

Requalification de contrats précaires en contrat à durée indéterminée

**Les employeurs, en utilisant le recours aux
contrats précaires, de manière massive et
abusive, ont-ils ouvert la boîte de Pandore ?**

*Les effets de la jurisprudence du 6 février 2013 :
Quatre ans après, premier bilan*

*Par Ronan PELLLET, le 16 mai 2017
(mise à jour du 24 juin 2017)*

La survenance du terme d'un contrat précaire peut être considérée comme dommage imminent au sens de l'article R. 1455-6 du code du travail

Par un arrêt inédit du 8 mars 2017, resté relativement confidentiel car non publié au bulletin, la Cour de Cassation vient de préciser les pouvoirs du juge des référés dans le cadre d'une action en requalification de contrats précaires illicites en un contrat à durée indéterminée :

Vu les articles L. 1245-2, R.1455-6 du code du travail ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

"Attendu que pour rejeter la demande des salariés tendant à obtenir la poursuite des relations contractuelles jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'instance au fond engagée sur le fondement de l'article L.1245-2 du code du travail, l'arrêt retient que le juge des référés a excédé ses pouvoirs en ordonnant la poursuite des relations contractuelles en cours entre les salariés et la caisse jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action en requalification qu'ils avaient engagée et en allouant une provision au titre de l'indemnité de requalification, puisqu'en cette matière l'article L. 1245-2 du code du travail donne une compétence exclusive au Bureau de jugement, que l'appréciation du contrat de travail, sa requalification et sa poursuite sont des questions de fond relevant de la compétence exclusive des juges du fond et échappant au juge des référés, qu'il ne peut être soutenu que le risque de non renouvellement des contrats à durée déterminée constituerait le dommage imminent de l'article R. 1455-6 du code du travail justifiant la compétence en référé alors que l'existence de ce dommage suppose l'appréciation et l'interprétation des règles de droit régissant le contrat à durée déterminée ce qui relève du fond de l'affaire excluant la compétence du juge des référés ;

Qu'en statuant ainsi, alors que constitue un dommage imminent, 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, la cour d'appel qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les textes susvisés ;"

Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-18.560 (Décision attaquée : Ord. Référés CA Cayenne, 23 fév. 2015)

L'effectivité du droit à demander l'action en requalification de contrats précaires en un contrat à durée indéterminée dépend d'une part, de la maîtrise des délais en matière de prescription d'action en justice, mais également de la maîtrise des outils procéduraux existants et peu connus, voire inconnus, jusqu'à présent des salariés.

L'arrêt ici éclairé, ne sert donc que de point de départ à ce bilan sur les actions en requalification, et notamment les effets des ordonnances de référés dans le cadre d'une action en requalification, mais dont le lecteur voudra bien reconnaître, que cette récente jurisprudence, tombe parfaitement «à pic».

En effet, le 28 mars dernier, l'ensemble des syndicats représentatifs (excepté la CGT) ont signé la nouvelle convention de l'UNEDIC, convention également paraphé par les syndicats patronaux à la mi-avril. Cet accord est conclu pour 3 ans, les changements de règles concernent les salariés dont le contrat de travail prend fin au 1^{er} octobre 2017. Cette convention supprime la taxation des contrats à durée déterminés de moins de trois mois, seule la taxation des contrats d'usage est maintenue.

Par ailleurs, M. Emmanuel MACRON, élu le 7 mai 2017, Président de la République, s'était engagé à réformer le code du travail par ordonnance dès cet été, une fois élu, réforme qu'il a confirmé récemment. Aussi, la présente note revêt un caractère encore plus d'actualité.

Cette note traitera principalement du référé prud'homal dans le cadre d'une action en requalification de contrats précaires en un contrat à durée indéterminée, en partant de l'hypothèse où il n'y a aucune contestation possible sur des manquements par l'employeur à législation de l'utilisation des contrats précaires, la requalification en contrat à durée indéterminée ne faisant aucun doute.

Plan de la note

1. Rappel du contexte socio-économique

- 86,4 % de la population active est en CDI, mais 90% des embauches actuelles se font sur des contrats précaires
- Les CDD de moins d'un mois représentent 80 % des contrats précaires et ont explosé entre 2000 et 2014, passant de 1,5 million à près de 4 millions aujourd'hui

2. Quelques rappels sur la procédure de saisine en référé

- Un rappel de la procédure accélérée devant le bureau de jugement
- La compétence et les pouvoirs du juge des référés en matière prud'homale
- L'acte introductif d'instance en référé
- La possibilité d'assortir l'ordonnance de référé d'une astreinte provisoire
- L'appel dévolutif d'une ordonnance de référé n'a aucun effet suspensif
- La difficulté d'arrêter l'exécution provisoire de droit revêtant l'ordonnance de référé

3. Le revirement de jurisprudence opéré en 2013 par la Cour de Cassation

- Tout justiciable, a droit à un procès équitable
- L'utilisation judicieuse d'un référé préventif concomitant à une saisine au fond devant le bureau de jugement
- Les salariés se saisissent de ces jurisprudences pour faire valoir leurs droits
- Le tribunal d'instance peut également statuer qu'un contrat précaire est un CDI
- Le juge des référés peut également requalifier des contrats précaires en un contrat à durée indéterminée
- L'incidence du droit dérivé européen et du droit international sur le droit interne

4. Le cas d'espèce : Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 15-18.560 (*)

Les faits, la procédure, l'analyse et la portée de cet arrêt

- Les faits et la procédure
- Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail
- La portée de cette décision
- Quid de l'avenir ?

(*) Publications sur l'arrêt du 8 mars 2017 :

Julien ICARD, 1^{er} avril 2017 in «les cahiers sociaux» n° 295, p.181 ;

Claire MAUGIN, 6 avril 2017 in «Editions Francis Lefebvre – Actualités sociales»

Sabrina MRAOUAHI in «Revue de Droit du Travail – juin 2017», n° 5, p. 347 et «Le Droit Ouvrier» mai 2017, n° 826, p. 290

Sébastien TOURNEAUX in «Revue de Droit du Travail - juin 2017», n°6, p.415

Jean-Julien PERRIN in «Lexis-Nexis - la Semaine Juridique Entreprise et Affaires» n° 24, 15 Juin 2017, p.1339

Julien ICARD, Juillet 2017, in «Editions Francis Lefebvre – RJS», n°7/2017, p.515

1 Rappel du contexte socio-économique

Un préalable sur le contexte social et économique actuel s'impose, afin de mieux comprendre l'augmentation des contentieux devant les juridictions prud'homales depuis une quinzaine d'années.

86,4 % de la population active est en CDI, mais 90% des embauches actuelles se font sur des contrats précaires

D'après la photographie du marché du travail français publiée par l'Insee en octobre 2015 : *« parmi les salariés, la forme de contrat la plus répandue est le contrat à durée indéterminée. En 2014, 86,4 % des salariés en bénéficient, 9,7 % sont en contrat à durée déterminée (CDD), 2,4 % en intérim et 1,6 % en apprentissage. »*

Néanmoins, cela fait maintenant plusieurs années que l'on constate une explosion du nombre d'embauches en CDD. Comme l'explique une étude du ministère du Travail, plus de 90% des embauches sont des CDD ou des missions d'intérim. Entre début 2000 et fin 2012, le nombre d'intentions d'embauche en CDD a progressé de 76,2%, celui des missions d'intérim, plus fluctuant selon la conjoncture, a augmenté de 14,3%.

Le « dossier de référence de la négociation » établi d'après les DPAE (Déclaration Préalable à l'Emploi) et proposé par les services de l'UNEDIC le 23 février 2017 aux partenaires sociaux dans le cadre de la renégociation de la convention UNEDIC indique notamment qu'entre 2000 et 2014, le nombre de DPAE concernant les CDI est passé de 24 % à 13 %, soit une baisse de 9 % sur 14 ans. A l'inverse, le nombre de DPAE concernant les CDD entre 2000 et 2014 est passé de 76% à 87 %, soit une hausse de 89 % du nombre de CDD sur 14 ans.

Pour autant, cela ne veut pas forcément dire que les CDI perdent du terrain par rapport à ces contrats temporaires. En regardant l'évolution des différents types de contrats de travail sur les trente dernières années, le Conseil d'orientation pour l'emploi note qu'après avoir perdu du terrain dans les années 80 et 90, la part des CDI reste stable depuis le début des années 2000, aux alentours de 87%.

Cette demande de requalification en contrat à durée indéterminée, mais également la poursuite de ce contrat

résultant des décisions de justice pourrait concerner potentiellement une bonne partie des salariés précaires : *615.600 salariés intérimaires au 3ème trimestre 2016, source DARES du 6 janvier 2017*), voire l'ensemble des CDD, CDDU, et autres contrats aidés (CUI, CAE, AVS ou EVS), d'apprentissage ou de professionnalisation, pour un volume total de 3.795.000 salariés, dont bon nombre d'entre eux pourraient s'estimer lésés ou abusés par leur employeur.

Les CDD de moins d'un mois représentent 80 % des contrats précaires et ont explosé entre 2000 et 2014, passant de 1,5 million à près de 4 millions aujourd'hui

Pour autant, un rapport de l'UNEDIC publié le 22 janvier 2016 indique que, concernant les contrats précaires, 3 embauches sur 4 se font chez le même employeur. Un an plus tard, l'UNEDIC confirme ses chiffres : entre 2000 et 2014, le nombre de CDD de plus d'un mois n'a augmenté que de 3%, alors que dans la même période, les CDD de moins d'un mois ont augmenté de 138 %, démontrant ainsi, qu'en l'espace de 14 ans, représentant ainsi 80 % des contrats à durée déterminée.

Cette part est plus élevée parmi les contrats courts : 84% des embauches en CDD de 1 mois ou moins ont lieu avec un ancien employeur. Pour les contrats de plus d'un mois, le recours à la réembauche est moins élevé (38%).

Aussi, il n'est pas rare que des salariés précaires vont travailler dans la même entreprise cumulant ainsi plusieurs contrats successifs sur le même poste, l'employeur tentant de respecter le délai de carence (*articles L.1244-3 du code du travail pour les CDD et L.1251-36 du même code pour les intérimaires*), utilisant par contre régulièrement le motif de surcroît d'activité exceptionnel ne correspondant pas toujours à la réalité. Une fois sa mission terminée, l'intérimaire sera remplacé par un autre, cette situation pouvant perdurer pendant des années.

Néanmoins, c'est le bien le poste occupé qui doit faire l'objet d'un délai de carence et non le salarié l'occupant.

2 Quelques rappels sur la procédure d'action en requalification

La procédure accélérée devant le bureau de jugement

Ce récent arrêt du 8 mars dernier vient préciser, mais surtout confirmer la possibilité pour un salarié précaire de saisir le juge des référés concomitamment à une action en requalification de contrats précaires irréguliers en contrat à durée indéterminée, le juge des référés ayant les

pouvoirs d'ordonner des mesures conservatoires, et ce, dans l'attente de la décision à intervenir au fond devant le bureau de jugement.

L'on sait qu'il existe cependant une procédure accélérée devant la juridiction prud'homale lorsque des justiciables attaquent leur employeur ou entreprise utilisatrice afin de faire reconnaître leurs droits à un contrat à durée

indéterminée, du fait du non-respect tant sur la forme que sur le fond du recours aux contrats précaires, à savoir l'article L.1245-2 du code du travail pour les contrats à durée déterminée, et l'article L.1251-41 du même code pour les salariés intérimaires. Ces mêmes articles indiquent également que l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement qui statue au fond dans le délai d'un mois suivant sa saisine.

Si le bureau de jugement fait droit à la demande du justiciable, le salarié ainsi requalifié à partir du premier contrat irrégulier, se voit accorder une indemnité de requalification dont le montant ne peut être inférieur au montant de la moyenne de la rémunération mensuelle.

En outre, la relation contractuelle ayant été requalifiée en un unique contrat à durée indéterminée de droit commun, les juges du fond vont également constater, que du fait de l'arrivée initialement prévue du terme du contrat précaire, la rupture de cette relation n'a pas respecté les règles de forme et de fond. L'employeur se voit ainsi condamner au versement, d'une indemnité compensatrice de préavis, indemnités du non-respect du formalisme de la rupture, de dommages et intérêts pour licenciement abusif ou licenciement sans cause réelle et sérieuse selon l'effectif de l'entreprise condamnée et l'ancienneté du salarié, les juges du fond constatant que la rupture des relations contractuelles a été consommée.

Or, les statistiques données, tant par le Ministère de la Justice que par le Conseil National de la Prud'homie, indiquent que seulement 5% des saisines effectuées par les salariés devant la juridiction prud'homale sont encore en activité chez l'employeur attaqué.

Pour autant, aucun texte n'interdit à ce qu'un salarié précaire demande la requalification d'un contrat précaire avant son terme, la légitimité de cette action en justice étant de la compétence des juges du fond. C'est d'ailleurs l'esprit même du législateur, puisqu'il a précisé que, d'une part, dans ces cas, l'affaire est directement jugée devant le bureau de jugement, sans passer par le bureau de conciliation et d'orientation, et que d'autre part, les juges prud'homaux doivent normalement statuer dans le délai d'un mois suivant la saisine. Or, l'on sait que ce délai est rarement respecté, d'autant plus si les juges prud'homaux se mettent en partage de voix, l'Etat s'étant déjà vu condamné par la Cour de Cassation, s'agissant du non-respect des délais par la juridiction prud'homale¹. D'ailleurs, une récente décision du Tribunal d'Instance de Meaux du 22 mars 2017 l'a d'ailleurs condamné à nouveau pour déni de justice².

Aussi, afin de contrer le célèbre arrêt Hugues³ indiquant 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 ; 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*», les avocats travaillistes et défenseurs syndicaux vont faire force d'imagination pour éviter une rupture des relations contractuelles à l'initiative de l'employeur en rétorsion à une action en justice par les salariés.

Aussi, les salariés précaires se sentant abusés par leurs employeurs, entreprises utilisatrices ou entreprises de travail temporaire, tentent de faire requalifier leurs contrats précaires devant la juridiction prud'homale en utilisant la procédure accélérée permettant une saisine directement devant le bureau de jugement définie par les articles L.1245-2 du code du travail pour les CDD et L.1251-41 du même code pour les intérimaires.

Ainsi de plus en plus de procédures arrivent devant la Chambre sociale de la Cour de Cassation, une des premières jurisprudences importantes étant l'arrêt SOVAB en 2004 confirmant que «*Est dès lors légalement justifié l'arrêt qui, ayant constaté qu'une société utilisatrice bénéficiait d'une augmentation constante de sa production et que les différents contrats de mission de salariés intérimaires s'inscrivaient dans cet accroissement durable et constant de son activité, a requalifié ces contrats de travail temporaire en contrats de travail à durée indéterminée.*»⁴.

Dans un rapport de stage publié en 2015⁵, il était évoqué le droit à la réintégration dans le cadre des moyens de rétorsion fait par l'employeur faisant suite à l'action en justice des salariés, se limitant à la seule sanction de la requalification, à savoir l'indemnité de requalification ainsi que le licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais pas la conséquence de cette requalification. Car, rares sont les cas, où le salarié précaire est encore présent dans l'entreprise, au moment où la décision de la requalification est rendue par les juges du fond devant le bureau de jugement, cette conséquence étant la poursuite du CDI.

Une rapide recherche sur le nombre de procédures en appel au niveau national concernant les demandes de requalification de contrats de travail précaires (CDD ou CTT) en CDI démontre une augmentation sur plusieurs années (Source Dalloz) :

¹ Cass. Civ. 1ère ch., 3 nov. 2004, n° 03-14.760, Bull. Civ. I, n° 242

² TI Meaux, 22 mars 2017, RG 17/319 (cf. article Julien Mucchielli, Dalloz-Actualités, 19 avril 2017)

³ Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, B.C.V. N° 87

⁴ Cass. Soc., 21 janvier 2004, n° 03-42.769 à 03-42.784

⁵ Méline BEYSANG, août 2015 : «*la protection du salarié contre la précarité du CDD ou du CTT par l'action en requalification en CDI*», p. 50-51

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
CDD (1)	1111	1169	1447	1533	1930	2299	1275	213	503
Intérim (2)	1031	943	1152	1135	1432	1717	952	34	300

Requêtes et mots clés utilisés :

- (1) ('Indemnité de requalification' SAUF 'L.1251-41') OU ('L.1245-2' SAUF 'L.1251-40')
- (2) ('Indemnité de requalification' SAUF 'L.1245-2') OU ('L.1251-40' OU 'L.1251-41')

Or, il est courant que, même en application des dispositions de la procédure accélérée devant le bureau de jugement, celui-ci ne puisse statuer avant la fin du contrat précaire irrégulier.

Le Conseil de Prud'hommes après avoir requalifié les contrats irréguliers en un CDI, en application des dispositions des articles L.1245-1 ou L.1251-41 du code du travail, ne pourra que constater la rupture des relations contractuelles du fait de l'arrivée normale du terme initialement prévu, et ayant pour conséquence de requalifier cette rupture en un licenciement sans cause réelle et sérieuse en application des dispositions des articles L.1232-1 et suivants du code du travail précisant que : **«Tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse»**.

Ce salarié précaire aura donc vu ses droits rétablis devant la justice, mais sans pour autant avoir vu son contrat perduré. Il s'agit donc d'une victoire à la Pyrrhus. En effet, il y a une forte probabilité que l'entreprise condamnée, ayant une assise financière plus importante que le salarié, fasse durer la procédure, permettant ainsi une discrète transaction, ou en cas d'infirmité par la Cour d'Appel, le salarié jette l'éponge n'ayant pas les moyens financiers de saisir la Haute Juridiction.

Et ce n'est que la partie visible de l'iceberg, bon nombre de salariés précaires rechignent à attaquer en justice l'employeur déloyal, par crainte d'être «black-listé» par ces derniers.

La compétence et les pouvoirs du juge des référés en matière prud'homale

La compétence du juge des référés

Le juge des référés est un juge du fond statuant à titre provisoire⁶. L'ordonnance de référé est revêtue de l'autorité de la chose jugée au provisoire dès son prononcé (art. 489 CPC, R.1455-10 C. Trav.).

La compétence territoriale et la compétence d'attribution de la formation de référé sont identiques à celles du Conseil de Prud'hommes. Elles sont définies par l'article R.1455-5 du code du travail, pour tous les différents nés à l'occasion du contrat de travail entre un employeur et ses salariés, et ce aux conditions exigées par la loi. Sont exclus de cette compétence d'attribution, les conflits d'ordre collectifs.

L'article 484 du code de procédure civile précise que **«l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue pour**

des cas où la loi confère au juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires».

Ainsi, le juge des référés ne peut ordonner que des mesures provisoires dans la mesure où il ne peut empiéter sur les prérogatives du juge du fond et trancher un litige au fond. La formation de référé peut donc se déclarer compétente dans les cas de troubles manifestement illicites écartant par là-même toute contestation sérieuse, ou également si, d'évidence, il apparaît une notion d'urgence ou de dommage imminent. La saisine de la formation de référé n'est donc possible que dans des situations particulières d'urgence, d'évidence ou de troubles manifestement illicites. L'article R.1455-10 du Code du Travail, précise que : **«les articles 484, 486 et 488 à 492 du code de procédure civile sont applicables au référé prud'homal»**.

Les pouvoirs du juge des référés

Ses pouvoirs sont indiqués par les articles R.1455-5 à R.1455-7 du code du Travail :

L'article R.1455-5 indique que **«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.»**

L'article R.1455-6 indique également 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 pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite»**.

Quant à l'article R.1455-7, il indique que **«dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire»**.

Enfin, il est également possible à la formation prud'homale d'utiliser le système de passerelle permettant en application des dispositions de l'article 487 du code de procédure civile, système existant dans la juridiction prud'homale grâce à l'article R.1455-8 du code du travail : **«S'il lui apparaît que la demande formée devant elle excède ses pouvoirs, et lorsque cette demande présente une particulière urgence, la formation de référé peut, dans les conditions suivantes, renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement : 1° L'accord de toutes les parties est nécessaire ; 2° La formation de référé doit avoir procédé à une tentative de conciliation en audience non publique et selon les règles fixées par l'article R. 1454-10. La notification aux parties de l'ordonnance de référé mentionnant la date de l'audience du bureau de jugement vaut citation en justice.»**

⁶ Cf. Thèse du Pr. Yves STRICKLER (Strasbourg 1993) : Le juge des référés, juge du provisoire

Ainsi, la formation de référé pourra mettre l'affaire à la prochaine date utile devant le bureau de jugement afin de statuer sur la demande de requalification au fond. C'est la procédure qui a été utilisée par le CPH de Meaux le 27 décembre 2013, fixant une audience devant le bureau de jugement le 6 janvier 2014, soit seulement 10 jours plus tard⁷. L'intérimaire verra ainsi ses contrats de missions d'intérim irréguliers requalifiés en un contrat à durée indéterminée et celui-ci poursuivi, mais seulement pour trois semaines, ce salarié a été licencié pour motif disciplinaire seulement quelques jours avant le terme initialement prévu dans le contrat à durée déterminée.

Dans l'hypothèse d'une action en requalification de contrats précaires en contrat à durée indéterminée, la rupture des relations contractuelles ayant été consommée au moment où le juge des référés statue, deux possibilités peuvent donc se présenter.

Réintégration possible seulement dans le cas d'une violation des libertés fondamentales

Soit le salarié peut démontrer par des preuves ne souffrant d'aucune contestation possible, que l'employeur a utilisé des moyens de rétorsion en représailles à l'action en justice de son salarié (interdiction d'accéder à son lieu de travail, avancement sans justification légitime de la période de souplesse située à la fin d'un contrat de mission d'intérim, licenciement pour motif disciplinaire avec mise à pied sans en avoir respecté le formalisme, publication d'offres d'emploi pour le remplacer alors que le contrat n'est pas terminé, etc ...). Dans ce cas, le juge des référés pourra ordonner la réintégration du salarié avec l'employeur dans l'attente de la décision devant le bureau de jugement.

Soit, le salarié ne peut démontrer une quelconque violation de ses libertés fondamentales, et le juge des référés ne pourra ordonner sa réintégration.

Requalification possible mais sans réintégration

Mais l'ordonnance de référé ayant à titre provisoire, autorité de la chose jugée, s'il peut être démontré le non-respect des recours aux contrats à durée déterminée ou de contrats de missions d'intérim, le juge des référés peut également requalifier les contrats irréguliers en un contrat à durée indéterminée, si les demandes n'excèdent pas sa compétence, il pourra ordonner le versement des indemnités de requalification, compensatrice de congés payés, des congés payés, ainsi qu'également dans le cas d'une ancienneté supérieure à deux ans et d'un effectif de l'employeur supérieur à dix au moment de la rupture, l'indemnité légale pour licenciement sans cause réelle et sérieuse⁸.

La notion d'évidence

Dans l'hypothèse où le salarié est encore dans les effectifs de la société au moment où le juge statue, il appartiendra également au justiciable de démontrer par des pièces justificatives probantes, mettant ainsi en évidence, des faits réels et avérés de l'irrégularité du recours aux contrats à durée déterminée ou d'intérim permettant ainsi une requalification provisoire et la poursuite des relations contractuelles dans l'attente à ce qu'il soit statué sur la requalification par le bureau de jugement.

Concernant la notion d'évidence, l'idée est que le juge du provisoire est compétent lorsqu'il n'existe aucune incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il était saisi. On peut citer par exemple, l'absence de tout coefficient hiérarchique sur les contrats précaires et bulletins de paye manquant ainsi au respect de l'article L.1251-6, 2° du code du travail, s'agissant d'un contrat de mission temporaire, «*la seule mention de l'intitulé de l'emploi ou du poste, ne caractérise pas une qualification professionnelle*»⁹, de la preuve avérée d'une transmission tardive de contrat, «*le contrat de travail à durée déterminée doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours suivant l'embauche et que sa transmission tardive équivaut à une absence d'écrit qui entraîne la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée*»¹⁰, ou bien que le contrat et ses éventuels avenants excèdent la durée légale de 18 mois, renouvellement inclus (C. Trav. L.1242-8 ou L.1251-12).

La notion d'urgence

Concernant la notion d'urgence, elle est définie comme étant une circonstance de fait permettant de demander au juge, une décision en référé. Elle justifie parfois une exécution provisoire du jugement ou une autorisation de signifier un acte ou d'exécuter en dehors des heures légales et des jours ouvrables. Tout retard entraînerait un grave préjudice pour celui qui s'en prévaut. Toutefois, l'employeur ne pourra soulever l'absence d'urgence pour la première fois devant la Cour de cassation.¹¹

La notion du dommage imminent

Le dommage imminent est celui qui n'est pas réalisé, mais que le demandeur va subir à coup sûr et à bref délai si aucune mesure n'est prise. Il se rapproche donc de l'urgence même si celle-ci n'est pas précisément indiquée dans l'article 809 du code de procédure civile.

Les troubles manifestement illicites

Concernant les troubles manifestement illicites (art. 809 CPC et R.1455-6), peut exister même en l'absence de tout

⁷ Ord. référé, CPH Meaux, 27 décembre 2013, RG 13/00379

⁸ CA Paris, Pôle 6, Ch. 2, 9 fév. 2017, RG 16/06047 (Ord. référé, CPH Créteil, 28 mars 2016, RG 16/006)

⁹ Cass. Soc., 5 nov. 2014, n° 13-16.684

¹⁰ Cass. Soc., 8 juin 2016, n° 15-14.001

¹¹ Cass. Civ. 2ème, 14 février 1973, n° 72-10.729

dommage imminent : «*la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite, même en l'absence de tout dommage imminent*». ¹² La notion controversée de trouble manifestement illicite renvoie au fait qu'il doit être évident que le comportement incriminé s'écarter des voies de droit, ramenant ainsi à la notion d'évidence.

L'acte introductif d'instance

L'article R.1455-9 du code du travail indique que «*la demande en référé est formée par le demandeur soit par acte d'huissier de justice, soit dans les conditions prévues à l'article R. 1452-1. Lorsque la demande est formée par acte d'huissier de justice, une copie de l'assignation est remise au greffe, au plus tard la veille de l'audience*».

Ainsi, devant la juridiction prud'homale, il y a deux possibilités pour saisir le juge des référés, par requête ou assignation par voie d'huissier (*art. 485 CPC*).

La requête aux fins de saisine (*C. Trav., R.1452-1*)

Dans le premier cas, le justiciable transmet sa requête afin d'attirer l'employeur devant la formation de référé. Le service des greffes du Conseil de Prud'hommes va l'enregistrer, l'enrôler et transmettre à l'employeur une convocation par courrier recommandé. Ce dernier ayant quinze jours pour récupérer la convocation, délai auquel il faut rajouter environ une semaine pour que le récépissé revienne au service des greffes. Ainsi, il faut compter entre trois semaines et un mois entre le dépôt de la requête auprès des greffes et la date d'audience la plus proche. Or, compte-tenu de ces délais, même s'ils sont relativement courts par rapport à une procédure au fond, le contrat risque d'être arrivé à terme, le référé devenant ainsi sans objet.

L'assignation par voie d'huissier (*C. Trav., R.1455-9*)

Aussi, il est peut-être plus judicieux pour le justiciable de contacter le service des greffes afin d'avoir une date d'audience, rédiger ou faire rédiger l'assignation, puis transmettre l'assignation à un huissier de justice territorialement compétent afin qu'il puisse notifier l'assignation au plus vite à l'employeur ainsi que les pièces justificatives (bulletins de paye, contrats de travail, pièces démontrant les manquements de l'employeur aux dispositions légales relatives aux contrats précaires), l'assignation valant conclusions (*art. 56 CPC*). Le second original de l'assignation devant être déposé au plus tard la veille de l'audience.

Deux exemples

L'ordonnance de Meaux du 27 décembre 2013 (*voir supra* 7), s'est faite par requête en date du 25 novembre 2013, pour une audience le 27 décembre 2013, la formation de

référé ayant rendu son ordonnance sur le siège le même jour.

Pour l'ordonnance de Saint-Nazaire (*voir infra* 49), également du 27 décembre 2013, l'assignation a été transmise par voie d'huissier le 6 décembre avec une date d'audience le 18 décembre. Un renvoi en départage a été ordonné au 24, prononcé trois jours plus tard, et notifié en recommandé le 30 décembre, soit seulement 24 jours entre l'assignation et la notification.

Dans l'arrêt ici commenté, il est fort possible que l'employeur se soit vu également assigné, le délai entre la saisine et l'audience n'étant seulement que de 8 jours, car il est indiqué : «*une saisine en date du 10 mars 2011 de la juridiction prud'homale statuant en référé, que, par ordonnance de référé rendue le 18 mars 2011 sur le siège en présence des parties, la formation de référé du conseil de prud'hommes a ordonné la poursuite des contrats de travail.*»

La possibilité d'assortir l'ordonnance de référé d'une astreinte provisoire

Afin de contraindre l'employeur à respecter l'ordonnance de référé, à savoir la fourniture d'un travail, **mais surtout le maintien de sa rémunération**, le salarié peut également demander à ce que l'ordonnance soit revêtue d'une astreinte, en application de l'article 491 du code de procédure civile : «*Le juge statuant en référé peut prononcer des condamnations à des astreintes. Il peut les liquider, à titre provisoire. Il statue sur les dépens.*»

En cas de défaut d'exécution de l'ordonnance de référé

En cas de d'inexécution partielle ou totale de l'ordonnance de référé, si le conseil de prud'hommes ne s'est pas réservé l'attribution de la fixation et de la liquidation de l'astreinte, le justiciable se verra dans l'obligation de saisir le juge de l'exécution, en application de l'article L.213-6 du code de l'organisation judiciaire : «*le juge de l'exécution connaît, de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.*»

Selon le deuxième alinéa de l'article L. 131-2 du Code des procédures civiles d'exécution, «*l'astreinte est considérée comme provisoire, à moins que le juge n'ait précisé son caractère définitif*». Il y a donc présomption d'astreinte provisoire lorsque le juge ne la qualifie pas de manière définitive.

Saisie d'une demande en liquidation provisoire d'une astreinte prononcée par le juge des référés et non d'une demande à une condamnation définitive, une cour d'appel, qui qualifie cette astreinte de comminatoire et la liquide

¹² Cass. Com., 20 mars 1990, n° 88-15.373

provisoirement, peut par provision condamner une partie au paiement de celle-ci¹³.

Mais que se passera-t-il dans le cas d'une exécution partielle, à savoir le seul respect du maintien de la rémunération du salarié par l'employeur s'étant vu condamné. En effet, l'obligation première d'un employeur est de fournir «le travail convenu» à son salarié.¹⁴ ? Il appartiendra à la juridiction prud'homale de statuer sur ce point, si elle s'est réservé la liquidation de l'astreinte, et dans le cas inverse, la décision sera prise par le juge de l'exécution.

Par contre, si l'ordonnance de référé a été respectée par la partie condamnée, il n'est pas possible de demander sa liquidation par le juge de l'exécution : *«ayant relevé que l'astreinte provisoire prononcée le 3 juillet 1997 par un juge des référés qui s'en était expressément réservé le pouvoir avait été liquidée par ce même juge [par un arrêt du 30 novembre 2006], l'obligation ayant été exécutée le 11 juillet 2004, et retenu que la qualification d'astreinte provisoire autorisait seulement la modulation de son taux pour la liquider, la cour d'appel a, à bon droit, décidé que la demande tendant à une liquidation définitive" de l'astreinte n'avait aucun fondement légal et devait être rejetée»*.¹⁵

Enfin, l'article 489 du code de procédure civile, dans son deuxième alinéa indique que *«en cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.»*

Le fait d'interjeter appel d'une ordonnance de référé n'a aucun effet suspensif

En préalable, à noter qu'un décret du 6 mai 2017 publié au Journal Officiel le 10 mai 2017 apporte d'importantes modifications à la procédure d'appel en matière civile qui avait été déjà profondément remaniée par le décret n°2009-1524 du 9 décembre 2009 dit le décret «Magendie»^{16 17}.

S'agissant d'une ordonnance de référé, tant l'employeur que le salarié ont quinze jours pour interjeter appel (CPC art. 490,3°). En l'absence d'appel, l'ordonnance revêt autorité de la chose jugée, à titre provisoire. L'appel n'est pas suspensif du fait de l'exécution provisoire de droit revêtant l'ordonnance de référé.

Il faut rappeler qu'en matière prud'homale, depuis la publication de la Loi Macron, la représentation est obligatoire devant la Cour d'Appel, le salarié devant être assisté soit par un avocat, soit par un défenseur syndical.

Malgré la jurisprudence du 8 mars 2017, et dans l'hypothèse d'un appel interjeté par l'employeur, il faut

toutefois rappeler, qu'il résulte de la combinaison des articles 480 et 488 du code de procédure civile, que *«l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, autorité de la chose jugée, alors que le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ... a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche»*.

Ainsi, *«le juge des référés ne peut méconnaître l'autorité de la chose jugée par le juge du fond, même si le jugement au fond, non assorti de l'exécution provisoire, est frappé d'appel»*.¹⁸

Aussi, si toutefois, le bureau de jugement venait à statuer en requalifiant les contrats précaires en un contrat à durée indéterminée avant que la cour d'appel se prononce sur l'ordonnance de référé déferée, il conviendra de transmettre à la cour cette décision ayant autorité de la chose jugée et pouvant servir de preuve en application de l'article 480 du code de procédure civile et 1355 du code civil (anc. art. 1351) : *«Si une décision frappée d'appel ne peut servir de base à une demande en justice tendant à la réalisation des effets qu'elle comporte, elle n'en subsiste pas moins et ne peut être remise en cause tant qu'elle n'a pas été réformée.»*¹⁹

La difficulté d'arrêter l'exécution provisoire de droit revêtant l'ordonnance de référé

L'article 524 du code de procédure civile, s'agissant de l'exécution provisoire de droit, indique : *«Lorsque l'exécution provisoire est de droit, le premier président peut prendre les mesures prévues au deuxième alinéa de l'article 521 et à l'article 522. 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.»*

Cette exécution provisoire a été conçue pour permettre à la partie gagnante à un procès civil *«de lutter efficacement contre les manœuvres dilatoires du perdant qui n'exercerait les voies de recours que pour retarder l'exécution immédiate»*.²⁰

Sur ce point, il convient de rappeler que le Code de procédure civile opère une distinction entre l'exécution provisoire de droit (CPC, art. 514) et l'exécution provisoire ordonnée (CPC, art. 515).

Les cas où l'exécution provisoire est de droit

«Sont notamment exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ou encore les ordonnances du juge de la

¹³ Cass. Soc. 6 nov. 1974, n° 73-13.079 – Bull. civ. V, no 524; Dr. soc. 1975. 120, note Savatier; JCP 1975. II. 18188, note Berra

¹⁴ Cass. Soc. 3 nov. 2010, n° 09-65 254, B.C.V. n° 252, JCP S 2011 n° 1006, observations J-Y. FROUN

¹⁵ Cass. Civ. 2ème, 21 février 2013, n° 12-12.269 (CA Fort-de-France, 24 sept. 2010)

¹⁶ Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, publié au Journal Officiel du 10 mai 2016

¹⁷ Publication : Nathalie FRICERO, 12 mai 2017 in Dalloz Actualités : «L'appel nouveau est arrivé»

¹⁸ Cass. Civ. 2ème 10 mars 2005 – n° 02-20.513, B.C.II. n° 60 ; Cass. Civ. 1ère 9 octobre 2001 – n° 98-20 157 ; Com. 26 mars 2013 – n° 12-12 111 ; Cass. Civ. 3ème 17 juin 2014 – n° 13-17 197 ; Cass. Soc., 26 mai 2015, n° 14-14.985

¹⁹ Cass. Civ. 1ère, 11 juin 1991, n° 88-18.13

²⁰ S. GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 32ème éd., p. 945

mise en état qui accordent une provision au créancier» (CPC, art. 514, al. 2).

La rédaction du code est souple, l'adverbe «*notamment*» permettant de prévoir d'autres cas dans lesquels l'exécution provisoire serait de droit.

C'est ainsi qu'en matière de contentieux prud'homal, les décisions en matière de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée sont exécutoires de plein droit (C. trav., art. R. 1245-1 et D.1251-3).

C'est également le cas du jugement qui, (C. trav., art. R. 1454-28) :

- n'est susceptible d'appel que par suite d'une demande reconventionnelle ;
- ordonne la remise d'un certificat de travail, de bulletins de paie ou de toute autre pièce que l'employeur est tenu de délivrer ;
- ordonne notamment le paiement de sommes au titre des rémunérations dans la limite maximum de neuf mois de salaire.

En raison de leur nature, ces décisions bénéficient de l'exécution provisoire de plein droit, sans qu'elle n'ait à être demandée par les parties ni même à être ordonnée par le juge.

Ainsi, l'article R.1455-10 du code du travail se réfère à l'article 489 du code de procédure civile indiquant : «*L'ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute.*»

L'arrêt de l'exécution provisoire de droit

Aussi, pour arrêter cette exécution provisoire, la Cour de Cassation a rappelé en novembre 2013 s'agissant de la réintégration forcée d'un salarié, les conditions cumulatives, tel que mentionné à l'article 524 du code de procédure civile : d'une part, une violation du respect du contradictoire ou une dénaturation des faits par le juge, et d'autre part, il faut également que cette exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives pour l'employeur.

En outre, il n'appartient pas au premier président d'apprécier le bienfondé des décisions assorties de l'exécution provisoire, qu'elle soit de droit ou ordonnée²¹. Frédéric GUIOMARD, dans un article commentant cet arrêt indiquait «*certaines mesures provisoires peuvent ainsi se montrer particulièrement importantes pour garantir les droits fondamentaux des salariés, en évitant que l'entreprise ne profite*

des lenteurs du procès pour imposer aux salariés un état de fait contrevenant à l'application des règles de droit. (...) L'exécution provisoire de droit occupe une place de choix dans le droit prud'homal. Les raisons en sont aisément compréhensibles. Les litiges sont dans leur grande majorité introduits par les salariés réclamant le bénéfice de règles de droit du travail. Le caractère alimentaire des créances concernées exige que les décisions des juridictions de première instance soient assorties de l'exécution provisoire afin de les soustraire à des jeux d'appels potentiellement dilatoires. L'article R. 1454-28 du Code du travail prévoit en conséquence que les décisions prud'homales sont exécutoires de plein droit pour toutes les remises de pièces dont l'employeur est débiteur, ainsi que pour les rémunérations, indemnités de licenciement, de préavis, de congés payés ou de fin de contrat, dans la limite de neuf mois de salaire au maximum, le texte étant d'ailleurs formulé de façon ambiguë sur les créances auxquelles ce plafond peut être appliqué.»²².

Ainsi, très récemment deux cours d'appel ont rejeté la demande d'arrêt d'exécution provisoire de droit présentée par l'employeur au fond : en Guadeloupe en novembre 2016²³ ainsi qu'à Versailles en décembre 2016²⁴.

Les risques de l'exécution provisoire

Néanmoins, il convient d'être prudent et de rappeler que (art. L.111-10 alinéa 2 du CPCE) «*l'exécution d'une décision de justice provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge pour lui, si le titre est ultérieurement modifié, d'en réparer les conséquences dommageables* »²⁵.

Cette obligation de restitution résulte de plein droit de la réformation de la décision. La décision de réformation n'a pas formellement à ordonner la restitution des sommes versées²⁶. C'est pourquoi l'exécution provisoire peut-être sécurisée en étant arrêtée ou aménagée.

Le risque de conséquences manifestement excessives

D'ailleurs, la Cour de Cassation a précisé en 2012 l'obligation pour un salarié à restituer à son employeur l'intégralité de la somme, à la suite de l'infirmité de la décision de première instance, alors même que l'employeur n'avait versé au salarié qu'une partie de cette somme, de laquelle avaient été soustraites les cotisations sociales, payées à l'URSSAF²⁷. Il s'agissait dans ce cas, non pas d'une exécution provisoire de droit, mais ordonnée, à savoir des rappels de salaires dus à un rappel d'heures supplémentaires. En l'espèce, l'employeur avait été contraint par le conseil de prud'hommes de Charleville-Mézières à exécuter la totalité des condamnations qui avaient été prononcées au bénéfice des salariés licenciés. Le cadre du litige porté devant le premier président de la

²¹ Cass. Soc. 26 nov. 2013, n° 12-18.447 (CA Pau, 6 mars 2012, RG 12/1053 ; CPH Bayonne, 13 déc. 2011) ; Publié au bulletin 2013, V, n° 280 ; Publication : Frédéric GUIOMARD, «*Quelle place pour l'exécution provisoire en cas d'action en requalification des CDD en CDI*» in RDT 2014, p.278 ;

²² Frédéric GUIOMARD, Revue du Droit du Travail, 2006, p. 118 : «*La déficience de l'exécution provisoire appliquée à la matière prud'homale*»

²³ CA Basse-Terre, 26 novembre 2016 (CPH Basse-Terre, 25 avril 2016)

²⁴ CA Versailles, 8 déc. 2016, RG 16/00370 (CPH Boulogne-Billancourt, 19 juil. 2016)

²⁵ Cass. Ass. Plénière, 24 fév. 2006, n° 05-12.679

²⁶ Cass. 1ère civ. 31 mars 2016, n° 14-20.193

²⁷ Cass. Civ. 2ème, 7 juin 2012, n° 11-20.294 (Cass. Soc. 17 juin 2009, n°07-42.323 et suivants, cassant les arrêts CA Aix-en-Provence, 6 mars 2007)

cour d'appel de Reims relevait donc de l'exécution provisoire ordonnée (art. 515 CPC) : «**Au regard du résultat net comptable, de la variation du fonds de roulement de la société, du montant des créances clients et comptes rattachés et de l'actif réalisable et disponible, il est apparu que l'exécution provisoire ordonnée par le conseil de prud'hommes était susceptible de compromettre la pérennité de l'entreprise et d'avoir donc des conséquences manifestement excessives**».²⁸

Un recours en cassation impossible, sauf excès de pouvoir

A l'inverse, celui qui bénéficie de l'exécution provisoire ne prend aucun risque et n'engage pas sa responsabilité en s'abstenant de la mettre en œuvre²⁹. Les salariés devront donc être prudents et devoir démontrer le caractère d'évidence, afin qu'il ne puisse y avoir aucune contestation possible devant les juges du fond.

Une réforme récente³⁰ a, notamment, discrètement créé un article 525-2 dans le Code de procédure civile. Cet article prévoit 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**» Dans ces arrêt – bien entendu non publiés – du 7 avril 2016, la Cour de cassation déclare le pourvoi non recevable : «**Attendu que l'ordonnance de référé par laquelle le premier président statue sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit n'est pas susceptible de pourvoi en cassation en application de l'article 525-2 susvisé**

sauf en cas d'excès de pouvoir» Mais le pourvoi sera admis en cas d'excès de pouvoir, rappelle la Cour suprême.³¹

Ainsi, au vu de ce nouvel article 525-2 du code de procédure civile, les chances pour un employeur d'obtenir l'arrêt de cette exécution provisoire de droit apparaissent très faibles, maintenant ainsi de manière forcée, la relation contractuelle avec son salarié, dans l'attente de la décision des juges du fond. En cas d'une inexécution partielle ou totale de l'ordonnance de référé, le salarié a également la possibilité de demander la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel (art. 526 CPC).

L'assistance d'un avocat obligatoire

A noter qu'une Cour d'Appel a récemment jugé que «**si l'article R 1453-2 du code du travail dans sa version résultant du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 permet aux défenseurs syndicaux d'assister un salarié devant une juridiction sociale, de telles dispositions ne sauraient s'appliquer devant le premier président lequel est une juridiction autonome distincte d'une juridiction sociale. Que c'est dès lors à bon droit, que la société ADREXO a soulevé l'impossibilité de M. Y d'assister M. X dans le cadre de la présente instance**». Elle a néanmoins rejeté la demande d'exécution provisoire sollicitée par l'employeur³².

3 Le revirement de jurisprudence opéré en 2013 par la Cour de Cassation

«Tout justiciable a droit à un procès équitable», au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

La remise en cause de «la nullité sans texte»

Jusqu'à peu de temps, la Cour de Cassation affirmait encore qu'il ne peut y avoir de nullité sans texte, mise à part l'exception de l'arrêt Clavaud³³,

En 2006, pour la première fois, la Chambre sociale de la Cour de cassation, utilisant la notion de liberté fondamentale en y rattachant directement les composantes du droit au procès équitable de l'article 6§1 de la CESDH³⁴, avait considéré comme nul le licenciement sanctionnant le fait pour un salarié d'avoir témoigné en

justice et portant ainsi atteinte à "la liberté fondamentale de la défense"³⁵.

La chambre sociale de la Cour de Cassation dans trois arrêts novateurs en 2013 a sensiblement modifié sa position à l'égard des moyens de rétorsion utilisés par des employeurs peu scrupuleux ayant décidé de mettre fin d'une manière brutale la relation contractuelle existante avec des salariés précaires du fait qu'ils avaient engagés à l'encontre de l'employeur une action en justice, à savoir une demande de requalification de leurs contrats précaires en contrat à durée indéterminée devant le bureau de jugement du Conseil de Prud'hommes.

L'arrêt novateur du 6 février 2013

Il s'agissait de salariés en CDD ayant attaqué France Télécom et engagés depuis plusieurs années dans le cadre

²⁸ CA Reims, 2 mars 2016, RG 15/00080 ; cf. Mathias JOSTE, «Les cahiers sociaux – Lextenso», 1^{er} mai 2016, n° 285, p. 251

²⁹ Cass. 3^{ème} civ. 4 juin 2008, n° 07-14.118

³⁰ Décret n°2014-1338 du 6 novembre 2014 - art. 4

³¹ Cass. Civ. 2e, 7 avril 2016, Non publié au bulletin ; n° 15-10502 et n° 15-13083 – Publication : Christophe L'HERMITTE, 19 avril 2016, Site «Conseil en procédure»

³² CA RIOM, Ch. des référés, 8 déc. 2016, RG 16/00126 (demande d'arrêt d'exécution provisoire)

³³ Cass. Soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804

³⁴ Cf article Christophe RADE, 31 mars 2016 in «Lexbase – édition sociale», n° 649 (commentant l'arrêt du 16 mars 2016, n° 14-23.589)

³⁵ Cass. Soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, FS-P+B

d'une succession de contrats à durée déterminée, ont saisi, le 18 juin 2009, la juridiction prud'homale pour voir prononcer la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée ; que le 26 juin 2009, sur leur lieu de travail, un huissier a signifié à ces salariés la rupture anticipée de leur contrat pour le motif suivant : « surestimation de l'augmentation des flux d'appels clients due à une baisse plus importante que prévue du taux de réitération clients » ; qu'estimant que cette rupture intervenait en réaction à leur action en justice, les salariés ont saisi en référé la juridiction prud'homale pour faire cesser le trouble manifestement illicite et voir ordonner leur réintégration ; que le syndicat CGT FAPT Vaucluse est intervenu à l'instance.

Pour la première fois, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la protection à accorder au droit des salariés d'agir en justice, en application de l'article 6.1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

Dans ce premier arrêt en date du 6 février 2013, la Cour de Cassation va casser une ordonnance de référé de la Cour d'Appel de Nîmes du 7 octobre 2010 refusant la réintégration de salariés en indiquant en bas d'arrêt, le résumé suivant :

« Il résulte de l'article R. 1455-6 du code du travail que le juge des référés peut, même en l'absence de disposition l'y autorisant, ordonner la poursuite des relations contractuelles en cas de violation d'une liberté fondamentale par l'employeur ; lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice. »

Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui pour rejeter la demande de réintégration des salariés, retient qu'ils ne rapportaient pas la preuve que la rupture de leur contrat à durée déterminée constituait un trouble manifestement illicite en ce

qu'elle serait en réalité une mesure de rétorsion de l'employeur découlant de l'action en requalification en contrat à durée indéterminée qu'ils avaient engagée, cette preuve ne pouvant résulter des seules modalités de rupture mises en œuvre par l'employeur ou d'une décision de rupture anticipée du contrat à durée déterminée alors qu'il résultait de ses constatations que la rupture anticipée des contrats à durée déterminée qui ne reposait sur aucun des motifs prévus par l'article L. 1243-1 du code du travail, faisait suite à l'action en justice de chacun des salariés pour obtenir la requalification de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, ce dont il résultait qu'il appartenait à l'employeur d'établir que sa décision était justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par les salariés, de leur droit d'agir en justice»³⁶.

La confirmation de ce revirement de jurisprudence

Dans le même prolongement, deux autres arrêts vont suivre la même année :

Le 9 octobre 2013, la Cour de Cassation va indiquer que *« le principe d'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose. Encourt la cassation l'arrêt qui déboute le salarié de sa demande de nullité du licenciement au motif que la violation de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas caractérisée, alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur avait utilisé son pouvoir de licencier afin d'imposer au salarié sa propre solution dans le litige qui les opposait relativement à l'exécution du jugement, litige qui n'avait pas été définitivement tranché. »³⁷.*

Enfin, le 18 décembre 2013, elle va également préciser que : *« L'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considéré comme faisant partie intégrante du « procès équitable » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il en résulte que lorsqu'une décision, exécutoire par provision, ordonne la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la rupture du contrat de travail intervenue postérieurement à la notification de cette décision au motif de l'arrivée du terme stipulé dans ledit contrat à durée déterminée est nulle. Est en conséquence cassé l'arrêt qui pour rejeter la demande du salarié tendant à l'annulation de son licenciement et à sa réintégration, retient que le défaut d'exécution volontaire d'un jugement assorti de l'exécution provisoire mais frappé d'appel ne saurait caractériser en soi une atteinte au droit d'accès à la justice et que le salarié ne justifiait pas de ce que la rupture du contrat était précisément intervenue à raison de l'instance en cours, sans vérifier si le jugement ordonnant la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée avait été notifié à l'employeur par le greffe du conseil de prud'hommes, avant le terme du contrat à durée déterminée, objet de la requalification en contrat à durée indéterminée. »³⁸*

³⁶ Cass. Soc. 6 février 2013, n° 11-11.740 et suivants – cf. : Jean MOULY, *Droit Social* 2013, p.415 : « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice contre l'employeur : la nullité de principe des mesures de rétorsion » ; Bertrand INES, 27 fév. 2013, in *Dalloz-Actualités* « CDD : réintégration du salarié suite à la violation d'une liberté fondamentale » ; Xavier ORGERIT (CREDOF), 6 mars 2013, in *REVDH* « La protection du droit des salariés d'agir en justice contre leur employeur »

³⁷ Cass. Soc. 9 octobre 2013, n° 12-17.882

³⁸ Cass. Soc. 18 déc. 2013, n° 12-27.393 et suivants

A noter que ces trois arrêts ont été publiés au bulletin, jurisprudences également commentées dans le livre IV du rapport annuel de la Cour de Cassation 2013, ainsi que dans le livre III du même rapport annuel sur l'utilisation de l'ordre public procédural international et européen par la Cour de Cassation.

L'utilisation judiciaire d'un référé préventif concomitant à une saisine au fond devant le bureau de jugement

Une réintégration impossible, sauf à démontrer une violation des libertés fondamentales

Egalement en 2013, la Cour de Cassation a également précisé les limites des pouvoirs du juge des référés même si les juges du fond requalifient le contrat en contrat à durée indéterminée, le salarié ayant quitté l'entreprise étant dans l'impossibilité de demander sa réintégration, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale : **«le juge des référés ne peut ordonner la réintégration d'un salarié précaire une fois son contrat terminé s'il n'a pas été démontré des troubles manifestement illicites ayant pour conséquences la violation des libertés fondamentales du salarié.»**³⁹ A noter, qu'il convient de relever que la décision rendue n'est pas très significative puisque le salarié n'invoquait pas la violation de son droit d'agir en justice.

Un arrêt en 2016, va également préciser que **«la notification d'un jugement ordonnant la requalification des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée était intervenue postérieurement à la rupture de cette relation de travail entre les parties résultant de l'arrivée du terme du dernier contrat de travail à durée déterminée, une cour d'appel en a déduit à bon droit l'absence d'atteinte au droit d'accès à la justice»**⁴⁰, déboutant ainsi le salarié de sa demande de réintégration.

L'action en justice avant le terme du contrat

Mais, que se passe-t-il lorsque le salarié précaire agit avant le terme du contrat précaire lorsqu'il considère comme irrégulier, non pas dans un but de récolter exclusivement des dommages et intérêts réparant le préjudice d'un éventuel licenciement, dont il appartient aux juges de vérifier les règles de régularité et de légitimité, mais bel et bien de demander l'effectivité de la poursuite de ce contrat à durée indéterminée, ce dernier résultant de sa requalification devant le bureau de jugement, le but étant

d'avoir le maintien de cet emploi au sein de l'entreprise condamnée.

A ce jour, il faut reconnaître que ces demandes sont excessivement rares (moins d'une dizaine).

Si le bureau de jugement fait droit à la demande du salarié, en requalifiant les contrats précaires irréguliers en un unique contrat à durée indéterminée, alors que les relations contractuelles n'ont jamais été rompues, les juges du fond ne pourront que le constater, et ordonner sa poursuite.

Au moins, un précédent s'est déjà produit devant la juridiction de premier degré. En l'espèce, il s'agissait de deux salariés intérimaires dont les premiers contrats de mission dataient de juin 2006. En 2014, ils saisissent la juridiction prud'homale aux fins de requalification de leurs contrats précaires en contrat à durée indéterminée qui fait droit à leurs demandes avant l'échéance du terme. L'employeur interjettera appel, mais une radiation sera ordonnée, les conclusions de l'employeur n'ayant pas été transmises. L'employeur avait par ailleurs tenté une demande d'arrêt d'exécution provisoire devant le Premier Président de la Cour d'Appel qui l'avait refusé.⁴¹

L'arrêt du 16 mars 2016 initiant la saisine en référé concomitante à une action en requalification

De même, plusieurs formations de référé prud'homales avaient statué dans le sens d'une poursuite des relations contractuelles⁴², mais certaines ordonnances avaient été infirmées par les juges d'appel⁴³.

En mars 2016, la Cour de Cassation avait déjà initiée la solution, indiquant que, parallèlement à la saisine directe devant le bureau de jugement, rien n'interdisait à un justiciable de saisir la formation prud'homale de référé, afin que celle-ci ordonne des mesures conservatoires ou préventives dans l'attente du prononcé du délibéré par les juges du fond. L'employeur ayant **«l'obligation de respecter les dispositions de l'ordonnance de référé prescrivant la poursuite du contrat de travail jusqu'à intervention de la décision au fond du conseil de prud'hommes»**, ce non-respect par l'employeur entraînant une nullité de la rupture, au visa des articles L.1121-1 et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.⁴⁴

La réticence des juges de référés

Depuis cet arrêt de mars 2016, pourtant estampillé PBRI, plusieurs justiciables se sont néanmoins vus déboutés par

³⁹ Cass. Soc., 30 oct. 2013, n° 12-21.205 – cf. RJS 3/14 n° 282

⁴⁰ Cass. Soc. 21 sept. 2016, n° 15-15.165 (CA Paris, Pôle 4, Ch. 8, 9 oct. 2014, RG 13/23582 – JEX TGI Paris, 28 nov. 2013)

⁴¹ CPH Laon, 24 mars 2014 ; CA Caen, 28 mai 2014, RG 14/00061, RG 14/00062 (Demande d'arrêt d'exécution provisoire)

⁴² CPH Limoges, 23 avril 2002, RG 02/00129 ; CPH Moulins, 23 juil. 2005, Publication : Mélanie CARLES, RPDS, Nov. 2005, n°727, p. 361 ; CPH Saint-Nazaire, 22 août 2006, RG 06/00167 et 06/00168 ;

⁴³ CA Versailles, 6^{ème} ch., 27 août 2013, RG 13/018150 (CPH Tours, 15 mai 2002) ;

⁴⁴ Cass. Soc., 16 mars 2016, n° 14-23.589, FS+B+R+I – Publication : Erwan JAGLIN, Alexandre DUMORTIER, JSL avril 2016, n°408 ; Julien ICARD in «Les cahiers sociaux - Lextenso», n° 284, p.193

les formations de référés, tant devant la juridiction de premier degré que celle d'appel.

Soit la formation de référé prud'homale était relativement réticente à ordonner le maintien de la relation contractuelle, préférant laisser cette responsabilité au juge départiteur, soit les Cours d'Appel refusaient de s'attribuer le pouvoir donné par l'article R.1455-6 du code du travail :

«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 pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite.»⁴⁵.

Un des derniers exemples en date étant la saisine devant le bureau de jugement par des intérimaires, afin de voir leurs contrats de missions temporaires requalifiés en contrat à durée indéterminée, ceci afin qu'une fois leurs contrats requalifiés, ils puissent également bénéficier du PSE en cours.

Lors de la première audience, l'employeur va invoquer une incompétence de la section prud'homale saisie et l'affaire a été renvoyée au lundi 12 décembre 2016, où elle a été évoquée avec un délibéré au 27 mars 2017, où il sera ordonné un renvoi en départage au 20 avril 2017.

Le juge départiteur va débouter les salariés de leur demande de requalification. Ils ont interjeté appel de cette décision, l'audience étant prévue devant la Cour d'Appel de Reims le 2 octobre prochain.⁴⁶

Leurs contrats se terminant le 31 décembre 2016, et au vu de l'urgence, parallèlement, ils décident de saisir la formation de référé, aux fins d'ordonner la poursuite des relations contractuelles dans l'attente de la décision du bureau de jugement.

L'audience a eu lieu le 16 décembre 2016 avec un délibéré au 23 décembre. La formation se met en partage de voix, ordonnant un renvoi au 12 janvier 2017. La juge départitrice va débouter les salariés, au motif que la rupture des relations contractuelles a pour origine le terme normal indiqué sur les contrats de missions, à savoir le 31 décembre 2016, ceux-ci ne démontrant pas une violation des libertés fondamentales permettant une réintégration. Ils seront par ailleurs condamnés à 50 euros d'article 700 CPC. Ils ont interjetés appel, l'audience étant prévue pour le 3 juillet prochain devant la Cour d'Appel de Reims⁴⁷.

Toutefois, en l'état de la jurisprudence actuelle, une réintégration reste difficilement possible, sauf à démontrer une violation des libertés fondamentales, ainsi que l'a déjà précisé la Cour de Cassation (cf supra 39 et 40), à moins qu'il soit possible de considérer que des troubles manifestement illicites puissent suffire à requalifier la

rupture comme nulle, ayant pour conséquence une réintégration.

De nouvelles jurisprudences à venir ?

A ma connaissance jusqu'à ce jour, au fond, seules deux cours d'appel ont confirmé la requalification en contrat à durée indéterminée de salariés précaires dans deux situations similaires, les salariés ayant préalablement saisi la formation de référé aux fins de voir le maintien de leur emploi dans l'attente de la décision du bureau de jugement, et la formation de référé prud'homale accédant à leurs demandes en ordonnant la poursuite des relations contractuelles. A noter l'existence d'une autre affaire en première instance (cf supra 52).

Un arrêt infirmatif ayant débouté les salariés en première instance

Dans le premier cas, il s'agit de la Cour d'Appel de Cayenne du 20 février 2017, confirmant la décision de première instance ayant requalifié les contrats à durée déterminée des quatre salariés précaires en contrat à durée indéterminée au motif que **«la simple lecture des quatre contrats litigieux, qui sont tous identiques quant aux clauses, démontre que l'article 1 du contrat qui définit son objet na vise nullement l'un des cas limitativement énumérés par les articles L 1242-2 et 3 du code du travail (...). Ainsi le motif du recours au contrat à durée déterminée n'est nullement précisé car le surcroît d'activité n'est pas mentionné alors que la tâche attribuée est permanente au sein de la CGSS et correspond manifestement à son activité habituelle.»**⁴⁸.

Cette décision se trouve également conforté par le fait qu'il s'agit de l'affaire au fond entre les mêmes parties que le pourvoi ici éclairé et dont la décision interviendra seulement deux semaines plus tard (*Caisse de Sécurité Sociale de Cayenne et le syndicat UTG CGT*), les juges d'appel ayant eu, sans nul doute, communication par les salariés du rapport du conseiller référendaire ainsi que l'avis de l'avocat général.

Pour autant, en reprenant la chronologie, les salariés précaires s'étaient vu rompre leurs contrats, du fait de l'ordonnance infirmative de la Cour d'Appel de Cayenne en date du 23 février 2015 (dont pourvoi), le 16 juin 2015, les juges du Tribunal d'Instance de Cayenne, statuant en matière prud'homale, avaient déboutés les salariés de leur demande de poursuite des contrats de travail, décision confirmée également en tous points en appel.

⁴⁵ CA Orléans, 13 sept. 2016, RG 16/02892 ; CA Toulouse, 30 sept. 2016, RG 14/05986 ; CA Dijon, 24 nov. 2016, RG 16/00796 ; CA Versailles, 8 déc. 2016, RG 16/00370

⁴⁶ CPH Troyes, avril 2017, RG 16/00408 à 412, RG 16/00413 à 416, RG 16/00419 à 423

⁴⁷ CPH Troyes, 17 janv. 2017, RG 16/00077 à 16/00091 (cf article Thierry PECHINOT, *L'Est-Eclair, édition départementale*, 17 déc. 2016, p. 5)

⁴⁸ CA Cayenne, 20 fév. 2017, RG 15/00235 (TI Cayenne, statuant en matière prud'homale, 16 juin 2015)

Un arrêt confirmant la requalification et la poursuite du contrat à durée indéterminée en résultant

Dans le deuxième cas, la Cour d'Appel de Rennes, statuant également en référé, avait infirmé l'ordonnance de référé⁴⁹, mais postérieurement à la requalification de ses contrats de missions en contrat à durée indéterminée au fond avec l'entreprise utilisatrice, décision confirmée en appel⁵⁰.

Près de trois ans et demi après l'assignation en référé, cet intérimaire est toujours salarié. Un pourvoi est actuellement en cours devant la Cour de Cassation concernant l'affaire au fond.

Par ailleurs, un pourvoi avait déjà été formé par ce salarié contestant l'infirmité par la Cour d'Appel de l'ordonnance lui ayant permis le maintien dans l'emploi, mais suite à une erreur de procédure, le mémoire ampliatif avait été transmis à une société n'ayant plus d'existence légale, car absorbée entre temps, et ce pourvoi avait donné lieu à une déchéance par la formation plénière de la Chambre sociale de la Cour de Cassation, pour non-respect de l'article 978 du code de procédure civile, après un rapport du conseiller référendaire ainsi que l'avis de l'avocat général, tous deux favorables au salarié⁵¹.

La jurisprudence, comme les arbres, pousse par le bas

C'est ce qu'indiquait régulièrement Tiennot GRUMBACH, avocat travailliste défendant les salariés et ancien bâtonnier de Versailles (1939-2013), ayant également fait sienne la citation d'Antoine LOYSEL, Jurisconsulte (1536-1617) «*C'est le fait qui fait le droit*».

Aussi, ce n'est sans aucun doute, que le début de nombreux contentieux qui vont émerger dans les prochains mois.

D'ailleurs, le Conseil de Prud'hommes de Caen sous la présidence du juge départiteur⁵², vient de condamner un employeur à la requalification de contrats de missions en contrat à durée indéterminée, mais également à la poursuite de ce dernier, l'intérimaire ayant également utilisé les outils procéduraux d'un référé conservatoire. Il a également été condamné à des rappels de salaire, car il ne lui fournissait plus de travail depuis l'ordonnance de référé, la salariée s'étant mise à sa disposition,

Une pleine effectivité du droit à l'action en requalification

Par ces arrêts des 6 février, 9 octobre, 30 octobre et 18 décembre 2013, ainsi que l'arrêt du 16 mars 2016, complété par celui du 8 mars dernier, les salariés précaires peuvent désormais obtenir, non seulement la requalification de leur contrat précaire en un contrat à durée indéterminée, mais surtout sa pleine effectivité, à savoir, la poursuite de ce contrat résultant de cette décision de justice et n'ayant jamais été rompu, grâce à un référé conservatoire.

En effet, les Juges du Quai de l'Horloge confirment non seulement, qu'il est désormais possible de saisir le juge des référés dans le cadre d'une action en requalification, ceci afin de maintenir de manière artificielle la fragile relation contractuelle entre un salarié et son employeur, dans l'attente de la décision à intervenir au fond, mais surtout admettent qu'il est du pouvoir du juge des référés d'ordonner des mesures conservatoires permettant d'éviter un dommage imminent, **«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»**.

Les salariés se saisissent de ces jurisprudences pour faire valoir leurs droits

Auparavant, les salariés préféraient abandonner leurs demandes de réintégration en appel, l'employeur refusant de fournir du travail ou de les rémunérer, les cours d'appel rejetant systématiquement la poursuite des relations contractuelles, tant au fond, qu'en référé, se basant sur l'arrêt Hugues, à quelques rares exceptions : au fond, à Lyon en 2010⁵³ et à Paris en 2012⁵⁴ et en référé plus récemment en 2014 à Basse-Terre : **«le caractère manifestement illicite de la mesure prise par l'employeur étant établi, il y a lieu pour faire cesser le trouble illicite en résultant, d'ordonner la réintégration du salarié dans son poste de docker occasionnel, selon contrats d'usage, au sein du GIE AREMA»**⁵⁵.

Le revirement opéré par la Cour de Cassation le 6 février 2013 consacrant l'article 6.1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, commence à produire ses effets, certains salariés voulant voir leurs droits respectés, à savoir l'effectivité de la requalification en contrat à durée indéterminée, afin de voir la sauvegarde et la conservation de leur emploi précaire, transformé en un contrat à durée indéterminée «judiciaire».

⁴⁹ CA Rennes, 5 sept. 2014, RG 13/09369 (CPH Saint-Nazaire, ord. référé, 27 déc. 2013, RG 13/00149) – Publications : Marie-Jeanne GOZE, Site CFDT-Infoprudhommes, Alain HINOT, Chroniques Ouvrières, 5 janv. 2014 ; «La lettre au CE», JDS Avocats, Juillet-Août 2016, page 7

⁵⁰ CA Rennes, 11 mai 2016, RG 14/04821, 14/05658 (CPH Saint-Nazaire, 15 mai et 7 juil. 2014, RG 13/00602) – Publication : Rodolphe HEDERLE, Site «Miroir-Social», brève du 10 juillet 2014, Bruno SIAU, «Les Cahiers Sociaux – Lextenso», 1^{er} sept. 2016 ; Michel ABHERVE, Site Alternatives-Economiques, 28 janv. 2017

⁵¹ Cass. Soc., 23 mars 2016, 14-25.907 FP-(déchéance) : cf 49

⁵² Jugement départage CPH Caen, 20 juin 2017, RG 16/00911 (faisant suite à ord. référé CPH Caen, 20 décembre 2016)

⁵³ CA Lyon, 2 avril 2010, RG 09/06072, 06080 et 06082 ainsi que RG 09/03314 à 03318)

⁵⁴ CA Paris, 15 sept. 2011, RG 10/06723 (CPH Paris, 15 juil. 2010, RG 09/04560) ; Publication : Patrick Henriot in Droit Ouvrier, Déc. 2011, p.698

⁵⁵ CA Basse-Terre, Ch. Soc. 17 février 2014, RG 13/01035, 01037, 01039 et 01040 (Ord. Référé)

Il est fort probable que dans les mois à venir, le nombre de saisines devant les formations de référé risque d'augmenter considérablement, au vu du volume important des contrats précaires (3.8 millions).

Deux exemples très récents

Ainsi, une salariée après un premier contrat de professionnalisation du 15 septembre 2008 au 31 juillet 2010, en signe un deuxième le 1^{er} août 2010 devant se terminer le 31 juillet 2011 avec le même employeur, la SNCF.

Elle saisit le bureau de jugement en mai 2011 pour faire requalifier son contrat de professionnalisation en contrat à durée indéterminée, et donc, avant le terme de celui-ci. La juridiction prud'homale accédera à sa demande, requalifiant le second contrat de professionnalisation en contrat à durée indéterminée et ordonnant également la poursuite de ce dernier résultant de l'action en requalification. L'employeur va interjeter appel et refuse de lui fournir du travail et de la rémunérer.

Elle saisit alors la formation de référé en décembre 2011, et demande sa réintégration considérant qu'il s'agit d'une violation de ses libertés fondamentales, et donc de troubles manifestement illicites. Elle sera déboutée par la formation de référé et interjettera appel. L'ordonnance sera confirmée en appel⁵⁶.

Au fond, la Cour d'Appel va, certes, confirmer la requalification, mais statuer sur une rupture des relations contractuelles, l'employeur ne lui fournissant plus de travail et refusant de la rémunérer⁵⁷.

Elle forme alors un pourvoi attaquant ces deux décisions. La Cour suprême va casser ces deux arrêts de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, reprenant à l'identique, la décision qu'elle avait auparavant prise le 18 décembre 2013, renvoyant ainsi, l'affaire devant la Cour d'Appel de Nîmes. Une jonction sera ordonnée entre les deux procédures et a donné lieu à une décision en 2016, la salariée ne demandant plus sa réintégration, son employeur ayant décidé de la muter, le poste qu'elle occupait lors de son contrat de professionnalisation n'existant plus⁵⁸.

De même, le 1^{er} décembre 2016, cinq salariés intérimaires ont saisi la formation de référé prud'homale de Marseille demandant la poursuite des relations contractuelles avec l'entreprise utilisatrice (également la SNCF). L'employeur va mettre fin aux contrats le 19 décembre, en anticipant leur terme grâce à la période de souplesse, les contrats se terminant normalement le 31 décembre 2016, soit seulement trois jours avant le délibéré prévu par la formation de référé. Le 22 décembre 2016, la formation de

référé va ordonner la poursuite des relations contractuelles jusqu'au 31 mars 2017.

L'employeur va interdire le 3 janvier 2017 l'accès des lieux de travail à ces intérimaires et demander l'arrêt de l'exécution provisoire de droit de cette ordonnance devant le Premier Président de la Cour d'Appel de Marseille. Le 27 mars 2017, celui-ci va rejeter ces demandes d'arrêt d'exécution provisoire au motif de l'inexistence de conséquences manifestement excessives au regard des résultats et de la surface financière de l'entreprise⁵⁹. Du fait de ces ordonnances revêtues de l'exécution provisoire de droit, les relations contractuelles entre les salariés et la SNCF ont donc été maintenues jusqu'au délibéré du bureau de jugement, mais ce dernier a débouté les salariés de leurs demandes de requalification une quinzaine de jours plus tard. Elles ont interjetés appel de cette décision.

La notion de dommage imminent, sans celle de l'évidence ou des troubles manifestement illicites, risque de ne pas suffire pour la requalification

Au vu de ces récentes décisions de première instance, déboutant les salariés sur le fond, la vigilance des juges des référés va s'accroître, et, la seule notion d'urgence ou de dommage imminent à une forte probabilité de ne pas suffire pour les convaincre de maintenir de manière artificielle les relations contractuelles entre un salarié précaire et son employeur dans l'attente de la décision du bureau de jugement.

En effet, le «*retour de balancier*» risque d'être brutal pour les salariés précaires ayant été déboutés au fond en première instance et condamnés à rembourser non seulement les frais irrépétibles, mais surtout, les salaires versés pendant la durée de l'exécution provisoire de droit, sans compter l'absence d'indemnisation de Pôle-Emploi, du fait de leur statut provisoire de salarié, et ne bénéficiant donc, d'aucun revenu de remplacement.

Aussi, il est fort probable qu'à terme, la notion d'évidence ne souffrant d'aucune contestation possible devienne également indispensable, afin que les juges du fond n'aient d'autre choix, au vu de cette évidence déjà constatée par la formation de référé, que de requalifier les contrats précaires irréguliers en un contrat à durée indéterminée.

Pour ce qui est de la poursuite des relations contractuelles, les salariés une fois requalifiés en un contrat unique à durée indéterminée à compter du premier contrat irrégulier, le contrat n'ayant jamais été rompu, les différentes possibilités d'offrant à eux seront étudiées dans une prochaine note.

A souligner également que, dans un récent arrêt de février 2017, la Cour de Cassation a statué sur un non-lieu à renvoi

⁵⁶ Cass. Soc. 4 juin 2014, n° 13-17.099 (CA Aix-en-Provence, 7 mars 2013, RG 11/10943 ; CPH Aix-en-Provence, 12 mai 2011, RG 11/298)

⁵⁷ Cass. Soc. 4 juin 2014, n° 13-14.605 (CA Aix-en-Provence, 24 janv. 2013, RG 12/14441 ; Ord. référé-départ. CPH Aix-en-Provence, 21 juin 2012, RG 11/279)

⁵⁸ CA Nîmes, 24 mai 2016, RG 15/02886 et 15/02887

⁵⁹ CA Marseille, 27 mars 2017, RG 17/00071 à RG 17/00075

devant le Conseil Constitutionnel, étant saisi d'une QPC, s'agissant de l'indemnité de rupture anticipée d'un CDD au motif que :

«il résulte de l'article L.1243-4 du Code du travail que la rupture anticipée d'un CDD par l'employeur en dehors des cas autorisés ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. Cette indemnité, destinée à réparer les conséquences de la rupture injustifiée d'un CDD, ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le salarié et l'employeur n'étant pas placés dans la même situation au regard des conséquences indemnitaires de la rupture du CDD, le législateur peut régler de façon différente des situations différentes et l'article L 1243-4 précité ne porte aucune atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre»⁶⁰.

Ainsi, en cas de rupture unilatérale d'un contrat précaire par un employeur, le salarié a également la possibilité de préférer une indemnité, plutôt que la requalification.

Le tribunal d'instance peut également statuer qu'un contrat précaire est un CDI

Dans l'affaire ici commentée, le lecteur aura sans doute remarqué que, c'est le Tribunal d'Instance de Cayenne, statuant en matière prud'homale, qui a requalifié les contrats des salariés précaires. En effet, faisant suite à la carence du Conseil de Prud'hommes de Cayenne, celui-ci avait été transféré au Tribunal d'Instance en novembre 2011 par décision du Premier Président de la Cour d'Appel de Cayenne⁶¹.

Le juge de l'action est le juge de l'exception

Néanmoins, le juge de l'action étant le juge de l'exception, il peut arriver que le Tribunal d'Instance, saisi dans le cadre d'un litige d'élections professionnels, notamment la détermination des effectifs, puisse également statuer qu'un contrat précaire est en fait, un contrat à durée indéterminée.

En effet, l'article L 1247-1 du Code du travail autorise les organisations syndicales à agir à la place du salarié sur les questions liées au CDD et en particulier sur la requalification. L'organisation syndicale a donc la possibilité de saisir le Conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification d'un CDD en CDI, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, sous réserve toutefois que ce dernier ait été averti de l'action et ne s'y soit pas opposé.

La Cour de cassation dans deux arrêts de décembre 2014⁶², a précisé également que *«les syndicats ont néanmoins qualité pour demander au juge d'instance, juge de l'élection, que les*

contrats de travail soient considérés comme tels s'agissant des intérêts que cette qualification peut avoir en matière d'institutions représentatives du personnel et des syndicats, notamment pour la détermination des effectifs de l'entreprise».

Un précédent s'était déjà produit en 2012 au visa de l'article 49 du code de procédure civile et L.2314-25 du code du travail⁶³.

Cette décision de la Cour de cassation est novatrice et particulièrement importante : demain, en cas de conflit sur la détermination des effectifs, notamment à l'occasion d'élections professionnelles, et également dans les entreprises recourant de façon importante, pour ne pas dire abusive, aux CDD, une organisation syndicale pourra saisir le tribunal d'instance pour que les CDD soient considérés comme des CDI. Charge ensuite au syndicat de faire la démonstration devant le juge de l'élection que les CDD en question ne respectent les règles strictes du Code du travail, non-respect justifiant qu'ils soient considérés comme des CDI.

Enfin, attention à ne pas faire une analyse trop hâtive de cette décision sur les conséquences qu'elle entraînerait pour les salariés concernés : en effet, cette décision ne signifie en aucun cas la possibilité de demander en tant que telle la requalification des CDD en CDI devant le tribunal d'instance. Comme le rappelle la Cour de cassation dans son attendu, seul le conseil de prud'hommes est compétent en la matière.

Toutefois, malgré l'autorité relative de la chose jugée, il est possible d'imaginer qu'en cas de victoire syndicale devant le tribunal d'instance, les salariés en CDD concernés seront plus enclins à saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande de requalification de leur CDD, armé d'un argument de taille, le jugement du tribunal d'instance.

Le juge des référés peut également requalifier des contrats précaires en un contrat à durée indéterminée.

Il existe également un arrêt de cassation ayant admis la requalification par les juges des référés, le contrat précaire ayant été rompu avant la saisine devant la formation de référé. Il confirme une requalification effectuée par la Cour d'Appel de Paris d'un contrat à durée déterminée conclu le 25 janvier 2001 et rompu de manière irrégulière par l'employeur le 27 mars 2001. Ce contrat ne contenait aucun motif de recours, et au vu de l'évidence de cette absence de motifs, on peut imaginer que les juges du référé ont considéré que le formalisme de ce contrat n'étant pas respecté, il devait être requalifié en contrat à durée indéterminée, requalification confirmée par la Cour de Cassation⁶⁴.

⁶⁰ Cass. Soc. Arrêt n° 487, 8 fév. 2017 n° 16-40.246 (FS-PB QPC) – EFL Hebdo, 17 fév. 2017

⁶¹ Daniel Saint-Jean, journaliste – chroniqueur judiciaire - France-Guyane, article du 6 sept. 2013

⁶² Cass. Soc., 17 déc. 2014, n° 14-13.712 et 14-60.511 – cf. article de Roger Perrot, Revue «Procédures», Avril 2012, n°4

⁶³ Cass. Soc., 8 fév. 2012, n° 11-14.802

⁶⁴ Cass. Soc., 29 sept. 2004, n° 02-40.927 (CA Paris, 18^{ème} ch. Civ., 6 déc. 2001)

Enfin, une très récente décision d'appel-référé de la Cour d'Appel de Paris du 9 février 2017, concernant un salarié précaire ayant eu une quarantaine de contrats à durée déterminée sur une période allant de mars 2009 à mars 2014, pour des durées allant d'une journée à dix jours. L'employeur soutenait une exception d'irrecevabilité pour unicité d'instance, car le salarié avait effectué une saisine devant le bureau de jugement, et l'affaire avait été radiée pour défaut de diligence. Le salarié avait saisi la formation de référé en janvier 2016 qui l'avait débouté. La Cour d'appel précisant que **«la formation de référé demeure compétente pour statuer alors même que comme en l'espèce le juge du fond n'a pas tranché le litige.»**

Sur la demande de requalification, la Cour d'Appel accède à la demande du salarié, ce dernier ne faisant aucune demande de dommages et intérêts, mais seulement les indemnités légales de requalification, d'indemnités compensatrices de congés payés, de rappels de congés payés et d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.⁶⁵

L'incidence du droit dérivé européen et du droit international sur le droit interne

Une parenthèse est ici ouverte, sur l'incidence du droit européen et des décisions prises par la Cour de Justice de l'Union Européenne sur le droit interne.

L'utilisation des contrats précaires est régi par l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999, mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999, en ses clauses 1 et 5, qui a pour objet de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, et impose de vérifier que le recours à l'utilisation de ces contrats est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant la caractère par nature temporaire de l'emploi.

Ainsi, dans son rapport annuel en 2013, la Cour de Cassation précisait également que **«la jurisprudence communautaire relative à la prévention des abus en matière de contrats de travail successifs impose aux États membres de « veiller à ce que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens nettement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de [sa] mission et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes » (CJUE, arrêt du 8 mars 2012, Huet, C-251/11).»**

Dans la notion du droit communautaire il faudrait inclure les arrêts de la CJCE, puisque ils sont dotés d'une force exécutoire, sur la base de l'article 244 du TCE, devenu l'article 280 du TFUE.

(...) En d'autres termes, suivant le raisonnement de la CJCE, la primauté bénéficie à l'ensemble des normes communautaires et vaut à l'ensemble des normes étatiques, quelle que soit leur place dans la hiérarchie de l'ordre juridique interne.⁶⁶

Ainsi, si la Cour de Cassation a opéré un revirement de jurisprudence avec ces trois arrêts de 2013 (6 février, 9 octobre et 18 décembre), s'agissant de moyens de rétorsion de la part de l'employeur à l'encontre d'un salarié ayant agi en justice, c'est au regard de l'article 6.1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

Elle a également rappelé dans un arrêt de juin 2016 au visa de l'article 10§1 de la de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **«qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité.»⁶⁷**

Par le passé, le droit social avait déjà eu à connaître de la subsidiarité du droit dérivé européen sur le droit interne. En effet, tout le monde se rappelle du C.N.E. (*Contrat Nouvelle Embauche*) mis en place en 2005⁶⁸. Il s'agissait d'un contrat de travail avec une «période de consolidation de deux ans» et dont la rupture pendant cette période ne nécessitait aucune justification.

Cette rupture sans motif préalablement communiqué ainsi que la durée excessive de cette période de consolidation, assimilable à une période d'essai, avait été déclarée contraire à la Convention n° 158 de l'OIT le 14 novembre 2007. Devant cette incertitude juridique pour les employeurs, ce dispositif a été abrogé en juin 2008⁶⁹.

De même, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a précisé en 2009⁷⁰, décision confirmée en 2013, qu'une période d'essai de 12 mois est **«déraisonnable»**, et ce, au visa de l'article 2 de la convention n°158 de l'OIT rappelant au passage l'immédiateté et l'applicabilité directe du droit international en droit du travail interne.

Enfin, dans un arrêté du 10 septembre 2015, la Cour Européenne de Justice pourrait bien avoir ouvert une brèche sur la durée du temps de travail effectif, s'agissant des salariés itinérants, même si cette décision n'a pas d'effet d'application immédiate en droit interne.

Jugeant une affaire mettant en cause deux sociétés espagnoles (*Tyco Integrated Security* et *Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios*), l'instance a statué sur le fait que : **«lorsque des travailleurs, comme ceux dans la situation en cause, n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, le temps de**

⁶⁵ CA Paris, Pôle 6, Ch. 2, 9 fév. 2017, RG 16/06047 (Ord. référé, CPH Créteil, 28 mars 2016, RG 16/006)

⁶⁶ Uroš ČEMALOVIC, Thèse de doctorat en droit, 20 mai 2010, «le mouvement d'unification du droit des marques dans l'union européenne» p.29

⁶⁷ Cass. Soc., arrêt n° 1309, 30 juin 2016, n° 15-10.557

⁶⁸ Ordonnance no 2005-893 du 2 août 2005

⁶⁹ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, publiée au JO du 26 juin 2008

⁷⁰ Cass. Soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359 ; 26 mars 2013, n° 11-25.580

déplacement que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier client désignés par leur employeur constitue du temps de travail.»⁷¹

De même, elle a rappelé en 2016 que la réglementation espagnole permettant le renouvellement de CDD pour couvrir des besoins permanents et durables malgré l'existence d'un déficit structurel de postes, est contraire à l'accord-cadre du 18 mars 1999.⁷²

Enfin, à noter les toutes récentes conclusions de M. Szpunar, Avocat Général de la CJUE, s'agissant de la

plateforme électronique Uber du 11 mai 2017, : «*Tout en étant un concept innovant, relève du domaine du transport, si bien qu'Uber peut être obligée de posséder les licences et agréments requis par le droit national*»⁷³,

L'avenir dira si sa décision remettra en cause le modèle économique d'Uber et de ses autoentrepreneurs.

Toutefois, le nombre de personnes concernées n'est en rien comparable au volume des contrats précaires actuels de près de 3.8 millions.

4 Le cas d'espèce : les faits, la procédure, l'analyse et la portée de cette décision

Les faits et la procédure

Dans l'affaire ici éclairée, deux salariés avaient été engagés par la Caisse Générale de Sécurité Sociale de la Guyane en qualité d'agents administratifs dans le cadre de contrats à durée déterminée du 20 décembre 2010 au 19 mars 2011 pour surcroît d'activité.

Avant le terme de leur contrat, ils saisissent le 10 mars 2011, la juridiction prud'homale statuant en référé, pour obtenir la requalification de leur contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée et la condamnation de la caisse à leur verser une indemnité de requalification. Le 17 mars 2011, ils saisissent également aux mêmes fins le bureau de jugement d'une instance au fond.

Par ordonnance de référé rendue sur le siège le 18 mars 2011 en présence des parties, la formation de référé du conseil de prud'hommes ordonne la poursuite des contrats de travail, soit la veille du terme initial des contrats précaires.

Mais, la Cour d'appel de Cayenne rejettera la demande des salariés tendant à obtenir la poursuite des relations contractuelles jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'instance au fond engagée sur le fondement de l'article L.1245-2 du code du travail.

Les juges d'appel considèrent que le juge des référés a excédé ses pouvoirs en ordonnant la poursuite des relations contractuelles en cours entre les salariés et la caisse jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'action en requalification qu'ils avaient engagée et en allouant une provision au titre de l'indemnité de requalification, puisqu'en cette matière l'article L. 1245-2 du code du travail donne une compétence exclusive au Bureau de

jugement sans qu'il puisse être soutenu que le risque de non renouvellement des contrats à durée déterminée constituerait le dommage imminent de l'article R. 1455-6 du code du travail justifiant la compétence en référé alors que l'existence de ce dommage suppose l'appréciation et l'interprétation des règles de droit régissant le contrat à durée déterminée ce qui relève du fond de l'affaire excluant la compétence du juge des référés.

La décision de la Cour de Cassation

La Cour de cassation censure ce raisonnement en précisant que constitue un dommage imminent, la perte de l'emploi par l'effet de la survenance du terme justifiant la compétence du juge des référés.

S'agissant du dommage imminent, la Cour de Cassation avait déjà eu à trancher à ce sujet, sur les pouvoirs du juge des référés. Ainsi, il peut intervenir s'il se trouve saisi par le demandeur d'un risque imminent de dommage qui consiste dans un «*dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer*».⁷⁴ De même, «*la mission du juge des référés consiste à éviter qu'une situation irréversible ne se crée*».⁷⁵

Enfin, une mesure équivalente a pu être prononcée par le juge civil des référés sur le fondement d'une disposition équivalente (CPC, art. 809), ce dernier décidant, dans l'attente de la décision des juges du fond, de la poursuite de la relation contractuelle alors que le contrat avait été résolu⁷⁶.

Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail

⁷¹ CJUE, 10 sept. 2015 (3ème chambre), Affaire n° C-266/14, ECLI:EU:C:2015:578

⁷² CJUE, 14 sept. 2016, C16/15, C184/15-C197/15, C596/14, Hélène TISSANDIER in Lamy JSL n°419, nov. 2016

⁷³ Communiqué de presse n° 50/17, Conclusions avocat général dans l'affaire C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, SL

⁷⁴ Cass. Com., 13 avril 2010, n° 09-14.386 ; cf. R. PERROT, Lexis-Nexis, Procédures Juin 2010, n°6

⁷⁵ Cass. Com., 15 fév. 1983, n° 83-10.782, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 67

⁷⁶ Cass. 1ère civ., 29 mai 2001, n° 99-12.478 : RTD civ. 2001, 590, obs. Mestre J. et Fages B

L'astuce de procédure utilisant le référé afin de «forcer» un employeur à conserver un salarié dans l'attente de la solution du litige par les juges du fond peut paraître brutal.

Mais, faut-il rappeler que les contrats précaires sont des contrats dérogatoires au droit commun et ne sont que des exceptions au contrat à durée indéterminée tel qu'indiqué au premier alinéa de l'article L.1221-1 du code du travail : **«Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail.»**

Car, encore aujourd'hui, il n'est pas rare que des employeurs soient condamnés au recours abusifs des contrats précaires, soit des contrats très courts en une courte période, soit une multitude de contrats pendant plusieurs années, voire même des dizaines d'années :

- 152 CDD en onze mois, dont trois le même jour⁷⁷ ;
- Plus d'une centaine de contrats précaires en 5 ans⁷⁸ ;
- 660 CDD d'usage en deux ans et demi⁷⁹ ;
- 130 missions d'intérim en 8 mois (juillet 2009 à mai 2010)⁸⁰ ;
- Alternance sans discontinuité de CDD et missions d'intérim de 1991 à 2013⁸¹, ou de juillet 2007 à décembre 2012⁸²
- CDD à temps partiels d'août 2009 à mars 2015⁸³
- Et enfin, 703 contrats d'intérim sur une durée de 30 ans pour la même entreprise utilisatrice et ayant défrayé les chroniques en juillet 2015.

M. Julien ICARD, commentant l'arrêt du 8 mars 2017, indiquait : **«Il n'est pas anodin que la majorité des décisions relatives à la protection du droit d'agir en justice ait été rendue à propos de CDD. C'est une situation de précarité – sociale et économique bien sûr – juridique particulièrement propice aux représailles directes ou indirectes de l'employeur, et ce d'autant plus, en raison du raccourcissement des délais de prescription qui contraint les salariés à agir de plus en plus pendant la relation contractuelle. Il ne nous semble pas impossible que ces solutions constituent en outre une réaction à l'explosion quantitative des CDD, dont un nombre non négligeable est nécessairement, en raison du caractère dérogatoire du CDD, conclu en contrariété avec les règles légales. Or, l'intérêt d'une requalification ne doit pas être purement rétrospectif. C'est pourtant le cas lorsque le juge constate, après la rupture du CDD, que le contrat devait être considéré comme un CDI et que sa rupture s'analysait en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il en résulte une forme de faute lucrative pour l'employeur puisqu'en raison de la faible ancienneté du salarié – sauf exception des CDD successifs – la rupture du CDD, analysée comme un licenciement, ne permet pas au salarié d'obtenir ne serait-ce que le plancher d'indemnisation de six mois de salaire»**.⁸⁴

La portée de cette décision

En définitive, les récentes jurisprudences intervenues depuis 2013 forment un tout, consacrant ainsi, l'effectivité du droit à la requalification en contrat à durée indéterminée. En effet, depuis l'arrêt Hugues, soit plus de 16 ans (**13 mars 2001**), tout employeur pouvait recourir abusivement aux contrats précaires, les seules sanctions étant l'indemnité de requalification ainsi que de simples dommages et intérêt pour licenciement abusif hors succession de contrats supérieur à deux ans.

Désormais, lorsqu'un employeur se trouvera confronté à un salarié demandant la requalification de ses contrats précaires en un contrat à durée indéterminée avant son terme devant la juridiction prud'homale, ce dernier ayant également saisi la formation de référé aux fins de maintenir son emploi dans l'attente de la décision des juges du fond, il pourra difficilement rompre ce contrat de manière unilatérale, sauf motif disciplinaire, et si motif-ci n'était pas avéré, le salarié a le choix entre, faire condamner l'employeur à une indemnité de rupture (C. Trav. L.1243-4) (**8 février 2017**), ou demander une éventuelle nullité de la rupture, s'il parvient à démontrer une violation des libertés fondamentales (**6 février 2013**).

Ce salarié a également la possibilité de saisir parallèlement la formation de référé afin d'obtenir de manière préventive la conservation de son emploi précaire dans l'attente de la décision des juges du fond (**8 mars 2017**). Il faut néanmoins que l'ordonnance de référé soit notifiée avant la fin de ce contrat (**18 décembre 2013**), le juge des référés ne pouvant ordonner la réintégration d'un salarié précaire une fois son contrat terminé s'il n'a pas été démontré des troubles manifestement illicites ayant pour conséquences la violation des libertés fondamentales du salarié (**30 octobre 2013**). Si l'employeur ne respecte pas cette ordonnance exécutoire de droit à titre provisoire et rompt le contrat, cette rupture sera considérée comme nulle s'il peut être démontré des violations des libertés fondamentales (**16 mars 2016**).

Une fois les contrats requalifiés en un contrat à durée indéterminée et sa poursuite ordonnée par les juges du fond, il a l'obligation de maintenir dans ses effectifs ce salarié et de le rémunérer (**4 juin 2014**), et ne pouvant rompre aisément ce contrat, dans le cas d'un appel pendant, le principe d'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose (**9 octobre 2013**).

⁷⁷ CA Orléans, 25 avril 2017, RG 15/04324

⁷⁸ CA Caen, 28 avril 2017, RG 15/01781

⁷⁹ CPH Nantes, délibéré prévu pour le 22 juin 2017, article Marylise COURAUD, Ouest-France Nantes, 7 avril 2017

⁸⁰ CA Paris, pôle 6, Ch. 4, 9 mai 2017, RG 15/02239

⁸¹ CA Rouen, 16 mai 2017, RG 15/00731

⁸² CA. Paris, Pôle 6, Ch. 3, 16 mai 2017, RG 15/10624

⁸³ CA Versailles, Ch. 11, 15 mai 2017, RG 15/02038

⁸⁴ Julien ICARD, «Les cahiers sociaux –Lextenso», 1^{er} avril 2017, note sur l'arrêt du 8 mars 2017, n° 15-18.560

Quid de l'avenir

Il faudra surement attendre quelques décisions de cours d'appel, voire de la cour suprême, afin d'y voir plus clair.

«La solution consistant à maintenir de manière forcée le lien contractuel dans l'attente de la décision des juges du fond peut paraître excessive, d'autant plus lorsque la survenance du terme découle du retour du salarié absent, l'employeur devant alors payer le salarié de retour et le salarié remplaçant mais également trouver des tâches à faire exécuter au second alors que la raison d'être de sa présence dans l'entreprise a disparu avec le retour du salarié remplacé. Il en sera de même mais de façon peut-être moins marquante en cas de contrat saisonnier, d'accroissement temporaire ou même d'usage. Une telle décision suppose à tout le moins que la juridiction prud'homale se prononce rapidement sur le fond afin que la situation ne produise pas, pour l'entreprise, de conséquences financières trop lourdes» (cf article de J. ICARD, supra 84).

Il en est d'ailleurs de même pour le salarié, s'il voit en appel sa demande de requalification infirmée et dans l'obligation de rembourser à l'employeur les rémunérations résultant d'une première décision ainsi que de l'exécution provisoire.

L'opposition de deux principes constitutionnels

Le socle constitutionnel de la Constitution de 1958, défini par la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946, contient deux libertés fondamentales :

D'une part, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 : **«La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.»**

D'autre part, l'article 5 du préambule de la Constitution de 1946 : **«Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances.»**

Est-il possible d'admettre que le droit du libre choix d'un collaborateur, et donc la liberté fondamentale d'entreprendre soit violée par une autre liberté fondamentale, le droit à l'emploi ?

Un début de réponse se trouve peut-être dans la décision du Conseil Constitutionnel : **«Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée»**⁸⁵

En outre, les articles L.1245-2 et L.1251-41 du code du travail requalifiant les contrats précaires en un contrat à

durée indéterminée, ne sont que la sanction du non-respect d'une obligation de ne pas faire, à savoir : **«le recours aux contrats précaires ne peut avoir pour objet ou pour effet de pourvoir à l'activité normale et permanente de l'entreprise.»**

Pour autant, la seule invocation par un salarié de l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, n'interdit pas à l'employeur de le licencier, que ce soit pour motif disciplinaire, économique, ou d'inaptitude physique à son poste de travail.

La charge de la preuve revenant à l'employeur, il lui incombera donc de démontrer que cette décision était légitime et justifiée et proportionnée à la nature de la tâche à accomplir (C. Trav. L.1121-1) :

«Selon le premier attendu de l'arrêt du 6 février 2013, il semble que ce soit à l'employeur de se justifier lorsque la rupture est illicite et qu'elle fait suite à une action engagée par le salarié («lorsque la rupture illicite d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme comme intervenue en dehors des cas prévus par l'article L.1243-1 du code du travail, fait suite à l'action en justice engagée par le salarié contre son employeur, il appartient à ce dernier d'établir que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute volonté de sanctionner l'exercice, par le salarié, de son droit d'agir en justice ; »). Ainsi, selon la Cour de cassation, la proximité temporelle de deux faits – la rupture illicite du contrat par l'employeur et l'engagement d'une action par l'employé – fait naître une obligation de justification de son comportement par l'employeur.»⁸⁶

«Au fond, la mesure consistant à priver prématurément un salarié de son emploi en raison de l'exercice d'un droit reconnu et essentiel s'apparente, peu ou prou, à une forme de discrimination, comme l'est d'ailleurs le licenciement prononcé au motif de l'exercice de la liberté syndicale (C. trav., art. L. 1132-1 et L. 2141-5), consacrée tant par la Constitution (préambule de la Constitution de 1946, al. 6) que par les textes internationaux (not. Conv. EDH, art. 11). [...] Malgré la fiction qui consiste à présumer irréfragablement le contrat conclu comme étant un contrat à durée indéterminée et, par voie de conséquence, la rupture du contrat à durée déterminée comme un licenciement, la rupture anticipée s'est initialement produite en dehors du cadre fixé par l'article L.1243-1 du code du travail et à la suite de l'action en justice du salarié. Le licenciement devrait être annulé.

Une autre question reste en suspens : qu'advient-il lorsque l'employeur aura pris la peine d'invoquer formellement l'une des causes de rupture anticipée de l'article L. 1243-1 précité ? Il ne semble pas impossible que le salarié puisse invoquer l'inexistence d'un cas de force majeure, d'une faute grave ou l'absence d'inaptitude constatée par le médecin du travail, voire que l'employeur soit amené à s'en expliquer, pour débattre de l'atteinte portée au droit fondamental d'agir en justice.»⁸⁷

Publiés seulement quelques semaines après l'arrêt du 6 février 2013, ces deux commentaires étaient prémonitoires de la voie que prendrait la Cour de Cassation, consacrant ainsi l'article 6§1 de la CESDH.

⁸⁵ Décision 89-254 DC, Cons. Const., 4 juil. 1989

⁸⁶ Article de Bertrand INES, in « Dalloz-Actualités » du 27 février 2013

⁸⁷ Article de Xavier ORGERIT, CREDOF in REVDH du 26 mars 2013

Dans une affaire civile au fond, la Cour de Cassation avait déjà eu l'occasion de préciser que «**le seul fait pour une partie de demander en justice la poursuite de l'exécution du contrat ne saurait constituer un abus de droit**»⁸⁸.

De même, s'agissant d'un litige de requalification d'une convention en bail, elle avait statué que «**le caractère onéreux d'une mise à disposition d'un immeuble à usage agricole est souverainement apprécié par les juges du fond. Justifie légalement sa décision au regard de l'article L. 411-1 du Code rural, une cour d'appel qui requalifie en bail rural une convention mettant à la charge du preneur " toutes les charges afférentes à l'exploitation du bien, notamment la taxe foncière**»⁸⁹

Reste à savoir si la Cour de Cassation prendra la même décision, lorsqu'elle se trouvera saisie de cette question, s'agissant de la poursuite d'une relation contractuelle entre un salarié précaire et son employeur, et non d'une demande de réintégration, faisant suite à une nullité résultant d'une violation des libertés fondamentales.

Une cohabitation difficile et sujette à de nouveaux contentieux

La Cour de Cassation a précisé en 2016, que : «**le seul fait de confier à un prestataire de service le nettoyage des locaux ne caractérise pas une impossibilité matérielle de réintégrer dans son emploi d'entretien des locaux ou, à défaut, dans un emploi équivalent, un salarié dont le licenciement a été déclaré nul et dont le poste a été supprimé**»⁹⁰, rendant ainsi pour l'employeur, dans l'hypothèse d'une suppression du poste sur lequel était affecté le salarié, une réintégration physique encore plus compliquée sur son ancien lieu de travail, une fois ses contrats précaires irréguliers requalifiés en contrat à durée indéterminée, et sa poursuite ordonnée.

Le salarié peut fort bien solliciter en appel, des demandes reconventionnelles de rappel de salaire, la Cour de Cassation ayant précisé à plusieurs reprises que «**par l'effet de la requalification, le salarié réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée, depuis le jour de sa première embauche au sein de l'entreprise est en droit d'obtenir la reconstitution de sa carrière ainsi que la régularisation de sa rémunération**»⁹¹, l'action en requalification interrompant la prescription triennale⁹².

Enfin, s'il était avéré l'utilisation frauduleuse et massive de recours aux contrats précaires, l'employeur peut également se voir condamné pour délit de marchandage⁹³. La Cour de Cassation vient de le rappeler en mars 2017.⁹⁴

De même, en cas de défaut d'exécution partielle ou total, le salarié a également la possibilité de saisir le Juge de l'exécution.

En outre, comment l'employeur et le salarié vont cohabiter et exécuter un contrat de travail résultant d'une décision de justice, les éléments essentiels du socle contractuel trouvant leur origine, dans une certaine mesure, dans les demandes faites par les deux parties et sur lesquelles le juge aura statué, ayant donc ainsi autorité de la chose jugée (art. 480 CPC).

Par exemple, en l'absence de clause de mobilité, l'employeur ne pourra modifier unilatéralement le secteur géographique du lieu de travail du salarié sans son accord express. En effet, la Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de trancher en partie sur le lieu de travail d'un intérimaire dans le cadre d'une action en requalification⁹⁵. D'ailleurs, il est difficilement envisageable qu'un intérimaire accepte l'ensemble des clauses contractuelles d'une mission d'intérim, excepté celle concernant le lieu de travail. Il y a fort à parier que l'entreprise utilisatrice ne souhaite pas pérenniser cette relation, voire même, ne pas la débiter.

L'incidence de la réforme du droit des obligations sur le droit social

L'on se retrouve ainsi devant le caractère précontractuel, et consacré par la réforme du droit des obligations mise en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Si toutefois, une telle clause existait dans le contrat précaire initial, l'employeur devra toutefois justifier qu'elle est légitime et proportionnée à la nature de la tâche à accomplir (art. L.1121-1 C. Trav.).

D'ailleurs, cette réforme a également renforcé la défense de la partie la plus faible, s'agissant des clauses abusives, notamment le nouvel article 1112-1 du code civil : «**celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir**».

Egalement, quelle est l'incidence d'un contrat de travail, «nu» de toutes clauses faisant référence à un éventuel accord collectif d'entreprise ou de groupe ? : Jusqu'à quel point le principe de faveur peut-il s'appliquer, sans un accord express du salarié, outre le fait qu'un salarié a tout à fait la légitimité pour remettre en cause de manière

⁸⁸ Cass. Civ. 1ère, 1er déc. 1993, n° 92-10.283 – cf. Jacques MESTRE, RTD Civ. 1995, p. 106

⁸⁹ Cass. Civ. 3ème, 14 janv. 2004, n° 02-12.663, Bul.2004 III, n°6, p.4

⁹⁰ Cass. Soc. 14 sept. 2016, n° 15-15.944 (CA Versailles, 4 fév. 2015, renvoi suite à Cass. Soc., 18 déc. 2013, n° 12-17.925)

⁹¹ Cass. Soc., 6 nov. 2013, n° 12-15.953

⁹² Cass. Soc., 3 mai 2016, n° 14-16.633

⁹³ CA Rennes, 7 oct. 2016, RG 16/01786 – Publication Florian Carrière, «Gare à la double peine». JSL Fév. 2017

⁹⁴ Cass. Crim., 28 mars 2017, n° 15-84.795 – Art. «Gazette du palais», 7 avril 2017

⁹⁵ Cass. Soc., 28 sept. 2016, n° 15-17.288

individuelle et personnelle, un accord d'entreprise, voire même de branche⁹⁶.

Il en est de même pour l'article 1143 : «*il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*», ainsi que de l'article 1171 : «*dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite*».

Aussi, que pourra faire un employeur devant l'invocation d'un de ces articles par un salarié bien informé, préférant ceux-ci à l'article L.1221-1 du code du travail. Un éventuel forçage du consentement du salarié risque également de devenir plus risqué par l'employeur⁹⁷.

«*Sans surprise, la réforme du droit des contrats (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016) a ouvert un « match retour ». De nouveaux joueurs « civilistes » et « travaillistes » sont rapidement rentrés sur le terrain. Première tendance : la discorde est au rendez-vous. Il est vrai que la charge idéologique de l'affrontement est encore présente car, pour certains, ce nouveau droit des contrats, sensible à la protection de la partie faible, permettrait de lutter contre une évolution du droit du travail vécue comme une déréglementation. Les règles civilistes mobilisées sont assez nombreuses (vice d'abus de dépendance, révision pour imprévision, clause créant un déséquilibre significatif, cession du contrat, caducité, rupture unilatérale...). Le contrat de travail est clairement ciblé. L'accord collectif est aussi dans le viseur et les engagements unilatéraux de l'employeur ne devraient pas y échapper. (...) Le droit des contrats doit certes continuer à irriguer le droit du travail. Mais c'est au législateur, aidé par les partenaires sociaux dans le cadre de la procédure de concertation de l'article L. 1 du code du travail, de choisir les applications du droit commun, de les adapter aux spécificités de la relation de travail et de les insérer dans le code du travail. La maturité du droit du travail est telle que le pont de l'article L. 1221-1 vers le droit commun n'est plus vraiment nécessaire.*»⁹⁸

En cas de défaut partiel d'exécution de l'ordonnance de référé par l'employeur

Les deux premières obligations d'un employeur à l'égard de ses salariés sont de fournir un travail et de verser une rémunération.

En contrepartie, le salarié doit exécuter un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner ses manquements, éventuellement au sein d'un service organisé, l'employeur déterminant unilatéralement les conditions d'exécution du travail.⁹⁹

Il a été indiqué plus haut (*cf supra* 57) que l'employeur doit verser un salaire au salarié, ce dernier une fois ses contrats requalifiés en CDI. Mais qu'en est-il de la rémunération

pendant le laps de temps où est effective l'ordonnance de référé revêtue, à titre provisoire, de l'autorité de la chose jugée, entre sa notification et l'éventuelle requalification des contrats précaires par les juges du fond.

S'agissant de salariés précaires directement embauchés par l'employeur (CDD, CDDU, contrats de professionnalisation, d'apprentissage, et autres contrats aidés), l'employeur peut très bien invoquer son refus, car le versement d'une rémunération pourrait être considéré comme un acquiescement avant tout jugement (*art. 409 CPC*). Mais, l'ordonnance de référé étant également revêtue de l'exécution provisoire, le versement de rémunération ne peut être l'origine d'un acquiescement, l'employeur se trouvant «forcé» de s'exécuter.

Aussi, le salarié pourra argumenter sur la mauvaise foi de l'employeur, voire même, l'assimiler à des moyens de rétorsion, dans le but d'exercer une pression sur le salarié, celui-ci se retrouvant étranglé financièrement, et n'ayant d'autre choix que d'effectuer une prise d'acte ou accepter une transaction, car n'étant plus en situation de force, ses moyens financiers n'étant en rien comparables à ceux de l'employeur.

Quid des cotisations et des formalités administratives d'embauche durant l'exécution de cette ordonnance de référé ?

Par contre, s'agissant d'un intérimaire, et donc d'une relation tripartite, ce dernier étant salarié de l'entreprise de travail temporaire, l'employeur doit-il effectuer une déclaration préalable à l'embauche, formalité administrative obligatoire (*C. Trav. L.1221-10*), l'absence de cette déclaration étant sévèrement sanctionnée, à condition toutefois, de démontrer un élément intentionnel caractérisant ce défaut de déclaration (*C. Trav., L.8221-5*).¹⁰⁰ Enfin, dans le cas d'un accident du travail ou maladie professionnelle, dans ce laps de temps, entre l'ordonnance de référé et la décision des juges du fond (un éventuel renvoi en départage n'étant pas exclu), cette absence de déclaration peut-elle être également reprochée à l'employeur, tout comme la visite médicale d'information et de prévention dans les trois mois suivant l'ordonnance de référé (*C. Trav. R.4624-10*) ?

En définitive, ainsi que l'écrivait récemment un avocat travailliste, après l'arrêt du 6 février 2013, celui du 8 mars 2017 est une «**surprenante décision qui ouvre la porte à de multiples incertitudes : l'employeur doit-il fournir du travail au salarié ? Si oui, dans quelles conditions ? Que se passera-t-il si le salarié qui a vu sa rémunération maintenue est finalement débouté ? Devra-t-il rembourser son employeur ? Belle ouverture de la boîte de Pandore ! La suite aux prochains épisodes.**»¹⁰¹

⁹⁶ Cass. Soc., 18 oct. 2006, n° 05-40.891

⁹⁷ Publications : Muriel FABRE-MAGNAN, «*le forçage du consentement du salarié*», *Droit Ouvrier*, Jul. 2012, n° 768, p.459

⁹⁸ Paul-Henri ANTONMATTEI, «*Droit des contrats-droit du travail : les dangers du match retour*» in *Droit Social* 2017, n°5, p.381

⁹⁹ Cass. Soc. 13 nov. 1996, 94-13.187 (Arrêt Société Générale)

¹⁰⁰ Cass. Crim., 28 janv. 2014, n° 12-85.251

¹⁰¹ Jean-Marc SAINARD, article du 25 avril 2017, «*La revue Squire Patton Boggs*»