

# Pour une meilleure pratique de la règle de l'unicité de l'instance prud'homale

(en attendant la juridiction sociale du XXI<sup>e</sup> siècle)

par Marianne KELLER LYON-CAEN,  
Maître de conférences honoraire à l'Université de Paris-I Panthéon-Sorbonne

à M.C. et S.H.

## PLAN

### Préliminaire

Enjeu de fond du droit de la règle d'unicité d'instance à travers trois arrêts (n<sup>os</sup> 2 et 3) ..... 516

### I. La règle de l'unicité d'instance en droit positif (n<sup>os</sup> 4 à 11) ..... 517

#### A. L'énoncé de la règle dans les textes du code du travail et leur interprétation favorable au droit d'action (n<sup>os</sup> 4 à 7)..... 518

- 1<sup>o</sup> La règle (article R. 1452-6 al.1) (n<sup>o</sup>5)..... 518
- 2<sup>o</sup> L'exception à la règle (article R. 1452-6, al. 2) (n<sup>o</sup>6)..... 518
- a) L'exclusion de la règle lorsque le fondement de la prétention est né après la saisine du Conseil de prud'hommes .... 518
- b) L'exclusion de la règle lorsque le fondement de la prétention est révélé après la saisine du Conseil de prud'hommes ..... 519
- 3<sup>o</sup> L'assouplissement de la règle (article R. 1452-7) (n<sup>o</sup> 7) ..... 519

#### B. La déformation des textes par la jurisprudence (n<sup>os</sup> 8 à 10) ..... 520

- 1<sup>o</sup> L'interprétation de l'article R. 1452-6, al. 2 (n<sup>o</sup>8) ..... 520
- 2<sup>o</sup> L'interprétation de l'article R. 1452-7 (n<sup>o</sup>9) ..... 521

### II. Arrêt sur image des décisions de 2012 et 2014 (n<sup>os</sup> 12 à 23) ..... 523

#### A. L'exclusion de la règle dans le litige international du travail (n<sup>os</sup> 12 à 16) ..... 523

- 1<sup>o</sup> L'inopposabilité de principe de la règle en cas d'action introduite devant une juridiction étrangère (n<sup>o</sup> 13) ..... 523
- 2<sup>o</sup> L'absence d'effet en l'espèce, du jugement espagnol sur le procès prud'homal (n<sup>os</sup> 14 à 16) ..... 524

#### B. Les reculs des arrêts des 15 et 21 janvier 2014 (n<sup>os</sup> 17 à 24) ..... 526

- 1<sup>o</sup> Suspension de l'instance en appel et unicité (n<sup>o</sup>17 à 21) ..... 526
- 2<sup>o</sup> « Délit continu » de discrimination et unicité (n<sup>os</sup> 22 à 23) ..... 529

### III. Le devenir de la règle d'unicité prud'homale, suppression ou aménagement ? (n<sup>os</sup> 24 à 43) .. 530

#### A. Les avantages et les désavantages comparés de l'unicité et du droit commun (n<sup>os</sup> 25 à 28) ..... 530

- 1<sup>o</sup> L'unicité (n<sup>o</sup> 26) ..... 531
- 2<sup>o</sup> Le droit commun (n<sup>o</sup> 27) ..... 532
- 3<sup>o</sup> Proposition médiane (n<sup>o</sup> 28) ..... 533

#### B. Les acquis et les dernières difficultés du régime actuel de l'unicité (n<sup>os</sup> 29 à 43) ..... 534

- 1<sup>o</sup> Les écueils écartés (n<sup>os</sup> 29 à 37) ..... 534
- a) Unicité et règles de procédure (n<sup>os</sup> 29 à 34) ..... 534
- b) Unicité et règles substantielles particulières (n<sup>os</sup> 35 à 37) ..... 535
- 2<sup>o</sup> Les dernières incertitudes (n<sup>os</sup> 38 à 43) ..... 537
- a) Unicité et action personnel su salarié (n<sup>o</sup>38) ..... 537
- b) Unicité et actions syndicales en justice ..... 537
- action de substitution (n<sup>o</sup>39)
  - action dans l'intérêt collectif devant le TGI (n<sup>o</sup>40)
  - intervention dans l'intérêt collectif en cause d'appel (n<sup>o</sup>41)
  - intervention dans l'intérêt collectif devant le CPH après désistement par le syndicat de son action de substitution d'abord engagée (n<sup>o</sup>42)

Pour conclure : proposition de dépassement (n<sup>os</sup> 43 et 45) ..... 540

1. Les propositions actuelles de réforme de la justice du travail portent essentiellement sur l'organisation institutionnelle de la juridiction du travail (1), ou de la juridiction sociale (2) (intégrant alors l'ensemble du contentieux du travail et de la protection sociale). L'objet de la réflexion qui suit concerne la procédure prud'homale et plus précisément une seule de ses règles, « l'unicité d'instance », règle spéciale propre à la juridiction paritaire, inconnue donc dans le règlement du litige du travail porté devant le TGI. Si le propos semble plus modeste, l'enjeu de fond du droit de l'unicité, règle héritée du 19<sup>e</sup> siècle aux origines discutées (3) et instrument, aujourd'hui, de gestion du flux judiciaire prud'homal, le rend en vérité primordial. Tous les praticiens du procès prud'homal ont rencontré un jour le risque de paralysie du droit d'agir – des salariés tout particulièrement – se heurtant à la fin de non-recevoir résultant du jeu de l'unicité d'instance. L'intérêt renouvelé de la doctrine (4) pour cette dernière, depuis une quinzaine d'années, est à la mesure des enjeux, pour les salariés et le patronat, de l'intervention du juge, devenue instrument privilégié de la garantie de l'effectivité du droit dans les rapports de travail.

Faut-il alors profiter de la volonté affichée de réforme de la justice du travail pour réformer la vieille règle ? Et comment ? En la supprimant ou en l'aménageant ?

Pour répondre le plus « sagement » possible à cette question de « politique judiciaire », il a semblé nécessaire d'emprunter une démarche en plusieurs temps, permettant une lecture fractionnée selon que l'intérêt du lecteur porte sur la connaissance du droit positif de la règle (I), des derniers arrêts

importants (II) ou la réflexion sur le devenir de la règle (III).

2. PRÉLIMINAIRE : enjeu de fond du droit de la règle d'unicité d'instance à travers trois arrêts.

Le rapprochement de trois arrêts, rendus à 25 mois d'intervalle par la Chambre sociale de la Cour de cassation, révèle qu'après plusieurs années d'amélioration jurisprudentielle de son régime juridique, la vieille règle de l'unicité de l'instance prud'homale – inconnue du droit commun – énoncée aujourd'hui aux articles R.1452-6 et R.1452-7 du Code du travail, continue à faire peser sur les justiciables (et particulièrement les plus démunis, non rompus à ses pièges) le risque de privation de leur droit d'action.

\* La première décision du 8 février 2012 (5) affirme, fort opportunément à une époque où détachement et expatriation de salariés se multiplient, que l'unicité d'instance ne peut être opposée devant le Conseil de prud'hommes « en raison d'une action précédemment intentée devant une juridiction étrangère ».

Peu commenté dans les Revues du travail (6) malgré son indéniable apport, l'arrêt me semble important à signaler, même tardivement, dans les colonnes du *Droit Ouvrier*. Il est, en effet, une pierre supplémentaire de la « civilisation » par la jurisprudence de la règle de l'unicité – norme nationale – qu'il lui faut concilier avec le garde-fou du droit d'action (7) que constitue « le droit au juge » de l'article 6-1 de la Convention EDH, – norme internationale supérieure –.

Cet espoir de progrès judiciaire continu semble, cependant, compromis par deux arrêts de la Cour de cassation des 15 et 21 janvier 2014.

(1) V. not. rapport du groupe de travail présidé par Didier Marshall, premier président de la Cour d'appel de Montpellier, « Les juridictions du 21<sup>e</sup> siècle », not. in *L'organisation judiciaire de première instance, Le rattachement fonctionnel au tribunal de première instance des juridictions prud'homales, commerciales et sociales*. V. également le rapport confié par la Garde des Sceaux à l'Institut des Hautes études sur la justice (IHEJ) sous la responsabilité d'Antoine Garapon (secrétaire général), sur « La prudence et l'autorité : L'office du juge au 21<sup>e</sup> siècle ». V. F. Guiomar, « Quelles réformes pour la justice sociale », RDT fév. 2014. 129.

(2) V. P. Joxe, *Soif de justice, Au secours des juridictions sociales*, Fayard, 2014 ; Yves Saint-Jours, « La perspective d'un ordre juridictionnel social », Dr. Ouvr. 1993. 167 ; auparavant, dès 1954, Pierre Laroque, « Contentieux social et juridiction sociale », Dr. soc. 1954. 271.

(3) Loi *Cordelet* du 27 mars 1907, V. Sénat, Docs plmt. 1906, Annexe n° 333 ; ses finalités ? Contrer les pratiques patronales d'évitement du CPH par le jeu des demandes, reconventionnelles et/ou celles salariales, d'évitement du recours patronal à l'appel par le fractionnement des demandes en dessous du ressort.

(4) Doctrine travailliste, v. not. les analyses de l'avocat général P. Lyon-Caen et de Mme M.L. Divialle, *infra* n. 10 ; pour la première étude processualiste, v. S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », in *Procès du travail, travail du procès*, LGDJ 2008,

dir. M. Keller, pp.359 et s., et, depuis, le remarquable travail de synthèse et de réflexion prospective que constitue la thèse de Mr Vincent Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, LGDJ, 2012, Biblio. de Droit social, tome 56.

(5) N° 10-27940, *Sté Alten c/ G.*, reproduit p. 541, analysé *infra* n°s 12 à 16.

(6) V. Gérard Ngoumtsa Anou, « Jugement étranger et unicité de l'instance », D. 2012. 1171.

(7) Il ne faut pas confondre droit d'action et droit au juge mais ce dernier est le garde-fou du premier (V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis PUF 2010, n° 78 p. 315 not.). Le droit au juge, c'est-à-dire le droit d'accès à un tribunal, est un droit fondamental consacré par trois sources supérieures de la hiérarchie des sources du droit. Par la Conv. EDH tout d'abord en son article 6 § 1 (CEDH, 21 fév. 1971, *Golder c/ R.U.*, série An n° 18, AFDI 1975, 330, n. Pelloux). Ce même droit, quoique sous des appellations différentes, est consacré en droit constitutionnel (Cons. const., déc. n° 96.373 DC, 9 avr. 1996, *Autonomie de la Polynésie française*, cons. 85, D. 1996, somm. 196, obs. Renoux), et par le droit de l'Union européenne (CJCE 15 mai 1986, *Margaret Johnston*, aff. C-222/ 84, Rec. P. 1651, pts 18 et 19 ; et, plus récemment, CJCE 1<sup>er</sup> avr. 2004, *Jégo-Quéré*, aff. C-263/02, p. 29, Procédures 2004, n° 160, obs. Nourissat).

\* L'arrêt du 21 janvier 2014 (8) déclare la règle de l'unicité applicable en cas de suspension de la première instance et ce, de façon critiquable à la fois au regard de la théorie de la suspension d'instance et de la jurisprudence antérieure.

\* L'arrêt du 15 janvier 2014 (9), en opposant la règle à une situation de discrimination continue, à l'encontre d'un salarié protégé, attire, une fois encore, l'attention sur la difficulté pour tous les salariés d'introduire des actions successives, malgré le texte de l'article R.1452-6 du Code du travail l'autorisant lorsque le fondement de la prétention est né ou révélé après la première saisine du Conseil de prud'hommes. L'unicité et la maîtrise insuffisante de sa technicité affectent le droit d'agir de tous les salariés en cours d'exécution de leur contrat. Renvoyant le balancier en arrière, ces deux arrêts doivent être analysés et remis en situation au regard de l'ensemble des développements du droit positif de l'unicité, caractérisés par l'oscillation permanente entre avancée et recul (10) selon que l'accent est mis sur la garantie du droit d'agir ou la rapidité et la sécurité du règlement du litige.

3. Cependant, malgré les dérives de l'unicité, critiquées depuis longtemps par la quasi-totalité

de la doctrine (11), la règle s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. Selon les espèces et la mise en œuvre, ou non, par le juge de son plein office, la règle a des effets contrastés. Elle apparaît le plus souvent comme un moyen de défense patronale, dans le maniement stratégique duquel les avocats du côté employeurs (12) sont devenus experts. Mais elle peut, à l'inverse, être parfois, entre les mains d'avocats la maîtrisant, être mise en œuvre en faveur de la défense salariale en garantissant une rapidité plus grande de la procédure dans les CPH et les cours d'appel engorgés. Si donc l'unicité ne devait pas être supprimée, quelle reconfiguration de cette disposition procédurale faut-il envisager pour garantir sa compatibilité avec le « droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue », principe supérieur de l'article 6.1 de la Convention EDH, plus impérieux encore dans les rapports de travail où, pour les salariés, le juge est le « dernier recours » face au privilège du préalable de l'employeur ? La question devrait nécessairement être reconsidérée si la création d'un nouvel ordre juridictionnel social, dont il est beaucoup question actuellement (13), devait voir le jour. Mais nous n'en sommes pas là. Amorçons la réflexion, comme nous l'avons annoncé, par l'analyse du droit positif actuel de la règle de l'unicité d'instance prud'homale.

## I. La règle de l'unicité d'instance en droit positif

4. L'énoncé, souvent elliptique, des articles R.1452-6 et R.1452-7 que le Code du travail consacre à la règle rend leur analyse exégétique indissociable de leur interprétation jurisprudentielle. Cette dernière est caractérisée par l'oscillation entre réduction du domaine de la règle et, au contraire, rigueur de son application. Pourquoi ? Règle de cantonnement du recours au juge depuis la loi Cordelet du 27 mars 1907 qui l'a introduite dans notre droit processuel prud'homal, l'unicité ne pouvait, au fil du temps, échapper à l'emprise du « modèle universel du procès équitable » qui marque l'évolution du droit

commun processuel français comme l'ensemble des droits européens. Le Code du travail, avec le décret du 12 septembre 1974, a, le premier, apporté les assouplissements lui garantissant une légalité contestée (14). La jurisprudence, ensuite, a confirmé le mouvement de réduction du champ de l'unicité. Mais cette avancée jurisprudentielle de garantie du droit d'action connaît encore des reculs, lorsque l'unicité d'instance redevient pour le juge un instrument privilégié de gestion du flux judiciaire en ces temps de paralysie de la justice du travail par l'encombrement des tribunaux.

(8) N° 12-28900, reproduit p. 543, analysé *infra* n°s 17 à 21.

(9) N° 12-23578, reproduit p. 544, analysé *infra* n°s 22 à 23.

(10) Dont deux hauts magistrats avaient fait la synthèse en 2003, puis en 2005. V. d'une part, l'avis de l'avocat général Pierre Lyon-Caen dans l'affaire *Beauseigneur*, Dr. Soc. 2004. 100 et, d'autre part, l'étude de Mme le conseiller référendaire Marie-Lucie Divialle in Dr. Soc. 2005. 288.

(11) V. not. Solus et Perrot, *Droit judiciaire privé*, T. 3, p. 458 ; J. Audinet in *Études de Droit du travail offertes à A. Brun*, pp. 23 et s. ; Y. Desdevises, Dr. Soc. 1986.143 et « Particularisme de la procédure prud'homale », *Justices* n° 8, oct.-déc. 1997.29 ; A. Supiot, *Les Juridictions du travail*, T. 9 du *Traité de droit du travail* sous la direction de G-H. Camerlynck, n° 670, p. 24. Pour l'analyse de magistrats, v. J. Buffet, « La nouvelle procédure prud'homale »,

Dr. Soc. 1975.521 ; R. Leroux-Cocheril et R. Pautrat, *Les nouveaux conseils de prud'hommes*, n° 473, éd. Sirey, 1984. Et, pour une controverse plus récente, M. Pierchon et F. Guiomard, « Faut-il assouplir la règle de l'unicité de l'instance ? », RDT 2011.156.

(12) Ce dont témoigne l'importance du nombre d'arrêts relatifs à l'opposition de l'unicité aux salariés demandeurs, et qu'il serait intéressant de chiffrer.

(13) V. *supra* n. 1 et 2.

(14) V. M. le Commissaire du Gouvernement M. Gentot, « Le contrôle de la légalité de la réforme de la procédure prud'homale par le décret du 12 septembre 1974 », concl. sur CE 11 fév. 1977, Dr. Soc. 1978. 39. V. aussi J. Normand, « Action en justice ; juridiction ; organisation judiciaire et compétence », RTD civ. 1977. 807.

Pour la clarté de l'exposé, l'étude de la lettre des textes et de la limitation par la jurisprudence du champ de l'unicité, limitation favorable à la recevabilité de l'action des salariés, parce qu'ils sont majoritairement demandeurs devant le CPH, sera d'abord menée (15) (A). L'analyse s'attachera, dans un second temps, aux aspects contestables de l'interprétation jurisprudentielle lorsqu'elle aboutit à paralyser de façon disproportionnée le droit d'agir (B).

## A. L'énoncé de la règle dans les textes du code du travail et leur interprétation favorable au droit d'action

La règle d'unicité d'instance prud'homale est aujourd'hui énoncée aux articles R. 1452-6 et R. 1452-7 du Code du travail. Ces textes, après avoir énoncé la règle (1°), prévoient d'abord son exception (2°), puis son assouplissement (3°).

### 1°) La règle (article R. 1452-6 alinéa 1)

5. La règle est énoncée par l'article R. 1452-6, alinéa 1 du Code du travail, aux termes duquel « toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance ».

L'on comprend qu'à la différence de l'autorité de chose jugée, attachée au seul objet de la demande débattu lors d'un premier procès, la règle spéciale prud'homale est dépendante du contrat de travail. Ainsi, lorsqu'un premier procès relatif à un aspect litigieux d'un contrat de travail liant deux parties est clos par un jugement définitif, toute demande nouvelle relative à ce contrat pourra se voir opposer, en tout état de cause, par l'autre partie (mais non d'office par le juge (16), car elle n'est pas d'ordre public (17)), la fin de non-recevoir constituée par la règle de l'unicité (18). D'où sa particulière rigueur. La règle est opposable au demandeur comme au défendeur (19), mais la pratique montre qu'elle est essentiellement une « arme » patronale à l'encontre de l'action des salariés (20).

Ainsi, le salarié qui a agi en inobservation de la procédure de licenciement n'est pas recevable à introduire une nouvelle instance pour demander l'indemnisation de l'absence de cause réelle et sérieuse de

son licenciement (21). De même, le salarié qui a saisi d'abord le juge en requalification de son contrat précaire irrégulier ne peut introduire une nouvelle instance pour demander le paiement d'indemnités pouvant en découler (22). La règle s'impose, quel que soit le bien-fondé de la prétention ultérieure.

L'unicité d'instance porte donc en elle un risque de remise en cause du droit fondamental à l'effectivité du recours juridictionnel, qui a valeur constitutionnelle (23) et est consacré par le droit européen de l'article 6.1 de la Convention EDH (24). Ce risque est particulièrement dangereux pour des justiciables peu avertis (non ou mal assistés), puisque, à la différence du droit commun, la seule extinction de l'instance « éteint » le droit d'action (25). D'où le nécessaire tempérament apporté au cours des temps à sa rigueur.

### 2°) L'exception à la règle (article R. 1452-6 alinéa 2)

6. Après avoir affirmé la règle de l'unicité en son alinéa 1, l'article R.1452-6 l'écarte en son alinéa 2 en prévoyant deux cas d'exclusion exceptionnelle de la règle : « Cette règle n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du Conseil de prud'hommes ».

#### a) L'exclusion de la règle lorsque le fondement de la prétention est né après la saisine du Conseil de prud'hommes.

Un arrêt de cassation ancien avait admis, sur le fondement de l'exception, la recevabilité d'une demande « dont le fondement », à savoir l'applicabilité d'une convention de retraite et de prévoyance des cadres signifiée par l'AGIRC une trentaine d'années après le licenciement du salarié, était « né » après l'extinction de la première instance, qui avait eu pour objet la réparation du préjudice résultant du licenciement. La seconde demande du salarié portant sur le paiement d'une pension de retraite, instituée par la convention collective, est dès lors recevable (26). Cet arrêt a longtemps été seul cité dans les annotations des différentes éditions du Code du travail, la quasi-inexistence du contentieux en cours d'exécution du contrat de travail et la concentration des demandes à l'occasion du litige sur la rupture du contrat de travail expliquant la rareté pratique de l'utilisation de ce correctif légal.

(15) La règle, on le verra, est opposable aux demandeurs comme aux défendeurs.

(16) Cass. Soc. 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 311.

(17) Cass. Soc. 14 oct. 1987, Bull. civ. V, n° 562 ; D. 1987. IR 225.

(18) Cass. Soc. 23 avr. 1986, Bull. civ. V, n° 167.

(19) Pour l'exemple, toujours et seul cité : Cass. Soc. 20 mars 1990, Bull. civ., V, n° 128 – l'employeur qui n'a pas formé de demandes reconventionnelles sur la demande des salariés visant à l'annulation des sanctions disciplinaires n'est plus recevable à introduire, sur les mêmes faits, une nouvelle demande.

(20) Pour exemples les arrêts des 15 et 21 janvier 2014 étudiés in (II).

(21) Cass. Soc. 31 mars 1993, CSB 1993.175, A. 41.

(22) Cass. Soc. 22 fév. 2005, RJS 2005.390, n° 560.

(23) Cons. const. du 9 avr. 1996, Rec. p. 43.

(24) W. Baranès et M.A. Frison-Roche, D.1996. 301.

(25) Pour une critique de l'assimilation par la jurisprudence sociale de l'extinction de l'instance à l'extinction de l'action, contraire aux articles 389 et 398 du Code de procédure civile et à une interprétation téléologique de la règle spéciale qui oppose l'unicité au seul jugement au fond d'une demande, v. avis de l'avocat général Pierre Lyon-Caen, Dr. Soc. 2004.100 sur Cass. Soc. 12 nov. 2003, *Beauseigneur*.

(26) Cass. Soc. 29 oct. 1970, Bull. civ. V, n° 575.

Il a cependant une utilité qui devrait se vérifier notamment dans l'hypothèse, il faut l'espérer de plus en plus fréquente, d'une action introduite après la rupture du contrat de travail, alors que le salarié avait au préalable saisi le CPH d'une première action ayant pour objet les conditions de l'exécution du contrat avant sa rupture. Il a son utilité encore dans le contentieux de l'exécution d'un jugement. Ainsi la Cour de cassation affirme dans une espèce de 2004, (27) que la deuxième action d'une salariée aux fins d'obtenir l'attestation réclamée, ne se heurte pas à l'unicité, le refus de l'employeur de la remettre, - fondement de la deuxième demande - , étant postérieur au premier jugement rendu. Le correctif du deuxième alinéa de l'article R.1452-6 intervient enfin lorsque le litige porte sur le paiement de créances périodiques. L'unicité ne s'oppose pas à la demande dont l'exigibilité est postérieure à la clôture des débats de la première instance (28).

### b) L'exclusion de la règle lorsque le fondement de la prétention est révélé après la saisine du Conseil de prud'hommes.

Ce deuxième aspect de l'exception prévue par l'alinéa 2 du même article R.1452-6, est difficile à manier en raison de la distinction difficile entre fondement de la demande et moyen de fait (29). La découverte d'éléments de preuve qui auraient pu conduire au succès de la première prétention ne constituant pas le fondement d'une prétention nouvelle, l'unicité est opposable (30). Par contre, une telle découverte peut fonder une seconde action lorsque c'était le jugement qui révélait des faits nouveaux au demandeur (31), ou encore lorsque le salarié n'avait pu connaître l'étendue de ses droits que par un rapport d'expert exigé par le juge (32). Plus récemment, la Cour de cassation, par l'arrêt de sa Chambre sociale du 22 mars 2007 (*Alcatel*) (33), a affirmé que l'unicité n'était pas opposable à une action en justice faisant suite à une action ayant un fondement différent, la disparité de traitement à l'encontre de deux déléguées syndicales tout au long de leur carrière n'étant « apparue » que par des pièces communiquées par l'employeur après l'achèvement

de la précédente procédure. Et cette date (à laquelle le fondement de la seconde action a été révélé) constitue le point de départ de la prescription - de 30 ans - en matière de discrimination.

Allant plus loin encore dans la mise à l'écart de l'unicité, un certain nombre d'arrêts récents nous montrent que la règle ne s'oppose pas à ce que le salarié invoque non seulement le nouvel élément factuel de l'infraction continue (34), mais encore tous les faits antérieurs au premier dessaisissement du juge pour fonder sa nouvelle demande de réparation de la discrimination (35) ou du harcèlement moral ou sexuel (36) dont il demeure victime, même après une première condamnation de l'employeur. Une telle demande est, en effet, indivisible, à la différence d'une demande portant sur le versement d'une créance périodique, qui est divisible (37).

Cette limitation jurisprudentielle de la portée de l'unicité devrait voir son rôle renouvelé dans les contentieux où les faits, non seulement de discrimination et de harcèlement moral ou sexuel, mais encore de violation de l'égalité de traitement à l'encontre des femmes, des jeunes, des travailleurs précaires... se poursuivant tout au long de l'exécution du contrat de travail, sont « continus » (38). Cependant, le maniement de l'exception de l'alinéa 2 de l'article R.1452-6 étant délicat, les échecs de la défense sur ce fondement sont encore fréquents. Comme le montrera l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 15 janvier 2014, que nous analyserons par la suite (39).

### 3°) L'assouplissement de la règle de l'unicité d'instance (article R. 1452-7)

7. Il résulte du décret du 12 septembre 1974, qui a donné à la règle sa figure moderne en introduisant dans le Code du travail un article R.1452-7, aux termes duquel « *Les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables même en appel. L'absence de tentative de conciliation ne peut être opposée* ». Cette possibilité a été étendue en 1982, le texte précisant désormais que « *Même si elles sont formées en cause d'appel, les juridictions statuant en matière prud'homale connaissent les demandes*

(27) Cass. Soc. 16 nov. 2004, n° 03-41.475.

(28) Cass. Soc. 17 mai 2005, n° 03-44.298.

(29) Sur cette difficile distinction v. n° 107 de la thèse de Vincent Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc. in note 4.

(30) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avr. 2009, n° 08-41.083.

(31) Cass. Soc. 25 janv. 1962, Bull. civ. IV, n° 97.

(32) Cass. Soc. 3 juin 1953, Bull. civ. IV, p. 357.

(33) V. Dr. Ouvr. 2007.525, obs. Manuela Grévy.

(34) Sur la notion d'infraction continue, v. J.-C. Foyer, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ 2008, n° 73. Sur la notion de droit pénal du travail de délit continu d'entrave au statut des représentants du personnel, qui entraîne d'importantes conséquences quant à

l'efficacité de la sanction pénale : v. Cass. Crim. 28 mai 1968, D. 1969.471, n. J.M. Verdier ; Cass. Crim. 14 fév. 1977, Bull. crim., n° 80 (la notion ne se retrouve pas, cependant, en cas d'entrave au fonctionnement régulier d'un comité : Cass. Crim. 26 avr. 1988, Bull. crim., n° 179).

(35) Cass. Soc. 27 juin 2007, n° 06-40.346 : « *le préjudice de la discrimination s'étant poursuivi après l'extinction de la première instance* ».

(36) Cass. Soc. 8 juill. 2008, n° 07-42.099.

(37) Sur les notions de demande divisible et indivisible, v. n° 108 de la thèse de V. Orif, préc. in n. 4.

(38) Sur la notion d'infraction continue, v. *supra*, n. 34.

(39) V. *infra* (II) n° 22 et s.

reconventionnelles ou en compensation qui entrent dans leur compétence ». Sont ainsi recevables toutes les demandes nouvelles, non seulement celle qui s'ajoute à la demande introductive d'instance et qui, modifiant les prétentions de la partie qui la formule, modifie l'objet du litige (une demande de nullité du licenciement, alors que la première avait pour objet la sanction de son caractère injustifié), mais encore l'ensemble des demandes incidentes ou la demande en intervention du syndicat dans l'intérêt collectif.

La jurisprudence, après avoir mis en œuvre cet assouplissement devant la Cour d'appel (40), comme le texte l'y invitait (41), a, par la suite, renforcé son champ d'application. La recevabilité d'une demande nouvelle a ainsi été affirmée devant le juge départiteur (42), et même en cours de délibéré, à la condition du respect du contradictoire par la réouverture des débats devant la juridiction saisie (43), et enfin jusque devant la Cour d'appel de renvoi (44).

Une telle « renaissance » du droit d'agir va évidemment dans le sens de la compatibilité de la règle spéciale prud'homale avec l'exigence du droit d'accès à un tribunal de l'article 6.1 de la Convention EDH, garde-fou de l'effectivité de l'action (45). L'introduction de l'article R.1452-7 présente aussi l'intérêt théorique d'une conception spécifique de l'instance prud'homale, analysée par Vincent Orif dans sa passionnante thèse consacrée à « La règle de l'unicité de l'instance ». Il note ainsi que la Cour de cassation retient une définition de l'instance « entendue comme un lien juridique, source de droits et d'obligations pour les parties, plutôt que comme la procédure engagée devant une juridiction qui impliquerait qu'une nouvelle instance se déroule devant chaque degré de juridiction » (46). Les voies de recours permettant que la question nouvelle soit tranchée en tout état de cause, l'instance initiale pouvant être suivie d'une instance d'appel, d'une instance en cassation, voire d'une instance devant une Cour d'appel de renvoi, l'instance « unique » de l'article R.1452-6 du Code du travail doit être entendue de l'instance définitivement clôturée, le juge étant dessaisi.

(40) Cass. Soc. 17 mars 1993, Bull. civ. V, n° 91.

(41) Le droit prud'homal déroge donc au principe du droit commun de l'interdiction des demandes nouvelles en appel. V. Jacques Héron, Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, n° 632, Domat Montchrestien. Les auteurs précisant que « La dérogation n'est cependant pas considérable. (...) Les demandes additionnelles sont recevables en tant que compléments ou accessoires des demandes soumises au juge du premier degré (art. 566 CPC). Par ailleurs (...) les demandes reconventionnelles sont toujours recevables en appel (art. 567 CPC), pourvu qu'elles aient un lien suffisant avec une prétention originaire ».

(42) Cass. Soc. 30 oct. 1991, Dr. Ouvr. 1992.114 ; Cass. Soc. 28 avr. 1994, D. 1994. IR 130.

(43) Cass. Soc. 19 juin 1991, Bull. civ., n° 305.

(44) Cass. Soc. 9 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 270.

## B. La déformation des textes par la jurisprudence

Elle résulte de l'interprétation par la Cour de cassation de l'alinéa 2 de l'article R.1452-6 (1°), et plus encore de son interprétation de l'article R.1452-7 du Code du travail (2°).

### 1°) L'interprétation de l'article R.1452-6 alinéa 2

8. Malgré le texte clair de l'article R.1452-6, alinéa 2, qui exclut expressément la règle de l'unicité lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé « *postérieurement à [la saisine] du Conseil de prud'hommes* », la Cour de cassation a jugé pendant longtemps que le moment de l'instance à prendre en compte pour appliquer la règle de l'unicité est celui de « *la clôture des débats* » du premier procès. Pour exemple, l'arrêt énonçant qu'en cas de licenciement notifié après la première saisine du Conseil de prud'hommes, mais avant la clôture des débats de la première instance, le salarié était irrecevable à introduire une nouvelle action pour demander l'indemnisation de la rupture de son contrat de travail. Parce qu'il aurait dû former une demande additionnelle devant le Conseil de prud'hommes encore saisi, son droit d'agir est définitivement anéanti (47). La solution semble écarter la possibilité d'instances parallèles devant le Conseil, même lorsque les conditions de l'exception sont réunies.

Cependant, à la suite d'une nouvelle évolution caractéristique de l'oscillation jurisprudentielle entre rigueur et ouverture, la Cour de cassation, regrettant la dureté de sa solution (?), a admis la recevabilité d'une seconde demande, bien que le Conseil ne soit pas dessaisi de la première instance affirmant ainsi la possibilité d'instances parallèles devant le conseil de prud'hommes (48). Dans cette hypothèse, ce dernier doit alors ordonner la jonction des instances parallèles afin de se prononcer sur l'ensemble des demandes par un seul et même jugement (49). L'entier litige étant ainsi tranché en une seule fois, l'objectif de l'unicité demeure respecté. Il reste à

(45) Sur l'autonomie de l'action par rapport au droit fondamental d'accès à un tribunal qui constitue le garde-fou de l'action, v. *supra* n. 7.

(46) V. thèse préc. V. Orif, n° 227.

(47) Cass. Soc. 4 mai 1974, Bull. civ. V, n° 291 ; Cass. Soc. 13 fév. 1991, Bull. civ. V, n° 73.

(48) V. récemment Cass. Soc. 12 oct. 2004, Bull. civ. V, n° 251 ; 17 mai 2005, n° 03-42696.

(49) La jurisprudence reprend ainsi l'exigence introduite par un décret du 22 déc. 1958 (art. 86, al. 2), mais non reprise par la réforme du décret du 12 sept. 1974, d'ordonner la jonction des instances sur « *les nouveaux chefs de demandes qu'il avait déclarés recevables tant que le CPH ne s'était pas prononcé en premier ou en dernier ressort sur les chefs de la demande primitive* ».

souhaiter que cette solution demeure de droit positif, sa connaissance par les différents acteurs du procès prud'homal demeurant sa meilleure garantie.

## 2°) L'interprétation de l'article R. 1452-7

9. La seconde interprétation contestable du texte du Code du travail par la jurisprudence concerne la remise en cause de l'assouplissement de l'unicité énoncé à l'article R.1452-7 du Code du travail.

En effet, dans l'hypothèse où le fondement d'une prétention nouvelle est né ou révélé après la saisine du Conseil de prud'hommes, alors que la première instance se poursuit en appel formé par l'employeur, la Cour de cassation oppose l'unicité à la seconde saisine du Conseil de prud'hommes dès lors qu'elle est intervenue avant la clôture des débats devant la Cour d'appel. Au motif que le salarié avait eu la possibilité de former sa demande nouvelle en appel aux termes de l'article R.1452-7 du Code du travail (50). La Cour de cassation transforme ainsi la possibilité donnée de présenter des demandes nouvelles en appel en obligation de le faire ! Dès que le Conseil de prud'hommes est dessaisi en raison de l'appel, les parties doivent présenter leurs demandes nouvelles devant la Cour d'appel, et l'assouplissement de l'unicité voulu par le texte se traduit alors par l'aggravation de ses rigueurs. L'explication technique de cette solution résulte, selon M. Vincent Orif, de ce que « *la jonction des instances pendantes devant lui* », autorisé par l'article 367 du Code de procédure civile, n'est possible que devant le Conseil de prud'hommes saisi une seconde fois, mais non devant la Cour d'appel. Car si, comme en l'espèce, l'instance est pendante devant la Cour d'appel, une nouvelle instance étant introduite devant le Conseil, ces deux instances ne sont pas pendantes devant le même juge (51).

La difficulté n'est cependant pas insurmontable. Pour preuve, la Cour de cassation a été, par la suite, amenée à revenir sur cette interdiction des instances parallèles en cas de saisine de la Cour d'appel, dans une hypothèse où la demande nouvelle est née après la clôture des débats devant le Conseil de prud'hommes, mais avant que le délai d'appel ne

soit clos, et alors qu'aucun appel n'avait été formé par l'employeur. Mettant, cette fois, l'accent sur le respect de la théorie de l'appel, elle a affirmé « *que l'exercice d'une voie de recours n'étant pas légalement obligatoire* » (52), le salarié dont une prétention est née ou s'est révélée – après – la clôture des débats, pourra introduire une action nouvelle du chef de cette prétention.

Une telle incertitude quant à la possibilité ou non d'instances parallèles, selon que la Cour d'appel est saisie ou non par l'employeur, est source de confusion, d'incertitude, voire d'instrumentalisation critiquables.

La règle d'unicité, et sa contrepartie que constitue le droit de présenter des demandes nouvelles à toute hauteur de la procédure, sont certes indissociables ; cependant, l'articulation de leur mise en œuvre ne doit pas annihiler le droit d'agir, mais, au contraire, l'ouvrir. Seule une interprétation fonctionnelle, téléologique, garantit une telle ouverture. Alors que l'interprétation mécanique de la règle d'unicité, trop souvent retenue par les juges, est à la fois contraire à l'esprit du code, incompatible avec le droit européen, constitutionnel et unioniste (53) et source d'insécurité juridique, au détriment essentiellement du droit d'agir des salariés. C'est pourtant cette solution réactionnaire que la Cour de cassation réaffirme en 2008 (54), anéantissant ainsi l'espoir de revirement annoncé par un certain nombre de décisions de juges du fond et par deux arrêts de cassation contraires à la doctrine de la Cour, mais non publiés (55).

10. D'où la persistance d'un contentieux sur la portée de la règle allant à l'encontre de sa finalité : le règlement rapide dans une instance unique des litiges nés à l'occasion du contrat de travail. L'importance de ce contentieux s'explique, notamment, par son enjeu procédural stratégique. Le moyen de défense tiré des dispositions de l'article R.1452-6 du Code du travail constitue, en effet, une fin de non-recevoir, qui peut être soulevée en tout état de cause (56). Et cette fin de non-recevoir peut, évidemment, devenir pour la défense patronale une « aubaine », lui donnant l'occasion d'opposer l'irrecevabilité d'une nouvelle demande aux salariés malhabiles dans le maniement

(50) Cass. Soc. 20 fév. 1974, Bull. civ., n° 130 ; 27 mai 1998, Bull. civ. V, n° 286. Et plus récemment Cass. Soc. 16 avr. 2008, Bull. civ. V, n° 90 : la rigueur de l'unicité est, en l'espèce, opposée au salarié qui avait saisi une deuxième fois le Conseil de prud'hommes « *alors que les causes de la deuxième demande étaient connues avant la clôture des débats devant la Cour d'appel saisie de l'instance initiale – de sorte que l'intéressée avait eu la possibilité de présenter ses nouvelles prétentions en appel* ». Selon la Cour de cassation, la solution ne prive pas le salarié de son droit d'accès au juge. C'est la solution affirmée encore par l'arrêt du 15 janvier, ci-dessous analysé in (II) n° 22 et 23.

(51) V. n° 230 de sa thèse préc. in n. 4.

(52) Cass. Soc. 19 nov. 2002, Bull. civ. V, n° 346 ; 8 déc. 2004, Bull. civ. V, n° 324, Dr. Soc. 2005.288, in Rapport M-L. Divialle, Dr. Ouvr. 2005. 132, obs. D. Boulmier ; également Cass. Soc. 8 déc. 2004, Bull. civ. V, n° 322.

(53) V. *supra* note 7, références jurisprudentielles de la CEDH, du Conseil constitutionnel et de la CJCE.

(54) V. D. Boulmier, « Unicité d'instance, à propos d'un non-revirement... publié », Dr. Ouvr. 2008.454.

(55) Cass. soc. 21 déc. 2006, n° 05-40564 ; 7 mars 2006, n° 04-42.623.

(56) Cass. Soc. 23 avr. 1986, Bull. civ. V, n° 167.

de cette règle, notamment lorsqu'elle doit être articulée avec une règle du Code de procédure civile dont le livre 1<sup>er</sup> est applicable au procès du travail, sous réserve des dispositions spéciales du Code du travail, aux termes de l'article R. 1451-1 de ce dernier. Ainsi, pendant longtemps, de la rencontre entre l'unicité et une règle de procédure qui met fin à l'instance ou la suspend. Les salariés risquant alors de se trouver privés de toute possibilité de réintroduction de leur action, bien que leur prétention soit écartée sans jugement au fond. C'est pourquoi l'unicité a pu être dénoncée comme aboutissant à un déni de justice, incriminé par l'article 4 du Code civil (57).

L'arrêt *Beauseigneur* illustra, en 2003, de façon caricaturale, ce potentiel effet de la règle d'unicité d'instance. En l'espèce, le salarié d'un organisme de Sécurité sociale, agent précaire et non assisté, avait saisi le Conseil de prud'hommes, sans mettre en cause sa hiérarchie comme l'exige, par exception et à peine de nullité de la procédure, l'article R. 123-2 du Code de Sécurité sociale. Les juges du bureau de conciliation, au lieu de l'inviter à régulariser la procédure en renvoyant l'affaire, avaient prononcé un jugement d'annulation. Le salarié, reprenant son procès en respectant la procédure de mise en cause, voit, cette fois, son action déclarée irrecevable au nom de l'unicité ! Et la Cour de cassation, s'en tenant à une interprétation exégétique, au lieu de l'interprétation téléologique prônée par l'Avocat général Pierre Lyon-Caen dans son avis (58), confirma la décision des juges du fond.

11. La brutalité du déni de justice résultant de l'arrêt *Beauseigneur* fut l'occasion d'un renouveau de la critique doctrinale à l'encontre de la règle d'unicité, comme d'un mouvement de résistance des juges du

fond, analysé dès 2007 par Mireille Poirier (59). Alors qu'une critique antérieure de la règle prud'homale, bien que quasi unanime (60), n'avait permis que de ponctuels assouplissements au cas par cas (61), elle aboutit, en 2010, à l'affirmation par la Cour de cassation, dans l'arrêt de sa Chambre sociale du 16 novembre, d'un principe clair et général d'interprétation de l'unicité d'instance (62). Désormais « *la règle de l'unicité n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement au fond* ». En l'absence d'un tel jugement au fond, dans tous les cas où la première instance a pris fin par un acte de procédure (désistement, péremption (63), caducité, nullité de la procédure (64) ou acquiescement du défendeur (65), ...), l'ouverture d'une nouvelle instance reste possible. L'unicité est évidemment écartée lorsque l'instance n'est pas éteinte, mais suspendue. Sans résoudre toutes les difficultés – telle celle de l'extinction de l'instance par transaction que la Cour de cassation semble assimiler à un jugement au fond dans un arrêt du 13 juin 2012 (66) –, une mise en œuvre de la règle d'unicité compatible avec le droit supérieur au procès équitable semblait acquise.

Le rapprochement des trois arrêts commentés, dont les deux derniers admettent encore, en 2014, de façon critiquable, l'opposition de la fin de non-recevoir à l'action en justice d'un salarié, oblige à remettre sur le métier le régime juridique jurisprudentiel de l'unicité, en poursuivant la réflexion critique des oscillations de la jurisprudence entre avancées et reculs, qui avait été menée par l'avocat général Pierre Lyon-Caen en 2003 (67) dans son avis *Beauseigneur*, et par Mme le conseiller référendaire Marie-Lucie Divialle dans un rapport en 2004 (68).

(57) Le déni de justice étant entendu ici au sens large de manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu.

(58) V. avis « Le principe de l'unicité d'instance doit-il être maintenu ? » in Dr. Soc. 2004.100 et obs. M. Keller sous l'arrêt Cass. Soc. 12 nov. 2003 (M. *Beauseigneur* c/ URSSAF des Alpes-maritimes), Dr. Soc. 2004. 104.

(59) « Unicité de l'instance : la résistance des juges du fond », Dr. Ouvr. 2007.273.

(60) V. *supra* les références de la n. 10.

(61) Parex. au cas de désistement : Cass. Soc. 7 juin 2006, n° 04-43774 : un employeur licencie une salariée pour faute lourde, la fait convoquer devant le CPH afin d'obtenir le paiement de diverses sommes, se désiste avant l'audience de conciliation, puis oppose l'unicité à la demande reconventionnelle de la salariée en paiement d'indemnités de rupture. La Cour de cassation affirme, en l'espèce, que ni le désistement de l'employeur, ni la règle d'unicité ne peuvent faire obstacle au droit du salarié de contester en justice son licenciement. V. encore, toujours avant le revirement de 2010 : Cass. Soc. 14 mars 2007 (2 esp.), D. 2007. 1007, n. F. Guiomard.

(62) N° 09-70404, Bull. civ. V n°260, RDT 2011. 55, obs. E. Serverin ; M. Keller, « L'instance prud'homale enfin respectueuse des droits de la demande », Dr. Soc. 2011.432. et texte de l'arrêt reproduit p.545.

(63) V. Cass. Soc. 23 mai 2012, n° 10-24033.

(64) Mais pour application encore en 2002 de l'unicité à une première instance annulée pour défaut de préliminaire obligatoire de conciliation : v. Cass. Soc. 9 juill. 2002, n° 00-42-797. Remarque : la jurisprudence de la Cour de cassation est donc contradictoire lorsqu'elle écarte l'unicité en cas de nullité de la transaction ou du PV de conciliation : Cass. Soc. 9 oct. 2007, n° 06-42206.

(65) V. Cass. Soc. 4 oct. 2011, n° 10-15249.

(66) N° 10-26857.

(67) Avis au Dr. Soc. 2004. 100, préc. n. 10.

(68) Rapport « Sur l'étendue pratique du principe de l'unicité de l'instance » relatif au litige ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 8 déc. 2004, Bull. n°324, Dr. Soc. 2005.288 rapp. M-L. Divialle, Dr. Ouvr. 2005. 132, n. D. Boulmier : un salarié n'est pas tenu de faire appel pour présenter à la Cour une demande nouvelle relative à son licenciement intervenu postérieurement à la première décision du Conseil de prud'hommes, qui avait annulé la sanction disciplinaire prononcée à son encontre.

## II. Arrêt sur image des décisions de 2012 et 2014

Si la Cour de cassation confirme le mouvement d'avancée dans son arrêt du 8 février 2012 (69), écartant la règle d'unicité lorsque la première saisine est celle d'un juge étranger (A), les deux arrêts de 2014 (70) admettant l'opposabilité de la fin de non-recevoir à l'encontre d'une demande de réparation d'un licenciement, d'une part, de sanction d'une discrimination poursuivie après un premier jugement, d'autre part, marquent un recul (B) qu'il faut apprécier afin d'envisager les moyens d'y remédier.

### A. L'exclusion de la règle dans le litige international du travail

12. Un exposé détaillé de l'affaire s'impose.

\* Faits et procédures.

Un salarié, M. G., est engagé par contrat à durée indéterminée le 5 novembre 2001 en qualité de directeur d'agence de l'une des sociétés du groupe Alten. Il gardera ses fonctions dirigeantes au sein de plusieurs de ces sociétés au gré de fusions absorptions successives. Selon avenant d'expatriation du 29 septembre 2005, M. G. est transféré par la société Gist (aux droits de laquelle se trouve la société Alten) au sein de la filiale espagnole Alten-Espana en qualité de directeur de l'établissement de Barcelone. Cet avenant précise que la période d'expatriation suspend son contrat de travail français, la société Gist conservant le pouvoir de décision sur la durée d'expatriation. Par ailleurs, un contrat local, en date du 20 octobre 2005, régit les relations du salarié avec la société espagnole. Environ deux ans plus tard, la société Gist met fin à l'expatriation de M. G. par lettre du 19 juillet 2007, précisant que cette décision est prise « pour des raisons propres aux intérêts du groupe ». Dès le lendemain, le 20 juillet 2007, la société espagnole rompt le contrat local. Par lettre du 24 juillet 2007 M. G. signifie à la société Gist son refus de rapatriement en son sein. Six mois plus tard, par lettre du 31 janvier 2008, la société Gist le licencie « pour faute grave ».

Pour défendre son emploi, M. G. conteste d'abord, devant le tribunal de Barcelone, la rupture par la société Alten Espana de son contrat local. Il est débouté par jugement du tribunal espagnol le 25 janvier 2008, lequel sera confirmé en appel le 30 septembre 2008.

À son retour en France, M. G. saisit, le 3 avril 2008, le Conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt d'une demande de condamnation de la société Gist à dommages-intérêts en réparation du licenciement par elle prononcé le 31 janvier 2008, que le salarié prétend injustifié. La Cour d'appel de Versailles confirme, le 28 octobre 2010, la condamnation de la société Gist à lui verser diverses sommes au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. C'est contre cet arrêt (CA Versailles, 28 octobre 2010) que la société Gist se pourvoit en cassation.

\* Problèmes juridiques.

La seule lecture de l'arrêt de cassation ne permet pas de savoir quelles sont précisément les prétentions soumises par les parties aux juges du fond, espagnols puis français. Mais celle du deuxième moyen du pourvoi nous apprend que des faits de concurrence déloyale reprochés à M. G. en Espagne, et « constatés » par le tribunal de Barcelone, sont en rapport avec le licenciement pour faute grave prononcé par la société Gist. Elle plaidera, d'ailleurs, tout au long de l'instance prud'homale, la prise en compte par le juge français des effets du jugement espagnol définitif (v. *infra* (2°) le moyen subsidiaire du pourvoi).

La société Gist invoque, en effet, deux moyens pour s'opposer à l'action de M. G., la règle d'unicité d'instance de l'article R.1452-6 du Code du travail en premier lieu et, au cas où l'application de la règle serait écartée, se fondant sur l'article 33 du règlement « Bruxelles » I (71), elle invoque, subsidiairement, les effets du jugement espagnol définitif au soutien de sa prétention.

#### 1°) L'inopposabilité de principe de la règle en cas d'action introduite devant une juridiction étrangère

13. Dans l'hypothèse de mise à disposition de droit interne, la jurisprudence admet depuis longtemps la poursuite du contrat de travail originaire malgré la mutation du salarié (72). Et ce, en dépit de la signature d'un contrat avec la filiale, et même si le salarié n'a plus été rémunéré par son employeur originaire. Or, l'existence d'un seul contrat de travail constitue, on l'a vu, la première condition légale de l'unicité, aux termes de l'alinéa 1 de l'article R. 1452-6 du Code du travail. N'est-ce pas le cas en l'espèce ?

(69) N° 10-27940, reproduit ci-après p.541. V. au D. 2012.1171, n. Gérard Ngoumtsa Anou ; Gaz. Pal. 2012, Jurisp.1407, n. Bolze.

(70) Cass. Soc. 21 janv. 2014, n° 12-28900, et Cass. Soc. 15 janv. 2014, n° 12-23578, *infra* (II) n°s 17 à 23.

(71) Art. 33, § 1 : « I. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ».

(72) V. déjà Cass. Soc. 4 janv. 1978, Bull. civ. V, n°6. V. la thèse toujours d'actualité d'Isabelle Vacarie, *L'employeur*, Sirey 1979, n° 166 et s. V. également G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz 2014, les références actuelles de la jurisprudence sur la notion de « co-employeurs » ou « d'employeurs conjoints », n° 673. V. Cass. Soc. 22 juin 2011, n° 09-69021, cité in 37° Colloque du SAF, « L'Entreprise éclatée », intervention d'Elsa Peskine, « La responsabilisation des sociétés-mères », Dr. Ouvr. 2013. 157.

La société-mère a expressément gardé tout son pouvoir de décision sur la relation contractuelle, sur la durée, notamment, de l'expatriation du salarié, qui lui reste subordonné, comme le montre l'antériorité de la décision de la société Gist de mettre fin à l'expatriation de M. G. (le 19 juillet 2007), sur celle de la filiale espagnole de rompre le contrat local (dès le lendemain, le 20 juillet 2007). Les deux actions successives du salarié contre la société espagnole, puis contre la société française, ne dérivent-elles pas, dès lors, d'un même contrat de travail ? Par ailleurs, la seconde action intentée devant le Conseil de prud'hommes porte sur des faits connus avant la clôture des débats devant le juge espagnol. Or, selon la jurisprudence, le salarié doit alors former une demande additionnelle devant le juge encore saisi, et non introduire une nouvelle action. La Cour de cassation a, en effet, donné un champ plus étendu à l'application de la règle d'unicité de l'article R.1452-6, alinéa 2 du Code du travail, qu'elle interprète à la lumière de l'article R.1452-7, offrant au justiciable la possibilité de présenter une demande nouvelle en appel. Cette création jurisprudentielle peut être favorable à l'action des justiciables, mais est, tout aussitôt, transformée en instrument de déchéance de l'action, dès lors que la possibilité devient obligation (73). Ce serait le cas en l'espèce, si le juge affirmait que le salarié aurait dû en saisir le juge espagnol. Pour conclure à l'application de la règle de l'unicité, ferait alors seule ici question la seconde condition légale d'identité des parties, énoncée par l'article R.1452-6, alinéa 1 du Code du travail. La première action oppose, en effet, M. G. à la société Alten-Espana, alors que la seconde l'oppose à la société Gist.

Mais le litige est international. Dès lors, la défense de M. G. se porte sur l'inapplicabilité de la règle d'unicité dans un tel litige. Au demeurant, la société, bien que centrant sa défense sur la fin de non-recevoir née de l'unicité, prend la précaution d'invoquer dans son pourvoi un moyen subsidiaire, celui de l'effet, sur la procédure prud'homale, du jugement espagnol définitif. Ce dernier s'était, en effet, fondé sur des « *antécédents de faits de concurrence déloyale* », qui auraient été commis en Espagne par M. G., pour rejeter sa demande en contestation de la rupture de son contrat local. Et la société entend mettre dans le débat prud'homal, « *en tant que fait juridique* », le jugement définitif étranger (74).

(73) V. *supra* (I), n° 9.

(74) Sur l'efficacité internationale d'une décision étrangère, v. n. G. Ngoumtsa Anou, préc., sous l'arrêt du 8 fév. 2012 ici analysé : « *Le jugement étranger peut, en DIP [droit international privé], avoir à l'égard d'un tiers une valeur normative, lorsque les conditions de sa régularité internationale sont réunies, ou produire*

## 2°) L'absence d'effet en l'espèce, du jugement espagnol sur le procès prud'homal

14. La société Gist plaide également la reconnaissance, devant le Conseil de prud'hommes, de la décision définitive espagnole rendue par la Chambre sociale du Tribunal supérieur de Catalogne le 30 septembre 2008. La discussion du deuxième moyen révèle que, vraisemblablement pour fonder la faute grave qu'elle reproche à son salarié pour le licencier, la société-mère tente d'utiliser, dans le procès prud'homal, l'allégation de concurrence déloyale précédemment invoquée contre M. G. par la société Alten Espana devant le juge espagnol et qui, selon la société Gist, est « *rapportée par les énonciations des décisions définitives des tribunaux espagnols* ».

À cet effet, elle se fonde sur le règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dit « Bruxelles I », notamment sur son article 33 § 1, aux termes duquel « *les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure* » (de reconnaissance ou d'exequatur) ; et également sur son § 3, qui précise que « *si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre [comme c'est le cas en l'espèce], celle-ci est compétente pour en connaître* ».

Sans doute le règlement « Bruxelles I » impose-t-il la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, mais pour qu'une décision rendue dans un État membre puisse servir de base à une exception de chose jugée à l'encontre d'une nouvelle demande engagée dans un autre État membre, encore faut-il qu'il s'agisse du même litige. Ce n'est pas le cas si la nouvelle demande n'a pas le même objet, la même cause et n'est pas formée entre les mêmes parties (voir les conditions requises par l'article 27 du même règlement pour la recevabilité d'une exception de litispendance).

15. Comment la Cour de cassation tranche-t-elle la question, posée, semble-t-il, pour la première fois à sa Chambre sociale, de l'applicabilité de l'unicité dans le litige international du travail ?

Deux solutions étaient possibles. Soit refuser l'exportation devant la juridiction espagnole de la règle de procédure française, au nom de la séparation des ordres juridiques, soit rechercher la teneur du

*un « effet de fait », ou un effet probatoire sans valeur normative (...). le jugement peut alors être considéré comme un indice ou une présomption. Mais pareil effet de fait n'est pas prévu par le règlement « Bruxelles I », il ne régit que l'efficacité substantielle de la décision (...). C'est à tort que le 2<sup>ème</sup> moyen invoquait cet effet de fait selon les articles 33 et s. du règlement ».*

droit espagnol sur la question de l'unicité, afin d'articuler les deux procédures au cas de règle semblable en droit espagnol, ou de l'écartier en cas d'inexistence d'une telle règle, car il ne peut, évidemment, pas être reproché à M. G. de n'avoir pas concentré toutes ses demandes devant le premier juge si l'unicité d'instance est inconnue du droit du procès espagnol.

Il existe d'autres exemples de la première solution en droit international privé. Ainsi, la règle « *le criminel tient le civil en l'état* » n'est pas applicable à l'action introduite à l'étranger (75) et les jugements répressifs étrangers ne sont pas exécutés en France. L'unicité n'est, certes, pas une règle répressive, mais elle est dangereuse pour le droit fondamental d'agir, d'où la tentation d'un raisonnement par analogie.

Sans s'arrêter à la recherche de la teneur du droit espagnol, pas plus qu'à la controverse relative à l'unité ou la dualité du contrat de travail de M. G., la Cour de cassation affirme abruptement que « *le principe de l'unicité d'instance ne peut être opposé devant le Conseil de prud'hommes [en raison d'une action introduite à l'étranger]* » et ce « *par motif de pur droit* », pour rejeter sans autre motivation le premier moyen du pourvoi. L'on aurait pourtant aimé en savoir plus sur ce moyen de pur droit qui, selon Gérard Cornu (76), est un moyen qui « *se réfère à une règle de droit dont l'application à l'espèce n'en postule pas d'autre* ». M. Ngoumtsa Anou, commentant l'arrêt au Dalloz, note que, si « *l'arrêt n'est pas motivé, un communiqué antérieur de la Cour de cassation permet d'y voir plus clair. L'unicité s'explique, dans notre droit prud'homal, par la nécessité d'éviter l'éparpillement des procédures et les risques de contrariété de décisions. Ce risque n'existe pas nécessairement dans les systèmes étrangers, pas plus que la contrepartie de la règle garantissant le droit d'accès au juge par la possibilité d'introduction de demandes nouvelles en appel. Il n'y a pas lieu de l'étendre aux litiges internationaux* ». La solution de l'arrêt du 8 février 2012 n'était pourtant pas facile à coordonner avec celle de la quête de l'unité du contrat de travail international, mise à mal par la mobilité de plus en plus grande exigée des travailleurs. Que la Cour de cassation n'ait pas pris le risque de contrariété avec sa jurisprudence du co-employeur (77), en excluant l'unicité lorsque l'action est introduite à l'étranger, est un argument de plus en sa faveur.

16. La Cour de cassation écarte également le second moyen tiré de l'effet des décisions espagnoles sur le procès prud'homal, en énonçant qu'il « *résulte de l'arrêt, qui a relevé que ni les parties, ni l'objet du litige n'étaient les mêmes, que la question tranchée par la juridiction espagnole est sans rapport avec celle soumise à la juridiction française* » et que, dès lors, le moyen ne peut être accueilli.

Cet arrêt constitue une avancée significative, car il fait œuvre de simplification du régime juridique de l'unicité de l'instance dans un contentieux potentiellement important en ces temps d'internationalisation des sociétés. L'on tremble, en effet, à l'idée du risque de paralysie totale du droit d'agir des salariés que la solution contraire eût pu entraîner devant les Conseils de prud'hommes, confrontés aux difficultés d'articulation des procédures étrangères et françaises tant au regard des règlements européens que du droit international privé français.

L'on peut remarquer, enfin, que la solution est proche de celle retenue par la Cour de cassation dans un litige de droit interne en cas de pluralité de contrats de travail. Lorsque, par exemple, elle admet, dans le contentieux du recours abusif au travail temporaire, la possibilité d'actions distinctes à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire et de l'entreprise utilisatrice (78). De telles solutions réalisent un équilibre « fonctionnel » qui transcende les tensions entre règles procédurales et substantielles. Elles font ainsi preuve de pragmatisme, seul à même de garantir le droit d'action de l'article 30 du Code de procédure civile comme le droit énoncé par l'article 6.1 de la Convention EDH « *pour toute personne à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ...* ».

Une telle avancée rend plus amer le retour du balancier des arrêts des 21 et 15 janvier 2014 dans deux litiges, pourtant autrement plus ordinaires, car ne portant pas sur les difficultés juridiques/judiciaires liées à la mobilité internationale d'un cadre dirigeant, mais celles, « banales », d'affaires prud'homales franco-françaises : le licenciement d'une salariée handicapée à la suite d'un accident du travail, d'une part, la discrimination syndicale continuée au long du contrat de travail, d'autre part.

(75) Sur la non-application dans les relations internationales de la règle « *Le criminel tient le civil en l'état* », v. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2003, n° 00-16822, Bull. civ. 2003, I, n° 102, Rev. Crit. DIP 2004.124, n. David Chilstein.

(76) V. *Vocabulaire juridique* par G. Cornu, PUF, 1987.

(77) Sur la notion de co-emploi et les références jurisprudentielles, v. G. Auzero et E. Dockès, préc., *Droit du travail*, 2014, n° 673.

(78) V. Cass. Soc. 27 juin 2007, n° 06-41345 ; add. obs. F. Drappier sous Cass. Soc. 4 déc. 2013, n° 11-28314, Bull. civ. V, Dr. Ouvr. 2014 p.426. Et encore, v. *infra* (III), n° 35 en cas de transfert d'entreprise ; n° 36 en cas de procédure collective.

## B. Les reculs des arrêts des 15 et 21 janvier 2014

L'arrêt du 21 janvier 2014 (79) nous retiendra d'abord, avant celui du 15 janvier (80). Il amène en effet à reprendre, pour la poursuivre, la réflexion engagée avec l'arrêt *Beauseigneur*, sur la mauvaise rencontre de l'unicité avec, non plus l'extinction de l'instance, mais sa suspension, soit un fois encore un acte de procédure de droit commun. Il s'agit, en l'espèce, d'un retrait du rôle (simple mesure d'administration judiciaire) devant la Cour d'appel. La méconnaissance de ses difficultés d'articulation avec la règle d'unicité prud'homale aboutit drastiquement à la déchéance du demandeur salarié (1°). L'arrêt du 15 janvier 2014 concerne, lui, un contentieux dont les enjeux sont autrement plus fondamentaux pour l'effectivité de l'action judiciaire, conçue comme inséparable de l'action dans l'entreprise. Le salarié discriminé, dont une seconde action se heurte à l'unicité, après un premier jugement définitif qui lui avait été favorable, est, en l'espèce, un salarié protégé. Cependant, la difficulté procédurale posée par l'arrêt intéresse, en réalité, le principe même de la défense judiciaire des violations patronales « continues » de la légalité, et ce à l'encontre de tout salarié *lambda* de l'entreprise (non-paiement de salaires ou autres dettes salariales, développement « normal » de la carrière de femmes, jeunes, précaires...) (2°).

### 1°) Suspension de l'instance et unicité (Cour de Cassation, Chambre sociale, 21 janvier 2014)

\* Faits, procédure, problème juridique.

17. Employée de restaurant d'entreprise du comité d'entreprise de la société EADS Sogerma à compter du 1<sup>er</sup> septembre 1982, la salariée a été victime, le 11 janvier 1996, d'un accident du travail. L'arrêt de cassation ne permet pas de comprendre le détail des faits, mais l'on sait que, le 27 octobre 2004 (soit 8 ans après l'accident), et alors qu'elle est apparemment en arrêt de travail, la salariée saisit le Conseil de prud'hommes de Bordeaux d'une demande de « reprise » de son salaire à dater du 26 mai 2004, jusqu'à l'aménagement effectif de son poste de travail. Déboutée de ces premières demandes, la salariée fait appel. Le 13 novembre 2007 – alors qu'elle avait finalement été licenciée le 23 avril 2007, la Cour d'appel ordonne le retrait du rôle de l'affaire « à la demande des parties ». L'on ne sait pas, non plus, le pourquoi de cette mesure d'administration judiciaire,

mais l'on peut imaginer qu'elle intervient en raison d'un règlement amiable engagé, ou en tout cas espéré. En vain, semble-t-il, puisque la salariée introduit, le 6 mai 2010, une deuxième action devant le Conseil de prud'hommes en réparation de son licenciement, qu'elle prétend injustifié. Elle demande, outre le versement de diverses indemnités et primes, l'allocation de dommages-intérêts.

L'employeur oppose à cette seconde saisine du juge prud'homal la fin de non-recevoir née de la règle d'unicité d'instance. La Cour d'appel de Bordeaux confirme, le 2 octobre 2012, l'irrecevabilité de ses demandes. La salariée se pourvoit alors en cassation.

\* Solution de l'arrêt.

Pour soumettre au juge ses prétentions nouvelles relatives à son licenciement finalement intervenu, la salariée n'avait pas demandé, comme l'article 383 du Code de procédure civile lui en donnait la possibilité, la péremption n'étant pas acquise, le rétablissement de son affaire devant la Cour d'appel. Elle avait introduit une seconde instance devant le Conseil de prud'hommes, conformément à l'article R.1452-6, alinéa 2 du Code du travail, le fondement de sa deuxième prétention étant né après la saisine du Conseil de prud'hommes. Le comité d'entreprise-employeur lui avait alors opposé la fin de non-recevoir de l'unicité. La Cour de cassation rejette le pourvoi de la salariée contre l'arrêt de la Cour d'appel qui l'avait admis, confirmant ainsi l'opposabilité de la règle d'unicité.

18. Comment comprendre pareille solution au regard des règles de droit applicables ?

Le retrait du rôle est, à l'instar de la radiation (article 383 du Code de procédure civile), une mesure d'administration judiciaire (81). Ordonné lorsque toutes les parties en font la demande (82), le retrait du rôle n'éteint pas l'instance, mais la suspend. « *En dehors des cas où la loi le prévoit, l'instance est suspendue par la décision qui sursoit à statuer, radie l'affaire ou ordonne son retrait du rôle* », énonce l'article 377 du Code de procédure civile.

L'on sait, par ailleurs, que la règle de l'unicité n'est opposable à une nouvelle action que si la précédente instance est éteinte, seul un jugement au fond dessaisissant le juge depuis l'arrêt de principe du 16 novembre 2010 (83). Le retrait du rôle n'est pas un jugement et il n'éteint pas l'instance (84). Dès lors, la

(79) N° 12-28900, reproduit ci-après p. 543.

(80) N° 12-23578, reproduit ci-après p. 544.

(81) Non susceptible de recours : art. 537 du CPC.

(82) L'on ne sait pas, à la seule lecture des arrêts de cassation et d'appel, quelle motivation écrite la salariée et le comité d'entreprise ont donnée à la Cour d'appel pour qu'elle l'ordonne.

(83) V. *supra*, (I) n° 11.

(84) V. thèse Vincent Orif, *préc.*, n°s 129 et s. : l'inapplication de la règle en cas de suspension d'instance.

règle de l'unicité ne s'applique pas. Le droit positif le vérifie dans toutes les causes de suspension de l'instance.

La jurisprudence écarte, en effet, la règle de l'unicité en cas de sursis à statuer (85), de radiation (86) comme de retrait du rôle. Mais est-ce encore vrai lorsque l'instance est suspendue devant la Cour d'appel, non pas au regard du texte de l'article R. 1452-7, mais compte tenu de la jurisprudence, qui a transformé la possibilité de présentation d'une demande nouvelle en appel en obligation (87) ? La non-application de l'unicité donne-t-elle alors seulement au justiciable, après rétablissement de la première instance devant la Cour d'appel, la possibilité de la poursuivre en présentant ses nouvelles prétentions à cette hauteur de la procédure ? Ou bien lui donne-t-elle également la possibilité, s'il le préfère, d'engager une deuxième instance devant le Conseil de prud'hommes pour lui soumettre ses prétentions nouvelles ? Monsieur Vincent Orif cite une espèce dans ce sens, où, après un retrait du rôle, la Cour de cassation admet, alors que la première instance n'était pas éteinte devant le Conseil de prud'hommes, l'introduction d'une deuxième instance devant ce dernier (88). La solution, conforme au texte et à l'esprit de l'article R. 1452-7 du Code du travail, ne peut qu'être approuvée. Mais la Cour de cassation, en l'espèce, la refuse. Pourquoi ?

19. Parce que, énonce l'arrêt, la salariée « avait la possibilité de présenter ses nouvelles prétentions en appel et n'était donc pas privée de son droit d'accès au juge », dès lors que « la Cour d'appel n'avait pas été dessaisie par le retrait du rôle ordonné à la demande des parties » et « que cette première instance n'était pas périmée ». La solution retenue par la Cour de cassation est conforme à sa jurisprudence dominante de refus d'admission d'instances parallèles en appel (89), qu'elle admet, par contre, devant le Conseil de prud'hommes. Sa doctrine est donc contradictoire selon la hauteur de la procédure.

Tant que l'instance est encore en cours devant le Conseil de prud'hommes, une des parties est recevable à le saisir d'une nouvelle demande plutôt

que de former une demande incidente (90). La Cour de cassation a, par la suite, précisé que le Conseil doit alors joindre les instances aux fins de faire l'objet d'un seul jugement (91). L'effet bénéfique de l'unicité d'instance, une célérité plus grande du procès, est alors obtenu par ce moyen, avec l'importante différence de la garantie en même temps assurée du droit fondamental d'agir.

Par contre, la jurisprudence, un temps hésitante et contradictoire, interdit, en son dernier état, les instances parallèles en cas de saisine de la Cour d'appel (92). Dans cette hypothèse, elle oppose l'unicité à la recevabilité de la seconde saisine du Conseil au motif, repris, on l'a vu, par l'arrêt commenté, que « les parties avaient la possibilité de soumettre leur demande à la Cour d'appel qui était saisie du litige ».

Cette divergence d'approche est vivement critiquée. En raison de ses incertitudes, tout d'abord, que la Cour de cassation a dû lever en écartant l'obligation d'interjeter appel (93), laquelle impliquerait, au demeurant, un délai plus rigoureux pour former une demande nouvelle, et ce à peine de déchéance. Par ailleurs, la solution prive les justiciables du deuxième degré de juridiction, tout en court-circuitant l'étape devant le Conseil de prud'hommes. Enfin, une telle jurisprudence est source de confusions, parce qu'elle retient une solution différente de celle affirmée en cas de saisines parallèles du Conseil de prud'hommes. L'argumentation emporte l'adhésion, et particulièrement en l'espèce.

20. Un comité d'entreprise-employeur oppose, avec la même âpreté procédurière que tout autre employeur, l'unicité à l'action d'une salariée ayant une forte ancienneté demandant réparation de son licenciement pour inaptitude suite à un accident du travail... L'on ne sait quel élément de cette pauvre histoire de fin de vie de travail est le plus navrant – des faits, de l'attitude des parties (y compris de la salariée, dont les prétentions ne sont peut-être pas aussi légitimes qu'elle le dit), de la sécheresse technicienne de la décision... Reste que huit ans de procédure, sans que le licenciement querellé puisse être soumis

(85) Cass. Soc. 2 mars 2004, Bull. civ. V, n° 70.

(86) Cass. Soc. 13 fév. 1991, Bull. civ. V, n° 73 : le demandeur peut introduire une nouvelle instance devant le Conseil de prud'hommes ; Cass. Soc. 3 juill. 1991, Bull. civ., n° 345 : le demandeur peut présenter des demandes nouvelles – sauf si l'instance est périmée (les parties n'ayant pas effectué les diligences à leur charge) ; Cass. Soc. 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 01-42166.

(87) V. *supra* (I) n° 9.

(88) Cass. Soc. 10 janv. 2006, n° 04-40890. Sur la possibilité d'introduire des instances parallèles devant le Conseil de prud'hommes, v. thèse V. Orif, préc., n° 218 et s.

(89) V. *supra* (I) n° 9.

(90) Cass. Soc. 10 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 8.

(91) V. Cass. Soc. 24 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 518. Et plus récemment, Cass. Soc. 12 oct. 2004, Bull. civ. n° 251 ; enfin, Cass. Soc. 17 mai 2005, n° 03-42696 : « Vu les articles R. 516-1 et R. 516-2 du Code du travail (...) attendu qu'il résulte de ces textes que ne heurte pas le principe de l'unicité de l'instance une seconde demande introduite devant le Conseil de prud'hommes avant qu'il ne soit dessaisi d'une première instance : qu'il appartient en ce cas au Conseil de prud'hommes de joindre les deux instances ».

(92) Cass. Soc. 16 avr. 2008, Bull. civ. V, 2008, n° 90. V. S. Ducamp et J. Martinez, « La Cour de cassation fait prévaloir l'unicité sur le double degré de juridiction », SSL 2008, n° 236, p. 4.

(93) En dernier lieu, Cass. Soc. 8 déc. 2004, n° 02-44.662, Dr. Ouvr. 2005. 132, obs. D. Boulmier.

à un juge, viennent ainsi clore 30 ans de relations salariales. Et cela est inacceptable dans le principe. Même si le « déni de justice » n'est pas aussi choquant que dans l'affaire *Beauseigneur*. La salariée avait, en effet, été déboutée par le Conseil de prud'hommes de ses premières demandes ; le licenciement (du 23 avril 2007) était antérieur à la demande de retrait du rôle ordonné par la Cour d'appel (le 13 novembre 2007) et l'on sait que cette demande doit être faite par les deux parties ; la prétention nouvelle de la salariée portait sur un solde de sommes et des dommages-intérêts pour [préjudice moral], le préjudice matériel né de la perte de l'emploi ayant vraisemblablement été réparé à l'amiable... L'espèce est symbolique de la pathétique quête de réparation de l'atteinte à la dignité résultant de la seule perte de son emploi par une salariée âgée et handicapée, réparation que la condamnation financière ne saurait évidemment réaliser. Il faut en retenir que la garantie du droit fondamental d'agir en justice est une question de principe.

Que l'arrêt du 21 janvier 2014 soit conforme à la doctrine actuelle de la Cour de cassation, selon laquelle les parties sont [tenues] de former leurs demandes nouvelles devant la Cour d'appel si elle est saisie, ne le rend pas pour autant convaincant.

Le fondement de cette exigence jurisprudentielle est le souci d'une gestion rapide du flux judiciaire. Le souci est louable, mais pas au prix du déni de justice de l'espèce. Rien ne nous assure, en effet, que la salariée avait compris qu'elle gardait la possibilité de présenter ses nouvelles prétentions en appel après le retrait du rôle de la Cour de sa première demande relative à l'aménagement du poste de travail. La solution est d'autant plus critiquable qu'une alternative garantissant le jugement de l'entier litige par un seul juge était possible. Elle devait, dès lors, être recherchée pour permettre un revirement de jurisprudence, aussi nécessaire dans son principe qu'après l'arrêt *Beauseigneur*.

21. La thèse de Monsieur Vincent Orif en donne les clefs. S'interrogeant sur les raisons de la différence de solution retenue par la Cour de cassation en fonction de la juridiction saisie du premier litige (94), il offre une issue. Celle du recours à l'exception de connexité, qui permettrait aux parties d'introduire une nouvelle instance devant le Conseil de prud'hommes, bien que la Cour d'appel demeure saisie de la première instance.

L'espèce permettait la mise en œuvre de ce mécanisme, qui aurait évité le couperet de l'unicité. Le premier litige relatif à l'aménagement du poste de travail, dont la Cour d'appel demeure saisie, et le

second litige sur le licenciement devant le Conseil de prud'hommes sont, en effet, distincts, mais nés à l'occasion du même contrat de travail. Il existe bien entre eux un lien de connexité tel qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de les faire juger ensemble, conformément à l'article 101 du Code de procédure civile. L'article 102 du même code exigeant que l'exception de connexité soit soulevée devant la juridiction inférieure, c'était au Conseil de prud'hommes de se dessaisir, à la demande de l'employeur, au profit de la Cour d'appel. Cette dernière demeurant saisie, une solution juridictionnelle rapide de l'entier litige par un seul juge était ainsi possible.

Encore fallait-il, pour aboutir à une telle solution, que la salariée, comme l'employeur, aient la volonté commune de soumettre loyalement au juge leur litige afin qu'il le tranche en « disant le droit » entre leurs prétentions contradictoires. Si, par contre, l'objectif recherché par le défendeur employeur était de provoquer la déchéance du demandeur, en mettant ainsi fin au différend sans qu'il puisse être jugé, l'opposition de la fin de non-recevoir était l'instrument « adéquat » idéal, que l'employeur, bien que comité d'entreprise... n'a pas hésité ici à utiliser contre sa salariée.

Le déni de justice, que l'on regrette une fois encore à la lecture de l'arrêt du 21 janvier 2014, n'était pas pour autant inéluctable. La tension contradictoire entre garantie du droit d'agir et volonté gestionnaire de gestion du flux judiciaire encombré est inhérente à la règle de l'unicité. Sa résolution est entre les mains du juge opérant son contrôle de proportionnalité entre les deux impératifs. Le droit commun du procès équitable fonde la primauté du droit fondamental d'action des justiciables sur la règle procédurale spéciale à chaque fois que cette dernière aurait pour effet la privation de l'accès au juge. Comme en l'espèce, où le litige relatif au licenciement ne sera jamais soumis au juge.

L'on regrette que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'occasion d'un revirement de sa jurisprudence en se fondant sur la seule interprétation littérale de l'article R. 1452-7 du Code du travail. La faculté qu'il offre de former des demandes nouvelles en appel peut, dans certains cas, favoriser l'efficacité du droit d'action, notamment dans les juridictions au rôle très encombré. Mais, à l'inverse, la faculté devenue obligation réalise une violation de l'article 6.1 de la Convention EDH. Son articulation avec la règle d'unicité aboutit, en effet, à priver la salariée du droit de saisir une nouvelle fois le Conseil de prud'hommes, que pourtant l'article R. 1452-6 du Code du travail lui attribue expressément, puisque le fondement de

(94) V. thèse préc., n° 230 et s., not. n° 231.

la demande de réparation du licenciement est « né après la première saisine du Conseil ». La Cour devait conclure à la cassation de l'arrêt d'appel ! Non pas tant pour assurer à l'espèce une issue concrète, mais parce qu'il revient à la Cour suprême, gardienne du droit, de veiller à la primauté du droit au recours quand la règle procédurale spéciale le met en danger.

## 2°) « Délit continu » de discrimination et unicité (Chambre sociale de la Cour de cassation du 15 janvier 2014)

22. Rappelons les données de l'espèces

\* Faits.

En l'espèce un salarié, engagé le 2 novembre 1982 par la société IBM France en qualité d'agent de fabrication, a exercé, à compter de l'année 2001, divers mandats de représentation du personnel.

Le 14 janvier 2004, il saisit le Conseil de prud'hommes d'une demande portant sur une augmentation de salaires de 3 % « sur le fondement du principe, à travail égal, salaire égal », et ce à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2003. Les débats ayant eu lieu à l'audience du 25 février 2005, la juridiction fait droit à sa demande par jugement du 14 juin 2005, définitif et exécuté au moment de sa seconde demande. Le 25 mai 2009, il introduit, en effet, devant le Conseil de prud'hommes, une seconde demande de dommages-intérêts et de reclassement « pour discrimination syndicale ». Il argue de ce que sa situation étant la plus défavorable de tous les salariés embauchés depuis 1982, il est victime de discrimination depuis que l'employeur a eu connaissance de son engagement militant, mais qu'il n'a pris connaissance des éléments de comparaison nécessaires à la présentation de sa demande pour discrimination syndicale qu'en 2008 et 2009 ; et qu'enfin, la différence de traitement avait perduré après l'extinction de la première instance.

\* Procédure.

L'employeur oppose l'unicité à cette deuxième demande que, cependant, le premier juge, pour sa part, reçoit. La Cour d'appel infirme le jugement prud'homal aux motifs « qu'il se déduisait de l'ensemble des éléments soumis au juge que le salarié connaissait, avant la première audience du 25 février, les éléments matériels sur lesquels il fonde sa seconde action, y compris sous l'aspect de l'existence éventuelle d'une discrimination syndicale ». Et motive ainsi sa décision d'irrecevabilité de la deuxième demande

du salarié : « son action est irrecevable en ce qu'elle se fonde sur une discrimination depuis janvier 2001 et non depuis février 2005, date de la clôture des débats de la première instance ».

\* Solution de la Cour de cassation.

La Cour de cassation rejette le pourvoi du salarié contre l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait admis la fin de non-recevoir, « ayant constaté que les causes du second litige relatif au même contrat de travail, tendant à l'indemnisation de la discrimination (...), étaient connues avant la clôture de la précédente instance ».

L'espèce est emblématique de la difficulté que l'unicité oppose au rétablissement de la légalité violée tout au long de l'exécution du contrat alors que, seule, elle garantirait l'effectivité du recours juridictionnel. Cette difficulté n'est pas propre au salarié protégé, elle concerne n'importe quel salarié ordinaire engageant le combat judiciaire pour « son » droit après l'échec de l'action dans l'entreprise. Car si l'on ne peut, à l'évidence, faire trancher deux fois, sur un fondement différent, le même litige, l'on ne peut admettre que la discrimination, l'inégalité de traitement de façon générale, qui perdure après la première condamnation, dont le fondement est donc bien « né » après l'extinction de la première instance, soit soustraite à toute sanction judiciaire, alors que l'article R. 1452-6, alinéa 2 du Code du travail énonce expressément que l'unicité est inapplicable dans cette hypothèse.

23. Comment comprendre la solution de l'arrêt, non seulement au regard du texte, mais également d'une jurisprudence antérieure, qui admet le salarié à introduire un nouveau procès si les faits de discrimination ou de harcèlement perdurent après la date de la clôture des débats (95) ? Et, allant plus loin encore, admet que le salarié invoque des faits antérieurs à la clôture des débats, dès lors que l'infraction est indivisible. Telle une inégalité de traitement (salaire, promotion, congé...) qui perdure au long de la vie du contrat, le salarié ayant alors la possibilité d'invoquer tous les faits, même antérieurs au premier dessaisissement du juge (96).

Encore le salarié doit-il prouver ces nouveaux faits de discrimination ou de toute autre violation de la légalité postérieurs à la clôture des débats de la première instance ; le salarié en avait convaincu le juge dans les espèces ayant donné lieu à la jurisprudence précitée (97). Alors que l'arrêt rendu dans l'espèce, ayant donné lieu à la décision du 15 janvier

(95) V. *supra*, jurisprudence citée in n°6 et 7.

(96) V. *supra* n° 7 : sur la distinction entre demande divisible – une créance périodique – et demande indivisible – une inégalité de traitement – qui perdure ; thèse V. Orif, préc., n° 108.

(97) Cass. Soc. 27 juin 2007, n° 06-40346 : « Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'appel d'avoir dit que l'unicité ne peut être opposée (...). Mais attendu que la Cour d'appel a fait ressortir que le préjudice né de la discrimination s'était poursuivi après l'extinction de la première instance (...), rejette le pourvoi ».

2014, n'est pas clair sur ce point. L'on ne sait pas si la discrimination n'a eu lieu qu'avant la clôture des débats ou s'est poursuivie. Le salarié tente de contourner la difficulté en essayant de démontrer que les faits de discrimination ne lui ont été « révélés » qu'en 2008-2009. Mais les juges ne l'ont pas entendu. Dès lors, le fondement de sa prétention étant connu, (ou pouvant l'être ?), avant la clôture des débats, la règle de l'unicité lui interdit d'introduire une nouvelle demande. Et ce, bien qu'elle n'ait pas été jugée et ne le sera jamais !

Les faits de l'espèce ici connus ne nous permettent pas de savoir si la prétention du salarié est sans fondement ou « seulement » mal argumentée. L'on en revient alors au constat de la nécessaire maîtrise

par les justiciables et leurs défenseurs, mais aussi par les juges, non seulement des mécanismes de la règle d'unicité, mais encore de leur articulation avec les règles de droit commun, en l'espèce du droit de la preuve, et auparavant du maniement des notions de cause, de fondement et de moyens de la demande (entre lesquelles le salarié hésite lorsqu'il « passe » de la violation du principe « à travail égal, salaire égal » à la discrimination syndicale).

L'on retrouve ainsi, au moment de prendre parti sur la suppression ou le maintien de la règle spéciale d'unicité, les débats actuels sur les dysfonctionnements du procès prud'homal, qui mettent en cause le devenir de la juridiction prud'homale plus que le devenir de la seule règle spéciale.

### III. Le devenir de la règle d'unicité prud'homale suppression ou aménagement ?

24. L'avocat général Pierre Lyon-Caen, en novembre 2003 (v. *supra* n° 10), concluait ainsi son Avis très critique de l'unicité sous l'arrêt *Beauseigneur* : « *Il me semble qu'il serait souhaitable que la Chambre :*

- *ou bien déclare cette disposition procédurale contraire au droit de « toute personne... à ce que sa cause soit entendue », prévue à l'article 6.6 de la Convention EDH. (...)*
- *ou bien ...au moins suive la suggestion du professeur Supiot et, par un arrêt de principe, décide que, pour recevoir application, l'article R. 516-1 suppose que le premier juge saisi ait statué sur le fond des prétentions des parties.*

*En toute hypothèse, je conclus à la cassation de l'arrêt d'Aix-en-Provence* » (qui avait admis la fin de non-recevoir de l'unicité).

Il n'avait pas été suivi à l'époque, et il fallut encore 7 ans de contentieux procédurier pour qu'en 2010 (98), la Cour de cassation limite, par l'arrêt de principe souhaité, l'opposabilité de l'unicité au seul cas d'une première instance éteinte par un jugement sur le fond définitif.

Le recul effectué par les deux arrêts de janvier 2014 invite, une fois de plus, à prendre parti sur le devenir de la règle. Une position radicale consiste à prôner sa suppression. La lassitude face au « serpent de mer de l'unicité », que la « défense » patronale instrumen-

talise avec une redoutable efficacité face aux salariés, souvent désarmés, et aux magistrats, prud'homaux comme de carrière, souvent malhabiles, y incite. Mais le courage est peut-être dans la recherche d'une position réaliste de clarification du texte des articles R. 1452-6 et R. 1452-7 du Code du travail comme, peut-être plus encore, de leur interprétation, souvent défigurée par la jurisprudence. D'une part, parce que l'on ne sait pas avec certitude si le droit commun de la concentration des moyens (99), qui serait, au cas de suppression de l'unicité, substitué à la règle spéciale, garantirait plus efficacement le droit d'action des salariés (A). D'autre part, parce que le droit positif construit, peu à peu, un régime juridiquement acceptable de l'unicité prud'homale, que, débarrassé de ses scories et clairement théorisé, l'ensemble des acteurs du procès pourraient s'approprier (B).

#### A. Les avantages et les désavantages comparés de l'unicité et du droit commun

25. Cette analyse a été menée de façon approfondie par Mr Vincent Orif dans sa thèse, à laquelle nous renvoyons (100). Nous ne nous en tiendrons ici qu'à quelques éléments de réflexion, souvent issus de cette dernière, et d'échanges avec un certain nombre d'avocats militants, confrontés dans leur pratique de défense des salariés, à l'unicité.

(98) Cass. Soc. 16 nov. 2010, n° 09-70404, Bull. civ. V n° 260, reproduit ci-après p. 545. V. *supra* (I) n° 11. Et pour son analyse, v. not. RDT 2011. 55, obs. E. Serverin ; M. Keller, « L'instance prud'homale enfin respectueuse des droits de la demande », Dr. Soc. 2011.432.

(99) V. *infra* (III) n° 27.

(100) Cette dernière constitue la somme du savoir sur l'unicité, mais est aussi une approche globale de la spécialité du procès

prud'homal, l'unicité étant étudiée dans ses rapports avec l'ensemble des règles de droit commun du procès (principes du contradictoire ou dispositif, règles de l'action, de l'instance, du jugement au fond ou en référé, des voies de recours...), comme avec les règles propres au procès prud'homal (oralité et comparution personnelle des parties, notamment), dont la problématique articulation nourrit l'important contentieux de l'unicité.

Outre le « *contentieux artificiel abondant et surtout les situations très injustes et parfois kafkaïennes* » résultant de l'unicité, l'avocat général Pierre Lyon-Caen fondait sa proposition de suppression de cette dernière sur son absence de justification (101) et « *d'utilité* » (102). Il allait dans le sens de nombreuses analyses, déjà anciennes, de praticiens et d'universitaires (103).

Mais, aujourd'hui, des voix s'élèvent pour nuancer le propos quant au rapport avantages/inconvénients de l'unicité.

### 1°) L'unicité

26. L'unicité aurait aujourd'hui une utilité. Tout d'abord, pour des raisons procédurales pratiques. Telle la possibilité, aux termes de l'article R.1452-7 du Code du travail, de présentation de demandes nouvelles à toute hauteur de la procédure, précieuse dans les juridictions particulièrement encombrées, notamment Paris et dans la région parisienne, où les délais de la saisine à la première audience, du bureau de conciliation au bureau de jugement, aggravés encore au cas de recours au juge départiteur, sont si anormalement longs que l'État a été condamné à plusieurs reprises pour dysfonctionnement du service public (104). De jeunes avocats militants, interrogés sur leur pratique de défense, insistent sur l'avantage pour eux de pouvoir présenter en appel (peut-être aussi devant le juge départiteur ?) les demandes nouvelles, que la longueur des procédures rend plus fréquentes (dans les contentieux initiés en cours de contrat, notamment).

Cette pratique de présentation en appel des demandes nouvelles est d'autant plus efficace à leurs yeux que la Cour de cassation, affirmant désormais clairement que la première saisine devant le Conseil de prud'hommes interrompt le cours de la prescription, peu importe que la demande nouvelle n'ait été formulée qu'en cause d'appel. La limitation

à une certaine somme du rappel de salaires au titre de la discrimination syndicale ne saurait donc être opposée par l'employeur en raison de l'acquisition de la prescription de 5 ans (105).

Leur avis est précieux et doit être d'autant plus entendu que l'octroi de nouveaux moyens aux Conseils de prud'hommes pour permettre à l'institution de revenir à un fonctionnement normal n'est pas pour demain ...

Il ne faut, cependant, pas oublier qu'une règle contestable en droit, et trop souvent nuisible en fait, ne saurait être maintenue à seule fin de remédier, ici ou là, et à condition d'être maniée par des praticiens rompus à ses pièges, au dysfonctionnement de l'institution prud'homale. N'oublions pas que la transformation par la Cour de cassation de la faculté de présenter des demandes nouvelles en appel en obligation de le faire aboutit souvent à aggraver la sévérité de l'unicité, règle d'exception qui devrait, au contraire, être d'interprétation stricte. Ainsi, lorsque, comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 21 janvier 2014, un justiciable salarié a omis de rétablir l'affaire devant la Cour d'appel dont l'instance n'est pas éteinte, mais suspendue ou, plus grave encore, lorsque, comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 15 janvier 2014, l'unicité est avec succès opposée à la deuxième action d'un salarié protégé qui, ayant bénéficié d'un premier jugement définitif, demande ensuite la sanction de la discrimination qui perdure.

Par ailleurs, comme l'on a vu précédemment, « l'avantage » pour le salarié de la recevabilité d'une demande nouvelle devant la Cour d'appel n'existe que si l'employeur fait appel et, devant la Cour d'appel de renvoi, à condition que la Cour de cassation casse avec renvoi ! Son arrêt *Pages jaunes* de 2006, qui se prononçait par une cassation sans renvoi, montre les dangers que peut receler cette dernière. L'arrêt

(101) La règle, dit-on, eut son utilité à sa création au début du 20<sup>e</sup> siècle. Elle devait garantir une procédure simple et rapide, faisant échec à toute fraude aux taux d'appel, comme à la multiplication maligne des instances et à son risque de contrariété de décisions rendues par des juges différents, et limiter, enfin, l'encombrement des Conseils de prud'hommes. Nombreux sont ceux qui, aujourd'hui, considèrent que l'unicité aggrave l'encombrement de la juridiction prud'homale : not. Mme M.-L. Divialle, in Dr. Soc. 2005.288. L'importance du contentieux né du recours à l'unicité au cours des dix dernières années confirme le constat et Mme Mireille Poirier note, avec une impertinente lucidité, que l'affirmation selon laquelle l'unicité garantirait la célérité du procès l'unicité, « *laisse rêveur* » (*Dictionnaire du procès prud'homal*, Ellipses, n° 243).

(102) V. avis de l'avocat général P. Lyon-Caen, Dr. Soc. 2004. 100, not. p.103.

(103) V. *supra*, n. 4, 10, 11 et n° 11.

(104) V. 71 jugements du TGI de Paris, au printemps 2012, condamnant l'État pour dysfonctionnement du service public de la justice. David Métin et Steve Doudet, « Délais déraisonnables de la

procédure prud'homale : l'État condamné », SSL n°1529, n° 1529, p.8 ; E. Serverin, « Le procès des délais de procédure prud'homale », RDT 2012.471. V. également sur cette question T. Durand et P. Henriot « Fables et légendes prud'homales », Dr. Ouvr. 2014 p.171 disp. sur le site de la revue et M. Poirier « La lenteur excessive de la juridiction prud'homale », Dr. Ouvr. 2013 p.656.

(105) Cass. Soc. 8 mars 2012, n°10-21590 : « *Attendu que pour limiter à une certaine somme le rappel de salaire au titre de la discrimination syndicale, l'arrêt retient qu'il s'agit d'une demande nouvelle présentée pour la première fois par conclusions du 8 février 2010 et que le délai de prescription courant à compter de cette date, le salarié ne peut solliciter des rappels pour la période antérieure au 8 février 2005 ; Qu'en statuant ainsi, alors que la prescription est interrompue par la saisine du Conseil de prud'hommes, peu important que certaines demandes n'aient été formulées pour la première fois qu'en cause d'appel, la Cour d'appel a violé les textes susvisés (les articles L. 3245-1 et R. 1452-1 du Code du travail) ».*

retenait, en effet, une nouvelle définition du licenciement économique. La cassation sans renvoi a ainsi rendu impossible pour les salariés d'introduire leurs demandes nécessairement nouvelles, portant sur l'irrégularité de la procédure, l'absence de plan social, l'ordre des licenciements, la priorité de réaménagement (106).

## 2°) Le droit commun

27. L'évaluation de l'unicité doit également être envisagée sous l'angle de la théorie de l'instance. La suppression de la règle spéciale aurait pour corollaire la soumission du procès prud'homal au droit commun, qui a récemment mis en œuvre d'autres techniques d'évitement de la multiplication des procès.

Ainsi, outre l'autorité de chose jugée, commune à toutes les procédures, deux mesures de rationalisation de l'instance sont plus récemment apparues en procédure civile de droit commun. La concentration substantielle des moyens, d'une part, et la concentration procédurale, mais seulement devant la cour d'appel – et sauf en matière sociale – d'autre part. La substitution du droit commun à l'unicité garantirait-elle plus efficacement l'exercice de l'action en justice ? Il n'est pas si facile de répondre à la question, particulièrement dans les circonstances actuelles où les réformes du procès du travail ne peuvent être que partielles, dans l'attente de la création de la juridiction sociale du XXI<sup>e</sup> siècle, appelée de ses vœux, notamment, par Pierre Joxe dans son bel ouvrage (107).

L'autorité de chose jugée, qui évite de saisir une nouvelle fois le juge d'un litige qu'il a déjà tranché, s'est vite révélée insuffisante à garantir la célérité du procès et la sécurité juridique, puisqu'elle n'empêche pas de saisir une nouvelle fois le juge du même objet sur un autre fondement juridique.

\* D'où l'intensification, ces dernières années, de la quête d'une concentration du litige de droit commun afin de lutter contre la succession de procès, dilatoires ou non. Et en 2006, par son arrêt du 7 juillet, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation a instauré, en droit commun procédural, le principe de concentration substantielle, ou concentration des moyens (108). « *Ce principe impose aux parties d'invoquer tous les moyens,*

*juridiques ou factuels, qu'elles connaissent ou sont susceptibles de connaître dès le premier procès » (109). La jurisprudence a confirmé et complété la règle dans des arrêts postérieurs.*

Si la règle est proche de l'unicité prud'homale, ses effets sur une nouvelle saisine du juge sont beaucoup plus restreints. Alors que l'unicité impose aux parties de vider dans un seul procès leur querelle à propos d'un même contrat de travail, la concentration substantielle est inapplicable si l'objet de la demande ultérieurement portée devant le juge est différent (c'est-à-dire s'il poursuit d'autres fins). L'unicité n'interdit pas seulement de soumettre une nouvelle fois la même demande au juge, elle interdit toute nouvelle demande relative au même contrat de travail liant les mêmes parties.

La concentration des moyens du droit commun est donc incontestablement moins dangereuse pour le droit d'action. C'est en cela qu'elle n'est pas en contradiction avec l'article 6.1 de la Convention EDH, alors que l'unicité, qui incite les parties (en fait les salariés) à attendre la fin de la relation de travail pour saisir le juge, au contraire le viole, dans tous les cas où sa mise en œuvre aboutit à ce qu'aucun juge, jamais, ne sera saisi d'un litige – fût-ce un litige sur la légalité d'un licenciement – pour dire les prétentions des parties bien ou mal fondées (110).

\* La concentration procédurale est l'autre mesure de rationalisation du procès, instaurée en droit commun par le décret n°2009-1524 du 9 décembre 2009. Elle n'existe, pour l'heure, que devant la Cour d'appel pour les procédures avec représentation obligatoire, qui sont écrites (111). Elle implique que l'objet du litige, les moyens de fait et de droit soient fixés dès l'introduction de l'instance, sous peine d'irrecevabilité ultérieure. Réalisée lors de la mise en état de l'affaire pour écarter tout de suite les éléments susceptibles de ralentir le règlement juridictionnel du litige, elle est, à l'heure actuelle, difficilement applicable au procès prud'homal, car la mise en état y est le plus souvent inexistante. Et ce bien qu'elle soit d'autant plus indispensable que l'unicité oblige les justiciables à soumettre toutes leurs demandes à l'occasion d'une seule instance. Pourtant, nombreux sont les textes du Code du travail (112) régissant la mise en état, nombreux

(106) Cass. Soc. 11 janv. 2006, 2<sup>ème</sup> arrêt, Bull. civ. V, n° 10, Dr. Ouvr. 2006, p.369, n. M.-F. Bied-Charreton et P. Darves-Bornoz ; M. Keller, « Licenciement économique, cassation sans renvoi, unicité de l'instance prud'homale : une mauvaise rencontre », Dr. Soc. 2006.1010.

(107) Pierre Joxe, *Soif de justice*, préc. in n. 2.

(108) N° 04-10672, Bull. civ. A.P. n° 8, RTD. Civ. 2006. 825, obs. R. Perrot

(109) V. Orif, préc., n° 549.

(110) V. *supra* (II) Cass. Soc. 21 janv. 2014, not. n° 20 et texte reproduit *infra* p. 543.

(111) V. n.464 de la thèse V. Orif précité in n.4.

(112) Not. des articles R.1454-17 (selon lequel le renvoi de l'affaire au bureau de jugement par le bureau de conciliation a pour condition que « l'affaire soit en état d'être jugée », R. 1454-14 (donnant au bureau de conciliation le pouvoir d'ordonner toutes mesures d'instruction, même d'office), R. 1454-1 du Code du travail (donnant au bureau de conciliation – ou au bureau de jugement, si la mise en état n'a pas été faite au début de la procédure – le pouvoir de désigner un ou deux conseillers-rapporteurs, afin de mettre l'affaire en état d'être jugée).

encore les écrits théorisant la figure particulière de la mise en état devant le Conseil de prud'hommes, dont ceux de Tiennot Grumbach furent les plus importants, nombreuses enfin les formations prud'homales qui lui sont consacrées. Les raisons de l'inexistence de la mise en état devant le Conseil de prud'hommes sont, outre la mauvaise volonté des justiciables employeurs à délivrer les pièces et informations nécessaires au juge, le départage fréquent sur le principe même de mesures d'instruction, l'ignorance de la fonction particulière du greffier dans une procédure orale, comme du rôle actif du juge prud'homme dans la preuve. C'est regrettable, l'absence de mise en état constituant le point de départ des dysfonctionnements du procès prud'homal (113).

### 3°) Proposition médiane

28. Faut-il alors prôner la substitution du droit commun à la règle spéciale ?

Elle aurait pour conséquence la suppression de l'ensemble du dispositif de l'unicité, de la règle, de l'exception et de ses assouplissements.

L'on peut penser que le droit commun permettrait aux salariés d'agir en cours de contrat, en raison du droit d'actions successives qu'il permet. Et ce, non seulement pour obtenir une réparation financière, mais une remise en état ayant du sens, le contrat se poursuivant. Au lieu que l'unicité aggrave encore la paralysie du droit d'action des salariés qui résulte déjà du risque de repréailles patronales à sa mise en œuvre. Cette double contrainte oblige les salariés à attendre la rupture du contrat pour demander une réparation prétendument complète des préjudices subis, alors que cette dernière n'est le plus souvent que financière et d'un montant dérisoire.

Cependant, outre que ce droit commun de l'action risque de rester théorique, l'absence de saisine du juge en cours de contrat s'expliquant, avant tout, par la crainte des salariés de la rétorsion patronale, il aurait pour contrepartie l'impossibilité de soumettre au juge des demandes nouvelles en appel. Le principe de droit commun est, en effet, celui de l'immutabilité du litige. Aux termes de l'article 4 du Code de procédure civile, « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions*

*respectives des parties. (...) Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ». Malgré l'évolution du droit commun vers une mutabilité contrôlée du litige (114) (reportée de l'introduction de l'instance au jour où le défendeur a fait valoir ses prétentions (115)), le principe posé par l'article 564 du Code de procédure civile demeure l'interdiction des demandes nouvelles en appel (116), en raison, notamment, de l'atteinte trop grave au double degré de juridiction que constituerait leur admission à cette hauteur de la procédure (117). Or, on l'a vu, le droit de présenter des demandes nouvelles à toute hauteur de la procédure est une prérogative souvent précieuse dans le procès du travail. Tout d'abord parce qu'elle est garante de la sauvegarde du droit d'agir dans un grand nombre de litiges (litiges mal engagés par des justiciables, souvent seuls du côté salarié, ignorants donc des dangers de l'unicité, notamment dans une procédure orale, en même temps que les juges saisis peinent souvent à manier la règle spéciale). Par ailleurs, la possibilité de présentation de demandes nouvelles, en tout état de cause, évite frais et perte de temps (l'on se souvient qu'avocats et défenseurs sont attachés à cette technique, tout particulièrement dans les conseils surchargés (118)). Et ce, pour deux raisons. La recevabilité de la demande nouvelle en appel peut encore garantir un jugement obtenu dans un délai raisonnable. Elle préserve, surtout en ces temps de politique de réduction des délais de prescription en droit du travail (119), le principe même du recours au juge, notamment dans les contentieux ayant pour objet la réparation de violations « continues » de la légalité, telle la discrimination syndicale qui en constitue le prototype, mais encore, de façon générale, dans les contentieux initiés par des salariés ordinaires victimes, par exemple, du non-respect du principe d'égalité de traitement (hommes/femmes, « *à travail égal, salaire égal* »).

La suppression de la règle de l'unicité entraînant nécessairement avec elle la suppression du droit de présenter des demandes nouvelles à toute hauteur de la procédure, l'alignement de la procédure prud'homale sur le droit commun, sans au préalable

(113) V. not. « La réforme de la justice du travail », propositions de M. Lacabarats, Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, RDT 2013.536.

(114) Le souhait des juges, comme d'une grande partie de la doctrine, étant de revenir à une immutabilité plus stricte en raison de l'encombrement des rôles, qui n'est pas un mal propre au procès du travail...

(115) V. thèse préc. V. Orif, n°s 346 et s.

(116) Sauf, dit le texte : « (...) pour opposer la compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

(117) Sur l'ensemble de la question, notamment l'atténuation de l'effet dévolutif de l'appel par la recevabilité des prétentions nouvelles en appel, v. thèse préc. de V. Orif, n°s 359 et s. ; et sur la transformation de la conception de la voie d'appel, non plus seulement voie de réformation, mais d'achèvement du litige : *id.*, n° 363.

(118) V. *supra* n° 26.

(119) V. Mireille Poirier, « Éviter le couperet de la prescription, après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », Dr. Ouvr. 2014. 182.

donner aux juridictions du travail l'ensemble des moyens institutionnels (matériels et culturels, de formation notamment, actuellement dérisoires) d'une véritable juridiction, ne risque-t-il pas de nuire, plus gravement encore que le *statu quo*, à la justice du travail, parente pauvre de la justice en France ? Et ce, d'autant que le droit positif de l'unicité a, malgré ses mouvements d'aller/retour, progressé malgré tout, vers un régime juridique compatible avec la conception moderne du procès équitable.

## B. Les acquis et les dernières difficultés du régime actuel de l'unicité

Une vue d'ensemble du droit positif de la règle laisse voir que nombre de ses écueils sont écartés (1°). Quelques incertitudes, malgré tout, perdurent, qui tiennent essentiellement à l'articulation de mécanismes procéduraux spéciaux et de droit commun que les juges, non seulement prud'homaux, mais professionnels des Cours d'appel et de la Cour suprême, peinent à appréhender dans leur globalité (comme le montre encore l'arrêt du 21 janvier 2014), et donc inaccessibles aux demandeurs salariés, surtout lorsqu'il se défendent seuls, pendant que les avocats d'employeurs sont passés maîtres dans le maniement de « l'arme » unicité de l'instance. Le retour à une interprétation littérale des articles R. 1452-6 et R. 1452-7 du Code du travail et quelques précisions textuelles explicites devraient permettre d'y remédier (2°).

### 1°) Les écueils écartés

#### a) Unicité et règles de procédure

29. L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 16 novembre 2010 (120), en énonçant que seul « un jugement au fond » peut constituer la fin de non-recevoir à une action ultérieure, a enlevé à la règle sa toxicité la plus critiquable.

La seule extinction procédurale de l'instance ne permet plus, désormais, d'opposer l'unicité à une nouvelle saisine du juge afin de lui soumettre le fond d'un litige. Jusqu'à cet arrêt de principe, tout dessaisissement du juge prud'homal avait pour conséquence l'opposabilité de l'unicité à une éventuelle action ultérieure, qu'il résultât d'une décision irrévocable au fond ou de tout acte de procédure constatant l'extinction de l'instance (tels le désistement, la

caducité, la nullité de la procédure, l'incompétence matérielle ou territoriale...), voire même de l'acte, ayant pour effet la simple suspension de l'instance (tels la radiation ou le retrait du rôle).

Il en découlait une assimilation de l'extinction de l'instance à l'extinction de l'action, attentatoire aux exigences du procès équitable. À cet égard, il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation a expressément précisé, dans le communiqué accompagnant son arrêt revirement de 2010, que la règle de l'unicité ne doit pas entraîner un « déni de justice » (que dénonçait la critique la plus fréquente et quasi unanime de la jurisprudence antérieure). Désormais, si l'action n'est pas éteinte, les parties peuvent ressaisir le juge.

Ainsi, le désistement d'instance en vue de saisir le Conseil compétent, le simple constat de la caducité, de la péremption ne déclenchent plus la sanction de la fin de non-recevoir. Seule une décision irrévocable ayant une incidence sur le fond du droit le peut. Tels un jugement prud'homal (un arrêt d'appel ou de cassation), un procès-verbal de conciliation totale, une transaction (121) (l'unicité étant, cependant, écartée au cas de nullité du procès-verbal de conciliation ou de nullité de la transaction (122)), et évidemment un désistement d'action.

Cet arrêt de 2010 a permis d'extirper de la règle le « venin » mortel que l'unicité a, tout au long d'un contentieux ancien et fourni, infligé au droit d'action. Il mettra définitivement fin au contentieux procédurier, jouant des effets du désistement du demandeur ou, plus souvent encore, du défendeur employeur, auquel la combinaison de l'unicité et du désistement dans une procédure orale donnait la possibilité de pratiques déloyales de déchéance du salarié redoutables (123).

Par ailleurs, avant et depuis l'arrêt de principe du 16 novembre 2010, la jurisprudence a également réglé certaines des difficultés les plus grandes de l'unicité, liées à sa combinaison avec d'autres règles procédurales ou substantielles.

30. La question de l'opposabilité de l'unicité au cas d'instances successives de nature différente – en référé et au fond – a été largement réglée en droit positif (124).

(120) N° 09-70404. V. *supra* (I) n° 11 et références n. 62.

(121) V. Cass. Soc. 13 juin 2012, n° 10-26857, pour la transaction que la Cour de cassation semble assimiler à un jugement au fond au regard de l'unicité de l'instance, v. *supra*, n° 11.

(122) Cass. Soc. 28 oct. 2008, n° 07-43250.

(123) Cass. Soc. 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 168 ; Cass. Soc. 14 mars 2007, n° 05-43351, D. 2007. 1007, obs. F. Guiomar, « Unicité de l'instance prud'homale, appel incident et désistement d'appel ».

(124) L'on voit poindre un contentieux portant sur la succession d'instances provisoires de nature différente, propre à la juridiction prud'homale en raison de la dualité du provisoire en son sein, pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation et référé prud'homal.

L'unicité est inapplicable en cas de saisine du juge du fond postérieure à celle du juge des référés ; de même la différence de nature entre les instances fonde une possible saisine du juge des référés quand une instance au fond est pendante (même si le juge du fond est dessaisi après la saisine du juge des référés). À l'inverse, la jurisprudence décide que l'unicité s'applique en cas de saisines successives du juge des référés, l'argument de la nature différente des instances successives ne jouant plus (125) ; l'unicité s'applique, enfin, devant le juge des référés après une décision au fond (126).

31. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, en date du 17 juin 2009 (127), retient une solution qui devrait mettre fin au contentieux kafkaïen de l'opposabilité de l'unicité à la demande nouvelle ayant pour fondement l'inexécution d'un précédent jugement. Il énonce que la règle ne s'applique pas dans cette hypothèse.

32. L'inapplicabilité de la règle dans le litige international du travail a été, l'on s'en souvient, énoncée par l'arrêt ci-dessus analysé du 8 février 2012 (128).

33. Depuis l'arrêt du 16 novembre 2010 (129), l'unicité n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement au fond.

Elle est donc, désormais, écartée lorsque l'extinction de l'instance est la conséquence d'un acte de procédure, qu'il résulte de la volonté des parties – tel le désistement d'instance (article 394 du Code de procédure civile), ou sanctionne leur négligence – telles la péremption (articles 386 du Code de procédure civile et R. 1452-8 du Code du travail), ou la caducité de la citation (R. 1454-12 du Code du travail), ou encore leur erreur, comme dans l'espèce ayant donné lieu au revirement de 2010, où l'extinction de l'instance résultait du prononcé de la nullité de la procédure en raison de l'absence du préliminaire obligatoire de conciliation.

34. L'unicité est enfin inapplicable en cas de suspension de l'instance résultant de mesures d'administration judiciaires (qui ne sont pas des jugements), tels la radiation (article 381 du Code de procédure civile), le sursis à statuer et le retrait du rôle (article 377 du Code de procédure civile). Nous avons vu,

dans l'analyse critique de l'arrêt du 21 janvier 2014, que l'application de l'unicité à une seconde instance, introduite alors qu'un retrait du rôle avait suspendu l'instance d'appel, ne résulte pas du texte, mais de la jurisprudence contestable qui a transformé la possibilité légale de présenter une demande nouvelle en appel en une obligation de le faire, sous peine d'irrecevabilité de cette dernière. La privation du droit d'agir qui en résulte fonde la proposition de modification de la rédaction du texte de l'article R. 1452-7 du Code du travail (130).

## b) Unicité et règles substantielles particulières

### 35. *Le transfert d'entreprise.*

Une jurisprudence déjà ancienne (131) s'est prononcée sur l'inapplicabilité de la règle au cas de changement d'employeur résultant d'un transfert d'entreprise, sur le fondement de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Le second employeur ne peut opposer l'unicité à l'action que le salarié engagerait à son encontre pour des demandes dont le fondement était né ou révélé lors d'une première instance l'ayant opposé à son ancien employeur. Le contrat poursuivi est pourtant bien le « même contrat », mais le litige n'intervient pas entre les « mêmes parties » (l'ancien et le nouvel employeur sont deux parties distinctes). Pourtant, le nouvel employeur est l'ayant-cause universel de l'ancien, et le fondement de la prétention de la seconde instance était bien né lors de l'instance qui avait précédemment opposé le salarié à son ancien employeur. C'est sans doute pourquoi, à l'inverse de sa solution dominante au cas de transfert d'entreprise, la jurisprudence affirme l'unicité applicable au cas de transfert du contrat de travail résultant d'une fusion-absorption, la transmission du patrimoine de la société dissoute à la société absorbante étant universelle (132). Ces incertitudes de la jurisprudence manifestent, une fois encore, la tension interne à la règle, la préservation du droit d'action ou la sécurité juridique.

### 36. *L'ouverture d'une procédure collective.*

L'unicité n'est pas non plus opposable dans le cadre d'une procédure collective au cas d'actions successives du salarié contre son employeur d'abord, puis contre un mandataire de justice. Lorsque le

(125) Cass. Soc. 6 fév. 1996, Bull. civ. V, n° 46. Sur la sévérité de cette solution, v. R. Perrot, RTD civ. 1990. 148.

(126) Cass. Soc. 25 janv. 2006, Bull. civ. V, n° 129. V. Orif, thèse préc., n° 240 à n° 245.

(127) N° 07-44717, cassation d'un arrêt de Cour d'appel ayant opposé l'unicité à une demande liée à l'exécution d'un jugement antérieur : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la demande de la salariée tendait à la remise par l'employeur des bulletins de paie annuels avec des taux de cotisation rectifiés correspondant à la qualification et au salaire qui lui ont été attribués par le jugement*

*du 3 décembre 1998 (...), qui constituait une difficulté née de l'exécution du jugement précité, était recevable, nonobstant la règle de l'unicité de l'instance.* »

(128) V. *supra* (II) nos 12 à 16.

(129) N° 09-70404. V. *supra* (I) n° 11.

(130) V. *infra*, Pour conclure, nos 44 et 45.

(131) Cass. Soc. 10 mai 1999, Bull. civ. V, n° 237 ; 5 déc. 2007, n° 06-46537.

(132) Cass. Soc. 17 mai 2005, n° 02-46537.

mandataire a informé le Conseil de prud'hommes saisi de l'ouverture de la procédure (comme l'exige l'article L. 625-3 du Code de commerce), il se retrouve partie au procès, mais s'il n'a pas procédé à l'information, il demeure un tiers. Le salarié peut alors saisir le Conseil pour que son jugement soit déclaré opposable au mandataire comme à l'AGS. Par ailleurs, le salarié pourra agir successivement contre l'employeur, puis contre l'AGS, pour recouvrer les créances salariales que cette dernière garantit. L'affirmation de l'inopposabilité de l'unicité est acquise depuis longtemps dans ce domaine (133).

### 37. Le travail précaire.

La mise en œuvre de l'unicité présente dans ce domaine de grandes difficultés que la jurisprudence aggrave en affirmant des solutions différentes dans le contentieux du contrat de travail temporaire et celui du contrat à durée déterminée.

\* Lorsqu'un CDI est conclu après une succession de contrats temporaires, ou encore lorsque l'entreprise utilisatrice a continué à faire travailler un salarié temporaire après la fin de la mission, ce dernier est réputé lui être lié par un contrat à durée indéterminée dont le point de départ est le premier jour de sa mission (article L. 1251-39 du Code du travail). L'unicité est-elle alors applicable, et donc opposable, dans l'hypothèse de saisine successive du juge par le salarié, relative au CDI d'abord (une demande de congés payés par exemple), aux contrats temporaires ensuite (une demande de sommes découlant de l'ancienneté acquise pendant les différentes missions) ?

Écartant la conception d'ensemble contractuel unique, la Cour de cassation n'exige pas que le salarié présente l'ensemble de ses demandes dans le cadre d'une seule instance. Elle prend en considération la pluralité des contrats de travail entre le salarié et l'entreprise de travail temporaire d'abord, l'entreprise utilisatrice ensuite. Et ce, même dans l'hypothèse où le salarié est « réputé » être le salarié de l'entreprise utilisatrice dès sa première mission (134).

\* Par contre, la jurisprudence applique l'unicité en cas de requalification du contrat de travail à durée déterminée. Ce qui signifie que le salarié doit présenter, dès le début de l'instance, – toutes – ses demandes de requalification et de fourniture de travail, mais aussi toutes ses demandes liées à l'éventuelle rupture de son contrat parce que la requalifi-

cation, si elle est ordonnée, n'entraîne pas la poursuite du contrat de travail (ce que le travailleur peut ignorer. Il lui faut donc anticiper ses demandes d'indemnités de licenciement et dommages-intérêts pour licenciement injustifié, voire ses demandes non liées à la requalification (prime conventionnelle, par exemple)). À défaut, les demandes autres que la requalification seront irrecevables en raison de l'unicité (135).

\* La difficulté se complique encore du fait que l'article L.1245-2 du Code du travail instaure une procédure particulière de requalification du contrat de travail à durée déterminée : la saisine directe du bureau de jugement, qui statue au fond dans le délai d'un mois après sa saisine. La question s'est évidemment vite posée de savoir si cette formation particulière est compétente pour connaître de toutes les demandes du salarié, qui sont de nature différente, nous l'avons vu, ou seulement de sa demande de requalification, les autres demandes étant portées devant le bureau de conciliation. Mais le salarié ne prend-il pas alors le risque de se voir opposer l'unicité, si son licenciement, par exemple, est intervenu entre la saisine du bureau de jugement et la clôture des débats devant ce dernier ? Une telle application mécanique de l'unicité est particulièrement rigoureuse à l'encontre de salariés précaires confrontés, le plus souvent seuls, à la difficile combinaison de la procédure particulière de requalification et de l'unicité. Elle a pour conséquence drastique de fermer toute possibilité d'agir en justice aux précaires qui espèrent que la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée aura pour effet, de bon sens pour un non-juriste, de sauvegarder leur emploi. On retrouve, ici, la difficulté des salariés dont le licenciement n'est pas injustifié, mais illicite et donc nul, qui sont obligés de présenter, dès le début de l'instance, non seulement leur demande principale de constat de la nullité par le juge et de réintégration, mais encore une demande subsidiaire d'indemnités de licenciement. La règle procédurale a pour effet de priver de contenu la règle substantielle de nullité du licenciement illicite, l'accord entre les juges se faisant évidemment plus facilement sur la demande indemnitaire que sur la mesure de réintégration, perçue par les conseillers employeurs comme une remise en cause du pouvoir patronal.

Face aux critiques, la jurisprudence (136) a évolué dans un sens plus favorable au droit d'action du salarié. Ce dernier a, désormais, une option entre le

(133) V. thèse V. Orif, préc., n°s 60 à 62.

(134) V. Cass. Soc. 12 nov. 2002, n° 00-42225.

(135) V. Cass. Soc. 25 avr. 2001, n° 99-41157 : irrecevabilité des demandes en paiement de sommes réclamées en exécution du contrat de travail pendant la période antérieure au jugement, qui s'était prononcé sur la requalification.

(136) V. not. Cass. Soc. 4 déc. 2002, Bull. civ. V, n° 369.

recours à la procédure spéciale de requalification pour l'ensemble de ses demandes et la dissociation de ses demandes, celle relative à la requalification étant portée devant le bureau de jugement et celles sans lien avec la requalification étant soumises au bureau de conciliation. Le salarié peut même faire le choix en cours d'instance, en se désistant de ces dernières devant le bureau de jugement.

## 2°) Les dernières incertitudes

### a) Unicité et action personnelle du salarié

38. Incertitudes de la combinaison de l'unicité avec d'autres règles procédurales de l'action personnelle en justice. Les arrêts de 2014 ci-dessus analysés constituent deux exemples des dernières difficultés de l'unicité opposée à l'action du salarié.

\* Il s'agit du télescopage de l'unicité avec la technique juridique de droit commun de la suspension de l'instance, d'une part ;

\* du difficile maniement, par les parties et par le juge, du régime juridique de la preuve en droit du travail, d'autre part.

Cependant, leur analyse a également montré que les difficultés ici rencontrées ne sont pas insurmontables (137).

\* De même, l'incertitude des solutions jurisprudentielles contraires selon l'incompétence matérielle ou territoriale de la juridiction saisie devrait être désormais résolue.

L'erreur du justiciable sur la compétence matérielle est, selon un arrêt ancien, sanctionnée par l'opposabilité de l'unicité (138), alors que l'incompétence territoriale (139) n'emporte plus cette conséquence. La doctrine de l'arrêt de principe du 16 novembre 2010 (*supra* n°11) devrait résoudre la contradiction. L'instance éteinte en raison de l'opposition d'une exception d'incompétence, fût-elle matérielle, ne saurait fonder la déchéance du demandeur sans examen de sa prétention au fond.

### b) Unicité et actions syndicales en justice

Leurs enjeux sont importants quant à l'efficacité de l'action syndicale en justice, bouclier du droit d'agir des salariés. Tout particulièrement lorsque l'action syndicale est l'action de substitution exercée par le syndicat en faveur du ou des salarié(s) au(x)quel(s) il se substitue, dans les cas où la loi l'autorise ; et, plus accessoirement, lorsque le syndicat agit devant le

TGI dans l'intérêt collectif, ou intervient sur ce même fondement devant le CPH ou en appel.

– *L'opposabilité de l'unicité à l'action personnelle d'un salarié après l'introduction d'une action syndicale de substitution en sa faveur ?*

39. La question a été posée à la Cour de cassation dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de sa Chambre sociale du 12 février 2008 (140). Un syndicat avait engagé une action de substitution en requalification de contrat à durée déterminée, puis s'était désisté à la suite de l'opposition du salarié à son action. Le salarié ayant, à son tour, porté devant le Conseil de prud'hommes une demande de requalification de son contrat de travail à durée déterminée irrégulier, l'employeur lui avait opposé l'unicité. La Cour de cassation l'écarte en ces termes : « *L'opposition d'un salarié à ce qu'un syndicat exerce à son bénéfice une action de substitution ne saurait valoir renonciation de ce salarié au droit d'intenter l'action personnelle dont il est titulaire pour obtenir la requalification de ses contrats à durée déterminée irréguliers, la règle de l'unicité de l'instance ne pouvant être opposée à l'intéressé alors qu'il n'a jamais été partie à la première instance* ».

La solution est claire parce qu'en l'espèce, la question était simple : le salarié s'étant opposé à l'action du syndicat, l'unicité ne pouvait pas, à l'évidence, lui être opposée. Mais qu'en serait-il si, l'action de substitution ayant été menée jusqu'à son terme, le salarié avait voulu la reprendre – soit immédiatement, si le jugement obtenu ne lui convenait pas ou si, quelque temps après, il avait voulu saisir le Conseil des prud'hommes d'une autre demande (le non-respect de la convention collective, par exemple, après celle de la requalification de son contrat) ?

La question inquiète beaucoup certains avocats, qui préfèrent, par crainte de l'unicité opposée à toute action ultérieure du salarié, ne pas utiliser l'action en substitution en dépit de ses « vertus » (141). Cette action permet au syndicat l'obtention d'un jugement au bénéfice direct des salariés qui pourra ordonner le rétablissement de la légalité violée (la réintégration du salarié, la reconstitution de sa carrière...), à la différence de l'action dans l'intérêt collectif de l'article L. 2132-3 du Code du travail, qui se solde par la seule allocation de dommages-intérêts au bénéfice du syndicat défenseur de l'intérêt collectif. La crainte que l'unicité prive définitivement le salarié de son

(137) V. *supra* (II), nos 17 à 21 not., pour le télescopage de l'unicité et de la suspension d'instance devant la cour d'appel et nos 22 et 23, quant à l'unicité dans le contentieux du « délit continu ».

(138) V. Cass. Soc. 9 mai 1973, Bull. civ. V, n° 289.

(139) V. *supra*, Cass. Soc. 27 janv. 1999, Bull. civ. n° 44.

(140) N° 06-45397, n. M. Keller, RDT 2008.404.

(141) Sur les vertus de l'action de substitution, v. F. Petit « Nature et vertus de l'action de substitution », in *Procès du travail, travail du procès*, dir. M. Keller, LGDJ 2008, pp. 205 et s.

droit d'action – particulièrement au moment crucial de son licenciement – après que le syndicat ait, en cours de contrat, mis en œuvre le droit de substitution à son bénéficiaire, est parfois évoquée lors de réunions « savantes » à l'AFDT, par exemple, mais elle n'a jamais fait l'objet d'un débat approfondi. C'est dommage, car l'action de substitution, particulièrement lorsque est groupée (142), a une grande potentialité de défense effective des droits des salariés quand elle est exercée en cours de contrat.

En l'absence, à l'heure actuelle, de contentieux sur ce point, comment savoir si le « venin » de l'unicité serait mortel pour le droit d'action ultérieur du salarié en cas de substitution préalable du syndicat ? Une telle crainte est-elle fondée ?

La difficulté nous semble être exactement la même qu'au cas de recours personnel du salarié. Et ce, qu'il s'agisse de la difficulté juridique de l'opposition de l'unicité à toute demande nouvelle comme de la crainte de la rétorsion patronale (143) à l'action en justice.

Comme lorsqu'il a agi seul, le salarié devra prouver le fait nouveau (« né ou révélé » après la saisine du Conseil de prud'hommes) au soutien de sa nouvelle prétention sur le fondement de l'article R. 1452-6, alinéa 2 du Code du travail. À vrai dire, le danger de l'unicité lui sera (peut-être ?) plus facile à écarter qu'au cas où il a agi seul. Parce que l'action de substitution qui va bénéficier au(x) salarié(s) est une action personnelle au syndicat, comme l'a énoncé la Cour de cassation (144), et non une action individuelle exercée syndicalement, comme certains l'analysent encore. Or, l'identité des parties est l'une des conditions de l'opposabilité de l'unicité à une seconde saisine du juge.

Par contre, la difficulté inhérente à la nature du rapport de travail est la même, à savoir la fragilité de la liberté fondamentale d'agir en justice face au pouvoir patronal. Et à cette difficulté, il n'est pas de réponse juridique « magique ». L'on sait, en effet, que le droit à réintégration du salarié licencié en rétorsion à son

action, qui existe à l'encontre de certaines infractions patronales les plus graves (145), ne suffit pas, malheureusement, à elle seule, à garantir, en fait, le droit au recours du salarié, même si elle constitue un progrès de l'État de droit. La réintégration du salarié ordonnée par le juge est souvent, à l'inverse, un facteur d'aggravation de discrimination, moins directe, contre laquelle le salarié aura plus de difficultés encore à se défendre... La limite de la seule action judiciaire, en l'absence d'un rapport de force favorable dans l'entreprise, est connue.

– Quant à la rencontre de l'unicité avec l'action syndicale dans l'intérêt collectif, trois difficultés peuvent apparaître, que l'on peut présenter par ordre croissant de gravité.

\* 40. Une première question a été posée en jurisprudence, celle de l'articulation d'une action dans l'intérêt collectif devant le Tribunal de grande instance – pour demander à l'employeur de respecter la convention collective applicable dans l'entreprise, par exemple – et la demande ensuite portée par chacun des salariés concernés devant le Conseil de prud'hommes en vue de l'individualisation de leurs droits.

Elle est réglée par simple application de la règle de l'autorité de chose jugée, qui suppose qu'il s'agit du même procès, ayant le même objet et la même cause entre les mêmes parties (articles 1351 du Code civil et 122 du Code de procédure civile). Ce n'est évidemment pas le cas dans une telle hypothèse, et la question de l'opposabilité de l'unicité est un faux problème. Sauf si le législateur affirmait un jour, par exception à la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes, le droit pour les salariés d'intervenir dans l'action dans l'intérêt collectif (prévue à l'article L.2132-3 (ex-L. 411-11) du Code du travail) portée par le syndicat devant le Tribunal de grande instance, aux fins d'obtenir directement de ce dernier l'individualisation de leurs droits (le salaire conventionnel, par exemple), sans avoir à introduire une nouvelle action prud'homale ultérieure pour y parvenir (146). Nous n'en sommes pas là...

(142) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> fév. 2000, JCP 2001, II, 10541, chron. E. Jeuland, « L'action de substitution des syndicats à la place des salariés » ; M.-L. Dufresne-Castets « Actualité des actions de substitution », Dr. Ouvr. 2004, p. 122.

(143) L'on sait que, depuis un arrêt du 3 nov. 1972, Bull. civ. V, n° 595, le syndicat doit donner, dès l'introduction de l'instance prud'homale, dans l'acte d'assignation, le nom des salariés auxquels il se substitue (ce qui n'était pas le cas jusqu'alors et ce, depuis un arrêt du 1<sup>er</sup> mai 1923, si bien qu'une sorte d'action de groupe avait existé, très tôt, devant le Conseil de prud'hommes. Sans que lui soit opposée la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes pour les litiges individuels ! Cette action « de groupe » avait d'abord pour objet de débattre devant le juge la question du principe de l'application de la convention collective. Et c'était seulement si l'employeur refusait d'exécuter

la décision d'application de cette dernière au bénéficiaire de tous les salariés, que s'ouvrait la deuxième phase de l'instance pour la fixation des droits de chacun. V. l'analyse d'E. Gaudillière, « Feu l'article 31t », Action Juridique CFDT, 4 janv. 1973. Cette pratique présentait un moindre risque de rétorsion patronale à l'action en justice des salariés.

(144) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> fév. 2000, préc. in n. 142.

(145) V. articles L. 1144-3 : action en justice pour l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, et L. 1134-4 du Code du travail : action en justice contre la discrimination.

(146) V. notre proposition, en ce sens, de modification de l'article L.2132-3 in note sous Cass. Soc. 25 sept. 2013, *Airelle*, Dr. Ouvr. 2014. 41 et s., not. p. 50.

\* Remarquons, cependant, que la question peut, d'ores et déjà, se poser si une transaction au bénéfice de chacun des salariés auxquels la convention est applicable intervient après l'action du syndicat devant le Tribunal de grande instance. Et la réponse est donnée par l'arrêt du 16 novembre 2010, l'unicité s'oppose alors évidemment à l'introduction d'une instance prud'homale ayant le même objet, puisque le litige a été réglé au fond.

\* Une seconde question concerne la possibilité, pour le syndicat, d'intervenir dans l'action d'un ou de salariés en cause d'appel, en défense de l'intérêt collectif. Pourrait-elle se heurter à la fin de non-recevoir de l'unicité ?

41. L'intervention du syndicat, notamment dans un contentieux de masse « test », peut être, on le sait, déterminante pour l'effectivité du recours au juge au bénéfice de l'ensemble des salariés de l'entreprise, et ce, même s'il ne décidait de le faire qu'en appel. L'intervention du syndicat devant le Conseil de prud'hommes se réalise, le plus souvent, dès la première instance. Est-elle possible en appel, alors que le syndicat est resté tiers à la première instance ? Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 7 juillet 2004 a répondu positivement en déclarant recevable l'intervention syndicale aux motifs que « ...*l'intervention en cause d'appel d'un syndicat poursuivant la réparation du préjudice causé par le même manquement à la profession dont il défend les intérêts (en l'espèce la violation de la loi sur le travail à temps partiel), ne soumet pas à la Cour d'appel un [litige nouveau]* » (147). Le Code de procédure civile, pour sa part, affirme la recevabilité de l'intervention en appel en son article 554 : « *Peuvent intervenir en cause d'appel, dès lors qu'elles y ont intérêt, les personnes qui n'ont été ni parties, ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité* ». La solution est claire dans le cadre d'un appel « de droit commun ».

Mais la réponse demeure-t-elle incontestable lorsque des prétentions – nouvelles – sont présentées par la partie principale dans le cadre de « l'appel spécial » de l'article R.1452-7 du Code du travail ? Le Code du travail a forgé la technique de l'unicité et de sa contrepartie en posant deux conditions, une identité de contrat de travail et une identité de parties. Or, le syndicat est un tiers à la première instance. La question est, cependant, théoriquement

mineure, une simple précision textuelle éviterait son instrumentalisation procédurière.

\* Autrement importante est la troisième question de la portée du désistement par le syndicat de l'action de substitution, d'abord engagée par lui, sur son intervention ultérieure en défense de l'intérêt collectif dans l'instance engagée par le salarié.

42. Le même arrêt du 12 février 2008, ci-dessus analysé (148), y a répondu en écartant expressément le moyen de l'unicité opposé par l'employeur à l'intervention du syndicat. Les trois actions – personnelle du salarié, de substitution et dans l'intérêt collectif du syndicat – sont autonomes. Leur vraie difficulté n'est pas l'articulation entre elles. Elle réside dans l'impuissance actuelle du régime de l'action en justice du droit français du travail, et ce malgré sa richesse, à garantir l'effectivité de la sanction judiciaire au bénéfice de l'ensemble des salariés lésés par une violation semblable de leurs droits – la non-exécution par l'employeur de la convention, par exemple.

43. La solution à toutes ces difficultés serait, en droit judiciaire du travail, la reconnaissance de la portée de l'action collective en justice (essentiellement syndicale dans notre droit) et de son bénéfice individuel à chacun des salariés concernés. L'intervention du syndicat dans le procès permet, d'ores et déjà, (elle l'a souvent permis par le passé), la solution collective, c'est-à-dire le rétablissement de la légalité violée au bénéfice de – tous – par la négociation, de fin de conflit plus que de fin de litige, devant le juge ou dans l'entreprise. Le conflit est toujours sous-jacent au litige dans les rapports de travail. Le « vieux » droit du travail le savait, lorsqu'il tentait de forger les moyens légaux d'un rapport de forces égales syndicat/patronat pour une négociation entre « protagonistes », et non « partenaires sociaux », des exigences salariales face à celles gestionnaires de l'entreprise. On l'oublie aujourd'hui dans l'élaboration de la norme substantielle que l'idéologie de la « refondation sociale » prétend voir confiée aux partenaires sociaux au détriment du Parlement (149). Comment s'étonner que le droit judiciaire et sa logique « individuelle » tâtonne, à son tour, tout particulièrement à un moment où l'on attend (sans doute trop) du recours juridictionnel, devenu roue de secours de l'action collective défailante sur le terrain ?

(147) N° 02-40955.

(148) Pourvoi 06-45397, v. *supra*, n° 39 et n. 140.

(149) V. not. Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », Dr. soc. 2003.59, et « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in

S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ 2007, pp. 19 et s. Sur le développement d'un nouveau type de négociation de concessions des syndicats de salariés sur les revendications des entreprises, v. Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz Connaissance du droit, 1995, pp. 41 et s.

Des projets de rénovation de l'action syndicale en justice existent (150). Ils sont fondés sur le postulat que la protection efficace du droit d'agir en justice du (des) salarié(s) en vue de faire cesser les discriminations collectives dans l'entreprise serait l'introduction, dans notre droit, d'une action collective à portée plurale, distincte à la fois de l'action de substitution et de l'action de groupe, du type de celle que la loi *Hamon* n° 2014-344 du 17 mars 2014 vient d'instaurer au profit des associations de défense des consommateurs (151). Mais, alors que Mme Taubira en avait fait l'une des priorités de sa réforme de la justice du travail, les péripéties actuelles de la proposition du rapport *Pécaut-Rivolier*, que le refus du MEDEF a renvoyé dans les tiroirs, démontrent que les propositions de simple bon sens juridique et judiciaire sont fétus de paille face à la « raison » politique du plus fort.

### Pour conclure : proposition de dépassement

44. Avant le revirement de 2010 (152), la solution radicale de la suppression de l'unicité s'imposait face à la gravité de l'atteinte au droit fondamental, qu'elle constituait beaucoup plus souvent qu'on ne l'a cru. L'arrêt du 16 novembre 2010 la limitant au dessaisissement du juge par un règlement au fond du litige – juridictionnel ou transactionnel – demande plus de nuance.

45. Une proposition moins radicale de poursuite de l'aménagement de la règle se justifie mieux encore si on l'envisage comme une solution provisoire, avant la réforme fondamentale de la juridiction sociale – si elle intervient un jour – que les juristes les plus épris de justice sociale réclament depuis longtemps (153), et avec plus de force aujourd'hui, en ces temps de crise où « travail et justice » sont, plus que jamais, « *la rencontre de l'inconnu* », selon la belle formule de Gérard Lyon-Caen (154).

Une solution de transition, d'amélioration de la pratique de la règle, que malgré tout, même mal, les acteurs du procès connaissent, pourrait dès maintenant être mise en œuvre. Et ce, sans difficulté théorique ni grands frais en ces temps de pénurie, au regard de la multiplicité comme de la qualité des travaux universitaires et syndicaux consacrés à l'unicité (155).

\* Une amélioration jurisprudentielle, tout d'abord, par le retour à l'interprétation littérale des articles R 1452-6 et R 1452-7 du Code du travail.

\* Pour garantir l'interprétation conforme aux textes et dans le respect de l'exigence constitutionnelle de clarté de la loi (156), une « toilette » des textes consacrés à l'unicité et à ceux énonçant la spécificité du rôle actif du juge social, notamment une obligation d'informer les justiciables de la règle de l'unicité au seuil de l'instance, pourrait par ailleurs, être demandée aux services de rédaction des décrets du ministère de la Justice.

\* Des formations enfin, à la technicité de la règle de l'unicité, et au droit du procès en général, sont urgentes à mettre en œuvre.

En direction des juges prud'hommes et défenseurs syndicaux, dont la méconnaissance du droit processuel est souvent incriminée, évidemment, mais encore en direction de – tous – les acteurs du procès du travail, juges départiteurs et conseillers des chambres sociales de Cours d'appel rarement spécialistes pour leur part, des difficultés propres du procès social. Une telle réforme de la formation apparaît réalisable dès lors que l'expertise – l'ensemble des travaux universitaires poursuivant les réflexions des praticiens (157) – existe et peut donc, d'ores et déjà, être mise entre les mains de tous les acteurs du procès du travail « épris de justice ». La seule vraie difficulté de la réforme de la formation des juges du travail serait la coordination des enseignements assurés par

(150) V. Proposition M. Keller, Dr. Ouvr. 2014.41 préc. in n. 146 ci-dessus ; Note du secteur confédéral Droits, libertés, action juridique de la CGT remise à Mme Pécaut-Rivolier, Dr. Ouvr. 2014.36. Adde L. Pécaut-Rivolier, « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », RDT 2014.101.

(151) Articles L. 423-1 à L. 423-26 du Code de la consommation et leur analyse par V. Rebeyrol, « La nouvelle action de groupe », D. 2014.940.

(152) Rapport 2014 sur « Les discriminations collectives en entreprise : lutter contre les discriminations au travail, un défi collectif », ministères du Travail, de la Justice et du Droit des femmes. Présentation in RDT 2014.101, préc., supra, n. 150.

(153) V. Pierre Laroque, « Contentieux social et juridiction sociale », Dr. Soc. 1954.271 ; Y. Saint-Jours, « Les particularités du contentieux social », Dr. Ouvr. 2013. 696, et déjà Dr. Ouvr. 1993.167.

(154) In revue *Justices*, oct.-nov. 1997.

(155) V. les références doctrinales not. de la n. 4 supra. L'on peut préconiser tout à fait sérieusement à l'ensemble des formateurs de conseillers prud'hommes, formateurs syndicaux du premier degré, de salariés comme d'employeurs, formateurs

universitaires dans le cadre des sessions supérieures de l'ISST et formateurs de magistrats de carrière de l'ENM de construire leurs formations au procès prud'homal et leur contrôle de l'acquisition des connaissances à partir de la thèse de V. Orif qui va très loin dans la confrontation de la règle d'unicité avec l'ensemble des règles spéciales et de droit commun du procès du travail.

(156) C. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, point 9 : « *Considérant qu'il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques.* ».

(157) V. références de la n. 155.

les différentes institutions qui prétendent en avoir le privilège : syndicats de salariés et d'employeurs, ENM, Université ( dans le cadre de ses ISST – Instituts des Sciences sociales du travail –) (158). Mettre en place un groupe de travail sous la responsabilité d'un « sachant » incontestable, chargé de dégager les différentes facettes d'une formation à la fonction de « juge social du 21<sup>ème</sup> siècle » – savoir de droit processuel, savoir de droit substantiel, apprentissage des stratégies de l'action en justice devant l'ensemble des juridictions intervenant dans le règlement du litige du travail (159) –, comme de veiller à l'articulation adéquate des différents types de formation délivrés – formation syndicale, judiciaire, universitaire – ne semble cependant pas insurmontable. Alors que l'éclatement actuel entre les formations syndicale et universitaire, à l'exclusion de l'ENM, au bénéfice des seuls conseillers prud'hommes, est une cause essentielle des dysfonctionnements de la justice sociale en France. En effet, pendant que l'ENM assure la formation des juges de carrière, les syndicats et l'université délivrent des enseignements de nature différente, à des sous-groupes de conseillers employeurs d'une part, salariés d'autre part, ces enseignements étant en outre différenciés selon l'affiliation syndicale

des conseillers (160), est une cause essentielle des dysfonctionnements de la justice sociale en France. Le résultat est qu'au sein de la juridiction – paritaire – juges salariés et juges employeurs ne partagent pas « l'entendement juridique » des techniques qu'ils ont à manier quotidiennement. Le sort fait au référé prud'homal, par exemple, que la confusion entre « sérieusement contestable et sérieusement contesté... » paralyse, est à cet égard significatif du travail de formation à entreprendre. La défense des « droits » des salariés et des employeurs (161) passe par la capacité à inscrire les « intérêts », le plus souvent antagonistes, des uns et des autres, dans les catégories normatives substantielles et procédurales de l'Etat de droit auquel la société est parvenue.

Elle est une étape obligée pour envisager ensuite la répartition des responsabilités de chaque institution de formation, et le déroulement de leurs enseignements spécifiques, qui doit nécessairement être coordonné. La mise en œuvre judiciaire du droit social exige l'indissociable maîtrise des droits processuel et substantiel ; aucune « stratégie judiciaire » effective n'existe sans cette maîtrise. L'étude de l'unicité d'instance prud'homale en est l'illustration.

**Marianne Keller Lyon-Caen**

(158) Les propositions actuelles prévoient la seule formation des conseillers prud'hommes et circonscrite à la procédure civile, à la rédaction des jugements et à la déontologie : v. Rapport Didier Marshall préc., références *supra in n. 1*. Une telle formation est nécessaire, mais insuffisante à former les conseillers et les magistrats de carrière, intervenant dans le procès du travail, à la spécificité de la fonction de juge social.

(159) La question du moment où envisager cette réflexion étant l'un des objets importants des échanges...

(160) Actuellement : 1) Les syndicats, de travailleurs et patronaux, responsables des formations primaires la pratiquent séparément ; le cloisonnement se retrouve entre organisations

de travailleurs elles-mêmes : il y a des formations CGT, FO, CFDT... 2) L'acquisition de la connaissance du droit processuel est partagée entre les formations syndicales et les formations supérieures en ISST (pour les conseillers qui en bénéficient...). 3) L'acquisition du droit substantiel du travail est presque entièrement laissée à l'initiative des conseillers. L'on peut remarquer que certains (une minorité, il ne peut en être autrement) entreprennent un cursus universitaire de droit (Capacité en droit, quelques-uns, rares, poursuivant plus loin) inadapté au demeurant à leur besoin fonctionnel immédiat.

(161) L'apprentissage de cette distinction par les conseillers, militants et juges, fut l'inlassable objet de l'enseignement de Tiennot Grumbach.

## CONSEIL DE PRUD'HOMMES Procédure – Unicité de l'instance – Domaine d'application – Inopposabilité – Instance engagée devant une juridiction étrangère.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 8 février 2012

société Alten contre G. (p. n°10-27.940)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 28 octobre 2010), que M. G. a été engagé en qualité de directeur d'agence par la société Beten industrie selon contrat de travail à durée indéterminée du 5 novembre 2001 ; qu'il a ensuite exercé les fonctions de directeur des opérations au sein de la société Eurotechna Beten, celles de codirecteur puis directeur de Humelec-Eurotechna-Beten puis de la société Gist aux droits de laquelle se trouve la société Alten ; que, selon avenant d'expatriation du 29 septembre 2005, M. G. a été transféré au sein de la filiale espagnole Alten España en qualité de directeur de l'établissement de Barcelone, à compter du 1<sup>er</sup>

octobre suivant ; qu'aux termes de l'avenant, la période d'expatriation suspendait l'exécution du contrat de travail de M. G. avec la société Gist, la société conservant la décision en matière de durée d'expatriation ; qu'un contrat de travail local était conclu en Espagne le 20 octobre 2005 pour régir les relations entre le salarié et la société Alten España ; que, par lettre du 19 juillet 2007, la société Gist a notifié à M. G. la fin de sa période d'expatriation pour « des raisons propres aux intérêts du groupe » ; que, par lettre du 24 juillet 2007, M. G. a refusé le rapatriement au sein de la société Gist ; qu'il a saisi le Juzgado social de Barcelone à l'encontre

de la société Alten España devenue Alten Ingeniera en contestant la rupture de son contrat de travail avec cette société ; que ses demandes ont été rejetées par jugement du 25 janvier 2008 du Juzgado social, laquelle décision a été confirmée par arrêt du Tribunal superior de Catalunya du 30 septembre 2008 ; qu'après son licenciement pour faute grave prononcé le 3 janvier 2008 par la société Gist, il a saisi le 3 avril 2008 le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt à l'encontre de la société Gist d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Alten fait grief à l'arrêt de déclarer la demande de M. G. recevable, alors, selon le moyen, qu'en vertu du principe de l'unité de l'instance, toutes les demandes dérivant du même contrat de travail entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance, à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou révélé que postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ; que les modalités d'exécution et de rupture du contrat d'expatriation en Espagne étant régies par l'avenant au contrat de travail conclu le 29 septembre 2005 entre le salarié et la société GIST, M. G. conservait un lien de subordination avec cette dernière durant son expatriation en Espagne au sein de la société Alten Espana ; que les actions respectives du salarié, d'une part, devant le tribunal social de Barcelone puis le tribunal supérieur de Catalogne et, d'autre part, devant le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt dérivait dès lors du même contrat de travail et concernaient les mêmes parties ; qu'en vertu du principe de l'unité de l'instance l'action du salarié devant le juge français, ultérieure à son action en justice en Espagne et portant sur des faits connus avant la clôture des débats devant la juridiction espagnole, était dès lors irrecevable ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel a violé l'article R.1452-6 du code du travail ;

Mais attendu que le principe de l'unicité d'instance ne peut être opposé devant la juridiction prud'homale en raison d'une action introduite devant une juridiction étrangère ; que, par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve légalement justifié ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen :

Attendu que la société Alten fait grief à l'arrêt de dire le licenciement prononcé par la société Gist le 3 janvier 2008 sans cause réelle et sérieuse et de la condamner à diverses sommes à ce titre, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de l'article 33 du règlement CE n°44/2001, dit Règlement de Bruxelles, les décisions rendues dans un état membre sont reconnues dans les autres états membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ; qu'en application de ce texte, un jugement définitif étranger produit en France des effets, en tant que fait juridique, indépendamment d'une vérification de sa régularité internationale par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur ; que selon le jugement du tribunal social de Barcelone du 25 janvier 2008 confirmé en appel par la décision de la chambre sociale du tribunal supérieur de Catalogne du 30 septembre 2008, M. G. s'est rendu coupable d'actes

de concurrence déloyale à l'encontre de la société Alten Espana au cours de son expatriation en Espagne ; que ce constat par le juge espagnol de la concurrence déloyale du salarié produisait devant le juge français des effets en tant que fait juridique ; qu'en décidant au contraire que la concurrence déloyale du salarié ne pouvait être rapportée par les énonciations des décisions définitives des tribunaux espagnols, la cour d'appel a violé les articles 33 à 36 du règlement CE n°44/2001, ensemble l'article 3 du code civil ;

2°/ que, pour les mêmes raisons, en écartant la concurrence déloyale du salarié constatée par les décisions définitives des tribunaux espagnols, qui produisaient en France des effets en tant que fait juridique indépendamment d'une vérification de leur régularité internationale par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur, aux motifs que " les clichés et commentaires des rapports de filature n'établissent pas la réalité de l'activité concurrente reprochée ", la cour d'appel a violé des articles 33 à 36 du règlement CE n°44/2001, ensemble l'article 3 du code civil ;

3°/ que le recours à un traducteur assermenté pour faire traduire en français un document rédigé en langue étrangère n'est pas une obligation légale ; qu'en se fondant sur la considération selon laquelle "les traductions des décisions étrangères (difficilement compréhensibles) produites ne sont pas fiables, n'émanant pas de traducteurs désignés ou agréés" pour écarter le jugement du tribunal social de Barcelone du 25 janvier 2008 confirmé en appel par la décision de la chambre sociale du tribunal supérieur de Catalogne du 30 septembre 2008 comme élément de preuve des agissements de concurrence déloyale, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et par la-même a privé sa décision de base légale au regard des articles L.1235-3, L.1234-1 et L.1234-5 du code du travail, ensemble le règlement (CE) n°1348/2000 du 29 mai 2000 ;

4°/ qu'en se bornant à relever que " les traductions des décisions étrangères (...) semblent indiquer des " antécédents de faits " sans retenir des " faits prouvés " " pour écarter les deux décisions rendues par la justice espagnole comme élément de preuve des agissements de concurrence déloyale du salarié, sans trancher le litige et sans rechercher si ces jugements étaient ou non de nature à démontrer ladite concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas rempli son office et a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte de l'arrêt, qui a relevé que ni les parties ni l'objet du litige n'étaient les mêmes, que la question tranchée par la juridiction espagnole était sans rapport avec celle soumise à la juridiction française ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Lacabarats, prés. – M. Huglo, rapp. – M. Lalande, av. gén. – SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, av.)

**CONSEIL DE PRUD'HOMMES** Procédure – Unicité de l'instance – Conditions – Fondement postérieur à la saisine du conseil de prud'hommes – Demande nouvelle dont la cause est connue avant la clôture des débats de l'instance d'appel déjà engagée – Décision de retrait du rôle – Caractère indifférent.

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 21 janvier 2014

M. contre comité d'entreprise EADS Sogerma (p. n°12-28.900)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 2 octobre 2012), que Mme M., engagée par le comité d'entreprise de la société EADS Sogerma, à compter du 1<sup>er</sup> septembre 1982, en qualité d'employée de restaurant entreprise, a été victime, le 11 janvier 1996, d'un accident du travail ; que le 27 octobre 2004, elle a saisi le conseil de prud'hommes de Bordeaux d'une demande tendant à la condamnation de son employeur à reprendre le service de son salaire à compter du 26 mai 2004 et jusqu'à aménagement effectif de son poste de travail ; qu'elle a été déboutée de ses demandes par jugement du 5 décembre 2005 ; que par arrêt du 13 novembre 2007, la cour d'appel a ordonné le retrait du rôle de l'affaire à la demande des parties ; qu'à la suite de son licenciement qui était intervenu le 23 avril 2007, Mme M. a, le 6 mai 2010, saisi le conseil de prud'hommes de Bordeaux aux fins de condamnation de l'employeur à lui payer un solde d'indemnité de licenciement ainsi que de préavis et de congés payés y afférents, des primes annuelles et d'ancienneté et des dommages et intérêts pour préjudice moral ;

Attendu que Mme M. fait grief à l'arrêt de dire ses demandes irrecevables, alors, selon le moyen :

1°/ que selon l'article R.1452-6 du code du travail, le principe de l'unicité de l'instance, selon lequel toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font l'objet d'une seule instance, n'est pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes ; qu'en l'espèce, Mme M. faisait valoir que le 27 octobre 2004, elle avait saisi le conseil de prud'hommes de demandes relatives à l'aménagement de son poste, qu'elle avait été déboutée de ses demandes dans un jugement du 5 décembre 2005 et que la cour d'appel avait prononcé le retrait du rôle de l'affaire le 13 novembre 2007 ; que Mme M. en concluait que ses demandes relatives à son licenciement prononcé le 23 avril 2007 étaient donc nées postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes, de sorte qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir saisi le conseil de prud'hommes une seconde fois le 6 mai 2010, ses nouvelles demandes étant donc recevables ; que la cour d'appel a cependant jugé que le licenciement intervenu le 23 avril 2007 était connu de Mme M. lorsque la cour d'appel était encore saisie de l'appel que la salariée avait interjeté à l'encontre du jugement du 5 décembre 2005, cette instance ayant donné lieu à un retrait du rôle le 13 novembre 2007, et que Mme M. était donc en mesure de présenter devant la cour d'appel des demandes nouvelles relatives à l'indemnisation de son licenciement, de sorte qu'en raison du principe de l'unicité de l'instance, il convenait de déclarer les demandes de Mme M. irrecevables ; qu'en statuant ainsi, quand le licenciement de Mme M.

était intervenu postérieurement à sa première saisine du conseil de prud'hommes en vue d'un réaménagement de son poste, de sorte que le principe de l'unicité de l'instance n'était pas applicable, la cour d'appel a violé l'article R.1452-6 du code du travail, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que le principe de l'unicité de l'instance ne s'applique pas lorsque la précédente instance est suspendue du fait d'une décision de retrait du rôle ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a jugé que la mesure de licenciement intervenue le 23 avril 2007, cause du second litige, était connue de Mme M. lorsque la cour d'appel était encore saisie de l'appel par elle interjeté à l'encontre du jugement rendu le 5 décembre 2005, cette instance ayant donné lieu à un retrait du rôle le 3 novembre 2007, mesure qui permettait encore à chacune des parties de solliciter une réinscription de l'affaire, sauf péremption éventuelle dans les conditions de l'article R.1452-8 du code du travail ; qu'elle en a conclu que Mme M. était en mesure de présenter devant la cour d'appel par elle saisie des demandes nouvelles relatives à l'indemnisation de son licenciement, de sorte qu'en raison du principe de l'unicité de l'instance ses demandes nouvelles étaient irrecevables ; qu'en statuant ainsi, quand le principe de l'unicité de l'instance ne s'applique pas lorsque la première instance est suspendue, ce qui était le cas en l'occurrence puisque la cour d'appel avait le 13 novembre 2007 ordonné le retrait du rôle de l'affaire et que cette première instance n'était pas périmée, la cour d'appel a violé les articles R.1452-6 et R.1452-8 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que les demandes successives formées par la salariée relatives à l'aménagement de son poste de travail puis à l'indemnisation de son licenciement dérivait du même contrat de travail et opposaient les mêmes parties, et que les causes du second litige étaient connues lors de la première instance devant la cour d'appel qui n'avait pas été dessaisie par le retrait du rôle ordonné à la demande des parties, en sorte que l'intéressée avait la possibilité de présenter ses nouvelles prétentions en appel et n'était donc pas privée de son droit d'accès au juge, la cour d'appel a exactement décidé que la règle de l'unicité de l'instance s'opposait à l'introduction par le salarié d'une seconde instance devant le conseil de prud'hommes ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Lacabarats, prés. – Mme Lambremon, rapp. – M. Finielz, av. gén. – SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, av.)

Troisième espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 janvier 2014

X et syndicat CGT métaux de Montpellier contre IBM France (p. n°12-23.578)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 6 juin 2012), que M. X..., engagé à compter du 2 novembre 1982 par la société IBM France en qualité d'agent de fabrication, ayant exercé divers mandats de représentant du personnel à compter de l'année 2001, a saisi le 25 mai 2009 la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts et de reclassement pour discrimination syndicale ; que l'employeur a opposé l'unicité de l'instance, M. X... ayant auparavant saisi la juridiction prud'homale d'une demande fondée sur le principe « à travail égal, salaire égal », ayant donné lieu à un jugement au fond du 14 juin 2005 devenu irrévocable, la clôture des débats étant intervenue le 25 février 2005 ; que le syndicat CGT métaux de Montpellier est intervenu volontairement à l'instance ;

Attendu que M. X... et le syndicat font grief à l'arrêt de déclarer leurs demande et intervention irrecevables, alors, selon le moyen :

1° / que le principe de l'unicité de l'instance ne fait pas obstacle à l'engagement d'une nouvelle instance lorsque le fondement des prétentions est né ou a été révélé postérieurement à l'extinction de l'instance primitive ; qu'en retenant que le salarié connaissait avant le 25 février 2005 les éléments matériels sur lesquels il a fondé l'action du second litige, y compris sous l'aspect de l'existence éventuelle d'une discrimination syndicale, sans rechercher si la connaissance d'autres faits révélés plus tardivement n'étaient pas indispensables à leur qualification, et donc à la reconnaissance de la discrimination, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article R.1452-6 du code du travail ;

2° / que le salarié avait indiqué dans ses conclusions d'appel qu'il avait découvert avoir été victime d'une différence de traitement lorsqu'il avait pris connaissance d'éléments de comparaison avec quarante et un camarades des promotions 1981 et 1983 engagés au même indice que lui qui avaient connu une progression de carrière nettement plus favorable, surtout après le début de son activité syndicale et représentative ; qu'en statuant par des motifs inopérants selon lesquels les éléments de comparaison avec d'autres salariés ne sont ni nécessaires ni suffisants pour caractériser une éventuelle discrimination et en estimant que la nouvelle prétention du salarié était fondée sur une discrimination syndicale depuis janvier 2001 et non depuis février 2005 sans rechercher, comme elle y était invitée, si les faits retenus depuis 2001 suffisaient à la caractériser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article R.1452-6 du code du travail ;

3° / que l'action du salarié en réparation du préjudice né d'une discrimination syndicale reste recevable, même

après l'extinction d'une première instance, dès lors que la différence de traitement a perduré au delà de celle-ci ; qu'en l'espèce, si la cour d'appel a cru pouvoir retenir que des éléments de discrimination syndicale avaient existé depuis que l'employeur avait eu connaissance de l'engagement syndical du salarié en janvier 2001, elle n'avait pas exclu que les faits aient perduré jusqu'en 2008/2009 après que le salarié ait pris connaissance d'éléments de comparaison nécessaires à la présentation de sa demande en discrimination syndicale ; qu'en jugeant cependant irrecevable l'action en discrimination syndicale du salarié, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui se déduisaient de ses propres constatations, et partant, a violé l'article R.1452-6 du code du travail ;

4° / que la cassation qui sera prononcée sur l'une quelconque des branches qui précède entraînera la cassation par voie de conséquence sur le chef du dispositif de l'arrêt qui a déclaré irrecevable l'intervention volontaire du syndicat CGT des métaux de Montpellier, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, qu'ayant constaté que les causes du second litige relatif au même contrat de travail, tendant à l'indemnisation de la discrimination dont le salarié se prétendait victime à compter de l'année 2001, étaient connues avant la clôture des débats de la précédente instance et que le salarié ne peut affirmer qu'il n'a pris connaissance qu'en 2008 et 2009 auprès de ses collègues de travail des éléments de comparaison nécessaires à la présentation de sa demande au titre de la discrimination syndicale, la cour d'appel a exactement décidé que la règle de l'unicité de l'instance s'opposait à l'introduction par le salarié d'une seconde instance devant le conseil de prud'hommes ;

Attendu, ensuite, que le rejet à intervenir des trois premières branches du moyen rend sans objet la quatrième branche qui invoque une cassation par voie de conséquence ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Bailly, f.f. prés. – M. Huglo, rapp. – M. Weissmann, av. gén. – SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Quatrième espèce :  
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 16 novembre 2010  
B. contre société ATB (p. n° 09-70.404)

Vu l'article R. 1452-6 du code du travail ;

Attendu que la règle de l'unicité de l'instance résultant de ce texte n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un jugement sur le fond ;

Attendu selon l'arrêt attaqué, que M. B., employé de la société ATB depuis le 31 octobre 2002 et licencié le 17 mars 2006, a saisi le bureau de jugement du conseil de prud'hommes de demandes en paiement de salaires ; que par jugement du 20 avril 2006, le conseil de prud'hommes, constatant que la société ne faisait plus l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, un jugement l'ayant autorisée à continuer son activité, a prononcé la nullité de la procédure en raison de l'absence du préliminaire de conciliation et a invité le demandeur à saisir régulièrement le bureau de conciliation, ce qu'il a fait ; que par jugement du 3 mai 2007, le conseil de prud'hommes a fait droit partiellement à ses demandes ;

Attendu que pour infirmer le jugement et déclarer irrecevables les demandes formées par le salarié, l'arrêt retient que le jugement du 20 avril 2006 a dit que la procédure était nulle, que M. B. a renouvelé les mêmes demandes devant le conseil de prud'hommes, que s'il estimait que la cour d'appel pouvait procéder à la conciliation, il lui appartenait de faire appel du jugement du 20 avril 2006, et énonce que la seconde saisine du

conseil de prud'hommes dérivant du même contrat de travail et tendant aux mêmes fins se heurte à la règle de l'unicité de l'instance, même si le jugement n'a pas statué sur le fond, mais s'est borné à annuler la procédure ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune décision sur le fond n'avait été rendue, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi du chef de la recevabilité des demandes ;

Dit que les demandes de M. B. étaient recevables,

Renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Metz pour qu'il soit statué au fond.

(Mme Collomp, prés. – Mme Pérony, rapp. – M. Lalande, av. gén. – M<sup>e</sup> Ricard, av.)

## SOIF DE JUSTICE – Au secours des juridictions sociales

par Pierre JOXE

**PIERRE JOXE**  
**Soif de justice**



Au secours  
des juridictions sociales

fayard

Fayard – EAN 9782213672359  
2014 – 324 pages – 19 euros

Sait-on qu'aujourd'hui encore on compte 700 000 accidents du travail par an en France, soit 2 000 par jour ? que 40 000 d'entre eux entraînent une incapacité permanente, et que 500 en moyenne sont mortels, soit une dizaine par semaine ? Comment sont jugés les contentieux de pareils drames humains ?

Après son livre retentissant sur la justice des mineurs (*Pas de quartier !*, Fayard, 2011), Pierre Joxe explore ici un domaine peu connu et encore moins décrit : le fonctionnement des juridictions spécialisées dans l'application des lois sociales. Il s'agit en particulier du Conseil des prud'hommes, des tribunaux des affaires de sécurité sociale, des Commissions départementales d'aide sociale, des tribunaux du contentieux de l'incapacité, de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, etc.

Comme à son habitude, Pierre Joxe illustre son propos d'études de cas et de « choses vues » ; il le complète en comparant l'état de notre droit social avec ses homologues allemand, suisse, belge, et conclut en proposant un plan à long terme pour créer un ordre de juridictions sociales à part entière, au sein d'un pouvoir judiciaire enfin rendu indépendant, en France, comme il l'est chez nos proches voisins européens qui consacrent tous plus de moyens humains et financiers à leur justice.

Ancien ministre, ancien président de la Cour des comptes, Pierre Joxe a désormais revêtu la robe d'avocat.