

Concentration et évolution du litige en matière prud'homale depuis l'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance

par Vincent ORIF, Maître de conférences Université Paris-13,
IRDA – EA 3970

PLAN

I. Les multiples aspects de la concentration du litige

- A. Un assouplissement de la concentration dans les procès successifs
- B. Un renforcement de la concentration au sein d'un même procès

II. Une évolution du litige amoindrie

- A. De l'obligation à l'interdiction de former des demandes nouvelles en appel
- B. Les écueils liés à la possible recevabilité des demandes nouvelles en appel

1. L'explosion du contentieux prud'homal n'aura pas lieu. L'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance par le décret n° 2016-660 n'a pas entraîné une augmentation du nombre de saisines des conseils de prud'hommes. La tendance est même à une baisse importante car le nombre de litiges est passé de 230.000 à 127.000 entre 2009 et 2017, étant précisé que cette diminution est assez importante en 2016 et 2017 (1). Les causes de cette réduction du nombre de saisines sont multiples. Il y a notamment l'accroissement des ruptures négociées et le raccourcissement des délais de prescription (2). Dès lors, obliger les parties à former toutes leurs demandes relatives à leur contrat de travail dans un unique procès, ce qu'exigeait la règle de l'unicité de l'instance, n'apparaît pas nécessaire (3). L'abrogation de cette règle implique-t-elle la disparition de l'idée d'une concentration de la matière litigieuse pour des demandes qui opposent les mêmes parties ? Au regard des dernières réformes de la procédure prud'homale et de la procédure civile, qui ne cessent de se rapprocher, il n'en est rien.

2. Ces réformes sont motivées par l'idée de rendre une justice de qualité dans des délais raisonnables (4). Une des pistes pourrait être l'augmentation des moyens de la justice, particulièrement prud'homale (5). Toutefois, les réformes successives se servent des règles de la procédure civile pour chercher à améliorer le fonctionnement du service public de la justice à moyens constants. La restitution des chantiers de la justice le confirme (6). Dès lors, derrière toutes ces réformes, il y a la prise en considération de questions économiques (7). Néanmoins, il ne faut pas oublier qu'il y a aussi des droits des justiciables, comme les droits de la défense (8) ou le droit d'action. En définitive, il existe toujours une tension entre les conceptions démocratiques et économiques de la justice (9). Schématiquement, il faut permettre aux justiciables d'accéder au juge pour défendre leurs droits, alors que les moyens de la justice sont limités.

3. Dès lors, dans ce contexte, un des moyens de rationaliser le recours au service public de la justice est d'imposer aux parties de concentrer la matière litigieuse. Ceci implique, en contrepartie, de faire évoluer le litige pour qu'il puisse s'épanouir. Il serait excessif d'interdire aux parties de

former des demandes nouvelles ou des moyens nouveaux dans des procès successifs et d'empêcher de les former ou de les invoquer au cours du procès qui les oppose. Avant le décret n° 2016-660, dans les litiges prud'homaux, l'exigence de concentration des litiges était très forte. Réciproquement,

(1) Th. Lahalle, « La baisse du contentieux prud'homal », JCP S 2018, n° 48, 1386, pp. 12-17, spéc. pp. 12-13.

(2) Th. Lahalle, « La baisse du contentieux prud'homal », préc., spéc. p. 17.

(3) Pour une présentation de la règle de l'unicité de l'instance, v. not. S. Amrani-Mekki, « La règle de l'unicité de l'instance », in *Procès du travail, travail du procès*, sous la direction de M. Keller, LGDJ, Bibliothèque de L'Institut André Tunc, T. 16, 2008, pp. 359-372 ; M. Keller Lyon-Caen, « Pour une meilleure pratique de la règle de l'unicité de l'instance prud'homale (en attendant la juridiction sociale du XXI^{ème} siècle) », Dr. Ouvr. 2014, n° 793, pp. 515-545 ; V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préface S. Amrani-Mekki, T. 56, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2012.

(4) C. Arens, « L'objectif de toute réforme de la procédure civile doit être de proposer aux acteurs des outils procéduraux utiles qui s'inscrivent dans un tout », RLDC 2018, n° 155, pp. 35-36, spéc. p. 36.

(5) M. Beckers, « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », RDT 2017, n° 4, pp. 279-283, spéc. p. 279.

(6) F. Agostini et N. Molfessis, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, rapport remis à Madame la Garde des Sceaux, 2017, pp. 22, 34-40.

(7) E. Bendelac, « Quel est l'impact du décret n° 2017-891 relatif à la procédure d'appel sur le métier de l'avocat ? », LPA 16 août 2017, n° 162-163, pp. 5-7, spéc. p. 5.

(8) H. Croze, « Irrecevable », *Procédures* 2018, n° 4, repère 4, p. 1.

(9) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp. 18-20.

la possibilité de faire évoluer le litige était importante. Quelles sont les incidences de l'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance et des réformes en cours et à venir de la procédure civile sur ces aspects du contentieux prud'homal ?

L'examen des différentes règles et de leur mise en œuvre montre que la concentration du litige a de multiples aspects (I) et que l'évolution du litige est amoindrie (II).

I. Les multiples aspects de la concentration du litige

Exiger des parties qu'elles concentrent la matière litigieuse soulève la question de la recevabilité des demandes et des moyens nouveaux. Cette question recouvre, en réalité, deux aspects. D'un côté, il convient de s'intéresser à la recevabilité des demandes et des moyens nouveaux dans les procès successifs. Indéniablement, l'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance aboutit à un assouplissement de la concentration dans les procès successifs (A). D'un autre côté, il faut analyser la recevabilité de ces éléments au sein du procès qui est engagé par les parties. Les différentes évolutions de la procédure civile conduisent à un renforcement de la concentration au sein d'un même procès (B).

A. Un assouplissement de la concentration dans les procès successifs

L'assouplissement de la concentration dans les procès successifs se conçoit plus aisément en examinant les derniers soubresauts de la règle de l'unicité de l'instance (1.). En revanche, elle reste assez difficile à mesurer, car le principe de concentration des moyens est toujours en construction (2.).

1. Les derniers soubresauts de la règle de l'unicité de l'instance

4. En application des dispositions transitoires du décret n°2016-660 du 20 mai 2016, l'abrogation de l'article R.1452-6 du Code du travail, siège de la règle de l'unicité de l'instance, ne concerne que les procès engagés devant les conseils de prud'hommes à partir du 1^{er} août 2016 (10). Dès lors, en raison de la durée des procès, la Cour de cassation a rendu plusieurs décisions récentes concernant la mise en œuvre de la règle de l'unicité de l'instance. La lecture de ces

décisions montre une persistance de la jurisprudence antérieure et confirme les dangers que cette règle peut receler pour les justiciables. En effet, pour ces litiges, toutes les demandes relatives à un même contrat de travail devaient faire l'objet d'une seule instance (11). De plus, cette règle est sanctionnée par une fin de non-recevoir (12). Dès lors, toute demande nouvelle soumise dans le cadre d'un nouveau procès est irrecevable (13) si les conditions de la règle de l'unicité de l'instance sont réunies. Il s'ensuit qu'une demande peut ne jamais être examinée au fond par un juge, ce qui constitue une atteinte importante au droit d'action (14). En outre, puisque la sanction est une fin de non-recevoir, la règle de l'unicité de l'instance peut être opposée en tout état de cause par le défendeur (15), y compris pour la première fois devant la cour d'appel (16). Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a procédé à un important revirement de jurisprudence, selon lequel la règle de l'unicité de l'instance ne produit ses effets que si le premier procès s'est achevé par un jugement sur le fond (17). Par exemple, lorsque les premiers procès se terminent par des décisions qui se prononcent sur la recevabilité des demandes au titre d'une fin de non-recevoir, comme la prescription, aucune décision au fond n'est rendue par le juge. Il est alors possible d'engager un autre procès pour une demande nouvelle, sans que le défendeur puisse opposer l'ancien article R.1452-6 du Code du travail (18). La jurisprudence rappelle également la faculté de saisir une seconde fois le conseil de prud'hommes pour contester un licenciement lorsqu'une autre instance est pendante devant la même juridiction. Il appartient alors au conseil de prud'hommes de joindre les deux instances pour qu'il soit statué dans un seul jugement (19).

(10) V. Orif, « Passé, présent et futur de la règle de l'unicité de l'instance », JCP S 2016, n° 34, 1286, pp. 26-31, spéc. p. 30.

(11) C. trav., art. R.1452-6, al. 1^{er} ancien ;

(12) Cass. Soc. 23 mars 1986, n° 83-41.517, Bull. civ. V, n° 167.

(13) CPC, art. 122.

(14) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp. 388-391.

(15) CPC, art. 123.

(16) Cass. Soc. 1^{er} févr. 2017, n° 15-16.970.

(17) Cass. soc. 16 nov. 2010, n° 09-70.404, Bull. civ. V, n° 260 ; A. Bugada, « L'unicité de l'instance revue et corrigée ! », n. sous

Cass. Soc. 16 nov. 2010, n° 09-70.404, Procédures 2011, comm. 15, pp. 20-21 ; I. Pétel-Teyssié, « Revirement de jurisprudence en matière d'unicité de l'instance », n. sous Cass. Soc. 16 nov. 2010, n° 09-70.404, JCP S 2010, 1517, pp. 45-46 ; V. Orif, « Le renouveau de la règle de l'unicité de l'instance », n. sous Cass. Soc. 16 nov. 2010, n° 09-70.404, D. 2011, pp. 227-231 ; E. Serverin, « L'arrêt de la Chambre sociale du 16 novembre 2010 : un nouveau principe pour concilier le droit au juge et la règle d'unicité de l'instance », n. sous Cass. Soc. 16 nov. 2010, n° 09-70.404, RDT 2011, pp. 55-58.

(18) Cass. Soc. 7 mars 2017, n° 15-18.491.

(19) Cass. Soc. 24 mai 2018, n° 16-19.749.

5. Par ailleurs, la majorité des décisions récentes de la Cour de cassation se concentre sur une condition de la règle de l'unicité de l'instance. Il s'agit de la connaissance du fondement de la demande. Bien que l'ancien texte fût clair, la jurisprudence se permettait de l'interpréter. Ceci aboutit à une gymnastique intellectuelle, comme le montrent les différentes décisions qui vont être présentées. En outre, c'est cette interprétation jurisprudentielle qui a transformé la faculté de former des demandes nouvelles en appel en obligation de le faire (20). Quoi qu'il en soit, le texte prévoyait que la règle de l'unicité de l'instance n'était pas applicable lorsque le fondement des prétentions était né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes (21). Pour autant, la jurisprudence retient d'autres dates que celle de la saisine du conseil de prud'hommes afin de faire le tri entre les demandes recevables et irrecevables.

6. D'abord, en cas de conclusion d'un accord devant le bureau de conciliation concernant la rupture du contrat de travail, un salarié peut saisir de nouveau le conseil de prud'hommes afin de solliciter le paiement d'une indemnité liée à la clause de non-concurrence contenue dans le contrat de travail. Cette demande est recevable, car elle est née postérieurement à la date de l'accord intervenu devant le conseil de prud'hommes (22).

7. Ensuite, si le premier procès s'achève par un jugement du conseil de prud'hommes, il faut prendre en considération la date de la clôture des débats devant le juge de première instance et non la date du jugement. Dans une affaire, une salariée a saisi le conseil de prud'hommes le 28 juillet 2011 pour solliciter des rappels de salaires et le paiement de dommages-intérêts. La clôture des débats est intervenue le 20 février 2014 et le jugement n'a été rendu que le 22 janvier 2015. Cependant, la salariée a été licenciée pour motif économique le 24 février 2014, c'est-à-dire entre la clôture des débats et le prononcé du jugement. Elle a introduit un second procès le 19 mars 2014 pour contester son licenciement. Alors que la cour d'appel avait jugé cette demande

irrecevable en application de la règle de l'unicité de l'instance, la Cour de cassation retient qu'elle est recevable, car le fondement de la demande est né postérieurement à la clôture des débats devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes (23).

8. Enfin, quand un appel est interjeté, la date déterminante est celle de la clôture des débats devant la cour d'appel. Par conséquent, une demande de réintégration dans un emploi est irrecevable, car une salariée avait connaissance des éléments la fondant avant la décision de la cour d'appel (24). Inversement, un salarié peut saisir le conseil de prud'hommes pour contester un licenciement qui est intervenu après la clôture des débats devant la cour d'appel. La règle de l'unicité de l'instance ne peut pas être opposée au salarié (25). De même, un salarié peut introduire un nouveau procès pour demander le paiement de dommages-intérêts liés à des erreurs de déclaration de l'employeur concernant ses droits à pension de retraite, car le fondement de sa demande ne s'est révélé qu'au moment de la liquidation de ses droits à pension de retraite, qui était postérieure à la clôture des débats devant la cour d'appel du premier procès (26).

Ainsi, les dernières décisions rendues concernant la règle de l'unicité de l'instance montrent que la jurisprudence maintient ses solutions. La situation est plus difficile à appréhender pour le principe de concentration, qui est toujours en construction.

2. Un principe de concentration des moyens toujours en construction

9. L'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance ne fait pas disparaître la question de la concentration de la matière litigieuse. Elle la transforme. La jurisprudence a effectivement dégagé un principe de concentration des moyens (27). Désormais, il incombe au demandeur d'invoquer l'ensemble des moyens, juridiques et factuels, susceptibles de fonder ses demandes (28). Réciproquement, il appartient au défendeur de soulever l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à faire échec aux demandes

(20) V. *infra* n° 19. Pour une critique négative de cette interprétation jurisprudentielle, v. not. D. Boulmier, « Unicité d'instance (à propos de revirements non publiés) », n. sous Cass. Soc. 21 déc. 2006, n° 05-40.564 et Cass. Soc. 7 mars 2006, n° 04-42.623, Dr. Ouvr. 2007, n° 712, pp. 546-548 ; V. Orif, « Les pièges persistants de la règle de l'unicité de l'instance », n. sous Cass. Soc. 25 sept. 2013, n° 12-13.965, Dr. Soc. 2014, n° 1, pp. 64-67.

(21) C. trav., art. 1452-6, al. 2 ancien.

(22) Cass. Soc. 1^{er} févr. 2017, n° 15-22.918.

(23) Cass. Soc. 7 nov. 2018, n° 17-15.088.

(24) Cass. Soc. 4 juill. 2018, n° 17-10.628.

(25) Cass. Soc. 4 juill. 2018, n° 16-22.752.

(26) Cass. Soc. 10 janv. 2018, n° 15-27.588.

(27) Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. Ass. plén. n° 8, L. Weiller, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », n. sous Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, D. 2006, pP. 2135-2139 ; G. Wiederkehr, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », n. sous Cass. Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672 ? JCP G 2007, n° 17, II, 10070, pP. 33-36.

(28) V. par ex. Cass. 1^{ère} Civ. 24 sept. 2009, n° 08-10.517, Bull. civ. I, n° 177 ; Cass. 3^{ème} Civ., 16 juin 2011, n° 10-18.925 ? Bull. civ. III, n° 105.

de l'autre partie (29). Cette jurisprudence s'applique dans les litiges prud'homaux (30). Ce principe de concentration des moyens (31) peut se justifier. Il permet, notamment, de rationaliser l'utilisation de l'appareil judiciaire en évitant de l'utiliser plusieurs fois pour les mêmes demandes (32), ce qui renvoie à une question de gestion des flux d'affaires (33). C'est aussi une manière de responsabiliser les justiciables. Puisqu'ils ont la possibilité de saisir la justice, les justiciables doivent avoir conscience de cette opportunité. Il en résulte qu'ils doivent tout mettre en œuvre pour défendre leurs droits (34). L'émergence de ce principe doit être mise en relation avec d'autres questions, comme celles de la représentation obligatoire des parties et du relevé d'office des moyens de droit par le juge (35). Quoi qu'il en soit, deux observations rapides peuvent être formulées concernant le principe de concentration des moyens.

10. D'une part, actuellement, ce principe est rattaché à l'autorité de la chose jugée. Or, cette notion conduit le juge à vérifier si la demande qui lui est soumise a déjà été tranchée. Inversement, le principe de concentration des moyens implique que le juge examine si tous les moyens, soulevés au soutien de la demande ou susceptibles de la combattre, auraient pu être invoqués au cours du premier procès (36). Les logiques sont donc distinctes. Ceci explique que le principe de concentration des moyens permet d'écartier des arguments qui n'ont jamais été soumis au juge. La difficulté est alors de conférer l'autorité de la chose jugée à des éléments qui n'ont pas été débattus devant un juge (37). C'est pourquoi il serait préférable d'élaborer un texte distinct de l'article 1355 du Code civil pour consacrer ce principe de concentration des moyens (38) qui constitue une forclusion procédurale (39). Cette consécration pourrait d'ailleurs être l'occasion de bien délimiter les contours

de ce principe, car ceux dessinés par la jurisprudence restent flous.

11. D'autre part, l'examen de la jurisprudence montre que le débat est toujours d'actualité pour savoir si ce principe de concentration des moyens ne risque pas de se transformer en concentration des demandes (40), ce qui reviendrait à une généralisation de la règle de l'unicité de l'instance. Certes, plusieurs chambres de la Cour de cassation énoncent que « *s'il incombe au demandeur de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, il n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur les mêmes faits* » (41). Il n'en demeure pas moins que certaines décisions font ressortir qu'il a pu exister, voire qu'il existe encore, une divergence entre différentes chambres de la Cour de cassation en matière bancaire. L'hypothèse est la suivante : une banque saisit le juge pour obtenir l'exécution forcée d'un contrat de caution ou d'un contrat de prêt. Puis, après leur condamnation, les clients ou la caution introduisent un nouveau procès pour que la banque leur paye des dommages-intérêts au titre de la responsabilité contractuelle. La Chambre commerciale (42) et la première Chambre civile (43) de la Cour de cassation ont alors reproché à la caution ou au client de ne pas avoir soulevé ce moyen de défense au cours du premier procès. Néanmoins, il s'agit en réalité d'une demande reconventionnelle (44), ce qui explique que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation refuse d'opposer le principe de concentration des moyens. Elle indique effectivement que « *l'action en responsabilité intentée contre la banque n'avait pas le même objet que l'action en paiement exercée par celle-ci* » (45). La première Chambre civile de la Cour de cassation s'est finalement rapprochée de la position de la deuxième Chambre civile en

(29) V ; par ex. Cass. 3^{ème} Civ. 13 févr. 2008, n°06-22.093, Bull. civ. III n° 28 ; Cass. 2^{ème} Civ. 22 sept. 2016, n° 15-22.410.

(30) Cass. 2^{ème} Civ. 7 sept. 2017, n° 16-20.811 ; Cass. Soc. 5 juill. 2017, n° 16-12.632.

(31) Dans un arrêt récent, même si elle ne le vise pas, la Cour de cassation utilise l'expression « *principe de concentration des moyens* », Cass. 2^{ème} Civ. 15 nov. 2018, n° 17-18.656, Publié au Bulletin.

(32) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 34^{ème} éd., 2018, p. 819.

(33) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., p. 351.

(34) J. Théron, « Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciables ? », JCP G 2018, n° 9-10, pp. 402-406, spéc., p. 404.

(35) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., pp. 820-822 ; J. Théron, « Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciables ? », préc., spéc. p. 404.

(36) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., p. 358.

(37) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., p. 819.

(38) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp. 358-359 et 364-367.

(39) A. Marque, *Le principe de concentration et le procès civil*, thèse Toulouse-I Capitole, sous la dir de M. Nicod, 2017, pp. 77-88 ; E. Jullien, « Mode d'hiver : la tendance est à la concentration », Gaz. Pal. 2017, n° 6, pp. 14-16, spéc., p. 14.

(40) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., pp. 822-824.

(41) Cass. 2^{ème} Civ. 26 mai 2011, n° 10-16.735, Bull. civ. II, n° 117 ; Cass. 2^{ème} Civ. 22 mars 2018, n° 17-14.302 ; Cass. Soc. 5 juill. 2017, n° 16-12.632 ; Cass. 3^{ème} Civ. 3 mai 2018, n° 17-16.506.

(42) Cass. Com. 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Bull. civ. IV, n° 120 ; Cass. Com. 22 mars 2016, n° 14-23.167.

(43) Cass. 1^{ère} Civ. 1^{er} juill. 2010, n° 09-10.364, Bull. civ. I, n° 150.

(44) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., p. 822.

(45) Cass. 2^{ème} Civ. 23 sept. 2010, n° 09-69.730 ? Bull. civ. II, n° 157.

décidant qu'il faut distinguer concentration des moyens et concentration des demandes (46).

Toutefois, un arrêt de la deuxième Chambre civile vient de retenir une conception large du principe de concentration des moyens, se rapprochant de celle de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans cette affaire, qui concerne une procédure d'injonction de payer, le défendeur n'avait pas formé opposition dans les délais. Il a engagé un nouveau procès pour solliciter la résolution du contrat servant de fondement à sa condamnation au paiement d'une créance. Selon la Haute juridiction, l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance d'injonction de payer fait obstacle à la demande de résolution du contrat. Elle estime qu'il s'agit d'un moyen de défense qui aurait dû être invoqué dans le cadre du premier procès si le défendeur avait formé opposition régulièrement contre ladite ordonnance (47). La difficulté est que si le défendeur oppose la résolution du contrat à une demande d'exécution forcée, alors il forme une demande reconventionnelle et ne soulève pas un simple moyen de défense (48). En définitive, actuellement, il est bien difficile, particulièrement pour les praticiens, d'essayer d'anticiper l'étendue exacte du principe de concentration des moyens au regard des incertitudes jurisprudentielles (49).

Même si le principe de concentration des moyens reste en construction, il ne devrait pas empêcher de former des demandes nouvelles dans des procès successifs, comme le faisait la règle de l'unicité de l'instance. L'exigence de concentration de la matière litigieuse dans les procès successifs est donc assouplie. En revanche, s'agissant de la concentration au sein d'un même procès, elle se renforce.

B. Un renforcement de la concentration au sein d'un même procès

L'étude des réformes de la procédure civile fait ressortir que l'exigence de concentration est en train de se développer en appel (1.). Elle est également envisagée dès la première instance (2.).

1. Une concentration développée en appel

12. Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile accroît les obligations procédurales à la charge des parties au stade de la procédure devant la cour d'appel. Il instaure principalement une concentration des demandes, qui peut être qualifiée de concentration temporelle (50). Plus précisément, aussi bien l'appelant que l'intimé doivent former dans leurs premières conclusions l'ensemble de leurs prétentions sur le fond (51). Les parties disposent donc d'un délai de trois mois (52) pour soumettre à la cour d'appel non seulement leurs prétentions en relation avec la déclaration d'appel (53), mais aussi pour ajouter éventuellement des demandes qui n'ont pas été soumises au juge de première instance (54). Ce sont les prétentions contenues dans ces premières conclusions qui fixent l'objet du litige (55). Toute demande ajoutée dans des conclusions postérieures peut être déclarée irrecevable d'office par le juge (56). En raison de la rédaction actuelle des textes, cette irrecevabilité devrait être prononcée par la cour d'appel et non par le conseiller de la mise en état (57). Quoi qu'il en soit, cette exigence de former des demandes dès les premières conclusions n'interdit pas, pour l'instant, aux parties de développer postérieurement de nouveaux moyens (58). Ceci est admis jusqu'à la clôture de l'instruction par le conseiller de la mise en état (59). Il est aussi possible de soumettre une nouvelle preuve au juge d'appel (60).

(46) Cass. 1^{ère} Civ. 12 mai 2016, n° 15-16.743, Bull. civ. I, n° 850 ; Cass. 1^{ère} Civ. 30 nov. 2016, n° 15-20.043. Ce dernier arrêt est rendu en matière bancaire, ce qui renforce le rapprochement des positions. Y. Strickler, « La concentration est bien celle des moyens et non celles des demandes », n. sous Cass. 1^{ère} Civ. 30 nov. 2016, n° 15-20.043, Procédures 2017, n° 3, comm. 26, p. 8.

(47) Cass. 2^{ème} Civ. 1^{er} févr. 2018, n° 17-10.849, Publié au Bulletin.

(48) L. Mayer, in « Droit judiciaire privé », JCP G 2018, n° 18, doct. 530, pp. 897-904, spéc. p. 901-902.

(49) V. en ce sens E. Jullien, « Mode d'hiver : la tendance est à la concentration », préc., spéc. p. 14.

(50) C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., p. 1258 ; P. Giraud, « La réforme de la procédure d'appel : espoir pour le juge, crainte pour les parties », RLDC 2018, n° 155, pp. 28-34, spéc. p. 27.

(51) CPC, art. 910-4, al. 1^{er}.

(52) CPC, art. 908 à 910.

(53) Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 a aussi modifié l'article 562 du Code de procédure civile. Désormais, l'appel général n'est plus possible. L'appelant doit expressément indiquer les chefs

de jugement qu'il critique. Pour une explication du lien entre la concentration temporelle des demandes et la disparition de la possibilité de former un appel général, v. P. Giraud, « La réforme de la procédure d'appel : espoir pour le juge, crainte pour les parties », préc., p. 31.

(54) Sur la recevabilité des demandes nouvelles en appel, v ; *infra* n° 22-26.

(55) CPC, art. 910-1 al. 1^{er}.

(56) CPC, art. 910-4.

(57) A. Devauchelle, « Les sanctions procédurales revisitées : les principaux risques pour la pratique », RLDC 2018, n° 155, pp. 40-43, spéc., p. 42 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., p. 1258.

(58) CPC, art. 563.

(59) Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2015, n° 14-22.207, Bull. civ. I, n° 342 ; Cass. Com. 10 févr. 2015, n° 13-28.262, Bull. civ. IV, n° 17.

(60) Cass. 1^{ère} Civ. 28 nov. 2018, n° 17-15.945.

13. Par ailleurs, il existe des exceptions à cette concentration temporelle. Il est effectivement possible de former dans des conclusions postérieures des prétentions qui sont destinées à répliquer aux conclusions et pièces adversaires ou à faire juger les questions nées, postérieurement aux premières conclusions, de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait (61). Ces exceptions sont les bienvenues. Elles préservent le principe du contradictoire, en permettant de répliquer à l'argumentation adverse. Elles montrent aussi que la voie d'appel ne se limite pas, actuellement, à la seule réformation du jugement. Elle permet de prendre en considération de nouveaux éléments liés à l'évolution du litige, ce qui évite de retourner artificiellement devant le juge de première instance (62).

14. Comment apprécier l'instauration de cette nouvelle obligation procédurale ? Certes, elle peut se concevoir, car les parties ont déjà pu fixer assez précisément l'objet du litige en première instance. Il est donc envisageable de leur demander de recenser toutes leurs prétentions dès les premières conclusions d'appel. Cependant, une difficulté peut se poser pour les justiciables qui changent d'avocat entre la première instance et l'instance d'appel. Le travail du nouvel avocat est plus délicat si son confrère n'a pas recensé toutes les prétentions devant le conseil de prud'hommes (63). En matière prud'homale, depuis que la procédure d'appel obéit aux mêmes règles que le droit commun procédural, certains avocats expriment la difficulté à reprendre un dossier au seul stade de l'appel, puisque le dossier doit être constitué en trois mois (64). Ces hésitations risquent d'être accrues avec cette nouvelle exigence. La situation pourrait être encore plus rigoureuse pour les parties, puisque l'objectif de concentration du litige est envisagé dès la première instance.

2. Une concentration envisagée dès la première instance

15. Le principe de concentration des moyens dégagé par la jurisprudence vise à éviter la répétition de procès successifs entre les mêmes parties concernant les

mêmes demandes (65). Le service public de la justice ayant le sentiment d'être saturé, il est alors tentant d'accroître encore les obligations procédurales des parties. L'idée avancée depuis quelques années serait qu'il faudrait une concentration des moyens à l'intérieur même du procès. En d'autres termes, les parties auraient l'obligation d'invoquer l'ensemble des moyens visant à soutenir leurs demandes ou à combattre les prétentions adverses dès la première instance, voire même dès les premières écritures échangées en première instance (66). Récemment, les premiers présidents des cours d'appel ont milité pour l'instauration d'un principe de concentration des moyens en première instance, en soutenant que la voie d'appel devrait se concentrer essentiellement, voire quasi-exclusivement, à la seule question de la réformation du jugement critiqué. Les moyens développés en appel devraient donc être identiques à ceux que les parties ont soumis au premier juge. Il en résulterait que, devant la cour d'appel, les parties ne pourraient ni soulever de nouveaux moyens en fait et en droit, ni apporter de nouvelles pièces, à moins que ces moyens ou pièces naissent ou se révèlent postérieurement au jugement (67). Heureusement, le décret n°2017-891 du 6 mai 2017 n'a pas consacré cette proposition, qui a été vivement contestée (68).

16. Toutefois, il n'a pas fallu attendre longtemps avant de voir le retour de cette suggestion. En effet, dans le cadre des chantiers de la justice, il a été de nouveau avancé qu'il faudrait instaurer un principe de concentration des moyens en première instance (69). Certes, cette proposition facilite le travail du juge en fixant le plus tôt possible les termes du litige (70). Néanmoins, les réformes de la procédure civile doivent-elles privilégier cette approche ? Il ne faut jamais oublier que le droit d'action est un droit fondamental, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (71). Or, il existe un risque sérieux d'y porter une atteinte excessive si les parties ne peuvent développer de nouveaux moyens ni au cours d'un même procès, ni dans des procès successifs, en raison d'une conception large et rigoureuse du principe de concen-

(61) CPC, art. 910-4, al. 2.

(62) A. Devauchelle, « Les sanctions procédurales revisitées : les principaux risques pour la pratique », préc., spéc. p. 41.

(63) V. en ce sens E. Bendelac, « Quel est l'impact du décret n° 2017-891 relatif à la procédure d'appel sur le métier de l'avocat ? », préc., spéc. p. 6.

(64) R. Saada, « Certains salariés vont renoncer à faire valoir leurs droits », SSL 2018, n° 1829, pp. 4-5.

(65) V. *supra* nos 9-11.

(66) « Protocole de procédure civile, les bonnes pratiques devant le tribunal de grande instance de Paris », JCP G 2008, n° 24, 400, pp. 6-7.

(67) E. Jullien, « Mode d'hiver : la tendance est à la concentration », préc., spéc. p. 15.

(68) E. Jullien, « Décret réformant l'appel : « plus de contraintes que de satisfaction pour les avocats », Gaz. Pal. 2017, n° 19, pp. 10-11.

(69) F. Agostini et N. Molfessis, *Amélioration et simplification de la procédure civile*, préc., p. 10, proposition n° 13.

(70) C. Bléry, « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », Dalloz actualité, 7 févr. 2018.

(71) CEDH, 21 févr. 1975, *Golder contre Royaume Uni*, requête n° 4451/70.

tration des moyens. Même s'il faut lutter contre certains excès, qui peuvent aboutir à une modification profonde du procès, il ne faut pas oublier que le litige peut évoluer. En outre, bien qu'il faille lutter contre les stratégies déloyales visant à surprendre l'adversaire, en vertu du principe de dispositif, ce sont les parties qui conservent la maîtrise de la matière litigieuse. Elles doivent alors conserver une marge d'appréciation pour déterminer l'étendue du litige en formant des prétentions, en développant des moyens juridiques et factuels et en choisissant les pièces qui sont susceptibles d'emporter la conviction du juge. De plus, le débat contradictoire et la lecture du jugement peuvent donner de nouvelles idées d'arguments aux parties, ainsi qu'aux avocats ou défenseurs syndicaux qui les assistent ou les représentent (72). Par ailleurs, cette proposition empêcherait les justiciables de saisir la cour d'appel pour lui soumettre un nouveau moyen et les dissuaderait, éventuellement, de changer d'avocat. En effet, un nouveau regard sur le dossier n'aurait aucune utilité, car le juge d'appel

ne pourrait pas examiner un moyen non soumis au premier juge (73). En définitive, à condition qu'il ne soit pas étendu aux demandes, le principe de concentration des moyens dégagés par la jurisprudence est compréhensible. Inversement, imposer une concentration des moyens dès la première instance du premier procès est plus contestable.

Ainsi, s'intéresser à la notion de concentration de la matière litigieuse fait ressortir qu'elle a différents aspects. Même si la règle de l'unicité de l'instance a disparu, aussi bien la jurisprudence que le législateur cherchent à imposer aux justiciables de recourir au service public de la justice de manière limitée. Pour autant, afin de permettre aux parties de soumettre aux juges leurs demandes et moyens, la quête de la concentration de la matière litigieuse doit être tempérée par la possibilité de faire évoluer le litige, spécialement devant la cour d'appel. À ce titre, le rapprochement entre la procédure prud'homale et la procédure de droit commun mène à un amoindrissement de l'évolution du litige.

II. Une évolution du litige amoindrie

Il est possible de constater que l'évolution du litige est amoindrie en matière prud'homale, car il y a eu un passage de l'obligation à l'interdiction de former des demandes nouvelles en appel (A). Pour autant, l'évolution du litige n'a pas disparu. Il reste possible de former des demandes nouvelles en appel. La difficulté est que cette faculté peut être confrontée à certains écueils (B).

A. De l'obligation à l'interdiction de former des demandes nouvelles en appel

En raison de l'application dans le temps de la réforme, la règle de l'unicité de l'instance perdure pour certains litiges. Il en va de même pour la faculté de former des demandes nouvelles en appel. En réalité, l'examen de la jurisprudence montre qu'il s'agit d'une obligation de former des demandes nouvelles (1.). La rupture paraît alors brutale pour les litiges introduits depuis le 1^{er} août 2016. En effet, pour ceux-ci, le principe est l'interdiction des demandes nouvelles en appel (2.).

1. Le maintien de l'obligation de former des demandes nouvelles en appel en cas d'application de la règle de l'unicité de l'instance

17. Même s'il a fallu attendre le décret n° 74-783 du 12 septembre 1974, la règle de l'unicité de l'instance connaissait une contrepartie indispensable pour préserver le droit d'action des parties (74). Il s'agissait de la possibilité de former des demandes nouvelles en tout état de la procédure, y compris pour la première fois en appel. De plus, l'adversaire ne pouvait pas opposer l'absence de tentative de conciliation (75). Comme pour la règle de l'unicité de l'instance, la lecture des décisions récentes montre que la jurisprudence maintient ses solutions antérieures.

18. D'un côté, la Cour de cassation explique bien que l'ancien article R.1452-7 du Code du travail déroge à l'interdiction des demandes nouvelles en appel prévue par l'article 564 du Code de procédure civile (76). Il est également rappelé que des demandes nouvelles peuvent être formées devant une cour d'appel de renvoi, dès lors que ces demandes n'ont aucun lien avec des chefs non atteints par la cassation (77).

(72) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp.370-377.

(73) J. Théron, « Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciables ? », préc., spéc. pp.404-405.

(74) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp.226-228.

(75) C. trav., R. 1452-7.

(76) Cass. Soc. 14 févr. 2018, n° 16-20.987.

(77) Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 15-20.857.

19. D'un autre côté, puisque la jurisprudence retient que la règle de l'unicité de l'instance rend irrecevable une demande si son fondement est né ou révélé avant la clôture des débats du premier procès (78), elle transforme la faculté de former des demandes nouvelles en appel en obligation de le faire. Par exemple, dans une affaire, un salarié protégé a été licencié sans autorisation de l'inspection du travail le 27 mars 1992. Par un jugement du 20 février 1997, le jugement donne acte à la société qu'elle réintègre le salarié. Ce dernier interjette appel. Mais un arrêt de cour d'appel du 29 octobre 1999 déclare l'appel irrecevable, faute d'intérêt à le former. Toutefois, entre le jugement et la clôture des débats, le salarié est licencié pour faute grave le 2 janvier 1998. Le salarié a saisi le conseil de prud'hommes le 19 décembre 2002 pour contester son licenciement. La Cour de cassation approuve les juges d'appel qui ont déclaré cette demande irrecevable en application de la règle de l'unicité de l'instance, car son fondement était né avant la clôture des débats devant la première cour d'appel (79). Un salarié protégé est donc privé du droit de contester son licenciement au seul prétexte qu'il avait eu la possibilité de soumettre au juge sa demande et qu'il n'a pas saisi cette opportunité. Pourtant, dans ce genre d'affaires (80), la Cour de cassation décide que le salarié n'est pas privé de son droit d'accès au juge (81). C'est pour cela qu'il ne faut regretter l'abrogation ni de la règle de l'unicité de l'instance, ni de l'article R. 1452-7 du Code du travail. Peu importe que la procédure prud'homale soit désormais soumise à l'interdiction des demandes nouvelles en appel.

2. Le principe de l'interdiction de former des demandes nouvelles en appel

20. L'abrogation de l'article R. 1452-7 du Code du travail par le décret n°2016-660 du 20 mai 2016 implique qu'il n'y a plus de dérogation aux règles du droit commun procédural. Par conséquent, devant la cour d'appel, en matière prud'homale, il faut dorénavant mettre en œuvre l'article 564 du Code de procédure civile. Or, en principe, selon cet article, les demandes nouvelles en appel sont interdites. La

sanction est une fin de non-recevoir (82), qui peut être relevée d'office par le juge (83).

21. Certains militent pour un rétablissement de l'article R. 1452-7 du Code du travail, notamment pour éviter toute insécurité pour les salariés concernant le sort de la recevabilité des demandes additionnelles en cours de procès et plus particulièrement en appel. Il est aussi avancé que ce rétablissement limiterait les coûts pour les salariés en évitant plusieurs saisines du conseil de prud'hommes pour un même contrat de travail (84). Bien que ces arguments puissent se comprendre, la question est, en réalité, plus complexe. L'interdiction des demandes nouvelles en appel doit être mise en perspective avec d'autres notions importantes, comme le double degré de juridiction et l'effet dévolutif de l'appel. Lorsque la règle de l'unicité de l'instance existait, il était concevable de déroger à cette interdiction pour préserver le droit d'action des parties (85). Cette règle étant abrogée, il paraît plus difficile de prévoir une règle spéciale en matière prud'homale concernant la recevabilité des demandes nouvelles en appel. Une piste pourrait être une généralisation de la recevabilité des demandes nouvelles en appel pour tous les procès civils et commerciaux. Cependant, ce n'est pas le sens des réformes actuelles de la procédure civile. D'ailleurs, il est encore possible de faire évoluer le litige entre la première instance et l'instance d'appel. Il existe effectivement plusieurs exceptions à l'interdiction posée par l'article 564 du Code de procédure civile.

B. Les écueils liés à la possible recevabilité des demandes nouvelles en appel

Au préalable, il importe d'insister sur l'idée qu'il reste possible de faire évoluer le litige en appel en matière prud'homale. En effet, des demandes nouvelles sont recevables en appel, car il existe des exceptions variées à l'interdiction posée par l'article 564 du Code de procédure civile (1.). Pour autant, cette faculté peut être confrontée à des difficultés procédurales (2.).

(78) V. *supra* n°s 5-8.

(79) Cass. Soc. 22 févr. 2017, n° 15-24.321.

(80) Voir aussi Cass. Soc. 29 juin 2017, n° 15-19.985. En l'espèce, une salariée a saisi le conseil de prud'hommes le 17 mars 2006 pour solliciter le paiement de rappel de salaires et de dommages-intérêts pour discrimination. La clôture des débats devant la cour d'appel est intervenue le 2 novembre 2010. Mais la salariée a été licenciée pour faute grave le 30 juin 2009. Sa demande pour contester le licenciement, formée devant le conseil de prud'hommes le 26 mars 2012 dans le cadre d'un nouveau procès, a été jugée irrecevable car son fondement était connu avant la clôture des débats en appel.

(81) Cass. Soc. 1^{er} févr. 2017, n° 15-16.970. Dans ce litige, un premier procès portait sur des demandes de dommages-intérêts en raison d'une absence d'affiliation à un régime de retraite. La clôture des débats devant la cour d'appel est intervenue le 14 novembre 2012. La salariée a été licenciée alors que l'instance était pendante devant la cour d'appel. Lorsqu'elle a introduit un nouveau procès pour contester son licenciement, l'employeur a pu lui opposer avec succès la règle de l'unicité de l'instance.

(82) Cass. Soc. 14 févr. 2018, n° 16-20.987.

(83) CPC, art. 564.

(84) M. Beckers, « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », *préc.*, spéc. p. 282.

(85) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, *préc.*, pp. 259-298.

1. Les exceptions variées permettant la recevabilité de demandes nouvelles en appel

22. En droit commun procédural, l'interdiction des demandes nouvelles en appel connaît plusieurs exceptions importantes. Le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 a peu modifié la situation. Il n'a supprimé qu'une exception : dorénavant, les parties ne peuvent plus expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge (86). Il est donc toujours possible de s'adapter à l'évolution du litige en cause d'appel. Les décisions des juges d'appel apparaissent alors plus en adéquation avec la réalité humaine ou économique du litige (87). Plusieurs situations doivent être distinguées.

23. Premièrement, il faut s'assurer que la demande soumise au juge d'appel est bien une demande nouvelle. En effet, les « *prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent* » (88). Cette règle permet un épanouissement certain du litige en appel. Il est, par exemple, admissible de soumettre au juge d'appel une demande visant à obtenir réparation du préjudice résultant d'un même fait générateur, même si la demande a un fondement juridique distinct de celui examiné par le premier juge (89). Semblablement, en appel, il est possible de solliciter la réparation d'autres préjudices que ceux soumis au premier juge car ces demandes ont le même fondement et poursuivent la même fin qui est l'indemnisation du préjudice résultant de l'accident (90). De même, il n'y a pas de demande nouvelle en appel quand une partie se contente d'augmenter le montant de sa demande initiale (91). Cette règle peut être particulièrement intéressante dans certains litiges du droit du travail. Il suffit de penser à l'hypothèse où un salarié sollicite la résiliation judiciaire du contrat de travail. Puis, il est licencié postérieurement au jugement. Un appel est interjeté. Devant la cour d'appel, le salarié conteste son licenciement. Cette demande est recevable, car elle tend aux mêmes fins que la demande initiale (92).

Au regard de ces exemples, il est possible d'identifier que des demandes ne tendent pas aux mêmes fins lorsqu'il y a une contradiction entre elles. Il en est ainsi quand une partie sollicite la résolution ou la nullité du contrat en première instance, mais qu'elle demande son exécution forcée en appel (93).

24. Deuxièmement, certaines exceptions à l'interdiction des demandes nouvelles en appel se justifient par une volonté d'unifier le litige. Ceci permet d'éviter un morcellement du litige entre le juge d'appel et le conseil de prud'hommes, ainsi qu'un ralentissement dans le traitement du litige qui serait inhérent à une multiplication des procédures (94). Tantôt sont recevables en appel les prétentions destinées à faire juger les questions nées de la survenance ou de la révélation d'un fait ou de l'intervention d'un tiers (95). Par exemple, un salarié peut solliciter en appel des dommages-intérêts pour perte de retraite, car il y a eu survenance d'un fait en raison du départ à la retraite du salarié qui est intervenu le lendemain de la clôture des débats devant le conseil de prud'hommes (96). Tantôt il est possible de soumettre au juge d'appel les demandes qui sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire des demandes examinées par le juge de première instance (97). Tel est le cas quand un salarié forme en appel une demande de dommages-intérêts fondée sur le non-respect de l'ordre des licenciements. Elle constitue un accessoire à la demande principale en contestation du licenciement pour motif économique et un complément aux demandes indemnitaires présentées par le salarié en première instance (98).

25. Troisièmement, d'autres exceptions à l'interdiction des demandes nouvelles en appel s'expliquent par le respect des droits de la défense. C'est, d'abord, le cas des demandes qui sont recevables, car elles sont destinées à faire écarter les prétentions adverses (99). Ces demandes ne peuvent être formées que par une partie qui a la qualité de défendeur (100) au regard de la demande initiale (101). À ce titre, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 novembre 2018 est particulièrement instructif (102). Dans cette

(86) Ceci était admis par l'article 566 du CPC avant qu'il ne soit modifié.

(87) B. Lissarrague, « L'instance d'appel est désormais un terrain dangereux qui appelle une vigilance constante », RLDC 2018, n° 155, pp. 37-39, spéc. p. 38.

(88) CPC, art. 565.

(89) Cass. Com. 26 sept. 2018, n° 16-25.937, Publié au Bulletin.

(90) Cass. 2^{ème} Civ. 5 oct. 2017, n° 16-22.353, Publié au Bulletin.

(91) Cass. 2^{ème} Civ. 6 juill. 2017, n° 16-19.354.

(92) CA Grenoble, Ch. Soc. section B, 8 nov. 2018, RG n° 16/03.925.

(93) R. Laffly, « Demandes nouvelles en cause d'appel », n. sous Cass. 3^{ème} Civ. 6 sept. 2018, n° 17-21.329, Dalloz actualité, 2 oct. 2018.

(94) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., p. 213.

(95) CPC, art. 564. Pour des développements concernant cette exception, V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp. 214-216.

(96) CA Poitiers, Ch. Soc. 19 déc. 2018, RG n° 17/02.045.

(97) CPC, art. 566.

(98) CA Toulouse, 4^{ème} Ch. Soc. 1^{ère} section, 29 juin 2018, RG n° 17/00.461.

(99) CPC, art. 564.

(100) Cass. 1^{ère} Civ. 11 mars 1997, n° 95-14.735.

(101) V. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., p. 219.

(102) CA Paris, Pôle 6, ch. 9, 28 nov. 2018, RG n° 17/10.340.

affaire, un salarié sollicitait en première instance la requalification de CDD en CDI. En appel, il demandait également que ces mêmes contrats de travail soient requalifiés de contrats à temps partiels en contrats à temps complets. Le salarié soutenait, notamment, que sa demande de requalification de la relation de travail à temps plein visait à écarter la demande de l'employeur au titre du temps partiel. Toutefois, la cour d'appel constate que l'employeur sollicitait, subsidiairement, pour le cas où il serait fait droit à la demande de requalification en contrat à durée indéterminée, que ce contrat à durée indéterminée soit établi à diverses conditions, dont celle d'un temps de travail de 57 heures mensuelles. En conséquence, l'employeur n'a fait que tirer les conséquences de la réclamation principale du salarié, qui ne portait pas sur la durée de travail. Il ne s'agit donc pas d'une prétention adverse au sens de l'article 564 du Code de procédure civile, que la prétention nouvelle en appel du salarié de requalification à temps plein aurait pour effet d'écarter. C'est, ensuite, le cas des demandes reconventionnelles qui sont recevables en appel (103). La seule condition de recevabilité est que la demande reconventionnelle soit rattachée par un lien suffisant aux demandes initiales (104), notion qui n'est pas définie et qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (105). Une cour d'appel a ainsi admis qu'un employeur puisse demander pour la première fois en appel la condamnation du salarié à payer une amende civile pour procédure abusive, ainsi que le paiement de dommages-intérêts, car le salarié avait quitté précipitamment son emploi sans préavis et avait agi abusivement en justice, en prétendant de manière mensongère ne pas avoir été payé d'une partie de ses salaires (106). Plus généralement, l'existence du lien suffisant paraît assez simple à caractériser pour les litiges prud'homaux, car toutes les demandes sont en relation avec le même contrat de travail (107).

26. Pour conclure ce passage, il convient de souligner que des règles générales doivent être respectées. Le juge d'appel est spécialement tenu de s'assurer que la demande nouvelle a été formée dans des conditions garantissant le respect du principe du contradictoire. La demande doit donc être formée dans des conditions permettant à l'adversaire d'y répondre (108). En outre, lorsqu'il y a plus de deux parties, devant la

cour d'appel, l'appelant ne peut former une demande nouvelle contre un des co-intimés que s'il avait dirigé une demande contre cette partie en première instance. À défaut, la demande est considérée irrecevable, car elle est nouvelle en appel (109). Ceci peut être important quand un litige oppose un salarié à plusieurs employeurs. Il n'en demeure pas moins que les parties ont toujours la possibilité de former des demandes nouvelles en appel. Cependant, cette faculté peut être confrontée à des difficultés procédurales.

2. Les difficultés procédurales liées à la recevabilité des demandes nouvelles en appel

27. La recevabilité des demandes nouvelles est confrontée à deux difficultés procédurales principales. La première peut résider dans la tentative obligatoire de conciliation (110). En effet, avant le décret n° 74-783 du 12 septembre 1974, la jurisprudence considérait qu'une demande nouvelle était irrecevable quand elle n'avait pas respecté la tentative de conciliation (111). C'était nécessairement le cas lorsqu'une demande était formée pour la première fois devant la cour d'appel. Ceci expliquait que l'article R. 1452-7 du Code du travail prévoyait expressément que l'absence de tentative de conciliation ne pouvait pas être opposée en cas de formation d'une demande nouvelle. Cependant, cet article étant abrogé, il pourrait être tentant pour un défendeur d'essayer de soutenir qu'une demande nouvelle serait irrecevable, car elle ne respecterait pas la tentative obligatoire de conciliation. Il serait possible de répliquer que la tentative de conciliation concerne le litige et non chaque demande prise individuellement. De plus, si les parties sont devant la cour d'appel, la tentative de conciliation a déjà échoué. Il paraît excessif d'exiger de la mettre en œuvre à ce stade pour chaque demande. Il n'en demeure pas moins que, sur ce point, il pourrait être intéressant qu'un texte spécial précise qu'en matière prud'homale, la tentative de conciliation ne peut pas être opposée à une demande nouvelle. Ceci leverait toute ambiguïté.

28. La seconde difficulté est plus dangereuse concernant les droits des parties. En principe, pour éviter que le temps du procès ne constitue un obstacle à une nouvelle saisine du juge, il est prévu qu'une demande en justice interrompt le cours de

(103) CPC, art. 567.

(104) CPC, art. 70. Cass. 2^{ème} Civ. 23 févr. 2017, n° 16-12.859. Cette condition du lien suffisant concerne la plupart des hypothèses de recevabilité des demandes nouvelles en appel. Sur cette notion v. O. Orif, *La règle de l'unicité de l'instance*, préc., pp. 215-216, 218, 220.

(105) Cass. 1^{ère} Civ. 20 sept. 2017, n° 16-18.442, Publié au Bulletin.

(106) CA, Rennes, 7^{ème} ch. prud'homale, 20 déc. 2017, RG n° 17/00.150.

(107) M. Beckers, « La réforme de la procédure prud'homale : l'illusion de l'efficacité », préc., spéc. p. 282.

(108) Cass. Soc. 16 mai 2018, n° 16-12.320.

(109) Cass. 3^{ème} Civ. 24 mai 2017, n° 15-27.302, Publié au Bulletin.

(110) C. trav., art. L. 1411-1 et R. 1454-10.

(111) Cass. Soc. 4 avr. 1973, n° 72-40249 ? Bull. civ. V, n° 219.

la prescription, même si elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure (112). Un nouveau délai de prescription ne recommence à courir qu'à l'issue du procès (113). Toutefois, lorsqu'elle est définitivement rejetée, la demande en justice perd son effet interruptif de la prescription (114). Dès lors, au moment de former une demande nouvelle en cours de procès, et particulièrement en appel, les parties doivent être vigilantes. Certes, un épanouissement du litige est possible et certaines demandes nouvelles peuvent être toujours formées pour la première fois devant la cour d'appel (115). Cependant, le principe est l'interdiction de former des demandes nouvelles. Cette règle est sanctionnée par une fin de non-recevoir (116). Or, l'interruption de la prescription devient non avenue quand un juge décide qu'une demande est irrecevable en application d'une fin de non-recevoir (117). Par conséquent, la durée de l'instance d'appel, combinée à la réduction drastique des délais de prescription en droit du travail (118), peut aboutir à l'interdiction de soumettre une demande au juge. Si la demande est jugée irrecevable comme nouvelle en appel, le risque est grand que l'adversaire puisse opposer la

prescription en cas de saisine postérieure du conseil de prud'hommes pour la même demande. Dès lors, en cas de doute, il est fortement recommandé d'introduire un nouveau procès devant le conseil de prud'hommes. Il est préférable de pouvoir exercer son droit d'action, même si cela engendre des frais supplémentaires. Bien que cette situation ne paraisse pas idéale, elle reste préférable à la situation antérieure, où la règle de l'unicité de l'instance interdisait toute nouvelle saisine du juge.

En conclusion, l'abrogation de la règle de l'unicité de l'instance est à saluer, car elle évite qu'une demande ne puisse jamais être soumise à un juge au prétexte que les parties ont eu la possibilité de saisir une fois une juridiction prud'homale. Néanmoins, les justiciables doivent rester vigilants, car les évolutions de la procédure civile restent marquées par une volonté d'imposer une concentration de la matière litigieuse, alors que les possibilités de faire évoluer le litige sont réduites. Il ne faut pas aller trop loin. Il importe d'éviter que des justiciables ne soient pas mis en mesure d'exercer leurs droits lorsque la saisine du juge apparaît nécessaire pour les défendre.

Vincent Orif

(112) C. civ., art. 2241.

(113) C. civ., art. 2231 et 2242.

(114) C. civ., art. 2243.

(115) V. *supra* n° 22-26.

(116) Cass. Soc. 14 févr. 2018, n° 16-20.987.

(117) Cass. 2^{ème} Civ. 8 oct. 2015, n° 14-17.952, avis ; Cass. Com. 26 janv. 2016, n° 14-17.952, Publié au Bulletin.

(118) Pour une analyse des dernières évolutions relatives aux délais de prescription en droit du travail, v. par ex. Ch. Boillot, « La réduction et l'harmonisation des délais de prescription de la rupture du contrat par les ordonnances du 22 septembre 2017 », CSB 2018, n° 303, pp. 53-56.



Éditions Wolters Kluwer
2/01/2019
ISBN 978-2-37148-164-0
500 p., 48 euros

LE SYSTÈME D'INSPECTION DU TRAVAIL EN FRANCE

Par Hélène Avignon, Directrice adjointe du travail,
Paul Ramackers, Directeur du travail,
Jean-Pierre Terrier, Directeur du travail honoraire

Cette 3^{ème} édition entièrement mise à jour a pour objectif de présenter les missions, l'organisation et les modalités pratiques d'intervention de l'inspection du travail, notamment dans l'entreprise, ainsi que les relations avec son environnement local.

Les auteurs y exposent l'ensemble des règles encadrant cette institution, à partir de l'examen de tous les textes, nationaux et internationaux qui régissent son exercice, et de l'analyse de la jurisprudence.

Enfin, cette nouvelle édition intègre les bouleversements majeurs qui ont concerné le droit du travail et l'inspection du travail ces dernières années, notamment les nouveaux pouvoirs des agents de contrôle, la représentation du personnel, la négociation collective.