

## Les pouvoirs du juge et les voies procédurales

par Franceline Lepany, Avocat au Barreau de Paris

### PLAN

#### I. - SUR LES REFERES.

— L'article R. 516-30.

— L'article R. 516-31.

• Les salariés protégés.

• Les salaires non protégés.

#### II. - VARIANTES AUTOUR DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES.

1) Procédure de droit commun.

2) Saisine directe du bureau de jugement.

3) Sur l'exécution forcée.

4) Fiction ou prospective.

#### III. - SUR LES PROCEDURES PENALES.

**L'**imbriication du fond et de la forme, que cette dernière soit textuelle ou processuelle, est telle que les voies procédurales empruntées sont déterminantes pour assurer l'efficacité de la réintégration, qui a déjà tellement de difficultés à se faire admettre non seulement dans les textes mais encore dans le cadre des rapports sociaux.

Aussi, mon propos ne vise pas à donner des "ficelles" mais, à partir de l'existant, à élaborer des pistes de réflexion que les praticiens, que nous sommes, devront approfondir au quotidien pour parvenir à donner une réalité à ce qui pourrait n'être que de la prospective.

### I. - SUR LES REFERES

Dans une chronique du Droit Ouvrier de septembre 1995, Michel Henry, un de nos meilleurs spécialistes et fidèle participant à ce colloque, devait écrire que le Juge des Référés "était le juge naturel de la réintégration", que ce soit sur le plan procédural et tactique.

On pouvait y lire que le Juge des Référés peut "soit rendre une décision au fond à titre provisoire" soit être "l'éclairer avancé de la juridiction" reprenant en cela les propos de M. Draï, Premier Président de la Cour de Cassation.

S'il admet que le Juge du fond est naturellement compétent là où le Juge des Référés est compétent, l'intervention du premier peut être trop tardive.

Aussi, s'appuyant sur le fait que la Cour de Cassation a admis que :

"l'existence d'une contestation sérieuse n'interdit pas au Juge des Référés de prendre l'une des mesures conservatoires prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article R. 516-31 du Code du Travail".

Il convient de se pencher sur les dispositions introduites dans le Code du Travail concernant les pouvoirs du Conseil de Prud'hommes statuant en référé.

Deux articles sont essentiels à savoir les articles R. 516-30 et R. 516-31 du Code du Travail.

\*  
\* \*

Avant d'entrer dans l'analyse de ces dispositions, quelques observations sur la notion d'urgence sont à formuler à titre préalable.

Il est convenu désormais d'affirmer que celle-ci n'est plus une condition nécessaire à la compétence des juges des référés pour n'être visée que dans l'article R. 516-30 du Code du Travail.

C'est ainsi que dans le cadre de l'article R. 516-31, la jurisprudence tend à négliger la nécessité d'urgence pour insister sur le caractère manifestement illicite du trouble ou imminent du dommage.

De ce fait, la notion d'urgence, même si elle est souvent prise en considération par le Conseil de Prud'hommes pour des raisons d'opportunité, est nécessairement sous-entendue et n'a pas besoin d'être soutenue.

\*  
\* \*

**L'article R. 516-30** 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.

Il est à préciser que cet article, ainsi que l'article R. 516-31, que nous verrons plus loin, ne sont ni plus ni

moins la reprise des dispositions des articles 808 et 809 du NCPC.

La seule différence est que ce soit dans la limite de la compétence du Conseil de Prud'hommes.

Cette première disposition, (article R.516-30 du Code du Travail), est finalement assez peu utilisée alors qu'il est toutefois possible de s'en prévaloir dans la mesure où elle évoque :

- le cas d'urgence,
- la limite de la compétence du Conseil de Prud'hommes,
- le pouvoir d'ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse, ou, que justifie l'existence d'un différend.

On a souvent du mal à cerner l'utilité de l'article R. 516-30 du Code du Travail alors qu'il peut être allégué dans les cas où, même s'il y a contestation sérieuse, tant sur l'existence et l'appréciation des faits que du droit, il peut permettre de prendre des décisions **dès lors qu'existe un différend.**

Certains auteurs ont fait part de leurs réserves sur la notion de "différend".

A partir de quand il y a-t-il différend ? Suffit-il qu'il y ait un conflit ? La jurisprudence est peu prolixe sur ce point.

Aussi, ne peut-on pas admettre que, lorsqu'un différend est élevé, tant sur l'appréciation des faits que du droit applicable, des mesures puissent être prises, telles que des mesures de suspension, même s'il y a contestation sérieuse.

Il ne saurait être question que la contestation sérieuse puisse constituer une entrave au recours des Juges de Référé.

Ainsi, une victime d'accident peut demander la nomination d'un expert en prévision d'une contestation future, même si le principe de la responsabilité peut être sérieusement contesté.

Aussi, ne pourrait-on pas envisager qu'à titre préventif, il soit fait interdiction à l'employeur de procéder au licenciement ou à la rupture du contrat de travail, dès lors qu'une procédure a commencé à être engagée et que l'on sait d'ores et déjà que l'employeur ne va pas respecter la procédure, notamment celle des salariés protégés ?

Ne peut-on pas faire un parallèle avec l'utilisation du Juge des Référé devant le Tribunal de Grande Instance en matière de procédure d'information et de consultation des IRP sur un projet de licenciement collectif pour motif économique ?

Dans ce dernier cas, à partir de la constatation qu'il peut y avoir une contestation sérieuse, notamment au travers des moyens soulevés par le comité d'entreprise ou les syndicats, les Juges de Référé ont, de plus en plus tendance, à constater un différend, et, à cet effet, suspendre la procédure jusqu'à ce que le Juge du fond soit saisi, voire même à interdire à l'employeur de procéder à toute rupture du contrat de travail, ce, sous astreinte (cf. Ordonnance rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris CCE Alstom en date du 28 septembre 1998).

Certes, les Tribunaux de Grande Instance, à l'occasion des litiges engagés par les syndicats sur l'application de l'article L. 135-5 du Code du Travail quant à l'exécution des engagements contractés, ont tendance à rejeter les demandes individualisées sauf à admettre parfois l'opposabilité de la décision à intervenir aux salariés.

Or, si les engagements contractuels ne sont pas respectés pour les organisations syndicales, pourquoi ne le seraient-ils pas pour les salariés pour qui il ne reste plus, comme solution, que de saisir le Conseil des Prud'hommes à titre individuel.

Au nom du principe de la connexité, peut-on parler d'une bonne administration de la justice ?

Ainsi, la réintégration peut être une mesure conservatoire que justifie l'existence d'un différend en cas de contestation sérieuse sur la légitimité d'un licenciement et non pas seulement pour prévenir un dommage imminent.

Il peut être envisagé qu'un salarié demande sa réintégration jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée, ou encore, la suspension provisoire des effets du licenciement jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la légalité de ce licenciement.

Cette dernière formule permet ainsi d'échapper aux résistances de la Cour de Cassation qui ne semble pas admettre la réintégration sur ce fondement dans la mesure où elle estime qu'il y a incompatibilité avec l'existence d'une contestation sérieuse sur le fond.

En effet, la Cour de Cassation préfère s'appuyer sur **l'article R. 516-31 du Code du Travail qui prévoit que :**

*"La formation de référé peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".*

*"Toujours dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle peut accorder une provision aux créanciers ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire".*

C'est plutôt sur ce fondement que la Cour de Cassation a été amenée à admettre la réintégration à titre de mesure conservatoire.

Dans un arrêt du 30 mai 1990, elle a pu rejeter clairement la réintégration à titre de mesure conservatoire dans l'attente de la décision du fond sur la qualité ou non de salarié protégé, ce qui suppose en contrepartie que, lorsque l'évidence du droit à être réintégré est constatée, la réintégration s'impose.

C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à consacrer le prononcé des mesures de réintégration au profit des salariés protégés.

**En ce qui concerne les salariés protégés,** la réintégration est admise puisque, lorsque le licenciement d'un salarié titulaire d'un mandat représentatif, est prononcé en violation de son statut protecteur, il est atteint de nullité et ouvre droit pour le salarié à sa réintégration s'il la demande.

Il en est de même pour le transfert effectué sans autorisation administrative.

Sur ce point, le droit à réintégration est incontestable, ce malgré le refus opposé par l'employeur qui constitue un trouble manifestement illicite relevant de la compétence du juge des référés.

Il est à noter qu'aucun délai n'est imparti au salarié protégé licencié ou transféré sans autorisation pour demander sa réintégration et l'indemnisation de son préjudice.

Par contre, s'il désire sa réintégration, le salarié protégé doit en faire la demande dans le délai de deux mois après la décision venant annuler la décision de licenciement et ce, même si celle-ci n'est pas définitive (exemple d'un appel devant le Conseil d'Etat d'une décision du juge administratif annulant l'autorisation de licenciement) ce qui signifie que la demande peut être opposable au nouvel employeur à qui le contrat de travail a été transféré en vertu notamment de l'article L. 122-12 du Code du Travail.

Par contre, si la réintégration était demandée, le droit au paiement d'une indemnisation est subordonné au caractère définitif de la décision d'annulation.

Il est à noter que le fait que le retrait par l'autorité administrative d'une autorisation de licenciement n'est pas créatrice de droit à réintégration.

De même, la réintégration doit avoir lieu dans le poste précédemment occupé et ce peu importe qu'il fut occupé par le salarié (cf. Cass. Soc. 31/05/95).

Là encore, il n'est nullement contesté que, pour le salarié régulièrement licencié ou transféré, la réintégration puisse être réclamée par voie de référé, non seulement dans son emploi mais aussi dans son mandat, demande qui relève de la seule compétence du Conseil de Prud'hommes.

La Chambre sociale de la Cour de Cassation a été amenée à préciser que le juge des référés ne pouvait que réintégrer le salarié dans son poste dans la mesure où il était impossible à l'employeur d'imposer aussi bien une modification du contrat de travail qu'un changement des conditions de travail au salarié protégé sans son accord (Cass. Soc. 30 avril 1997).

Il est à noter une décision intéressante du Tribunal de Grande Instance de Paris qui a admis qu'un syndicat puisse faire constater l'entrave que constitue la modification du contrat de travail du salarié protégé sans son accord, et, par voie de conséquence, puisse demander des dommages et intérêts.

Pourrait-on envisager qu'à cette occasion le Tribunal de Grande Instance puisse prendre des mesures individuelles et ordonner la réintégration du salarié protégé ?

C'est ce qui a permis à la doctrine de condamner une mesure de réintégration, ordonnée uniquement à titre conservatoire et justifiée par l'existence d'un différend, car destinée à retirer à l'employeur la maîtrise de l'immediat et à lui faire supporter la charge de l'attente.

Par contre, admettre une réintégration dite "contrôlée", à savoir que, lorsque le licenciement est manifestement nul car attentatoire à une liberté fondamentale prévue par un texte, il s'agit de poser une limite aux pouvoirs de l'employeur, et, par voie de conséquence,

d'ordonner la réintégration **a titre de mesure de remise en état** dès lors que le droit à poursuivre le contrat de travail n'est pas sérieusement contesté.

Il n'est nullement besoin de rappeler que, lorsque la qualité de "salarié protégé" n'est nullement contestée, et, par voie de conséquence l'application de la procédure exorbitante de droit commun, le Juge des Référéés peut être saisi, pour constater :

– le droit à la poursuite du contrat de travail,  
ou

– l'existence d'un trouble manifestement illicite causé par un licenciement, pour ordonner la réintégration du salarié protégé.

Il est donc considéré que, pour ce qui concerne les salariés protégés et licenciés, notamment sans autorisation administrative, il peut être obtenu :

– la réintégration comme mesure conservatoire lorsque le droit à poursuite du contrat est sérieusement contesté, ce pour prévenir un dommage imminent,

– la réintégration comme mesure de remise en état lorsque le droit à poursuite du contrat est évident.

De toute façon, depuis l'arrêt du 14 juin 1972 Revêt Sol, la Chambre Sociale avait approuvé le Juge des Référéés d'avoir ordonné sous astreinte la réintégration des salariés protégés au motif qu'il s'agissait de mettre fin à une voie de fait en ordonnant la continuation de l'exécution d'un contrat de travail, autrement dit la remise des parties dans leur état antérieur.

Par contre, la Cour de Cassation peut être amenée à contrôler si la qualité de salarié protégé est établie ou non, ou, si la réintégration est matériellement impossible.

La jurisprudence a aussi admis la réintégration **des salariés licenciés en violation de l'article L. 122-45 ou des salariés grévistes** (article L. 521-1- al.3 du Code du Travail).

Certes, dans l'affaire Clavaud, la Cour d'Appel a considéré que le Juge des référés était incompétent en l'absence de trouble manifestement illicite, c'est-à-dire d'une totale évidence ne pouvant faire l'objet d'aucune contestation sérieuse.

Or, le Juge des Référéés est aussi le **Juge de l'apparence**, et, aurait pu apprécier si l'employeur n'avait pas, en apparence, sanctionné l'exercice d'une liberté protégée dès lors qu'il apparaissait que Clavaud avait usé, en dehors du temps et du lieu de travail, de son droit de s'exprimer sur ses conditions de travail.

Pour certains auteurs, l'existence d'une contestation sérieuse relative au bien fondé des motifs de licenciement aurait dû au contraire justifier la compétence du Juge des Référéés saisi au provisoire d'une demande tendant à faire cesser une voie de fait et à ordonner la continuation du contrat.

Le Juge des Référéés aurait pu, en présence d'un tel litige, apprécier si le risque de laisser se prolonger une mesure gravement dommageable susceptible de constituer une voie de fait, n'était pas plus grand que la contrainte imposée temporairement à l'autre partie, l'employeur pouvant saisir le juge du fond pour appré-

cier la légitimité du droit litigieux qu'il revendique et attendre par une mesure conservatoire de remise en état la décision du juge du fond.

Pour ce qui concerne les salariés grévistes, il existe par contre une jurisprudence plus fréquente qui admet la compétence du juge des référés.

Ainsi, plusieurs décisions de la Cour d'Appel de Paris ont admis la nullité du licenciement dès lors qu'il a pu être constaté, en référé, l'inexistence d'agissements constitutifs d'une faute lourde.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25 juin 1998 est intéressant puisqu'il admet qu'en tant que juge des référés, si la grève implique nécessairement une perturbation de l'entreprise, celle-ci n'a pas revêtu un caractère manifestement disproportionné dès lors qu'elle n'a pas empêché la poursuite des contrats avec les clients ni le fonctionnement de la société.

Ainsi, la Cour d'Appel a confirmé une ordonnance de référé du Conseil de Prud'hommes qui avait ordonné la réintégration des salariés.

La Cour d'Appel a rappelé à cette occasion que la faute lourde est une faute intentionnelle d'une extrême gravité, non rattachable à l'exercice normal du droit de grève et qui ne peut être excusée par les circonstances.

De même, le Juge des Référé, dès lors qu'il y a en l'espèce cessation collective du travail par les salariés pour appuyer des revendications professionnelles, il s'agit d'une grève, et, les mesures de licenciement, prononcées en l'absence de tout fait illicite, ne peuvent qu'être annulées de plein droit, et, les salariés réintégrés.

Cette jurisprudence était déjà inscrite dans des arrêts de la Cour de Cassation qui admet de prendre position sur le caractère que recouvrent le mouvement et les agissements des grévistes.

Par contre, il est impossible de réclamer en référé la réintégration en cas de rupture de contrat sans cause réelle et sérieuse ou pour non respect de la procédure de licenciement en raison de ce que l'article L. 122-14-4 n'autorise pas le juge à prononcer la nullité d'un licenciement mais seulement à ordonner l'accomplissement de la procédure et à accorder une indemnité ; de même qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse l'article L. 12214-4 n'a pas prévu la réintégration, s'agissant simplement d'une simple proposition.

Et encore, seul le juge du fond peut le faire !

De même, **en matière de droit disciplinaire**, la jurisprudence a des réticences à constater la nullité de sanction, notamment en cas de rétrogradation ou de mise à pied.

Pourtant, on peut concevoir que, lorsque les dispositions conventionnelles n'ont manifestement pas été respectées, il puisse être ordonné la réintégration du salarié, ce qui n'est pas le cas des formalités légales; il en est ainsi de la réunion préalable du conseil de discipline prévue par des conventions collectives.

Il est à remarquer tout particulièrement un arrêt de la Cour de Cassation du 9/12/97 qui a admis que la Cour puisse inviter l'employeur à reprendre l'exécution du contrat de travail pour effectuer la procédure de licenciement.

Cependant la Cour n'avait pas voulu fixer d'astreinte, s'agissant pour elle d'une simple proposition.

En cas de **maladie**, comme de licenciement de femme enceinte, depuis un arrêt du 8 mars 1978, il est admis que le salarié n'avait qu'un droit à indemnisation en sus d'une indemnité de licenciement mais en aucun cas la réintégration.

La Cour de Cassation a récemment conforté sa position en repoussant l'article L. 122-45 du Code du Travail et la convention de l'OIT en cas de maladie au nom du principe de l'autonomie de gestion de l'employeur dans l'organisation du travail !

Il en est de même pour les salariés **victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle**.

S'il est prévu expressément que toute réalisation du contrat de travail prononcée en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-32-2 est nul, il peut être prévu le constat d'un trouble manifestement illicite que constitue le licenciement en violation de telles dispositions.

Cependant, beaucoup d'auteurs continuent à considérer que, comme en matière de femme enceinte, il ne peut s'agir que d'un licenciement qui ne peut être sanctionné que par des dommages et intérêts.

Force est de constater que la Cour de Cassation récemment a admis que, si le salarié ne demandait pas sa réintégration, il a le droit à des dommages et intérêts et non pas à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui suppose qu'il peut demander sa réintégration (cf. arrêt Cass. Soc. du 6 mai 1998).

Cette jurisprudence, élaborée à propos du salarié victime d'un accident du travail, a été initiée par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 25 février 1998 qui a admis que l'employeur était tenu de faire droit à la demande de réintégration du salarié victime d'un accident du travail dès lors que la Cour d'Appel n'avait constaté aucune impossibilité de procéder à sa réintégration.

Aussi, ne peut-on pas envisager que la femme enceinte saisisse à titre préventif le juge des référés pour obtenir le différé des effets du licenciement, voire même la reprise de la procédure de licenciement, à son retour de congé de maternité ?

• Dans un tout autre domaine, en ce qui concerne l'application de l'article L. 122-12 ou encore l'application de l'annexe VII de la convention collective du nettoyage qui prévoit dans certaines conditions le transfert des contrats de travail en cas de reprise d'un chantier, le juge des référés devrait pouvoir être compétent pour imposer au nouvel employeur la reprise du contrat de travail même en présence d'une contestation sérieuse au nom du principe du droit à l'emploi qui suppose que les salariés, qui se trouvent dans une situation de travail, doivent avoir nécessairement un employeur.

• Enfin, ne peut-on pas envisager que dès lors que l'employeur modifie le contrat de travail sans l'accord du salarié, celui-ci puisse solliciter du juge des référés que le contrat de travail continue à recevoir effet jusqu'à ce que son accord ou la procédure article L. 32 1-1-2 du Code du Travail aient été respectées ?

En résumé, on pourrait constater que les situations de réintégration des salariés non protégés sont tout à fait restreintes.

Il peut toutefois y avoir un petit espoir à la suite de l'arrêt concernant les Grands Magasins de la Samaritaine qui a pu considérer que la nullité qui affecte le plan social en vertu de l'article L. 321-4-1 du Code du Travail s'étend à tous les actes subséquents et en particulier aux licenciements prononcés par l'employeur qui sont eux-mêmes nuls.

Ainsi, la Cour de Cassation, par arrêt en date du 13 février 1997, a pu admettre que le Juge des Référé puisse ordonner la réintégration des salariés en raison d'un trouble manifestement licite et la Cour d'Appel de Paris a, par la suite, notamment le 30 avril 1998 admis que la rupture du contrat de travail constituait un trouble manifestement illicite que le juge des référés était compétent à faire cesser en ordonnant la réintégration.

Par contre, lorsqu'il y a des divergences sur les conditions de la réintégration, il est impossible pour l'employeur de modifier les conditions d'exécution du contrat de travail et il n'y a pas lieu à référé sur ce point, s'agissant d'un examen au fond pour la Cour de Cassation.

Sur l'arrêt "la Samaritaine", certains auteurs ont pu contester le fait qu'un salarié puisse demander sa réintégration et l'indemnisation de la perte de salaires jusqu'au jour de sa réintégration, pour être une sanction disproportionnée alors que d'autres soutenaient qu'il s'agissait d'une nullité qui n'avait qu'un caractère provisoire puisque l'employeur doit, avant de les licencier,

mettre en place un plan visant un reclassement et que c'était seulement en cas d'échec du plan social, notamment dans le reclassement, qu'il peut les licencier.

Il ne s'agit pas en fait d'interdire tout licenciement, puisque la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan social visant au reclassement n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (cf. arrêt CA Paris 5/11/1998 - SA Dassault Aviation, ci-après p. 127).

Avant d'en terminer avec le juge des référés et pour éviter les critiques ou la censure de la Cour d'Appel, il conviendrait de réfléchir sur les formulations à utiliser aussi bien dans les actes de procédure que dans les décisions judiciaires.

Il en est ainsi, à titre d'exemples, de :

- voir "constater" au lieu de "dire et juger" la nullité du licenciement,
- en conséquence, ordonner le maintien du contrat de travail et la réintégration du salarié dans son emploi pour faire cesser le trouble manifestement illicite,

ou encore :

- voir constater le caractère apparemment contestable de la procédure de licenciement,
- faire interdiction à l'employeur de procéder à la rupture du contrat de travail jusqu'à ce que le juge du fond statue sur la validité de la procédure ou jusqu'à ce que l'employeur régularise la procédure.

## II. - VARIANTES AUTOUR DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES

Il n'est pas inutile de rappeler que la réintégration peut aussi se réclamer devant le juge du fond.

### 1°) Procédure de droit commun

Il peut s'agir ni plus ni moins de la reprise de la demande devant le juge des référés, soit parce que celui-ci s'est déclaré incompétent, soit parce que, au titre de la procédure dite "de la passerelle", les parties se sont mises d'accord pour renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement, dans les conditions prévues à l'article R. 516-33 alinéa 2 du Code du Travail.

Ainsi, il est permis au bureau de jugement d'ordonner la réintégration ou le maintien dans l'emploi du salarié dans les situations suivantes :

- fin de mise en disponibilité (cf. arrêt Cass. Soc. du 10/05/95),

- retour du service national compte tenu de l'obligation de réintégration prévue à l'article L. 122-18 du Code du Travail (cf. arrêt Cass. Soc. du 10/12/97),

- retour du congé parental d'éducation ou congé sabbatique ou congé pour la création d'entreprise,

- cessation prématurée du détachement qui oblige l'employeur initial à réintégrer les salariés dans la mesure où le licenciement constituerait un manquement de l'employeur à son obligation volontaire

ment souscrite en faveur du salarié de limiter sa faculté de licenciement (cf. arrêt Cass. Soc. du 8/07/98 société Wavin).

- notification du licenciement disciplinaire dans le mois qui suit la date de l'entretien préalable qui entraîne la nullité de licenciement en raison de la violation des dispositions de l'article L. 122-41 du Code du Travail (cf. arrêt Cour d'Appel de Paris du 29/06/94).

Toutefois, devant le bureau de jugement, il convient de souligner qu'en vertu du principe de l'unicité de l'instance, toutes les demandes doivent être faites dans un même temps, ce qui peut affaiblir la demande principale de réintégration par une demande subsidiaire en dédommagement.

### 2°) Saisine directe du bureau de jugement

Cette saisine est prévue de façon expresse par les dispositions légales (article L. 122-32-23 du Code du Travail) pour le refus d'octroi d'un congé pour création d'entreprise ou congé sabbatique qui prévoit la saisine du bureau de jugement dans les 15 jours du refus de l'employeur.

Mais surtout, l'article L. 122-3-13 du Code du Travail permet la requalification d'un CDD en CDI, uniquement

Cette saisine peut se faire avant ou après le terme du CDD.

Il s'agit là d'une décision exécutoire de droit à titre provisoire, le bureau de jugement devant statuer dans le mois qui suit.

Cependant, si le terme du CDD est déjà intervenu, en cas de refus de l'employeur, le juge ne peut imposer la réintégration.

Par contre, le juge peut maintenir les contrats de travail si sa décision intervient avant le terme du CDD.

Il en est ainsi de l'arrêt du Conseil de Prud'hommes de Meaux du 9 décembre 1993 concernant la société Eurodisney Land où il est rappelé que l'article L. 122-3-13 ne s'applique pas seulement pendant le cours du contrat de travail, s'agissant d'un texte protecteur des intérêts des salariés (D.O. 1995 p. 385)..

A cet effet, il est intéressant de noter le dispositif de cette décision qui, après avoir requalifié les CDD en CDI, constate que, faute d'avoir été régulièrement rompus, les contrats de travail poursuivent leurs effets depuis le 1/10/93, et, ordonne le paiement des salaires depuis le 1/10/90.

Cependant, si la réintégration est impossible, il convient de réclamer des indemnités de rupture à titre subsidiaire ce qui peut malheureusement affaiblir la position principale.

Dans ce cas là, on peut soutenir la seule demande de réintégration avec en plus l'indemnité prévue à l'article L. 122-13-3 du Code du Travail qui, dans son montant, pourrait couvrir l'ensemble des indemnités de rupture.

### 3°) Sur l'exécution forcée

Il est admis que le Conseil de Prud'hommes ne connaît pas d'exécution forcée de ses jugements (cf. R. 516-36).

Par contre, il peut connaître l'exécution de ses jugements par le biais de l'astreinte qui est un moyen de contrainte par la menace sur l'employeur qui se refuse à réintégrer le représentant du personnel.

Cette astreinte peut se cumuler avec les dommages et intérêts prévus à l'article 1142 du Code Civil en cas d'inexécution de l'obligation de faire.

Cette astreinte peut être soit provisoire soit définitive.

Si l'astreinte peut être liquidée par le juge prud'homal, faut-il encore qu'il se réserve le droit de la liquider lui-même par une disposition expresse de son jugement.

## III. - SUR LES PROCEDURES PENALES

La saisine du juge pénal peut être envisagée pour obliger l'employeur à la réintégration notamment pour les salariés protégés pour lesquels des sanctions pénales sont expressément prévues en cas de licenciement irrégulier et de refus du droit à réintégration.

Le refus de l'employeur de réintégrer le salarié dans son poste d'origine ou un poste équivalent peut être constitutif d'une atteinte aux fonctions de représentant du personnel pénalement sanctionnable.

Il a été admis que la Cour d'Appel peut liquider une astreinte prononcée par un juge de premier degré.

Il est à noter que le juge de l'exécution existe depuis la loi de 1991 et qu'il peut, si les circonstances l'exigent assortir d'une astreinte les décisions émanant des autres juges.

Ainsi, le juge de l'exécution peut être saisi pour obtenir le prononcé d'une astreinte et sa liquidation si le juge prud'homal ne l'a pas fait.

Il convient de préciser que l'astreinte ordonnée à titre provisoire ne peut devenir définitive qu'après avoir été, dans un premier temps liquidée.

Ainsi l'astreinte définitive n'est que subsidiaire.

Pour ce qui concerne la liquidation de l'astreinte provisoire, elle est liquidée en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction est adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter.

Cette faculté d'appréciation est exclue lorsque l'astreinte aura été qualifiée de définitive, le taux de celle-ci ne pouvant être modifiée lors de sa liquidation.

Il est à noter que l'astreinte peut être supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution provient d'une cause étrangère à la volonté du débiteur.

La liquidation de l'astreinte s'est posée notamment à l'occasion de la réintégration des salariés protégés.

Si l'astreinte est liquidée, elle est productrice d'intérêts au taux légal et peut se cumuler avec des dommages et intérêts qui viennent réparer le préjudice subi.

Si le juge des référés, comme le bureau de conciliation, peuvent liquider à titre provisoire les astreintes qu'ils ont prononcées, celles-ci qu'elles soient provisoires ou définitives n'ont qu'un caractère provisoire et n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée, ce qui signifie qu'elles ne s'imposent pas au juge du fond.

### 4°) Fiction ou prospective :

Dans le cadre d'une procédure plus rapide, pourrait-on envisager une passerelle, juge des référés - juge du fond, devant le Conseil des Prud'hommes, si les parties en sont d'accord, ou, ne peut-on pas envisager une procédure à jour fixe par voie d'assignation avec l'autorisation du Président de section ?

Le seul obstacle étant le passage obligé par le bureau de conciliation, pourquoi ne pas envisager d'étendre les cas de saisine directe du bureau de jugement aux situations qui auraient reçu préalablement l'autorisation du président du CPH ?

Dès lors, il peut être envisagé la saisine du Tribunal Correctionnel par voie de citation directe aux termes de laquelle il pourrait être demandé après la constatation de la constitution de l'infraction, l'ajournement du prononcé de la peine jusqu'à ce que le trouble résultant de l'infraction cesse (cf. art. 132-60 du Code Pénal).

Il est donc demandé au Tribunal de renvoyer à une date ultérieure pour statuer sur la peine pour permettre entre-temps au coupable de réparer le dommage causé et de faire cesser le trouble résultant de l'infraction.

A l'audience de renvoi, le juge peut, soit dispenser le prévenu de peine, soit prononcer la peine prévue, soit ajourner à nouveau le prononcé de la peine.

Il peut être aussi prévu un ajournement avec injonction (cf. article 132-66) qui consiste à enjoindre dans un certain délai dans un maximum d'une année de se conformer à des prescriptions, ce, sous astreinte avec exécution provisoire.

Il peut donc être ordonné à l'employeur coupable de procéder à la réintégration du salarié sous astreinte dans un certain délai.

A l'audience de renvoi, il est vérifié si la prescription est exécutée dans le délai fixé.

Force est de constater que, si celle-ci a été exécutée avec retard, le juge peut liquider l'astreinte et prononcer des peines.

Lorsqu'il y a inexécution des prescriptions, le juge peut en outre ordonner que l'exécution de celles-ci soit poursuivie d'office aux frais de l'employeur condamné.

Il est à noter que certains soutiennent qu'en matière de délit d'entrave, il n'est prévu aucune peine de sub-

stitution et que l'ajournement n'est pas prévu expressément au titre des sanctions.

En effet, l'article 132-66 du Code Pénal précise que l'ajournement ne peut être prononcé que dans les cas prévus par la loi qui répriment des manquements à des obligations déterminées.

Il apparaît que cette peine d'ajournement n'est pas prévue pour les délits d'entrave aux IRP ou de discrimination syndicale.

De toute façon, aucun texte à ce jour n'a prévu de cas d'ajournement avec injonction sauf pour les étrangers en situation irrégulière à qui il est fait injonction de présenter ses documents de voyage pour faciliter la mesure d'éloignement.

\*

\*\*

Terminons sur une note optimiste qui consiste à soutenir que l'avenir de la réintégration sur le plan procédural est devant nous.

Franceline Lepany.

### Dernière minute...

*La Cour de Cassation vient d'affirmer, comme le laissent entendre les intervenants au colloque, que la nullité du licenciement résultant de l'article L. 122-45 du Code du Travail entraîne la réintégration du salarié qui en fait la demande.*

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.)

17 mars 1999

Mme Juhel et autre contre Société Challancin Nettoyage et a.

Attendu que Mme Juhel, engagée le 7 septembre 1992, en qualité d'ouvrière nettoyeuse, par la société Abilis, puis à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1993 par la société Challancin nettoyage, a été licenciée pour faute grave le 9 octobre 1995 ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur, qui est préalable :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le licenciement était lié à l'activité syndicale de la salariée et d'avoir prononcé sa nullité, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en constatant que la salariée avait toujours développé une action syndicale et à tout le moins depuis trois ans au sein de la société Challancin nettoyage, sans aucun reproche de son employeur d'où il résultait que la direction de l'entreprise n'avait jamais pris de mesures discriminatoires à son encontre en raison de son activité syndicale et en déclarant au contraire que le comportement de l'employeur, qui avait engagé une procédure de licenciement à l'encontre de cette salariée, avait été nécessairement motivé par son appartenance syndicale, la Cour d'Appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs, équivalant à un défaut de motifs, et ainsi violé l'article 455 du Nouveau Code de Procédure Civile ; alors, d'autre part, qu'en constatant que, sans aucun reproche de l'employeur, Mme Juhel avait toujours assisté les salariés de l'entreprise dans le cadre des procédures de licenciement, notamment au cours des entretiens préalables, et en décidant, sans s'en expliquer, que l'assistance de Mme Lumeau lors de l'entretien préalable aurait été le fait générateur du licenciement de la salariée et constituait au moins une coïncidence pouvant, en apparence, démontrer une attitude discriminatoire en raison de son activité syndicale, la Cour d'Appel a entaché sa décision d'un manque de base légale au regard des articles L. 122-45 et L. 412-2 du Code du Travail ; alors, enfin, que l'apparence du motif est insuffisante et il appartient aux juges du fond de vérifier si les faits allégués par le salarié, qui prétend que son licenciement est fondé sur son activité syndicale, sont établis ; que dès lors, en déclarant que le licenciement de Mme Juhel présentait en apparence une discrimination fondée sur l'exercice d'une activité syndicale, la Cour d'Appel a violé les articles L. 122-45 et L. 412-2 du Code du Travail ;

Mais attendu que, sous couvert de griefs non fondés de contradiction de motifs, de manque de base légale et de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion, devant la Cour de Cassation, des éléments de fait et de preuve qui ont été souverainement appréciés par les juges du fond ; qu'il ne saurait donc être accueilli ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal de la salariée et du syndicat CFDT :

Vu l'article L. 122-45 du Code du Travail ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'aucune personne ne peut être licenciée en raison de ses activités syndicales ; que tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit ;

Attendu que, pour refuser d'ordonner la réintégration sous astreinte de la salariée, l'arrêt attaqué retient qu'en raison du caractère personnel des relations nées du contrat de travail, une partie ne peut être contrainte à en continuer l'exécution contre sa volonté ; que la réintégration consensuelle est, sur le fondement de ce principe, la règle ; que la loi du 25 juillet 1985 n'apporte pas de dérogation à ce principe ; que les exceptions ne peuvent être, en conséquence, que celles prévues par la loi ; que tel est le cas, expressément consacré, des salariés protégés ; que tel est aussi le cas, implicitement affirmé, des grévistes abusivement licenciés qui bénéficient des dispositions de l'article L. 521-1 du Code du Travail selon lesquelles la grève ne rompt pas le contrat de travail sauf faute lourde imputable au salarié ;

Attendu, cependant, que le licenciement d'un salarié en raison de ses activités syndicales étant nul de plein droit, le juge doit ordonner, si l'intéressé le demande, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'Appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce que l'arrêt a débouté la salariée de sa demande de réintégration

(M. Boubli f.f. Prés. - Mme Barberot, Cons. Réf. Rapp. - M. Lyon-Caen, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin et SCP Delaporte et Briard, Av.).