



AVIS COMPLÉMENTAIRE DE Mme GRIVEL, AVOCATE GÉNÉRALE

Arrêt n°1127 du 27 novembre 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-12.503

Décision attaquée : 27 mai 2022 de la cour d'appel de Douai

Mme [T] [Z]

C/

Mme [E] [W]

Le renvoi de l'examen de l'affaire à une formation élargie m'amène à formuler de nouvelles observations venant compléter et amender la conclusion de mon précédent avis en prenant en compte la portée de la décision à intervenir.

Face à cette salariée qui, sans demander la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, a obtenu en référé une indemnité de requalification, le pourvoi de l'employeur nous demande de dire que la formation de référé du CPH se trouvait privée du pouvoir de se prononcer sur la question de la requalification du CDD servant de fondement à la demande d'indemnité provisionnelle de requalification, du fait qu'il existe une procédure accélérée au fond, la saisine directe du bureau de jugement (BJ) sans préalable de conciliation prévue par l'article L.1245-2 du code du travail.

Je l'ai dit, ce second moyen tel qu'il est formulé pouvait appeler un rejet rapide, car la cour d'appel, n'étant pas saisie d'une demande de requalification du contrat à durée

déterminée en contrat à durée indéterminée, n'a nullement affirmé *«que la formation de référé du conseil de prud'hommes pouvait requalifier un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée»*, si bien que le moyen manque en fait. Mais l'occasion est trop belle pour ne pas clarifier la doctrine de la chambre sur une question que sa jurisprudence peut sembler avoir tranchée dans des sens parfois contradictoires. Cette apparente contradiction nécessite donc l'analyse tant des dispositions que le moyen oppose que des arrêts qui les ont appliquées.

I. La première observation qui s'impose est, je l'ai rappelé dans mon précédent avis, de ne pas oublier de quoi l'on parle : la question qui se pose est une question de **pouvoir** de la formation de référé, réglée par les articles R.1455-5 et suivants du code du travail, **et non de compétence**. Et la règle de la saisine directe du BJ sans préalable de conciliation n'est pas davantage une règle de compétence mais simplement une règle de procédure accélérée, prévue dans différentes hypothèses dans un souci de célérité ou d'impossibilité de conciliation. Dans les deux cas, il est question de la saisine d'une formation de la juridiction prud'homale, non de la juridiction elle-même. Les deux règles de procédure n'étant pas des règles de compétence d'attribution, elles ne peuvent entrer en concurrence et l'une ne fait pas obstacle à l'autre. Autrement dit, ce n'est pas parce que le législateur a prévu une procédure accélérée au fond qu'il a exclu par là-même la possibilité pour le juge des référés de statuer sur la même demande, dès lors que les conditions des articles R.1455-5 et suivants sont réunies, et qu'il n'y a pas de risque de contrariété de décisions puisque la décision de référé n'a pas autorité de la chose jugée au principal.

C'est ce que relevait déjà le rapporteur du pourvoi n°06-45479, (arrêt du 2 juillet 2008) cité au rapport : *« il ne semble pas que le souhait du législateur, lorsqu'il a institué la procédure accélérée de requalification, ait été de priver le salarié de l'accès au juge du référé, dès lors que les conditions d'un tel accès étaient remplies »*. Il suffit en effet de lire les rapports de la commission des affaires sociales du Sénat cités au rapport pour voir que cette procédure accélérée au fond n'a été adoptée que pour pallier l'absence d'autorité de la chose jugée de la décision de référé (ce qu'elle appelle *le caractère exécutoire moins fort*) et parce que, selon ses termes, *« le juge des référés devrait se déclarer incompétent dans trop de cas. »* Il fallait donc, afin de pouvoir trancher la question de la qualification du contrat avant son terme pour permettre son éventuelle poursuite, organiser une procédure d'urgence au fond. Pour autant, *« trop de cas »* ne voulant pas dire tous les cas, on voit que le législateur -malgré l'erreur de terminologie- n'a pas exclu que certains cas pouvaient relever du juge des référés.

Ce principe d'un *juge des référés qui toujours juge*, comme le proclamait un premier président de cette Cour dans un article dans la Gazette du Palais qui avait fait grand bruit, la chambre l'a rappelé -même si la matière est totalement différente- dans un arrêt publié du 31 mars 2016, n°14-25241, Bull n°63, lorsqu'elle a affirmé : *« En l'absence de dispositions excluant l'exercice de ses pouvoirs, prévus par les articles R.1455-5 à R.1455-8 du code du travail, la formation de référé du conseil de prud'hommes ne peut se voir interdire de statuer. N'excède pas ses pouvoirs qu'elle tire de l'article R.1455-7 du code du travail, cette formation qui, pour allouer une provision sur salaire, relève que...* ». En l'absence d'exclusion prévue par l'article L.1245-2, c'est bien **un excès de pouvoir, négatif celui-là**, que commettrait le juge des référés qui refuserait de statuer alors que la loi lui en donne le pouvoir.

II. Mais la deuxième observation qu'appelle le litige est de ne pas tenter de comparer ce qui n'est pas comparable, et de chercher à poser une solution de principe qui vaudrait pour tous les cas où le législateur a prévu en droit du travail une procédure accélérée de règlement des litiges au fond sans préalable de conciliation. Certes, la question qui nous est posée est une pure question de procédure -il n'y a pas eu erreur de titrage ni d'orientation-, si bien qu'on pourrait être tenté de la trancher de la même manière dans tous les cas où coexistent la règle de saisine directe du bureau de jugement et la procédure de droit commun des référés. D'autant que la question même du bien-fondé de la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée n'étant pas discutée ici par le pourvoi de l'employeur, le fait que cette question de cumul de deux procédures nous soit posée dans le cadre d'une requalification d'un CDD en CDI qui servait de fondement, sinon d'objet, à l'ensemble des demandes ne semble pas appeler, *a priori*, une solution distincte dans d'autres hypothèses. Mais *a priori* seulement : car le fait que la question pourrait être posée -et l'a déjà été- dans les mêmes termes dans d'autres cas de saisine directe du bureau de jugement ne peut que nous inviter à *raisonner* de la même manière, non à la *trancher* de façon identique, et c'est bien ainsi, de façon différenciée, que la chambre l'a réglée jusqu'ici, dans le respect des conditions du référé.

Vous éviterez ainsi de vous référer au cas de la saisine directe du bureau de jugement prévue par les articles 125 et 126 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises : si vous avez approuvé une cour d'appel qui avait jugé que ces dispositions « excluaient toute possibilité de s'adresser au juge des référés pour obtenir une provision », c'est parce que seule une fixation de la créance est possible en la matière, décision au fond qui **exclut toute condamnation même provisionnelle à un paiement**. C'est d'ailleurs pour cette même raison que le préalable de conciliation supprimé s'avérerait dans cette hypothèse inutile et même impossible avec un employeur qui n'est plus maître de son passif et un organisme qui n'a pour mission que de consentir des avances. C'est donc bien une exclusion de principe de la saisine du juge des référés qui s'impose en cette matière, non pas tant en raison de l'existence de la procédure accélérée mais simplement de ses pouvoirs limités par les articles R.1455-5 et suivants du code du travail. C'est pourquoi il retrouve son pouvoir pour une demande de paiement de sommes non garanties par l'AGS dues au titre de la poursuite et de la rupture du contrat de travail postérieurement au prononcé du redressement judiciaire de l'employeur, exclue de l'article L.625-5 du code de commerce (Soc., 7 octobre 1998, n°97-44552, Bull n°412).

De même la possibilité pour le juge des référés de statuer sur une demande de qualification de la rupture du contrat de travail en raison de faits que le salarié reproche à son employeur après une démission ou une prise d'acte doit être exclue par principe, non pas tant en raison de la procédure accélérée au fond que le législateur a introduite en 2014 à l'article L.1451-1 du code du travail que de l'appréciation de l'imputabilité de la rupture qu'elle nécessite qui ne peut relever que du juge statuant au fond. C'est ce que la chambre avait tranché bien avant l'instauration de cette nouvelle procédure accélérée dans un arrêt du 11 mai 2005, n°03-45228, Bull n°158, publié au rapport annuel -ce qui montre que la solution est bien indépendante de l'existence de cette

procédure. Notons cependant que pour autant, -mais dans des hypothèses où le salarié n'a pas pris l'initiative de la rupture (exclues donc de l'article précédent) la chambre, toujours pragmatique, n'a jamais totalement écarté la possibilité pour le juge des référés d'accorder une provision sur des indemnités de rupture, dès lors que les conditions de celle-ci font apparaître à l'évidence qu'elle est imputable à l'employeur, en raison du non-respect du formalisme du licenciement, et que ces indemnités ne sont donc pas sérieusement contestables : cf. les arrêts cités p.8 du rapport : Soc.28 juin 1995, n°93-43.893, Bull n°222 (absence de motivation de la lettre de licenciement) ; Soc., 2 juin 2009, n°07.44.839 et Soc., 18 janvier 2012, n°10-17.217 (non-respect de la procédure de licenciement).

III. Et c'est bien également en fonction de ces conditions du référé et seulement de celles-ci que vous avez tranché jusqu'ici la question du pouvoir du juge des référés en matière de requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. D'où cette apparente contradiction évoquée initialement qui s'explique parfaitement si l'on veut bien analyser un tout peu plus avant les espèces jugées.

Pour mieux les comprendre, il faut rappeler que si le contrat a été conclu en méconnaissance des dispositions applicables aux CDD, il est **réputé à durée indéterminée**, dit le code du travail (article L.1242-12 et 1245-1). **Réputé** : autant dire que le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation sur la sanction à prononcer, qu'il soit d'ailleurs juge des référés ou juge du fond. Il en est de même de l'allocation de l'indemnité de requalification qu'il **doit** accorder (article L.1245-2), même d'office, serait-il juge des référés (Soc., 29 septembre 2004, n°02-40927).

On voit que la situation diffère sensiblement de celles qui nécessitent du juge une appréciation non seulement des éléments de fait soumis mais de la sanction (au sens général du terme, c'est-à-dire de la conséquence juridique qui doit en être tirée), comme une demande de résiliation d'un contrat ou d'indemnisation d'un préjudice. De même que le juge des référés peut constater l'acquisition d'une clause résolutoire d'un bail et prononcer l'expulsion du locataire débiteur mais n'a pas le pouvoir de prononcer la résiliation du bail au motif d'un autre manquement, de même rien n'interdit à la formation prud'homale statuant en référé de constater que le CDD est réputé à durée indéterminée en raison du non-respect du formalisme légal et de prononcer sa requalification.

Tout dépend donc du caractère manifeste ou non de l'existence du trouble, c'est-à-dire de l'irrégularité du CDD invoquée, la sanction, elle, étant automatique.

C'est ce qui ressort de vos arrêts : S'agit-il de l'absence de motif précis dans le contrat, -comme invoqué en l'espèce ? Vous reconnaissez à la formation de référé le pouvoir de trancher, et vous la cassez si elle ne le fait pas ou mal : ainsi d'un arrêt où le juge des référés, après avoir requalifié le CDD en CDI, avait condamné l'employeur au paiement de diverses indemnités provisionnelles à ce titre et au titre de la rupture, que la chambre casse (Soc, 10 mai 2012, n°10-14039) en relevant la régularité du contrat à durée déterminée en présence d'un motif précis au sens de l'article L.1242-2 : c'est dire que la formation de référé pouvait donc apprécier elle-même le bien-fondé de la demande de requalification compte-tenu de la nature de l'irrégularité soulevée, qui

n'appelait aucune appréciation dès lors que le contrat mentionnait bien un des motifs exigés par la loi, -alors même que ce pouvoir lui avait été contesté devant le juge d'appel en raison précisément de l'existence de la procédure accélérée au fond.

S'agit-il de l'absence de pouvoir du signataire d'un contrat de mission (Soc., 16 mai 2012, n°10-19320 et -19321) ? Sans se contredire par rapport à l'arrêt précédent (rendu 8 jours avant), la chambre reconnaît au juge des référés le pouvoir d'apprécier l'existence d'une contestation sérieuse sur la qualification des contrats, en l'absence d'invocation d'une irrégularité *manifeste* aux dispositions sur les contrats temporaires.

De même dans une affaire plus ancienne où était invoquée une fraude à la loi qui aurait sous-tendu le remplacement de travailleurs victimes de l'amiante par des travailleurs précaires (Soc., 2 juillet 2008, n°06-45479 et s., précité), le juge des référés se voit reconnaître le pouvoir de ne pas retenir l'existence d'un trouble *manifestement* illicite l'empêchant de se prononcer sur la demande de requalification -qui n'était formée au demeurant que contre l'entreprise utilisatrice.

Mais l'arrêt le plus patent parce que le plus proche de notre questionnement est sans aucun doute cette affaire -où, il est vrai, les salariés se cantonnaient en dernier lieu à demander la poursuite des relations contractuelles jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur le fondement de l'article L.1245-2-, dans laquelle la chambre a posé (Soc. 8 mars 2017, n°15-18.560) que : « *Constitue un dommage imminent la perte de l'emploi par l'effet de la survenance du terme, durant la procédure, du contrat à durée déterminée toujours en cours au moment où le juge des référés statue, ce dommage étant de nature à priver d'effectivité le droit pour le salarié de demander la requalification d'un contrat à durée déterminée irrégulier en contrat à durée indéterminée afin d'obtenir la poursuite de la relation contractuelle avec son employeur, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les articles L.1245-2, R.1455-6 du code du travail et 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.* »

Il suffit donc que l'irrégularité en question soit manifeste pour que l'article R.1455-6 puisse jouer, la requalification du contrat pouvant apparaître comme la prévention d'un dommage imminent si le contrat est encore en cours au moment où le juge des référés statue ou comme la cessation d'un trouble manifestement illicite si le terme du contrat est échu et que le salarié se trouve privé d'emploi.

Et ce n'est pas votre arrêt du 21 septembre 2017, n°16-20270, Bull n°163, rendu sous la même présidence à six mois d'intervalle, qui doit jeter le trouble dans les esprits, qui ne constitue pas un revirement de jurisprudence en affirmant en sens inverse que « *le droit à l'emploi ne constitue pas une liberté fondamentale qui justifierait la poursuite du contrat de travail au-delà du terme..* » : il est relatif, lui, à **un contrat de mission** et se contente de rappeler qu'il n'y a pas de poursuite des relations contractuelles entre l'intérimaire et la société utilisatrice au-delà du terme de la mission, et est donc totalement étranger à la question du pouvoir de la formation de référé en matière de requalification d'un CDD.

Il n'y a donc pas d'obstacle juridique à se prononcer en référé sur une demande de requalification d'un CDD en CDI, en application de l'article R.1455-6. Tout

dépend des cas d'espèce. Rappelons à cet égard que l'irrégularité invoquée ici était l'absence de motif de recours visé au CDD, qui se contente de mentionner son objet, à savoir une « garde à domicile ». Cette irrégularité étant manifeste, le contrat est donc réputé à durée indéterminée en application de l'article L.1245-1 et la salariée pouvait saisir la formation de référé de sa demande d'indemnité provisionnelle de requalification qui en était la conséquence, comme l'a jugé la cour d'appel.

Il faut ajouter en outre un argument de politique jurisprudentielle à celui de technique juridique : à l'heure où la Cour européenne des droits de l'homme n'a de cesse de rappeler le droit de chaque citoyen d'avoir accès au juge, ce qui s'entend aussi comme le droit d'obtenir rapidement une décision, ce qu'assurément le juge des référés est plus à même d'assurer que le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, même saisi directement, en raison de l'encombrement des rôles, et où les saisines pour dysfonctionnements du service de la justice ont doublé en deux ans du fait notamment des délais du contentieux prud'homal, il serait tout à fait inopportun et contre-productif de dire que le juge des référés ne pouvait pas accorder l'indemnité légale de requalification égale à un mois de salaire dans la présente affaire.

Reste que, comme je le relevais dans mon précédent avis, si la demanderesse a cru écarter une difficulté qui n'existait pas en ne demandant pas la requalification de son CDD parce qu'elle était en référé, elle en a, au contraire, créé une, en demandant une indemnité à ce titre sans faire cette demande. Car selon l'article L.1245-2 alinéa 2, c'est « **lorsque le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié** » de requalification qu'il accorde cette indemnité. L'allocation est la conséquence de cette requalification par le juge qui doit être préalable. Or dans notre affaire, il n'a pas fait droit à une demande de requalification puisque, précisément, il n'en était pas saisi. Pour autant, l'on peut aisément contourner la difficulté -au demeurant non soulevée par le moyen- en considérant que la cour d'appel, qui a retenu que « *la requalification s'imposait* » au regard de l'irrégularité manifeste du CDD sans pour autant la prononcer puisqu'elle ne lui était pas demandée, a légalement justifié l'allocation de l'indemnité de requalification, dans le respect des règles du code de procédure civile qui veut que l'on ne statue pas *ultra petita*.

► **Je vous demande donc de rejeter le pourvoi** -étant précisé qu'il apparaît qu'aucun arrêt n'a été rendu au principal dans cette affaire, qui pourrait donc s'arrêter là.