

Opposition au congé et perte de procès.
La faute au droit de fond ou
au droit de procédure?



François BOHNET

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

La perte d'un droit pour une raison procédurale suscite souvent la critique et parfois la remise en cause des règles de procédure applicables. On les juge alors trop sévères ou déconnectées de la réalité. Mais les apparences sont parfois trompeuses: les règles de procédure peuvent dans certains cas venir en aide au justiciable lorsque le droit matériel lui échappe. Il en va ainsi lorsque le législateur les assouplit, par exemple pour tenir compte de la nature sociale du litige et faciliter la consécration de certains droits.

Le régime procédural prévu par le Code suisse de procédure civile (CPC) en matière de prétentions résultant du contrat de travail en fournit un bon exemple. Le code retient en effet que, pour les litiges relevant de ce domaine, le juge établit les faits d'office (maxime inquisitoire sociale) si la valeur litigieuse ne dépasse pas 30 000 francs (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC). Cela signifie que, si une partie a omis d'alléguer des faits ou de proposer des preuves essentiels, le tribunal peut l'interpeller à cette fin, en particulier si elle n'est pas représentée par un mandataire professionnel. De plus, les parties peuvent dans ce cas compléter leurs actes jusqu'à l'entrée en délibération (art. 229 al. 3 CPC). Ces règles doivent-elles être étendues à des litiges du droit du travail connaissant une valeur litigieuse plus élevée ? Les chambres fédérales ne l'ont pas envisagé au moment de traiter la révision du CPC, adoptée le 17 mars 2023.

Faute de règles particulières, le procès est régi par la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC). À moins d'une inadvertance manifeste (par exemple l'oubli d'une page de la demande), le tribunal ne peut pas interpellier les parties (art. 56 CPC); il leur revient d'alléguer les faits et de proposer les preuves à l'appui de leur prétention. Celles-ci résultent du droit matériel. C'est lui qui en détermine les éléments constitutifs.

Prenons le congé abusif. L'art. 336a CO retient que la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité. Celle-ci suppose, par définition, que le congé soit abusif au sens de l'art. 336 CO. En cas de procédure, le demandeur doit donc alléguer les faits dont résulte le caractère abusif du congé. Mais il y a plus. Il doit aussi selon l'art. 336b al. 1 CO faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé. L'opposition au congé est une incombeance de l'employé, que le législateur soumet à un certain délai. À défaut d'opposition formulée dans le délai de congé, l'employé perd tout droit à une indemnité pour congé abusif. Cette exigence résulte du droit matériel, et non du droit de procédure.

L'opposition au congé dans le délai légal, est-elle, aux côtés de l'existence d'un congé abusif, un fait générateur du droit à l'indemnité? Telle est la question. Si la réponse est affirmative, alors l'absence de preuve de l'opposition au congé dans le délai légal entraîne fatalement la perte du droit invoqué.

Le Tribunal fédéral rappelle dans un arrêt 4A_412/2022 du 11 mai 2023 destiné à la publication¹ que l'employé licencié ne peut prétendre à une indemnité pour congé abusif que s'il a formé une opposition valable et que les parties n'ont pas pu s'entendre pour maintenir le rapport de travail (art. 336b al. 2 CO), parce que le législateur nourrit l'espoir — peut-être chimérique, précise-t-il — que l'auteur du congé reviendra sur sa décision et préférera maintenir le rapport de travail plutôt que de payer une indemnité. Le Tribunal fédéral relève encore que le législateur était conscient que le justiciable peu habitué à de tels délais pouvait en être victime, mais il a maintenu cette solution au nom de la sécurité du droit. Dès lors, et en vertu du droit matériel, le droit à l'indemnité n'existe que si cette étape pour la réflexion que doit susciter l'opposition a été respectée et se révèle infructueuse. Elle concourt ainsi à fonder l'indemnité.

¹ Pour une analyse, voir BOHNET FRANÇOIS / CORTHAY GAËTAN, Allégation et preuve des faits générateurs en matière d'opposition au congé, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2023.

Cela signifie qu'il s'agit d'un fait générateur du droit à l'indemnité, fait dont l'absence de preuve, de même que d'allégation, entraîne le rejet de la prétention: «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.» (c. 4.2)

Dans le cas tranché par le Tribunal fédéral, la demanderesse, qui réclamait 37 500 francs à titre d'indemnité pour congé abusif en procédure ordinaire, avait omis d'alléguer dans ses écritures avoir fait opposition au congé dans le délai légal. La partie adverse ne s'était pas plus exprimée sur ce point dans ses actes. Ce n'est que lors des débats principaux, alors que la phase d'allégation était clôturée, que le tribunal s'est enquis d'une éventuelle opposition au licenciement. L'employée a concédé avoir omis de produire à temps 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.

L'opposition au congé et ce, avant l'échéance du délai de congé, étant un élément générateur de la prétention de l'employé, son défaut d'allégation ou de preuve a pour effet la perte du procès. Cela n'est pas une lecture rigide des règles de procédure qui l'entraîne, mais bien le régime de droit matériel arrêté par le législateur, tel qu'interprété par la jurisprudence (parfois de manière étonnamment extensive en la matière, voir TF 4A_59/2023 du 28 mars 2023). Ce n'est que lorsque la valeur litigieuse est plus faible et que la maxime inquisitoire sociale s'applique que le tribunal peut venir en aide aux parties et leur rappeler en quelque sorte les exigences résultant du droit matériel.

En d'autres termes, si, dans le cas d'espèce, la prétention invoquée avait été limitée à 30 000 francs, l'interpellation du juge puis le dépôt de la pièce en question aurait modifié la donne. Autant dire qu'il ne faut pas immédiatement mettre la faute sur les règles de procédure en cas de perte du procès. Les règles matérielles doivent aussi être examinées et ce sont elles qui, le cas échéant, doivent être adaptées. En particulier, l'opposition au congé est-elle une institution qui fait véritablement sens? Ne faut-il pas réfléchir à une adaptation de la loi sur ce point?

Mais il faut admettre que la réparation du fardeau de la preuve entre les parties et les distinctions subtiles en matière de faits, de preuve et de droit demeurent souvent la source de divergences et de controverses².

² François BOHNET (éd.), Les faits en procédure civile, pénale et administrative, Bâle/Neuchâtel 2023 (à paraître).