554, Dr. Ouv. 2008, p. 86, n. A. de Senga ; Cass. Soc. 15 février 2006, n° 04-43.923, Bull. civ. V, n° 67, Dr. Ouv. 2006, p. 348, n. A. de Senga.

(80) Cass. Soc. 18 novembre 2009, n° 08-19.419, Bull. civ. V, n° 258 ; JCP S 2010, 1051, comm. A. Bugada.

(81) Cass. Soc. 15 mai 2007, n° 06-43.110 ; JCP S 2007, 1732, comm. R. Geoffroy ; Cass. Soc. 13 mai 2003, D. 2004, p. 1155 ; RTD civ. 2003, p. 705, obs. J. Mestre et B. Fages ; JSL 2003, n° 126, p. 12, n. M.-C. Haller.

(82) CPH Créteil, 28 novembre 2003, Dr. Ouv. 2004, p. 291, n. M. Keller. La jurisprudence interdit un tel pouvoir au juge : Cass. Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-44.482 ; D. 2009, p. 2041, obs. S. Maillard ; RDT

2009, p. 589, obs. P. Adam ; Procédures, 2009, comm. 320, n. A. Bugada ; JCP S 2009, 1418, n. C. Leborgne-Ingelaere.

(83) Cass. Soc. 2 juin 2016, n° 15-12.209, inédit ; Cass. Soc. 2 juillet 2015, n° 13-28.893, inédit. Cass. soc., 14 juin 1972, Bull. civ. V, n° 425, Dr. Soc., note J. Savatier.

(84) CA Versailles, 6^e ch., 9 septembre 2008, Dr. Ouv. 2009, p. 139, n. D. Holle ; CPH Nanterre, réf., 26 septembre 2006, Dr. Ouv. 2008, p. 337 n. D. Boulmier ; CPH Charleville-Mezières, réf., 22 novembre 2002, Dr. Ouv., 2003, p. 28.

(85) Cass. Soc. 16 juillet 1997, n° 95-42.095, Bull. civ. V, n° 277.

(86) CA Paris, 10 septembre 2015, Dr. Ouv. 2015, n° 809, p. 722, n. A. Mazières ; Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 13-10.365, inédit ; Cass. Soc. 19 janvier 2011, n° 09-67.535, inédit ; CPH Paris, réf. 19 décembre 2006, Dr. Ouv. 2007, p. 531, n. P. Rennes. V. P. Moussy, « Le référé prud'homal face aux discriminations », Dr. Ouv. 1992, p. 366.

(87) Cass. Soc. 6 février 2013, n° 11-11.740, 11-11.742, à 11-11.748, Bull. civ. V, n° 27 ; D. Act., 27 mars 2013, obs. B. Ines ; D. 2014, p. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. Soc. 2013, p. 415, n. J. Mouly ; RDT 2013, p. 630, obs. P. Adam ; Dr. Ouv. 2013, p. 549, obs. A. Mazières ; JSL 2013, n° 340-4 ; JCP S, 2013, p. 1385, obs. P. Bousez.

(88) Cass. Soc. 30 juin 2016, préc. ; Cass. Soc. 6 février 2013, préc. (droit d'ester en justice) ; CA Chambéry, 18 mars 2003, Dr. Ouv., 2003, p. 429, n. P. Darves-Bornoz (liberté d'expression)

de la réintégration des salariés non spécialement protégés, la nullité restant la condition nécessaire, même en référé. Tirant argument de ce que l'irrégularité et l'illégitimité du licenciement ne peuvent conduire, en l'état des textes, qu'à des réparations de nature indemnitaire (89) et que la réintégration, dans le second cas, peut être seulement proposée (90), elle en conclut que le juge des référés ne peut disposer de pouvoirs plus étendus que le juge du principal.

Le juge des référés peut, enfin, allouer des provisions en cas d'obligation non sérieusement contestable. Arme redoutable, cette mesure assure le respect effectif des obligations à caractère monétaire. Par son caractère immédiatement exécutoire, l'ordonnance de référé empêchera le débiteur de mauvaise foi d'utiliser les arcanes de la procédure ordinaire pour échapper ou retarder le paiement d'une dette incontestable, tel le paiement d'heures de délégation non acquittées à l'échéance (91) ou de tout autre élément de rémunération dû (92). Ici encore, la jurisprudence a su exploiter toutes les potentialités de cet outil, en offrant au juge des référés la possibilité d'investir le terrain de la réparation. S'il ne peut, en sa qualité de juge du provisoire, prononcer de condamnations à des dommages et intérêts – la Cour de cassation se montrant vigilante sur ce point (93) – il peut toutefois allouer « une provision à valoir sur la réparation du préjudice » (94), telle une provision sur les indemnités légales pour rupture anticipée abusive (95) ou pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (96). La distinction – certes subtile – permet de maintenir la frontière entre le provisoire et le principal. Il faut néanmoins admettre la porosité de cette dernière, dès lors qu'est admise la pratique des provisions à 100 % (97). Précisément, la formation de référé peut accorder une provision dans la limite du montant non sérieusement contestable, ce qui peut correspondre à l'intégralité de la provision sollicitée par le demandeur. Faisant ainsi respecter le droit violé, l'efficacité de la mesure est telle qu'elle conduit à priver d'intérêt la saisine ultérieure du juge du principal. Cela étant, il faut y voir une tendance plus générale,

de nombreuses ordonnances conduisant, par leur vigueur, à vider les litiges de leur substance. Juridiquement provisoire, l'ordonnance peut alors revêtir une autorité définitive en fait.

B. Redécouvrir la fonction préventive

Le rôle du référé n'est pas réductible à ce pouvoir de sanction. Autre facette de sa mission de police juridique, la formation de référé assure la sauvegarde des droits menacés en prescrivant toutes les mesures conservatoires ou préparatoires qu'impose la situation conflictuelle. Parfois oubliée, cette intervention évite pourtant la concrétisation de dommages irréversibles. La Cour de cassation semble cependant s'être engagée dans la voie d'une redécouverte de cette fonction première et essentielle du référé.

1. Fonction conservatoire

Intervenant à titre conservatoire, le juge des référés peut prescrire toutes les mesures d'attente nécessaires pour préserver les intérêts en présence jusqu'à ce qu'une solution définitive ait été trouvée. Puisqu'il s'agit seulement de maintenir un *statu quo*, l'action en référé sur ce fondement peut être appréciée de façon plus libérale. Elle devrait également être possible, en toute circonstance, peu important qu'une contestation sérieuse ait été soulevée (98). N'anticipant pas l'issue du différend, la formation de référé ne touche pas le fond du litige. Elle se cantonne à apprécier la réalité et la gravité d'une situation et des risques qu'elle comporte. Il s'agit, pour elle, d'éviter que, dans l'attente de l'issue du litige, les droits de l'une des parties soient irrémédiablement compromis et d'assurer l'efficacité de la solution à venir. En ce sens, la suspension de l'acte contesté pourra être ordonnée, le maintien ou la remise en l'état de la situation pourra être prononcé (maintien du paiement des salaires (99), poursuite des relations contractuelles (100)...).

En toile de fond, c'est également le droit à un procès équitable et, plus précisément, le droit au juge qui semble se jouer. Idée à laquelle paraît avoir donné écho la Cour de cassation dans un récent arrêt du

(89) Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.735, Bull. civ. V, n°87 ; D., 2001, p.1215 ; Dr. soc., 2001, p.1117, obs. C. Roy-Loustaunau ; Dr. Ouv. 2001 p.300 n. MF. Bied-Charreton : « Mais attendu que la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur est soumise à la procédure de licenciement prévue par les articles L.122-14 et suivants du Code du travail et n'ouvre droit pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit, ou ne restreint la faculté de l'employeur, de le licencier, qu'à des réparations de nature indemnitaire ; qu'il en résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement ».

(90) Cass. Soc., 2 juin 1993, n°90-44.202, inédit.

(91) Cass. Soc. 19 mai 2016, n°14-26.967 ; D. Act., 1^{er} juin 2016, n. M. Roussel.

(92) Cass. Soc. 30 octobre 2000, n°98-45.477, inédit ; CPH Dole, réf., 7 mai 1998, Dr. Ouv. 1998, p.546, n. M. Faivre-Picon.

(93) Cass. Soc. 18 janvier 2017, n°s 15-22.428, 15-22.430 à 15-22.438, inédit ; Cass. Soc. 25 juin 2015, n°13-23.915, inédit.

(94) Cass. Soc. 25 octobre 2011, n°10-15.560, inédit.

(95) CPH Metz, réf. 14 décembre 2001, Dr. Ouv. 2002, p.402, n. M. Estevez.

(96) Cass. Soc. 28 juin 1995, JS UIMM 1996, n°592, p.101, Dr. Ouv. 1996, p.197, n. P. Moussy (lettre de licenciement dépourvue de motifs).

(97) Cass. Soc. 9 décembre 1987, n°86-43.504, inédit.

(98) X. Vuitton et J. Vuitton, op. cit., p.256, n°1261.

(99) Cass. Soc. 3 mars 2015, préc.

(100) Cass. Soc. 8 mars 2017, prec., reproduit *infra*.

8 mars 2017. Était soumise à son examen la décision d'une cour d'appel, rendue en référé, qui avait refusé d'ordonner le maintien provisoire de contrats à durée déterminée dans l'attente de l'issue de l'instance en requalification, alors pendante devant le bureau de jugement. Censurant cette décision au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la Chambre sociale déclare que « *constitue un dommage imminent [justifiant l'action en référé], la perte de l'emploi par l'effet de la survenance du terme, durant la procédure, du contrat à durée déterminée toujours en cours au moment où le juge des référés statue, ce dommage étant de nature à priver d'effectivité le droit pour le salarié de demander la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en contrat à durée indéterminée afin d'obtenir la poursuite de la relation contractuelle avec son employeur* » (101). C'est dire que le référé peut intervenir au soutien de l'utilité de l'action du juge du principal !

Cette idée réactive par ailleurs les critiques formulées (102) à l'égard d'autres freins jurisprudentiels à l'intervention du référé. Il en va ainsi de l'interdiction d'ordonner en référé l'arrêt d'une procédure de licenciement pourtant contestable (103) ou du refus opposé à la réintégration du salarié non spécialement protégé (104). Si ces solutions trouvent leur justification dans l'impossibilité d'imposer une réintégration en l'absence de nullité, l'analyse fonctionnelle offre une lecture renouvelée de telles mesures. L'argument de la Cour de cassation tiré de l'impossibilité pour la formation de référé de disposer de pouvoirs plus étendus que le juge du principal ne peut prospérer que si l'arrêt de procédure ou la réintégration sont prononcés pour sanctionner des droits incontestables. Or – la démonstration en a été faite (105) – l'approche fonctionnelle des pouvoirs de la formation de référé doit conduire à admettre ce type de mesures au titre des mesures conservatoires. Dans l'un ou l'autre cas, il s'agit de préserver le futur en organisant immédiatement la situation conflictuelle : par l'arrêt de la procédure (sa suspension), on évite qu'un dommage imminent ne se concrétise (la perte de l'emploi par l'effet d'un licenciement à la

légitimité douteuse) ; par la réintégration provisoire, on préserve les intérêts d'une partie dans l'attente de l'issue du différend. Le problème est délicat, mais le mérite d'une telle solution est réel, puisqu'il redonne une certaine réalité à la faculté de réintégration prévue par l'article L.1235-3. En effet, en l'absence de poursuite des relations contractuelles, peut-on sérieusement envisager un retour du salarié illégalement licencié dans l'entreprise plusieurs années après la rupture (106) ? En tout état de cause, la Cour de cassation a choisi de faire « *peser la charge de l'attente* » (107) de la décision au fond sur le salarié. On observera, toutefois, qu'elle admet que la réintégration soit proposée en référé (108).

2. Fonction préparatoire

Dans le cadre de sa fonction préparatoire, la formation de référé intervient pour faciliter l'issue du litige. Dans cette perspective, une voie efficace est offerte au justiciable : le référé *in futurum*. Trouvant son fondement dans l'article 145 du Code de procédure civile, ce référé permet d'obtenir, avant tout procès, des mesures d'instruction et ce, indépendamment de toute demande principale. Renforçant le droit à la preuve (109), cette voie procédurale apparaît tout à la fois accessible et efficace. Accessible, puisqu'il suffit au demandeur de justifier d'un intérêt probatoire, d'un « *motif légitime* ». Il doit démontrer la potentialité d'un procès, qui ne serait pas manifestement voué à l'échec, et l'utilité de la mesure demandée à cette fin. Aussi, il a pu être jugé que le demandeur ne saurait solliciter la preuve d'éléments dont il ne supporte pas la charge (110). Efficace également, car, soutenu par une jurisprudence guidée par l'utilité probatoire (111), ce référé-instruction autorise tant la conservation des preuves que leur établissement. Il permet au juge d'ordonner les mesures les plus diverses (expertises, constats, enquêtes, production forcée de pièces...), mesures auxquelles ne saurait, par ailleurs, être opposé le secret des affaires ou le droit au respect de la vie personnelle (112), sauf atteinte disproportionnée (113).

De nature précontentieuse (114), ce référé *in futurum* est paré de plusieurs vertus : s'il se présente comme un

(101) *Ibid.* V. antérieurement, CPH Limoges, réf., 23 avril 2002, Dr. Ouv., 2003, p.233, n. D. Boulmier.

(102) Th. Durand, « Le juge prud'homal des référés, à saisir d'urgence ! », Dr. Ouv., 2012, n°769, p.533 s., spéc. p.539.

(103) Cass. Soc. 31 mars 2004, n° 01-46.960 et 01-46-961, Bull. civ. V, n° 101 ; Cah. Soc. 2004, n° 162, p.303, obs. F.-J. Pansier.

(104) Cass. Soc. 13 mars 2001, n° 99-45.735, préc.

(105) A. Supiot, art. préc., spéc. p.542.

(106) B. Bossu, « La réintégration négociée », Dr. Ouv. 1998, p.482.

(107) A. Supiot, art. préc., spéc. p.542.

(108) Cass. Soc. 9 décembre 1997, n°94-43.161, Bull. civ. V, n° 425 ; Dr. Ouv. 1998, p.481, comm. B. Bossu.

(109) Cass. Soc. 16 novembre 2016, n° 15-17.163, inédit.

(110) Cass. Soc. 7 mars 2006, n°04-47.076, Bull. Civ. V, n° 94.

(111) L. Freisses, « L'accès aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du Code de procédure civile : la recherche de l'efficacité probatoire à tout prix ? », RRJ 2014-1, pp.199 et s.

(112) Cass. Soc. 19 décembre 2012, n° 10-20.526, Bull. civ. V n° 341 ; D., 2013, Pan. 2802, obs. Ph. Delebecque ; D. 2013, p.1026, n. P. Lokiec ; Dr. Ouv. 2013, p.287, n. S. Mazardo et P. Riandey.

(113) Cass. Soc. 16 novembre 2016, préc.

(114) Cass. Soc. 1^{er} fév. 2017, n° 15-27043, inédit.

instrument de lutte contre le risque de déperissement des preuves, il permet également d'éclairer les parties sur l'opportunité même d'un procès futur et, lorsque celle-ci ne fait aucun doute, il leur permet de préparer la matière du litige qui sera ultérieurement soumise au juge. Dans un contentieux prud'homal marqué par une complexification croissante des litiges, son intérêt est réel. Ainsi, en matière de harcèlement moral, le juge des référés peut autoriser le salarié à conserver l'ordinateur portable professionnel – par une mise sous séquestre auprès d'un huissier – pour rapporter la preuve de certains courriels adressés par l'employeur qui étaient paramétrés de telle façon qu'ils n'étaient ni copiables, ni imprimables, ni transférables sur un autre ordinateur (115). En matière de discrimination, il peut ordonner la production de pièces ou d'informations afin d'établir les éléments de nature à laisser présumer l'existence d'une situation de discrimination : contrats de travail, avenants, bulletins de paie d'autres salariés de l'entreprise, tableaux d'avancement et de promotion (116)... On imagine également le potentiel de cet instrument judiciaire dans le cadre du contentieux relatif au principe d'égalité de traitement (117). De son côté, l'employeur

pourra y recourir afin d'obtenir des représentants du personnel la justification de l'emploi de leurs heures de délégation (118) ou, s'il soupçonne un salarié d'acte de concurrence déloyale, il pourra obtenir la désignation d'un huissier de justice chargé de prendre copie d'une partie du contenu de l'ordinateur professionnel mis à la disposition de celui-ci (119).

Juge à tout instant disponible, la formation de référé dispose des pouvoirs nécessaires pour toujours intervenir : elle peut offrir une solution immédiate et provisoire au litige soumis et, dans les cas où cela excéderait ses pouvoirs, elle pourra, si nécessaire, organiser la situation dans l'attente de la décision du juge du principal. En toute circonstance, elle a un rôle à jouer. Et cette place mérite d'être sans cesse rappelée. Car, pour le justiciable, il s'agit là d'un outil efficace de défense de ses droits. Mais il en va également de la légitimité de l'ordre juridique qui, par cette voie, démontre son aptitude à assurer l'effectivité des règles qu'il édicte et des droits qu'il consacre.

Sabrina Mraouahi

(115) CA Paris, réf., 6 décembre 2001, Dr. Ouv. 2002, p. 321.

(116) CA Versailles, réf., 24 novembre 2015, Dr. Ouv., 2016, n° 814, p. 303, n. D. Boulmier ; Cass. Soc. 19 décembre 2012, préc.

(117) Cass. Soc. 16 novembre 2016, préc.

(118) Cass. Soc. 22 avril 1992, n° 89-41.253, Bull. civ. V, n° 298.

(119) Cass. Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ. V, n° 129 ; RDT 2008, p. 602, n. A. Varnek ; Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84.



Edition Dalloz – 2017
ISBN : 978-2-247-17037-1-4705376
32 euros

PROPOSITION DE CODE DU TRAVAIL

Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT)

Cette proposition de refonte complète du Code du travail a pour finalité de rendre le droit plus accessible, mais aussi de l'adapter aux difficultés de notre temps. L'évolution du travail et de ses contextes imposent de penser de nouveaux périmètres et de nouvelles protections.

Ce code propose donc de profondes réformes, dans tous les domaines du droit du travail. Il entend aussi préserver et renforcer certains grands acquis historiques.

Ce travail est le résultat de nombreuses consultations, menées auprès de divers acteurs du droit du travail. Il a été rédigé par le Groupe de recherches pour un autre Code du travail (GR-PACT) lequel est composé d'une vingtaine d'universitaires spécialisés en droit du travail, issus d'une dizaine d'universités. Ils sont d'opinions diverses, mais tous se sont extirpés de leur rôle habituel de commentateurs, pour défendre une matière attaquée de toute part, au nom d'une certaine idée de la loi, générale, accessible et protectrice.

Sous la direction de Emmanuel Dockès

Avec le concours de Gilles Auzero, Dirk Baugard, Pierre-Emmanuel Berthier, Michèle Bonnechère, Vincent Bonnin, Augustin Boujeka, Laure Camaji, Florence Debord, Josepha Dirringer, Ylias Ferkane, Carole Giraudet, Franck Héas, Julien Icard, Anja Johansson, Sylvaine Laulom, Hélène Melmi, Cécile Nicod, Jean Pélissier, Sophie Rozez, Morgan Sweeney, Sébastien Tournaux, Christophe Vigneau.