

Chronique

L'irrecevabilité de la demande tirée de la prescription

Le Code civil définit la prescription comme un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps (art. 2219, C. civ.). La prescription s'analyse en une fin de non-recevoir, c'est-à-dire une cause d'irrecevabilité d'une réclamation. En matière prud'homale, la longueur des délais de prescription (cinq ans pour les salaires et trente ans par défaut pour les dommages et intérêts) n'incitait guère le salarié à se presser pour agir, mais, depuis 2008, les réformes législatives successives se sont ingéniées à réduire les délais de prescription, ce qui concourt à l'objectif de sécurisation de la relation de travail. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile avait donné le la en faisant passer le délai de prescription de droit commun du Code civil de trente ans à cinq ans.

Ensuite, la loi sur la sécurisation de l'emploi du 17 juin 2013 fit passer le délai de prescription des actions salariales de cinq à trois ans et créa un délai de deux ans pour les actions au titre de l'exécution et de la rupture du contrat de travail, sans toucher à la prescription quinquennale de cinq ans régissant l'action en réparation d'une discrimination.

La dernière étape résulte de l'ordonnance Travail n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui a abaissé de deux ans à douze mois le délai de prescription de l'action portant sur la rupture du contrat de travail. Néanmoins, il n'existe toujours pas de délai unique de prescription gouvernant l'ensemble des demandes afférentes à un contrat de travail, d'où l'importance de bien identifier le délai de prescription applicable.

L'attention des conseillers prud'hommes doit être également attirée sur trois points en particulier que nous aborderons ensuite dans cette chronique. Dans la mesure où, logiquement, c'est l'employeur défendeur qui va se prévaloir de la prescription, le demandeur va chercher à la contourner en plaidant l'élasticité du point de départ. Il invoquera, pour de multiples raisons, que le délai n'a pas effectivement couru et cherchera à en convaincre le juge, pour introduire sa requête, faute d'être informé plus tôt de son droit. Autre tentative pour échapper à l'effet coupe-rete du délai : celle consistant à travestir la demande en une autre appellation relevant d'un délai plus long ! Enfin, une stratégie bien ancrée jusqu'à présent s'est déployée qui, en s'appuyant sur la règle de l'interruption de la prescription attachée à la saisine de la juridiction prud'homale, a favorisé la multiplication des demandes nouvelles tardivement formées en cours d'instance, le délai écoulé entre l'engagement de l'action et le jour où la prétention supplémentaire a été formée, souvent de plusieurs mois, étant neutralisé. Il convient au préalable de préciser le régime procédural de la fin de non-recevoir tirée de la prescription.

I. La fin de non-recevoir tirée de la prescription

A. L'invocation de la prescription

Tendant à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande principale, additionnelle ou reconventionnelle, la prescription est rangée au nombre des fins de non-recevoir du Code de procédure civile. L'article 122 du Code de procédure civile souligne que :

« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

En tant que fin de non-recevoir, la prescription peut, selon la formulation de l'article 123 du même code, être proposée en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.

L'employeur pourra invoquer la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action du salarié pour avoir été engagée au-delà du délai légal dès le Bureau de Conciliation et d'Orientation, mais il est recevable à s'en prévaloir au stade ultérieur de l'instance au fond puisque c'est le Bureau de Jugement qui aura à statuer sur son bien fondé.

En revanche, le juge saisi n'est pas habilité à suppléer d'office le moyen tiré de la prescription. Il ne peut donc pas le faire à la place de la partie qui aurait oublié de le faire (art. 2247, C. civ.).

B. L'appréciation et la réponse du juge

Avant de se prononcer sur la validité de la fin de non-recevoir invoquée, donc sur les conditions d'application de la prescription opposée par le défendeur, le juge du fond doit s'assurer que l'autre partie en avait eu connaissance en temps utile pour être à même d'y répondre.

Quel est l'effet de la prescription ?

- si la fin de non-recevoir est écartée, le juge statue sur la demande au fond ;
- si l'invocation de la prescription de l'action est reconnue justifiée, l'irrecevabilité de la demande s'ensuit. Par hypothèse, le juge n'a plus à répondre à la demande en cause sur le fond.

II. L'identification du délai de prescription applicable

Nous présenterons dans cette partie la vaste gamme des délais de prescription gouvernant l'action prud'homale, avant de nous attacher dans la partie suivante au calcul des délais, eu égard à leurs différents points de départ.

A. La gamme des délais de prescription en matière prud'homale

Si, depuis 2008, le délai de prescription de droit commun fixé par le Code civil est de cinq ans (art. 2224, C. civ.), à vrai dire, les délais de prescription afférents aux actions prud'homale sont pluriels. Ils résultent de dispositions spéciales du Code du travail qui fixent des délais qui, s'échelonnant de douze mois à cinq ans, varient selon la nature du droit revendiqué.

L'article L. 1471-1 du Code du travail, revu à l'occasion de l'ordonnance Travail, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, a bien pris soin de préciser que les délais, tant en matière de rupture que d'exécution du contrat, *ne sont toutefois pas applicables aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, aux actions en paiement ou en répétition du salaire* (qui relèvent du délai de trois ans) *et aux actions exercées en application des articles L. 1132-1, L. 1152-1 et L. 1153-1. Elles ne font obstacle ni aux délais de prescription plus courts prévus par le présent code et notamment ceux prévus aux articles L. 1233-67, L. 1234-20, L. 1235-7, L. 1237-14 et L. 1237-19-8, ni à l'application du dernier alinéa de l'article L. 1134-5.*

Nous allons détailler ces délais dérogatoires dans la présentation de la vaste gamme des délais de prescription gouvernant l'action prud'homale. Au juge prud'homal d'identifier le bon délai applicable à chaque demande en cause, d'où l'importance de bien cerner le champ d'application de chacun des nombreux délais de prescription.

1) Le délai de prescription de droit commun de douze mois en matière de rupture

Depuis l'ordonnance Travail n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018, le délai raccourci de douze mois est désormais dominant en matière d'action en contestation d'une rupture d'un contrat de travail.

Il est posé en principe à l'article L. 1471-1 du Code du travail : « *Toute action portant sur la rupture du contrat de travail se prescrit par douze mois à compter de la notification de la rupture* ».

Applicable aux litiges du licenciement, quel qu'en soit le motif, comme aux litiges consécutifs à une rupture dont le salarié a pris l'initiative, il gouverne également les contestations prud'homales de la rupture d'un contrat à durée déterminée ou d'intérim.

La demande en résiliation judiciaire du contrat de travail reste en dehors.

L'opposabilité de ce délai n'est pas subordonnée à une quelconque mention du délai dans la lettre de rupture.

Le nouveau délai raccourci de douze mois s'applique aux prescriptions en cours à la date de publication de l'ordonnance, le 23 septembre 2017, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure du 14 juin 2013, à savoir deux ans.

En revanche, il est inapplicable aux instances prud'homales introduites avant la publication de l'ordonnance. L'action s'est poursuivie et se juge conformément à l'ancienne loi du 14 juin 2013, y compris en appel et en cassation.

Il cohabite avec d'autres délais de même durée aménagés antérieurement à l'ordonnance Travail et qui n'ont pas été mis en cause par celle-ci.

a) Le délai de prescription de douze mois en cas de contestation du licenciement économique

La loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 avait inséré à l'article L. 321-16, devenu L. 1235-7 du Code du travail, concernant le licenciement économique, le principe d'une prescription de douze mois opposable à l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, ce délai devant être mentionné dans la lettre de licenciement pour être opposable.

En dépit de la formulation très large du texte, qui conduisit des conseils de prud'hommes et même des cours d'appel à y voir un délai de prescription des actions en contestation de la cause réelle et sérieuse, la Cour de cassation l'avait interprété restrictivement. Elle avait entendu cantonner l'application du délai abrégé de l'article L. 1235-7 aux seules procédures de licenciement collectif pour motif économique imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (Cass. soc., 10 juillet 2013, n° 11-27363, *Cahiers Prud'homaux* n° 10 de 2013, Jurisprudence p. 14), pour appréhender les seules contestations susceptibles d'entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique, en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Elle refusait dès lors de le faire jouer lorsque le salarié, contestant le caractère économique du licenciement pour non-respect de l'obligation de reclassement, citait l'employeur devant la juridiction prud'homale pour licenciement économique sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 26 octobre 2016, n° 15-22980 ; Cass. soc., 21 mai 2014, n° 13-18075, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 19).

Aujourd'hui, le débat n'a plus lieu d'être, puisque l'action en contestation de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement économique obéit au délai de prescription de douze mois précité.

Reste que l'article L. 1235-7 du Code du travail a été maintenu par l'ordonnance Travail et continue de régir la prescription des actions prud'homales engagées en conséquence de la nullité d'un PSE : « *Toute contestation portant sur le licenciement pour motif économique se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité social et économique ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester le licenciement pour motif économique, à compter de la notification de celui-ci* ». Correctif issu de l'ordonnance dite « balai » n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 (JO du 21) la condition d'opposabilité antérieure dépendant de la mention du délai de prescription dans la lettre de licenciement a été levée.

b) Le délai de prescription de douze mois en cas de contestation de la rupture par adhésion au contrat de sécurisation professionnelle.

Evoquons la règle afférente au contrat de sécurisation professionnelle issue de l'article L. 1233-67 du Code du travail. On sait que : « *L'adhésion du salarié au contrat de sécurisation professionnelle emporte rupture du contrat de travail. Toute contestation portant sur la rupture du contrat de travail ou son motif se prescrit par douze mois à compter de l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle. Toutefois ce délai est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la proposition de contrat de sécurisation professionnelle* ». Cette exigence demeure inchangée.

c) Le délai de prescription de douze mois en cas de contestation de la rupture conventionnelle

« *Le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention* », énonce l'article L. 1237-14 du Code du travail.

2) Le délai de prescription de deux ans en matière d'exécution du contrat de travail

« *Toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit* » (art. L. 1471-1, C. trav.).

Ce délai biennal appréhende par exemple les actions en contestation d'une sanction disciplinaire comme les demandes en requalification de contrat (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26437, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

En revanche, il ne concerne ni la réclamation de sommes ayant la nature de salaire (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 17-13226, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro), ni, bien entendu, les actions en contestation d'une rupture du contrat de travail.

Mais il a vocation à régir les demandes de résiliation judiciaire d'un contrat de travail.

La question se pose de savoir s'il s'étend à l'action en contestation de la validité d'une transaction conclue à l'occasion du contrat de travail.

A défaut de délai spécifique prévu expressément, ne faut-il pas appliquer ce délai biennal ?

La cohérence incline en ce sens. Le délai quinquennal de droit commun du Code civil s'il était adopté, apparaîtrait en décalage avec l'intention réaffirmée du législateur et affichée dans les réformes successives de 2008, 2013 et 2017, de raccourcir les délais de prescription des actions prud'homales.

3) Le délai de prescription de trois ans mois en matière de salaire

Longtemps de cinq ans, le délai a été raccourci par l'effet de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, mais d'une durée de trois ans, le délai reste plus long que ceux visant spécifiquement l'exécution du contrat de travail et, *a fortiori*, la rupture de celui-ci. Aux termes de l'article L.3245-1 du Code du travail : « *L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat* ».

Suivent ce régime, non seulement les demandes de rappels de salaires et d'accessoires de salaire, mais encore, les demandes de nature salariale versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail, telles qu'une demande d'indemnité de congés payés non pris (cf. Cass. soc., 17 mai 2018, n° 17-13444, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

Il résulte des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du Code du travail que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible.

Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré. Ayant constaté que, si la sanction de mise à pied a été prononcée et notifiée le 5 novembre 2009 au salarié et exécutée le 24 novembre 2009, elle a reçu sa concrétisation en ce qui concerne la retenue de salaire, sur le bulletin de paye édité le 31 décembre 2009, la cour d'appel en a exactement déduit que la juridiction prud'homale avait été valablement saisie le 30 décembre 2014, soit dans le délai de prescription de cinq ans résultant de la loi antérieure et moins de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ayant réduit la prescription applicable en matière de salaires à trois ans.

Selon la Cour de cassation, la demande de paiement de salaire formulée en conséquence d'une demande d'annulation de sanction suit le régime de la prescription des salaires (Cass. soc., 20 juin 2018, n° 16-20794, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

Pour elle, l'obligation pour l'employeur d'affilier son personnel cadre à un régime de retraite complémentaire et de régler les cotisations qui en découlent est soumise à la prescription de droit commun, s'agissant de demandes qui ne concernent pas des cotisations afférentes à des salaires non versés, mais portant sur la contestation de l'assiette des cotisations retenue par l'employeur sur les salaires versés (Cass. soc., 11 juillet 2018, n° 16-20029).

4) Le délai de prescription de cinq ans en matière de discrimination

L'article L. 1134-5 du Code du travail demeure inchangé : « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination.*

Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel.

Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

5) L'action en nullité d'un contrat

Jusqu'à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, le Code civil instaurait à l'article 1304 un délai de prescription de cinq ans : « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts* ».

Un ancien mineur ayant souscrit le 28 novembre 1989 à un rachat de ses avantages en nature (prime de chauffage et attribution d'un logement gratuit), suite à son licenciement pour motif économique a été déclaré irrecevable à agir en nullité pour vice du consentement de l'acte de rachat de ses avantages en nature devant le conseil de prud'hommes le 9 septembre 2010. Pour conclure à la prescription de l'action, la cour d'appel a estimé que le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité pour vice du consentement devait être fixé au jour du rachat des avantages en nature (Cass. soc., 10 janvier 2018, n° 16-21688, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

Aujourd'hui, le délai de prescription reste le même par application de la règle de base fixée à l'article 2224 du Code civil, selon lequel les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

6) La liste des autres délais de prescription demeurés inchangés

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 n'a pas touché à plusieurs délais de prescription.

C'est le cas :

- des actions exercées en application des articles L. 1132-1, donc au nom d'une discrimination, qui bénéficient d'un délai de cinq ans (cf. art. L. 1134-5, C. trav.). Y sont implicitement rattachées les actions engagées sur le fondement d'un harcèlement sexuel ou moral ;
- des actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail qui se prescrivent par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé (cf. art. 2226, C. civ.).

Le délai de dénonciation du reçu pour solde de tout compte reste de six mois à compter de sa signature, délai au-delà duquel il devient libératoire pour l'employeur pour les sommes qui y sont mentionnées (art. L. 1234-20, C. trav.).

Nous avons déjà recensé les délais de douze mois relatifs à la rupture conventionnelle (art. L. 1237-14, C. trav.), au licenciement économique (art. L. 1235-7, C. trav.) et au contrat de sécurisation professionnelle (art. L. 1233-67, C. trav.).

B. L'application du bon délai de prescription ou comment déjouer la stratégie de contournement du délai plus court par le biais de l'invocation d'un délai apparemment plus long

En effet, le juge prud'homal doit s'assurer que le demandeur n'a pas travesti l'intitulé de sa demande pour tenter de profiter d'un délai plus long que celui qui vise la créance qu'il revendique.

Eu égard à la multiplicité des délais de prescription, une telle pratique, qui n'est pas rare, appelle un devoir de vigilance. Le juge doit repérer l'objet réel de la demande au-delà de son appellation pour vérifier le délai de prescription applicable.

Par le passé, il était fréquent que le demandeur sollicitât des dommages et intérêts pour non-versement des heures supplémentaires, afin de contourner à l'époque la prescription quinquennale des salaires par le biais de la prescription de droit commun de 30 ans des actions en responsabilité ! Le juge ne sera pas « *dupe de la manœuvre* » qui s'attachera à identifier la nature de la créance. La Cour de cassation qui exerce un contrôle à cet égard n'hésite pas à censurer la décision qui n'a pas satisfait à cette exigence : *ainsi sous le couvert d'une demande de dommages-intérêts pour absence de répartition des horaires sur le contrat de travail, une cour d'appel avait cru pouvoir faire droit à la demande de paiement d'une créance de rappel de salaire qui était prescrite*. La cassation de l'arrêt de la cour d'appel a été logiquement encourue pour violation des articles L. 3245-1 du Code du travail et 2277 du Code civil, dans leur rédaction applicable en la cause (Cass. soc., 28 mars 2018, n° 12-28606, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

On avait même pu relever un arrêt d'une cour d'appel condamnant un employeur à payer des dommages-intérêts pour perte d'une chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires qu'il a effectué, et pour ce faire énoncer qu'en raison de la carence de l'employeur dans la production des éléments d'appréciation qui lui incombe, il devait être fait droit à la demande de dommages-intérêts formulée par le salarié, qui correspondait au calcul arrondi des heures supplémentaires qu'il disait avoir accomplies ! La cassation fut légitimement encourue (Cass. soc., 15 octobre 2002, n° 00-40728, publié au bulletin).

Autre illustration : la prescription d'un droit qui a été admise fait nécessairement échec aux demandes qui en dérivent.

La prescription de l'action en paiement des salaires entraîne celle de la demande en paiement des cotisations afférentes (Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-16936 et n° 13-17209, Cahiers prud'homaux n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 16). *Le salarié éconduit sur le terrain de la recevabilité de sa demande de rappel de salaire ne peut se prévaloir d'une incidence sur sa retraite d'une perte de rémunération et réclamer des dommages-intérêts à ce titre* (Cass. soc., 5 octobre 2017, n° 16-11477). *Le raisonnement est similaire lorsque le salarié sollicite l'établissement de bulletins de paie rectifiés pour des périodes de salaires prescrits* (Cass. soc., 15 avril 2015, n° 14-20596). La délivrance d'un bulletin de paie n'est en application des dispositions de l'article L. 3243-2 du Code du travail, que la conséquence du paiement du salaire.

III. Le point de départ de la prescription

Une fois identifié le bon délai de prescription correspondant à la réclamation, reste à régler la question de son calcul. Même si le législateur s'est appliqué dans un but de sécurisation à en réduire la durée, encore tout récemment à l'occasion de l'ordonnance Travail n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, force est de noter au rebours que la détermination du point de départ du délai se trouve largement entre les mains du juge. Ce dernier est fréquemment invité à se prononcer sur le point de savoir, en cas de dépassement du délai calendaire, si, effectivement, le salarié avait connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action. A l'évidence, le caractère flottant qui peut affecter en pratique le calcul du délai, aussi court en théorie soit-il n'est pas un gage de sécurisation. Il se doit d'être bien appréhendé par les conseillers prud'hommes aux fins de ne pas trop tirer sur l'élastique. Toute prise en compte

d'une date de connaissance du droit, propre à retarder la mise en œuvre du délai de prescription doit être objectivement motivée.

Le délai de prescription devrait logiquement se calculer à partir du moment où le droit invoqué par le demandeur à l'action est né. N'est-ce pas du reste la règle posée à l'article 2232 du Code civil qui fixe un délai limite de *vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ?

Pour autant, il n'existe pas une règle unique : là encore, le Code du travail prévoit des points de départ de la prescription différents selon les droits en cause.

1) Le point de départ de l'action sur la rupture du contrat de travail

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ratifiée par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 a spécifié que le délai de douze mois court à compter de la notification de la rupture (art. L. 1471-1, C. trav.).

La date de notification d'un licenciement correspond à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre de licenciement au salarié.

Le délai de douze mois court mécaniquement depuis la notification, que le motif soit ou non économique, sans besoin de le relayer en cas de licenciement par une mention dans la lettre (art. L. 1235-7, C. trav.).

En cas de rupture à l'initiative du salarié, la date à retenir est celle où le salarié en fait part à l'employeur.

En vertu de l'article L. 1233-67 du Code du travail, le délai de prescription de douze mois pour contester une rupture du contrat de travail, lorsque le salarié a adhéré au contrat de sécurisation professionnelle court à compter de cette adhésion, mais ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la proposition de contrat de sécurisation professionnelle.

Quant à la contestation d'une rupture conventionnelle, l'article L. 1237-14 du Code du travail précise que le recours juridictionnel doit être formé, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention. En cas d'homologation tacite, le délai commence à courir à l'issue du délai de 15 jours ouvrables ouvert à l'autorité administrative pour instruire la demande.

Un salarié signataire d'une convention de rupture le 8 octobre 2010, signataire également de son reçu pour solde de tout compte mentionnant le versement d'une indemnité conventionnelle de rupture, et qui a reçu les documents de fin de contrat avait saisi la juridiction prud'homale le 17 novembre 2011 d'une demande en nullité de la convention de rupture. S'étant vu opposer par l'employeur l'irrecevabilité de sa demande tirée du dépassement du délai d'un an, il soutint vainement en réplique qu'ayant ignoré la naissance de son droit, la prescription ne pouvait pas courir. Si la prescription ne court pas contre celui qui a été dans l'impossibilité d'agir, pour avoir, de manière légitime et raisonnable, ignoré la naissance de son droit, l'intéressé, en l'espèce, n'était pas fondé à argumenter de la sorte (Cass. soc., 6 décembre 2017, n° 16-10220, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro). La cour d'appel, relevant que le salarié et l'employeur avaient signé une convention de rupture, et devant laquelle il n'était pas contesté que la convention avait reçu exécution, avait fait ressortir que ce salarié avait disposé du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 1237-14 du Code du travail. Peu importait, dès lors, souligne la Cour de cassation dans son arrêt du 6 décembre 2017, qu'il ait pu ne pas avoir connaissance de la date exacte de la décision implicite d'homologation. Sa demande en nullité de la convention de rupture, introduite postérieurement à ce délai, était bel et bien irrecevable.

Evoquons pour être complet la réserve de la fraude. Elle est de nature à permettre d'écarter le calcul du délai de douze mois à compter de la décision d'homologation pour reporter le point de départ du délai de douze mois qui court à compter du jour où la partie qui invoque la fraude en a connaissance.

La fraude a été invoquée dans une affaire où un employeur usa d'une rupture conventionnelle afin de se soustraire à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Pour autant, le point de départ du délai de recours n'a pas été décalé dans la mesure où, précisément, le mobile de la fraude ne tendait pas à le contourner (Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16994, publié au bulletin). Il ne suffit donc pas que la fraude alléguée soit jugée établie, encore faut-il qu'elle porte précisément sur l'écoulement du délai anal, une situation contentieuse à vrai dire très exceptionnelle.

2) Le point de départ de l'action portant sur l'exécution du contrat de travail

Le délai de deux ans court à compter du jour où celui qui l'exerce – employeur ou salarié – a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit (art. L. 1471-1, C. trav.).

Qu'en est-il de l'action en requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ?

Le délai de prescription d'une action en requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat.

Cet attendu de la Cour de cassation (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26437, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro) emporté la pleine adhésion.

C'est bien à ce moment-là que le salarié est à même de repérer les éventuelles irrégularités de forme du contrat de nature à l'inciter à agir devant le conseil de prud'hommes.

Le raisonnement à conduire est similaire s'agissant du point de départ d'une action en requalification d'un contrat de mission d'intérim en un contrat de travail avec l'utilisateur au motif d'un défaut de respect des règles substantielles de forme.

Elargissons la solution à la demande visant à faire requalifier un contrat à temps partiel en un contrat à temps plein pour défaut des mentions requises.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité du 3 mai 2018, le salarié qui avait conclu six contrats à durée déterminée entre 2004 et 2014 soutenait que le point de départ du délai de la prescription de la demande de requalification se situait au terme de son dernier contrat à durée déterminée. Cette tentative pour échapper à la prescription n'a pas été couronnée de succès, la cour d'appel de Poitiers approuvée par la Cour de cassation optant pour la date de conclusion du contrat à durée déterminée incriminé.

3) Le point de départ de l'action en paiement de salaire

Le Code du travail précise à l'article L. 3245-1 que : « *L'action en paiement ou en répétition du salaire se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

S'agissant de l'indemnité de congés payés, le point de départ du délai de la prescription doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris (Cass. soc., 17 mai 2018, n° 17-13444, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro ; Cass. soc., 14 novembre 2013, n° 12-17409, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 2).

En bonne logique, le délai de prescription court à compter de la date d'exigibilité du salaire (cf. Cass. soc., 9 juillet 2014, n° 13-23551).

Il résulte des articles L. 3245-1 et L. 3242-1 du Code du travail que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible.

Pour les salariés payés au mois, la date d'exigibilité du salaire correspond à la date habituelle du paiement des salaires en vigueur dans l'entreprise et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré (Cass. soc., 20 juin 2018, n° 16-20794, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

Le mode de calcul du délai de l'action en paiement de salaire en cas de rupture du contrat de travail est précisé à l'article L. 3245-1 du Code du travail de la manière suivante.

Lorsque le contrat de travail est rompu, la demande de paiement ou de répétition du salaire peut porter sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat.

Par rupture, il faut entendre notification de celle-ci. La date à prendre en compte pour déterminer les trois années précédentes est celle où l'auteur de la rupture du contrat de travail en a pris l'initiative en le portant à la connaissance de son co-contractant.

4) Le point de départ du délai de prescription de la discrimination

L'article L. 1134-5 du Code du travail, demeuré inchangé fixe un délai de prescription de l'action en réparation des discriminations de cinq ans et instaure un point de départ spécifique, puisqu'il court à compter de la date de la révélation de la discrimination.

Le point de départ glissant du délai de prescription qui est une source d'insécurité pour l'employeur se situe au centre des questions relatives aux actions en réparation pour discrimination. Fréquemment, le demandeur salarié qui, longtemps après les faits incriminés, entend solliciter des dommages et intérêts afin de réparer l'entier préjudice résultant de la discrimination pendant toute sa durée fait valoir qu'il ne disposait pas des éléments lui permettant d'engager l'action plus tôt. Il va inviter le juge prud'homal à déplacer le point de départ de la prescription, pour tenter d'échapper au couperet de l'irrecevabilité de sa demande. Encore faut-il que l'allégation du salarié soit étayée, sinon elle sera jugée insuffisante (cf. Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-15045, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 12). Le salarié ne peut se borner à soutenir qu'il n'avait eu conscience que tardivement d'avoir subi une discrimination. La date de la révélation « tardive », qui sera invoquée par le demandeur, sera à prouver par lui et à apprécier par le conseil de prud'hommes. Un courrier de l'inspection du Travail a pu être reconnu probant à cet égard (Cass. soc., 20 février 2013, n° 10-30028, *Cahiers Prud'homaux* n° 10 de 2013, Jurisprudence, p. 17).

Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée, souligne l'article L. 1134-5 du Code du travail.

Si l'action en réparation d'une discrimination ne se heurte pas à la prescription quinquennale, et si la preuve de la discrimination est jugée établie par le juge prud'homal, l'indemnisation sollicitée à ce titre a vocation à couvrir toute la période de discrimination. D'où l'importance pour le juge prud'homal de bien identifier celle-ci au stade du délibéré avant d'évaluer le montant de la réparation pécuniaire, et donc, dès la phase du débat prud'homal, de bien scruter les éléments produits susceptibles de déterminer la durée précise pendant laquelle le salarié a fait l'objet de discrimination (cf. Cass. soc., 25 mai 2018, n° 16-22137).

5) Le point de départ de la prescription quinquennale en nullité du contrat

Aux termes de l'article 1144 du Code civil, le délai de l'action en nullité du contrat pour vice du consentement ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour de leur découverte et, en cas de violence, que du jour où elle cesse.

6) Le point de départ de la prescription quadriennale des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics

La loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968, qui instaure la prescription quadriennale des créances contre l'Etat ou les collectivités territoriales fixe un point de départ spécial puisqu'elle énonce qu'il court à compter du premier jour de l'année suivant le fait générateur.

Le débat judiciaire peut alors se déplacer sur la fixation de la date dudit fait générateur du droit du créancier. La question s'est posée à propos du litige introduit par un salarié contre une région qui ne l'avait pas repris à la suite de la cessation d'un partenariat d'activité avec l'association qui était son employeur. La Cour de cassation a pris position en déclarant que, dans le cas où le transfert du contrat de travail résulterait de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le fait générateur de la créance du salarié qui, licencié par l'entreprise sortante et dont le contrat de travail n'a pas été repris par l'entreprise entrante par suite du refus de celle-ci, demande la résiliation de son contrat de travail toujours en cours, se situe à la date de ce refus (Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-23393, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 12).

IV. L'interruption de la prescription

« L'interruption efface le délai de prescription acquis. Elle fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien » (art. 2231, C. civ.). Citons les deux cas intéressant le litige prud'homal.

A. La reconnaissance du droit par le débiteur

Aux termes de l'article 2240 du Code civil : « La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription ». Encore faut-il que la preuve d'une telle reconnaissance soit administrée, par celui qui s'en prévaut, à savoir le plus souvent le salarié qui cherchera à déduire du comportement de l'employeur qu'il s'est reconnu débiteur des sommes qui sinon tombent sous le coup de la prescription.

Des pourparlers transactionnels ne sont pas constitutifs d'une reconnaissance par le débiteur de sa dette interruptive du délai de prescription. Ainsi, a été cassé l'arrêt d'appel qui, pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la prescription d'une action en rappel de primes opposée par l'employeur n'avait pas hésité à juger que la proposition par l'employeur à la salariée d'un protocole d'accord transactionnel prévoyant le versement d'une partie des salaires réclamés, même refusée par la salariée valant reconnaissance du principe de sa dette, avait interrompu le cours du délai de la prescription (Cass. soc., 15 avril 2015, n° 13-27445).

L'envoi de lettres de réclamation d'un salarié n'interrompt pas le délai de prescription si l'intéressé n'est pas à même de produire un document de l'employeur dans lequel il reconnaît le principe de sa dette et accepte de la régler (cf. Cass. soc., 22 octobre 1996, n° 93-44148, publié au bulletin). Le courrier d'un employeur s'engageant à tout mettre en œuvre pour régler la situation dénoncée n'a pas été jugé suffisant pour valoir reconnaissance du droit au salaire invoqué en l'espèce (cf. Cass. soc., 8 avril 2010, n° 08-43599, publié au bulletin).

Le salarié va également faire valoir que les mentions des bulletins de paie relatives à des primes, jours de congés, convention collective, emploi, doivent être considérées comme des marques de reconnaissance par l'employeur du droit du salarié, propre à mettre en échec la prescription qu'il voudrait opposer en cas de réclamation prud'homale ultérieure.

Assurément, elles constituent peut-être, en cas de répétition des indices, une présomption, mais qui n'est pas absolue.

B. La demande prud'homale

La saisine du conseil de prud'hommes, même incompetent, interrompt la prescription, énonce l'article R. 1452-1 du Code du travail. Cette règle illustre le principe figurant à l'article 2241 du Code civil, selon lequel : « *La demande en justice interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion* ». L'article 2242 du même code précise que « *l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance* ».

Mais que faut-il entendre par « demande » ? Cette question n'est pas anodine, eu égard à la faculté réservée aux parties de solliciter en cours d'instance des demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles pour autant qu'elles se rattachent aux prétentions originaires, nous dit l'article 4 du Code de procédure civile.

Ne devrait-on pas traiter ces situations au cas par cas et admettre que l'effet interruptif des demandes additionnelles ou reconventionnelles élevées en cours d'instance ne joue qu'à partir du moment où une fois formées le contradicteur en aura été avisé ?

Telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui, interprétant largement l'article 2242 précité, bloque le compteur du délai de prescription à la date de la saisine initiale du conseil de prud'hommes, peu important l'émission postérieure d'une prétention.

Elle estime que l'interruption de la prescription peut s'étendre d'une action à une autre, lorsque les deux actions concernent, au cours d'une même instance, le même contrat de travail, alors même qu'elles procèdent d'une cause distincte et n'ont pas le même objet. Constatant que la prescription avait été interrompue le 2 mai 2007 par la saisine du conseil de prud'hommes d'une action en dommages et intérêts pour manquement de l'employeur aux obligations du contrat de travail, c'est à bon droit, dit-elle, que la cour d'appel a rejeté la fin de non-recevoir résultant de la présentation de demandes nouvelles par conclusions du 14 avril 2014 en annulation du licenciement, notifié le 23 septembre 2008 (Cass. soc., 12 avril 2018, n° 16-29072, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro). Par un arrêt du 5 avril 2018, elle avait censuré un arrêt d'appel qui, dans une hypothèse de ce genre, avait déclaré la demande nouvelle prescrite, donc sans prendre en considération l'effet interruptif de saisine (Cass. soc., 5 avril 2018, n° 16-26717, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

La Cour de cassation franchit même la limite de l'identité d'instance qu'elle pose comme règle lorsqu'elle considère que la saisine de la formation de référé a un effet interruptif également à l'égard de demandes présentées au cours de l'instance au fond (Cass. soc., 24 septembre 2014, n° 13-10233 et n° 13-10234, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 17). Ne s'agit-il pas pourtant de deux instances distinctes, quand bien même elles s'élèvent bien évidemment à l'occasion d'un même contrat de travail ?

La « souplesse » prévaut également, s'agissant des demandes nouvelles, en l'occurrence reconventionnelles formées en cas d'appel. Ainsi, n'a pas été jugée prescrite la demande d'indemnité compensatrice de préavis formée par l'employeur en appel contre le salarié qui avait saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir la requalification de la prise d'acte en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 7 février 2018, n° 16-11088, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

Si, désormais, la porte des demandes nouvelles se ferme en appel, celle des demandes incidentes, pourvu qu'elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant (art. 4, CPC), reste ouverte au cours de l'instance prud'homale.

Ajoutons que la radiation d'une affaire prud'homale du rôle est sans effet sur la poursuite de l'interruption liée à l'introduction de l'instance (Cass. soc., 8 juin 2005, n° 03-44983, *Bull. civ.*, V, n° 195, p. 173). En revanche, une caducité d'instance annihile l'effet interruptif du cours de la prescription résultant de l'introduction de ladite instance (Cass. soc., 21 mai 1996, n° 92-44347, *Bull. civ.*, V, n° 193, p. 136).

Signalons, pour terminer, le délai butoir fixé à l'article 2232 du Code civil que nous avons précédemment cité : « *Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ».

Ce délai butoir est assurément rarement mis en œuvre. Reste que vingt ans après la date du fait générateur du droit, le salarié ne saurait se prévaloir de faits de discrimination dont il n'aurait pas eu la révélation auparavant pour intenter une action prud'homale en réparation du préjudice.

A propos de l'entrée en vigueur des nouveaux délais de prescription plus courts prévus par une loi nouvelle

En cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure (art. 2222 C. civ.). Les dispositions figurant, tant dans la loi du 17 juin 2008, que dans celle du 14 juin 2013, ou encore, dans l'ordonnance travail n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 en ce qui concerne leur entrée en vigueur, déclinent ce principe qui tend à différer le plein effet de la réduction du délai.

Si le délai de prescription afférent à une demande de dommages-intérêts était passé de 30 à 5 ans avec la loi du 17 juin 2008, une demande prud'homale en ce sens introduite le 15 mars 2011, donc postérieurement à la loi de 2008,

n'était pas régie automatiquement par le nouveau délai de 5 ans, dans la mesure où le nouveau délai se calcule à compter de la date de promulgation de cette loi et où le délai antérieur de 30 ans n'avait pas expiré (Cass. soc., 9 avril 2014, n° 12-29418, *Cahiers prud'homaux* n° 2 de 2015, Jurisprudence, p. 19).

Autre illustration, ayant constaté que si la sanction de mise à pied a été prononcée et notifiée le 5 novembre 2009 au salarié et exécutée le 24 novembre 2009, elle avait reçu sa concrétisation en ce qui concerne la retenue de salaire, sur le bulletin de paye édité le 31 décembre 2009, la cour d'appel en a exactement déduit que la juridiction prud'homale avait été valablement saisie le 30 décembre 2014, soit dans le délai de prescription de cinq ans résultant de la loi antérieure et moins de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 ayant réduit la prescription applicable en matière de salaires à trois ans (Cass. soc., 20 juin 2018, n° 16-20794, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro).

En revanche, dès lors qu'à la date de la citation en justice interruptive de prescription, le 6 février 2014, plus de cinq années s'étaient écoulées pour les créances salariales réclamées et nées antérieurement au 6 février 2009, la cour d'appel les a déclarées prescrites : l'application immédiate des dispositions nouvelles aux prescriptions en cours, à savoir le nouveau délai de trois ans, ne permettait pas pour autant d'excéder la durée de la prescription quinquennale prévue par la loi antérieure (Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-25557, publié dans la partie Jurisprudence de ce numéro). En effet, les dispositions du nouvel article L. 3245-1 du Code du travail issu de la loi précitée du 14 juin 2013 s'appliquaient aux prescriptions en cours à compter du 16 juin 2013, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure, soit cinq ans.

En ce qui concerne l'ordonnance Travail n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, les dispositions relatives à l'abaissement du délai de prescription de l'action au titre de la rupture de deux ans à douze mois s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de publication de la présente ordonnance, donc le 24 septembre 2017 sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure. Lorsqu'une instance a été introduite avant la publication de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne y compris en appel et en cassation.