

Rencontre annuelle des juristes du travail
ENM - Paris - 8 décembre 2006

L'OFFICE DU JUGE EN DROIT DU TRAVAIL
(Objet et fondement des prétentions litigieuses)

Jacques NORMAND *Professeur émérite à l'Université de Reims Champagne-Ardenne*

L'office du juge relativement à l'objet et au fondement des prétentions litigieuses obéit, en droit du travail, aux règles du droit commun procédural. S'appliquent donc, quelle que soit la juridiction saisie (conseil de prud'hommes, tribunal d'instance, tribunal de grande instance), les principes directeurs du procès civil tels que posés en particulier par les articles 5 et 12 du NCPC, ainsi qu'à titre de complément nécessaire, les articles 7 et 16 du même Code¹.

Cette soumission aux règles de principe n'est cependant pas absolue. Certaines questions de droit substantiel font l'objet d'un traitement particulier et appellent à ce titre une attention spécifique, celles qui ont trait aux pouvoirs et obligations du juge relativement aux conventions collectives ou celles qui concernent la requalification sanction des contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée. Il ne serait pas de bonne méthode d'en traiter d'entrée de jeu, sans avoir procédé, en quelques coups d'aile, à un rapide survol du droit commun procédural. C'est pourquoi on s'attachera, dans un premier temps, à ce survol des règles et principes de droit commun (I) avant d'en venir, dans une seconde étape, à l'approfondissement des questions spécifiques (II).

I. – Survol : le droit commun procédural

Il y a lieu, dans l'aménagement de ce rappel, d'envisager tour à tour l'office du juge relativement à l'objet (A) avant de se remémorer ce qu'est cet office quant au fondement des prétentions litigieuses (B)

A. – L'office du juge relativement à l'objet

a) Le principe est simple et classique à la fois.

Il est posé par l'article 5 NCPC, aux termes duquel, on le sait « *Le juge doit statuer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». **Sur tout ce qui est demandé**, car les parties, ne

pouvant se faire justice à elle-même, il faut bien que le litige soit vidé en tous ses aspects. **Seulement sur ce qui est demandé**, car les parties ayant la libre disposition de leurs droits (on parle pour cette raison de **principe dispositif**), toute latitude leur est laissée de revendiquer ou non devant le juge les droits et prérogatives que l'ordre juridique leur reconnaît. Pour cette raison le juge ne peut statuer ni *ultra ni extra petita* : il ne peut accorder plus qu'il n'est demandé. Il ne peut accorder non plus autre chose que ce qui est demandé (à la place de ou en sus de ce qui est demandé). Ainsi ne pourrait-il substituer à l'objet réclamé un autre objet de sa façon, accorder au salarié, qui demande une indemnité pour un licenciement qu'il prétend à tort dépourvu de cause réelle et sérieuse, une indemnité pour non respect de la priorité de réembauchage, qui eût été sans doute justifiée, mais qui n'avait pas été réclamée².

b) Assouplissements

Non moins classiques que le principe lui-même, un certain nombre d'assouplissements viennent tempérer ce que l'interdit pourrait avoir de trop rigoureux. Trois d'entre eux méritent particulièrement notre intérêt :

1) La requalification de l'objet

Premier tempérament, la **requalification de l'objet**. La jurisprudence est traditionnellement fixée en ce sens qu'il appartient au juge « de définir l'objet du litige et de restituer aux conclusions des parties leur véritable formulation juridique »³. Il lui revient, autrement dit, de rechercher, derrière la lettre même desdites conclusions, maladroitement ou inexactement formulées, quelle a été la volonté réelle de leur auteur et donner à celle-ci, en cas d'erreur, la formulation juridique qui lui convient. Ainsi lorsqu'à la suite de son licenciement, la gardienne d'un immeuble demande un rappel de salaires pour non-respect des dispositions de la convention collective relatives aux temps de pause, le juge du fond ne peut-il la débouter au motif qu'en vertu de ces dispositions elle aurait pu prétendre, non à un rappel de salaires, mais à des dommages-intérêts qu'elle n'avait pas demandés. Ils auraient dû comprendre que la demande tendait en réalité à la réparation du préjudice subi du fait de la violation de la convention collective. Il leur aurait fallu débusquer, autrement dit, la volonté réelle derrière la volonté déclarée⁴.

¹ Pour ne rien dire de ceux qui touchent à l'office particulier du juge en matière de preuve, et qui font l'objet, au cours de la présente journée, d'une étude séparée.

² Cass. soc., 3 oct. 2001, *Gaz. Pal.*, 20 déc. 2001, *Pan. v° Proc. civ. Rapp. Soc.* 20 avr. 1947, D. 1948, 362, *RTD civ.* 1949, 128, obs. P. RAYNAUD.

³ Cass. soc. 23 mai 1962, *Bull. civ.* IV, n° 467.

⁴ Cass. soc. 14 déc. 1995, *Bull. civ.* V, n° 348. V. cependant Cass. soc., 23 févr. 2005, *ibid.* n° 69 « *Le juge saisi d'une demande en paiement d'heures supplémentaires ne peut y substituer une condamnation à des dommages et intérêts* ». En l'espèce, il n'y avait pas d'erreur terminologique dans la formulation des prétentions. Mais la prétention du demandeur n'apparaissait pas justifiée au fond. Le juge ne pouvait statuer *extra petita* et faire droit à une demande différente qui n'avait pas été formulée.

2) La théorie des demandes implicites ou virtuelles

Deuxième tempérament, la **théorie des demandes implicites ou virtuelles**. Selon une jurisprudence ancienne et fournie⁵ le juge doit, en particulier, statuer sur la revendication de droits qui sont virtuellement compris dans la prétention explicitement formulée. Le droit du travail donne l'exemple d'une application systématique de cette théorie dans le **contentieux des indemnités de licenciement**. Selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, lorsqu'il réclame une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié doit être tenu pour « *revendiquer le maximum* des droits auxquels il peut prétendre en vertu de l'article L. 122-14-4 du C. trav. ». Aussi doit-on considérer que sa demande tend à la réparation, non seulement du préjudice subi du fait du licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais également, et le cas échéant, du préjudice causé par l'irrégularité de la procédure de licenciement⁶. Sont donc systématiquement censurées les décisions qui, ayant constaté ou laissant transparaître le non respect de la procédure légale, s'abstiennent d'accorder l'indemnité correspondante au motif que le salarié ne la réclamait pas⁷.

Ainsi une interprétation très généreuse de la demande⁸ conduit-elle le juge à dépasser l'objet strictement entendu de la prétention et à vider d'un seul trait l'ensemble du contentieux.

3) Les dérogations légales

Un troisième type d'assouplissement va plus loin encore. Il apporte, en réalité, une véritable dérogation au principe de l'immutabilité de l'objet. La loi confère parfois au juge le pouvoir d'accorder à une partie des « choses » qu'elle n'avait pas (même implicitement) réclamées. La plupart des exemples relèvent du droit de la famille⁹, plus rarement du droit des obligations¹⁰. En droit du travail, l'application la plus caractéristique est celle que prévoit l'**article L. 122-3-13 alinéa 2 du C. trav.** Lorsque le juge prud'homal procède à la requalification sanction du contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée (*infra* II, B), il **doit**, selon ce texte, mettre à la charge de l'employeur une **indemnité dite de requalification** qui ne peut être inférieure à un mois de salaire¹¹. La condamnation à cette indemnité doit, au besoin, **être prononcée d'office**. La Chambre sociale a maintes fois sanctionné, ces dernières

⁵ V. par ex. *Juris-Class. proc. civ.* Fasc. 151, n° 91 s.

⁶ Préjudice qui donne lieu, faut-il le rappeler à une indemnité au plus égale à un mois de salaire.

⁷ V. par ex. Cass. soc., 23 mai 1979, *Bull. civ. V*, n° 453 ; 14 déc. 1983, *ibid.* n° 618 ; 13 févr. 1984, *ibid.* , n° 58 ; 7 juill. 1988, *ibid.* n° 427 ; 8 juill. 2003, *ibid.* , n° 219. Rapp. Soc. 27 juin 1990, *Bull. civ. V*, n° 319.

⁸ Interprétation d'autant mieux venue que le principe de l'unicité de l'instance aurait fait obstacle à ce que le salarié puisse rattraper son omission en introduisant ultérieurement un nouveau procès.

⁹ V., par ex. les articles 208 al. 2 et 258 du C. civ., autorisant respectivement l'indexation d'office des pensions alimentaires et la condamnation aux charges du mariage en cas de rejet de la demande en divorce. *Juris-class. préc.* n° 122 s.

¹⁰ V. par ex. les art. 1152 et 1231 C. civ., pour ce qui a trait à la modération d'office de la clause pénale, ou l'art. 1153-1 C. civ. relatif à la fixation du point de départ des intérêts moratoires en cas de condamnation indemnitaire. *Juris-class. préc.* n° 135 et 138.

¹¹ Sans préjudice de toutes autres indemnités qui pourraient éventuellement être dues du fait de la rupture du contrat.

années, les cours d'appel qui avaient omis de satisfaire à cette exigence¹². Sans doute le caractère de sanction que revêt l'indemnité de requalification¹³ explique-t-il l'obligation légalement faite au juge d'accorder au salarié une « chose » qu'il n'avait pas demandée.

On observera que, dans toutes les branches du droit qui connaissent des exceptions de ce genre, celles-ci relèvent à un titre ou à un autre, de **considérations d'ordre public** (ordre public familial, ordre public économique, ordre public social, selon le cas). Mais ce n'est qu'à titre dérogatoire. Il y faut toujours un texte spécial. Sauf disposition contraire, l'ordre public en tant que tel, à quelque source d'inspiration qu'il se rattache, ne justifie pas qu'il soit dérogé au principe dispositif.

La meilleure illustration de cette insuffisance intrinsèque de l'ordre public est donnée, en droit du travail, précisément, par un arrêt de la **Chambre sociale du 18 mars 1955**¹⁴. Au **jeune berger des Causses** qui, licencié, demandait une indemnité compensatrice de 12 jours de congés payés, en se fondant pour cela sur un arrêté préfectoral abrogé, la cour d'appel avait alloué une indemnité de 40 jours, lui appliquant d'office les dispositions qui étaient alors en vigueur. Sa décision est censurée. Le motif de cette censure est que « *le caractère d'ordre public de cette règle ne pouvait permettre d'en faire application d'office et, en conséquence, de modifier la cause et l'objet du litige, alors que, et c'est là pour la Cour le pivot du raisonnement, l'intéressé, libre de renoncer à ses droits acquis, ne les réclamait pas* ». Aucune décision, depuis cette époque, n'a manifesté la moindre intention de revenir sur cette prohibition. Tout au plus est-elle motivée de nos jours d'une façon un peu différente¹⁵ : l'ordre public de protection ne peut être invoqué que par celle des parties que la loi entend protéger. Ni le juge ni, *a fortiori*, la partie adverse, ne peuvent se substituer à lui dans cette invocation. On y reviendra plus loin.

Aux contraintes, tout de même assez strictes, qui pèsent sur le juge relativement à l'objet, on peut légitimement opposer les pouvoirs, sinon débridés, du moins largement compris, que lui confèrent les principes directeurs dans la détermination de la règle de droit applicable au litige.

B. – L'office du juge quant fondement des prétentions litigieuses.

Sont ici en cause les deux premiers alinéas de l'article 12 du NCPC dans leur application au contentieux du travail : l'alinéa 1^{er}, aux termes duquel « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », et l'alinéa 2, qui impose au juge de « *donner ou restituer leur*

¹² Cass. soc. 19 janv. 1999, *Bull. civ. V*, n° 27, *Dr. soc.* 1999, 401, note J. SAVATIER ; 28 nov. 2000, *Bull. civ. V*, n° 390, *Dr. soc.* 2001, 194, note Cl. ROY-LOUSTAUNOU ; 26 mai 2002, pourvoi n° 00-40.511 ; 10 juin 2003, *JCP G*, 2003, IV, 2406.

¹³ « *Arme dissuasive à l'égard des contrats précaires* », comme l'écrit C. ROY-LOUSTAUNOU, *Dr. soc.* 2001, 194, préc.

¹⁴ *Bull. civ. V*, n° 268, D. 1956, 517, note Ph. MALAURIE, *RTD civ.* 1955, 702, obs. P. HEBRAUD.

¹⁵ On ne saurait le regretter. La soi-disant « renonciation à se prévaloir de ses droits » tient le plus souvent de l'artifice, dans une matière surtout où la représentation en justice n'est pas obligatoire et où le bénéficiaire de la protection légale ignore le plus souvent la sollicitude de la loi. Il est vrai que l'interdiction faite au juge de se substituer au bénéficiaire de l'ordre public de protection n'est pas non plus à l'abri du reproche évoqué.

exacte qualification aux faits et actes litigieux, sans s'arrêter, est-il précisé, à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

[Cet ensemble de dispositions est applicable aux juridictions du travail comme il l'est à toutes les autres juridictions de l'ordre judiciaire. Avec cette première conséquence que, devant trancher les litiges conformément aux règles de droit qui leur sont applicables, les juges du travail, au même titre que les autres, se voient interdire de fonder les décisions qu'ils rendent sur de simples considérations d'équité. La Chambre sociale de la Cour de cassation doit le leur rappeler périodiquement¹⁶.

Plus intéressantes sont les conséquences positives qui se déduisent de l'article 12.] Il suffit de rappeler, dans ce rapide préliminaire, que, selon l'interprétation retenue de ce texte, le juge est investi, en ce qui concerne le fondement juridique de la décision, de quatre types de pouvoirs¹⁷ :

1°) **Lorsque les parties n'invoquent aucun fondement juridique** il incombe au juge de rechercher lui-même quelle est la règle applicable. Il doit examiner l'affaire à la lumière successive des diverses règles susceptibles de la régir, jusqu'à ce qu'il ait découvert la règle adéquate, ou se soit assuré qu'aucune des règles envisageables ne trouvait de support dans les faits allégués¹⁸.

2°) **Lorsqu'une règle est invoquée**, il lui faut vérifier que sont ou ne sont pas réunies les conditions de son application. Pour ce faire, il doit relever, au besoin d'office, tous les éléments qui le conduisent à considérer que cette règle est - ou n'est pas - applicable à l'espèce¹⁹.

3°) **Lorsque les parties donnent une qualification juridique aux faits ou aux actes** sur lesquels elles appuient leurs prétentions, le juge, et comme le lui prescrit l'article 12 alinéa 2 du nouveau code, doit, en cas d'erreur de leur part, restituer à ces faits, restituer à ces actes, leur exacte qualification. Là où les parties voyaient un contrat de vente, le juge pourra déceler un contrat de construction, là où est demandée la nullité pour erreur, le juge, à partir des mêmes faits, pourra prononcer l'annulation pour violence morale, là où est invoquée la garantie des vices cachés, le juge pourra diagnostiquer un

¹⁶ Soc. 21 févr. 1980, *Bull. civ. V*, n° 170 et 173, p. 128 et 130 : le juge ne peut se borner à une simple référence à l'équité pour fixer le complément de rémunération dû par l'employeur pour un travail supplémentaire; Soc. 21 févr. 1980, *Bull. civ. V*, n° 173, p. 130 ; Soc. 11 mai 1994, *Dr. soc.* 1994, 703, D. 1995.J.626, note C. PUIGELIER ; Soc. 4 déc. 1996, D. 1997.IR.26. Le juge ne dispose de pouvoir modérateur que conféré par la loi.

¹⁷ Sur l'office du juge en général, relativement à la règle de droit, V. notamment G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 2ème éd. 1997, p. 446 s., spéc. 451 s. ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 3ème éd. par Th. LE BARS, Montchrestien, 2006, n° 264 s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, 28ème éd. 2003, n° 680 s., spéc. n° 560 s. ; L. CADIEU et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4ème éd. 2004, n° 697 ; Ph. BLONDEL, « Le juge et le droit », in *Le Nouveau Code de procédure civile, vingt ans après*, Documentation française, 1998, p. 103 s. ; G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès. Le droit positif depuis H. Motulsky » JCP éd. G, 1993.I.3692 ; « L'arbitraire du juge » in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz 2000, p. 223 s., spéc. p. 231 s., n° 9 s. ; J. NORMAND, *Jurisclass. proc. civ.* Fasc. 152, n° 36-130.

¹⁸ V. par ex. Civ. 2ème, 11 févr. 1954, *Bull. civ. II*, n° 54 ; 24 févr. 1966, *ibid.* n° 264 ; Com. 31 mars 1981, *ibid.* IV, n° 104 ; Civ. 3ème, 21 janv. 1987, *ibid.*, n° 10, *RTD civ.* 1987, 390, obs. J. NORMAND ; Soc. 20 févr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 60. Cette situation devrait être, de nos jours, marginale et ne plus se présenter que lorsque l'introduction de l'instance se réalise autrement que par assignation (NCPC, art. 56, 2°, issu du décret du 28 déc. 1998).

¹⁹ Ce qui implique, concernant le droit, une connaissance personnelle des conditions d'application de la règle et, le cas échéant, leur application spontanée. Ce qui implique, s'agissant des faits, la confrontation des dites conditions aux circonstances retenues.

manquement du vendeur à son obligation de délivrance²⁰. On reviendra plus loin sur l'application, en droit du travail, de ce pouvoir de requalification, en rapprochant ce qui relève du droit commun de ce qui est propre à la requalification sanction du CDD en CDI.

On observera volontiers qu'en procédant à cette requalification, le juge provoque l'application au litige d'une règle ou d'un corps de règles différent de celui qui était primitivement invoqué. La requalification n'est jamais qu'une étape vers le relevé d'office d'un moyen de droit.

4°) Dernier pouvoir, précisément, le relevé d'office des moyens de droit. Relever d'office un moyen de droit, c'est faire spontanément application au litige de règles de droit autres que celles dont demandeur ou défendeur sollicitaient le profit. Ce qui vise les moyens de procédure, telles certaines exceptions d'incompétence ou certaines fins de non-recevoir. Ce qui concerne également les moyens de droit substantiel, telle la substitution d'un régime de responsabilité à un autre, la nullité d'une clause dont le demandeur sollicitait l'application²¹.

J'ajoute, pour en terminer avec ces généralités, que l'exercice de ces pouvoirs d'initiative est subordonné au respect de deux conditions essentielles :

a) *Le respect du principe du contradictoire*. « Le juge, prescrit l'article 16 en son troisième alinéa, ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations »²².

b) *L'obligation de ne statuer que sur les faits qui sont dans le débat*²³. Tous les faits qui résultent du dossier ont vocation à être dans le débat. Pour qu'ils y soient effectivement, il faut, ou bien que les parties les y aient mis, en les invoquant expressément au soutien de leurs prétentions, ou bien que le juge les y ait introduits, à la condition bien entendu qu'il les ait découverts dans le dossier²⁴, et qu'il ait invité les parties à s'expliquer à leur propos (de telle sorte que le contradictoire soit dûment respecté).

Ceci rappelé qui, encore une fois, s'applique devant toutes les juridictions, l'office du juge du travail présente sur certains points des traits tout à fait originaux. C'est à leur examen qu'il convient de se consacrer de manière un peu plus approfondie dans la seconde phase de nos investigations.

²⁰ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 224, D. 1994; 547, note Th. CLAY, *RTD civ.* 1996, 693, obs. J. NORMAND ; Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, JCP, éd. G, 2005.II.10184, note Ch. LIÈVREMONT ; 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 36.

²¹ V. s'agissant du droit du travail, Soc. 11 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 157, p. 135, *Dr. soc.* 2005, 816, obs. Cl. ROY-LOUSTAUNAU.

²² NCPC, art. 16 al. 3. Cette disposition est doublement intéressante. En même temps qu'elle contraint le juge à respecter lui-même le principe de la contradiction, elle fonde indirectement son pouvoir de relever d'office des moyens de droit : elle suppose ce pouvoir en précisant les conditions auxquelles il doit s'exercer.

²³ NCPC, art. 7 al. 1.

²⁴ NCPC, art. 7 al. 2. Sur la question, v. notamment, G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier » in *Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 43 s.

II. – Approfondissement : les spécificités

En droit du travail, deux traits originaux affectent l'office du juge dans la détermination de la règle de droit applicable. Le premier, qui se rattache au *relevé d'office des moyens de droit*, concerne l'application des **conventions collectives (A)**. Le second, qui met en cause le *pouvoir de qualification* a trait à la **requalification des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée (B)**.

A. – Office du juge et convention collective

La question de l'office du juge en matière de convention collective se présente différemment selon que l'une des parties invoque une convention ou un accord collectif à l'appui de sa prétention, ou, qu'au contraire, aucune convention, aucun accord, n'est invoqué.

a) En cas d'invocation par une partie d'une convention collective

Deux types de difficultés sont, en ce cas, susceptibles de se présenter : la détermination du contenu de cette convention (1°), la vérification de son applicabilité à la cause (2°)

1°) Détermination de la teneur de la convention

Ce premier point ne suscite évidemment aucune difficulté lorsque la partie qui invoque la convention collective en produit le texte ou à tout le moins produit celles de ses dispositions qu'elle prétend applicables à sa demande. Mais il arrive aussi que, se prévalant d'une convention collective, la partie en cause s'abstienne purement et simplement de la produire ou se borne à en produire des extraits qui, hasard ou pas, ne comportent pas les dispositions pertinentes²⁵.

a) Quel est l'office du juge en pareil cas ?

Le juge ne peut, selon une jurisprudence constante, débouter la partie intéressée au motif qu'elle ne rapporte pas la preuve du droit auquel elle prétend. Il ne peut lui opposer qu'un document non fourni ne saurait être retenu comme preuve²⁶ et, s'appuyant sur l'article 146 alinéa 2 du nouveau code, lui faire valoir qu'il n'appartient pas au juge de pallier la carence des parties dans l'administration de cette dernière.

De fait, en raisonnant ainsi, le juge se fourvoie manifestement. La difficulté rencontrée ne concerne pas la preuve. En droit strict, la partie qui invoque une convention collective n'a pas la charge de la preuve, de la preuve de son existence et de son contenu. Ce qui est ici en jeu, ce n'est pas

²⁵ Soc., 8 oct. 1992, *Bull. civ.* V, n° 507, p. 321; Soc. 10 déc. 2002, JCP G, 2003.II.10065, note A. PERDRIAU ; Soc. 23 janv. 2003, JCP G, 2003.II.10065, note préc.

l'existence d'un fait ou d'un acte banal dont il conviendrait de rapporter la preuve, mais l'existence et le contenu de la règle de droit applicable au litige. La convention collective peut précisément être génératrice de cette règle²⁷.

En conséquence, il incombe au juge, selon une jurisprudence constante de la Chambre sociale, de rechercher par lui-même la teneur de cette convention ou de l'extrait qui lui fait défaut. Il doit s'en procurer le texte « par tous moyens », selon les termes mêmes d'arrêts de Soc. des 5 oct. 1993 et 10 décembre 2002²⁸. Au besoin, ajoute systématiquement la Cour de cassation, en invitant les parties à fournir les explications qu'elles estiment nécessaires²⁹, ou, selon une formulation plus récente, en les invitant à lui fournir un exemplaire de la convention dont elles se prévalent³⁰.

On peut s'interroger d'ailleurs sur la sanction éventuelle de l'inertie dans laquelle se complairait la partie sollicitée. Il est douteux qu'une absence de réponse puisse justifier une radiation pour défaut de diligence (au sens de l'art. 381 NCPC)³¹. Plus douteux encore qu'elle puisse fonder le rejet de la prétention. L'on en reviendrait à tirer les conséquences d'un « risque de la preuve » qui, en la matière, on vient de le rappeler, ne saurait jouer. L'obligation de déterminer le contenu de la règle éventuellement applicable repose sur le juge non sur la partie. L'interpellation à laquelle il est procédé, c'est celle que prévoit l'art. 13 du nouveau code³². « Inviter » n'est pas contraindre.

Il faut observer cependant qu'une décision au moins est allée au-delà de cette « invitation ». Il s'agit d'un arrêt de la Chambre sociale du 23 janvier 2003³³ qui, à propos de l'*Accord national du 23 fév. 1982 sur la durée du travail dans les industries métallurgiques*, dont l'extrait produit ne comportait pas la disposition pertinente, affirme que « La cour appel aurait dû rechercher par elle-même le texte de l'article décisif, en mettant au besoin les parties *en demeure* de le produire ». De l'« invitation » à la « mise en demeure » il y a plus qu'une nuance. S'agit-il d'un tournant dans la jurisprudence ? Ou d'un cas d'espèce, dont il resterait à dégager la raison. Celle-ci pourrait être liée à la nature et à la portée de l'instrument applicable. Toutes les conventions, tous les accords, ne sont pas d'un accès également aisé. Le réalisme est peut-être source de différenciation. C'est une idée que l'on retrouvera dans un instant.

b) La précision requise de l'invocation.

Reste à régler un dernier point : quel degré de précision l'invocation d'une convention collective non produite doit-elle atteindre pour que le juge soit tenu de se livrer à la recherche de celle-

²⁶ Soc. 3 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 76, p. 53 ; D. 1994, 588, note R. ENCINAS DE MUNAGORI

²⁷ Sur le double visage de la convention collective, à la fois acte normatif et contrat, v. notamment J. PELISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 22ème éd. 2004, n° 81 et 767.

²⁸ Préc.

²⁹ Soc. 8 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 160, p. 106 ; Soc. 14 oct. 1992, *Bull. civ. V*, n° 512.

³⁰ Soc. 3 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 76, p. 53 ; Soc. 5 oct. 1993 et 10 déc. 2002, préc.

³¹ A. PERDRIAU, note préc. JCP G, 2003.II.10065.

³² « Le juge peut inviter les parties à lui fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige »

ci ? A défaut de produire elle-même la convention collective qu'elle invoque, la partie doit-elle au moins l'identifier d'une manière ou d'une autre ?

La jurisprudence semble avoir été, il y a une vingtaine d'années, assez peu exigeante à ce propos. Ainsi, alors qu'à l'appui d'une demande d'indemnité de licenciement, le salarié se prévalait d'une convention collective dont il se bornait à indiquer sans autre précision le millésime (1966), la Chambre sociale affirmait-elle, dans un arrêt du 3 mars 1988³⁴, qu'il incombait au juge du fond de rechercher, au regard de l'activité principale de l'employeur, quelle était la convention collective susceptible de régir les rapports des parties. Avant de s'enquérir de la teneur de la convention, le juge devait commencer par identifier celle-ci.

Ce libéralisme n'est plus d'actualité. Depuis les années 90, la jurisprudence est, semble-t-il, beaucoup plus exigeante à l'égard du justiciable. La formule qui revient de façon récurrente est la suivante : « Lorsqu'une partie invoque une *convention collective précise*, il incombe au juge de se la procurer par tous moyens ... »³⁵. Une « invocation précise » semble donc nécessaire pour déclencher l'obligation de recherche qui s'impose au juge. Sans doute faut-il entendre que la convention invoquée doit être, par celui qui l'invoque, identifiée à la fois par son appellation et par sa date d'une manière qui ne prête à aucune hésitation³⁶.

La convention ou l'accord collectif dont la teneur est à la disposition du juge, soit parce que la partie qui l'invoque l'a jointe à ses pièces, soit parce que le juge, alerté par cette partie, se l'est procurée par ses propres moyens, contient comme l'indique incidemment un arrêt de la Chambre sociale du 5 octobre 1993, « la règle de droit "éventuellement" applicable au litige ». Il reste à vérifier qu'elle l'est effectivement.

2°) Vérification de l'applicabilité de la convention

Réapparaît, sous cet angle également la distinction qui doit être faite entre la charge de la preuve qui pèse sur les parties, et l'office qu'il incombe au juge d'assumer. Comme la Chambre sociale le répète à satiété, ce n'est pas au salarié de rapporter la preuve de la soumission de son contrat ou de sa prétention à la convention collective qu'il invoque. Le juge ne peut donc se borner à assister passivement à la démonstration qu'il entreprend et constater que cette démonstration n'est pas concluante, que la preuve n'est pas rapportée de l'applicabilité de cette convention³⁷. C'est au juge qu'il incombe de rechercher si « eu égard à l'activité principale de l'entreprise, celle-ci entrait dans le champ d'application de la convention dont se prévalait le salarié à l'appui de sa demande ».

³³ JCP 2003.II.10065, note PERDRIAU, préc.

³⁴ Préc.

³⁵ Soc. 3 mars et 5 oct. 1993, 10 déc. 2002, préc.

³⁶ PERDRIAU, note préc. ; R. ENCINAS DE MUNAGORI, note préc., D. 1994, 588

³⁷ Soc. 11 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 384.

Il y a là une simple application du droit commun judiciaire. Lorsqu'une règle de droit est invoquée, il relève de l'office du juge, tenu de trancher le litige selon la règle de droit qui lui est applicable, de vérifier que sont ou ne sont pas réunies les conditions de son application, en s'appuyant pour effectuer cette vérification, et sur la connaissance qu'il a (ou qu'il doit avoir) de la règle de droit, et sur l'ensemble des faits qui se trouvent dans le débat.

Toutes les situations qui viennent d'être envisagées avaient ceci de commun que l'un des parties, le salarié demandeur le plus souvent, avait invoqué le bénéfice d'une convention collective. C'est une toute autre question que de savoir, - et c'est le second volet de mon propos - si, dans le silence de l'une et l'autre partie, en l'absence autrement dit, de toute invocation de ce type, le juge peut, ou doit, à la suite d'une vérification dont il prendrait l'initiative, relever d'office l'applicabilité à l'espèce d'une convention ou d'un accord collectif.

b) En l'absence d'invocation d'une convention collective

La doctrine est divisée - c'est assez banal. La jurisprudence n'est pas d'une grande netteté, mais elle révèle un assez fort penchant pour le refus au juge de tout pouvoir d'initiative.

1°) Doctrine

Trois thèses sont en présence : selon l'auteur consulté, le juge *doit*, *il peut*, ou *il ne peut pas* relever d'office l'applicabilité au litige d'une convention collective.

a) La thèse de l'obligation

C'est celle que défendent MM. PELISSIER, SUPLOT, JEAMMAUD³⁸ : la convention collective, rappellent-ils, est un acte normatif auquel l'Etat réserve un traitement assez proche de celui de ses propres normes : l'inspecteur du travail doit veiller à son application aussi bien qu'à celle du code du travail³⁹ ; les dispositions de cette convention constituant, le cas échéant, les « règles de droit applicables au litige » au sens de l'art. 12 du Nouveau code de procédure civile, elles doivent être recherchées par le juge comme « règles de droit applicables » au même titre que la loi. Même si le salarié ne fonde pas sa réclamation en justice sur une convention collective déterminée, le juge doit rechercher s'il y a une convention collective applicable, et, le cas échéant, en déterminer le contenu⁴⁰. (n° 767)

³⁸ J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, préc., n°s 81 et 767.

³⁹ C. trav. art. L. 611-1.

⁴⁰ *Op. cit.*, n° 767.

Un point de vue identique est soutenu par Philippe BLONDEL⁴¹ : pourquoi, observe l'auteur, limiterait-on l'obligation qui pèse sur le juge de rechercher la teneur et l'incidence d'une convention collective à la seule hypothèse dans laquelle son application est expressément revendiquée ? Il doit appliquer au litige les règles adéquates, encore que ces règles ne soient pas invoquées.

b) La thèse de la faculté

M. Rafael ENCINAS DE MUNAGORI estime, dans une note sous les arrêts des 3 mars et 5 octobre 1993⁴², que, « sans pour autant exiger du juge qu'il effectue une telle recherche, il serait plus conforme à l'art. 12 de dire qu'il est à même de l'effectuer ». La convention collective énonce une règle de droit. Le juge peut rechercher d'office son existence et son contenu, sans y être obligé.

c) La thèse de l'interdit

C'est celle que retient, pour sa part, le Conseiller-Doyen PERDRIAU⁴³. Selon l'éminent observateur des choses de la Cour de cassation, à la différence de ce qui s'impose à propos des règles issues des lois et décrets, le juge n'a pas à rechercher d'office si les plaideurs sont en droit de se prévaloir d'une convention et, dans l'affirmative, à déterminer laquelle. C'est aux parties qu'il convient, s'il y a lieu de le renseigner à ce sujet.

Cette opinion est sans doute la plus proche de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. C'est sans doute ce qui, implicitement, lui tient lieu de justification.

2°) La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation

A diverses reprises, la Chambre sociale a très nettement souligné la différence qu'il y avait lieu de faire entre les cas dans lesquels une partie invoque une convention collective et ceux dans lesquels elle ne le fait pas.

La motivation de principe que l'on trouve par exemple en deux arrêts de la Chambre sociale des 5 octobre 1993 et 17 juillet 2001⁴⁴, est la suivante : « *S'il n'appartient pas au juge de rechercher d'office la convention collective applicable à la cause, il n'en va pas de même lorsqu'une partie invoque une convention collective précise...* ». C'est évidemment le premier membre de phrase qui nous

⁴¹ Ph. BLONDEL, « Le juge et le droit », préc. spéc. p. 113.

⁴² Note sous Soc. 5 oct. et 3 mars 1993, D. 1994, 588, spéc. p. 591-592.

⁴³ JCP 2003.II.10065 préc.

intéresse ici. « *Il n'appartient pas au juge ...* » L'affirmation est d'autant plus significative qu'elle constitue un *obiter dictum* : la question du relevé d'office ne se posait pas dans ces espèces. Tout se passe comme si la Cour de cassation avait voulu saisir l'occasion de préciser un point de droit dont on mesure sans peine toute l'intérêt.

Il faut relever cependant que la même Chambre sociale a retenu le parti inverse dans un arrêt du 20 févr. 1996⁴⁵. En l'espèce, la Cour d'appel avait calculé l'indemnité de licenciement d'un salarié sur le salaire moyens des trois derniers mois, comme le prévoyait l'art. R. 122-2 du Code du travail et écarté la prétention de l'intéressé à la voir calculée sur le salaire des 12 derniers mois. Elle en avait donné pour motif que ledit intéressé n'avait pas précisé le fondement juridique de sa demande. Ce qui lui vaut de voir censurée sa décision. Selon la Chambre sociale, en effet, « *tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit applicable et de rechercher lui-même la règle de droit applicable, le juge aurait dû rechercher si l'art. 5 de l'Accord interprofessionnel du 10 décembre 1977, annexé à la Loi du 19 janv. 1978 sur la mensualisation, était applicable au salarié* ».

Quelle explication retenir de cette exigence ? On pourrait, dans une approche minimaliste, y déceler une application de la théorie des demandes implicites. Aussi bien le calcul selon les douze derniers mois, requis sans plus d'explication était l'un de ceux que prévoyait, pour certaines situations, l'article 5 de l'Accord interprofessionnel. Cela manquerait de pertinence. L'arrêt est motivé en termes généraux et ne laisse aucune prise à une telle interprétation réductrice. Sans doute faut-il rechercher du côté de la nature particulière de l'Accord national interprofessionnel qui, comme tout accord de ce type a pour fonction de préparer ou d'accompagner des réformes législatives importantes. Accord qui se trouvait de surcroît annexé à la loi et dont le texte, d'ailleurs, est reproduit à la suite de celle-ci dans le Code du travail⁴⁶.

Il ne s'agit de toute façon pas d'un revirement de jurisprudence : cet arrêt du 20 février 1996 vient s'intercaler entre ceux du 5 octobre 1993 et du 17 juillet 2001, aux termes desquels on l'a vu plus haut, « *il n'appartient pas au juge de rechercher d'office la convention collective applicable à la cause* ».

Resterait à déterminer la raison pour laquelle le pouvoir de relever d'office est, à titre de principe, écarté. Sans doute l'interdit a-t-il une justification pragmatique. Autant les parties, le salarié notamment, sont mieux placées que quiconque pour savoir si leur contrat relève d'une convention collective, autant le nombre et la diversité de ces conventions constitueraient un véritable défi pour le juge du travail. Sauf cas exceptionnel, tel celui des accords interprofessionnels nationaux, dont

⁴⁴ Soc. 5 oct. 1993, *Bull. civ. V*, n° 224, D. 1994, J. 588, note R. ENCINAS DE MUNAGORI ; Soc. 17 juill. 2001, *TPS* 2001, comm. 396, *Juris-Data* n° 2001-011003.

⁴⁵ Soc. 20 février 1996, *Bull. civ. V*, n° 60 p. 42.

⁴⁶ Rapp. Soc. 4 avr. 1979, *Bull. civ. V*, n° 322, *JCP* 1979.IV.2003.

l'applicabilité ne doit pas échapper aux juges spécialisés. On retrouverait ici l'une des raisons autrefois donnée de l'absence d'obligation de relever d'office l'applicabilité au litige de la loi étrangère.

Si telle est l'explication, ou au moins l'une des explications de la dérogation apportée à l'article 12 alinéa 1er du Nouveau code, c'est pour une toute autre raison que la requalification du contrat de travail échappe, dans certains cas, au pouvoir d'initiative du juge.

B. – L'office du juge en matière de qualification et de requalification

Selon l'art. 12 al. 2, dont il faut, une fois encore, rappeler la teneur, « (le juge) *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». La question, en droit du travail, se dédouble. L'office du juge y obéit d'abord au droit commun procédural. Le juge du travail a un pouvoir ordinaire de qualification, le même que tout autre juge de l'ordre judiciaire. Il est naturel de commencer par là. (A). La singularité de cette discipline tient au régime particulier auquel est soumise la requalification-sanction du contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminée, requalification qui échappe, précisément, à la règle de principe que pose l'art. 12 al. 2. Lui sera consacrée l'attention qu'elle mérite dans un second temps (B).

a – Qualification ou requalification ordinaire des faits et des actes

1°) Qualification des faits

Le juge use de cet aspect de son office lorsque les circonstances le conduisent à rechercher si tels faits sont justiciables de la qualification de harcèlement, si d'autres sont constitutifs d'une discrimination.

2°) En matière de licenciement

Il incombe au juge de donner à la rupture du contrat sa véritable qualification juridique et de la lui donner au besoin d'office, de dire si il s'agit d'un licenciement ou d'une démission⁴⁷, d'un licenciement pour cause personnelle ou d'un licenciement économique⁴⁸, d'un licenciement individuel ou d'un licenciement collectif. De même lui revient-il, le cas échéant, de donner ou de restituer aux causes du licenciement leur exacte qualification, de dire si les faits établis sont constitutifs d'une cause réelle et sérieuse, d'une faute lourde ou d'une faute grave.

⁴⁷ Soc. 24 mars 2004, CSBP 2003, n° 161.S.246 obs. F.J. PANSIER : « *En vertu de l'article 12 NCPC, lorsque l'employeur et le salarié sont d'accord pour admettre que le contact de travail a été rompu, chacune des parties imputant à l'autre la responsabilité de cette rupture, il incombe au juge de trancher le litige en décidant quelle est la partie qui a rompu* ».

⁴⁸ Soc. 13 juin 1979, JCP G, 1979.IV.271 : licenciement requalifié d'office d'exclusion temporaire avec perte de salaires ; Soc. 5 oct. 1983, *Bull. civ.* V, n° 471, JCP G, 1983.IV.334 : licenciement individuel requalifié en licenciement économique ; Paris, 11 avr. 2002, CSBP 2002, n° 142, A, 35, obs. F.-J. PANSIER.

3°) En matière de contrat

Autre application classique du droit commun, celle qui a trait à la qualification du contrat : il s'agit par exemple de savoir ce qui se trouve exactement sous l'étiquette de mandat⁴⁹, de société⁵⁰ ou d'entreprise, que les parties ont collée sur leur accord⁵¹, ou ce que recouvrent les « stages » offerts aux diplômés en quête d'emploi⁵². Comme le souligne la Chambre sociale du 17 avril 1991⁵³ « *L'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ». « *La seule volonté des intéressés, observait quelques années plus tôt, un arrêt de la même Chambre du 18 mai 1988⁵⁴, ne saurait permettre que le travailleur échappe au statut social issu de l'accomplissement de sa tâche* ». En conséquence, il appartient au juge de restituer aux contrats litigieux leur véritable qualification. Il doit le faire au besoin d'office.

Il se peut encore que la nature exacte du contrat de travail soit indécise, que l'agencement de clauses peu compatibles entre elles rende incertain le point de savoir si l'on est en présence d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée. Lorsque le contrat ne peut se réclamer de façon certaine ni de l'une ni de l'autre appellation, le juge doit, au besoin de son propre mouvement, donner à ce contrat l'exacte qualification qui lui revient⁵⁵. S'il ne le fait pas d'office, la demande tendant à obtenir que cette précision soit apportée peut d'ailleurs lui être présentée indifféremment par l'employeur ou par le salarié.

De ce phénomène de qualification, somme toute assez banal, le contentieux du travail, et c'est l'une de ses spécificités, veut que l'on distingue ce que la pratique appelle la requalification-sanction.

b. – La requalification sanction

1°) Domaine

On suppose ici que les parties ont conclu un véritable contrat à durée déterminée, soit explicitement, soit de façon plus embrouillée, mais que le juge, comme on vient de le voir, a été amené à

⁴⁹ Soc. 17 juin 1982, *Bull. civ. V*, n° 403, p. 299.

⁵⁰ Soc. 14 nov. 1984, *Bull. civ. V* n° 428, p. 319 ; Soc. 17 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 200, p. 122.

⁵¹ Ph. WAQUET, « Les pouvoirs de requalification du juge », *Dr. ouvrier*, 1997, p. 122

⁵² Soc., 15 nov. 1990, *Bull. civ. V*, n° 561, p. 339 ; Soc. 27 oct. 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 960 ; Soc. 19 janv. 1995, *Bull. civ. V*, n° 313, p. 194.

⁵³ *Bull. civ. V*, n° 200, *Dr. soc.* 1991, 516. V. également Soc., 5 mars 1981, *Bull. civ. V*, n° 196, p. 148.

⁵⁴ Soc. 19 mai 1988, *TPS*, 1998, Comm. n° 168.

⁵⁵ Soc. 22 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 30, p. 18 ; Soc. 22 juin 1993, *D.* 1993, 592, note Cl. ROY-LOUSTAUNAU ; Soc. 19 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 267 p. 203, *D.* 1998.IR.166 ; Soc. 30 oct. 2002, motifs, *Bull. civ. V*, n° 332, *Procédures* 2003, comm. n° 38, note R. PERRON, *D.* 2002.IR.3124 ; Soc. 27 nov. 2002, CSBP 2003, n° 147, S, 57, obs. C. CHARBONNEAU. V. PELISSIER, SUPLOT et JEAMMAUD, *Droit du travail*, préc., n° 290 ; N. TRASSOUDAIN-VERGER, « Le contrôle de la Chambre sociale sur les contrats à durée déterminée », in *Rapport de la Cour de cassation*, 1997, Documentation française 1998, p. 145-163, spéc. p. 146 ; Ph. WAQUET, « Les pouvoirs de requalification du juge », préc. ; Cl. ROY-LOUSTAUNAU, « Contrat à durée déterminée : requalification sanction et qualification : Soc. 30 oct. 2002 », *Dr. soc.* 2003, 465, spéc. n° 1 et 16 s.

lui reconnaître sa véritable nature. On doit supposer également que ce contrat à durée déterminée a été conclu au mépris des exigences légales. Il est irrégulier en la forme : c'est un contrat verbal, (alors que le contrat à durée déterminée doit être établi par écrit)⁵⁶, ou bien l'écrit ne comporte pas la définition précise de son motif⁵⁷. Le contrat peut encore être entaché d'une irrégularité de fond : il a été conclu en dehors des cas dans lesquels le recours au contrat à durée déterminée est limitativement admis (art. L. 122-1-1)⁵⁸, pour une durée excédant le plafond légal (art. L. 122-1-2)⁵⁹ ou au mépris d'une interdiction légale (art. L. 122-3)⁶⁰

2°) La sanction

Ces irrégularités donnent lieu à une sanction radicale : selon l'art. L. 122-3-13 al. 1^{er}, le contrat « est réputé à durée indéterminée ». La requalification est ici imposée par la loi, et elle l'est à titre de sanction. Elle échappe à l'appréciation du juge. Celui-ci ne peut que la constater.⁶¹ :

La rigueur de la sanction s'explique aisément. Le contrat à durée indéterminée doit être la règle, le contrat à durée déterminée, parce qu'il est source de précarité, doit rester exceptionnel. Il ne peut être utilisé que dans les cas et dans les limites spécialement autorisés par la loi.

La législateur a été persuadé en édictant cette sanction que la requalification serait toujours une bonne opération pour le salarié. Le retour de l'exception au principe, rompant avec la situation de précarité dans laquelle il se trouvait, ne pouvait, pensait-on, que l'avantager. En pratique, cependant, il est apparu que la question d'une éventuelle requalification-sanction se posait presque systématiquement après cessation des relations contractuelles : après que le salarié ait vu rompre avant terme son contrat à durée déterminée⁶², après que ce contrat soit arrivé à son terme et n'ait pas été renouvelé⁶³, ou à la suite d'une rupture postérieure à la prolongation de fait de son contrat⁶⁴.

Dans certains cas, l'intérêt du salarié peut être assurément de faire constater la requalification en contrat à durée indéterminée. Ainsi lorsque le contrat était allé jusqu'à son terme ou n'était pas éloigné de celui-ci et que l'intéressé avait déjà une certaine ancienneté dans son emploi. Il pouvait alors

⁵⁶ C. trav. art. L. 122-3-1

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ C. trav. art. L. 122-1-1 : remplacement d'un salarié, accroissement temporaire d'activité, contrats saisonniers dont il est d'usage constant qu'ils ne soient pas conclus sous forme de contrats à durée indéterminée.

⁵⁹ C. trav., art. L. 122-1-2 : dix huit mois, en principe.

⁶⁰ C. trav., art. L. 122-3 : pour remplacer, par exemple, un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif du travail.

⁶¹ La demande de requalification est d'ailleurs soumise à un régime procédural accéléré et simplifié : l'affaire est directement portée devant le bureau de jugement ; la décision du premier juge est exécutoire de droit à titre provisoire. Le juge doit, s'il fait droit à la demande, condamner l'employeur à une indemnité spéciale, dite de « requalification », qui ne peut être inférieure à un mois de salaire. V. sur ces différents points, C. trav., art. L. 122-3-13 al. 2.

⁶² C. trav., art. L. 122-3-8.

⁶³ C. trav., art. L. 122-3-4.

⁶⁴ C. trav., art. L. 122-3-10.

prétendre à une indemnité légale ou conventionnelle de licenciement non négligeable et, le cas échéant, à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais son intérêt pourrait être, dans d'autres circonstances, de se prévaloir du caractère originaire (quoiqu'irrégulier) de son contrat et de se prévaloir du droit du contrat à durée déterminée. Ainsi en pourrait-il aller en cas de rupture anticipée hors faute grave ou force majeure⁶⁵ et alors qu'il restait encore une assez longue période à courir. Le salarié cumulerait alors l'indemnité de rupture anticipée de l'art. L. 122-3-8⁶⁶ et l'indemnité de précarité de l'art. L. 122-3-4⁶⁷. En dehors même de ce cas, l'indemnité de précarité et l'indemnité de requalification de L. 122-3-13 *in fine*, pourraient s'avérer supérieures à ce que l'intéressé tirerait d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse.

3°) *L'initiative de la requalification*

Voilà qui explique et justifie que, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, la requalification-sanction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée soit laissée à l'initiative exclusive du salarié. La raison, explicitement donnée dès un arrêt du 16 juillet 1987⁶⁸, est que « *Les dispositions des art. L. 122-1 et s. du Code du travail relatives au CDD ont été édictées dans un souci de protection du salarié, qui peut seul se prévaloir de cette disposition* ». Formule constamment reprise depuis⁶⁹, et qui pourrait déjà trouver assise dans la lettre de l'article L. 122-3-13. Celui-ci, à propos de *l'indemnité de requalification*, utilise incidemment l'expression « *si le tribunal fait droit à la demande du salarié* », ce qui donne à penser que le législateur lui-même conçoit que la requalification-sanction doit, pour être prononcée, avoir été demandée par son principal intéressé. Le monopole reconnu à ce dernier, correspond surtout à l'esprit de l'ordre public de protection qui imprègne la matière, et dont on trouve également d'éclatantes illustrations en droit de la consommation⁷⁰.

1°) **Première conséquence** de ce monopole, la requalification ne peut être demandée par *l'employeur*. C'est précisément pour écarter celui-ci que le droit exclusif du salarié a d'abord été affirmé⁷¹. Il ne conviendrait pas de laisser l'employeur tirer avantage d'irrégularités qui lui sont imputables.

2°) **Deuxième conséquence**, qui touche plus directement notre propos, la requalification ne peut non plus être constatée d'office par le *juge*. La jurisprudence est très ferme sur ce point⁷². Il est donc dérogé en ce cas à la

⁶⁵ C. trav., art. L. 122-3-8.

⁶⁶ Les dommages-intérêts ne pouvant être inférieurs aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat.

⁶⁷ Egale à 10 % au moins de la rémunération totale brute

⁶⁸ Soc. 16 juill. 1987, *Bull. civ. V*, n° 481, p. 306, D. 1988, somm. comm. 97, obs. J.-M. BERAUD, *Dr. soc.* 1989, 366, note G. POULAIN

⁶⁹ V. par exemple, Soc. 5 janv. 1995, *RPDS*, 1995, 221 ; 7 mai 1996, RJS 6/96, n° 658, p. 421 ; 20 juill. 2002, D. 2002, somm. comm. 3112, obs. J.-M. LATTES, *Dr. soc.* 2003, 328, note Cl. ROY-LOUTAUNAU ; 30 oct. 2002, *Bull. civ. V*, n° 332, *Procédures*, 2003, Comm. n° 38, note R. PERROT, D. 2002.IR.3124 ; 19 févr. 2003, *Ann. Seine*, 10 juill. 2003, n° 44, p. 15.

⁷⁰ V. notamment X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », JCP G 2001.I.312, p. 745-751. La même préoccupation apparaît dans la règle on ne peut plus classique que la nullité relative d'un acte ne peut jamais être invoquée que par celui-là seul que cette sanction est destinée à protéger. V. par ex. Com. 3 mai 1995, *Bull. civ. IV*, n° 128, D. 1997.J.124, note F. EUDIER ; Civ. 1, 15 févr. 2000, *Bull. civ. I*, n° 49.

⁷¹ Soc. 16 juill. 1987, préc. ; Soc. 29 nov. 1989, RJS 1990, n° 94 ; Soc. 16 janv. 1991, *Bull. civ. V*, n° 16 p. 9 ; Soc. 13 févr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 418, note J. SAVATIER ; Soc. 17 janv. 1996, RJS 3/96, n° 252 ; Soc. 30 janv. 1996, *Gaz. Pal.*, 26 sept. 1996, somm. ann. obs. A. PERDRIAU ; Soc. 6 déc. 2001, *Gaz. Pal.* 10 oct. 2002, somm. ann. obs. A. PERDRIAU ; Soc. 19 févr. 2003.

règle de principe que pose l'article 12 al. 2. A peine peut-on déceler un tempérament à cette exclusive dans la faculté laissée au juge du fond de diagnostiquer une demande implicite de requalification sous la prétention du salarié qui, sans s'expliquer sur le fondement de cette dernière, sollicite une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse⁷³.

Conséquence subtile de l'interdit qui frappe le juge, se peut que, dans un premier temps, et constatation faite de la « nature indéterminée du contrat », le juge ait d'office conféré à celui-ci la qualification qu'il estimait lui convenir et l'ait déclaré être un CDD. Pour peu que ce CDD s'avère infecté d'une irrégularité de forme ou de fond (conclu, par exemple, pour une durée excessive), le juge ne peut aller plus loin et constater d'office la requalification en contrat à durée indéterminée. Il n'y a que le salarié qui puisse se prévaloir de cette irrégularité et en demander la sanction, autrement dit la requalification du contrat.

Il y lieu d'observer, d'autre part, que les juridictions du fond, en ce compris les chambres sociales des cours d'appel, n'acceptent pas toujours aisément d'être privées de leur fonction de qualification. La plupart des arrêts connus de la Chambre sociale sont des arrêts de cassation⁷⁴. La Cour d'appel d'Agen, par exemple, estime, dans un arrêt 28 nov. 2000⁷⁵, que si la requalification ne peut être réclamée que par le salarié, la durée en l'espèce convenue (cinq ans) excédait de manière manifeste et déraisonnable la limitation de 18 mois édictée par le Code du travail et qu'il revenait alors au juge de rétablir la véritable nature de la convention, par application de l'article 12 du Nouveau code.

3°) **Troisième conséquence**, enfin, si l'employeur et le juge lui-même étaient interdits d'initiative en matière de requalification, les AGS ont, jusqu'à une époque récente, bénéficié d'un sort particulier. La Cour de cassation, dérogeant ainsi au monopole pourtant reconnu au salarié, avait, dans un premier temps, considéré que, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'employeur, L'AGS bénéficiait d'un « droit propre » l'autorisant à demander elle-même la requalification là où le salarié s'abstenait de le faire⁷⁶. Cela lui permettait, le cas échéant, d'alléger le poids des indemnités qu'elle devait verser au salarié pour couvrir la défaillance de l'employeur. Mais cela se retournait évidemment contre l'intérêt du bénéficiaire, lequel devait subir les conséquences d'un choix qu'il s'était bien abstenu de faire lui-même.

La Cour de cassation est partiellement revenue sur ce régime dérogatoire. Depuis un arrêt de la Chambre sociale du 2 décembre 2002⁷⁷, elle pose en principe que « L'AGS n'est pas recevable à demander la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, « sauf

⁷² Soc. 5 janv. 1995, 7 mai 1996, Soc. 30 oct. 2002, préc. ; Soc. 28 févr. 2001, Soc. *Safari*, pourvoi n° 99-41.144 ; Soc. 25 févr. 2004 *M.-Th. Nicolas*, pourvoi n° 02-41.606

⁷³ Soc. 19 janv. 1999, *Dr. soc.* 1999, 401, note J. SAVATIER. Le juge a obligation en pareil cas d'allouer, d'office, l'indemnité de requalification prévue par l'art. L. 122-3-13 al. 2.

⁷⁴ V. par ex. Soc. 5 janv. 1995, 7 mai 1996, 30 oct. 2002, 25 févr. 2004, préc.

⁷⁵ *Juris-Data* n° 2000-143501

⁷⁶ Soc. 1^{er} déc. 1993, *RJS* 1/94, comm. n° 8 p. 28 ; Soc. 1^{er} mars 1994, D. 1994.577, note Cl. ROY-LOUTAUNAU ; Soc. 15 avr. 1995, *Bull. civ. V*, n° 130, p. 94, D. 1995, 461, note Cl. ROY-LOUTAUNAU, *Dr. soc.* 1995, 601, note BLAISE ; Soc. 15 juin 1999, *RJS* 1999, n° 1028

⁷⁷ Soc. 4 déc. 2002, *Bull. civ. V*, n° 367, p. 362, JCP 2003.I.156, obs. Fl. BOUSEY, *Dr. soc.* 2003, 297, avis P. LYON-CAEN ; Soc. 11 déc. 2002, *RJS* 2003, n° 161, p. 117 ; Soc. 7 avr. 2004, *Bull. civ. V*, n° 106, *RJS* 2004, n° 659, p. 460.