

NOTE*François Bohnet***Théorie des faits de double pertinence et décision complète sur la compétence**

Voici un bel exemple, à la lecture de l'état de fait, d'utilisation abusive de la théorie des faits de double pertinence: le demandeur, pour éviter de devoir agir au for prévu par le contrat d'agence, et ce devant le tribunal ordinaire, a soutenu que la relation entre les parties relevait du contrat de travail, alors que l'examen du contrat entre les parties permettait d'exclure cette qualification en l'espèce. Le Tribunal fédéral admet dès lors le recours en matière civile et déclare irrecevable la demande formée devant le Tribunal de prud'hommes genevois. Mais dans bien des cas, malgré de telles circonstances, le défendeur devra supporter une procédure sur le fond.

A lire en effet le considérant 1.1 de l'arrêt, la décision par laquelle la Cour d'appel a renvoyé la cause au premier juge pour qu'il entre en matière sur le fond n'était pas une décision complète sur la compétence (art. 92 al. 1 LTF), mais une décision incidente. Le Tribunal fédéral relève d'ailleurs dans l'arrêt TF 4A_219/2023 du 9 mai 2023 c.2.1 reproduit ci-dessous que ce constat vaut aussi bien pour les décisions d'entrée en matière sur la compétence rendues par le premier juge que pour les décisions de la deuxième instance par lesquelles l'affaire est renvoyée à la première instance pour qu'elle traite de la demande ou par lesquelles une décision de première instance entrant en matière est confirmée. Dès lors, les conditions de l'art. 93 al. 1 let. b LTF doivent être remplies pour que le recours en matière civile soit ouvert. Autant dire que si la décision du Tribunal fédéral n'avait pas permis d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse, le recours en matière civile aurait été exclu et le défendeur aurait dû attendre un jugement au fond, jugement qui aurait d'ailleurs dû examiner les prétentions du demandeur (application du droit d'office, art. 57 CPC) même s'il avait finalement retenu qu'il n'y avait pas de contrat de travail (TF 4A_484/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.5). La compétence du tribunal aurait alors pu être contestée au moment de la décision finale, mais uniquement pour l'hypothèse où Cour aurait admis à tort l'application de la théorie des faits de double pertinence. Ne serait-il pas justifié de retenir qu'une décision séparée sur la compétence admettant celle-ci sur la base de la théorie des faits de double pertinence est bien décision sur la compétence susceptible de recours immédiat au Tribunal fédéral en vertu de l'art. 92 al. 1 LTF? En effet, selon la jurisprudence, une fois admise sur la base de cette théorie, la compétence ne peut plus être remise en cause dans le prononcé du tribunal, qui doit nécessairement statuer au fond, généralement en rejetant la demande (ATF 141 III 294 consid. 5.2), mais pas nécessairement (TF 4A_484/2018 du 10 décembre 2019 consid. 5.5). Cela serait d'autant plus logique que si le tribunal nie sa compétence sur la base de la même théorie, il ne rend alors pas une décision incidente, mais une décision d'irrecevabilité, qui constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF contre laquelle le recours en matière civile est ouvert (ATF 143 V 363 consid. 1; 139 V 170 consid. 2.2).