19

ACTION JURIDIQUE

BIMESTRIEL. JANVIER/FEVRIER 1981. N°19

DOSSIER: **La cause réelle et sérieuse de licenciement**

dossier

R Licenciement

La cause réelle et sérieuse de licenciement

Parmi les principales dispositions introduites dans le code du travail par la loi du 13 juillet 1973 relative au licenciement figure l'obligation pour l'employeur de justifier le renvoi par une cause réelle et sérieuse, qu'il appartient au juge d'apprécier.

Il est utile de prendre connaissance de la jurisprudence rendue à propos de ces dispositions. Cela permettra aux militantes et aux militants, aux conseillers et conseillères prud'hommes de voir dans quel sens les tribunaux interprètent les textes, quelle portée ils donnent aux dispositions contraignant le patron à énoncer un motif de licenciement et à le communiquer au travailleur concerné, sur qui ils font porter la charge de la preuve.

Mais cette jurisprudence est loin de prendre en compte dans l'interprétation de la cause réelle et sérieuse de licenciement, la réalité des situations vécues dans les entreprises, le poids de l'inégalité qui y règne entre patron et travailleurs, la surexploitation des travailleuses. Les magistrats ont trop souvent tendance à adopter la même vision que les employeurs de la faute justifiant le licenciement, sans prendre en considération les conditions de travail, les systèmes de rémunération, les pratiques de commandement. Or, tout cela intervient dans la réalisation des faits que les employeurs invoquent. De même, les conséquences parfois dramatiques pour le travailleur d'un licenciement ne rentrent pas suffisamment en ligne de compte dans le raisonnement des magistrats.

Une action des conseillers et conseillères prud'hommes est cependant possible, car ils disposent d'une liberté certaine dans la constatation des faits, dans la vérification de la réalité et du sérieux des motifs du licenciement. Ils doivent avoir dans ce domaine un rôle actif; ils disposent pour y parvenir de moyens d'investigation qui ne sont pas négligeables. Ils peuvent ainsi agir en vue d'une meilleure prise en compte par la jurisprudence du vécu des travailleurs et des travailleuses.

L'objet de ce dossier (1) est d'essayer de préciser quelle peut être l'action des élu(e)s prud'hommes dans la recherche de la cause réelle et sérieuse de licenciement. On tracera au préalable les grandes lignes de la jurisprudence rendue dans ce domaine par la Cour de cassation.

L'interprétation jurisprudentielle

Il ressort de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation un certain nombre de règles concernant l'obligation pour l'employeur d'invoquer des motifs de licenciement et la procédure de communication de ces motifs. Il y a lieu également d'examiner les tendances de la jurisprudence en ce qui concerne la charge de la preuve. Il convient enfin de voir comment, sur le fond, les tribunaux apprécient le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par le patron.

Tout licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse

Quelle que soit la taille de l'entreprise et l'ancienneté du salarié, l'employeur est dans l'obligation d'alléguer, c'est-à-dire d'invoquer, une cause réelle et sérieuse de licenciement que le juge est chargé d'apprécier (2). Le patron qui n'invoque pas de motif encourt une condamnation automatique pour licenciement «non causé».

I) LA COMMUNICATION DES CAUSES DU LICENCIEMENT

Cette question a déjà été évoquée par Action Juridique (3). On se bornera donc à rappeler les grandes lignes de la jurisprudence. Le texte applicable est l'article L. 122-14-2 selon lequel «l'employeur est tenu, à la demande écrite du salarié, d'énoncer la ou les causes réelles et sérieuses du licenciement» (4).

a) La réponse de l'employeur «fixe les termes du litige»

A partir du moment où l'employeur répond à la demande du ou de la salarié(e), ce sont les motifs qu'il indique dans sa réponse, et ceux-là seuls, qui fondent le licenciement et qui pourront ultérieurement être discutés devant le juge prud'homal. (5).

Selon l'expression de la Cour de cassation, la réponse de l'employeur «fixe les termes du litige» (6). A noter toutefois que la Cour suprême admet que le juge puisse retenir, pour former sa conviction, d'autres faits que ceux invoqués par l'employeur dans les formes légales. Ces faits sont alors retenus non en eux-mêmes mais comme éléments d'appréciation que le juge peut prendre en compte dans sa mission générale de contrôle du caractère réel et sérieux des causes du licenciement (7).

Par ailleurs, la Cour de cassation admet également qu'un motif différent de celui figurant dans la lettre d'énonciation puisse être pris en compte par le juge si ce second motif est en lien avec le précédent. Ainsi le grief d'intempérance invoqué par l'employeur au cours de la procédure prud'homale est indirectement visé par l'attitude grossière et injurieuse invoquée dans la lettre de communication des motifs (8). *

b) Le salarié ne demande pas la communication des motifs.

Dans ce cas le patron est libre d'invoquer tous moyens de défense (9). C'est ainsi qu'il peut faire état de lettres d'avertissement qui n'avaient pas été invoquées lors du licenciement (10). Il peut aussi invoquer des motifs autres que ceux qui ont été précisés dans la lettre de licenciement (11).

c) La procédure n'est pas applicable

C'est le cas si l'effectif de l'entreprise est inférieur à onze salariés ou si le travailleur ou la travailleuse licencié(e) a moins d'un an d'ancienneté. Dans ces hypothèses l'employeur est également libre d'invoquer tous moyens de défense (12).

d) Le patron ne répond pas à la demande du salarié

Il s'agit non pas d'une simple irrégularité formelle mais d'une attitude qui touche au fondement même du licenciement, qui fait que le licenciement est déclaré non fondé. *

Après avoir affirmé ce principe avec rigueur, la Cour de cassation a toutefois apporté des nuances à sa jurisprudence.

Dans un premier temps, en effet, elle a déclaré que le silence du patron fait présumer qu'il n'a pas de cause réelle et sérieuse de licenciement. Ne l'ayant pas énoncée dans les formes et les délais légaux il ne peut plus l'énoncer ultérieurement devant le juge. L'absence de cause réelle et sérieuse est alors présumée de façon irréfragable, c'est-à-dire qui ne peut être détruite. C'est le principe posé dans l'arrêt Janousek (13).

Dans les arrêts rendus ultérieurement, la Cour de cassation a admis que l'employeur qui n'a pas répondu à la demande du salarié peut néanmoins rapporter la preuve devant le juge que le travailleur ou la travailleuse licencié(e) connaissait au moment de son licenciement les motifs de son renvoi. La présomption d'absence de cause réelle et sérieuse n'est plus irréfragable : le patron est autorisé à faire la preuve contraire.

- **Ainsi lorsqu'il apparaît que le travailleur n'a pu avoir connaissance des motifs qui lui sont reprochés,** soit que la lettre de licenciement n'est pas motivée (14), soit que les motifs retenus dans la lettre de rupture sont équivo-

---

(1) Ce dossier a été réalisé par Victor Guépratte et Francis Naudé avec la collaboration de Catherine Marraud, responsable du centre de recherche de l'institut du travail de Nancy.
(2) Cass. soc. 20 octobre 1976 Bull. N° 500 p. 411
(3) Action Juridique N° 8. R. p. 13, N° 18 R. p 13
(4) La demande du salarié doit être formulée par lettre recommandée avec avis de réception avant l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date à laquelle il quitte effectivement son emploi. (art. R 122-3)
(5) Cass soc. 30 novembre 1977. Action Juridique N° 8 R p.13
(6) Cass. soc. 15 novembre 1979. Bull. N° 856 p. 630 Cass. soc. 26 juin 1980 Action Juridique N° 18 R p. 13 et 16
(7) Cass. soc. 31 mai 1978 Action Juridique N° 8 R p. 15
(8) Cass. soc. 17 octobre 1979 Bull. N° 733 p. 540. Le lien de causalité entre les deux motifs invoqués successivement est moins évident dans un arrêt du 15 novembre 1979. Lejay-Lagoute c/ Gazotti Bull. N° 865 p. 636 Juri-Social Janvier 1980 F 4
(9) Cass. soc. 15 novembre 1979 précité
(10) Cass. soc. 8 novembre 1979 Bull. N° 824 p. 610
(11) Cass. soc. 26 juin 1980 précité.
(12) Cass. soc. 21 juin 1979 Bull. N° 563 p. 412; Cass. soc. 15 novembre 1979 Bull. N° 856 p. 630
(13) Cass. soc. 26 octobre 1976 Action Juridique N° 8 R p. 13
(14) Cass. soc. 16 février 1978 Bull. N° 117 p. 87

ques (15), l'absence de réponse du patron à la demande de communication des motifs établit l'absence de bien fondé du licenciement :

« Attendu... que la cour d'appel... a estimé qu'il n'était pas établi que la société eut indiqué les motifs du licenciement lors de l'entretien préalable, que la lettre de licenciement faisait état de fautes graves non précisées et que la société n'avait pas répondu à la lettre de Bordes lui demandant d'énoncer les motifs du licenciement conformément à l'article L. 122-14-2 ; qu'elle a justement décidé que, dans ces conditions, la société devait être considérée comme n'ayant pas de motifs réels et sérieux». (16)

• **Si, au contraire, il est établi que le travailleur a eu connaissance par un autre moyen des motifs de son renvoi,** l'absence de réponse de l'employeur n'a pas pour effet automatique de rendre le licenciement non fondé :

« Que si, en principe, c'est la réponse de l'employeur qui fixe les limites du litige, il résultait en l'espèce des constatations des juges du fond qu'avant la rupture du contrat de travail pour fautes graves, Jusseran avait été déféré au conseil de discipline devant lequel il avait comparu».

« Que le salarié avait eu ainsi connaissance des motifs invoqués par l'employeur à l'appui de sa décision au cours d'une procédure disciplinaire plus complète et protectrice que celle impartie par la loi, et que les juges appelés à examiner ultérieurement sa réclamation se trouvaient en mesure d'en apprécier le caractère réel et sérieux, peu important dès lors en l'espèce que la société Omia ne les eût pas énoncés de nouveau en répondant à la lettre de son ancien employé lui redemandant d'indiquer des motifs qui avaient déjà été précisés de manière complète et qu'il avait discutés contradictoirement devant le conseil de discipline, ce qui suffisait à satisfaire à l'intention du législateur d'assurer au salarié la possibilité de défendre ses intérêts en connaissance complète de la cause» (17).

e) Le patron ne répond pas de façon précise

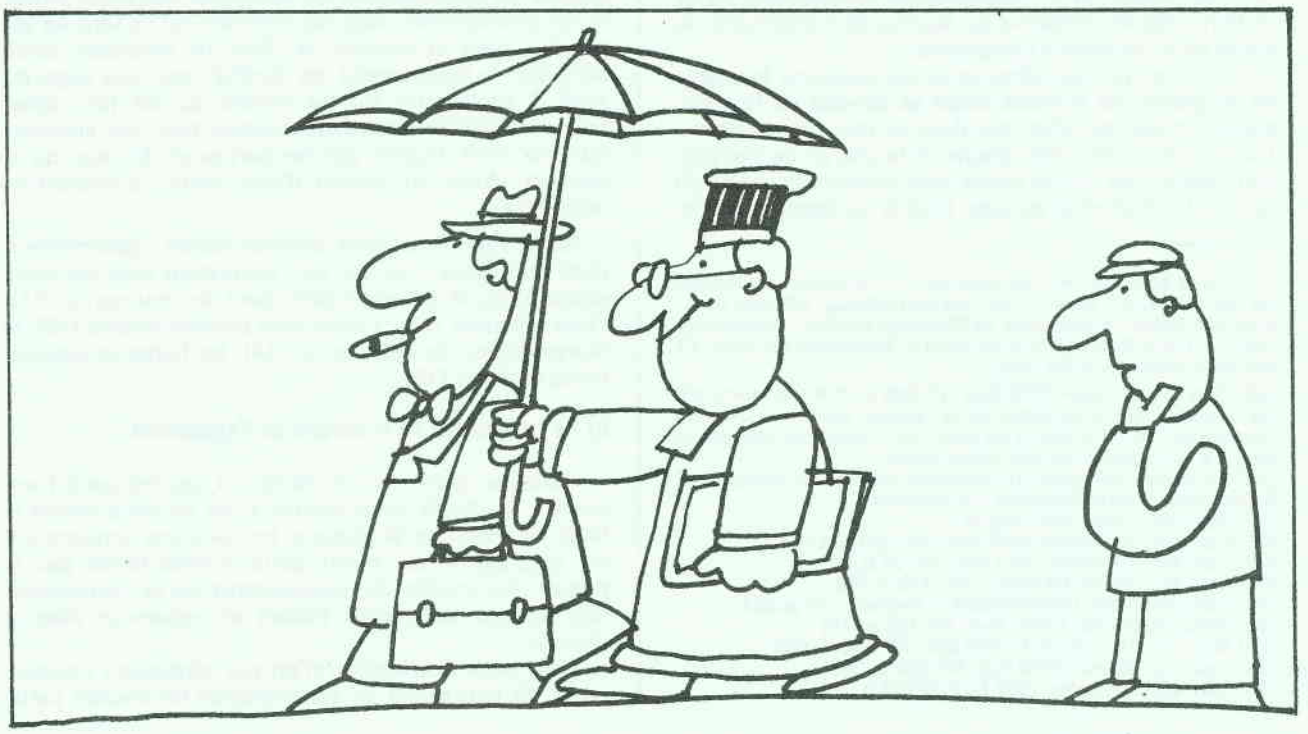
La Cour de cassation exige un certain degré de précision. Ainsi l'employeur qui se borne, dans sa réponse, à faire référence aux motifs indiqués dans un «entretien verbal» ne satisfait pas aux exigences de la loi (18).

Par contre la réponse patronale qui fait référence à des rapports techniques remis au salarié lors de l'entretien préalable faisant apparaître les fautes qui lui sont reprochées est considérée comme suffisante (19). Il en est de même si dans sa réponse, l'employeur se réfère à deux lettres précédentes, l'une indiquant avec précision les griefs formulés à l'encontre du salarié, l'autre lui notifiant son licenciement (20).

On le voit, la Cour de cassation n'est pas en fait très exigeante vis-à-vis de l'employeur quant au contenu de la lettre de communication des motifs. Cette «bienveillance» de sa part vis-à-vis de l'employeur devient inquiétante lorsqu'elle se contente que l'employeur fasse état dans la lettre d'énonciation de motifs relativement vagues et imprécis dès lors qu'ils ont été développés et précisés ultérieurement devant le juge (21). On a déjà souligné le danger que représente le glissement de la jurisprudence de la Cour suprême (22). Admettre que le patron puisse répondre en termes vagues à la demande du ou de la salarié(9) au motif que cette réponse sera précisée au cours d'une instance prud'homale ultérieure, c'est le priver du droit que lui a donné la loi de connaître dès son départ de l'entreprise les motifs exacts de son licenciement.

---

(15) Cass. soc. 10 janvier 1979 Bull. N° 18 p. 14
(16) Cass. soc. 27 février 1980 Bull. N° 189 p. 142
(17) Cass. soc. 5 juillet 1979 Omia c/ Jusseran Juri-Social août-septembre 1979. F 61
(18) Cass. soc. 3 mai 1979 Bull. N° 374 p. 272
(19) Cass. soc. 5 avril 1978 Bull. N° 286 p. 214
(20) Cass. soc. 29 mai 1979 Bull. N° 463 p. 338
(21) Cass. soc. 4 janvier 1980 Bull. N° 7 p. 5
(22) Action Juridique N° 18 R p. 14



f) Le patron répond tardivement

La réponse du patron au delà du délai de dix jours prévu par l'article R. 122-3 enlève-t-elle tout fondement au licenciement ou constitue-t-elle une simple irrégularité de forme ?

Certaines juridictions ont considéré que l'employeur ne pouvait faire état devant le juge de motifs de licenciement invoqués en dehors des formalités légales. Ils ont donc jugé non fondé le licenciement prononcé dans ces conditions (23).

D'autres font une distinction selon que l'employeur a répondu avant la saisine du conseil de prud' hommes (irrégularité formelle) ou après (licenciement non fondé). (24).

La Cour de cassation semble refuser que le licenciement soit déclaré sans cause réelle et sérieuse du seul fait de la tardiveté de la réponse patronale dès lors que le ou la salarié(e) n'a pas, en fait, été tenu(e) dans l'ignorance des motifs de son renvoi (25).

g) La demande du salarié est irrégulière

Elle peut être, elle aussi, tardive. Dans ce cas on ne peut reprocher à l'employeur de ne pas répondre dans les délais et, selon la jurisprudence des cours d'appel, il ne saurait y avoir licenciement non fondé.

A noter que le délai de dix jours court à compter du départ effectif de l'entreprise et non de la date de rupture du contrat de travail (en cas de dispense d'effectuer le préavis) (26). Rien n'interdit enfin au salarié de demander communication des motifs avant qu'il ait quitté l'entreprise, dès lors que le congédiement lui a été notifié (27).

II) LA CHARGE DE LA PREUVE

La charge de la preuve de la faute grave privative du droit au préavis ou à l'indemnité de licenciement, ou de la **faute lourde,** privative au surplus de l'indemnité de congé payé incombe à l'employeur.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne **la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement.** On sait en effet que dans ce domaine le législateur n'a pas mis cette preuve à la charge de l'employeur. Mais il ne l'a pas laissée pour autant à la charge du salarié. Il l'a confiée au juge: c'est à ce dernier qu'il incombe d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur en formant «sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles» (art. L 122-14-3).

Comme le souligne la Cour de cassation, «la loi spécifie que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties, ce qui exclut que la charge de la preuve incombe plus particulièrement à l'une d'entre elles» (28).

Dès lors toutes les décisions des juges du fond qui se bornent à reprocher à l'employeur de ne pas avoir fait la preuve des motifs de licenciement qu'il avance sont automatiquement cassées. Prenons un exemple: un travailleur est licencié pour travail insuffisant, fautes professionnelles répétées et pour n'avoir tenu aucun compte des observations qui lui étaient faites. Le conseil de prud' hommes de Marseille estime le licenciement abusif au seul motif «que la preuve n'avait pas été apportée du motif réel et sérieux de la rupture.» *

La Cour suprême casse cette décision dans les termes suivants :

«Qu'en statuant ainsi, alors que les motifs allégués par l'employeur étaient en apparence réels et sérieux et qu'il appartenait dès lors aux juges de former leur conviction et de la motiver, sans que la charge de la preuve incombe à l'employeur, le conseil de prud'hommes n'a pas légalement justifié sa décision» (29).

a) La théorie de l'apparence

On relève dans l'exemple ci-dessus la formule utilisée par la Cour de cassation : «les motifs allégués par l'employeur sont **en apparence** réels et sérieux». On la retrouve dans de nombreux arrêts qui, le plus souvent, cassent des décisions de juridictions inférieures au motif qu'elles ont mis à la charge de l'employeur la preuve des motifs de licenciement.

Dès lors que ces motifs ne sont pas manifestement erronés ou insusceptibles de constituer une cause sérieuse de licenciement, mais au contraire qu'ils sont en apparence réels et sérieux, la Cour de cassation considère que le licenciement est justifié, sauf aux juges du fond à s'expliquer sur les raisons qui les font opter pour une solution contraire compte tenu des éléments qui leur sont fournis par les parties et de ceux qu'ils peuvent réunir au moyen d'une mesure d'instruction (voir infra). *

Sont ainsi considérés comme motifs apparemment réels et sérieux : le vol et l'altercation avec un autre salarié (30), la situation déficitaire de l'entreprise (31), l'état d'ébriété (32), l'inaptitude professionnelle (33), la réorganisation de l'entreprise (34), les fautes professionnelles répétées (35).

b) Le fondement de la théorie de l'apparence

Certes le parlement, en 1973, n'a pas imposé à l'employeur la charge de la preuve. C'est ce qui a amené la Cour de cassation à censurer les décisions condamnant les employeurs au motif qu'ils n'apportaient pas la preuve des motifs de licenciement qu'ils invoquaient dès lors que ces motifs étaient en apparence réels et sérieux.

Mais cette justification n'est pas totalement convaincante. Si l'on prend en considération les travaux parle-

(23) En ce sens C.A. Aix 30 novembre 1978 Sté Avi c/ Cramez; CA Paris (22è ch.) 9 juillet 1979 Le Bars c/SA JB Willlams Company; CA Reims 19 décembre 1979 Dropsy Carton c/ Peyrousère
(24) CA Lyon 7 mai 1979 EDA Ford c/ Raymond; CA Lyon 17 mai 1979 Belcastro c/ SA Paini
(25) Cass. soc. 21 juin 1979 Bull N° 566 p. 414 : le salarié n'a pas soutenu que la tardiveté de la réponse patronale ait privé l'employeur de faire état d'un grief qui n'était pas nouveau et dont il a au contraire discuté le bien fondé.
(26) En ce sens CA Dijon 14 novembre 1975 Dame Fougeray c/ SA Nouvelle Société Beaunaise d'Entreprise
(27) Cass. soc. 3 mai 1979 précité
(28) Cass. soc. 20 octobre 1976 Bull. N° 500 p. 411
(29) Cass. soc. 19 janvier 1977 Bull. N° 37 p. 30
(30) Cass. soc. 8 mars 1979 Bull. N° 218 p. 155
(31) Cass. soc. 3 mai 1979 SOPEBI c/ Delava (non publié)
(32) Cass. soc. 22 mai 1979 - Bull. N° 435 p. 316
(33) Cass. soc. 10 novembre 1976 Bull. N° 576 p. 469
(34) Cass. soc. 22 juin 1978 Bull. N° 508 p. 382
(35) Cass. soc. 19 janvier 1977 Bull. N° 37 p. 30

mentaires il faut les prendre en entier. Or une autre interprétation était sans doute possible en prenant en compte les déclarations ministérielles selon lesquelles «la carence de l'employeur dans l'administration de la preuve devrait tourner à l'avantage du salarié». D'autres déclarations résonnent de façon étrange aujourd'hui : «L'employeur aura, en matière de preuve, une responsabilité particulière au cours du procès. C'est évident, et, pour la jurisprudence, cela résultera de tous les travaux préparatoires et de nos délibérations actuelles... Le juge pourra tenir compte d'une attitude peu coopérative dans la recherche de la preuve; dans ce cas c'est l'employeur qui subira l'échec bien que la preuve déterminante pour la solution du litige n'ait pas été produite ...» (36).

Dès lors on peut se demander si le véritable fondement de la théorie de l'apparence n'est pas dans la volonté de sauvegarder l'autorité de l'employeur, sa liberté dans l'appréciation des qualités professionnelles des salarié(e)s et dans l'organisation de son entreprise. Les exemples de motifs apparemment réels et sérieux confirment ce sentiment.

Il convient encore de remarquer qu'une nouvelle fois la Cour de cassation brise la jurisprudence des cours d'appel qui comme après les précédentes réformes législatives de 1890 et 1928, avaient tenté de contraindre les employeurs à apporter la justification des motifs de licenciement allégués par eux.

c) Sa mise en oeuvre par la Cour de cassation.

On peut la résumer par les propositions suivantes :

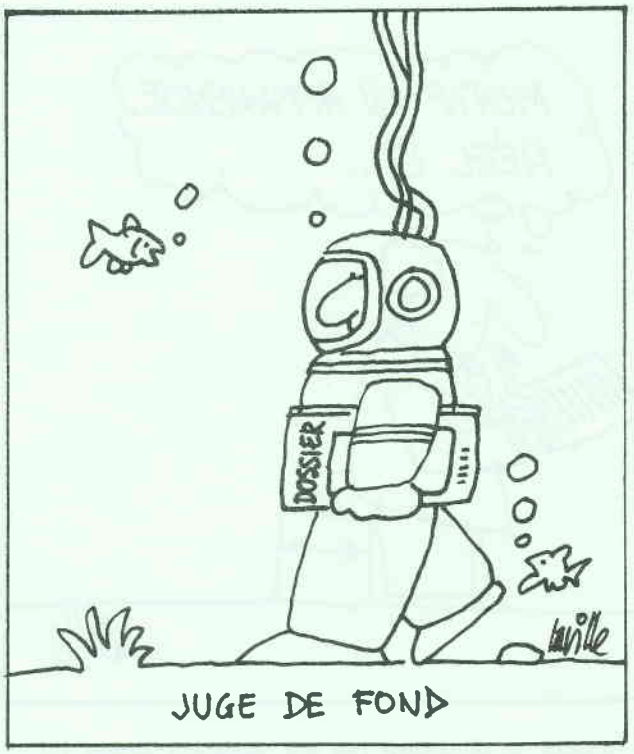
- **L'employeur doit invoquer un motif de licenciement.** On dit aussi qu'il doit alléguer un motif. Il y a là une obligation qui pèse sur lui. Il ne peut pas garder le silence.
- **Le motif doit être suffisamment précis.** Un motif trop vague équivaudrait à une absence de motif ou, tout au moins, n'aurait plus les apparences de la réalité et du sérieux. Les «affirmations extrêmement vagues» ne répondent pas aux exigences légales (37).
- **Les juges du fond ne peuvent faire supporter à l'employeur la charge de la preuve du caractère réel et sérieux du motif allégué, dès lors qu'il est en apparence réel et sérieux.** On a déjà dit que toutes les décisions qui imposaient cette charge à l'employeur étaient cassées.

Mais il faut tout de suite remarquer que la Cour de cassation a pris soin, dans plusieurs de ces arrêts de relever que les juges du fond avaient condamné l'employeur «au seul motif» qu'il n'avait pas rapporté la preuve de ses dires. Cela signifie qu'il aurait pu en aller autrement s'ils avaient motivé différemment leurs décisions, en affirmant leur conviction et en l'explicitant, en se fondant sur les éléments du dossier et notamment sur ceux qui auraient dû apparaître au terme de l'instruction décidée par le Conseil.

- **Les juges doivent former leur conviction et la motiver à partir des éléments qui leur sont fournis par les parties,** et au besoin après instruction. C'est là l'élément dynamique qui, malgré tout, ressort de la théorie de l'apparence. Les juges ne peuvent pas imposer au patron de faire la preuve de ce qu'il avance Mais ils ne peuvent pas non plus se contenter d'une simple «apparence» de réalité et de sérieux, car cela équivaudrait à entériner purement et simplement les allégations patronales alors que leur rôle est de rechercher activement la preuve des motifs du licenciement. «Ce qui est en fait reproché implicitement aux juges du fond dans les arrêts censurés c'est, en présence de causes apparemment réelles et sérieuses... de ne pas avoir ... indiquer qu'ils avaient pu estimer compte tenu des constatations faites par eux, que lesdites causes n'étaient ni réelles ni sérieuses» (38).

---

(36) JO AN 29 mai 1973 p. 1620, 1621 et 1622
(37) Cass. soc. 20 octobre 1976 Bull. N° 500 p. 411
(38) Commentaire sous Cass. soc. 30 novembre 1977 Juri Social Février 1978 F 15.



III) L'APPRECIATION DU MOTIF

Sur l'appréciation, au fond, de la cause réelle et sérieuse de licenciement on peut, semble-t-il, dégager de la jurisprudence de la Cour de cassation quelques grandes tendances.

a) Distinction entre faute sérieuse et faute grave

En se fondant sur les travaux parlementaires et notamment sur les déclarations du ministre du travail définissant la faute sérieuse comme étant celle «revêtant une certaine gravité qui rend impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail» (39), on aurait pu admettre que la faute sérieuse équivalait à la faute grave privative du préavis et des indemnités de licenciement.

Ce n'est pas dans cette voie que s'est engagée la Cour de cassation, puisqu'elle juge qu'une faute peut n'être pas suffisamment grave pour priver le travailleur ou la travailleuse des indemnités légales de rupture mais constituer néanmoins une cause réelle et sérieuse de licenciement (40).

(39) J.O. AN 30 mai 1973 p. 1699
(40) Cass. soc. 10 juin 1976 SARL Savoire c/ Maillard
(41) H. Sinay les difficultés d'ordre probatoire nées de la loi du 13 juillet 1973. Droit social avril 1978 Sp 27.
(42) Cass. soc. 25 juin 1975 Bull. N° 353 p. 306
(43) Cass. soc. 15 février 1978 Bull. N° 106 p. 78.
(44) Cass. soc. 4 novembre 1976. Bull N° 556 p. 455.
(45) Cass. soc. 4 janvier 1978 Bull. N° 4 p. 3. Dans le même sens Cass. soc. 1er février 1979 Bull. N° 107 p. 77
(46) Cass. soc. 23 juin 1976 Bull. N° 385 p. 317
(47) Cass. soc. 22 juin 1978 Bull. N° 508 p. 382. 4 juin 1980 N° 6 p. 5

b) Le rôle des juges du fond

On a déjà mis en évidence le rôle actif que doit jouer le juge, en première instance les conseillers prud'hommes, dans la recherche des preuves du caractère réel et sérieux du motif allégué par le patron.

Certains ont alors souligné le risque de voir ainsi se développer une double jurisprudence (41) selon que le juge acceptera ou non de jouer ce rôle actif d'autant que la Cour suprême laisse aux seuls juges du fond le soin d'apprécier l'opportunité d'ordonner une mesure d'instruction (42). Si les juges restent passifs et se contentent de relever que le patron ne rapporte pas la preuve de ses dires, leurs décisions seront automatiquement censurées en application de la théorie de l'apparence. Si au contraire ils ont un rôle actif et expliquent sur quels éléments ils fondent leur conviction après avoir si nécessaire ordonné une mesure d'instruction leurs décisions seront plus difficiles à critiquer.

Certes ce risque existe mais la question peut être vue sous un angle plus positif : celui de la liberté laissée ainsi aux juges du fond, dans la recherche et la constatation souveraine des faits. Sans doute cette liberté n'est-elle pas totale puisque la Cour de cassation demeure juge de la qualification juridique des motifs (sont-ils sérieux ?), mais elle n'en est pas moins réelle et influe directement sur la solution du litige.

On trouvera dans la rubrique Textes et jurisprudences du présent numéro deux arrêts de la Cour de cassation illustrant les solutions différentes qui peuvent être données à des litiges selon que les juges du fond utilisent ou non les pouvoirs qui sont les leurs.

c) Maintien de la protection du pouvoir patronal

La Cour de cassation demeure, on l'a souligné, juge de la qualification juridique des faits qui sont constatés par les juges du fond et notamment du caractère sérieux du motif de licenciement. Force nous est de constater que sur ce point la jurisprudence de la Cour suprême demeure très protectrice des intérêts patronaux.

C'est particulièrement vrai lorsque l'autorité de l'employeur, sa liberté d'organisation et de gestion de l'entreprise sont en cause. Est ainsi considéré comme justifié :

- le licenciement fondé sur une rixe survenue dans l'entreprise, même si le salarié licencié n'a pas été à l'origine de celle-ci (43).
- ou encore celui fondé sur une situation de nature à compromettre la marche de l'entreprise (44).

Mais même en l'absence de faute le licenciement du ou de la salarié(e) est justifié s'il est imposé par les nécessités de l'entreprise.

Ainsi le licenciement motivé par des résultats professionnels insuffisants est justifié «peu important à cet égard que cela fut dû aux circonstances économiques, en l'absence de toute faute de l'intéressé» (45).

De même, si, d'après l'employeur, il n'existe plus de «confiance mutuelle réciproque» (46), par exemple en cas de soupçons de vol. On retrouve même dans quelques arrêts la formule selon laquelle le conseil de prud'hommes ne doit pas se substituer à l'employeur pour apprécier ce qui est conforme à l'intérêt de l'entreprise (47).

Notre pratique prud'homale

La jurisprudence de la Cour de cassation est ce qu'elle est. Nous avons vu cependant qu'elle laissait une liberté certaine aux juges du fond dans l'appréciation du motif réel et sérieux de licenciement puisqu'ils doivent former leur conviction à partir des éléments qui leur sont fournis. Essayons de voir comment utiliser cette zone de liberté.

I. LES FAITS ET LE DROIT

Action Juridique a mis en évidence à plusieurs reprises une constante de la stratégie judiciaire de la CFDT : la place privilégiée qu'il convient de donner aux faits par rapport au raisonnement juridique et à la jurisprudence (48).

Or c'est précisément sur le terrain des faits que les juges du fond doivent avoir un rôle actif.

Il revient donc aux conseillers prud'hommes de se saisir des pouvoirs qui sont les leurs pour situer le licenciement dans son contexte et dans ses conséquences, et rassembler le maximum d'éléments leur permettant de préciser et vérifier les motifs du licenciement, de fonder leur conviction et de la motiver.

Il leur faudra se méfier, dans ce domaine, des apparences et de façon générale de tout ce que l'employeur présente comme des évidences. Notre expérience syndicale nous enseigne en effet que patrons et travailleurs n'ont pas la même vision des faits en raison de la place différente qu'ils occupent dans l'entreprise et dans la lutte sociale.

Un exemple

Un travailleur du bâtiment, conducteur d'engins, est victime d'un accident du travail. Au bout d'un certain temps d'absence l'employeur «prend acte» de la rupture de son contrat de travail pour force majeure résultant de son inaptitude définitive à occuper son poste et de l'impossibilité de le reclasser.

Un examen attentif des faits et un rapport d'expertise permettent de montrer que les éléments de la force majeure - événement imprévisible, irrésistible, insurmontable - ne sont pas réunis :

- L'inaptitude n'est pas totale, elle est seulement limitée à la conduite des engins trépidents. (Le médecin du travail l'atteste). Après son licenciement ce travailleur a d'ailleurs retrouvé un poste où il soulève de lourdes charges, mais qui est compatible avec son état.

- L'absence de poste disponible n'est pas réelle : l'expertise montre que simultanément au licenciement des travailleurs sont embauchés à des postes qui auraient pu être proposés à l'intéressé. Ce dernier a d'ailleurs occupé dans l'entreprise des postes différents de celui de conducteur d'engin (49).

C'est en approfondissant cette vision contradictoire des faits que les juges prud'homaux pourront former leur conviction.

DES ELEMENTS A PRENDRE EN COMPTE

Voici quelques faits relevés par la jurisprudence pour qualifier l'absence de motif réel et sérieux de licenciement

a) **l'employeur a eu le temps d'apprécier la compétence du salarié**, plusieurs mois s'étant écoulés après la période d'essai (50).

b) **l'organisation du travail peut être mise en cause,** par exemple lorsque l'insuffisance de rendement est due à la propre «carence» de l'entreprise (51)

c) **pendant plusieurs années le travailleur n'a fait l'objet d'aucun reproche,** les fautes reprochées étant par ailleurs insignifiantes, imprécises (52)

d) **le fait reproché est isolé** (53)

e) **les tolérances de l'employeur**

«La cause réelle et sérieuse doit s'apprécier à l'époque du licenciement et non au moment où le fait retenu a été commis, celui-ci étant considéré implicitement comme compatible avec le maintien du contrat du moment qu'il n'a été suivi d'aucune mesure de renvoi, sauf à revivre par l'effet de nouveaux griefs» (54)

f) **le contexte dans lequel «des injures» ont été prononcées,** par exemple sur les chantiers du bâtiment où le langage n'est pas particulièrement châtié (55).

g) **la variation des motifs**

Le fait que l'employeur change de motif et ce jusque devant le juge (56)

h) **les dispositions du règlement intérieur.**

Il est maintenant acquis que le juge n'est pas lié par les préqualifications existant dans les règlements intérieurs et les conventions collectives. Il en est ainsi, par exemple, des clauses stipulant que la non justification de l'absence pour maladie dans un délai de quarante-huit heures constitue une démission ou un licenciement justifié (57).

Par contre lorsque le règlement intérieur prévoit, par exemple, que le licenciement ne peut intervenir qu'après deux avertissements, les cours d'appel considèrent que le patron doit respecter la procédure disciplinaire qu'il s'est imposée (58).

(48) Action Juridique N° 4 A. La stratégie judiciaire de la CFDT N° 11 A : le conflit des logiques, le terrain des faits et celui du droit.
(49) CA Paris (22è Ch. C) 16 novembre 1978 SA Siméoni c/ Masse, publié dans le guide pratique des prud'hommes édité par Montholon Services
(50) Cass. soc. 18 avril 1980 Ets Strauss
" " 27 avril 1978 Banque hypothécaire européenne
(51) Cass. soc. 21 mars 1979 Bull. N° 260 p. 186
(52) Cass. soc. 13 décembre 1979 Bull. N° 980 p. 717 - 13 février 1980 Bull. N° 133 p. 99
(53) Cass. soc. 14 février 1980 Bull. N° 146 p. 110
(54) Cass. soc. 12 octobre 1977. Action Juridique N° 8 R p. 12
(55) CA Paris (22è ch.), 12 mars 1975 Laifa c/SA Lelaquois, Droit ouvrier 1976 p. 71. CA Dijon, 21 mai 1976, Del Vitto.
(56) En ce sens Cass. soc. 22 novembre 1978 Juri-Social janvier 1979 F 6
(57) Cass. soc. 30 novembre 1977 Supemec c/ Salmon. Droit Ouvrier 1978 p. 104
(58) CA Nîmes 31 janvier 1977 Clareton c/ Flunch
CA Lyon 13 avril 1978 Foucard

II. LOGIQUE DE L'INSTANT OU LOGIQUE DE L'HISTOIRE

Tout l'effort des patrons dans un procès de licenciement consiste à braquer le phare sur un ou plusieurs faits qu'ainsi ils isolent et qualifient de fautes justifiant le renvoi. C'est la même technique qu'ils utilisent au cours des conflits en ayant recours à des huissiers pour mieux caractériser ce qu'ils appellent les abus de droit de grève.

L'effort des défenseurs et des militants élus juges prud'homaux doit être, au contraire, de considérer ces faits en les replaçant dans leur contexte. Il s'agit bien alors d'utiliser la particularité de la prud'homie qui est de permettre aux travailleurs-juges d'appréhender les litiges qui leur sont soumis, non pas uniquement au travers des règles juridiques énoncées devant eux, mais aussi et d'abord à partir de la condition réelle du monde du travail. Les militants et militantes devenus juges n'ont pas à hésiter. Il s'agit bien de prendre en compte l'ensemble des éléments qui font que la vie des travailleurs est ce qu'elle est : un ensemble de contraintes tant à l'intérieur de l'entreprise qu'en dehors de celle-ci. Dès lors, il devient impensable de laisser apprécier isolément un acte, de ne juger qu'un fait, alors même que celui-ci trouve son origine, son explication dans le grand ensemble des conditions de travail et des conditions de vie des travailleurs et des travailleuses.

Les conséquences du licenciement

De plus, après avoir pris en compte le vécu, il y a aussi à considérer les conséquences de la solution choisie et appliquée par l'employeur. Le licenciement, véritable «peine capitale», apparaîtra sans doute bien disproportionné par rapport au reproche formulé sur la base duquel l'employeur a constitué son dossier. Les conséquences de la rupture du contrat de travail, véritable drame pour le salarié et sa famille, sont d'autant plus à considérer qu'il n'en est pas de même pour l'entreprise. Celle-ci, le plus souvent ne subit qu'un préjudice limité dans son montant et surtout, dans le temps. Or, pour le travailleur ou la travailleuse, c'est une véritable cassure qui intervient. Les dégats qui en découlent se perpétuent dans le temps et il n'est pas rare que des séquelles importantes et permanentes en résultent.

Une application concrète

Pour illustrer cette conception, prenons le cas du licenciement d'une travailleuse prononcé en raison de deux retards et d'une absence cumulés dans le même mois. Apparemment, et suivant une jurisprudence bien établie que l'employeur ne manquera pas de rappeler, les retards répétés, l'absence soudaine sont des causes justifiant le licenciement. Est-ce à dire que la partie est perdue ? Il est probable que non, si au lieu d'apprécier la faute d'absence et de retard par rapport à la fameuse formule «désorganisation du travail et de l'entreprise», les conseillers, les défenseurs syndicaux concourent à amener la prise en compte totale des conditions de vie et de travail de cette salariée.

(59) La défense prud'homale, par Tiennot Grumbach - 2 volumes Editions Apil

Travailleuse et chargée de famille, qui osera lui reprocher de ne pas avoir laissé seuls ses enfants lorsqu'un jour la halte-garderie, l'école, la nourrice, ne les ont pas accueillis comme prévu ? Qui osera qualifier de faute les retards au travail découlant de problèmes similaires ? Comment, dès lors, faire prédominer sans autres considérations et uniquement l'intérêt de l'entreprise au seul motif que c'est là que s'exécute le contrat de travail ? Et si les équipements sociaux nécessaires étaient à la disposition des travailleuses et des travailleurs... ?

Comment agir ?

Si les élu(e)s prud'hommes veulent assumer pleinement leur rôle, il leur faut donc :

- prendre en compte le vécu des travailleurs et des travailleuses et ce, dans sa totalité ;
- replacer les faits allégués dans leur contexte en ayant soin de vérifier leur authenticité et les circonstances dans lesquelles l'événement est survenu ;
- écouter, lire, interroger les parties, mais aussi rechercher, ordonner, bref «instruire» véritablement pour être à même d'y voir clair et être en mesure de concevoir une solution valable lors du délibéré.

Ce travail doit permettre d'atteindre l'objectif essentiel : la contestation des faits tels que présentés et qualifiés par l'employeur. C'est cette prise en compte de la totalité du vécu des travailleurs et des travailleuses, rarement faite jusqu'à présent, qui est porteuse d'une jurisprudence plus juste.

On trouvera dans l'encadré, à titre d'exemples, quelques éléments de la carrière du travailleur ou de la travailleuse ou de l'histoire de l'entreprise qui se trouvent parfois pris en compte par la jurisprudence.

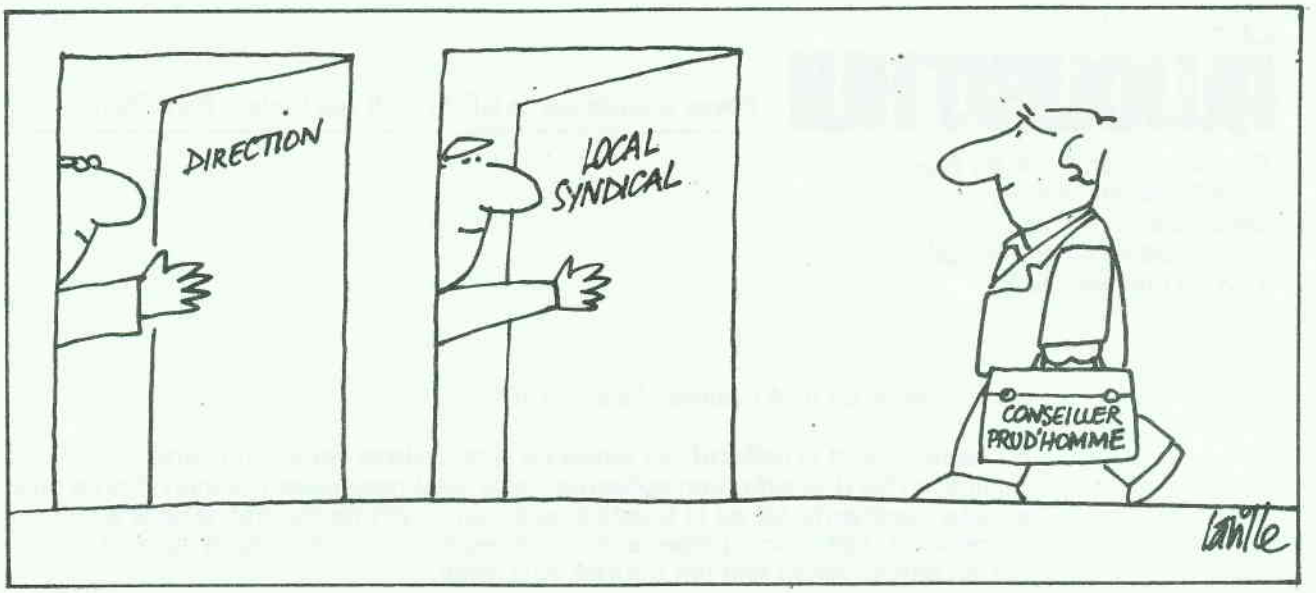
III. LES ELU(E)S PRUD'HOMMES ET LA JURISPRUDENCE SUR L'APPARENCE

Comment les conseillères et conseillers prud'hommes peuvent-ils se situer par rapport à la jurisprudence sur l'apparence ?

a) Ils ne peuvent se contenter de relever que l'employeur n'apporte pas la preuve de ses dires. La Cour de cassation leur reprocherait de renverser la charge de la preuve.

b) Ils doivent avoir une attitude active dans l'établissement du motif du licenciement et dans la recherche des preuves. On empruntera ici la formule de Tiennot Grumbach : il leur faut **fixer, préciser et vérifier** les motifs du renvoi (59). Action juridique reviendra dans le dossier de son prochain numéro sur les pouvoirs et moyens d'investigation (enquête, expertise, transport sur place) du juge prud'homal et sur le caractère inquisitoire de la procédure tel qu'il résulte des principes, applicables à la matière prud'homale, posés dans les vingt-neuf premiers articles du nouveau code de procédure civile.

Retenons d'ores et déjà que le juge prud'homal dispose de moyens pour faire préciser et vérifier les motifs du licenciement. Il n'est pas totalement désarmé face à l'inertie et à la carence du patron qui se refuse à donner des précisions sur les motifs qu'il allègue. Il peut notamment, en application du nouveau code de procédure civile, tirer toutes les conséquences du refus



du patron d'apporter son concours aux mesures d'instruction qu'il décide. Ainsi, sans encourir le reproche de renverser la charge de la preuve, le juge pourra forger sa conviction en prenant, entre autre, en considération l'absence de précision fournie par l'employeur, lui permettant ainsi d'en conclure à l'absence de réalité du motif

Mais il est évident que le rôle des élu(e)s prud'hommes sera facilité si les défenseurs syndicaux font état de leur côté d'éléments suffisamment précis pour contrer les allégations patronales. Ils devront ainsi contester la réalité du motif invoqué par l'employeur, demander à ce dernier de s'expliquer et, si besoin est, demander au juge d'ordonner une mesure d'instruction.

Même sur le terrain difficile de la «perte de confiance» invoquée par l'employeur, il faut demander à celui-ci de s'expliquer. La Cour de cassation nous y invite en exigeant qu'un fait précis d'impossibilité de collaboration soit allégué (60).

c) Les élu(e)s prud'hommes doivent enfin former leur conviction et la motiver. Après avoir pris la dimension exacte des faits, de leur contexte, de leur environnement, il s'agit alors de revenir au droit. Autrement dit il s'agit pour les conseillers, à partir des éléments contenus dans le dossier des parties, de ceux qui seront apparus au cours des audiences de conciliation et de jugement ou à l'occasion des mesures d'instruction, de s'expliquer sur la réalité et le sérieux des motifs de licenciement allégués par le patron.

Comme le dit la loi, ils doivent **former leur conviction** à partir de tous ces éléments. Ils doivent en apprécier la portée et la valeur probante, tirer les conséquences du refus du patron de s'expliquer, ou même seulement de sa réticence ou de son manque de précision, ou encore du fait que la mesure d'instruction ordonnée n'a pas confirmé ses allégations.

Ils doivent non seulement former leur conviction mais la **motiver**, c'est-à-dire s'expliquer, développer les arguments qui les conduisent à penser que le motif n'est pas exact, ou, s'il est exact, qu'il n'est pas suffisamment sérieux.

Ainsi l'appréhension du problème juridique du licenciement à partir des faits et non à partir des règles juridiques et de la jurisprudence ne signifie nullement que le droit est ignoré. Si au départ on abandonne le terrain du droit au profit des faits c'est en réalité pour mieux y revenir. L'examen de la jurisprudence rendue à propos de la loi du 13 juillet 1973 montre que la Cour de cassation, bien que juge de la qualification des faits censure d'autant plus difficilement des décisions rendues par les juges de fond que les motifs de celles-ci sont bien appuyés sur les éléments de fait contenus dans le débat et transcrits dans les décisions.

JV. TRAQUER LA FRAUDE DE LA LOI

Dès qu'un texte est un tant soit peu contraignant pour les employeurs ceux-ci cherchent à en organiser l'ineffectivité en recourant à des procédés leur permettant de sortir du champ d'application de ce texte.

Ainsi pour échapper aux dispositions de la loi sur la rupture par l'employeur des contrats à durée indéterminée les employeurs soutiennent que la loi ne s'applique pas soit parce qu'il n'y a pas licenciement, mais au contraire démission, ou rupture due à la force majeure (en cas de maladie prolongée par exemple), soit parce qu'ils ont recours à des contrats à durée déterminée, ou encore à des contrats de travail temporaire.

Action juridique a déjà abordé un certain nombre de ces thèmes (61). Ils sont rappelés ici en raison d'une part de l'ampleur du phénomène que constituent les différents moyens utilisés par les employeurs pour faire échec aux dispositions légales relatives au licenciement, en raison d'autre part du rôle que peuvent jouer les conseils de prud'hommes pour dévoiler ces procédés frauduleux et requalifier soit la rupture du contrat soit le contrat lui-même, de manière à donner toute leur portée aux dispositions relatives à la cause réelle et sérieuse de licenciement.

(60) Cass. soc. 20 octobre 1977 Sté d'exploitation Gagneraud Bull. N° 555 p. 443

(61) Voir notamment : Action Juridique N° 11. R. la mise à la retraite p. 11; N° 13.R. licenciements économiques et fraudes patronales ; N° 14. J. les contrats à durée déterminée; N° 15. R. licenciement, maladie et inaptitude; N° 16 .J. la location de main d'oeuvre 1. l'intérim.

CFDT AUJOURD'HUI Revue publiée par la CFDT 5 rue Cadet - Paris 9ème

6 numéros par an, de 96 pages
dont 1 numéro spécial
centré sur un thème
110 F l'abonnement annuel
Prix du numéro: 22 F

Au sommaire du n° 47 Janvier-Février 1981

• **L'individuel et le collectif** (au temps du syndicalisme révolutionnaire).
Tenir son rôle d'organisation collective, mais aussi rassembler des individus de plus en plus conscients, tel est le programme du syndicalisme d'action directe au début de ce siècle. Cet article présente quelques aspects de la réalisation de ce programme, en particulier au sein des Bourses du Travail.

• **Des stratégies du développement**
La conférence syndicale mondiale sur le Développement d'avril 1980 à Belgrade s'est tenue à un moment où les problèmes du développement se posent d'une manière particulièrement aigüe. Cet article fait le point sur les stratégies actuellement proposées par les différents camps.

• **Négociation et Démocratie**
A quelles conditions une société peut être bâtie sur la confrontation, l'accord, le débat, le contrat ? Il s'agit là d'une voie que nous devons imposer par notre action syndicale et qui nous rapproche de nos perspectives autogestionnaires.

• **Grèves et services publics**
Face à un pouvoir qui tend à régler les problèmes de manière autoritaire, il est nécessaire que travailleurs et usagers confrontent leur point de vue sur la défense des conditions de travail et la promotion de la qualité dans les services publics.

• **Le Bilan Social des Entreprises**
Un dossier utile aux sections syndicales qui doivent émettre un avis sur le bilan social présenté par la direction de leur entreprise.

BULLETIN D'ABONNEMENT

M. Mme . . . . . .

Adresse . . . . . .

. . . . . .

Localité . . . . . .

Code postal . . . . . .

Complétez ce bon et envoyez le dès aujourd'hui
avec votre titre de paiement à:

Administration de CFDT - AUJOURD'HUI
26 rue de Montholon
75439 PARIS CEDEX 09

textes et jurisprudences

R Licenciement

Les deux arrêts publiés ci-dessous rendus par la Cour de cassation illustrent l'entendue du pouvoir du juge du fond dans la recherche de la preuve du caractère réel et sérieux du motif du licenciement.

Ces deux arrêts illustrent assez bien ce que nous avons souligné dans le dossier du présent numéro quant au rôle du juge du fond dans la recherche de la preuve du caractère réel et sérieux du motif du licenciement.

● Le juge ne peut se contenter de relever que l'employeur ne rapporte pas la preuve des motifs qu'il invoque car ce faisant il imposerait à ce dernier la charge de la preuve de ses allégations, ce que le législateur n'a pas fait.

L'employeur invoque-t-il un travail insuffisant, des fautes répétées ? Le jugement du conseil de prud' hommes qui condamne l'employeur pour licenciement abusif «au seul motif» que le patron n'a pas apporté la preuve du motif réel et sérieux de la rupture est cassé. Les motifs sont en apparence réels et sérieux dit la Cour de cassation : le juge aurait dû former sa conviction et la motiver sans imposer à l'employeur la charge de la preuve.

Il revient au juge de rechercher les preuves. Il doit avoir une attitude active, former sa conviction et s'expliquer à partir des éléments fournis par les partis ou de ceux apparus au cours d'une mesure d'instruction.

● Dans la seconde espèce le patron reproche au prospecteur d'un laboratoire médical un manque d'information, une absence d'intégration dans l'équipe, une inadaptation aux méthodes de l'entreprise.

Les juges du fond ordonnent une expertise (1). L'expert, au terme de ses recherches, arrive à la conclusion que les fautes reprochées sont inexistantes. Les juges en déduisent que le licenciement est abusif : ils ont formé leur conviction en se fondant sur l'expertise, sans renverser la charge de la preuve. Le pourvoi patronal est rejeté.

L'employeur qui reproche à son salarié un travail insuffisant et des fautes professionnelles répétées invoque des motifs en apparence réels et sérieux.

Les juges, qui doivent former leur conviction et la motiver sans que la charge de la preuve incombe à l'employeur, ne peuvent condamner ce dernier pour licenciement abusif au seul motif qu'il n'a pas apporté la preuve du motif réel et sérieux de la rupture.

Cour de cassation (Ch. soc.) 19 Janvier 1977
Entreprise J.P. Adam c/Amer

(...) Vu l'article L. 122-14-3 du code du travail :

Attendu qu'après avoir énoncé que Mohand Amer, boiseur OQ 2, avait été licencié le 26 février 1975 avec préavis d'un mois par l'entreprise Adam, son employeur, qui alléguait que le travail de ce salarié était insuffisant, qu'il ne tenait aucun compte des observations qui lui étaient faites et qu'il avait commis des fautes professionnelles répétées qui auraient pu entraîner la privation du préavis, le conseil de prud'hommes, après avoir constaté que le licenciement était régulier en la forme, l'a déclaré abusif au fond, au seul motif «que la preuve n'avait pas été apportée du motif réel et sérieux de la rupture» ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les motifs allégués par l'employeur étaient en apparence réels et sérieux et qu'il appartenait dès lors aux juges de former leur conviction et de la motiver, sans que la charge de la preuve incombe à l'employeur, le conseil de prud'hommes n'a pas légalement justifié sa décision ; (...)

(1) Plutôt que d'avoir recours à un expert les conseillers prud'-hommes peuvent nommer un conseiller rapporteur. Voir à ce sujet Action Juridique n° 16-Z. p.19.

Lorsqu'il résulte de l'expertise que les fautes reprochées au salarié, absence d'intégration dans l'équipe et inadaptation aux méthodes de l'entreprise, sont inexistantes, les juges du fond peuvent, sans intervertir la charge de la preuve, considérer que le licenciement a été prononcé avec une légèreté blâmable.

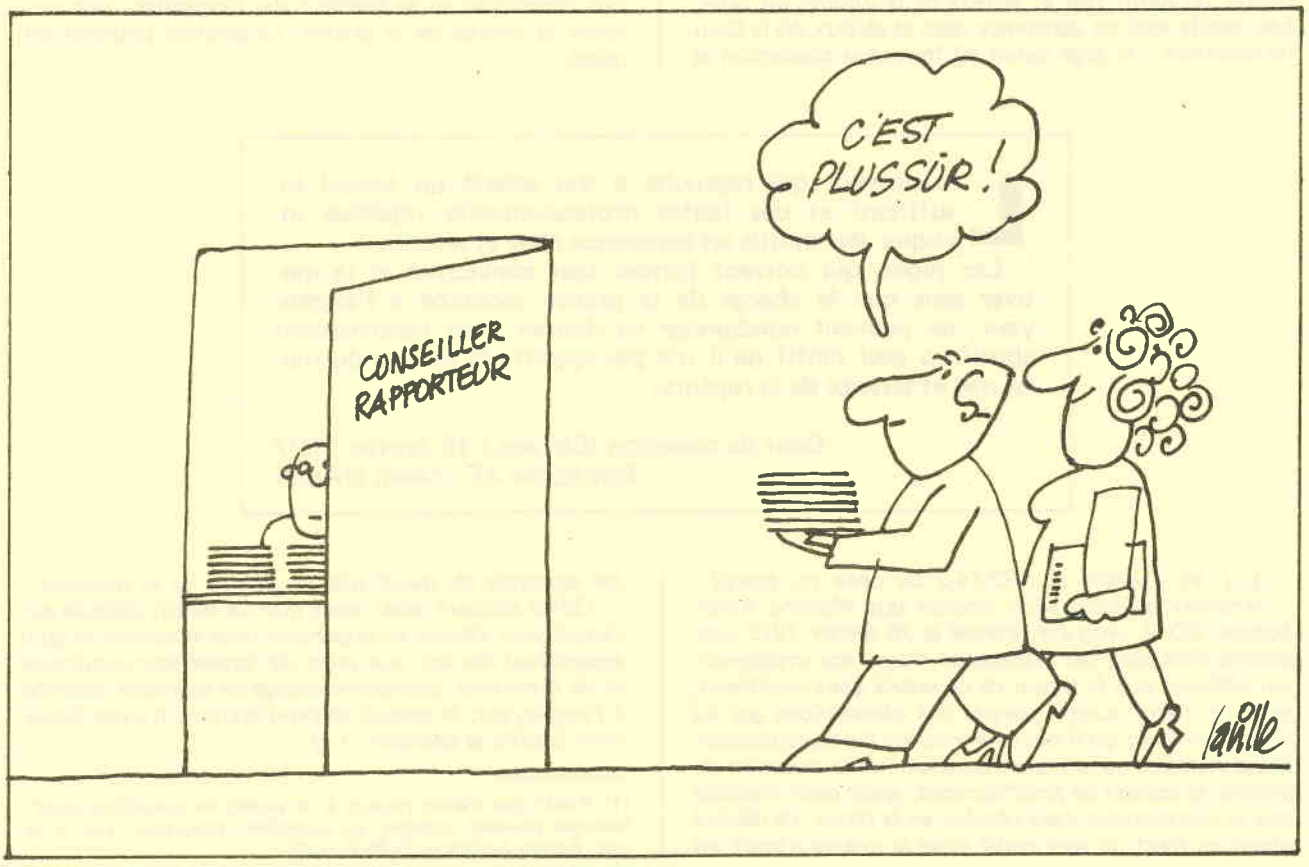
Cour de cassation (Ch. soc.) 7 Février 1980
S.A. Laboratoires du docteur Plantier c/Mouton

(...) Sur le premier moyen, pris de la violation des articles 23 du Livre I du Code du travail, alors en vigueur, 1315 du code civil, 455 du code de procédure civile, défaut de motifs et manque de base légale :

Attendu que la société anonyme des laboratoires du docteur Plantier fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir estimé abusif le licenciement de Mouton, chef de la prospection hospitalière, aux motifs que l'employeur avait agi avec une légèreté blâmable en invoquant contre lui des griefs non établis, alors que, d'une part, la légèreté blâmable résulte non pas de la seule fausseté des motifs invoqués mais du caractère abusif des motifs réels; que se bornant à constater la fausseté des motifs invoqués, sans rechercher si le motif réel était ou non abusif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision; alors, d'autre part, qu'il appartenait au salarié de prouver la fausseté des motifs allégués et le caractère abusif du motif réel; qu'en reprochant à l'employeur de ne pas établir la réalité des griefs invoqués la cour d'appel a inversé la charge de la preuve;

Mais attendu que les juges d'appel ont relevé que l'employeur avait fait état devant l'expert du manque d'information au cours des derniers mois, de l'absence d'intégration dans l'equipe et de l'inadaptation de Mouton aux méthodes de travail de l'entreprise comme cause réelle du licenciement sans en invoquer aucune autre; qu'il résultait des recherches effectuées par l'expert que les fautes dont l'employeur se plaignait étaient inexistantes; que sans intervertir la charge de la preuve, les juges du fond ont déduit de ces constatations que le licenciement de Mouton avait été décidé par la société anonyme des laboratoires du docteur Plantier sans vérification suffisante et avec une légèreté blâmable;

D'où il suit que le premier moyen ne saurait être accueilli; (...)



P Salaires

Les dommages-intérêts qui peuvent être attribués à un travailleur par une décision de justice rendue postérieurement au jugement déclaratif de faillite n'ont pas le caractère de sommes dues à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens. Leur paiement n'est donc pas garanti par l'AGS.

Directive UNEDIC N° 31-80 du 20 mars 1980

LES SOMMES GARANTIES PAR L'AGS

En application de l'article L. 143-11-1 l'AGS garantit les salariés, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de leur entreprise, contre le non paiement des sommes qui leur sont dues «en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens».

On sait que ce sont les ASSEDIC qui font l'avance au syndic des fonds nécessaires à ce paiement.

Une circulaire de l'UNEDIC en date du 20 mars 1980 donne des précisions sur les limites de la garantie concernant certaines créances du salarié.

Indemnités de préavis, de licenciement et de congés payés

Deux hypothèses sont à distinguer.

1) Le licenciement est prononcé avant ou à la date du jugement déclaratif de faillite

Le paiement de ces sommes est incontestablement garanti même si l'employeur n'en a été reconnu débiteur que postérieurement au jugement déclaratif de faillite, à la suite d'une procédure prud'homale engagée par le travailleur.

Le paiement de ces indemnités trouve en effet sa source dans la loi, dans la convention collective ou le contrat de travail. L'obligation qui pèse sur l'employeur de les verser existe bien à la date où le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens a été prononcé. La décision de justice qui est intervenue ensuite n'a fait que reconnaître le droit qu'avait le salarié de percevoir les sommes en question à la date de son licenciement. Dès lors celles-ci ont bien le caractère de sommes dues à la date du jugement déclaratif de faillite et doivent être garanties par l'AGS.

2) Le licenciement est prononcé après le jugement déclaratif de faillite

En principe les indemnités de licenciement, de préavis et de congés payés n'ont pas dans ce cas le caractère de sommes dues à la date du jugement déclaratif puisque le licenciement est postérieur à ce jugement. Elles ne sont donc pas garanties par l'AGS.

Toutefois le bureau de l'AGS dans sa décision n°4 du 26 juillet 1974 modifié le 4 avril 1975 a assoupli le principe posé. Aux termes de cette décision le syndic peut obtenir l'avance des sommes susvisées:

- si le licenciement intervient dans les jours qui suivent immédiatement le jugement déclaratif
- ou encore s'il intervient dans les 3 mois du jugement déclaratif, mais à la condition que l'exploitation n'ait pas été poursuivie sous quelque forme que ce soit.

Toutefois des dérogations à cette dernière condition peuvent être accordées par l'AGS à la condition notamment qu'elle ait été avisée par le syndic dès que celui-ci a obtenu l'autorisation de poursuivre l'activité.

Il en est de même en cas de licenciement intervenant postérieurement au jugement déclaratif dans le cadre d'une poursuite d'activité sous forme de location gérance. L'AGS examine la situation au coup par coup.

En tout état de cause les indemnités de rupture dont le paiement est garanti sont calculées au jour du jugement déclaratif.

Salaires

Les salaires dus à la date du jugement déclaratif de faillite sont garantis par l'AGS. Par contre les salaires correspondant à une période de travail postérieure à ce jugement sont des dettes de la masse et ne peuvent être garanties au titre de l'article L. 143-11-1.

Dommages-intérêts

Il se peut qu'à l'issue d'une procédure prud'homale, postérieurement au jugement déclaratif de faillite, des dommages-intérêts soient attribués au travailleur licencié. La condamnation à dommages-intérêts peut être prononcée en application de différents textes rappelés par la circulaire UNEDIC du 20 mars 1980 :

- **article L. 122-12-4** : - non respect de la procédure de licenciement (1 mois de salaire maximum)
  - absence de cause réelle et sérieuse (6 mois de salaire minimum)
- **article L. 122-14-6** : indemnité calculée en fonction du préjudice subi en cas de licenciement abusif d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté ou employé dans une entreprise de moins de 11 salariés.
- **article L. 321-12** : licenciement abusif en raison du non respect de la procédure du licenciement pour motif économique.

Dans ce cas c'est la décision judiciaire qui détermine le droit du travailleur et qui en évalue le montant en fonction du préjudice subi. La créance du travailleur n'existe qu'à dater de cette décision et non pas à dater du licenciement. Dès lors elle n'est pas considérée comme «existant au moment du jugement déclaratif» et son paiement n'est pas garanti par l'AGS.

UNEDIC
77, rue de Miromesnil
75008 PARIS

Directive N° 31-80
Régime d'Assurance des créances des salariés
Dommages-intérêts
Limite de la garantie

Paris, le 20 mars 1980

Monsieur le Directeur,

Au cours de sa réunion du 19 septembre 1979, le Conseil d'administration de l'AGS a souhaité, à propos des demandes d'avance de créances résultant de jugements, qu'il soit rappelé que l'article L. 143-11-1 limite la garantie aux sommes dues en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens.

Lorsqu'une somme d'argent est demandée en justice en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, le jugement qui reconnaît l'existence de la créance a un caractère déclaratif.

Par conséquent, même au cas où une action en justice est nécessaire pour faire reconnaître l'existence d'une dette de l'employeur vis-à-vis du salarié, fût-ce après la déclaration de cessation des paiements, la décision de justice reconnaît la préexistence de cette dette de nature salariale de sorte qu'elle a bien le caractère de somme due à la date du jugement déclaratif.

Ainsi, toutes les sommes qui sont dues au salarié au jour du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sont garanties par l'AGS même si elles sont fixées par une décision postérieure à ce jugement.

Par exemple, à défaut de disponibilité, le syndicat peut demander l'avance de soldes de salaires, des indemnités de préavis et de licenciement résultant d'une décision rendue après la déclaration en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de l'employeur.

Par contre, il en est autrement des sommes réclamées par un salarié et qui ont le caractère de créances indemnitaires, c'est-à-dire réparatoires d'un préjudice.

Dès lors qu'il s'agit de réparer un préjudice, la décision n'est pas déclarative de droit mais constitutive de droit, c'est-à-dire que la créance n'existe que du jour où elle est judiciairement constatée.

Si l'on s'en tient aux termes de l'article L. 143-11-1 du code du travail, les créances de caractère indemnitaire dont la constitution résulte d'une décision de justice postérieure au jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens ne sont pas garanties par l'AGS.

Ces considérations ont conduit le Conseil d'administration de l'AGS à décider : «de refuser l'avance des dommages-intérêts liquidés par une décision postérieure au jugement déclaratif.»

L'AGS a, par la suite, précisé la portée de cette décision : l'avance ne peut être consentie pour les dommages-intérêts; par contre elle peut être faite pour les indemnités afférentes à la rupture du contrat de travail : indemnités de préavis, de licenciement et congés payés.

En pratique, l'ASSEDIC peut se trouver en présence de décisions rendues au profit des salariés en application des dispositions légales par exemple,

1. Article L. 122-14-4 du code du travail

a) Après avoir constaté que le licenciement était irrégulier pour non respect de la procédure, le tribunal condamne l'employeur au paiement des indemnités de rupture et, d'autre part, à une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire.

b) Le tribunal reconnaît que le licenciement était abusif, et attribue au salarié en plus des indemnités de rupture une indemnité d'au moins six mois de salaires.

2. Article L. 122-14-6 du code du travail

Il concerne le licenciement abusif par un employeur occupant moins de 11 salariés ou d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté: en plus des indemnités de rupture, il est alloué au salarié une indemnité «calculée en fonction du préjudice subi».

3. Article L. 321-12 du code du travail

Lorsque le licenciement pour cause économique est intervenu sans demande d'autorisation préalable, le salarié est en droit d'obtenir en plus des indemnités légales et conventionnelles, des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat.

Dans tous ces cas, et lorsque les condamnations résultent de décisions rendues après le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de l'employeur, l'avance sera limitée aux indemnités résultant de la rupture du contrat de travail (préavis, licenciement, congés payés) à l'exclusion des dommages-intérêts ou indemnités réparatrices de préjudice.

Il appartient aux ASSEDIC d'informer les syndics de la position adoptée par l'AGS et de les inviter à ne pas porter les sommes considérées sur les bordereaux d'avances.

Dans le cas où elle donnerait lieu à difficultés, nous vous demandons de les signaler à l'UNEDIC.

Veuillez agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de nos sentiments distingués.

Le Directeur,
Ch. Nouailhac

T Secteur public.

Le juge administratif doit vérifier que le refus de titularisation d'un(e) stagiaire n'est pas fondé sur une erreur manifeste de l'administration dans l'appréciation qu'elle porte sur l'aptitude de l'intéressé(e) à exercer sa fonction.

Conseil d'Etat 27 juillet 1979
Fauquet

LE REFUS DE TITULARISATION

Le refus de titularisation des stagiaires, ou plus exactement leur licenciement, en fin de stage est l'un des domaines où le pouvoir d'appréciation de l'administration s'exerçait jusqu'alors de façon souveraine.

Contrôle de l'aptitude à l'exercice des fonctions préalable à la titularisation, le stage est aussi pour l'administration l'occasion d'un contrôle de conformité idéologique. Le militantisme syndical a valu à plus d'un(e) stagiaire son licenciement. Chacun se souvient du refus de titularisation opposé à notre camarade Stéphan postulant contrôleur du travail à Lyon, militant CFDT actif.

Cette sélection étroitement orientée, cet écrémage d'autant plus sélectif que les fonctions auxquelles le ou la stagiaire se destinait sont jugées «politiques» par le pouvoir, s'exerçaient en toute impunité.

Fondé uniquement sur l'inaptitude professionnelle de l'intéressé, sans qu'aucun critère objectif ne définisse ni de près ni de loin, la notion d'aptitude professionnelle, le refus de titularisation n'était en fait pas motivé. On voit dès lors l'espace laissé à l'arbitraire, à la répression idéologique et anti-syndicale.

L'arrêt publié ci-dessous présente un intérêt pratique non négligeable puisqu'il marque la volonté du juge administratif de contrôler l'appréciation portée par l'administration sur l'inaptitude professionnelle des stagiaires.

Mais encore une fois, comme en matière disciplinaire (1), ce contrôle est un contrôle restreint puisqu'il s'exerce sous l'angle de l'erreur manifeste d'appréciation. Si cette extension du contrôle de la juridiction administrative est un premier pas dans le rééquilibrage du rapport fondamentalement inégalitaire entre stagiaires et autorité administrative, il ne permettra cependant que de faire trancher en faveur des travailleurs les cas les plus flagrants.

Par ailleurs cet arrêt confirme la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle le refus de titularisation fondé uniquement sur l'insuffisance professionnelle ne donne pas droit à la communication du dossier.

Seul le licenciement pour motif disciplinaire ou pour un motif lié à la personne ouvre droit à cette communication.

(1) Voir Action Juridique N° 17 - T p. 17

Arrêt du Conseil d'Etat du 27 juillet 1979

(...) Considérant que M. Fauquet s'est désisté de ses conclusions à fin d'indemnité; qu'il y a lieu de lui donner acte de ce désistement;

Considérant qu'aux termes de l'article 26, alinéa 3, du décret du 20 août 1962 modifié relatif au statut du personnel de l'administration universitaire : «les intéressés.., dont les notes ne seraient pas jugées satisfaisantes à l'expiration du second stage, sont licenciés, replacés dans leur corps d'origine ou titularisés comme secrétaire d'administration universitaire»; que dès lors, le moyen tiré de ce que le texte sur le fondement duquel est intervenue la décision attaquée serait illégal, en tant qu'il ne prescrirait pas la possibilité d'une titularisation d'un attaché au grade immédiatement inférieur, manque en fait;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le licenciement de M. Fauquet n'a pas eu un caractère disciplinaire, mais constitue un refus de titularisation intervenu après l'expiration de la durée réglementaire de son stage et au vu des résultats de celui-ci; qu'une telle décision n'entre dans aucune des catégories de mesures impliquant l'obligation pour l'administration de communiquer son dossier à l'intéressé;

Considérant qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que l'administration ait commis une erreur manifeste dans l'appréciation qu'elle a portée sur l'aptitude du requérant à exercer ses fonctions;

Considérant que le détournement de pouvoir et de procédure allégué n'est pas établi;

Considérant enfin que les arguments d'opportunité invoqués sont sans influence sur la légalité de la décision attaquée;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Fauquet n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande; (...)

abonnez-vous

modèle

ACTION (cfdt) JURIDIQUE

pour une pratique militante du droit

*

BULLETIN D'ABONNEMENT

à retourner à l'administration d'«ACTION JURIDIQUE CFDT»
26, rue de Montholon 75439 PARIS CEDEX 09

Je m'abonne à «ACTION JURIDIQUE CFDT»

Nom: .....

Prénom: .....

Adresse: .....

..... Code postal .....

Abonnement annuel: 80 F – Paiement joint ☐ CCP: à l'ordre de CFDT Presse
☐ Chèque bancaire: à l'ordre de CFDT Presse

*

BULLETIN DE COMMANDE DU CLASSEUR ACTION JURIDIQUE
à retourner à Montholon-Services - 26, rue de Montholon 75439 PARIS CEDEX 09

Je souhaite recevoir le classeur Action Juridique

NOM ..... Prénom .....

Adresse .....

..... Code postal .....

Paiement joint: 36 F uniquement par chèque à l'ordre de Montholon-Services.

Veuillez établir deux chèques distincts pour l'abonnement et le classeur

Le classeur Action Juridique est aussi disponible
au magasin de Montholon-Services
26, rue de Montholon Paris 9ème
au prix de 22 F 50

prud'hommes

Z Prud'hommes

Le référé prud'homal

La loi du 18 janvier 1979 a institué une formation de référé dans chaque conseil de prud'hommes (1). Un décret du 23 novembre 1980 a confié au référé prud'homal une compétence exclusive (2). Cette compétence est la même que celle du conseil de prud'hommes.

Le recours à la formation de référé ne doit pas être négligé car c'est le moyen d'obtenir une décision rapide. Qui n'en voit l'intérêt pour les travailleurs non payés de leur salaire, ou encore victimes d'abus de pouvoir caractérisés de la part des patrons? Les prud'hommes ne doivent donc pas renoncer à examiner certaines situations «à chaud» d'autant qu'on y trouve souvent des raisons d'une application complète du droit du travail. Le référé connaît un développement important devant toutes les juridictions. Il doit en aller de même devant la juridiction prud'homale.

Les termes utilisés par les articles R. 516-30 et R.516-31 du code du travail sont similaires à ceux du nouveau code de procédure civile pour définir la compétence des référés du tribunal de grande instance (3) ou du tribunal d'instance (4). On peut donc en déduire que non seulement la formation de référé a une compétence exclusive de toute autre juridiction mais aussi qu'elle bénéficie d'une plénitude de compétence (5).

Examinons quelques problèmes qui se posent à l'occasion de la mise en place des référés :

- Les difficultés de mise en place
- La distinction entre référé et conciliation
- Les pouvoirs de la formation de référé
- L'intérêt du référé pour l'action syndicale

A - MISE EN PLACE DU REFERE PRUD'HOMAL

Si les services de la chancellerie ont pris en compte la revendication de la CFDT d'un référé à large compétence (6) c'est, semble-t-il, davantage pour des considérations techniques que par volonté de confier de nouveaux pouvoirs aux conseils de prud'hommes. La haute administration judiciaire est convaincue que les référés doivent avoir dans tous les cas la même compétence que la juridiction dont ils émanent. Cela rejoint donc notre revendication.

Toutefois le pouvoir politique veille au grain et retarde l'application du référé à compter du 1er mai 1980 (7). Quelques jours auparavant, le 29 avril, un décret du 28 avril repousse encore plus loin la mise en oeuvre de la formation de référé : «le premier jour du septième mois qui suivra le mois au cours duquel le conseil de prud'hommes a été installé». De ce fait, les conseils installés en janvier 1980 voient fonctionner la formation de référé depuis août 80 et ceux installés en juillet 80 n'en bénéficieront qu'à compter du 1er février 1981.

(1) Article L. 515-1 du code du travail
(2) Voir Action Juridique N° 14 Z p. 21
(3) Art. 808 et 809 du nouveau code de procédure civile
(4) Art. 848 et 849 du nouveau code de procédure civile
(5) L'ancien article R. 516-35 du code du travail prévoyait que l'on pouvait saisir en référé le président du tribunal de grande instance. Cette disposition a disparu et le nouvel article R. 516-35 tel qu'il ressort du décret du 23 novembre 1979 ne reprend pas la possibilité antérieure, pas plus qu'aucun autre texte.
(6) Voir notamment Syndicalisme-Hebdo N° 1723 du 21.09.78
(7) Article 24 du décret N° 79-1022 du 23.11.79 (JO du 2. 12.79)

L'attitude du patronat organisé n'est pas étrangère à cette situation.

Fondamentalement le CNPF est hostile à accorder des pouvoirs nouveaux aux conseils de prud'hommes et notamment à tout ce qui peut accélérer les procédures qui sont essentiellement dirigées contre ses adhérents. Les démarches et les pressions sur le ministère de la justice ont donc réussi à retarder l'installation de la formation de référé.

Sur le terrain, la lutte patronale s'est engagée pour limiter d'une part le nombre des membres de la formation de référé et d'autre part la fréquence des audiences. N'a-t-on pas vu à Paris les patrons proposer une audience de référé tous les deux mois ? A La Roche-sur-Yon tous les patrons désignés pour le référé ont démissionné sauf un; de ce fait un seul patron (un dur) siège dans cette formation.

Les élus salariés n'ont pas toujours su avoir une vision juste des enjeux d'un fonctionnement correct des référés afin de faire inscrire dans le règlement intérieur du conseil au moins deux audiences normales de référé par semaine et la possibilité d'organiser un référé d'heure à heure ou des audiences supplémentaires en cas de besoin. Cela peut être rattrapé car chaque année l'assemblée générale désigne les membres de la formation de référé. On comprendrait mal ceux qui refuseraient de s'adapter à la situation de fait.

B. LE REFERE EST DISTINCT DE LA CONCILIATION

Les patrons, certains greffiers, certains avocats et même certains élus salariés sont réticents à un fonctionnement de la formation de référé. Cela peut provenir de la nouveauté de la procédure ; on résiste au changement. Mais il y a plus et certains n'y voient qu'un substitut de la conciliation. Il nous faut donc dissiper l'équivoque et clarifier en distinguant les pouvoirs et la mission de chaque formation.

1) La conciliation

a) C'est l'acte introductif de la procédure prud'homale

«La saisine du conseil de prud'hommes, même incompétent interrompt la prescription» (8). «La convocation du défendeur devant le bureau de conciliation vaut citation en justice»... (9). Ces deux extraits de la réglementation démontrent que la conciliation fait partie intégrante du procès prud'homal.

b) Quel est l'objet de l'audience de conciliation ?

A l'origine, le seul objet de cette audience est la recherche d'un accord entre les parties qui éviterait un renvoi de l'affaire devant le bureau de jugement. C'est encore ce qui est dit à l'article R. 516-13 :

«Le bureau de jugement entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier. Il est dressé procès-verbal».

Mais depuis 1974 les pouvoirs du bureau de conciliation se sont étendus, extension confirmée par le dernier état du texte applicable, l'article R. 516-18. Aux termes de celui-ci le bureau de conciliation peut ordonner :

«La délivrance, le cas échéant sous peine d'astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer ;

Le versement d'une provision sur salaire dans la limite des trois derniers mois et sur indemnités de préavis dans la même limite lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ;

Toutes mesures d'instruction, même d'office ;

Toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux».

Le bureau de conciliation peut liquider, à titre provisoire, les astreintes qu'il a ordonnées.

Les décisions prises sont toujours provisoires, mais exécutoires immédiatement.

On le voit, les pouvoirs du bureau de conciliation ne sont pas négligeables mais ils sont strictement limités par l'article L. 516-18. Le bureau de conciliation ne peut prendre d'autres mesures que celles édictées par cet article.

2) Le référé

a) Contrairement à la conciliation, le référé n'est pas la première étape du procès prud'homal

L'action devant la formation de référé est distincte de l'action principale.

b) Les pouvoirs de la formation de référé sont beaucoup plus larges que ceux du bureau de conciliation

Certes, comme le bureau de conciliation, la formation de référé prend des décisions provisoires qui s'exécutent immédiatement. Mais les mesures qu'elle peut prendre ne sont pas limitées comme le sont celles du bureau de conciliation par l'article R. 516-18.

Les textes disposent en effet :

Article R. 516-30 : *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.*

Article R. 516-31 : *La formation de référé peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle peut accorder une provision au créancier».

C. LES POUVOIRS DE LA FORMATION DE REFERE

Examinons de plus près les différentes mesures que la formation de référé peut ainsi ordonner.

1) Le référé provision

Le second alinéa de l'article R. 516-31 précise que la formation de référé peut accorder une provision si l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

(8) Article R. 516-8
(9) Article R. 516-12

Ici il est nul besoin de constater l'urgence pour fonder la décision, il suffit que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable. Cela ne veut pas dire que le débiteur ne conteste pas puisqu'en fait il conteste toujours et c'est la raison pour laquelle le litige vient devant le tribunal.

L'obligation non sérieusement contestable sera invoquée pour accorder le paiement de salaires impayés, pour réduire à néant la décision patronale qui refuse par exemple le paiement d'un treizième mois au motif que le salarié lui doit de l'argent.

A noter que la formation de référé n'est pas limitée, comme l'est le bureau de conciliation, dans le montant de la provision qu'elle peut allouer.

2) La remise en l'état des mesures conservatoires.

Il s'agit ici de l'application du premier alinéa de l'article R. 516-31 selon lequel la formation de référé peut toujours 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.

Là encore l'urgence n'est pas nécessaire. Le texte est très clair : « la formation de référé peut toujours prescrire». Aucune condition à remplir, il suffit que la mesure atteigne l'objectif : faire cesser un trouble manifestement illicite ou prévenir un dommage imminent. Il faut souligner l'utilisation de l'adverbe «toujours», c'est-à-dire dans tous les cas.

- **Les mesures conservatoires** sont donc liées à la prévention d'un dommage imminent. Il peut sans aucun doute s'agir d'un préjudice physique mais aussi matériel ou moral. On pense aux risques subis par une travailleuse qui travaille sur une presse dont on a enlevé le système de protection pour améliorer le rendement. La formation de référé peut toujours prescrire la pose du carter de protection pour prévenir le dommage imminent qui résulte de son absence.

- **Les mesures de remise en état** peuvent toujours être ordonnées pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

C'est la disposition la plus dynamique. Concrètement cela signifie que la formation de référé peut ordonner à l'employeur de revenir sur une décision si celle-ci est de façon évidente contraire au droit applicable.

Quelles peuvent être les applications concrètes de cette disposition ?

Les employeurs ne se privent pas d'utiliser devant la juridiction de référé la notion de trouble illicite, par exemple lorsqu'ils réclament l'expulsion de grévistes occupant leurs locaux de travail.

A notre tour de nous saisir de cette arme.

Peut sans conteste être qualifié de trouble manifestement Illicite le licenciement irrégulier d'un délégué. La mesure de remise en état qui s'impose est alors la réintégration.

Mais, à notre avis, il existe bien d'autres situations constituant un trouble manifestement illicite que la formation de référé a qualité pour faire cesser. Ainsi :

- la décision patronale intervenue en violation de la loi ou de la convention collective
- la violation de la procédure conventionnelle de licenciement
- le non respect de la procédure disciplinaire prévue par la convention collective.

A titre d'exemple on peut rappeler que la Cour de cassation a admis que le juge des référés prononce la réintégration dans leur atelier de travailleuses qui avaient toutes été regroupées dans un atelier spécial en raison de leur activité syndicale, ce qui constituait un trouble manifestement illicite (10).

3) Le référé d'urgence

L'article R. 516-30 indique que dans tous les cas d'urgence, la formation de référé peut... ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.»

Examinons les conditions de la recevabilité de la demande introduite sur la base de cet article.

La notion d'urgence.

Elle ne présente pas la plupart du temps de difficulté. Les juges en font une appréciation souveraine (11). Il suffit de la constater. Si l'utilisation des termes «vu l'urgence» est considérée comme suffisante, il y a intérêt à justifier son existence par la description des faits, des troubles et dommages.

Les mesures ordonnées

Toutes les mesures dans la limite de la compétence des conseils de prud'hommes peuvent être ordonnées.

Il n'y a pratiquement pas de limite puisque les conseils de prud'hommes sont «compétents quel que soit le chiffre de la demande» (12).

Cependant il faut lire le texte jusqu'au bout. Il comporte une alternative qu'il nous faut examiner tour à tour.

Commençons par celle qui est la plus simple.

Toutes les mesures que justifie l'existence d'un différend

Si la formation de référé est saisie c'est bien qu'un différend, un désaccord existe. Le désaccord peut résulter de la divergence d'opinion, mais aussi de l'opposition d'intérêt entre deux personnes : le salarié et l'entreprise.

Ainsi, sur la base de ce texte, la formation de référé peut ordonner une mesure d'instruction confiée à un conseiller rapporteur ou à un expert, ou exiger le respect d'un texte légal ou conventionnel.

On peut imaginer par exemple que la formation de référé confie à un conseiller le soin d'examiner si un lock-out prononcé par un patron est justifié par des considérations techniques objectives ou s'il n'est en réalité qu'une mesure de rétorsion à l'égard des grévistes.

Toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse.

La mesure ordonnée ne doit faire l'objet d'aucune contestation sérieuse. Qu'est-ce à dire ? S'il existe un litige, c'est bien que persiste une contestation sérieuse, sinon le tribunal n'aurait pas été saisi.

L'absence de contestation sérieuse signifie d'une part que les parties ne doivent pas être en désaccord sur la situation de fait, d'autre part que la mesure que l'on de-

---

(10) Cass. soc. 1er février 1979 Bull N° 11 p. 80 Furnon. Action Juridique N° 13 p. 24
(11) Cass. 1ère civ. 3 janvier 1979 Bull. I N° 2 p. 2 Berger
(12) Art. L. 511-1 avant dernier alinéa

mande au juge d'ordonner est bien fondée en droit, qu'il n'y a pas de doute sur le droit applicable.

Ainsi il est à l'heure actuelle certain que le délégué irrégulièrement licencié a droit à sa réintégration : le juge des référés doit l'ordonner.

Le problème de la réintégration des travailleurs non titulaires d'un mandat apparaît plus délicat car le droit applicable fait ici encore l'objet de contestation.

Il existe toutefois des situations où la réintégration doit pouvoir être ordonnée en référé.

- C'est le cas lorsque la loi elle-même la prévoit: par exemple pour les jeunes **au retour du service militaire** si leur emploi a été maintenu (13).
- **La travailleuse enceinte** licenciée en violation des dispositions légales devrait également pouvoir être réintégrée par voie de référé car la loi stipule que dans ce cas le licenciement est nul. (14).
- **Lorsqu'il y a changement d'employeur** la loi dit que les contrats de travail se poursuivent (article L. 122-12) : cela signifie qu'ils ne sont pas rompus. La formation de référé devrait pouvoir le constater et ordonner le maintien des travailleurs dans leur poste. (15)
- Il existe enfin d'autres situations où la loi interdit à l'employeur de licencier : par exemple pendant la grève (sauf faute lourde, art. L 521-1), ou lorsque c'est l'appartenance syndicale qui fonde la décision patronale (article L 412-2). Certains magistrats statuant en référé, ont parfois ordonné la réintégration en se fondant sur ces dispositions (16).

Toutefois, même en présence d'une contestation sérieuse, le juge des référés peut toujours prescrire une mesure justifiée par l'existence d'un différend, car destinée à faire cesser un trouble manifestement illicite (En ce sens Cass. 1ère Civ. 7 octobre JCP p. 416)

D - REFERE PRUD'HOMAL ET ACTION SYNDICALE

L'acharnement patronal contre l'institution d'un véritable référé prud'homal démontre que nous avions raison de mettre en avant cette revendication. Déjà en 1970, dans un communiqué commun CFDT-CGT, nous la préconisions. *

Certains critiquent l'utilisation du référé prud'homal, car l'appel étant toujours possible (17) ils y voient un danger de courcircuiter l'institution prud'homale au profit des juges professionnels. Sans doute ce risque existe-t-il, mais la remise en cause d'une décision de référé par la cour d'appel sera plus difficile si la formation de référé motive bien sa décision en s'expliquant sur les raisons pour lesquelles elle se reconnaît compétente, en caractérisant bien le trouble illicite que constitue le comportement patronal.

Les adversaires du référé invoquent aussi les risques de recours plus fréquents au juge départiteur. C'est un fait qui se constate au démarrage des formations de référés. Mais on peut penser qu'une certaine période de rodage est nécessaire et que petit à petit les formations de référés fonctionneront de façon moins heurtée.

Le recours au juge départiteur n'est d'ailleurs pas toujours un aveu d'échec; il peut être aussi la manifestation de la volonté des élus d'appliquer la loi ou la procédure. A preuve, cette ordonnance du bureau de conciliation de la section activités diverses du conseil de prud'hommes de Paris rendue sous la présidence du juge départiteur (18). Il existait une divergence au bureau de conciliation sur la nomination d'un ou deux conseillers rapporteurs. La loi dispose qu'un ou deux rapporteurs peuvent être désignés (19). Le départiteur a ordonné la désignation d'un seul conseiller ce qui est conforme à notre demande et à la procédure (20). *

(13) Art. L. 122-18
(14) Art. L. 122-30 - Voir Action Juridique N° 12 A p.
(15) Dans un arrêt du 4 juin 1980 (Bull. N° 480, p. 363) la Cour de cassation rejette le pourvoi patronal contre un arrêt de la Cour de Versailles statuant en référé qui reconnaît que les salariés d'une première entreprise sont passés au service d'une seconde en application de l'article L 122-12
(16) Trib. d'inst. de Poissy 1er juillet 1980 Bruneau et autres c/ Talbot
(17) Article 490 du nouveau code de procédure civile visé par l'article R. 516-33 du code du travail
(18) Ordonnance de conciliation, section activités diverses du conseil de prud'hommes de Paris, 14 novembre 1980 Jean-Claude Rohée c/ Direction régionale de la sécurité sociale
(19) Article L. 516-2 du code du travail
(20) «le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux». (Art. 147 du nouveau code de procédure civile).

Récapitulatif des articles publiés dans Action Juridique CFDT pendant l'année 1980 (numéros 13 à 18)

B . Droits syndicaux et libertés dans l'entreprise
. Non paiement pendant le temps de délégation de la prime d'insalubrité (n° 13)
. Distribution de tracts au cours des pauses accordées sur les lieux du travail (n° 13)

D . Institutions représentatives du personnel
. Mission d'information, de médiation et de contrôle confiée à un mandataire de justice concernant l'organisation des élections professionnelles (n° 13)
. Le juge d'instance ne peut proroger les mandats de délégués, mais il peut reporter la date des élections (n° 13)
. Le juge d'instance peut prescrire à l'employeur de tenir compte des propositions faites par un mandataire de justice relatives aux élections professionnelles (n° 13)
. Les décisions prises par le juge d'instance en matière électorale, en référé ou au fond, ne sont pas susceptibles d'appel (n° 13)
. Présence à la réunion de délégués du personnel de cadres non élus (n° 16)
. Participation aux élections de délégués du personnel détachés d'une autre entreprise (n° 16)
. L'information du comité d'entreprise sur le montant et la structure des salaires (n° 18)
. La négociation du protocole d'accord par un représentant du syndicat extérieur à l'entreprise (n° 18)

H . Négociation collective
. Recevabilité de l'action d'un syndicat tendant à faire interpréter les dispositions d'une convention collective (n° 15)

J . Emploi
. Les contrats à durée déterminée (n° 14)
. La location de main d'œuvre: I L'intérim (n° 16)
. La location de main d'œuvre: II La sous-traitance (n° 17)

L. Réglementation du travail
. La maladie pendant les congés payés (n° 17)
. Paiement du premier mai tombant un dimanche (n° 17)

N. Hygiène et sécurité
. Violation injustifiée d'un usage concernant le déplacement des membres du CHS (n° 15)
. Limites à l'utilisation par l'employeur de l'alcootest (n° 16)

R. Licenciement
. Les tribunaux et les licenciements pour motif économique (n° 13)
. Refus de mutation et licenciement pour motif économique (n° 14)
. Licenciement, maladie et inaptitude (n° 15)
. Référé administratif et groupe d'entreprises (n° 17)
. Licenciement prononcé juste avant un transfert d'entreprise (n° 17)
. La portée de la lettre de communication des motifs de licenciement (n° 18)

T. Secteur public
. Autorisations spéciales d'absence pour les représentants des syndicats au congrès de leurs organisations qui se tiennent sur un plan régional ou local (n° 13)
. Réglement intérieur établi par une commune assurant certaines garanties aux personnels auxiliaires (n° 14)
. Grève du personnel du service informatique d'un hôpital (n° 15)
. Composition des commissions administratives paritaires des offices d'HLM (n° 16)
. Contrôle du juge administratif sur les sanctions disciplinaires (n° 17)
. La suspension des fonctionnaires (n° 18)

Z. Prud'hommes
. Les élections prud'homales (n° 14)
- participation du personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial
- inscription du domicile du personnel sur les listes établies par l'employeur
- composition de la section de l'encadrement
- participation des maîtres de l'enseignement privé sous contrat d'association
. Le règlement intérieur du conseil de prud'hommes (n° 14)
. Le référé prud'homal (n° 14)
. Le secrétariat greffe du conseil de prud'hommes (n° 15)
. Le conseiller rapporteur (n° 16)
. L'indemnisation des conseillers prud'hommes (n° 17)
. L'application aux conseillers prud'hommes de la législation sur les accidents du travail (n° 17)
. Assemblée générale et assemblées de sections (n° 18)
. La formation des conseillers prud'hommes (n° 18)

sommaire

ACTION cfdt JURIDIQUE

Dossier

La cause réelle et sérieuse de licenciement.
• L'interprétation jurisprudentielle: la communication des causes du licenciement - la charge de la preuve - l'appréciation du motif • Notre pratique prud'homale: les faits et le droit - logique de l'instant et logique de l'histoire - les élu(e)s prud'hommes et la jurisprudence sur l'apparence - Traquer la fraude à la loi.

Textes et jurisprudences

Licenciement
• L'employeur qui reproche à son salarié un travail insuffisant et des fautes professionnelles répétées invoque des motifs en apprence réels et sérieux. Les juges qui doivent former leur conviction et la motiver sans que la charge de la preuve incombe à l'employeur ne peuvent condamner ce dernier pour licenciement abusif au seul motif qu'il n'a pas apporté la preuve du motif réel et sérieux de la rupture • Lorsqu'il résulte de l'expertise que les fautes reprochées au salarié, absence d'intégration dans l'équipe et inadaptation aux méthodes de l'entreprise, sont inexistantes, les juges du fond peuvent, sans intervertir la charge de la preuve, considérer que le licenciement a été prononcé avec une légèreté blâmable.

Salaires
• Les dommages intérêts qui peuvent être attribués par une décision de justice rendue postérieurement au jugement déclaratif de faillite ne sont pas garantis par l'AGS.

Secteur public
• Contrôle du juge administratif sur le refus de titularisation d'un stagiaire.

Prud´hommes

• Le référé prud'homal.

Rédaction: 5 rue Cadet 75439 Paris Cedex 09 - Tél: 247 72 70
Directrice de la publication: Jeannette Laot - Rédacteur en chef: Francis Naudé
Administration: M. Jeanclaude 26 rue de Montholon 75439 Paris Cedex 09 - Tél: 247 76 10 ou 247 75 07
Abonnement 1 an (6 numéros) 80 F - le numéro 16 F
Numéro de commission paritaire: 1 404 D 73 - ISSN 0181 2874
Composition, maquette et impression: Montholon-Services
Atelier de reprographie 26, rue de Montholon 75439 Paris Cedex 09