

de l'art. 336b CO (arrêts 4A_59/2023 du 28 mars 2023 consid. 4; 4A_320/2014 du 8 septembre 2014 consid. 3.3). Ceci justifie une allégation en bonne et due forme, assortie d'une offre de preuve.

En l'espèce, force est de constater que l'employée demanderesse, qui était déjà assistée d'un mandataire professionnel dès avant le début de sa procédure judiciaire, a tout simplement omis de satisfaire à ces exigences. La missive litigieuse du 27 novembre 2018 ne figurait même pas au dossier et l'on ne peut guère contester l'irrecevabilité de cette pièce proposée à l'audience des débats principaux, tant il est vrai que les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC faisaient effectivement défaut, n'en déplaise à l'intéressée. Les premiers juges ont également considéré que la preuve de l'opposition ne découlait pas d'autres éléments du dossier. Dans ce contexte, il n'y a pas à poursuivre la discussion plus avant.

4.3. Le devoir d'interpellation du juge n'est ici d'aucun secours à l'employée puisqu'elle était assistée d'un avocat dès avant le début de la procédure.

4.4. En bref, l'autorité précédente a enfreint le droit fédéral en considérant que l'opposition au congé constituait un fait implicite qui aurait dû être contesté par l'employeuse, à défaut de quoi l'employée était dispensée d'alléguer et prouver les éléments topiques, l'opposition étant réputée avoir été effectuée.

N O T E

François Bohnet

L'opposition au congé n'est pas un fait implicite

Dans une procédure régie par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CO), les parties supportent le fardeau subjectif de l'allégation. Le demandeur doit se soucier de l'allégation des éléments constitutifs des normes juridiques qu'il invoque à l'appui de ses conclusions, puisque si les faits pertinents ne sont pas apportés au procès (le cas échéant par la partie adverse), il perd le procès. Ainsi, s'il fait valoir une indemnité pour congé abusif, il devra non seulement alléguer les éléments factuels dont il tire le caractère abusif de la résiliation, mais également le fait qu'il s'est opposé au congé dans le délai de congé. A défaut, les faits générateurs de sa prétention font défaut, et celle-ci doit être écartée par une simple subsumption, sans même passer par le terrain de la preuve (LÉO ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5^e éd., Munich/Berlin, 1965, p. 7-8.44; FRANÇOIS BOHNET, *L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile: principes et modalités*, in: Bohnet/Dupont, *Dix ans de code de procédure civile*, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 8 N 13, et les réf). Si les faits n'ont pas été correctement allégués, la demande doit être rejetée, alors même que le défendeur ne contesterait pas les faits (TF 5A_892/2014 du 18 mai 2015, consid. 2.2, RSPC 2015 41; TF 5A_420/2011 du 23 mars 2012, consid. 3.5.2). En l'espèce, la demanderesse, qui réclamait CHF 37 500.– à titre d'indemnité pour congé abusif en procédure ordinaire, n'a pas allégué dans ses écritures avoir fait opposition au congé dans le délai légal. La partie adverse ne s'est pas plus exprimée sur ce point dans ses actes. Ce n'est que lors des débats principaux que le tribunal s'est enquis d'une éventuelle opposition au licenciement. L'employée a concédé avoir omis de produire le courrier d'opposition et a offert de le faire à ce stade, tout en relevant que cette missive était mentionnée dans des pièces versées au dossier et que l'employeuse n'avait pas

soulevé cette problématique dans sa réponse. Comme le retient le Tribunal fédéral, l'opposition au congé n'est pas un fait implicite. Par là, on entend un fait qui est contenu «sans aucun doute dans un autre allégué de fait expressément invoqué, dont le fardeau de l'allégation objectif et le fardeau de la preuve n'incombent à la partie demanderesse que lorsque sa partie adverse l'a contesté». On ne voit d'ailleurs par quel autre fait le contiendrait nécessairement. Tel n'est pas, à l'évidence, le cas de l'allégué selon lequel la résiliation est abusive. Selon nous, le fait d'affirmer avoir fait opposition au congé ne signifie d'ailleurs pas implicitement l'avoir fait avant l'échéance du délai de congé.

L'opposition au congé avant l'échéance du délai de congé est un élément générateur de la prétention de l'employé. On le déduit clairement de la théorie des normes appliquée par le Tribunal fédéral pour répartir le fardeau de la preuve. Selon cette théorie, élaborée en Allemagne par Rosenberg, les faits générateurs de droit doivent, sauf disposition spéciale, être prouvés, et allégués, par le titulaire du droit, alors que les faits destructeurs et les faits dirimants doivent l'être par l'obligé du droit (ATF 130 III 321 consid. 3.1; 128 III 271 consid. 2a/aa; 4A_679/2010, RSPC 2011 304). Comme le relève Rosenberg, «jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen» (ROSENBERG, *op. cit.*, p. 98 s.). La théorie des normes propose de déterminer quelle règle est favorable à quelle partie, en passant par l'interprétation des dispositions de droit matériel et des liens entre elles. En l'occurrence, l'art. 336b al. 1 CO fonde le droit de l'employé: «La partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé». C'est donc à lui de faire en sorte que l'existence d'une opposition au congé dans le délai fasse partie des faits allégués. Comme le retient le Tribunal fédéral, «[d]ans ces circonstances, il ne saurait être question d'attendre que la partie actionnée invoque la péremption pour que le demandeur allègue et prouve avoir fait opposition dans le délai légal: il lui appartient de montrer que les conditions participant au fondement de son droit sont réunies, partant d'alléguer et de prouver les circonstances factuelles dont le juge pourra inférer le droit à un dédommagement pour le congé abusif, qui présuppose une opposition valable».

[2757] **Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen Bank B. AG (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_455/2022 vom 26. Januar 2023**

Art. 43 Abs. 1, 84 Abs. 1 OR; Art. 58 ZPO; Währung von vertraglichen Forderungen
Im vorliegenden Fall liegen keine wichtigen Gründe vor, die es rechtfertigen würden, von der Rechtsprechung abzuweichen, wonach der Dispositionsgrundsatz es verbietet, einen vertraglichen Anspruch zuzusprechen, der in einer falschen Währung formuliert ist.

Art. 43 al. 1, 84 Abs. 1 CO; art. 58 CPC; Monnaie de paiement en matière contractuelle

Il n'existe pas de motifs importants qui justifieraient en l'espèce de revenir sur la jurisprudence selon laquelle le principe de disposition exclut d'allouer une prétention contractuelle libellée dans la mauvaise monnaie.